

BLANCA

Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Colegio de Abogados
No.101 - Cuatrimestral
mayo - agosto - 2003 - 196 págs.

I Derecho - Revistas

Revista fundada en 1963

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica

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

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

ISSN

0034-7787

CONSEJO ASESOR:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Máster Christian Hess Araya (*Vocal 1º*)
Dra. Rosa María Abdelnour Granados (*Secretaria*)
Lic. Wilberth Arroyo Alvarez (*Prosecretario*)

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Lic. Jorge Sáenz Carbonell
Lic. Federico Sosto López

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS**

101

SAN JOSE, COSTA RICA
2003
MAYO - AGOSTO

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2003

Presidente:

Dr. Manuel Amador Hernández

Vicepresidente:

Dr. José Manuel Arroyo Gutiérrez

Secretaria:

Dra. Rosa María Abdelnour Granados

Prosecretario:

Lic. Wilberth Arroyo Alvarez

Tesorero:

Dr. Paul Rueda Leal

Fiscal:

Licda. Dunia Chacón Chavarría

Vocal 1:

Máster Christian Hess Araya

Vocal 2:

Lic. Pablo Duncan Linch

Vocal 3:

Licda. Amira Suñol Ocampo

Vocal 4:

Lic. Fabio León Zárate

Vocal 5:

Licda. Patricia Madrigal Cordero

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Gabriel Macaya Trejos

Directora Consejo Universitario:

Dra. Olimpia López Avendaño

Vice-Rector de Docencia:

Dr. Ramiro Barrantes Mesén

Vice-Rectora de Investigación:

Dra. Yamileth González García

Vice-Rectora de Acción Social:

Dra. Leda Muñoz García

Vice-Rectora de Vida Estudiantil:

Máster Alejandrina Mata Segreda

Vice-Rector de Administración:

Máster Jorge Badilla Pérez

Decano Facultad de Derecho:

Dr. Rafael González Ballar

Vice-Decano Facultad de Derecho:

Lic. Wilberth Arroyo Alvarez

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Decana Sistema de Estudios de Posgrado:

Dra. María Pérez Yglesias

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. Fernando Durán Ayanegui

BLANCA

PRESENTACION

En este número de la Revista se publican estudios en estas materias:

Derecho Civil, Administración Pública, de autor, Administrativo, Electoral, Constitucional.

Esperamos que estos ensayos sean de utilidad para los estimables lectores.

El director - editor

BLANCA

EL ARTÍCULO 595 DEL CÓDIGO CIVIL DE COSTA RICA: ¿LIMITACIÓN A LA LIBERTAD DE TESTAR?

Lic. Wilberth Arroyo Alvarez⁽¹⁾

*“Hay un vínculo entre la legítima y la obligación alimentaria.
Ambas sólo existen a favor de los parientes en línea directa
y, como la legítima, la obligación alimentaria
se relaciona con la noción de deber de familiar.”⁽²⁾*

(1) Profesor titular de Juicios Universales, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

(2) RIPERT (Goerges) y BOULANGER (Jean). *Tratado de Derecho Civil*. Ed. 1965.

SUMARIO:

- I. Presentación del tema
- II. Antecedentes jurídico-legales
- III. El texto jurídico
- IV. La doctrina nacional
- V. La jurisprudencia nacional
- VI. Conclusión general
- VII. Propuesta de reforma legal

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

El actual Código Civil de Costa Rica (CC), fue promulgado por ley Nº XXX del 19 de abril de 1885,⁽³⁾ y entró a regir a partir de enero de 1888, según ley Nº 63 del 28 de setiembre de 1887.

Con él se derogó el Código General, llamado “de Carrillo” (CG), del 30 de junio de 1841. Igualmente el nuevo Código Civil derogó otras legislaciones especiales, en otras la Ley de Sucesiones de 1881.

Hace 119 años se varía el sistema sucesorio que hasta entonces había regido en el Código General, basado en la llamada Legítima, por otro basó en la libertad de testar, por medio de la ley de 1881,⁽⁴⁾ que sirvió de transición hacia el nuevo régimen sucesorio del 1886; regulación que por todo lo absoluta que resulta, en cuanto a esa libertad testamentaria, se pretendió “matizar” con el famoso artículo 595, que será el tema de análisis del presente estudio.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGALES

Como se señaló arriba, el actual C.C. tiene su antecedente inmediato en el Código General de Carrillo de 1841 y con el que se permitió que Costa Rica contara, por vez primera en su historia independiente, con una legislación propia y que abarcaba la materia civil, penal y procesal, organizada y sistematizada en un mismo cuerpo legal.

Antes de esa fecha y en los primeros 20 años de independencia política de España rigieron en el nuevo Estado costarricense la legislación española que se había aplicado durante la colonia, especialmente las Leyes de Toro, Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio y Leyes de Indias de 1680.⁽⁵⁾

(3) El decreto de “ejecútese”, firmado por el Presidente de la República, don Bernardo Soto, y el Secretario de Justicia, don Ascensión Esquivel, es de fecha 26 de abril de 1886.

(4) Aprobada por el Poder Legislativo el 11 de noviembre y por el Ejecutivo el 14 de igual mes, ambos de 1881.

(5) GUIER ESQUIVEL (Jorge). *Principales Codificaciones legales de Costa Rica*. San José, mimeógrafo, s.a.e., pág. 2. BRENES CÓRDOBA (Alberto). *Historia del Derecho*. San José, Ed. 1906, pág. 315; BRENES CÓRDOBA (Alberto). *Tratado de los Bienes*. Juriscentro, 1981.

- **El Código General de 1841⁽⁶⁾**

Este Código, en lo que es materia del presente, la civil, y específicamente, el derecho sucesorio, basaba todo este sistema en la *legítima*, como principio regulador de las situaciones jurídicas que resultaban del acaecimiento de la muerte de una persona.

Según este sistema sucesorio le correspondía las cuatro quintas partes de los bienes del causante a sus descendientes; si sólo tenía ascendientes tocaba a ellos dos tercios del capital. El causante en el primer caso sólo podía disponer de dos tercios del quinto y en el segundo de dos tercias del tercio. La otra parte del tercio, así como el tercio del quinto restante, los debía legar al tesoro de Educación. La cónyuge podía reclamar una cuarta parte (*cuarta marital*) de la herencia si el causante no le dejó "... *con qué vivir bien y honestamente...*".^(7, 8) Este Código disponía que "...*El testador podrá instituir cuantos*

(6) V. ARROYO ALVAREZ (Wilberth). *Legítima Hereditaria y Derecho Sucesorio Costarricense*. Publitex, 1988, págs. 25, 26.

(7) BRENES, *ob. cit. Bienes*, pág. 282.

(8) Esta antigua regulación disponía que herederos eran aquéllos que, después de la muerte del testador, "...entra en todos los bienes, acciones y derechos del difunto, ocupando el lugar que aquél dejó..." (art. 497 CG). Expresa, además, que "...El testador podrá instituir cuantos herederos guste y a quienes quiera, si no los tiene forzosos..." (art. 501). Los Herederos forzosos eran los legales o por "ministerio de ley", "hágase o no testamento" y comprendía: los hijos y descendientes legítimos "por su orden y grado", los padres y ascendientes "en todos sus bienes, de cualquiera calidad que sean". En caso de ausencia de estos herederos legales, legítimos o naturales, entraban los padres y ascendientes del causante. (arts. 515, 516 y 521).

Para efectos del cálculo de la Legítima se hacía "la estimación de los bienes que el difunto haya dejado al tiempo de su muerte; de allí se pagarán las deudas y gastos del entierro... y después se sacará el quinto o mejora, y en seguida el tercio ...previo a hacerse los descuentos, se dará a cada uno su legítima, partiendo los bienes aumentados con los traídos a colación..." (art. 647 ss).

En suma a los descendientes les correspondía las cuatro quintas partes de los bienes y si eran ascendientes les correspondía los dos tercios del capital. Aparte de aquellas mejoras, debía dejar, además, el tercio del quinto restante al Estado y una cuarta parte (cuarta marital) de la herencia a la viuda si el causante no le dejó "con qué vivir bien y honestamente". CODIGO GENERAL, 1841.

berederos guste y a quienes quiera, si no los tiene forzosos...” (art. 501). Esta norma, precisamente, instauraba la Legítima Hereditaria.

Según el tratadista Brenes Córdoba esta forma de sucesión “se inspiraba en el antiguo concepto de que el patrimonio más bien pertenecía a la familia que al causante, a pesar de tener éste en vida la libre disposición de los bienes...”, lo cual critica diciendo que es un “concepto a todas luces falso y fecundado en deplorables resultados”.⁽⁹⁾

Esta legislación perduró por 40 años, soportando toda clase de críticas, especialmente al final del siglo XIX, producto de las corrientes liberales de la época, que, como en otros campos del acontecer nacional, incidió en el derecho patrio y las grandes reformas legales que se planteaban, como se expondrá.

- **La Ley de Sucesiones de 1881**

En el año de 1881 se promulga la “*Ley de Sucesiones*”, que deroga el Libro Tercero, Título I, “*De los Testamentos y Sucesiones*” del Código de Carrillo y establece la *libertad de testar* como derecho de toda persona, aunque aún con ciertas “*obligaciones*” para el testador de dejarle “...*asegurada la subsistencia de sus hijos hasta la mayoría y la adquisición de la enseñanza primaria elemental*”.⁽¹⁰⁾ Disponía que el testador debía dejar lo necesario para que los hijos varones “*aprendiesen un arte u oficio*” y que a las hijas se les daría igual suma, “...*a menos que en la educación de ellas hubiese invertido igual o mayor suma*”.⁽¹¹⁾ También debía “*proveer la subsistencia de sus padres, de sus hijos incapacitados y del cónyuge sobreviviente que carecía de bienes propios con qué vivir*”.⁽¹²⁾

Con esas reservas, en opinión de Brenes Córdoba “...*exageró (el legislador) tanto las obligaciones del causante, que de modo indirecto limitó no poco la libre testamentifacción que vivamente deseaba implantar en Costa Rica*”.⁽¹³⁾

(9) *Idem*, pág. 283.

(10) *Idem*, pág. 283.

(11) *Idem*, pág. 283.

(12) *Idem*, pág. 283.

(13) *Idem*, pág. 284.

Sin embargo, más parece que lo que hizo el legislador del 81 fue regular el aspecto de alimentos a que estaba obligado el testador respecto de sus hijos, padres y cónyuge –constituyéndolos en acreedores alimentarios–, más no reguló de nuevo, en modo alguno, el instituto de la legítima hereditaria, como sí se hizo en el Código del 41.⁽¹⁴⁾ En realidad, *con esta ley*, y pese a esas disposiciones sobre alimentos y manutención –muy parecidas en su formulación genérica a las del 595 actual– *se instauro el sistema de libertad de testar en Costa Rica* con el que, a criterio de la Secretaría de Justicia, en comunicación que hace al Congreso, el 1 de febrero de ese año “...*se reconocen todos los legítimos fueros a la propiedad, la autoridad moral del padre de familia se afirma y la educación pública, a que tanto contribuyen las leyes, se penetra de un individualismo sano que hace que cada hombre lo espere todo de su labor personal.*”⁽¹⁵⁾

- **El Código Civil de 1886**

La ley anterior estuvo vigente 7 años, hasta que se promulga el actual Código Civil, en 1886, que prescribirá, igualmente, como principio rector del sistema sucesorio la “*libre testamentifacio*”, tal y como aquella ley lo había declarado y que, en opinión de don Alberto Brenes, el nuevo Código “...*si bien se conformó con la doctrina legal consignada en la ley de sucesiones, dióle un desarrollo más amplio y regular ...*”.⁽¹⁶⁾

Dado que los liberales de la Comisión redactora del nuevo Código Civil estaban muy interesados en este tema (el nuevo sistema sucesorio) y otros muchos, que los llevaron a plantearle las más duras críticas, especialmente por medio del periódico del Colegio de Abogados, “...”, al proponer el texto último del nuevo Cuerpo legal, no dudaron en acabar, de una vez por todas, con el sistema de legítimas de sus precedentes legales, tan sólo aceptando una sutil “*limitación*” –la del tema del presente estudio, 595 CC– que a la postre fue “*atolillo con el dedo*” pues sus alcances, a la luz de la integralidad del derecho patrio no tiene la “*firmeza*” y “*consistencia*” jurídica que se le atribuye y, más bien, es una apariencia que suavizaba la visión liberal del nuevo Código. Fuertes son

(14) ARROYO, *ob. cit.*, pág. 60.

(15) *Idem*, pág. 60.

(16) BRENES, *Bienes, ob. cit.*, pág. 63.

las críticas al sistema de legítimas y a la regulación de la Ley del 81, por lo que, a no dudarlo los liberales impusieron su pensamiento.⁽¹⁷⁾

Tanto en el Código de Carrillo, como en la Ley de Sucesiones, así como en el vigente Código Civil, se ha tratado el tema de los alimentos pues por su misma “*obviedad jurídica*” debe ser regulado, indepen-

(17) Por vía de ejemplo y como “heredero” y representante de esta ideología liberal cito a don Alberto Brenes C, que aunque posterior a los verdaderos liberales de la época su verbo refleja mucho de este pensamiento: Don Alberto Brenes critica “...el anterior arreglo a la sucesión... (pues) se inspiraba en el antiguo concepto de que el patrimonio más bien pertenecía a la familia que al causante, a pesar de tener éste en vida la libre disposición de los bienes; concepto –agrega– a todas luces falso y fecundo en deplorables resultados”. “El derecho para disponer libremente de nuestro caudal en el curso de la existencia, es uno de los más preciados y esenciales atributos de la propiedad. Privarnos de él en el momento solemne en que previendo nuestro fallecimiento, nos replegamos dentro de nosotros mismos, tomamos en cuenta nuestra particular situación, los recursos de que disponemos, las necesidades de las personas cuya suerte nos interesa, su condición, estado y demás especiales circunstancias, para hacer el reparto de los bienes como lo aconsejan el afecto, la prudencia y la justicia, es, ciertamente, al par que notoria inconsecuencia, atentar contra una facultad necesaria, indudable, que el derecho especulativo reconoce y fundamenta”. “La herencia forzosa relaja los vínculos morales de la familia, al establecer cierto antagonismo entre la libertad del padre para disponer de lo suyo en todo tiempo y el interés de los hijos, quienes miran con desagrado y como un ataque a sus derechos, cuanto tienda a disminuir el caudal de su progenitor ...los herederos forzosos no sienten la necesidad de aplicarse al trabajo para crearse una posición desahogada, desde luego que cuentan con los bienes de su padre, que necesariamente han de llegar a sus manos algún día”. Como las anteriores críticas que del Código General de 1841 hace don Alberto Brenes hacia 1900, parecidos argumentos ya se habían manifestado en 1881 en la exposición de motivos del Proyecto de Ley de Sucesiones que envía el Poder Ejecutivo al Congreso: “... asegurar a los hijos la mayor parte de la fortuna de sus padres ...es exagerar las legítimas aspiraciones de aquéllos, adormecerlos, muchas veces por falta de estímulo en que son más propios los viriles arranques, para labrarse cada cual por sí el bienestar que apetece, desapoderar al padre de un justo influjo sobre la suerte de su familia, amenguando su autoridad natural; y después de todo, introducirse más de lo que conviene en el sagrado de la propiedad, una de cuyas facultades esenciales es la de disponer testamentariamente de lo que nos pertenece...”. BRENES, *Bienes*, 229. ARROYO, *Legítima*, 63 ss.

dientemente del proyecto político a que responda una sociedad en una época determinada. Así en el primer Código patrio se disponía, en el art. 172 y 508, que, respecto de los hijos naturales “*desde la edad de tres años hasta la de dieciocho*” (sic), “*y en el caso de ser la madre pobre*” se debía alimentos “*en proporción de las facultades del padre*”.

También la Ley del 81 se refería a esta obligación y disponía que el padre debe alimentos a sus hijos, hijas, padres y al consorte lo que no impedía que “*Toda persona que esté en plena posesión de sus derechos civiles puede disponer libremente de sus bienes por acto de última voluntad*”.⁽¹⁸⁾ Aunque, ciertamente, esas “*obligaciones*” se expresaban en términos de “*dejarles cantidad bastante para su subsistencia*” o “*dotar con cantidad equivalente a cada una de las hijas, a menos que en la educación de ellas se haya invertido igual o mayor suma...*”, y “*asegurar la subsistencia de sus padres y cónyuge a menos que éste tenga bienes propios o gananciales que basten para ello...*”.⁽¹⁹⁾

Y exactamente lo mismo sucede con el 595 que motiva este estudio. Lo que se quiere reafirmar es que la tutela jurídica que se da a ciertas personas, considerándolas potenciales beneficiadas de “*alimentos*” no las convierte, de golpe, en herederas forzosas, o legitimarias y que por ello su condición es precaria, considerando la *naturaleza jurídica* de este crédito. El que se crea que disponiendo lo concerniente a esta materia se “*limita*” la libertad testamentaria es a todas luces equivocado, por lo menos desde el punto de vista estrictamente jurídico. Por ello se comparte la opinión de RIPERT, quien afirma:

“Hay un vínculo entre la legítima y la obligación alimentaria. Ambas sólo existen en favor de los parientes en línea directa y, como la legítima, la obligación alimentaria se relaciona con la noción de deber familiar. Sin embargo, no debería verse en la legítima una transformación de la obligación alimentaria que el “de cuius” tenía en vida para sus parientes en línea directa. La obligación alimentaria supone que un pariente esté en la necesidad. Ahora bien para la atribución de la legítima no se

(18) ARROYO, *ob. cit.*, pág. 63.

(19) BRENES, *ídem.* ARROYO, *ídem.*

tiene para nada en cuenta la situación de la fortuna de los herederos. Además es posible ser acreedor de alimentos sin venir a la sucesión del deudor en calidad de heredero forzoso...”⁽²⁰⁾

* * *

Dada la inconsistencia que deviene del 595 del CC es la idea determinar, precisamente, en este trabajo que la norma que éste contiene en nada constituye una *limitación* a la libertad de testar y que, a lo sumo, reitera lo que, desde el derecho romano, se ha pretendido proteger como *alimentos* de ciertos *alimentarios* por su relación familiar con el causante, pero que está muy lejos de ser, desde el punto de vista técnico jurídico, una “*legítima atenuada*” o una “*libertad limitada*”.

III. EL TEXTO JURÍDICO

El artículo 595 del actual Código Civil⁽²¹⁾ dispone:

“El testador podrá disponer libremente de sus bienes, con tal (de)⁽²²⁾ que deje asegurados los alimentos de su hijo hasta la mayoría de edad si es menor, y por toda la vida si el hijo tiene una discapacidad que le impida valerse por sí mismo; además, deberá asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten.

Si el testador omite cumplir con la obligación de proveer alimentos, el heredero solo recibirá de los bienes lo que sobre, después de dar al alimentario, previa estimación de peritos, una cantidad suficiente para asegurar sus alimentos.

Si los hijos, los padres o el consorte poseen, al morir el testador, bienes suficientes, el testador no estará obligado a dejarles alimentos”.

(20) RIPERT, *ob.*, *cit.*, pág. 229.

(21) Reformado por Ley Nº 7600 del 2 de mayo de 1996.

(22) Este “dequeísmo” no lo contiene el texto original sino algunas reediciones recientes del CC, como la de 1999 de la editorial Investigaciones Jurídicas.

A fin de lograr mayor claridad en la exposición, se hacen segmentaciones de la norma transcrita, con lo cual se precisarán mejor, también, sus alcances jurídicos:

- **“El testador podrá disponer libremente de sus bienes...”**

Este es el principio rector del actual sistema sucesorio: libertad testamentaria, o sea, el derecho de que toda persona física disponga, libremente, por testamento de todos “sus bienes”.

Y aquí se hace indispensable precisar los conceptos de “*libertad testamentaria*” por un lado y “*limitación testamentaria*”, como su contrario.

Cuando en derecho se habla de *libertad* se puede hacer referencia a una serie de situaciones jurídicas que tienen que ver con esa condición intrínseca del ser humano de “ser libre”, siendo que mi libertad termina donde empieza la del otro, o sea donde la comunidad le señale sus límites. Propiamente en el derecho privado esa posibilidad que tiene toda persona de actuar en su ámbito propio se le denomina “*autonomía de la voluntad*” que se resume en la expresión de “*poder hacer todo aquello que no está prohibido*”.⁽²³⁾

En ese sentido debe decirse que libertad testamentaria *es tener libre disposición, por medio del testamento, de todos mis bienes y derechos para después de mi muerte, con respecto a quienes quiera heredar y sin más que cumplir con los requisitos legales para su otorgamiento y siempre que esté en los supuestos de hecho que demuestren capacidad para testar.*

Limitación testamentaria se ha de definir como *prohibición legal de disponer de todos mis bienes y derechos, **mortis causa**, pudiendo hacerlo tan sólo en una parte de ellos puesto que la otra parte será transmitida directa y forzosamente a los herederos legítimos, constituido por la parentela inmediata, los descendientes, ascendientes y cónyuge sobreviviente; prohibición que, si se incumple, incidirá o en la validez del testamento o en su eficacia, o dará las acciones específicas a favor*

(23) Lo que se diferencia del “principio de legalidad”, del derecho público, que dice que el Estado y las personas por medio de las que actúa “sólo puede hacer aquello que expresamente le esté permitido”.

de los herederos preteridos, total o parcialmente de su porción de legítima. En otras palabras, sólo se admite que haya limitación testamentaria donde se regule legalmente la Legítima Hereditaria como Sistema Sucesorio. Y es limitación porque siempre se concibe la posibilidad de testar en parte de los bienes; lo extremo sería no una limitación sino una prohibición absoluta de hacer testamento.

En este sentido, cuando esta norma habla de “disponer libremente”⁽²⁴⁾ se refiere precisamente a lo dicho: *cualquier persona, con capacidad para ello, cumpliendo ciertos requisitos, solemnes y de forma, puede otorgar testamento, del tipo que desee, instituyendo como heredero o legatario a la persona, física o moral, que a bien tenga.*

- **“...con tal (de) que deje asegurados los alimentos...”**

Y aquí se da, precisamente, con ese giro gramatical tan eufemístico de “con tal (de) que” una de las mayores *inconsistencias jurídicas* de nuestro derecho privado, con graves repercusiones en el derecho de familia, pues, efectivamente, si se pensó (¿?) que con tan ligera expresión se “limitaba” las posibilidades “libertinas” que podría ocasionar la recién instaurada libertad testamentaria, los codigeros de la época se equivocaron. Así, tal “limitación jurídica”, de acuerdo al concepto señalado arriba, no se da, pues su inserción integral en el ordenamiento jurídico, que –como un todo que debe ser– se ve frustrado en todo intento de interpretación de la dicha norma, que pretende darle “supuestamente” ciertos alcances pero que choca, como se verá más adelante, con el sistema sucesorio mismo en cuanto a la calidad (alimentarios y no herederos) con que son “protegidos” los familiares que la norma indica, así como con la *naturaleza jurídica* del mismo proceso liquidatorio, que está a la base de todo juicio universal como lo es el sucesorio.

- **“... de su hijo hasta la mayoría de edad si es menor, y por toda la vida si el hijo tiene una discapacidad que le impida valerse por sí mismo; ...”.**

El primer aspecto que debe llamar la atención es que con esta norma se está muy lejos de una verdadera limitación jurídica de la libertad de testar, como es el caso de la Legítima, y que algunos se

(24) Recuérdese que el C. Carrillo decía que “...El testador podrá instituir cuantos herederos guste y a quienes quiera, si no los tiene forzosos...” (art. 501).

atreven a llamar e identificar como “*berencia forzosa*”,⁽²⁵⁾ pues la pretendida tutela, primeramente, lo es en el aspecto puramente alimentario y, segundo, se refiere a sujetos alimentarios y no herederos propiamente dichos, aun cuando en el plano familiar ambas calidades coincidan.⁽²⁶⁾ Si se recuerda la evolución normativa del derecho sucesorio en el derecho romano, se verá claramente que precisamente ante el posible abuso en que estaban incurriendo los *paterfamilias* con los *sui heredes*, los juristas romanos buscaron ciertas medidas que, aunque no derogaban abiertamente la libertad testamentaria, como atribución de ese *pater* con sus *agnaticios*, sí constituían limitaciones pues no sólo se le daba a los *sui* acciones concretas contra las actuaciones testamentarias del *pater* sino que éstos, independientemente de sus necesidades alimentarias, accionaban como herederos y respecto de sus derechos hereditarios que eran los que podrían ser lesionados pues, dentro de la concepción económica del antiguo pueblo romano, el *pater* seguramente utilizaría otros medios legales para no hacer que murieran de hambre y vestido sus hijos, hijas o esposa no heredadas, incluyendo la emancipación, la entrega en adopción del hijo, el matrimonio de la hija o un usufructo sobre la propiedad a la esposa.⁽²⁷⁾

De ahí que, de acuerdo al origen del sistema sucesorio del derecho patrio, podría considerarse como abiertamente *inconsistente e incongruente* la formula del “*con tal (de) que*”, que dispone esta norma respecto de los (acreedores) alimentarios quienes, aunque con un crédito con privilegio –general–, que lo hace preferente respecto a otros –generales, como los créditos laborales–, no lo convierte en ninguna Legítima (concepto estrictamente sucesorio) ni garantiza que respecto de otros acreedores con privilegios especiales, como los reales, pueda alegarse mayor cosa, como se analizará.

(25) CASACIÓN de 9:40 hrs del 1º de setiembre de 1942.

(26) Remitirse a la cita de RIPERT, al inicio.

(27) “La legítima Romana surgió estando vigente un sistema de absoluta libertad testamentaria y surgió como freno y resorte moderador de dicha libertad cuando, relajadas las costumbres, testadores, usando, abusivamente, de tal libertad instituyeron herederos a extraños, sin dejar cosa alguna a las personas más allegadas, faltando con ello a los deberes de asistencia que incumben a los próximos parientes entes sí...”. ROCA SARTRE (RM). *Naturaleza jurídica de la legítima*, **Rev. Derecho Privado**, Madrid, 1984.

- **“...además, deberá asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten...”.**

De nuevo la norma no deja espacio de integración al sistema sucesorio pues, “*además*” de los alimentos a los hijos, dice que “*deberá asegurarse la manutención de sus padres y la de su consorte...*” y añade, para rematar con lo que se viene afirmando: “*mientras la necesiten*”...

Como se dijo anteriormente, el único alcance jurídico que se le puede dar a esta norma es que viene a otorgarles, por vía legal, y no judicial o convencional, la calidad de alimentarios a quienes, en el orden sucesorio del 572 ídem, son herederos en primer grado, algo así como los *ius heredes* del derecho romano, pero sin que importe esta calidad en el respectivo proceso donde se quiera hacer efectivo el derecho alimentario, pues en ese juicio son acreedores alimentarios como cualquier otro acreedor o, incluso, con menos categoría que otros.

Nótese que la norma habla ahora de “*asegurar*” y de “*manutención*”, con lo que reitera lo dicho antes, pues por más que diga *asegurar* ello no crea mayor obligación que la que, de por sí, dispone el Código de Familia, en lo que a alimentarios se refiere como acreedores respecto de deudores alimentarios, que en este caso, luego de muerto el obligado personal, pasa tal obligación a la sucesión como entidad obligada a cubrir estos créditos por medio del albacea.

- **“...Si el testador omite cumplir con la obligación de proveer alimentos...”.**

Y se da –o se pretende– la temida advertencia: “*si se omite cumplir...*” lo que no deja de ser pura declaración hueca, pues igual da que omita o no para que incida realmente en la eficacia del testamento otorgado, ya que la constitución de la calidad de ser alimentarios en nada dista de lo que sucedería de no haber existido esta norma, tal como está redactada. Si se pretende causar algún efecto psicológico en el ánimo de quien se presta a hacer testamento, y ante la indicación de su notario, para que “*no abuse*” del derecho a testar y “*deje asegurados*” los alimentos de los suyos (*sui*) pues podría tener algún sentido esta disposición *cuasimoral*, pero, en lo jurídico, si se creyó establecer una “*limitación*” con una severa sanción ante la violación a ese derecho, quedaron en la *intencionalidad*, nada más.

- **“...el heredero solo recibirá de los bienes lo que sobre, después de dar al alimentario, previa estimación de peritos, una cantidad suficiente para asegurar sus alimentos...”**

Los términos de la advertencia, que se señala en esta parte, aunque, que en principio, parece ser muy “*severa*”, no es sino la aplicación de una regla básica de todo proceso de liquidación, o sea de un juicio universal como es el sucesorio. Así, los herederos recibirán su herencia luego de que se hayan pagado acreedores, gananciales y legatarios, en cada caso. De modo que, sean acreedores alimentarios o no, las herencias sólo se darán cuando no hayan pagos anteriores que deban cubrirse.

Asímismo, aunque esta norma no dijera que a los acreedores alimentarios se les dará sus “*alimentos*” de acuerdo a estimación de peritos, ese es el procedimiento normal para la determinación de este tipo de créditos que, por su naturaleza, basta que se compruebe la *legitimación* de ser tal alimentario, por una lado, y la *necesidad alimentaria* y monto para satisfacerla, por otro, para que proceda el juez, con el albacea, a hacer la fijación y pago de la “*pensión alimentaria*” correspondiente.

Hay quienes⁽²⁸⁾ consideran que “*los gastos hechos con motivo de la muerte del causante, los de administración y las pensiones alimenticias asignadas en el testamento o por el juez, no se conceptúan, para este efecto, como créditos y que el albacea está autorizado para solventarlos, en vista de su carácter preferente*”. No obstante, no se comparte dicha opinión, dado que, de acuerdo al sistema de crédito que rige, los alimentos son créditos, del orden de los que tienen privilegio general y deben someterse a los que estén en mejor posición, como los reales.⁽²⁹⁾ Tal ha sido la reiterada posición que al respecto la jurisprudencia y la doctrina han manifestado:

“...no es posible admitir que existiendo hipoteca o prenda sobre los bienes del causante, éstos se vean menoscabadas por obligaciones de alimentos, a favor de los herederos. Adviértase siempre que en materia de procesos universales se trata de liquidar un patrimonio para pagar las deudas siguiendo un

(28) Don Alberto Brenes afirma eso en *Bienes*, ed. 1981, pág. 256.

(29) Para mayor explicación ver ARROYO ALVAREZ (Wilberth). *Partición de la Herencia y Pago de Acreedores*, en prensa, 2000.

orden preestablecido, para que luego, en caso de sucesiones, cualquier remanente sea entregado a los herederos... ”.⁽³⁰⁾

- **“...Si los hijos, los padres o el consorte poseen, al morir el testador, bienes suficientes, el testador no estará obligado a dejarles alimento.”**

Con esta última disposición se confirma, una vez más, lo que se ha dicho antes: se está muy lejos de ser ésta una *limitación jurídica* al derecho de testar, como sí lo es la Legítima, pues si el testador no ha instituido como herederos o legatarios a los *sui heredes*, o sea sus familiares del 595 y 472.1 CC. y, además, éstos, al morir el testador, “poseen bienes suficientes”, aquel “no estará obligado a dejarles alimentos...”. O sea que esta disposición lo que dice es que nunca se consideró instaurar –como en los tiempos de la república romana– una verdadera limitación, por medio de la cual se tutelara jurídicamente los derechos hereditarios de los *sui*, ante los posibles abusos del *pater*, tuvieran o no solvencia esos familiares, pues lo importante era la sucesión como tales, o sea como herederos, antes que como alimentarios.

Y la cita de lo afirmado por RIPERT se hace de nuevo necesaria:

“Hay un vínculo entre la legítima y la obligación alimentaria. Ambas sólo existen en favor de los parientes en línea directa y, como la legítima, la obligación alimentaria se relaciona con la noción de deber de familiar. Sin embargo, no debería verse en la legítima una transformación de la obligación alimentaria que el “de cuius” tenía en vida para sus parientes en línea directa. La obligación alimentaria supone que un pariente esté en la necesidad. Ahora bien para la atribución de la legítima no se tiene para nada en cuenta la situación de la fortuna de los herederos. Además es posible ser acreedor de alimentos sin venir a la sucesión del deudor en calidad de heredero forzoso...”

Además, eso de que se “obliga” a dejar alimentos “pero” si “los necesitan” recuerda las regulaciones anteriores, del Código de Carrillo y la misma Ley del 81, en las que también se “obligaba” a dejar a ciertos parientes “alimentos” pero sí, por ejemplo, eran “las hijas” ello no era

(30) VARGAS, *ob. cit.*, pág. 50.

obligatorio si en ellas se hubiere “*invertido*” “*igual o mayor suma*” en educación. O en el caso del cónyuge a quien se debía “*asegurar su subsistencia*” “*...a menos que éste tenga bienes propios o gananciales que basten para ello...*”.⁽³¹⁾

Además, hay que advertir que si no se cumple con dejar alimentos a los menores o discapacitados, padres y consorte, en los términos referidos, no se dará ninguna invalidez del testamento, en los términos de las normas que regulan la materia (arts. 835 ss CC) pues no se estaría con la circunstancia de adolecer el testamento de algún elemento esencial en su conformación o de que haya un vicio tal en esos elementos que lo invalide. En esto se recordará la llamada *querella inofficiosi testamenti*, del derecho romano, que contrario a lo anterior, hacía caer el testamento al considerarse nulo por falta de capacidad del testador (*officium pietatis*).⁽³²⁾ No obstante, se reitera: no existiendo la Legítima ni siendo ninguna “limitación” la contenida en la norma del 595 CC, tampoco podría plantearse “defensas” algunas, como se ha comprobado.

IV. LA DOCTRINA NACIONAL

Escasa es la doctrina científica nacional sobre el tema de la supuesta limitación a la libertad de testar, derivada de la norma del 595 del Código Civil.

- Para empezar hay que citar a don Alberto Brenes Córdoba quien en esto de las “limitaciones” a la libertad de testar (incluido el 595 CC) mostró siempre, como buen liberal que fue, su más férrea oposición. Así, entre otras manifestaciones, dijo:

“...el anterior arreglo a la sucesión ... se inspiraba en el antiguo concepto de que el patrimonio más bien pertenecía a la familia que al causante, a pesar de tener éste en vida la libre disposición de los bienes; concepto –agrega– a todas luces falso y fecundo en deplorables resultados”.

(31) ARROYO ALVAREZ. *La legítima...*, pág. 64.

(32) V. ARROYO ALVAREZ, (Wilberth). *Libre Testamentifacio, La Querella Inofficiosi Testamenti y Legítima Hereditaria en el Derecho Romano*, en prensa, 2000.

“El derecho para disponer libremente de nuestro caudal en el curso de la existencia, es uno de los más preciados y esenciales atributos de la propiedad. Privarnos de él en el momento solemne en que previendo nuestro fallecimiento, nos replegamos dentro de nosotros mismos, tomamos en cuenta nuestra particular situación, los recursos de que disponemos, las necesidades de las personas cuya suerte nos interesa, su condición, estado y demás especiales circunstancias, para hacer el reparto de los bienes como lo aconsejan el afecto, la prudencia y la justicia, es, ciertamente, al par que notoria inconsecuencia, atentar contra una facultad necesaria, indudable, que el derecho especulativo reconoce y fundamenta”.

“La herencia forzosa relaja los vínculos morales de la familia, al establecer cierto antagonismo entre la libertad del padre para disponer de lo suyo en todo tiempo y el interés de los hijos, quienes miran con desagrado y como un ataque a sus derechos, cuanto tiende a disminuir el caudal de su progenitor ...los herederos forzosos no sienten la necesidad de aplicarse al trabajo para crearse una posición desahogada, desde luego que cuentan con los bienes de su padre, que necesariamente han de llegar a sus manos algún día”.^(33, 34)

(33) BRENES. *Bienes*, pág. 230.

(34) Confróntese: “Ni lo sagrado e intangible del derecho de la personalidad, ni lo ilimitado y comprensivo del derecho de propiedad, pueden legitimar la ilimitada libertad de testar, porque, aceptados y reconocidos esos derechos en toda la amplitud de su concepto, esto no obsta a las legítimas imposiciones de la ley, ya que no se trata del hombre abstracto y solitario, sino del hombre que ha de moverse en el concierto social. La libertad ilimitada suele de generar en licenciosa; la autoridad privada, de que es una de sus expresiones la libertad de testar, va restringiéndose más y más en aras del bienestar de la sociedad; la propiedad en sí misma ya sufre limitaciones impuestas por las leyes... La autoridad paterna tiene, aún dentro de las legítimas, campo donde actuar su espíritu justiciero por la institución de las mejoras, de la desheredación y encuentra en la legítima un valladar fuerte, ya que no es insuperable, a sus extravíos, siempre

- El Dr. Francisco L. Vargas, autor nacional en temas de Juicios Universales, ha escrito varios libros y artículos sobre Derecho Sucesorio y Derecho Concursal, y en punto al asunto, objeto del presente análisis, ha sostenido, que la libertad de testar en Costa Rica no es un principio absoluto, pues la misma se encuentra limitada al existir restricciones legales como la obligación alimentaria para el testador (595 Código Civil).⁽³⁵⁾
- De igual manera, los abogados Marta Barahona y Rafael Oreamuno, en su tesis de grado titulada “La libertad de testar en Costa Rica”, hablan de “*derogaciones al Principio*” pues sostienen que “... *El legislador ha impuesto una limitación expresa a esta libertad en la disposición contenida en el artículo 595 del Código Civil ...*”.⁽³⁶⁾

posibles. La legítima ofrece un modo de satisfacción a uno de los intereses, el familiar, que concurre a la elaboración del fenómeno sucesorio”. DE DIEGO (Feliipe Clemente). *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, Artes Gráficas, Julio San Martín, T. III, 1959, pág. 194.

“La legítima romana surgió estando vigente un sistema de absoluta libertad testamentaria y surgió como freno y resorte moderador de dicha libertad cuando, relajadas las costumbres, testadores, usando, abusivamente, de tal libertad instituyeron herederos a extraños, sin dejar cosa alguna a las personas más allegadas, faltando con ello a los deberes de asistencia que incumben a los próximos parientes entes sí...”. ROCA SARTRE (RM). *Naturaleza jurídica de la legítima*, **Rev. Derecho Privado**, Madrid, 1984.

- (35) Igualmente sostiene lo mismo respecto de las gananciales (art. 41 Código de Familia) y la “cuarta falcidia” que la identifica en el artículo 612 del Código Civil. VARGAS SOTO, *Manual de Derecho Sucesorio Costarricense*, 3ª ed., pág. 46.
- (36) También han dicho: “...el legislador ha establecido una serie de limitaciones a la capacidad de recibir por testamento y consecuentemente, a la libertad de testar”; asimismo dicen que “existen personas a las cuales la ley prohíbe otorgar el acto jurídico testamentario, limitándose en ese tanto la capacidad de actuar”. En otra parte de su tesis se refieren a “limitaciones de carácter objetivo; por ejemplo –añaden– las establecidas en materia agraria con la finalidad de evitar la indivisión excesiva de la tierra y la contenida en el artículo 612 del Código Civil que establece la prohibición de disponer de todo el patrimonio en forma de legados en perjuicio de acreedores del causante”. Luego se refieren a “Restricciones directas en cuanto a la familia”, concluyendo: a) “...que el patrimonio familiar debe constituir una verdadera limitación a la libre testamentifacción”. b) Que las “gananciales”, en el artículo 41 del Código de

- En igual sentido, las licenciadas Blanco Vargas, Borloz Soto y Murillo Arias, en su tesis de grado titulada “El Testamento”, sostienen que *“nuestro sistema se conforma fundamentalmente con los rasgos de la libre testamentifacción puesto que se puede disponer del patrimonio en su conjunto, a favor de quien se desee; existiendo sin embargo algunas limitaciones dadas por ley” en las que están la obligación alimentaria*.”⁽³⁷⁾

La posición respecto a esos criterios, aunque respetables, no se comparten por lo expresado arriba y lo que se concluirá al final de este trabajo.

V. LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

La jurisprudencia nacional, desde el siglo XIX, tanto de las antiguas Salas Civiles y de Casación, así como de los actuales juzgados civiles, Tribunal Superior Civil y Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha mantenido la tesis de la *“limitación”* a la libertad testamentaria contenida en esta norma, sin mayor cuestionamiento teórico.

Incluso, según algunas resoluciones, los tribunales han afirmado que *“...el derecho de una persona de disponer de sus bienes por testamento, no es, en verdad, absoluto e irrestricto, pues hay en nuestra legislación positiva varias disposiciones de carácter limitativo que están inspiradas en claros principios que están consagrados por el derecho natural, entre los cuales puede citarse el artículo 595 del Código Civil ...”*.⁽³⁸⁾

Asimismo, la antigua Sala de Casación va más allá al sostener y considerar al acreedor alimentario como *“heredero forzoso”*, cuando por

Familia, “impone una limitación a la libre disposición de los bienes por actos *mortis causa* ... c) “La irrevocabilidad de las disposiciones no patrimoniales constituye una verdadera limitación a la autonomía de la voluntad y por ende a la libre testamentifacción” BARAHONA y OREAMUNO, *La Libertad de testar en Costa Rica*, tesis de grado, Facultad de Derecho, 1982.

(37) BLANCO VARGAS (Maritza), BORLOZ SOTO (Miriam) y MURILLO ARIAS (Ileana), *El Testamento*. Seminario de Graduación para optar al título de Licenciados en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1982.

(38) TSC, Res. N° 96 de 1993.

el contrario, el alimentario puede que no sea heredero y mucho menos del tipo “forzoso” pues éstos no son sino los legitimarios ahí donde se ha regulado la legítima. Incluso la Casación de 15:25 hrs. del 26 de setiembre de 1941, habla del “complemento” cuando no se ha dejado al alimentario lo necesario para vivir. Nada más equivocado. Si con ello se quieren referir a la acción de complemento que existe en las legislaciones que sí regulan la Legítima y que es una defensa para el heredero forzoso preterido en parte de su legítima, en Costa Rica dicha acción no existe al no existir el instituto de la Legítima que la contenga.

Algunas sentencias del Tribunal (Superior) Primero Civil, de épocas más recientes y con diferentes conformaciones de jueces, sostienen sin mayor cuestionamiento lo siguiente:

- “...No hay duda de que una de las limitaciones a la libre testamentifacción es lo relativo a los alimentos, cuyo importe lo debe cubrir la sucesión, aun cuando haya una única heredera testamentaria...” (1992, #1034).
- “Si el testamento otorgado por el causante se instituyen como únicos y universales herederos de todos los bienes y derechos que aparezcan en su fallecimiento a otras personas y no al hijo del causante, que pretende ser incluido como parte interesada dentro del sucesorio y si éste no es un menor ni un inválido, el apoderado del mismo no tiene personería para actuar en el juicio sucesorio...” (1978, #589).
- “Avala el Tribunal todas las consideraciones de fondo dadas por el **a quo** por las cuales acoge el incidente de pensión alimenticia promovida por la madre del causante. No hay duda que una de las limitaciones a la libre testamentifacción es lo relativo a los alimentos, cuyo importe lo debe cubrir la sucesión, aun cuando haya una única heredera testamentaria. No debe confundirse el patrimonio sucesorio con los bienes de los herederos, pues aquél es la prolongación del **cujus** para los efectos de garantizar el pago de las obligaciones que éste tenía al momento de fallecer” (1992, Nº 1034).

- “...El testador no podrá disponer por testamento de bienes cuya mitad por ley corresponde a la cónyuge supérstite y mientras existan hijos menores a los que debe asegurarse su alimentación hasta la mayoría; lógicamente la cónyuge debe demostrar cuáles bienes fueron adquiridos durante el matrimonio con el de **cujus** y mientras este punto no sea aclarado el sucesorio sigue su curso normal como testamento; así las cosas, no puede el juzgado interrumpir el curso normal del proceso testamentario hasta tanto no se demuestre lo ya expuesto en forma debida y legal...” (1987, Nº 74, Tribunal Superior Civil de Pérez Zeledón).

Así las cosas, la jurisprudencia patria ha sido parca en comentarios o análisis sobre el tema alimentario contenido en el 595, dando por sentado que la limitación a la “libre testamentifacio” que contiene es una verdad de Perogrullo.

De todas estas resoluciones judiciales, tomadas de distintas épocas, se puede concluir, sin más dificultad:

- Que los jueces no se cuestionan si eso que ellos llaman “limitaciones a la libre testamentifacción” es acorde *integralmente* con el ordenamiento jurídico, desde la perspectiva del derecho sucesorio y sus correlativos derechos de familia y alimentarios.
- Que cuando algunos jueces han identificado en esta norma una “verdadera herencia forzosa” no han hecho sino caer en el “cuento liberal” que se crea a partir de la ligera expresión “con tal (de) que” contenida en la norma del 595, sin determinar qué alcances tiene y, mucho menos, precisando los conceptos de “libertad” y “limitación”.
- Que más parece que esa norma, releída por medio de expresiones de “herencia forzosa”, “limitación a la libre testamentifacción”, “acción de complemento”, “obligación alimenticia”, entre otras, sólo ayuda a fundamentar las decisiones judiciales de otorgar una “pensión alimenticia” a algún pariente del causante que fue excluido como heredero y necesita alimentos; de lo contrario no se le permite siquiera intervenir por medio de su representante legal, por “falta de personería”⁽³⁹⁾ (sic).

(39) TSC, (1978, Nº 589).

VI. CONCLUSIÓN GENERAL

Aún cuando la interpretación que se hace acá de la norma contenida en el 595 del Código Civil no es ni la “oficial” de los Tribunales ni de algunos *civilistas* nacionales, considero que, aunque esbozado en términos generales, se plantea otra perspectiva del asunto, lo que no significa no estar de acuerdo con la “intencionalidad” de la norma de marras, muy aceptable en cuanto a su altruismo pero que, por eso mismo, debería sufrir una importante reforma para que se logre su fin último (si es que alguna vez se pensó seriamente en él, en cuanto a la protección de la familia se refiere).

También es cierto que el Código Civil, en su Título Preliminar, sobre “Interpretación y Aplicación de las normas jurídicas”, artículo 9, establece que las normas “... *se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas*”.

Sin embargo, precisamente del “*sentido propio de sus palabras*” (del artículo 595 ídem) sólo puede colegirse *incongruencia* con el mismo ordenamiento jurídico, al expresar en términos aparentemente absolutos una tutela de “*herederos*” que en esa calidad resulta más bien desprotegidos, siendo la única posibilidad el que, ante el uso que de la libertad testamentaria haga el testador, sólo puedan reclamar “*alimentos*”, *siempre y cuando los necesiten*, pues, de lo contrario, ni siquiera en la calidad de “*alimentarios*” podrán apersonarse al proceso sucesorio.

Si se considerara “*los antecedentes históricos y legislativos*” de la dicha norma se tendrá que considerar lo expuesto y afirmado *ab initio*, en cuanto al contexto histórico político-ideológico que prevaleció al gestarse y promulgarse el actual Código Civil y sus inmediatos antecedentes, el Código General de 1841 y la Ley de Sucesiones de 1881 donde el primero instauró más abiertamente el sistema de Legítima. En realidad, el legislador del 85 lo que quiso al regular de nuevo, siete años después, la materia hereditaria fue precisamente eliminar toda *limitación* a ella, si es que la hubo en el 81, pues de haber pensado en mantenerla en el nuevo Código (sólo por razones sistemáticas de codificación), hubiera utilizado iguales términos y porcentajes que disponía a favor de los *sui heredes* en la normativa anterior del 41, como limitación al testador que quisiese disponer de todos sus bienes para después de su muerte.

Y en cuanto a “...la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas”, se debe reiterar lo dicho antes en cuanto a la realidad “de entonces” a la promulgación del Código Civil (1881-1885). Han pasado casi ciento quince años desde la promulgación del Código actual y, obviamente, la realidad social en que se aplica éste es otra; los acontecimientos de finales y principios de siglo, con un “nuevo liberalismo” que transita aceleradamente, hará difícil sino imposible cambiar el actual sistema sucesorio de libre testamentifacción o al menos “clarificar” e “integrar” la solución “alterna” de alimentos del 595 CC.

Ya se afirmó hace 15 años:

“Hoy nosotros nos atrevemos a decir que esos criterios liberales han demostrado que esa no era la ideología más recomendable máximo en países subdesarrollados y por el contrario cuando en una Nación se presentan características como las nuestras debe existir un grado de intervencionismo estatal que posibilite la dirigencia de campos, etc., hacia el desarrollo global, y si pretendemos una sociedad más justa es necesario proteger ciertos grupos que a causa, en muchas ocasiones, del liberalismo se encuentran en total desamparo y es por ello que deben adaptarse criterios proteccionistas sobre todo en el núcleo familiar”.⁽⁴⁰⁾

A pesar de lo anterior, se reitera la necesidad de reestablecer la Legítima Hereditaria como base del Sistema Sucesorio Costarricense y para lo que se habrían de tomar en cuenta las “nuevas realidades”, tal como parece haberlo hecho el C.C. Peruano, en 1984, cuando reguló el tema sucesorio acorde a los avances de la ciencia jurídica y la situación de las economías latinoamericanas.⁽⁴¹⁾

Ya en Costa Rica se han dado algunos pasos hacia ese *reordenamiento* en cuanto a aspectos de protección familiar, como el contenido en el art. 922 CPC que se refiere a la “*casa-habitación familiar*” para

(40) BADILLA y otros. *Legítima Hereditaria*, tesis de grado, 1986.

(41) Así por ejemplo, reguló lo concerniente a la “*casa-habitación*”, como porción de la legítima.

efectos posesorios, pero se cae de nuevo en meros “*parches*” al sistema que si no causan confusión en su aplicación resultan inconsistentes con el sistema sucesorio como un todo.

En todo caso, se reitera, también, que si bien los temas de “alimentos” y “derechos sucesorios” están íntimamente ligados, cada uno tiene sus particulares principios que le rigen por lo que, más bien, deben complementarse antes que contradecirse. Con ello se evitará que los Tribunales de Justicia, ante una norma jurídica, que no moral, deban decir:

“Si bien es cierto que contra un sucesorio cabe entablar una demanda por pensión alimenticia para cubrir las necesidades de un heredero menor, es fundamento necesario que la misma se imponga en relación con las entradas que produzcan los bienes sucesorios no así en relación con estos mismos. Es decir, si lo bienes no producen, como es el caso de autos, por más derecho que tenga el demandado no es posible conceder la pensión pues el caudal sucesorio no puede pagar sin que se pueda permitir que los bienes desaparezcan en pago de pensión alguna”.⁽⁴²⁾

VII. PROPUESTAS DE REFORMA LEGAL

Para terminar y como aporte en esta discusión, no sólo para aclarar y precisar los alcances del 595 CC, sino como propuesta a posibles reformas al sistema sucesorio, reitero las hechas en las *bases de discusión* que, en su momento (al cumplir 100 años el CC) se presentaron⁽⁴³⁾ al Congreso Jurídico de ese año:

1. Que la porción de la legítima comprende todos los bienes del causante, sea “*pars bonorum*” y no sólo “*pars hereditatis*”.
2. Que de esa porción de legítima el causante no pueda disponer de la mitad de todos sus bienes, a menos que sea en beneficio de los mismos legitimarios. De la otra parte de los bienes podrá el

(42) TSC, R. Nº 1008-93.

(43) V. ARROYO ALVAREZ. *Legítima...*, pág. 83.

causante disponer incluso en “mejora” de los legitimarios, sea en favor de uno o varios, en forma igual o desigual. Los legitimarios recibirán de la legítima por partes iguales, sin distinción alguna. La legítima hereditaria es intangible. Caso de que se lesione la legítima, porque se le privó completamente al legitimario de ella o porque se le dejó menos, tendrá él la acción de reducción y de complemento, respectivamente, implicando esta última la reducción respectiva. Estas acciones prescriben en diez años y su vía será mediante incidente en el mismo juicio sucesorio. Cualquier gravamen, condición, término, modo o substitución de la legítima se tendrá por no escrita. Sólo podrá privarse al legitimario de su legítima si es declarado judicialmente indigno, conforme la regulación existente y de las causas expresadas por la ley respecto a las cuales proponemos una revisión pues algunas son confusas en su aplicación al caso concreto.

3. Que se consideren como legitimarios a los integrantes de la “familia nuclear”, que es la que en el estado actual de nuestra sociedad se debe proteger. Se considerarán como legitimarios: En primer orden los hijos y el consorte y a falta de ellos, en segundo orden, los padres del causante. Se tendrá como legitimario, también al compañero o compañera.
4. La renuncia o transacción sobre legítima futura es prohibida, sea entre legitimarios y testador o entre aquéllos y terceros. Lo recibido por el legitimario del causante por la renuncia de legítima se debe colacionar. Abierta la sucesión sí puede el legitimario renunciar o ceder su porción de legítima.
5. Cabe representación del legitimario por parte de sus descendientes cuando premuere, repudia la herencia o es declarado indigno. Igual regla se seguirá en el caso de que la legítima se defiera por testamento.
6. La legítima se calculará, idealmente, restando el “*debitum*” al “*relictum*” y sumándole el “*donatum*”. El cálculo de la legítima es posterior al pago de gananciales que corresponde al cónyuge supérstite si tuviere derechos a ellos. La legítima del cónyuge es independiente de lo que tiene derecho por gananciales.

Y ya que se ha hecho somera mención del Código Civil Peruano de 1984, valga la ocasión para tener presente, en futuras reformas sobre el tema, lo que dice esta normativa al respecto:

- Al cónyuge le pertenece su legítima intangible, pues la regla de que si recibe igual o más por gananciales de lo que recibiría siendo sólo heredera es hablar de “...un legitimario sin legítima y un heredero sin herencia”.
- Innovador es la figura de la “casa-habitación” dentro de la cuota de legítima del cónyuge superviviente que regula ese Código en su art. 731.⁽⁴⁴⁾
- Mientras esté afectado por los derechos de habitación o de usufructo, en su caso, la casa-habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar.
- Si el cónyuge sobreviviente contrae nuevo matrimonio, vive en unión de hecho o muere, los derechos que le son concedidos se extinguen, quedando expedita la participación del bien.
- También se extinguen tales derechos cuando el cónyuge sobreviviente renuncia a ellos”.
- Las donaciones, legados y en general la institución de heredero, hechos a favor del legitimario se considerarán como parte de la legítima.
- Se considerarán “mejora” sí así lo hace expreso el testador. Si la “mejora” excediera la parte disponible habrá la reducción, pudiendo el mejorado devolverlo en su valor equivalente. La mejora es renunciable.

(44) Cuando el cónyuge sobreviviente concorra con otros herederos y sus derechos no alcancen el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales. La diferencia de valor afectará la cuota de libre disposición del causante, y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de éstos. En su caso los otros bienes se dividen entre los demás herederos con exclusión del cónyuge”. Asimismo el artículo 732 dice: “Si en el caso del artículo 731 el cónyuge sobreviviente no estuviera en situación económica que le permita sostener los gastos de la casa-habitación, podrá con autorización judicial darla en arrendamiento, percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de la legítima y gananciales los demás derechos inherentes al usufructuario.

- Las donaciones hechas a terceros se imputan a la parte disponible y sólo si excedieron se reducirán, a petición del interesado legitimario, por la vía legal que corresponda y siguiendo como criterio de reducción antes los legados que las donaciones y respecto a estas últimas se reducirá la más reciente a la más vieja. Si fueron de igual fecha, se reducirán proporcionalmente.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO (Manuel). *Instituciones de Derecho Civil*. Barcelona, Editorial Bosch, Segunda edición, T. II, 1944.
- ARROYO ALVAREZ (Wilberth). *Índice de referencia a la Revista Judicial en materia de Sucesiones*. Imprenta Judicial, 1988.
- ARROYO ALVAREZ (Wilberth). *Legítima Hereditaria y Derecho Sucesorio Costarricense*. 1ª edic., 1988 y **Revista Judicial** Nº 42, 1988.
- ARROYO ALVAREZ (Wilberth). *Libre Testamentifacio, la Querrela inofficiosi testamenti y Legítima Hereditaria en el Derecho Romano*, en prensa, 2000.
- ARROYO ALVAREZ (Wilberth). *Partición de la Herencia y pago de Acreedores en el Proceso Sucesorio Costarricense*, en prensa, 2000.
- ARROYO ALVAREZ (Wilberth). *Esbozo Conceptual sobre la Posesión Civilísima en el Derecho Hereditario Comparado* (según las legislaciones sucesorias de España, México y Argentina), en prensa, 2000.
- ARROYO ALVAREZ (Wilberth). *Posesión Hereditaria y Adquisición de la Herencia en el Derecho Sucesorio Costarricense*, en prensa, 2000.
- BRENES CÓRDOBA (Alberto). *Historia del Derecho*. San José, Editorial Lehmann. Primera edición, 1906.
- BRENES CÓRDOBA (Alberto). *Tratado de los Bienes*. San José. Tipografía Nacional, 1906.
- DE DIEGO (Felipe Clemente). *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid. Artes Gráficas, Julio San Martín, T. III, 1959.
- GUIER (Jorge Enrique). *Principales codificaciones legales en Costa Rica*. San José. Edición mimeografiada. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, s.a.c.
- JIMÉNEZ (Salvador). *Elementos de Derecho Civil y Penal de Costa Rica*. San José. Imprenta de Guillermo Molina, 1874.

IGLESIAS (Juan). *Derecho Romano*. Instituciones de Derecho Privado. Barcelona. Ediciones Ariel, 1972.

PÉREZ VARGAS (Víctor). *Característica de la familia costarricense*. San José. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, edición en mimeógrafo, s.fe.

RIPERT (Georges) y BOULANGER (Jean). *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires. *Ediciones La Ley*. Segunda edición. Volumen 1, Tomo X, 1965.

ROCA SARTRE (RM). *Naturaleza jurídica de la legítima*. **Rev. Derecho Privado**. Madrid, 1984.

VARGAS SOTO (Francisco Luis). *Manual de Derecho Sucesorio Costarricense*. San José, S.N.E., 1981.

TESIS Y SEMINARIOS DE GRADUACIÓN

BARAHONA MELGAR (Marta Isabel), OREAMUNO BLANCO (Rafael Antonio). *La libertad de testar en Costa Rica*. Tesis para optar al título de Licenciados en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1982.

BADILLA CALDERÓN (Tobías), CARAVACA ZÚÑIGA (Raquel), GONZÁLEZ JIMÉNEZ (Víctor), LEÓN CORDERO (Anayansi), QUESADA SOLÍS (Yolanda) y RODRÍGUEZ GRANADOS (Marlene). *Legítima Hereditaria*. Seminario de graduación para optar al título de Licenciados en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1986.

BLANCO VARGAS (Maritza), BORLOZ SOTO (Miriam) y MURILLO ARIAS (Ileana). *El Testamento*. Seminario de Graduación para optar al título de Licenciados en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1982.

LEGISLACIÓN

CÓDIGO CIVIL. Ley Nº XXX del 19 de abril de 1885, vigente a partir de enero de 1888, según ley Nº 63 del 28 de setiembre de 1888.

CÓDIGO DE COMERCIO. Ley 3284 de 30 de abril de 1964.

CÓDIGO DE FAMILIA. Ley 5476 del 21 de diciembre de 1973.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL, del 16 de agosto de 1989. La Gaceta del 3 de noviembre de 1989, vigente a partir de abril de 1990.

CÓDIGO DE TRABAJO. Ley 2 del 26 de agosto de 1946.

CÓDIGO DE CARRILLO, del 30 de junio de 1841.

LEY DE SUCESIONES, de 14 de noviembre de 1881.

**PLANTEAMIENTOS DE UN ESPECIALISTA EN ASUNTOS
PÚBLICOS SOBRE EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Lo que debió haber sido, y lo que fue

Johnny Meoño Segura, Ph. D.^()*

Catedrático

Escuela Ciencias Políticas

Universidad de Costa Rica

(*) Investigador Asociado Observatorio del Desarrollo, UCR.
Investigador Asociado Instituto de Investigaciones en Ciencias Económicas, UCR.

SUMARIO:

1. El contexto para un análisis académico riguroso: el factor de cultura política
2. Una importante digresión: ¿qué puede hacer ya un Colegio de Abogados y uno de Profesionales en Ciencias Económicas, o una misma Universidad de Costa Rica adecuadamente articuladas varias Facultades y Escuelas, y otros grupos de interés nacionales, para lograr acciones modernizadoras adecuadas y de impacto por parte del Estado aún en ausencia de una Ley como la aquí comentada?
3. El marco teórico-conceptual a tener presente en el análisis del Proyecto de Ley Orgánica de la Administración Pública
4. El entorno político-burocrático imperante en Costa Rica
5. La “modelística” imperante en el proyecto de Ley Orgánica, versus la modelística deseable
6. Un articulado confuso, que parte de un diagnóstico errado de la realidad nacional
7. Planificación y presupuesto, distorsiones a granel
8. Violentamiento de la autonomía municipal
9. Inadecuada distribución de competencias ministeriales
10. Una dirección interorgánica sumamente confusa: ¿quién manda al final?
11. Violentamiento inadecuado de la autonomía administrativa de las instituciones
12. Nuestro “modelo”: más radical, pero con pesos y contrapesos

INTRODUCCIÓN

Este trabajo lo escribimos hace exactamente un año de cara a las elecciones presidenciales de febrero del 2002 para publicar en esta misma prestigiosa Revista por invitación del Dr. Jorge Enrique Romero Pérez, gran amigo desde hace muchos años y distinguido Director de la misma y especialista/tratadista, también, en asuntos públicos. No se pudo imprimir por fuerza mayor, pero hoy toma nueva vigencia de frente al anuncio público de que el PUSC lo ha declarado proyecto prioritario en su agenda legislativa, y pronto será entonces discutido de nuevo en la Asamblea Legislativa y públicamente.

Los razonamientos de fondo siguen siendo los mismos hoy pues el Proyecto no ha variado con respecto a su versión de hace un año, versión que contó inclusive con una recomendación negativa del Consejo Universitario de la Universidad de Costa Rica ante la obligada consulta que la Asamblea debe hacer a las universidades estatales sobre proyectos de ley que les incumbe. Tal dictamen desfavorable por parte del Consejo Universitario, se sustentó en un análisis solicitado a un grupo de académicos de varias disciplinas, entre los cuales tuvimos el honor de contarnos.

Sentimos particular obligación moral de contribuir con un análisis de fondo como el presente, en vista de que dicho Proyecto fue producto de una iniciativa nuestra ante la Segunda Vicepresidencia en Julio de 1999, pero terminó entronizando un “modelo” muy distinto del que planteamos originalmente a esa Vicepresidencia y ante el BID que lo financiaba.

La iniciativa correspondió a una vieja inquietud que en su momento lanzamos en el país desde MIDEPLAN, habiendo publicado un primer artículo en página 15 de *La Nación* intitulado “*Administración base cero: salida a la crisis?*” en agosto de 1983, y que implicaba una recomposición integral de nuestra Administración Pública más diversas reformas políticas, y todo bajo una estrategia de un régimen cuasi-parlamentario y de una descentralización integral a favor primero de las provincias o regiones para instaurar un sistema cuasifederal, y segundo hacia el régimen municipal, pero todo ello con una novedosa y revolucionaria entronización de la sociedad civil en las nuevas estructuras de poder político e institucional, además de una recomposición integral también de los sistemas administrativos de contratación administrativa, presupuestos y empleo público. La estrategia de diseño que sugeríamos

en 1983 y que sostuvimos en este Proyecto, fue la de lograr primero un amplio consenso nacional del “modelo político-institucional” que más convenía al país bajo ese gran marco estratégico inicial, para luego redactar la ley específica.

Los análisis que siguen, mantienen su vigencia, decíamos, no solo de cara al texto del Proyecto referido, sino y particularmente de cara a la situación sociopolítica del país, la cual ha variado precisamente a partir de las elecciones de “segunda vuelta” de este año, ganadas por el Partido Unidad Social Cristiana y su candidato el Dr. Abel Pacheco, pero no tan radicalmente en términos de la miopía colectiva que aun parece seguir distinguiendo al país en cuanto al desgano o falta de una actitud investigadora o inquisitiva para reconocer que Costa Rica tiene, en el incumplimiento de leyes extraordinarias vigentes sobre todo en materia de dirección y planificación de los procesos públicos, uno de los factores más importantes que nos mantendrán subdesarrollados por décadas por venir, si no lo entendemos y lo confrontamos frontal y radicalmente.

Se trata éste de un factor que seguimos teniendo muy claro en nuestro marco conceptual para el análisis de problemas y soluciones de nuestro desarrollo integral: somos indolentes como colectividad en cuanto a saber exigir cuentas de nuestros gobernantes, pues tenemos todo el marco legal que lo permitiría pues obliga a nuestros gobernantes y funcionarios a actuar de maneras transparentes y precisas, racionales, en el ejercicio del poder político superior que todo lo permea hacia “abajo” en las instituciones y en el país como tal, hasta las comunidades mismas donde reside el costarricense que tiene derecho concreto a que el Estado actúe con la máxima racionalidad, transparencia e interés en resolver los problemas por los cuales ese Estado y sus instituciones se justifican según la Constitución misma y las leyes.

Sin embargo, nos negamos individual y colectivamente a reconocer ese marco legal y, sobre todo, a interpretarlo articuladamente –una Ley de Planificación, una Ley General de la Administración Pública en su régimen de dirección política por parte del Poder Ejecutivo sobre entes autónomos por sectores de actividad, una Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos (del año pasado), una Ley Orgánica del Ambiente, un Código de Niñez y Adolescencia–, y entonces fallamos en aceptar que con ese marco legal y algunas normas constitucionales claras que también existen en cuanto al concepto de Estado-unitario, ya podríamos practicar un comportamiento político-institucional de país de “primer mundo” sin supeditarnos a nuevas leyes que vengan a decirnos

más de lo mismo sin que se reconozca en el país que, por “cultura política”, somos una sociedad formalista que busca obsesivamente promulgar nuevas leyes y reglamentos según “los gritos de la moda mundial” en cualquier campo y sólo para quedar bien con la conciencia legalista que exhibimos internacionalmente, pero no para cumplirlas como la letra de aquéllas, y su espíritu, mandan.

Insistimos en que al día de hoy, el país sigue sin contar con un diagnóstico crítico y descomprometido con partido político alguno, o con el gobierno de turno con el que se quiera quedar bien, y que proporcione una visión franca y profunda sobre lo mal que andan las cosas en este país. Inclusive nos referimos a que el mismo *proyecto Estado de la Nación*, el cual reconocemos en sus importantes contenidos y repercusiones, no aporta en este campo del “buen gobierno y desempeño democrático” la crítica de fondo e integral que nosotros al menos sí hemos buscado sistematizar y ofrecer al país a través de nuestros escritos académicos y públicos durante 28 años de labor investigativa de los procesos públicos político-institucionales nacionales y, de paso, latinoamericanos.

Hemos destacado durante todo este tiempo las consecuencias funestas para el país de lo que es una brecha entre la “realidad política-institucional” del país y su “realidad jurídica”. Nos gusta “legalizarnos” para parecer un país de avanzada, pero nos comportamos como un país subdesarrollado. La discusión más reciente sobre rendición de cuentas y transparencia nos desnuda en tal sentido, pues ya tenemos en aquel marco legal mencionado atrás todos los elementos, mecanismos e instrumentos para comportarnos con la máxima racionalidad rindiendo y exigiendo cuentas, y para ser transparentes, pero le damos la espalda y pensamos en que hay que sacar nuevas leyes sobre rendición de cuentas y transparencia, y para colmo de males, privilegiando una *mentalidad contable, no política*, de estos conceptos y de sus eventuales praxis.

Nos mata nuestra cultura política, y ello se puede ver rápida y fácilmente en un análisis no superficial pero sí expedito—inclusive en una primera lectura— de este Proyecto de Ley Orgánica de Administración Pública siempre y cuando tengamos un ápice al menos de seriedad en reconocer los recurrentes factores que nos distinguen hoy, aunque desde hace al menos unas tres décadas, en el deterioro de esa transparencia en los procesos político-institucionales y en el desempeño de tantas instituciones y ministerios, a pesar de haberse dado ese extraordinario marco legal llamado a ordenar el ejercicio del poder político superior que todo lo permea en nuestro régimen presidencialista y altamente centralizado.

Es hacia la comprensión de estos factores de cultura política que nos condenan a actuar subdesarrolladamente a pesar del avanzado marco legal referido –en la medida en que se le entienda como planteamos en nuestro marco teórico-conceptual–, a lo que busca contribuir este presente trabajo pues sin ello, predecimos que la discusión de este proyecto de ley no alzarará el vuelo analítico y de fondo que Costa Rica requiere de sus mejores hombres y mujeres, los cuales no se restringen a la ahora multitudinaria representación partidaria en la Asamblea Legislativa.

Y, si tal discusión no es de fondo sobre el país que tenemos y el país, Estado y sistema político que queremos para el resto de este siglo XXI, y sobre las consecuencias negativas que se darán a partir del enajenante centralismo presidencialista que en tal proyecto se entroniza, quedaremos como sociedad en manos de un sistema institucional que bajo el disfraz de “ser novedoso”, no sólo no cambiará nuestros peores vicios en actitudes y comportamientos reales, sino que los empeorará en sus más negativas facetas como lo son el servilismo político-partidista, la corrupción, la impunidad y la creciente ineficacia estatal-institucional que el país ha presenciado en los últimos treinta años.

Es por eso que publicamos este trabajo pretendiendo incorporar en la “pre-discusión” de semejante proyecto de ley o de iniciativas semejantes, un marco informativo de aspectos que son vaga o nulamente reconocidos en las discusiones que se dan alrededor de este tipo de proyectos de ley que son de tanto impacto y trascendencia para el país.

El nuestro no es un discurso de abogados o sociólogos o politólogos o meros administradores públicos o planificadores o economistas u otros profesionales cuyos aportes han de ser de obligada inclusión en un proyecto como éste, sin haberlo sido. Nuestro discurso es de naturaleza multidisciplinaria sobre la base de un marco teórico-conceptual autóctono que nos permite un análisis articulado e integral de la realidad sociopolítica e institucional del país, incorporando en él elementos esenciales de cada una de esas disciplinas hacia un profundo y realista reconocimiento de la naturaleza de nuestra cultura política de origen colonial y la forma en que ella determina o impacta la realidad de nuestros procesos públicos y políticos en todo orden de la vida económica, social y ambiental del país, y en todo ámbito territorial en que los mismos toman lugar, es decir, en el ámbito nacional, en el regional, así como en el sectorial e institucional, según lo explicamos más abajo.

Esperamos contribuir de esta manera, a que se cuente con un marco conceptual amplio y rico por parte de todo profesional y analista en la materia, y que con ello se ensanche en alguna medida la tradicional óptica con que se suele analizar proyectos de esta naturaleza, es decir, una óptica reduccionista, simplista, facilona, formalista y superficial, unidisciplinaria, que no parte, repetimos, de un diagnóstico crudo y descomprometido de la realidad sino que sólo reproducen la visión tradicional –reduccionista, simplista, facilona, formalista y superficial, además de improvisada– con que se manejan los procesos políticos y públicos que nos mantienen aún hoy en esta situación de “subdesarrollo a medio camino”, a pesar del marco legal de avanzada con que el país cuenta en materia de *dirección, planificación y organización* de los procesos político-institucionales que determinan el nivel de desarrollo integral que Costa Rica exhibe.

1. El contexto para un análisis académico riguroso: el factor de CULTURA POLÍTICA

El supuesto académico básico que sugerimos tener presente de manera elemental en el análisis de un planteamiento o proyecto de ley tan amplio y ambicioso sobre administración pública como el que suscita este comentario, es que su génesis y diseño deben responder a tres pasos o fases racionalmente indispensables:

- i) Una, la realización de un diagnóstico amplio, profundo e integral sobre la problemática que el país enfrenta en todo campo de actividad socio-económica, política e institucional como producto de su particular CULTURA POLÍTICA, y ojalá que con una amplia base de consenso o, al menos, de búsqueda del consenso nacional a través de importantes consultas en San José y en las regiones de desarrollo del país, pues si no hay acuerdo multitudinario en la problemática misma y en las causas de ésta, difícilmente habrá acuerdo con respecto a las soluciones que posteriormente se propongan. Sostenemos que si no hay búsqueda de consenso en una acción que busca transformar profundamente una situación históricamente consolidada alrededor del Estado, de su administración pública y del sistema político mismo, entonces será muy difícil que haya la indispensable posterior simpatía, comprensión y apoyo popular hacia el proyecto legal resultante;
- ii) Segundo, debe darse un diseño posterior, por un equipo interdisciplinario, del MODELO de Estado, Administración Pública

- y sistema político deseados, que surja justamente de la necesidad de confrontar y superar las debilidades o erraticidades, y las fortalezas, identificadas en el diagnóstico;
- iii) Finalmente, la redacción de la ley propiamente, configurando ese MODELO deseado y consensuado. Lo contrario, sería una mera iniciativa –como es tradicional en nuestro país– de abogados u otros especialistas redactando unilateralmente un proyecto en retazos o segmentos o áreas temáticas según fueran éstas emergiendo conforme los redactores del proyecto van identificando elementos interesantes del accionar estatal.

En términos del diagnóstico, hay además toda una fundamentación teórica-conceptual en materia de administración pública y ciencias políticas a reconocer en lo que vale y en lo que no vale, primero de fuentes anglosajonas –vanguardistas en el desarrollo de las ciencias sociales en general– pero también de fuentes latinoamericanas y sobre todo costarricenses sobre la naturaleza de nuestra particular e irrepetible *cultura política*, pasando por un indispensable análisis de situación histórica y de actualidad como parte del diagnóstico, cuya identificación precisa constituye requisito indispensable para sustentar todo un conjunto razonable de hipótesis y tesis que han de orientar sólidamente cualquier intento serio de incurrir en un diseño modelístico integral, exhaustivo y estratégicamente coherente y prospectivo, para un país como Costa Rica.

Sépase, primero, que no todo enfoque anglosajón es aplicable a América Latina o a Costa Rica precisamente por la diferencia abismal en “culturas políticas”, y menos aplicables resultan los enfoques de empresas o negocios al contexto público ni en los mismos países anglosajones de origen y mucho menos en el contexto latinoamericano o costarricense, como tantos asumen y practican sin lograr precisamente, en gran parte por ello, los cambios de actitudes y desempeño institucionales pretendidos con esa “aplicación acrítica” de enfoques foráneos y de negocios privados al contexto de nuestra administración pública o instituciones –inclusive empresas estatales.

Partimos así en el análisis de este presente proyecto, de la bien sustentada crítica producto de nuestros propios estudios y observaciones sobre la situación costarricense, de cuán poco profunda es en nuestro país la labor que muchos analistas y legisladores con frecuencia desahogan en propuestas y leyes concretas que buscan impactar directamente el comportamiento del costarricense en todo campo de actividad,

sólo para reconocer una y otra vez que muchísimas de ellas no logran ese impacto real, y las situaciones que se buscaba transformar siguen su curso histórico de acción, con el costarricense actuando como siempre y los procesos enredándose cada vez más y contribuyendo cada vez menos a provocar situaciones idóneas para lograr el tan ansiado desarrollo sostenible a que el pueblo legítimamente aspira.

La naturaleza de nuestra particular y volátil *cultura política* no se reconoce ni desarrolla de manera convincente en textos nacionales,⁽¹⁾ y ello provoca que múltiples propuestas y “soluciones” normativas que nos autorecetamos para resolver los numerosos problemas que como país enfrentamos, no sean eficaces del todo, a pesar de que a veces muestran “perfección” de contenido. Nos explicamos.

La *cultura política* la definimos como el conjunto de valores y actitudes que marcan los comportamientos reales del costarricense y que determinan su grado fáctico de participación en los procesos y estructuras o mecanismos del poder formal institucionalizado –en órganos estatales, ciertamente– que son los que finalmente toman las decisiones sobre objetivos, procesos y recursos de todo tipo que configuran o determinan el nivel concreto y general de bienestar de todos en el país, y del país como tal en su conjunto.

Abajo, referimos el concepto de *cultura cívica* y *cultura política* desarrollado por varios distinguidos autores norteamericanos, más o menos coincidente con nuestra definición, con la diferencia de que en Estados Unidos de Norteamérica y en la mayoría de países de Europa Occidental dichos conjuntos de valores se desarrollaron de maneras positivas desde hace cientos de años, mientras que en América Latina no, y entonces toma un gran esfuerzo introspectivo reconocerlo para confrontarlo constructivamente; además, se enfrenta la dificultad de que nuestras clases dirigentes, surgidas al calor de dicha cultura política, resultan las menos interesadas en transformarse para transformarla, pues un escenario de esa cultura política que se anteponga, para superar, la actual cultura política, exige demasiada disciplina, transparencia y racionalidad política y gubernativa.

(1) Nuestro más reciente libro. *Crisis nacional, estado y burocracia. Cómo superar nuestra rígida cultura política*. Editorial Tecnológica, Cartago 2001, precisamente acomete esta tarea de indagar en los factores de cultura política nacional que nos mantienen aún en un estado de subdesarrollo sostenible.

Dicha cultura política está determinada según nuestros propios estudios, por un conjunto de factores forjados durante trescientos años de formación colonial de América Latina bajo el dominio ibérico, y no confrontados a raíz de las guerras de independencia ni en los casi 180 años de vida republicana de la mayoría de naciones latinoamericanas.⁽²⁾

Algunos de estos factores, son: el *secretismo* o *secrecía* en el manejo de los asuntos públicos –propio del silencio que buscaba la Corona española para impedir que los ingleses y franceses conocieran sus movimientos, sobre todo de transporte de riquezas extraídas de las colonias–, factor que resulta una antítesis monumental a la tan solicitada “rendición de cuentas”; la *pedantería* en la entonces “burocracia real” en España y en las colonias, hoy día un factor intimidante para muchos ciudadanos que acuden a solicitar servicios públicos, sobre todo en los estratos más pobres de la población; la *manía por rangos y títulos* en ausencia de “castas”; la *dependencia* de la planilla estatal que muchos buscaban en ausencia de fuentes diversificadas de trabajo en la sociedad feudal y antimercantilista que España mantuvo en su propio territorio y en los territorios coloniales; las *mordidas* para aligerar trámites aunado a la *venta de cargos públicos* sobre todo municipales, bases de la misma práctica de hoy y del clientelismo político creciente que vive el país; el *paternalismo estatal* en nombre de la Corona sin contrapartida ciudadana, origen del Estado paternalista-populista; el *centralismo enajenante* administrativo diseñado y sostenido para manejar desde los grandes centros “políticos” de las colonias las grandes extensiones de tierras y poblaciones dispersas criollas e indígenas así como el rígido comercio en sentido único entre las colonias y España; la *dificultad para conceptualizar* situaciones de desarrollo múltiple y *diseñar estrategias integrales* socio-económicas para promoverlo agresiva y efectivamente; y, el *reconocido formalismo* que implicaba regularlo todo por escrito creyendo que haciéndolo se cambiaba el comportamiento real del pueblo –sólo para dar paso al conocido dictum colonial de “obedezco pero no cumplo”.

Todos estos factores, sostenemos, siguen presentes en la América Latina de hoy, salvo quizás en Chile, cuyo proceso de transformación radical bajo una dictadura militar rígida y disciplinada, no es posible

(2) Nuestro libro *Teorías administrativas en América Latina. Perspectivas críticas*. Ediciones Guayacán, San José, 1998, desarrolla en su capítulo III este análisis en profundidad tomando prestado de nuestra propia tesis doctoral de 1984 (LSE, Londres, Inglaterra) sobre cambio y reforma en América Latina.

emular como “estrategia” de solución integral de los problemas de cultura política que en todo el subcontinente inhiben a las poblaciones alcanzar verdaderas condiciones de desarrollo integral y sostenido.

El hecho es que ningún otro país latinoamericano ha logrado superar sus factores causales de subdesarrollo. Ni siquiera Costa Rica, aunque hemos también reconocido desde hace dos décadas y media que nuestro país debe su evidente progreso socio-económico y estabilidad política registrada año con año en las diversas publicaciones de organismos internacionales y en los análisis comparativos que cualquiera realice de otras distintas fuentes, fundamentalmente a un Estado históricamente vigoroso y comprometido, y con particular agresividad y presencia, al Estado-Benefactor y Empresarial a partir de la Constitución de 1949 y de la Junta de Gobierno de 1947 a 1949, pues el Estado asumió una actividad de permanente promoción del desarrollo integral del país, regulando, invirtiendo y gastando en bienes y servicios –asumiéndolos en muchísimos casos– que produjeron grandes avances en materia social y económica, así como de participación política.

Esto se mantuvo al menos hasta mediados de la década de los setenta en que se incurrió en un elevado y descontrolado endeudamiento público y en experiencias desafortunadas con el modelo de Estado-empresario realizado con CODESA sobre todo, situación que no fue adecuadamente manejada durante la Administración 74-78 y que desembocó en la crisis fiscal-financiera que obligó a las diversas Administraciones a partir de 1982 –sobre todo por falta de un proyecto autóctono sobre el que se concitara un amplio consenso nacional– a postrarse ante los conocidos organismos internacionales que buscaban que Costa Rica y todos los países endeudados del Tercer Mundo pagaran sus deudas externas a través de la recuperación de equilibrios macroeconómicos y fiscales que casi sin excepción se basaron en un modelo de corte neoliberal, monetarista, de reducción cualitativa y cuantitativa del gasto público y en consecuencia del Estado, con las consecuencias harto conocidas de un mayor empobrecimiento a partir de los acuerdos con el FMI y la asunción de los PAE como fórmulas homólogas para todo país endeudado.

Costa Rica afortunadamente, y lo escribimos desde antes de la crisis y de los PAE, no exhibía en 1975/76 condiciones negativas alrededor del desempeño del Estado y de sus instituciones ni medianamente parecidas a las del resto de Latinoamérica y, en consecuencia, no era un país en donde la reducción del Estado y las privatizaciones de activos públicos resultaran viables ni por asomo.

La historia reciente a partir de la crisis con el “combo energético” hace cuatro años, y los recientes resultados del Censo Nacional en cuanto a que el país está hoy mejor en todo sentido que en 1983 –en gran parte gracias al continuo aporte promocional y desarrollista del gasto público aún producto de la deuda pública acumulada hasta hoy–, demuestran la validez de nuestra posición intelectual y analítica –debidamente recogida en nuestros libros y diversos escritos inclusive de la entonces OFIPLAN– de entonces: el Estado costarricense había sido históricamente efectivo hasta mediados de la década de los setenta, y las rigideces que ya empezaba a mostrar ameritaban, y se superarían razonablemente con, esfuerzos serios de modernización orgánica –inclusive de sus mecanismos de recaudación tributaria y aduanera–, funcional y de sus sistemas administrativos de apoyo, así como de una vigorosa desconcentración administrativa territorial y una conveniente y visionaria descentralización política-administrativa a ámbitos territoriales menores –incluida la provincia– para posibilitar una mayor y real participación responsable del ciudadano en la toma de decisiones que lo afectaban, sin recurrir necesariamente a variaciones constitucionales.⁽³⁾

Hoy día, tal y como decimos en nuestro reciente nuevo libro, Costa Rica sigue mostrando un Estado Benefactor y Empresarial, al contrario de lo que muchos definen o aceptan sin mayor cuestionamiento en cuanto a que a partir de 1980 “más o menos”, tenemos un Estado Neoliberal. El hecho de que un 40% del gasto público total está dedicado hoy día a desarrollo social integral (educación, salud, vivienda, trabajo y promoción social, lucha contra la pobreza, electrificación y telecomunicaciones así como acueductos rurales), es clara evidencia de que en Costa Rica el Estado sigue siendo un Estado-Benefactor. Y, el hecho de que el otro 60% del total de ese gasto público apoya intervenciones cruciales en materia de regulación económica, y de promoción y prestación directa de bienes y servicios agropecuarios, financieros, comerciales e industriales, seguros comerciales, de infraestructura vial y portuaria, e igualmente en suministro eléctrico, de telecomunicaciones y de aguas industriales, también es evidencia de su papel agresivo y protagónico en materia de desarrollo económico.

(3) Todo este planteamiento consta en el excelente y visionario planteamiento que la entonces División de Planes y Política Administrativa de OFIPLAN, bajo nuestra dirección, promulgó en 1976 en el documento oficial intitulado *Plan Global de Reformas Administrativa*, San José, enero de 1976.

Que ese Estado viene haciendo muchas cosas cada vez menos bien, perdiéndose así calidad e impacto en muchos de sus bienes y servicios, es también un hecho que las publicaciones del *Proyecto Estado de la Nación* –aparte de nuestras propias apreciaciones– señalan cada año.

Sin embargo, debe entender el lector que muchas de las causas inmediatas de dicha creciente ineficacia e improductividad en el uso de los multimillonarios y crecientes recursos estatales, siguen sin ser exhaustiva y certeramente expuestas por los muchos autores de ese valioso *Proyecto*, dándose así la existencia de una especie de “limbo investigativo” en donde creemos que quien esto escribe puede aportar valiosos y bien fundamentados análisis para comprender la naturaleza fáctica así como teórico-conceptual y modelística que una iniciativa como ésta del Proyecto de Ley Orgánica de la Administración Pública en la Asamblea Legislativa, encierra o debiera encerrar para augurar transformaciones significativas que darían un nuevo rumbo y vitalidad al Estado costarricense y al desarrollo nacional, dentro de las más sanas expectativas de la población a lo largo y ancho del país.

2. Una importante digresión: ¿qué puede hacer ya un Colegio de Abogados y uno de Profesionales en Ciencias Económicas, o una misma Universidad de Costa Rica adecuadamente articuladas varias Facultades y Escuelas, y otros grupos de interés nacionales, para lograr acciones modernizadoras adecuadas y de impacto por parte del Estado aún en ausencia de una Ley como la aquí comentada?

Sostenemos ante la opinión pública nacional con pleno conocimiento de causa, que esas causas inmediatas referidas arriba sobre la creciente ineficacia e improductividad estatal, siguen siendo exactamente las mismas identificadas y denunciadas hace 28 años por el suscrito tanto en diversos documentos oficiales de OFIPLAN de la época, como en nuestros escritos y libros propios.

Los problemas han así empeorado, pero sus manifestaciones y sus causas son las mismas de hace un cuarto de siglo. Y, entiéndase que dicha “persistencia problemática” constituye a nuestro juicio una inconfundible característica de nuestra particular cultura política, pues denota precisamente la inhabilidad de nuestra clase dirigente o de nuestros principales grupos de interés o de presión por actuar de maneras visionarias y consistentes aún en presencia de fundamentales marcos

constitucionales, y legales desde 1974 y 1978, que han demarcado el campo de juego del sistema político e institucional para alcanzar los más loables niveles de desempeño burocrático y por ende, de cumplimiento de objetivos diversos tendientes a lograr el máximo bienestar integral del país... aún en condiciones de crisis.

El hecho de que la crisis fiscal del Estado no haya significado, en la praxis, un alejamiento significativo del Estado mismo de sus importantes labores promotoras y empresariales en todo campo del desarrollo nacional, es decir, no ha significado un decrecimiento de la previamente desarrollada infraestructura productiva, regulatoria o distributiva en manos de ese Estado sino básicamente una pérdida cualitativa, nos lleva a plantear con convicción que el país cuenta aún con esa base infraestructural, y que es totalmente válido y viable insuflarle a aquél un nuevo aliento, una nueva dirección, una mayor racionalidad en su organización y gestión mismas, *pudiéndose lograr mejores niveles de resultados con el mismo nivel de recursos actuales.*

Esto puede lograrse por la *i) vía de nuevas actitudes y habilidades gerenciales y de conducción política* más racionales, sensibles y comprometidas –y lógicamente menos improvisadoras– por parte de nuestra clase dirigente –y estamos ante el arribo de un “nuevo” equipo de gobierno que podría hacer el milagro–, o *ii) vía una reforma parcial*, o bien *iii) una reforma integral* del Estado y de su administración pública nacional y local.

O vía las tres estrategias simultáneamente abordadas, *siendo la primera la más inmediata y viable pues se trataría de lograr o influir en los partidos mayoritarios ahora –o en sus candidatos–* y en los mismos minoritarios que llevan diputados a la Asamblea Legislativa y sobre el Gobierno como tal –para que sepan cómo ejercer mejor como “oposición”– y en regidores y alcaldes a las municipalidades, para que asuman o se comprometan con las visiones y estrategias globales e integrales que, inteligentemente promovidas por uno o varios grupos de interés prestigiosos, permitan asumir un nuevo estilo en el ejercicio del poder político movilizador que el país requiere, desde los órganos superiores del Poder Ejecutivo, comenzando con el Presidente de la República como tal.

Tales colegios profesionales y grupos de interés, podrían interesarse en valorar y promover agresivamente y en el mejor de los intereses

nacionales, una iniciativa semejante, pues no cuesta más que diseñarla y promoverla con su peso específico académico-político propio, ante los diversos candidatos presidenciales con ánimo de entusiasmarlos y comprometerlos en elementales “reglas de juego” que sabemos pueden desencadenar cambios significativos reales en la forma de hacer gobierno y de administrar, tanto en San José como en las provincias o regiones de desarrollo.

Por otro lado, *una reforma parcial ya promulgada*, de trascendentales consecuencias para el país y que sin embargo ameritaría que también tales grupos de interés la valoraran, la hicieran “suya” y la promovieran con carácter de urgencia y de *necesidad nacional*, es la nueva *Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos No. 8131* de octubre del 2001.

Dicha nueva Ley introduce un conjunto de principios y normas de nuevo cuño sobre gasto público, pero particularmente sobre planificación y presupuestación, y evaluación del desempeño, más un rol fiscalizador relevante de la Contraloría General de la República, y de la misma Asamblea Legislativa en exigencia de cuentas –control político–, y sobre todo, un extraordinario régimen de responsabilidad y sanciones inclusive para jerarcas que incumplan objetivos y metas en programas presupuestarios, o que “omitan decisiones oportunas”. Todo ello demarca un escenario político-institucional de gran riqueza... de ser la Ley adecuadamente entendida, promovida y aplicada, inclusive en apoyo de la misma Contraloría General de la República.

Se trata de una Ley, sostenemos enfáticamente, que si sólo este organismo fiscalizador decide aplicarla como su letra establece, producirá inclusive en ausencia de una ley tan ambiciosa como la *Ley Orgánica de la Administración Pública*, profundas transformaciones en el desempeño del Estado.

Pero, el suscrito sostiene que si un organismo esencialmente catalizador y comprometido con el desarrollo integral del país como puede serlo la propia Universidad de Costa Rica, o alguno o varios de los colegios profesionales referidos atrás, no intervienen para interpretar adecuadamente esa Ley y para urgir en todo sentido la aplicación fidedigna de la misma, mucho podrá perderse conociendo como conocemos precisamente la volátil cultura política nacional que podría

hacer que los mismos funcionarios de la Contraloría, seres humanos y excelentes profesionales muchos de ellos pero formados con visiones y métodos unidisciplinarios, pierdan de vista las extraordinarias implicaciones de esa Ley y no lleguen a profundizar integralmente sobre las exigencias que habrán de “imponer” sobre la “administración activa” del Estado.

Sobre todo, porque sostenemos que esa nueva Ley revaloriza o redimensiona de manera sin precedentes en el país, otras leyes generales que han existido y que han sido ignoradas u obviadas precisamente porque han exigido demasiada transparencia y rendición de cuentas, pero sin haber contemplado las sanciones y responsabilidades por incumplimiento, que la nueva Ley sí contempla. Hablamos de la excelente Ley de planificación nacional de 1974, la misma Ley General de la Administración Pública de 1978 en cuanto a dirección política y rectoría sectorial, la incomprendida e inaplicada Ley de Planificación Urbana de 1968, más el excelente Código Municipal de 1998.

Si el país comprendiera la importancia estratégica y articulada de este conjunto de leyes generales ya disponibles y vigentes para impactar de manera integral y efectiva el desarrollo nacional a partir de un verdadero compromiso y praxis de cualquier nuevo equipo de gobierno –creemos que el actual Gobierno no parece tener interés en asumirlo aunque enfrenta la inminente aplicación de la nueva Ley–, afirmamos con toda la seriedad académica del caso que la pretendida Ley Orgánica de la Administración Pública podría no pasar –lo cual es muy probable por las razones que de todos modos daremos a conocer abajo– y la UCR o algún colegio profesional como hemos dicho, o varios, podrían hacerle un gran servicio a Costa Rica permitiendo que el país tome debida nota de que la nueva Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos más las otras aquí enunciadas, podrán permitir una transformación sustancial del desempeño del Estado y, por esta vía directa e indirecta, un gran beneficio al desarrollo nacional.

3. El marco teórico-conceptual a tener presente en el análisis del Proyecto de Ley orgánica de la administración pública

Es así como seguidamente enunciamos a nivel estratégico y sin ningún titubeo conceptual, que el MODELO que incontestablemente

conviene a un país como el nuestro en este giro decisivo de su historia como conglomerado socio-político y a principios de este siglo XXI, debe ubicarse o plantearse de cara al reciente fenómeno comprobado en numerosas y acreditadas investigaciones de opinión, de la apatía y repudio que el costarricense ha empezado a sentir hacia los comportamientos erráticos, poco transparentes y solidarios de nuestras clases dirigentes e instituciones públicas tradicionales en sentido amplio. Esto solo, sin necesidad de otras profundizaciones sofisticadas en ejercicio de teoría política y del Estado, debe ser visto o requerido en términos de los indispensables PESOS Y CONTRAPESOS que produzcan en el pueblo esa necesaria confiabilidad colectiva en cuanto a la creación de un equilibrio de nuevo cuño que se hace indispensable en la efectiva redistribución del poder político existente y del concomitante aparato institucional a través del cual este poder se ejercita.

No puede plantearse menos en una democracia centenaria y progresista que ha entrado en crisis de gobernabilidad precisamente por los anacronismos de origen colonial en su sistema político como hemos planteado atrás, y por el peso exagerado y crecientemente ineficaz que en su conducción integral juegan las estructuras altamente centralistas propias de nuestro régimen presidencialista, de paso el que menos transformaciones significativas positivas ha mostrado en el contexto latinoamericano en los últimos quince años, en donde otras naciones con mucha menos tradición democrática que Costa Rica muestran cambios más radicales en materia de descentralización integral del poder político, así como institucional y tributaria, y en lo que es la reelección presidencial, parlamentaria nacional y provincial, y municipal.

Todo lo dicho cobra particular relevancia en el contexto de la simple gran propuesta de Schumpeter, seguida desde entonces por la Ciencia Política, de explicar la democracia de una manera realista: “la competición por el liderazgo político”, es decir, la democracia no como gobierno del pueblo ni por el pueblo, sino de unas personas autorizadas por éste, los políticos.

Alrededor de este sencillo enunciado hay todo un tramado complejo, procedimental ciertamente, sobre representación y participación políticas en que todo cientista político se ubica en sus afanes de producir nuevas y más precisas explicaciones al fenómeno político en sus países de origen. Y surge también como marco referencial de primer orden, el desarrollado por Almond, Verba, Powell y La Palombara en las décadas de los sesenta y setenta, entre otros, *sobre cultura cívica y*

cultura política, conceptos que han enriquecido el acervo de conocimiento sobre los factores estructurales u orgánicos que hacen posible el surgimiento del tipo de valores, actitudes y comportamientos que distinguen a unas sociedades de otras en cuanto a la vigencia real del conjunto de elementos formalmente definidos que configuran cada sistema político, y la participación real del individuo en él.

Se trata de conceptos que permiten profundizar en el conocimiento realista de por qué cada sociedad, con su conjunto de valores propios, privilegia un determinado comportamiento político, por ejemplo más activo en las democracias industriales, con una descentralización elevada en la forma en que los ciudadanos pueden ser representados y participar en la toma de decisiones públicas o estatales que les afectan más directamente, con respecto a otras sociedades como las latino-americanas en las que prevalecen aún hoy día un comportamiento político más aletargado, estructuras de poder *fácticamente* centralizadas en órganos y protagonistas nacionales; son aquéllos, conceptos que también permiten comprender por qué más corrupción administrativa y social en unas sociedades que en otras y el costo que la misma tiene con respecto a la determinación, asignación y ejecución de los voluminosos recursos públicos destinados formalmente al desarrollo integral del país.

En Costa Rica, estos esfuerzos investigativos muestran un déficit considerable, y es muy frecuente la práctica por la cual se enseña a estudiantes universitarios en ciencias sociales con sustento directo en textos anglosajones que no explican la realidad de nuestros procesos socio-políticos, asumiéndolos el estudiante como adecuados cuando no lo son, y obviándose así entonces un mayor compromiso y esfuerzo investigativo más autóctono. En materia de cultura política, prácticamente no hay estudios propios, salvo el que ofrecemos en nuestro más reciente libro referido arriba.

4. El entorno político-burocrático imperante en Costa Rica⁽⁴⁾

Desde que Albert Waterston publicó su informe ordenado por el Banco Mundial en 1964, *Planificación del Desarrollo. Lecciones de la*

(4) Véase el documento *La planificación, el presupuesto y su incidencia en el desempeño del Estado*, de Johnny Meoño Segura, Asesoría Técnica Principal-PNUD, San José, 25 de octubre del 2001, elaborado para

Experiencia, no hemos avanzado mucho en el mundo y en Costa Rica para superar los muchos errores y debilidades que el ejercicio de dicha actividad exhibía en más de 130 naciones subdesarrolladas. Veamos sus principales conclusiones, y júzguese la validez actual de las mismas:

- a. Divorcio entre la planificación de largo plazo y la programación presupuestaria de corto plazo (además de que los gobiernos tendían a ser de “corto plazo”, fuera por golpes de Estado frecuentes o por no existir la reelección presidencial).
- b. Divorcio entre los aspectos económicos y los sociales del desarrollo.
- c. Divorcio entre los planificadores y los políticos (los planes servían básicamente para apoyar préstamos externos, y después no eran seguidos disciplinadamente por los superiores políticos).
- d. Divorcio entre los planificadores economistas y la viabilidad organizativa y gerencial de las instituciones (se veía la planificación como un asunto de hacer el plan por expertos, y exigir luego que la “burocracia” los ejecutara efectivamente).
- e. Los planificadores economistas utilizaban variables, perspectivas y métodos muy economicistas y macro, poco compartidos y entendidos por el resto de tecnócratas.
- f. Los procesos de formulación de tales planes eran poco participativos, y menos de representantes de la sociedad civil ni a nivel nacional, ni sectorial, ni regional ni local.

De nuestro propio esfuerzo investigativo y desarrollo conceptual en Costa Rica, identificamos otro conjunto de factores producto de nuestra *cultura política* prevaleciente que el planificador y el fiscalizador, pero sobre todo el líder político que aspira a la Presidencia de la República y sus asesores inmediatos, tienen que poder reconocer como elementos comunes en el comportamiento del político y del tecnócrata en general, pues ello influye decididamente en el nivel de seriedad, de profundidad y de calidad con que se acometa un esfuerzo de conducción guber-

conocimiento de la Contraloría General de la República a raíz de la nueva *Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos No. 8131* de octubre del 2001. Incorporamos estas ideas básicas de dicho documento, como marco referencial actual que permite valorar de mejor manera las implicaciones y respuestas que este Proyecto de Ley objeto del presente comentario, reviste y proporciona al país ante dicha problemática socio-política e institucional.

nativa, de planificación y de presupuestación aún en presencia de la nueva Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos. Mantenemos la secuencia alfabética a este nuevo recuento:

- g. Los planes nacionales de desarrollo en Costa Rica a veces son promulgados al final de una Administración, y entonces no son útiles; aún en al menos dos momentos recientes en que fueron promulgados por Decreto Ejecutivo, su seguimiento fue nulo y sobre todo su fiscalización por parte de la Contraloría no se dio, y entonces los Gobiernos no se vieron obligados a rendir cuentas claras y concretas sobre su cumplimiento.
- h. Los programas electorales de los partidos no son obligatorios por la normativa electoral, ni responden a una estructura determinada que permita compararlos entre sí y confrontar lo que hace el Gobierno de turno, lo cual permitiría al elector contar con un parámetro para valorar tales opciones estratégicas y programáticas que sustenten mejor su decisión de voto; no hay tampoco ninguna obligatoriedad real ni sanciones por no producir tales propuestas electorales.
- i. Lo anterior también lleva a reconocer que no ha habido hasta ahora obligación legal para promulgar en cierta fecha el Plan Nacional de Desarrollo ni que éste contenga claros parámetros de desarrollo nacional, sectorial o regional y local del país, ni para convertir al Programa Electoral respectivo en base de dicho Programa de Gobierno a partir del 8 de mayo, lo cual obligaría a los partidos al menos, a pensar más seriamente en tales propuestas electorales.
- j. Los informes presidenciales cada año no son consistentes con el Plan Nacional de Desarrollo –cuando lo hay– y no responden a parámetros evaluativos impuestos por la Asamblea Legislativa, sino a lo que el propio Presidente determine como más ventajoso, lo cual dificulta la labor de evaluación y control político verdaderos por parte de dicho órgano parlamentario.
- k. La Asamblea no sabe exigir cuentas sistemáticamente, y las Comisiones no corresponden con los sectores de actividad institucional en que el Gobierno organiza al menos nominalmente su actividad. Los partidos de oposición no han podido maximizar su labor contralora alrededor de figuras que pueden ser muy efectivas, como la de “ministros sombra” británica pero costarricense para que puedan actuar como “ministros sombra sectoriales” y puedan pedir cuentas a cada ministro de gobierno pero, precisamente, tanto sobre el ministerio como sobre el conjunto de entes autónomos en cada sector.

- l. La no reelección presidencial, ha impedido que los partidos desarrollen visiones estratégicas de largo plazo.
- m. Hay una desarticulación en la formulación y ejecución presupuestaria, entre las oficinas centrales de ministerios y entes autónomos, y sus direcciones regionales, con efectos de funestas consecuencias para el desarrollo regional o provincial puesto que tales presupuestos entonces reflejan muy poco las preferencias o prioridades de cómo atender las demandas reales de acuerdo con la visión de los funcionarios más cercanos a la prestación de servicios y bienes y, en consecuencia, a los usuarios. Muy pocos entes, y es casi nulo en gobierno central, muestran su distribución territorial del presupuesto, y menos se da un proceso de formulación presupuestaria de abajo hacia arriba.
- n. Los mecanismos sectoriales y regionales decretados desde 1976, con mecanismos de concertación socio-política estructurados para activarse constantemente y no a ratos, han sido desatendidos persistentemente por los partidos políticos y entonces su vigencia práctica ha generado poco beneficio al país pues lo que en su ausencia se produce, es desorden en la valoración de problemas, en la toma de decisiones y en la ejecución de éstas y de los correspondientes presupuestos públicos, contraviniendo así la figura constitucional de que el Estado tiene que actuar unitaria y responsablemente.
- o. La nula formación política en los partidos políticos, sobre todo en materia de procesos públicos y de la normativa que los regula, genera actitudes de gran improvisación en los equipos que formulan los programas electorales de Gobierno y, peor aún, acarrea actitudes de flagrante incumplimiento e impunidad cuando muchos de esos individuos acaban ocupando posiciones clave de apoyo a los respectivos jefes una vez que su partido gana las elecciones y premia a esos colaboradores con tales puestos de “confianza” en toda institución pública.
- p. La improvisación gerencial o administrativa en el contexto público, agrava la ineficacia producto de la improvisación técnica y política, y el gobierno no busca nunca de las universidades la formación del recurso humano necesario y preciso para superar esa situación tan deficitaria (recuérdese lo planteado por Waterston: los planificadores elaboraban planes ambiciosos técnicamente hablando, asumiendo que las instituciones eran capaces de ejecutarlos, pero fracasaban con frecuencia debido a que no consideraban tales planes, cuando estaban en su etapa de formulación, los requerimientos administrativos, gerenciales y organizativos a tomar en cuenta para adaptarlos, o crearlos!)

- q. El fenómeno de persecución política en las instituciones que se desató con especial virulencia a mediados de la década de 1970, en los entes autónomos particularmente con el régimen de presidencias ejecutivas instaurado en mayo de 1974, ha encontrado terreno fértil en los partidos mayoritarios que han compartido el poder desde entonces, y ha creado una situación de gran improvisación e inestabilidad en todo sentido, inclusive en las actitudes de mucho funcionario que busca, siendo leal al partido de su simpatía y haciendo proselitismo inclusive en tiempos laborales y a veces con recursos públicos, ver su carrera administrativa coronada por el éxito, aunque sea de corto plazo –los cuatro años de gobierno– y brincándose muchas veces los rigores del ascenso por mérito. Este factor en particular, amerita un cuidadoso contrapeso que un órgano fiscalizador debe tener presente a la hora de dictar lineamientos y normas técnicas, pues si éstas no incorporan elementos que confronten esas actitudes y prácticas fáciles, será difícil lograr que en los procesos de planificación y presupuestación de “nuevo cuño” se active algo significativamente distinto de lo que hoy las instituciones ya hacen en materia de planes/presupuestos y para que se impacte de manera distinta, más directamente, los niveles de eficacia y productividad tan deteriorados que muestra hoy el Estado costarricense.

La nueva *Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos*, sienta bases que a nuestro juicio pueden cambiar radicalmente esa situación vista arriba como propia de Costa Rica.

Con todo esto, pasemos a analizar el proyecto de marras.

5. La “modelística” imperante en el proyecto de Ley Orgánica, versus la modelística deseable

Veamos cómo encaja el proyecto actual con los objetivos comprometidos con el BID en el marco del proyecto dentro del cual se financió aquél. Esta referencia de inicio permite ubicar adecuadamente los enunciados justificativos del Proyecto de Ley Expediente No. 14483. Sobre todo, porque el “modelo” adoptado por la Segunda Vicepresidencia que en ese Proyecto se menciona fue a nuestro juicio un planteamiento muy aleatorio de no más de 20 páginas a espacio doble,

que no contó como referencia directa en su elaboración a diciembre de 1999 –fuimos testigos directos de la forma como se manejó esta situación como miembro de la Comisión de tres expertos constituida desde setiembre del mismo año– con nuestro diagnóstico profundo e integral de la situación del país, del Estado y de su administración pública, diagnóstico que no fue en modo alguno sustituido por el “inventario” jurídico que también se venía realizando por parte de la Comisión. Tampoco constituyó –no, al menos, bajo la óptica rigurosa de lo que académicamente debe ser un diseño modelístico de país y Estado deseado– un modelo integral, global, coherente, detallado en sus deseables manifestaciones orgánicas, funcionales y comportamentales, y nunca con los contenidos que luego el proyecto de ley en sí –tal y como lo conocemos hoy– llegó a presentar en múltiples áreas.

Es posible que lo que fue nuestra propia contribución modelística como miembro de la Comisión –un documento amplio de doscientas páginas a doble espacio, con un amplio y profundo diagnóstico y con la propuesta integral de un modelo de país y de Estado–, haya sustentado o inspirado –siendo un producto que lógicamente mantuvo en su poder la Segunda Vicepresidencia después de nuestra forzada salida de dicho Proyecto en enero del 2000– muchas de estas ideas, pero sometidas posteriormente a severas distorsiones conceptuales y orgánico/funcionales, razón por la cual podemos opinar sobre ellas y sobre el Proyecto resultante en su conjunto, con un válido conocimiento de causa.

Algunos de los términos de referencia no satisfechos a nuestro juicio en el Proyecto objeto de análisis, aunque fueron formalmente comprometidos en su momento con el BID por la Unidad Ejecutora del Proyecto y con total autorización de la Segunda Vicepresidencia de la República, bajo la cual se ubicaba la orientación política de dicha Unidad Ejecutora, son:

“Proponer un modelo de Estado que cumpla con los principios de participación, rendimiento de cuentas, descentralización, redimensionamiento de los gobiernos locales, transparencia y racionalización de recursos”.

“/Realizar/...una propuesta para el rediseño de las estructuras de gobierno local para su fortalecimiento. Incluye la valoración de la creación de estructuras regionales de gobierno”.

Lo anterior, se clarificó aún más en los términos de referencia de los Consultores. Es así como los ejes centrales de la propuesta según se presentan en el documento de la Asamblea Legislativa en nuestro poder, realmente reflejan los alcances loables pero limitados del “modelo” consignado en este Proyecto de Ley, y menoscabados con respecto a lo comprometido con el BID.

Entremos en materia en cuanto a los alcances del “modelo” que se infiere del elaborado y confuso articulado en el Proyecto de Ley.

Es nuestro criterio inicial que el MODELO regulado o normado en este proyecto de ley orgánica, ofrece una sola vía que no delinea un cambio importante que responda al signo de los tiempos presentes: PESOS, no CONTRAPESOS.

Nos explicamos: el proyecto y su concomitante supuesto MODELO, busca efectivamente fortalecer más allá de cualquier duda u obstáculo el poder político-institucional del Poder Ejecutivo y en consecuencia del Presidente de la República. *Toda la normatividad elaborada no deja lugar a dudas de que se trata de un proyecto para fortalecer aún más el régimen presidencialista del país.* Todos los PESOS se definen en este sentido, y no hay ni un CONTRAPESO que permita identificar un solo contratiempo para que el Presidente de la República de Costa Rica mueva todo el aparato institucional, incluidas municipalidades literalmente, a su antojo. *El que no haya CONTRAPESOS de ningún tipo, significa que el MODELO finalmente “esbozado” no consideró transformaciones significativas de la actual composición centralista y centralizada del poder político institucionalizado ni de la participación protagónica, no meramente tutelar o cosmética, de la sociedad civil.*

De hecho, la descentralización política-territorial que casi todos los partidos y líderes políticos preconizan hoy aunque sea retóricamente, no encuentra eco en este proyecto. Ni hay espacio alguno para nuevas y mejores formas efectivas de participación y de decisión de la sociedad civil, lo cual contraviene o anula el sentido de los buenos deseos planteados en los Principios Generales y Carta de Derechos del Usuario. Nos referimos a que si la aplicación misma de tales derechos queda en manos de los mismos funcionarios públicos, permanecerá para el ciudadano un costo enorme de denuncia ante

órganos superiores o jurisdiccionales –y una gran demora–, lo cual se daría en mucho menor grado si se planteara y lograra una real descentralización del poder de decisión y acción a ámbitos territoriales inferiores y ello se correspondiera con una verdadera participación directa del ciudadano o sociedad civil en la dirección política superior de las resultantes nuevas estructuras de poder descentralizado, tal y como fue nuestra propuesta modelística en el contexto del grupo inicial de trabajo que se constituyó a raíz de nuestra iniciativa profesional e intelectual ante la Segunda Vicepresidencia para dar vida a este Proyecto, en julio de 1999.

El proyecto lo que delinea con claridad absoluta, es un modelo de desconcentración territorial del PODER EJECUTIVO, el cual podría ciertamente, en ausencia de verdaderos esfuerzos descentralizadores, contribuir a mejorar el funcionamiento de las instituciones como tales y de la Administración Pública en su conjunto. Si sólo esto se lograra, diríamos que el proyecto sería de relativo beneficio para el país, pues permitir que las instituciones hagan mejor lo que hoy hacen tan mal y a medias, podría mejorar de manera significativa el impacto del gasto y servicios públicos en beneficio de la población nacional.

El problema de fondo sobre el que es indispensable advertir, es el del contexto político en que tales cambios se darían, es decir, un contexto de politización creciente y servilismo partidista en casi toda institución pública que ahoga los intentos más sanos de muchísimos funcionarios por servir sólo con sentido de lealtad a la función pública y al usuario costarricense sin importar a qué partido político pertenezca. Hablamos de un dirigismo centralista que, más fortalecido aún, podría hacer inoperantes los sanos y crecientes deseos de la sociedad civil por asumir un mayor protagonismo en las decisiones que los afectan y en el manejo de los concomitantes recursos financieros y de todo tipo asociados, dejando el bienestar de las comunidades siempre en manos de funcionarios que, si bien regionalizados, seguirán respondiendo a líneas de autoridad y visiones que parten de, y llevan inexorablemente a, San José. Y, sabemos además que tales visiones centralistas no son las que mejor garantizan, hoy día, una equitativa y comprometida respuesta del Estado a los problemas y prioridades según las experimentan las poblaciones de cada provincia, cantón, distrito y comunidad del país.

Es seguramente en este sentido que el proyecto busca fortalecer tanto el poder decisonal, de control, de evaluación y de sanción del

Presidente de la República, que ha buscado expresamente asegurar que no queden espacios –ni siquiera a nivel cantonal y local– que no respondan dócil y expeditamente a la voluntad unipersonal de aquél.

El “modelo” finalmente escogido por quien tuvo la autoridad para hacerlo según se comentó arriba, en realidad constituyó a nuestro juicio una propuesta muy sucinta y sin consideraciones de fondo ni exhaustivas sobre el fenómeno político costarricense que pudieran haber sustentado razonablemente un verdadero e integral modelo ideal y viable para confrontar y superar de manera convincente esas debilidades propias de nuestro sistema político-institucional y de nuestro comportamiento socio-político, es decir, de nuestra particular y volátil cultura política forjada durante 500 años.

Es por todo esto, y por diferendos serios sobre aspectos de principio y de ética, que diferimos radicalmente con la redacción específica del MODELO resultante y con los supuestos esgrimidos o asumidos por quienes a nivel político superior lo han respaldado.

Esto, dicho en cuanto al MODELO sin CONTRAPESOS que el proyecto evidentemente refleja.

6. Un articulado confuso, que parte de un diagnóstico errado de la realidad nacional

El articulado por su lado y la intención de cada Capítulo según se expone en el proyecto en nuestro poder, ofrecen ideas interesantes que ciertamente permitirían, como anticipamos arriba, integrar la acción de las instituciones en una visión unitaria y centralista de Gobierno, en formas en que nosotros mismos clamamos desde 1976 y con particular sustento en la LGAP a partir de 1978, como una opción administrativista para la “modernización del Estado”, dizque para lograr que sus instituciones pudieran prestar mejores servicios al pueblo.

Pero, por desgracia el tiempo no ha transcurrido en vano, y el Proyecto parte como anticipamos atrás, de un diagnóstico totalmente falseado o ingenuo, y en todo caso infundamentado sobre la realidad actual costarricense: no se reconoce la creciente corrupción e ineficacia que caracteriza a nuestras instituciones debido al clientelismo político

partidista que se ha enseñoreado de las mismas desde el régimen de presidencias ejecutivas de 1978. Esto significa que el peor problema que hoy enfrenta el país, el de la politización insoportable de las instituciones y del funcionario público porque hoy responden más a partidos que al compromiso con la función pública como tal, se obvia por quienes redactaron la ley, y entonces incurren en cambios que sólo tienden a fortalecer al Presidente y al Poder Ejecutivo, en detrimento de esos CONTRAPESOS que significan por lo menos juntas directivas a veces rebeldes, o con 3 de la “oposición” y 4 del Gobierno (aunque esto también nosotros lo adversamos y buscamos eliminar, pero sustituyéndolo con otros CONTRAPESOS).

También se dispone la creación de una ADMINISTRACIÓN REGIONAL con un individuo de nombramiento del Presidente de la República –un administrador regional, idea interesante pero quedándose el proyecto de ley en una versión de figura regional, llamada a ser servil del Presidente de la República– que será jerarca y director político de todos los funcionarios de ministerios y entes autónomos que trabajan en cada región de desarrollo, y un tipo de “consejo regional de desarrollo” también gobiernista cien por ciento, sin ninguna capacidad de decisión ni aglutinamiento de las fuerzas “vivas” de cada región –usuarios, clientes, beneficiarios... en fin, ciudadanos–, como fue la experiencia positiva del país con Consejos Regionales de Desarrollo de 1976 a más o menos 1993.

Al partir de un diagnóstico tan infundamentado, o ignorar la situación de servidumbre político-partidista que el país y las instituciones públicas viven, entonces todas las medidas teóricamente diseñadas para tener un aparato institucional más moderno, más integrado, que funcione mejor, que “rinda cuentas”, que “evalúe” sus logros, de servicio al usuario, etc., chocan con esa “práctica política” que a nuestro juicio, lejos de ser abortada o confrontada inclusive con las varias “comisiones o consejos consultivos” de que habla el Proyecto –siempre de carácter consultivo, no decisorio–, será más acentuada, perdiéndose los pocos mecanismos de CONTRAPESO que hoy día aún impiden que el “partido en el poder” arrase con todos los puestos y recursos públicos para favorecer estrictamente a sus partidarios que buscan precisamente en toda campaña política, un puesto en la burocracia pública como premio a su contribución electoral.

7. Planificación y presupuesto, distorsiones a granel

Hay además planteamientos a nuestro juicio distorsionados y distorsionadores de lo que deben ser conceptos y mecanismos esenciales para realmente modernizar y hacer más transparente la función pública, por ejemplo en cuanto a planificación y presupuestación.

Una función de planificación socio-económica en el ministerio de la presidencia como el proyecto dispone, es un grave error, pues el liderazgo o dirección a ejercer en el contexto público por parte de un ministro de la presidencia tiene por naturaleza que ser básicamente político, pero de coordinación política de intereses de jerarcas, y con la Asamblea Legislativa y los grupos de interés y de presión del país que revolotean alrededor del Presidente de la República en busca de reivindicaciones.

La actividad de planificación tiene que ser más de mediano y largo plazo, más técnica, aunque no menos política en su proyección y liderazgo interinstitucional. Un ministro de la presidencia simplemente nunca tendrá tiempo para atender los complejos requerimientos de una planificación gubernativa bien hecha y efectiva, y entonces tendrá que delegar en sus “secretarios ministeriales”, quienes tendrían a cargo la planificación socio-económica y la planificación urbana. Al final de cuentas, ¿qué se logra sin ese poder político focalizado a liderar el proceso de planificación? Dejarlo en manos de “viceministros rectores” de subsectores. Sostenemos la tesis de que un viceministro o secretario ministerial, en cualquier de los campos en que el proyecto de ley busca innovar con esta figura, difícilmente podrá imponer una voluntad y un liderazgo sobre los ministros rectores de sector. Entonces, la dirección o conducción política de la actividad de planificación se debilitará y dispersará.

Además, la gran revolución en el país sería a nuestro juicio integrar planificación con presupuesto, lo cual el proyecto de marras no toca y nuestro modelo y nuevo libro del 2001, sí, ya que proponemos con sustentadas justificaciones cómo el Ministerio de Hacienda debe dedicarse básicamente a generación de ingresos, y la actividad presupuestaria pasar a MIDEPLAN para un nuevo Ministerio fuerte y articulado de Planificación y Presupuesto.

Más bien el Proyecto deja las cosas como están, pero con más confusión, y dejando también intacta a la Autoridad Presupuestaria, que es un órgano nocivo para el funcionamiento dinámico de las instituciones públicas. *En este campo no se innova nada, aunque ya la nueva Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos No. 8131 de octubre del 2001, incorpora profundas reformas en estas materias mucho más allá de lo que este proyecto de ley intenta hacer,* ante lo cual lo que éste propone se vuelve a nuestro juicio, obsoleto, inoportuno.

En México y otros países latinoamericanos, por ejemplo, se da un modelo que ha funcionado muy bien: un ministerio de hacienda y crédito público, y uno de planificación y programación presupuestaria, que es el modelo que nosotros favorecemos. Un ministerio de hacienda no tiene ni visión, ni tranquilidad ni capacidad para “planificar” o proyectar la economía y desarrollo social del país a largo plazo, pues siempre cae sólo en los aspectos financieros del crecimiento, y de corto plazo. Debe ser natural que planificación y presupuesto estén juntos, y por eso es que aquí nunca ha funcionado bien la planificación en MIDEPLAN u OFIPLAN antes, pues planificación sin presupuesto, tampoco resulta en nada operativamente efectivo.

Otro gran error de visión política y de falta de pragmatismo a nuestro juicio, es que se ponga a la Asamblea Legislativa a “aprobar” el Plan de Desarrollo Nacional.

Éste, parece un trasplante de un modelo francés que sinceramente no estamos seguros si opera aún. Pero, funcionaba relativamente bien pues es un régimen parlamentario, y la mayoría de miembros del Gabinete son parlamentarios también y todos tienen que rendir cuentas, o defender su gestión, semana a semana ante dicho Parlamento. Además, los ministros salen nombrados normalmente del Parlamento, y regresan a él en caso de disolución anticipada del Gobierno.

Ni siquiera cabe preguntarse quién gobernaría entonces en Costa Rica, si el Gobierno o la Asamblea. Se podría especular de que podría darse un forcejeo y cabildeo del peor cuño si 57 diputados tienen el derecho de votar por el Plan de Gobierno, y se dedican a exigir prebendas, caprichos, etc., en forma de programas y recursos, para dar su voto. ¿Podríamos llegar a tener así un verdadero Plan de Desarrollo

coherente y consistente, que refleje la voluntad del Presidente y del Gobierno ante el pueblo que lo eligió? En última instancia, lo que el Proyecto de marras plantea resulta en una aprobación simbólica, pues si la Asamblea lo imprueba, el Poder Ejecutivo debe revisarlo y enviarlo de nuevo una segunda vez a la Asamblea, la cual tiene por fuerza que aprobarlo dentro del siguiente mes. Su aprobación legislativa, además, no tiene fuerza de ley.

Por otro lado, el proyecto que comentamos no pone al Presidente ni a sus ministros a rendir cuentas anuales, y menos semanales, a la Asamblea sobre la base de dicho Plan Nacional de Desarrollo, lo cual sería más políticamente saludable que “aprobar” sin consecuencias, dicho Plan. Ni se reestructura la Asamblea Legislativa para que los diputados estén en mejores condiciones de realmente vigilar y pedir cuentas al Poder Ejecutivo (al Presidente y a cada ministro rector de sector), como serían “ministros sombra sectoriales” pero bien constituidos así como comisiones legislativas sectoriales que coincidan con los sectores de Gobierno. Estamos ante un MODELO sin CONTRAPESOS, y además, no viable para la cultura política de este país. Sería, simplemente, inoperante.

También en este tema de la rendición de cuentas y obligatoriedad del Plan Nacional de Desarrollo y de planes institucionales de largo, mediano y corto plazos, la referida nueva Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos No. 8131, innova de manera mucho más rica y equilibrada para beneficio del país.

8. Violentamiento de la autonomía municipal

Luego, lo que se dicta a nivel de planes sectoriales, regionales, cantonales y locales, es sumamente confuso pues categoriza tipos de planes cuyos “órganos directores” al fin de cuentas no son el “ministerio” o secretaría de planificación, sino un sinnúmero de jerarcas distintos, comprometiéndose a las municipalidades inclusive a plegarse a planes nacionales, regionales, cantonales y distritales en los que el Gobierno Local prácticamente no tiene participación en este MODELO así normado, aún cuando la Ley de Planificación Urbana sí lo establece así con los planes reguladores cantonales, y el Código Municipal también, y sobre todo el amplio espíritu de autonomía municipal en la Constitución Política.

Es insensato a nuestro juicio, y se exagera la jerarquización de planes de desarrollo que en todo momento responderían exclusivamente

a la voluntad política del Presidente de la República. No hay en este esquema, pues, un CONTRAPESO razonable y sólido constituido por las municipalidades y los ciudadanos o sociedad civil en los procesos “planificadores” que determinarían el desarrollo de la provincia y cantones. Las Comisiones de Desarrollo Distrital y los Consejos de Desarrollo Comunal allí planteados, también constituyen mecanismos distorsionadores de las verdaderas competencias de cada municipalidad para planificar el desarrollo de cada cantón, aunque sabemos que en la praxis son muy pocas las que realmente planifican el desarrollo cantonal, más por desidia o indolencia y falta de liderazgo político local que por falta de recursos.

Una cosa es participar en actividades que busquen ordenar o planificar el desempeño de los entes nacionales que operan desconcentradamente, y otra cosa es subordinar a la municipalidad a “planificar” con representantes del pueblo y de las instituciones para sugerir luego tales propuestas a un Consejo Regional de Desarrollo donde las municipalidades de hecho no participan. *Hay aquí una confusión que no ayuda en nada a clarificar el panorama de acción y proyección deseable de las municipalidades con sustento en su propio marco legal.*

Inclusive con respecto a las mismas reformas anunciadas por el Gobierno al régimen municipal casi colateralmente al presente Proyecto (proyecto de ley de transferencias municipales), no introducen mayor novedad al marco legal existente, y sobre todo, comportamental del país. Estamos, de nuevo, ante un flagrante ejemplo de una faceta de nuestra “cultura política”: el formalismo normativo, esta vez creyendo que por introducir nuevos “adjetivos” al amplio marco legal que ya existe en la *Ley de Planificación Urbana y en el Código Municipal* mismo y que viene siendo ostentosamente incumplido por todos, avanzamos algo, sin preocuparnos de que lo que más urge entender en este país del Señor es por qué, teniendo leyes buenas y claras inclusive en materia municipal, simplemente no actuamos conforme a ellas.

Lo “novedoso” en esas pretendidas reformas al Régimen Municipal, tampoco nos genera un particular optimismo: trasladar el 10% del Presupuesto Nacional en un lapso de 7 años. Además de que se deja por fuera en tal traslado al más voluminoso gasto de los entes “autónomos”, vemos con nostalgia que en países como Argentina, Colombia, Brasil, México, Venezuela, el gasto realmente descentralizado de las provincias para abajo es de más de un 50% del total del gasto público, mientras que en Costa Rica apenas estaríamos llegando, en siete años, a un paupérrimo 3 o 4% (hoy es aproximadamente de 1%).

9. Inadecuada distribución de competencias ministeriales

Por otro lado, la distribución de competencias del Poder Ejecutivo que el proyecto hace, es interesante, intelectualmente meritoria, pero puede mejorarse, y supone que la misma dará lugar a diez carteras o ministerios, lo cual nos resulta ilógico así como técnica y políticamente innecesario por limitante. Creemos, además, que la integración de varias competencias es errada, como en cuanto a Ordenamiento Territorial y Asentamientos Humanos, pues aquí debería estar también Desarrollo Rural, tema y ámbito funcional mucho más amplio que la parte productiva agrícola. Además, las funciones o competencias que otorga a esta eventual cartera, son totalmente lesivas a la autonomía municipal en la misma materia, y hay Resoluciones de la Sala IV que no dejan lugar a dudas (la No. 5445-99 de julio de 1999, por ejemplo) en cuanto a cuál es la naturaleza prevaleciente de dicha autonomía por sobre lo que hagan o decidan órganos nacionales del Poder Ejecutivo. Luego, ubicar al ICE en un ámbito de “infraestructura” junto con transporte y puertos, seguridad vial y edificaciones y obras públicas, no parece muy racional.

El criterio general que nos merece este Capítulo, es el de que se ha buscado una precisión jurídica macro que no ayudará mucho a clarificar y agilizar procesos y, con ello, la eficacia misma de las instituciones y del Estado en su conjunto. Identificar diez grandes campos para limitar las “grandes carteras” ministeriales, obliga precisamente a una subsumisión de actividades importantes hoy día en manos de entes esenciales en cuanto a la relativa autonomía de que hoy disfrutan, la cual se verá grandemente enajenada en manos de “secretarios” o viceministros que en la praxis, nos tememos, no tendrán un gran peso político para realmente dirigir a tales entes como el ICE, AyA, IDA, CNP, a no ser que se vislumbre una “compensación” al considerar el Proyecto a estos como entes públicos que contarán solamente con un Gerente, sin junta directiva, de libre nombramiento y remoción por parte del Ministro rector respectivo.

Además, si se clarificara aún mejor el régimen de “dirección política” como este Proyecto hace (aunque exagerándolo en exceso) más allá inclusive de lo que hoy define en ese campo la LGAP, esa subsumisión de entes hoy esenciales, y de ministerios también vitales, no resulta indispensable, y más bien, repetimos, causará una gran confusión y pérdida de compromiso con la especialización requerida de prácticamente todo ente público e institución autónoma que desde hace unos veinte años hasta hoy han funcionado mal porque los ministros simplemente no han ejercido como rectores de sector con la inaceptable complacencia de

cada Presidente de la República. Pero, son entes que han acumulado ciertamente una gran experiencia y capacidad técnica para hacer mejores cosas bajo una mayor independencia funcional pero racional e inteligentemente dirigidos por cada ministro rector... si lo hicieran como la LGAP dispone que debe hacerse (Arts. 26.b, 27.1, 98, 99 y 100).

10. Una dirección interorgánica sumamente confusa: ¿quién manda al final?

Otro asunto grueso: quién dirige a los entes descentralizados?

Un sinnúmero de jerarcas: por un lado, el Presidente actuando solo; por otro, el Presidente actuando con el Ministro del ramo como Poder Ejecutivo; en tercer lugar, el Ministro actuando como rector de sector; en cuarto lugar, cada “secretario ministerial” actuando sobre los mismos entes ubicados en su “subsector”; y, para quien no quiera caldo dos tazas: a nivel provincial, el “administrador regional” que será designado por el propio Presidente de la República. Luego, otro problema: en toda esta pirámide confusa de mando múltiple, ¿quién mandará realmente? Si todos estos pueden “dirigir” a cada ente descentralizado mediante emisión de “directrices”, entonces podemos imaginar –pues no hay CONTRAPESOS que podamos distinguir– la multiplicidad de “pedidos u orientaciones políticas” y la confusión que ello creará, al punto del inmovilismo o inacción institucional, o fragmentación de acciones reales.

11. Violentamiento inadecuado de la autonomía administrativa de las instituciones

Una situación adicional de verdad alarmante: siempre hemos predicado que el Poder Ejecutivo vía el ministro rector debe dirigir a los entes de su sector, y rendir cuentas por ello y por ellos. La Ley General de la Administración Pública lo define muy bien, aunque nadie la entienda o aplique fidedignamente hasta el momento, ni siquiera importantes colegios profesionales que como el de Abogados, sostenemos respetuosa pero críticamente, debían haber sido guardianes más celosos de la “legalidad estratégica” de este país. Hasta aquí estamos bien. Este proyecto retoma este concepto. Lo grave es que lo dirige a su modo, en

su modelo SIN CONTRAPESOS, y pone al Poder Ejecutivo inclusive –mucho más allá de lo que sabidamente permite la actual LGAP– a “autorizar los actos” del ente descentralizado, lo cual equivale a administrar, y dejaría a cada “ente dirigido” en manos de los caprichos o deseos de un ministro rector, sin poder mover un dedo para aplicar discrecionalidad en la ejecución de “directrices políticas”, pues los actos son los que le permiten al ente ejecutar aquéllas. Habría un servilismo total en el más amplio sentido, con respecto al Poder Ejecutivo.

Si a esto se agrega que la mayoría de juntas directivas de entes autónomos desaparece en este proyecto y que sería el ministro quien nombraría a un gerente a su libre voluntad, e igual lo removería, piénsese en la piñata política que se desataría en el país, considerando que ahora honestamente sí hay una creciente persecución partidista a los funcionarios públicos en cada gobierno que llega (sea por “sed de puestos” para premiar a los “suyos”, sea porque muchísimos funcionarios han sucumbido ante el poder de los partidos y prefieren buscar cómodos ascensos y beneficios por su lealtad partidista más que por mérito administrativo y técnico, y entonces incurren en un proselitismo y activismo indebidos como funcionarios públicos, a favor de un partido político, haciéndose entonces de “desconfianza” para el otro partido, cuando éste llega!). Es un círculo vicioso creciente que hemos estudiado demasiado bien como para no denunciar ahora la gravedad de la situación actual... y futura si pasa este proyecto de ley en su actual configuración “modelística”.

Cabe una duda razonable que los abogados especialistas en Derecho Público deben atender y valorar. Se trata del régimen de instituciones descentralizadas y empresas públicas, Capítulo IV, el cual fue radicalmente variado con respecto a su versión original que establecía que el Consejo de Gobierno podía acordar la conversión de instituciones autónomas, en empresas públicas, cambiándolas a un régimen de empleo común (antiguo artículo 188). En este proyecto, no ubicamos a entes como el ICE, AyA, CNP, IDA, IMAS, SENARA, y varios otros, lo cual significaría que caerían dentro de la tipología de entes públicos con un jerarca unipersonal nombrado por el Ministro rector, y sujetos a un régimen de empleo de derecho común.

Un riesgo adicional al de la politización galopante que se daría en tales circunstancias, es el de sujetar sus operaciones y régimen de empleo al derecho común, y tener como Asamblea General al Consejo de Gobierno, totalmente político y politizado para bien y para mal.

Hay un concepto ambiguo: si en caso de cambio de régimen de algunas instituciones producto de esta nueva Ley, ¿habrá respeto a sus condiciones laborales-salariales “mientras” no los despidan pues pasarían a regirse por el derecho común, o el respeto a su estabilidad laboral de que se habla es hasta que se pensionen o quieran irse? Igual pasaría con cualquier otra institución con actividades comerciales o industriales. ¿Podría ser que una vez transformadas producto de esta Ley en empresas públicas, y aún cuando los exempleados conserven sus condiciones laborales y salariales, puedan despedirlos de inmediato o después como empleados privados, sin debido proceso o causa justificada?

EN REALIDAD, debemos reconocer que se ha hecho un buen trabajo de diseño de abogados, pero es también por esta razón que el mismo es muy sesgado. Hay ciertamente cosas interesantes que se incorporan por las que hemos clamado durante muchos años, y que dejamos delineadas en el modelo que elaboramos y presentamos al Gobierno en diciembre del 2000.

También aparecen, como anticipamos arriba, conceptos y mecanismos (regiones, sectores con ministros rectores, planificación, presupuesto y muchas otras ideas), pero francamente alejados de las claras concepciones coherentes y articuladas elaboradas por nosotros en aquel modelo presentado en diciembre del 2000, seguramente buscando sus redactores cierta originalidad pero más bien creando un régimen de confusión y de facilismo dirigista y centralista para el Presidente de la República, nada transparente, en cuanto a sus alcances reales, de convertirse en ley de la República.

12. Nuestro “modelo”: más radical, pero con pesos y contrapesos

“Nuestro modelo” es más radical aún que éste, pero con el mérito de que sí desarrollamos muy profusamente el concepto de CONTRA-PESOS, sobre todo en cuanto a descentralización integral y participación de la sociedad civil se refiere, tal y como planteamos en nuestro libro ya referido *Crisis nacional, estado y burocracia. ¿Cómo superar nuestra rígida cultura política?*

Hay un proyecto de regionalización de servicios públicos de la ex-diputada liberacionista Joycelin Sawyers en la Asamblea, muy interesante. Creemos que este proyecto de marras supera en esa materia a éste de esta ex-diputada liberacionista, pero insistimos en que el país

requiere una descentralización real, no una desconcentración administrativa del Poder Ejecutivo. Y, también hay otro de Fuerza Democrática sobre descentralización y participación ciudadana, que sí es más radical que lo que este proyecto del Gobierno plantea en estos campos, aunque menos radical e innovador que el modelo estratégico e integral que nosotros creemos necesario para Costa Rica.

Es éste, en suma, un proyecto de ley orgánica “presidencialista” cien por ciento, cuando el grito de los tiempos clama por un régimen más participativo y, consecuentemente, descentralizado.

Por eso es riesgoso, ya que agravaría las debilidades de nuestra cultura política, las cuales han permitido que llegemos al extremo de insanidad y falta de juicio y de actitud para exigir cuentas claras a nuestros gobernantes por el mal desempeño institucional. Este servilismo político que prevalece en el país, se vería profundizado por el MODELO sin CONTRAPESOS que este proyecto de ley predica.

Finalmente, este Proyecto debe ser sopesado a la luz de las reformas pretendidas posteriormente por el mismo Gobierno para establecer en Costa Rica un sistema “cuasipresidencial”, pues éste también sólo tendería a fortalecer al Presidente desmedidamente, más allá inclusive del proyecto de Ley Orgánica. ¿Por qué lo decimos?

Primero, porque no se incorpora en dicha visión el “modelo completo parlamentario”, lo cual resulta altamente desequilibrado. Segundo, porque a tono con esto último, resultaría que el Presidente puede perder a su Gabinete si la Asamblea se lo censura, pero él puede mandar a la Asamblea a la casa si no le aprueban un paquete significativo de proyectos, dizque para que “la Asamblea también asuma su responsabilidad”.

Veamos el escenario futuro si esto se da: a) cambiar un Gabinete puede ser bueno para el Presidente, incluso porque le daría oportunidad de “poner” a otros amigos o colaboradores con quienes tiene compromiso, y le haría menos difícil o penoso (por amiguismo) pedirle a su equipo de “arranque” que se vaya a la casa; b) disolver a la Asamblea, crearía un cisma terrible, y a menos que haya reelección inmediata de los diputados, éstos tendrían que irse a su casa al mes, o al año... y, nos preguntamos: ¿cuál diputado querrá votar en contra de iniciativas del

Presidente sabiendo que la consecuencia probable es que él disolverá la Asamblea y tendrá que irse a casa, sin posibilidad de postularse de nuevo?; c) quién sanciona o censura al Presidente si es él quien está fallándole al país?; d) el Presidente tendría el mejor de dos mundos: el presidencialismo a ultranza, y el “parlamentarismo” pero para castigar al Parlamento, sin arriesgar él nada, pues continuaría como Jefe de Estado y Jefe del Gobierno.

No se trató pues de un pecado menor de fortalecimiento del “centralismo presidencialista”, en una época en donde lo requerido para superar la creciente ingobernabilidad del país es más bien transferir poder político, tributario e institucional a ámbitos territoriales inferiores. Ambos proyectos decantan un “modelo de país y de Estado” en el que se buscó un preciosismo jurídico muy unilateral. Son modelos altamente centralistas y serviles que no ofrecen respuestas orgánicas y funcionales que impacten el comportamiento históricamente aletargado del costarricense, tanto del político como del tecnócrata como del ciudadano organizado y del ciudadano común en términos de una actitud y participación de nuevo cuño en nuevas estructuras del poder político más cercanas al individuo en la provincia, en el cantón, en el distrito y en cada comunidad en donde el Estado adquiere presencia física, material.

Por último, un esfuerzo de esta naturaleza que no implique la sana intención de concertar los diagnósticos mismos y el modelo ideal y viable del país, de Estado y de sistema político-institucional antes de proceder a redactar “proyectos de leyes”, será un esfuerzo que suscitará la mayor desconfianza del pueblo y de los partidos políticos de oposición. Costa Rica requiere de una mayor apertura participativa de un Gobierno que pretenda una transformación tan monumental como la registrada en un Proyecto como éste, inclusive con sustento en la más amplia visión “premodelística” que el suscrito promovió en la iniciativa original que fue aceptada por la Segunda Vicepresidencia de la República como punto de partida del proyecto con recursos prestados por el BID, y que llevó, con las enormes distorsiones señaladas, al actual Proyecto de Ley Orgánica de la Administración Pública. *El país sigue, definitivamente, requiriendo algo como esto. Sólo que se puede hacer mejor.*

BLANCA

EL DERECHO DE AUTOR ANTE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TIC) EN LA ECONOMÍA DEL CONOCIMIENTO

Alejandra Castro Bonilla^()*

(*) Costarricense, Licenciada en Derecho, Notaria Pública y Máster de la Universidad de Costa Rica. Especialista en Derechos de Autor (Ginebra, Suiza). Máster en Informática y Derecho; y, Doctoranda en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Asesora Legal de la UNED de Costa Rica. Socia de ACTIVE-LEX.
Email: alecastrocr@yahoo.com

SUMARIO:

Introducción

1. El derecho de autor ante las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)
2. La necesidad de ajustar el derecho al desarrollo tecnológico actual y la alternativa deontológica
3. La nueva economía del conocimiento

1. EL DERECHO DE AUTOR ANTE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TIC)

La importancia de dar protección a la propiedad intelectual en virtud de la fragilidad en la que tales derechos se encuentran en el ámbito digital, deviene también en un interés más que moral, muchas veces económico. Incluso esa iniciativa de protección generalmente está impulsada por las empresas que gestionan los derechos patrimoniales o bien por las productoras o editoriales que comercian la obra, más que por los autores interesados en que su creación se difunda.

Está claro que al autor hay que reconocerle su trabajo de forma remunerada, pues no sólo es necesario incentivarlo para que siga generando obras artísticas, literarias o científicas sino que también merece tal reconocimiento, por un trabajo personalísimo que no podría ser sustituido por ningún otro ciudadano (de allí que el derecho de autor proteja la originalidad de la creación).

Considerando la ponderación que se suele dar entre el derecho de autor y el de los usuarios a acceder gratuitamente al material que éste produce, resulta importante recordar porqué la defensa del derecho del autor es necesaria en esta sociedad informatizada que pone en manos del usuario las obras, sin mayor dificultad.

El derecho de autor supone la utilización en exclusiva por parte del autor de los derechos de explotación de la obra, sin perjuicio de las cesiones que pueda acordar sobre ésta, como una prerrogativa en virtud de la propiedad que ostenta sobre un bien que determina su naturaleza personal: la impronta autorial que define la originalidad.⁽¹⁾

“La concesión del derecho de exclusiva se justificó en el continente, sobre todo, como una defensa y remuneración del trabajo del creador (escritor, artista, inventor, etc.); como algo suyo y cuyo valor le pertenece, si bien intervinieron

(1) Esto sin perjuicio, claro está, del desarrollo que después ha tenido el derecho de autor al convertirse en un derecho que protege la titularidad económica de la obra, más allá de que ésta sea o no original o expresión del espíritu del creador, como en el caso del derecho *sui generis* sobre las bases de datos y los programas de ordenador, en donde impera el derecho económico.

también en algunos casos (modelos, marcas) consideraciones de protección a la economía y a la industria nacionales o de salvaguarda frente a la competencia ilícita. En el área anglosajona ha preponderado, en cambio, como fundamento de tal tutela el beneficio general que supone la promoción del progreso cultural y técnico, y el ulterior acrecimiento del patrimonio común cuando caducan los derechos de monopolio.⁽²⁾

Las obras susceptibles de protección de propiedad intelectual, también han recibido el amparo de ley en torno a su utilización, por razones de incentivo al autor para que continúe creando y aportando su talento al acervo cultural o patrimonio de un pueblo, tal como lo indica Segade:

“La protección de los derechos de autor y la armonización no se justifica sólo por razones economicistas o de exclusiva defensa de los creadores, sino también por razones culturales.”⁽³⁾

Por lo tanto, la tradición jurídica ha insistido en la necesidad de otorgarle prerrogativas al autor que redunden en una compensación económica por el uso de sus creaciones por parte de terceros, con el fin de propiciar que el autor pueda seguir aportando su talento en beneficio de la cultura. Esto, sin embargo, ha supuesto un enfrentamiento con el usuario que persiste en la idea de recibir la cultura que produce la sociedad de forma gratuita (sobretudo con el auge de los medios de comunicación y la informática), incluyendo con ello los objetos de arte y por ende los que legalmente se encuentran al amparo de los derechos de autor. Ante esta situación, la legislación ha tratado infructuosamente de imponer equilibrios tales como el uso de copia privada, la excepción a favor de bibliotecas y otras limitaciones que han resultado aún insuficientes para el usuario y sobre todo para el autor, ante las facilidades que otorgan las TIC en torno al uso de copias de la obra.

(2) LACRUZ BERDEJO, José Luis & otros. *Derechos Reales. Elementos de Derecho Civil III. Posesión y propiedad*. Volumen primero, tercera edición, Bosch Editores, Barcelona, 1990, p. 484.

(3) GÓMEZ SEGADÉ, José. *El derecho de autor en el entorno digital*. En <http://www.editorialreus.es/rglj/enabierto.php> (20/02/2001).

“El tradicional conflicto entre titulares del derecho de autor y usuarios de las obras protegidas, encontró un equilibrio adecuado con la autorización de la copia privada y las limitaciones del derecho de autor establecidas por la mayoría de las legislaciones siguiendo la pauta de la Convención de Berna, o la limitación genérica del *fair use* existente en el derecho norteamericano. Pero en el entorno digital también se plantea un conflicto entre los titulares del derecho de autor y los prestadores de servicios en la red, conflicto que se agrava porque en el entorno digital no es de aplicación la cláusula del *fair use* ni muchas de las limitaciones tradicionales del derecho de autor. Los titulares del derecho de autor argumentan que los prestadores de servicios en la red violan al menos indirectamente el derecho de autor, porque hacen posible que se realicen copias no autorizadas, y, por su parte, los prestadores de servicios en la red alegan que son simples portadores de datos, y que no pueden controlar los contenidos que reciben, almacenan o transmiten para terceros.”⁽⁴⁾

Con el auge de la tecnología, el derecho de autor adquiere nuevas dimensiones en virtud de los medios en los que se utilizan las obras, los soportes en los cuales se fijan, y por los nuevos medios de reproducción y comercialización.

El autor requiere de protección jurídica sobre la propiedad de sus obras, pues es un incentivo para seguir creando y entregar su obra a la sociedad para su uso y disfrute. Es innegable, por tanto, y a todas luces necesaria la retribución económica para incentivar también a las industrias que facilitan el acceso a estos materiales (sea editoriales, empresas discográficas o cinematográficas, etc.) que invierten recursos económicos para poner a disposición pública el material en cuestión. En el mismo sentido también es innegable el derecho que tiene el usuario a acceder a estos bienes, exigiendo el equilibrio necesario entre tantos intereses en conflicto.

(4) GÓMEZ SEGADE, José. *El derecho de autor en el entorno digital*. En <http://www.editorialreus.es/rglj/enabierto.php> (20/02/2001).

La problemática es mayor cuando se reconoce que la comunicación de obras sujetas al derecho de autor, más que una actividad cultural resulta una actividad lucrativa con beneficios económicos reales, que por ende despierta el interés de muchos órganos privados para evitar la apropiación pública y gratuita de bienes con los cuales se puede especular en el mercado.

*“De la importancia creciente de los derechos de autor en su vertiente económica dan cuenta los últimos estudios realizados sobre esta materia así como otros datos que, bajo su apariencia trivial, constatan la realidad de este fenómeno, por ejemplo los precios alcanzados últimamente por las obras de autores de prestigio universal. El **Libro Verde** sobre derechos de autor y el reto de la tecnología, elaborado por la Comisión de las Comunidades Europeas en 1988, muestra cómo, en los países de nuestro entorno, un elevado porcentaje del PIB viene representado por ingresos generados por los derechos de autor. (...) Son muchos los factores que inciden en esa progresiva importancia de los derechos de autor: por ejemplo, el aumento del tiempo de ocio que dedicamos a la denominada industria de la cultura, el incremento del nivel de vida, la expansión de las industrias del entretenimiento, el desarrollo de la información, etc. Otros indicadores muestran el volumen monetario representado por los derechos de autor: su papel emergente dentro de las economías nacionales, los gastos por persona en artículos protegidos por la propiedad intelectual, los ingresos cada vez mayores de los autores, el acceso generalizado al mercado de las obras, etc. En definitiva, y así se deduce de la combinación de todos los indicadores, es la importancia de lo que se viene denominando, en términos generales, como negocio de la cultura.”⁽⁵⁾*

Efectivamente, ese negocio de la cultura adquiere dimensiones universales en Internet, como mercado global. En el ámbito de

(5) SERRANO GÓMEZ, Eduardo. *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*. Editorial Dykinson, Madrid, 2000, pp. 15-16.

distribución internacional de las obras, se genera un mercado muy atractivo para quienes ostentan la propiedad intelectual de forma originaria o en virtud de una *cessio legis*. Sin embargo, el que se trate de bienes con los cuales puede obtenerse algún beneficio económico, no implica que de ellos se deba privar a la ciudadanía; sobre todo cuando entrañan un interés común que evidencia que la obra corresponde a un bien de utilidad pública.

Se debe buscar por lo tanto, dentro de este conflicto, un sistema que permita armonizar los intereses de las partes.

2. LA NECESIDAD DE AJUSTAR EL DERECHO AL DESARROLLO TECNOLÓGICO ACTUAL Y LA ALTERNATIVA DEONTOLÓGICA

Muñoz Machado afirma que Internet puso de moda la organización a partir del caos como parte de una nueva revolución científica basada en la ruptura de la regularidad de los sistemas de organización que solo permitirá a posteriori una regulación basada (si llegara a producirse) en estructuras variadas y plurales, públicas y privadas, centralizadas y descentralizadas y con contenidos abiertos.⁽⁶⁾

El documento de la Comunidad Europea denominado *Seguimiento del Libro verde sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información* del 20 de noviembre de 1996⁽⁷⁾ advertía sobre la necesidad de ajustar el derecho y armonizarlo a nivel regional ante el auge de las tecnologías que ponían en franca vulnerabilidad la protección de los derechos del autor. En ese documento, la Comunidad Europea concluye lo siguiente:

“La utilización de tecnología informática, la digitalización y la convergencia de las redes de comunicación y de telecomunicaciones ya están teniendo una repercusión considerable en la explotación transfronteriza de obras literarias, musicales

(6) Ver en este sentido a MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*. Editorial Taurus, Madrid, 2001, p. 34.

(7) *Seguimiento del Libro verde sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información* del 20 de Noviembre de 1996, publicado en COM (96) 568 final.

o audiovisuales y otros materiales protegidos, como los fonogramas y representaciones fijadas en un soporte. No cabe duda de que dicha repercusión aumentará considerablemente a corto plazo. Además, dado el volumen de las inversiones, la comercialización de nuevos productos y servicios sólo puede ser plenamente viable en un auténtico mercado único. Cuando resulte necesario para el funcionamiento del mercado único y la creación de un entorno favorable que proteja y estimule la creatividad y actividades innovadoras en los Estados miembros, el actual marco jurídico precisará de reajustes, que deberán realizarse preservando y mejorando a escala europea e internacional el elevado grado de protección característico de Europa, asumiendo el principio de que el material es una propiedad y, en calidad de tal, está protegido por la constitución de muchos países. Al propio tiempo, debe mantenerse un equilibrio justo entre los derechos y los intereses de las diferentes categorías de titulares, así como entre los titulares y los cesionarios de derechos. Las iniciativas legislativas que se adopten a nivel comunitario deberán responder a las necesidades y a la práctica de los mercados de derechos de autor y ser coherentes y adaptarse a los conceptos y tradiciones vigentes. Estas iniciativas no deberían suponer cambios radicales en el marco normativo del mercado único. Es el entorno en el que se crearán y explotarán las obras y otros materiales protegidos el que ha cambiado, y no los conceptos básicos del derecho de autor.”

De la trascendencia económica que han adquirido los bienes sujetos a la propiedad intelectual en virtud de su trasiego a través de Internet y por la facilidad de obtención de copias de los mismos, los Estados se han visto presionados a adoptar con rapidez regulaciones que ajusten el derecho a la carrera tecnológica de la nueva sociedad de la información.

Desde que en la década de los noventa se iniciara la expansión de las empresas comerciales en Internet, se empezó a valorar la necesidad de introducir un marco jurídico que coadyuvara al equilibrio de intereses

representados en este nuevo medio de comunicación, para que el desarrollo de la sociedad virtual que se aglutinaba en torno al uso de esta herramienta fuera acorde con el marco jurídico internacional y el respeto principalmente de los derechos humanos.

“En el ámbito tradicional del Derecho Mercantil, la sociedad de la información implicará el nacimiento de un mercado electrónico global y descentralizado; este mercado del próximo futuro, tendrá mayores niveles de estandarización, y probablemente dispondrá de nuevas estructuras empresariales, exigidas por la ubicuidad de la oferta y la organización “virtual” que hará más dinámica la selección de los proveedores: la industria de la información puede convertirse en el motor económico de arrastre al mundo desarrollado, y los servicios basados en el conocimiento y la formación se convertirán en uno de los activos más importantes, porque se podrán incluso “exportar” o “vender” sin necesidad del contacto personal directo. Bajo el ángulo político, la sociedad de la información tiene riesgos evidentes, pero controlados debidamente, son mayores sus ventajas, porque permitirá una sociedad más abierta por consecuencia del acceso libre y sin limitaciones a la información y la comunicación. La sociedad de la información no sólo afectará a las formas de relación e interacción ente las personas, sino que previsiblemente tendrá un fuerte impacto sobre las tradicionales estructuras organizativas rígidas y jerárquicas, que previsiblemente adoptarán modelos más flexibles, descentralizados y participativos. Finalmente, por lo que respecta al ámbito cultural, los efectos de la sociedad de la información serán enormes, porque se hará posible una mayor difusión de la cultura en todos sus aspectos, sin que esta distribución masiva afecte a la calidad: no hay que olvidar que la técnica de la digitalización, que consiste en la descomposición de cualquier clase de obra en lenguaje binario (series de cero y unos), permite obtener una obra idéntica a la anterior, o incluso mejorarla como sucede en las películas o grabaciones fonográficas antiguas. La

extensión de la digitalización a todas las formas de obras literarias, musicales, audiovisuales, lleva inevitablemente a tratar cualquier obra objetivamente como “información”, y ello significa que se ha cruzado definitivamente el umbral de la sociedad de la información, aunque falta por explorar su interior. No es éste el momento de analizar estas cuestiones, pero en todo caso, hay que al margen de sus indudables ventajas y expectativas, la sociedad de la información presenta grandes riesgos e incertidumbres, y no es el menor el miedo al “Gran Hermano” orwelliano y la desaparición de la privacidad de las personas.”⁽⁸⁾

Esa alteración del orden mundial que conlleva el reconocimiento de los cambios introducidos por la sociedad de la información a la que alude la cita anterior, es la que provocó la concepción de las tres tendencias esgrimidas por quienes pretenden la regulación de Internet a través de un Estado supranacional (suponiendo la ineficacia de medidas estatales autónomas y proponiendo un Derecho Cosmopolita⁽⁹⁾ donde el individuo es un ciudadano del mundo); quienes se oponen a esa unificación internacional abogando bien por la autorregulación de Internet (fuerzas de mercado que actúen a escala global propiciando los contrapesos de la oferta y la demanda) y finalmente por los mecanismos regionales o estatales soberanos (mecanismos de regulaciones regionales a partir de mínimos).

“La cuestión esencial será determinar en qué medida las regulaciones que Internet pueda precisar tienen que ser acometidas por instituciones internacionales, corresponderán a organizaciones regionales, deberán seguir en la órbita de responsabilidad de los Estados o asignadas a la iniciativa de instancias locales descentralizadas. También el papel autorregulador que debe reser-

(8) GÓMEZ SEGADE, José. *La propuesta de directiva sobre determinados aspectos de los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información*” en ROGEL VIDE, Carlos (editor). *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*. Editorial Reus, Madrid, 1999, pp. 18-19.

(9) Según las teorías de Held y Habermas.

vase al funcionamiento libre del mercado. Y, antes de todo ello, será preciso concretar cuáles son los verdaderos problemas jurídicos nuevos que Internet presenta que o están tendidos hasta ahora por las legislaciones vigentes y valorar si, en verdad, precisan una regulación especial.⁽¹⁰⁾

Para proponer un cambio para la actualización del derecho de autor en esa sociedad de la información, Asensio dice lo siguiente:

“Internet es la manifestación principal y más representativa de una importante transformación de la realidad social, de los hechos, que altera en el entorno digital propio de la llamada sociedad de la información algunos de los fundamentos tradicionales sobre los que han operado los ordenamientos jurídicos. En esta línea, el régimen jurídico de esta nueva realidad social debe partir de la transformación de ciertos paradigmas tradicionales del Derecho, lo que exigiría no sólo revisar los términos en que deben ser aplicadas a los nuevos hechos, instituciones jurídicas ya conocidas, sino también en el futuro incorporar al Derecho nuevos valores y criterios culturales propios de la era de la información.”⁽¹¹⁾

Coincido al respecto, en que la terminología debe cambiar: ya no se pueden ejercer medidas cautelares, y la copia y el original no se distinguen, sacar la copia de circulación resulta inútil, ya no se puede establecer un punto de jurisdicción, no se puede determinar cuándo una obra será de dominio público pues es difícil precisar el día ni el lugar de su publicación, y han surgido innumerables problemas que no encuentran su resolución en el ordenamiento jurídico vigente, apto exclusivamente para el mundo analógico.

(10) MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*. Editorial Taurus, Madrid, 2001, p. 106.

(11) DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. *Derecho privado de Internet*. Segunda edición, Madrid, Editorial Civitas, 2001, pp. 77-78.

No obstante, tal como he insistido, tan importante es la propiedad intelectual de la obra, como el derecho del usuario a tener libertad de acceso a la información, a la cultura y a la educación derivadas de esas obras protegidas por el derecho de autor. Por este motivo, si bien el derecho de autor se ha transformado, esa situación no implica que dicha transformación se traduzca como una jerarquía absoluta sobre los derechos que ostenten los usuarios de las obras.

En torno a los nuevos retos que impone Internet en el mundo jurídico, las leyes no pueden ser un óbice para el desarrollo tecnológico. Y no lo son aún si se lo propusieran, pues la sociedad de la información avanza de forma vertiginosa, mientras el derecho intenta vanamente alcanzarla.

Por ello debemos enfrentarnos a la realidad que exige esta nueva dinámica y proponer en lugar de rígidas ordenanzas legales, un sistema normativo conciliatorio que no perjudique a ninguno de los involucrados en este proceso, pero que regule y oriente de forma armoniosa y justa sus relaciones personales, laborales, comerciales, etc. En este orden, cobran importancia para la adecuación del derecho al desarrollo tecnológico, la implementación de códigos de conducta o deontológicos que se ajusten a las evoluciones veloces de la informática.

Dentro de los intentos por introducir códigos de conducta que regulen la actividad de los usuarios de Internet en lugar de legislaciones coercitivas, se han emitido varias propuestas, dentro de las que destaco la denominada *Netiquette*⁽¹²⁾ a la que aludimos al principio de este estudio en referencia a las regulaciones privadas de Internet. Sobre este proyecto nos dice Escribano Otero lo siguiente:

“Con este término se conoce el conjunto de normas, procedimientos y recomendaciones encaminadas a facilitar la fluidez de las comunicaciones interpersonales en la sociedad virtual. Es un código ético y estético oficioso que todo internauta que su precio conoce. Su naturaleza oficiosa permite la aparición de multitud de excepciones y matizaciones sin que por ello se considere necesariamente un

(12) Otros compendios de recomendaciones que se pueden citar son las Frequently Asked Questions (FAQ), Acceptable Use Policies, Request for Comments, etc...

maleducado al transgresor. Esta netiquette, si bien etimológicamente significa etiqueta de la red, se distingue de las normas protocolarias en su flexibilidad. El principio básico de toda interpretación ética en Internet debe ser la intención, y de hecho, muchas normas de conducta van encaminadas a facilitar la transmisión de las intenciones del internauta.⁽¹³⁾

Dentro de esas normas (más bien consejos no vinculantes) se recomienda no ofender a nadie, ser conciso, y adoptar todas las medidas necesarias para una buena relación entre las partes que participan en la comunicación, evitando cualquier acto antijurídico.

Otra iniciativa de igual índole es la RedIRIS constituida por Universidades y organismos de investigación, consistente en un sistema de defensa contra el abuso del correo electrónico o contra su uso ilegítimo. Este sistema consiste en una concienciación de la necesidad del uso diligente de ese medio de comunicación, el desarrollo de herramientas técnicas que impidan el uso ilegal del correo, coordinación entre entidades e información a usuarios y proveedores sobre el uso del correo y la canalización de denuncias por conductas inapropiadas.

Esos códigos de conducta exigen al usuario un uso adecuado de los medios con los que dispone, bajo la máxima que indica que *mi derecho termina donde comienza el derecho del otro*. El resguardo personalísimo de los códigos de usuario y de las claves de acceso para la navegación es una de las condiciones básicas para proteger al propio usuario de eventuales responsabilidades civiles ante situaciones como una eventual suplantación de su identidad cuando un tercero logra apoderarse de su código personal de acceso (*pin* o clave) y bajo su nombre realiza acciones ilegítimas en la Red, que podrían incluir la vulneración del derecho de propiedad intelectual de un tercero.

“La alternativa para una sociedad que desee ser libre y democrática, sin renunciar a los avances del progreso tecnológico, no puede ser otra que la de asentarse sobre las tres premisas básicas: la garantía

(13) ESCRIBANO OTERO, Juan José. *Tratado de las ciberbuenas maneras*. En <http://www.ucm.es/info/dinforma/activi/libro/17.html> (20/02/2001).

democrática de una igualdad de oportunidades en la participación del bienestar, es la paz; el respeto a los derechos humanos y el pleno desarrollo de la personalidad, que requiere también el control de los avances tecnológicos, es la libertad; el acceso a la cultura, es la fuerza.⁽¹⁴⁾

Solo con mecanismos de cifrados físicos o lógicos que ya se van introduciendo en los servidores con la debida asesoría profesional, puede asumirse una seguridad universal del uso legítimo de las herramientas de comunicación contenidas en la gran Red de Internet. No obstante, debemos enfrentar la necesidad de crear figuras jurídicas que se adapten a los nuevos requerimientos del mercado pero protegiendo como prioridad los derechos fundamentales de los usuarios. Se debe buscar un equilibrio entre los intereses de los ciudadanos y los intereses comerciales. La ley debe prever no establecer límites extremos que impidan el libre funcionamiento de las redes de información y del comercio electrónico (que es la inquietud planteada en Estados Unidos), pero tampoco desamparar a los ciudadanos en el libre ejercicio, goce y respeto de los derechos fundamentales que les corresponden.

Estas alternativas evidentemente no son taxativas, pues cada día el mundo digital admite cambios y nuevas perspectivas que debemos valorar constantemente. Sin embargo, a priori podemos decir que de las opciones conocidas se podría establecer una posible solución al problema de la compensación al autor por su obra y del acceso al usuario de la misma.

En efecto, este modelo de síntesis lo denominaría el **MODELO EPÍTOME**, en virtud del cual se podría ofrecer en Internet material protegido por el derecho de autor bajo los siguientes requerimientos:

- a.) El modelo deberá fundarse en la búsqueda de una seguridad jurídica universal, entendida como el derecho de las partes a saber qué régimen legal es el aplicable de forma definitiva e inequívoca, y los derechos y deberes que asisten tanto a los autores, como a los usuarios y las instituciones de educación superior en Internet

(14) PÉREZ LUÑO, ANTONIO. *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las N.T. de la información*. Colección editorial Los libros de FUNDESCO, Madrid, 1987, p. 136.

en su condición de proveedores de servicios; así como a participantes privados (proveedores de servicio y acceso). Para ello, evidentemente se requiere de una positivización de las reglas que determinen el funcionamiento de estos centros de difusión cultural pero sobre todo la armonización de pautas de derecho mínimo internacional que puedan garantizar un sistema inequívoco y equitativo.

- b) Los autores o editores, productores, etc., estarán obligados a entregar un ejemplar digital de las obras que editen, a la biblioteca pública electrónica que se designe dentro del territorio de la edición (que podrían ser bibliotecas adscritas a universidades públicas). Si la obra no es originalmente de formato digital, la universidad gozará de la prerrogativa de convertirlo en el formato que le sea posible para brindar el acceso de la obra al público.
- c) Por la entrega del ejemplar de la obra y como compensación del uso que se le dará a la misma, el Estado garantizará la concesión al autor de una serie de incentivos que no impliquen mayor inversión económica que desestabilice el presupuesto público, pero que sean suficientes para compensar al autor por su creación. Dentro de esos incentivos podríamos citar medios como la publicidad, otorgamiento de espacios de difusión, facilidades de adquisición de material para elaborar sus obras, exoneración de impuestos y otros similares que no afectan ni la economía del proveedor ni la del usuario.
- d) La obra se pondrá a disposición de los usuarios para que puedan consultarla desde cualquier parte del mundo, mediante la visualización en pantalla. No obstante, dicha obra no podrá reproducirse de forma total, aunque sí parcial, de conformidad con la necesidad formativa y de investigación que requiera el usuario. Para ello deberán evaluarse la presencia de los siguientes requisitos ineludibles:
- Que la descarga sea parcial (no de la totalidad de la obra),
 - Que el uso sea sin fines de lucro,
 - Que la obra sea para uso estrictamente personal,
 - Que la obra no sea transformada,
 - Que la extracción del material sea para fines ilustrativos de la enseñanza o investigación científica, y
 - Que se cite siempre la fuente.

- e) El control anticopia deberá garantizar que no se usarán mecanismos de seguimiento de la obra ni otros que pudiesen afectar la intimidad del usuario, mediante la irrupción en sus sistemas informáticos personales.
- f) Si el usuario desea la totalidad de la obra, deben existir mecanismos que a través de *links* puedan conectar al usuario con el distribuidor de la misma para adquirir una licencia directamente del autor o bien adquirir la obra por medio de quien esté facultado para su reproducción en línea, con la consecuente autorización expresa del autor y el sistema remunerativo para éste.

Un sistema epítome como el anterior, permite que las partes queden satisfechas en sus derechos, y por ende puede ser la alternativa que debería adoptarse en el mundo digital como punto de equilibrio necesario en un asunto que ya exige regularización.

Para su implementación es necesario establecer pautas de derecho mínimo internacional para la protección tanto del autor como de los usuarios. Hay una diferencia tangible entre el concepto del dominio público y el acceso público, propio de una economía de mercado. Si ninguna institución tiene un incentivo económico para proveer el acceso gratuito a materiales de dominio público, no podrán ser entonces gratuitos aunque estén ofertados dentro de un acceso público. Otros sin embargo, opinan que el solo hecho de subir el material en la red permite su copia pues se trata de una renuncia tácita del autor con respecto a sus derechos exclusivos que legitima al usuario la descarga de cualquier forma de la obra y su reproducción incluso en el disco duro o en la impresora. Implícitamente, se entiende que toda obra al ser colgada en Internet queda aceptada su hipervinculación.

3. LA NUEVA ECONOMÍA DEL CONOCIMIENTO

La economía del conocimiento pretende transformar las ideas en productos que generen ciertos beneficios y aplicar el conocimiento para generar productos de mayor calidad que los utilizados en un primer proceso. Se trata de generar recursos y buscar un significado crítico a los existentes o bien una utilidad real que no necesariamente implica un rendimiento pecuniario sino que puede tratarse de un rendimiento intelectual, una economía del intelecto.

La propiedad intelectual dentro de esta nueva sociedad no puede ser un óbice para la adquisición universal y democrática de esa economía

fundada en el conocimiento, no puede permitir la monopolización de ideas y de obras, sino que debe ser un instrumento para facilitarlas.

Para ello, la propiedad intelectual no puede ser traducida en el marco de la rentabilidad, de la economía del mercado, de la producción económica y proteger en exclusividad los intereses de los empresarios, por cuanto su naturaleza exige que se proteja la función social más que la económica. Si bien se debe considerar el capital invertido en la producción y reproducción de las obras, así como en la explotación de las mismas tanto en el ámbito analógico como en el digital, no debemos olvidar que el horizonte primordial de la propiedad intelectual como derecho fundamental es lograr el equilibrio entre los intereses públicos y los intereses privados.

Jeremy Rifkin ha explicado cómo el derecho de acceso (a servicios y a experiencias culturales) se ha convertido en la vara para medir la libertad individual en este nuevo espacio de difusión. En las redes de información, la propiedad de cosas se transforma en acceso a experiencias las 24 horas del día, siete días a la semana. Según Rifkin, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, el comercio electrónico y la globalización están transformando el capitalismo y llevándolo a una nueva era que él llama “capitalismo cultural”. El bien principal y el motor de la nueva economía ya no es el intercambio de mercancías y propiedades y pronostica que a mediados del siglo XXI los mercados serán sustituidos por un nuevo tipo de sistema económico basado en las relaciones de red, acuerdos contractuales de 24x7 (24 horas, siete días a la semana) y derechos de acceso.⁽¹⁵⁾

En una sociedad que permite el trasiego de material de soporte del conocimiento, la tendencia no puede seguir siendo la extensión ilimitada en el tiempo de la exclusividad sobre derechos de propiedad intelectual, o la restricción de limitaciones sobre el derecho exclusivo de explotación que ostenta el autor. Tampoco puede utilizarse el derecho de autor para ampliar su ámbito de protección de forma desmedida, desde el diseño de un corte de cabello, de unas medias, de recetas de cocina o de fotografías casuales que no tienen intención inicial de constituirse como obras de arte.⁽¹⁶⁾

(15) RIFKIN, Jeremy. *La era del acceso. La revolución de la nueva economía*. Editorial Paidós, Madrid, 2000.

(16) Ver en este sentido a BUYDENS, Mireille. *Uso y abuso de la propiedad intelectual*.

En <http://www.unesco.org/courier/1999/09/sp/ethique/txt1.htm> (22/12/2001).

El interés público pretende fomentar el desarrollo cultural mientras que el privado lo que busca es el disfrute exclusivo de la obra a favor de su autor o de su titular.

La nueva economía no es material sino sobre información, sobre conocimiento y por ende el interés público del fomento a la producción de conocimiento, es el que debe prevalecer sin abandonar la protección que requiere el autor.

Las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) son decisivas para el desarrollo de la educación porque elevan la rentabilidad social y educativa (no pecuniaria) de las políticas de codificación del conocimiento mediante tres efectos:

1. Reducen el costo de codificación de conocimientos simples mediante técnicas de impresión y ordenadores.
2. Permiten la elaboración de nuevos lenguajes (inteligencia artificial) que elevan considerablemente la capacidad de dominar fenómenos complejos de conocimiento humano (saber de expertos).
3. Constituyen el soporte de una nueva estructura electrónica de la codificación, porque solo los conocimientos codificados pueden circular en la Red.⁽¹⁷⁾

Foray aboga por los *saberes abiertos* (savoirs ouverts), entendidos como aquellos saberes que son facilitados a toda la comunidad virtual por existir en torno a los mismos un interés público de difundir la educación y el conocimiento. La propiedad intelectual, recordemos, protege objetos de un alto rendimiento social.

Como conclusión, el derecho de autor efectivamente ha logrado desarrollarse como una herramienta que en la sociedad de la información, no solo protegerá a los autores y los incentivará a seguir creando, sino que además facultará a los usuarios para que accedan a ciertos bienes de interés cultural, educativo y/o informativo que contribuyan con el fin de construir la sociedad del conocimiento a la que aspiramos. Sin embargo, para que eso sea posible, el derecho no puede ser óbice a la interacción entre el derecho de autor y las TIC, sino que debe facilitar y garantizar el desarrollo de una sociedad virtual en donde la tecnología sea un medio y no un fin para conseguir y producir conocimiento.

(17) Ver en este sentido a FORAY, Dominique. *L'économie de la connaissance*. Editions La découverte, París, 2000, p. 57.

NOTAS ACTUALES SOBRE DERECHO DE DAÑOS

Lic. Antonio Jacob Aldi MBA

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Función de la Responsabilidad Civil
- III. Presupuestos de la Responsabilidad Civil
- IV. Objetivación de la Responsabilidad Civil
- V. Análisis Económico del Derecho de Daños
- VI. Algunas Perspectivas de Futuro
- VII. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho de la Responsabilidad Civil o Derecho de Daños⁽¹⁾ cuyo origen podemos encontrar en el Derecho Romano, ha ido, poco a poco, ganando terreno en el interés de los juristas y de la sociedad en general.

Como tendencia mundial, aproximadamente, a partir de los años sesenta, lo que se llamaba tradicionalmente Responsabilidad Civil pasó de ser un simple sub-tema del Derecho de Obligaciones, a ser una de las materias estrella del Derecho Privado.

Así y a pesar de que la reparación del daño es casi tan antigua como el derecho mismo, en los últimos 40 años el derecho de la responsabilidad civil ha evolucionado muchísimo, fenómeno, éste, debido a razones de índole práctico y directamente relacionadas con el desarrollo y evolución tecnológica e intelectual.

En todo caso y dada esa gran importancia y relevancia que ha adquirido el derecho de daños, es importante conocer su ubicación doctrinal dentro del Derecho Civil, así que de una vez apuntemos este tema.

Partiendo de las divisiones académicas que la doctrina tradicional ha hecho del Derecho Civil, (entendido éste como aquel gran sector del ordenamiento jurídico total, que se integra por un sistema coherente de normas e instituciones a través de las cuales se busca establecer, promover y desarrollar la persona y sus manifestaciones, dentro de un orden constitucional establecido), podemos ubicar el derecho de la Responsabilidad Civil o Derecho de Daños dentro del Derecho de Obligaciones que a su vez lo conceptualizamos como una parte del Derecho Civil Patrimonial entendido éste como aquel sector del Derecho Civil que se conforma por normas e instituciones cuyo cometido es establecer un marco de acción claro para las actividades económicas de las personas.

(1) Aunque en Costa Rica, hasta esta fecha, no se ha utilizado de manera generalizada, este nombre como sinónimo del Derecho de la Responsabilidad Civil, es necesario saber que es a partir de Fischer, quien en su libro *“Los Daños Civiles y su Reparación”*, utiliza la expresión Derecho de Daños, tal como quedó traducido por Rocés, para que luego, en España, esa expresión fuera importada por Jaime Santos Briz, siendo actualmente de uso común en la doctrina y jurisprudencia española y europea en general.

Así entendido lo anterior podemos decir que el Derecho de la Responsabilidad Civil se ubica dentro una zona específica que tiene por fin la ordenación, atribución y distribución de los bienes económicos de las personas. Dentro de este esquema, el papel específico del derecho de daños es, esencialmente, de asignación y distribución patrimonial, distribución entendida como medio por el cual se imputa a un sujeto un daño causado y, como consecuencia de esa imputación, la carga pecuniaria que compensa dicho infortunio. De esta forma, el derecho de la Responsabilidad Civil determinará por cuenta de quién deberá correr la reparación de un daño.

Como se desprende de lo anterior, el Derecho de Daños es el derecho de indemnizaciones, es decir, obligaciones civiles con fuente peculiar que es el daño, siendo dicho daño la base de esa obligación de resarcimiento.

II. FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Para entender adecuadamente la función o fin del derecho de daños es necesario apreciar que el origen de dicho derecho se encuentra en una de las tres máximas de la convivencia romana que eran: dar a cada uno lo suyo, vivir honestamente y no causar daño a los demás.

1. Función exclusivamente reparadora

Desde siempre, ante la causación de un daño la respuesta instintiva del ser humano es la de la venganza, siendo ésta la reacción primaria en la búsqueda equilibrio.⁽²⁾ En razón de ello, el derecho, que

(2) Ley del Talión: Proviene de “talion” (tal, semejante, en latín).
«¡Oh creyentes! Se os ha prescrito la ley del Talión en casos de homicidio: el libre por el libre, el esclavo por el esclavo, la mujer por la mujer. Pero, si a alguien le rebaja su hermano la pena, deberá indemnizar a éste espontánea y voluntariamente. Esto es un alivio y misericordia por parte de vuestro Señor. Mas quien después de esto se venga, sufrirá un severo castigo. En la ley del Talión tenéis asegurada la vida, hombres de intelecto! Quizás, así, temáis a Allah» (Corán, 2:178-179). La costumbre de los árabes pre-islámicos era que si alguno de ellos era asesinado decidían vengarse empleando todas sus fuerzas, hasta el punto que por la muerte de una sola persona estaban dispuestos a matar a todos los miembros de la familia del asesino. Entonces “descendieron” las aleyas explicando la ley del Talión que buscaba equilibrar y regular la venganza.

tiene como función la ordenación y regulación de las actividades y conductas del ser humano para hacer posible la convivencia, viene a sustituir ese cobro de venganza privada mediante un sistema institucionalizado predeterminado.

Es así como el Derecho Civil ordena estas situaciones y llama responsable a un sujeto por un daño cometido. Esa responsabilidad se traduce en la reparación del daño, es decir ante un daño causado el Derecho Civil impone la obligación de reparación o indemnización.

Indemnizar significa dejar indemne, es decir, sin daño. Pero en la realidad lo que sucede es que la marcha atrás es imposible en la mayoría de las situaciones por lo que la “restitutio in integro” o sea la devolución de las cosas a su estado inicial, normalmente, no es posible, siendo ésta la razón por la que los juristas romanos idearon el equivalente pecuniario, o sea, el sistema de compensación del daño infringido.

De lo anterior se desprende que, la responsabilidad civil tiene una función, en principio, exclusivamente reparadora o compensatoria de la víctima, esto significa que el fin del Derecho de la Responsabilidad Civil es definir, de manera previa, las reglas de indemnización o reparación que se deben aplicar ante la ocurrencia de un daño causado.

No obstante lo dicho, y a pesar de la claridad que parece inspirar las anteriores aseveraciones que afirman la finalidad exclusivamente resarcitoria de la responsabilidad civil, no es posible obviar que se ha discutido la existencia de una función punitiva y también de una función preventiva del derecho de daños.

En este sentido nos referiremos a ambas funciones y veremos el porqué no corresponde, ninguna de ellas, al fin del derecho de daños:

2. En cuanto a la Finalidad Preventiva

En primer término, y en lo que a la finalidad preventiva que pretende achacársele a la responsabilidad civil se refiere, digamos lo siguiente: un sistema preventivo, por definición, es aquel que funciona o se activa en un momento previo o anterior a que ocurra el hecho o situación que se pretende evitar. El derecho de la responsabilidad civil, como hemos visto, tiene como fuente peculiar un daño causado, esto significa que el sistema compensatorio arranca una vez que el daño ha

ocurrido, es decir, es ante un daño cometido que se produce una reclamación y es entonces cuando se le puede hacer responsable a un sujeto por ese daño y por lo tanto obligársele a resarcir ese daño en la cantidad que se determine.

Lo anterior significa que el derecho de daños no previene ni evita la ocurrencia o causación de daño alguno, muy por el contrario, busca reparar un daño ya producido, de manera tal que teleológicamente la prevención no concierne al Derecho de la Responsabilidad Civil.

Siendo así las cosas, ¿por qué se ha hablado de una función preventiva? Ello tiene como base el aparente desestímulo a infringir daños que la imposición de reparaciones produce, es decir, siendo natural que a nadie le agrade ver disminuido su peculio es obvio que nadie estará contento de tener que efectuar una indemnización que implicará una erogación patrimonial.

No obstante, y a pesar de que, como una consecuencia secundaria de la existencia del derecho de la responsabilidad civil, pueda operar una desestimulación en cuanto a la causación de daños en vista que ello promueva, en las personas, una actitud de diligencia, debe tenerse claro que ese estímulo a ser diligente no es la función para la cual, desde un inicio, se ideó el Derecho de Daños.

Lo que sucede es que, en algunos casos, como consecuencia del hecho de que a nadie le gusta pagar y ver disminuido su peculio y ante el conocimiento de que la causación de un daño implica el deber de repararlo, es posible que se produzca el fomento de la diligencia, pero es un efecto psicológico ante la posibilidad de que opere la responsabilidad civil con su función resarcitoria, es decir, podría considerarse ese fomento a la diligencia como una consecuencia derivada de la función indemnizatoria del derecho de daños pero nunca una función en sí misma.

Sobre este aspecto en los últimos años han surgido dudas, sobretudo en los casos de daños continuados, es decir, aquellos que no se agotan con una sola acción sino que la conducta dañosa se mantiene en el tiempo, como por ejemplo en muchos tipos de daños causados al medio ambiente. Es en estos casos donde nos encontramos con que lo ideal es que la lesión al interés jurídico deje de producirse y por eso lo primero que se ordena en la sentencia, o incluso como medida cautelar previa a la sentencia, es que cese la causación de la lesión y una vez cesada, se valore la magnitud del mismo y se proceda a su reparación.

¿Indicará lo anterior una cierta reminiscencia o influencia de una finalidad preventiva?

A fin de ser consecuentes con lo dicho y con la integridad y plenitud del ordenamiento jurídico, la respuesta al anterior cuestionamiento debe ser negativa, ello por cuanto, y a pesar de que esto se ha querido destacar con motivo de los daños causados al medio ambiente, la obligación de cesación de causación del daño no es algo nuevo y, más bien, se deriva como una consecuencia lógica en todo caso de daños.

Es innegable, dentro del derecho civil, la posibilidad de que se recurra al ordenamiento jurídico para que se haga cesar cualquier lesión a un derecho, pudiendo venir, o no, acompañada esta “causa petendi” de la solicitud de indemnización por un daño causado. Es una derivación lógica ante una situación particular el que si los efectos dañosos persisten lo primero que se ordene sea la finalización de dicha actividad lesiva o sea que se ordene que no se continúe dañando o lesionando el derecho.

Pero, ¿será esta posibilidad de pedir que se haga cesar la violación parte del Derecho de Daños? Definitivamente no, como se ha dicho, es una derivación lógica de un sistema integral de derecho donde, si se está produciendo un daño, es decir, si existe actividad lesiva actual de un derecho, el ordenamiento jurídico ordenará que este se detenga y esto surge de la calidad de derecho subjetivo⁽³⁾ de que gozan los derechos.

El derecho subjetivo, como situación de posibilidad o poder concreto concedido a la persona por el ordenamiento jurídico para que administre y defienda su derecho, posee dentro de su estructura un elemento interno que es una posibilidad que le permite querer o hacer.

(3) Bernardo Windscheid: Es un poder de la voluntad o señorío del querer, reconocido a las personas por el orden jurídico.

Rodolfo Ihering: Es un interés jurídicamente protegido.

Thon: Es un poder reconocido a la voluntad para la protección de un interés.

Hans Kelsen: No existen derechos subjetivos como entidades separadas del derecho objetivo. El Derecho Subjetivo es el mismo Derecho Objetivo en relación con el sujeto de cuya declaración de voluntad depende la aplicación del acto coactivo estatal señalado por la norma.

Jorge Jellinek: El derecho subjetivo es un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual.

Larenz: Sustituye el concepto de derecho subjetivo por el de situación jurídica objetiva.

Es la facultad de actuar que se le concede a una persona formando parte del contenido de su derecho. Pero por otra parte, y como consecuencia lógica del elemento anterior, para que se pueda hacer efectivo ese primer elemento, el derecho subjetivo tiene un elemento externo, que es la posibilidad de exigir de los demás respeto al ejercicio de aquella facultad de obrar o querer que corresponde a nuestro derecho. El Ordenamiento Jurídico no solo enuncia y otorga esa facultad a la persona sino que además le da los elementos para hacer posible esa facultad ya que de lo contrario sería ilusoria. Este segundo elemento se traduce, de forma práctica, en lo que conocemos como “pretensión” que se encausa mediante la vía de la acción,⁽⁴⁾ que es, en última instancia, el medio que el ordenamiento jurídico brinda para que las personas hagan valer sus derechos, cuando de alguna manera han sido impedidos.

El ordenamiento jurídico da los medios para hacer respetar nuestros derechos de manera que, ante cualquier injerencia o lesión contraria a los mismos, tenemos la opción de acudir a las vías⁽⁵⁾ que dicho ordenamiento establece para hacer cesar la violación o daño. De esta manera, cuando una persona solicita que se obligue a detener la actividad lesiva, lo hace en virtud de tener un derecho subjetivo que le permite exigir de terceros el respeto a ese derecho y por lo tanto el cese de la producción de daños. Esto se produce independientemente de que exista o no una pretensión de indemnización y, de hecho, como hemos visto, son cosas totalmente separadas que no debemos confundir ya que el derecho de la responsabilidad civil es el derecho de las indemnizaciones y ese es su exclusivo ámbito de acción.

3. En cuanto a la Función Punitiva y los “Punitive Damages”

En lo que a la función punitiva se refiere, en principio, la responsabilidad civil no busca castigar, tampoco busca reprochar y ni

(4) La acción como el medio para hacer valer una pretensión ante los tribunales de justicia.

(5) No debe dejarse de lado que además de la posibilidad de acudir a la vía judicial para hacer respetar un derecho, existen vías administrativas mediante las cuales puede detenerse la violación a un derecho y ellas también vienen dadas por el ordenamiento jurídico por lo que son igualmente medios ácidos aunque no necesariamente definitivos en la protección efectiva de los derechos.

siquiera resocializar. Como se ha insistido, el derecho de daños procura reparar a la víctima del daño sufrido, asignándole a un sujeto la obligación de efectuar dicha reparación en virtud de un elemento de imputación que lo hace responsable. Dentro de este orden de ideas, poco debería importar la culpa o el dolo con que se haya actuado y por lo tanto, la indemnización deberá ir en función, únicamente, del valor del daño y, en principio, no más allá de ello.

No obstante lo anterior y respecto al tema de la existencia de cierta finalidad punitiva en el derecho de daños, el asunto es bastante más complejo que en lo tocante a la función preventiva ya que, modernamente ha surgido, lo que en derecho anglosajón se ha denominado, los “*punitive damages*”, que implican una condena que va más allá de la simple reparación. Es decir, en sentencia se ordena hacer un pago adicional al monto en que se ha valorado la reparación del daño.

Sobre los “Punitive Damages”

Los daños punitivos son una institución de origen británico. Históricamente, este tipo de condenas se han impuesto para desincentivar el mal intencional, las conductas dolosas, temerarias y ultrajantes o abusivas.

Esta institución del *Common law* implica una condena que no consiste en una compensación por un daño sino en una multa ordenada por los jurados civiles para castigar ciertas conductas y desincentivar su ocurrencia futura.

Los “*Punitive Damages*”, también llamados “*exemplary damages*” o “*vindictive damages*” son una condena en sede civil, impuesta al demandado en forma adicional a la indemnización por los daños causados. Con ellos se busca que, una vez compensada la víctima por el daño sufrido, se castigue al demandado en virtud de las características y motivaciones subjetivos de su conducta y así mismo se disuada al autor del daño y a la generalidad de las personas, de cometer futuras conductas dañosas de ese tipo o similares.⁽⁶⁾

(6) En este sentido:

El Black's Law Dictionary, 6th Edition, Henry Campbell, 1999, page 352, contiene una definición que sintetiza lo estimado por alguna jurisprudencia estadounidense: “Exemplary or punitive damages. Exemplary

El Dictionary of Law, Oxford University define los “punitive damages” como “una indemnización por daños y perjuicios otorgada para castigar al demandado en lugar de simplemente compensar al demandante por el daño causado. Este tipo de daños y perjuicios son excepcionales ya que la regla general es que lo que se compensa es

damages are damages on an increased scale, awarded to the plaintiff over and above what will barely compensate him for his property loss, where the wrong done to him was aggravated by circumstances of violence, passion, malice, fraud, or wanton and wicked conduct on the part of the defendant, and are intended to solace the plaintiff for mental anguish, laceration of his feelings, shame, degradation, or other aggravations of the original wrong, or else to punish the defendant for his evil behavior or to make an example of him, for which reason they are also called “punitive”: or “punitive” damages or “vindictive” damages. Unlike compensatory or actual damages, punitive or exemplary damages are based on an entirely different public policy consideration that of punishing the defendant or of setting an example for similar wrongdoers, as above noted. In cases in which it is proved that a defendant has acted willfully, maliciously, or fraudulently, a plaintiff may be awarded exemplary damages in addition to compensatory or actual damages. Damages other than compensatory damages which may be awarded against person to punish him for outrageous conduct. *Wetherbee vs. United Ins. Co. of America*, 18 C.A.3d, 95 Cal. Rptr. 678, 680.”

Otras definiciones en igual sentido:

Rupp’s Insurance & Risk Management Glossary. © 2001, NILS Publishing Company: “punitive damages: Damages awarded in a civil lawsuit in order to punish wrongdoing of a greater culpability than simple negligence, without regard to compensating the plaintiff’s actual loss. Punitive damages are intended as a deterrence. Some states prohibit insurance of punitive damages on the grounds that spreading the risk of punishment for willful misconduct lessens the deterrent effect. Some policies specifically exclude coverage for punitive damages, while others rely on state laws”.

http://law.freeadvice.com/general_practice/legal_remedies/damages_punitive.htm: “What are punitive damages? Where the defendant’s conduct is found to be intentional or willful or wanton or malicious, the courts may permit an award of punitive damages in addition to compensatory damages. Punitive damages are intended to punish the defendant and to discourage the conduct of the type the defendant engaged in. For example, in the O.J. Simpson civil case, the jury awarded relatively modest compensatory damages, but awarded the Brown and Goldman families tens of millions of dollars in punitive damages against Simpson, because the jury found, in effect, that Simpson murdered Brown and Goldman”.

solamente la pérdida causada. Ellos pueden otorgarse en algunas acciones de daños: (1) cuando expresamente lo autoriza la norma; (2) como castigo contra los actos arbitrarios o inconstitucionales de los servidores públicos; (3) cuando el demandado ha calculado deliberadamente que las ganancias que obtendría cometiendo el daño pueden superar los daños y perjuicios de una eventual condena (por ejemplo por publicar un libro difamatorio). En situaciones de este tipo, se dan los daños y perjuicios ejemplarizantes para demostrar que “el daño no paga” Los daños y perjuicios ejemplarizantes no pueden ser dados por ruptura de contrato”.⁽⁷⁾

Lo más común es que este tipo de condenas se apliquen cuando con el daño se obtiene un beneficio que supera la indemnización a la víctima como serían por ejemplo en daños al medio ambiente o en lesiones a la intimidad y derechos de la personalidad. En estos ejemplos, normalmente las ganancias obtenidas cuando se causa una lesión son muy superiores a la simple indemnización o reparación a la víctima.

Pero la situación no es tan sencilla como la entrega de un monto adicional y frecuentemente superior al indemnizatorio ya que si se le da

<http://www.lectlaw.com/def/d006.htm>: “Damages, punitive - The purpose of punitive damages is to punish a defendant and to deter a defendant and others from committing similar acts in the future. Plaintiff has the burden of proving that punitive damages should be awarded, and the amount, by a preponderance of the evidence punitive damages may be awarded only if defendant’s conduct was malicious, or in reckless disregard of plaintiff’s rights. Conduct is malicious if it is accompanied by ill will, or spite, or if it is for the purpose of injuring another. Conduct is in reckless disregard of plaintiff’s rights if, under the circumstances, it reflects complete indifference to the safety and rights of others”.

- (7) Dictionary of Law, Oxford University Press © Market House Books Ltd 1997: “Damages given to punish the defendant rather than (or as well as) to compensate the plaintiff for harm done. Such damages are exceptional in tort, since the general rule is that damages are given only to compensate for loss caused they can be awarded in some tort actions: (1) when expressly authorized by statute; (2) to punish oppressive, arbitrary, or unconstitutional acts by government servants; (3) when the defendant has deliberately calculated that the profits to be made out of committing a tort (e.g. by publishing a defamatory book) may exceed the damages at risk. In such cases, exemplary damages are given to prove that “tort does not pay”. Exemplary damages cannot be given for breach of contract”.

el dinero extra cobrado a la víctima, (como ha sucedido en bastantes casos en el derecho anglosajón) nos encontraríamos ante un enriquecimiento sin causa y es por ello que se han buscado nuevas soluciones como sería el destino del dinero no a un sujeto sino a fines específicos. Por ejemplo, en una sentencia en los Estados Unidos se condenó, al pago de daños punitivos, a una empresa fabricante y distribuidora de automóviles para que esa suma fuera destinada a que se retiraran los vehículos defectuosos del mercado.

Como dato interesante resalta que, tradicionalmente, el monto de los “*punitive damages*” pedido por el actor y otorgado por los jueces en las acciones civiles se basaba en el disvalor de los actos del demandado para que sea un castigo adecuado para la conducta dolosa, sin embargo, cada vez con mayor frecuencia los abogados del demandante solicitan este tipo de condenas apelando simplemente a la riqueza del demandado y no la naturaleza de sus actos.

En todo caso, en nuestro derecho, al igual que en la cultura jurídica europea continental, la institución de los “*punitive damages*” es ajena e incluso contraria al derecho civil ya que un juez civil puede condenar al demandado a pagar una indemnización compensatoria del daño causado, pero por lo general, no puede imponer penas, como sería el otorgamiento de daños ejemplarizantes, ya que el medio y sistema por el cual el Estado puede reprochar una conducta e imponer una pena es el Derecho Penal.⁽⁸⁾ Así las cosas, en nuestro derecho los “*Punitive Damages*” no resultan admisibles porque son una pena privada que se impone, en un proceso civil, al causante de un daño por una actividad dolosa o gravemente negligente, por un importe adicional y, usualmente, superior al de la indemnización puramente compensatoria.

Consecuencias de la Función Reparadora

Teniendo clara, en nuestro derecho, la función resarcitoria de la responsabilidad civil veamos las consecuencias que de ello se extraen:

- La indemnización no debe graduarse con arreglo a la gravedad de la conducta provocadora del daño sino con arreglo a la magnitud del daño mismo. Esto significa que no debería interesar la

(8) Artículo 39 Constitución Política de la República de Costa Rica.

intencionalidad o el grado de culpa que contenía la conducta subjetiva provocadora del daño. De esta consecuencia se deduce la carencia de finalidad punitiva del derecho de daños ya que es claro que no importa el ánimo con que actuó el sujeto para efectos de obligarle a reparar el daño causado. En este sentido quedarían excluidos los “*punitives damages*” ya que, como se ha dicho, estos se gradúan en función de la intencionalidad y gravedad de la conducta provocadora del daño, lo cual es valorable en la vía penal cuyo fin es diferente al compensatorio del derecho de daños.

- La acción de reclamación y derecho de indemnización es transmisible *mortis causa* a los herederos de la víctima. Debido a que la función es resarcitoria, y lo que se persigue en última instancia es que se compense el daño causado, esa reparación que normalmente se traduce en un deber de carácter pecuniario puede ser asumida por los herederos de la víctima ya que el daño puede ser reparado aun en la persona de los herederos, quienes pueden ejercer las acciones correspondientes para exigir esa indemnización.
- El deber de indemnización persiste y trasciende la muerte del dañador: esto implicará que la víctima o sus herederos podrán hacer valer sus derechos ante la sucesión del causante del daño. Este punto deja muy clara la función exclusivamente reparadora y la exclusión de la función punitiva ya que la acción por indemnización no se extingue con la muerte del dañador sino que, debido a que el fin es resarcitorio, su patrimonio continuará respondiendo aun después de su muerte.
- Se puede asegurar la responsabilidad civil. Es perfectamente posible que se establezcan seguros que cubrirán, hasta por determinados montos, la indemnización ante un daño causado.
- La responsabilidad civil siempre está sometida al principio de rogación, es decir, es necesario pedirla aunque sea en sede penal ya que no se concede de oficio y esto se debe a que como su fin es compensatoria, es un interés privado de la víctima el ver resarcido su daño. No hay un interés público en establecer una sanción ya que no es un castigo al dañador.
- No se pueden invocar indubios ni aplicación de ley más favorable. A diferencia de lo que ocurre en el caso de las sanciones que

impone el derecho público mediante el derecho penal a un sujeto por un ilícito cometido, en el derecho de responsabilidad civil no es posible lograr reducciones en las sentencias invocando leyes más favorables u otras vías ya que de lo que se trata es de resarcir a la víctima de manera que la condena se fijará, exclusivamente, en función a ello.

III. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Tradicionalmente se ha dicho que para que haya relación de resarcimiento debe haber un daño (que es el fundamento de la responsabilidad civil), una conducta (que es la acción u omisión provocadora del daño), debe existir relación de causalidad entre la conducta y el daño y además era necesaria la culpa. Veamos cada uno de estos elementos en detalle:

1. El Daño

Como hemos dicho, el daño es lo que da fundamento para que exista la responsabilidad civil ya que dicho daño es lo que se intenta compensar mediante este instrumento que es el derecho de daños. Así las cosas lo primero que se debe saber es qué entendemos por daños.

Como punto de partida se debe tener claro que, éste es un instrumento jurídico que, por lo tanto, protegerá y buscará dar resarcimiento a intereses que hayan sido afectados y que estén protegidos por el ordenamiento jurídico. Eso significa que un daño supone una lesión a un interés jurídicamente relevante de manera tal que, en sentido jurídico, no existe daño si no hay un interés jurídicamente tutelado que se encuentre afectado.

Por otra parte, un daño será indemnizable siempre que la víctima no tenga obligación de soportarlo, de manera tal que no serán indemnizables los daños ocurridos con motivo del ejercicio legítimo de algún derecho, teniendo claro que legítimo implica, entre otras cosas, que no podrá existir abuso del derecho.

En este orden de ideas, existirá daño indemnizable cuando exista una afectación a un interés jurídicamente relevante y el destinatario, de ese interés tutelado por el ordenamiento jurídico, no se encuentra en una

posición en la que tenga el deber de soportar la lesión, como sí ocurriría, por ejemplo, en caso de legítima defensa.

Es importante tener presente la extensión de lo indemnizable, es decir, cuando se habla de daño indemnizable entendemos que ese concepto abarca dos elementos básicos que son, por una parte, el daño emergente y, por otro lado, el lucro cesante.

Por daño emergente entendemos la pérdida inmediata de valor pecuniario que sufre la víctima. Dentro del cálculo de esa pérdida directa de valor, que se registra en el peculio del afectado, se debe considerar, cuando proceda, la llamada “pérdida de valor mercantil”.⁽⁹⁾

El lucro cesante son todas las ganancias que se dejarán de percibir en virtud de la afectación sufrida. Como consecuencia directa de la lesión a un derecho es posible que, al interrumpirse la manera en que se venía ejerciendo dicho derecho se interrumpa la obtención de beneficios o ganancias que se hubieran obtenido de no haber sucedido la lesión. Lo anterior implica que, para que exista una indemnización justa y realmente reparadora, es necesario que esas ganancias que efectivamente se dejan de percibir sean compensadas, motivo por el cual son parte integrante del concepto de daño indemnizable.

2. Una conducta

La existencia de conducta implica la existencia de un ser humano que efectúa una acción o una omisión. La acción implica la existencia de actividad voluntaria, por su parte, la omisión significa la existencia de inactividad voluntaria. Lo anterior quiere decir que para que se produzca un daño indemnizable es indispensable la existencia de una actividad o inactividad humana voluntaria que hace que de ella derive el infortunio dañoso.

(9) Rivero Sánchez, Juan Marcos. *Responsabilidad civil*. Ediciones Jurídicas Arete, San José, Costa Rica, 1999, pág. 80. Sobre la pérdida de valor mercantil indica que es “la pérdida de valor que experimenta el bien como consecuencia de ser una cosa “reparada”, que se vio afectada por un accidente y respecto de la cual existe la sospecha, desconfianza o preocupación de que, en el futuro, aparezcan nuevas fallas o consecuencias de ese percañe”.

3. Relación de causalidad

Es necesaria la existencia de una relación de causalidad, entre la conducta y el daño producido para que, por parte del autor de la conducta, exista la obligación de reparar el daño. La relación de causalidad implica que de la conducta del agente se derive el daño, es decir que el daño sea una consecuencia de la acción u omisión.

4. La existencia de culpa / Elemento de Imputación

Por mucho tiempo se entendió la culpa como el elemento necesario para hacer a un sujeto responsable de un daño producido, es por ello que nuestro Código Civil y todos los códigos de corte napoleónico exigen la culpa para establecer la existencia de la obligación de resarcir.

Lo que se debe entender es que la culpa cumplía y, en mucho, sigue cumpliendo la función de elemento de imputación. Es decir, para que se haga responsable a una persona por una afectación y se le obligue a indemnizar es necesario un elemento que ligue directamente a esa persona con el resultado dañoso y esto es lo que entendemos como *elemento de imputación*, que tradicionalmente ha sido la culpa.

Dadas las circunstancias reales de la vida en sociedad, hasta hace unos cincuenta o poco más años, la culpa cumplía satisfactoriamente su función de servir como elemento de imputación. Pero con los avances tecnológicos y científicos ese elemento de imputación ha ido dejando de ser eficiente a los efectos de la función reparadora del derecho de daños.

La idea de la culpa, más que en el Derecho Romano y la Lex Aquilia, se difunde de manera generalizada con el pensamiento cristiano y es a partir de allí que logra permear fuertemente el orden jurídico. Ese hecho tiene abierta acogida por el hecho de que con ese elemento de imputación bastaba para dar solución a la mayoría de las situaciones de daños ya que los daños eran muchísimo menores, tanto cuantitativa como cualitativamente, respecto a los actuales, situación que se explica en la evolución y avance de los métodos y modelos de producción y desenvolvimiento de la sociedad en general que hacen que al día de hoy las fuentes del daño sean más y mayores y así mismo las consecuencias dañosas sean mucho más gravosas y la identificación del productor del daño sea de difícil solución o incluso imposible, además de que en gran

cantidad de casos puede que ni siquiera medie la existencia de culpa o que el daño sea totalmente inevitable.

Así las cosas, ahora se ha entendido que, realmente, ese elemento de imputación por el cual se liga y se hace responsable a un sujeto por un hecho dañoso, no tiene que ser, necesariamente, la culpa, sino que lo requerido es algo que permita hacer ese juicio del que deriva que a ese sujeto le impute la causación del daño y en virtud del cual no se le achaque, a quien sufre ese daño, la obligación de soportarlo.

La decisión acerca del elemento de imputación lo que hace es dar fundamento a la responsabilidad civil y eso es algo invariable, lo que puede variar es a qué aspecto el ordenamiento jurídico escoge darle el rango de elemento de imputación. Como hemos visto, la realidad fáctica y el pensamiento humano ha cambiado y por lo tanto se deben cambiar ciertos criterios que presiden la responsabilidad civil y ajustarlos a dicha realidad.

De ese modo, en esa decisión en la que hay que elegir a quien le atribuimos la obligación de reparar o soportar ese daño, si a un dañador o a la víctima, se debe establecer ese factor de imputación que puede ser de diversa índole: podría ser la culpa, pero caben más elementos o causas de imputación como sería una realidad objetiva, caso en el cual no es necesario fijarse en la parte subjetiva del sujeto a quien se le imputa el daño.

IV. OBJETIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Desde la época justineana hasta la codificación, ha sido preciso, como hemos señalado, que el causante del daño haya incurrido en culpa, de hay la célebre frase “No hay responsabilidad sin culpa” (Ihering) y eso es lo que cristaliza en el Código Civil Francés y en la versión costarricense de 1888. Con ese criterio, se exigía la culpa como uno de los requisitos indispensables para que se tuviera por existente la responsabilidad civil.

En cuanto a la culpa, el modelo clásico (que es el concepto que debería conservarse porque en nada ha cambiado desde un punto de vista de la culpa considerada en sí misma) la entiende de manera paralela al dolo (que implica conocer y querer, es decir querer un resultado específico). Desde este punto de vista, la culpa implica la posibilidad de previsibilidad del resultado dañoso más una omisión de la diligencia

exigible mediante cuyo empleo se hubiera podido evitar ese resultado dañoso, o lo que es lo mismo, falta al debido deber de cuidado, falta por la que no se previó el resultado dañoso o por la que habiéndose previsto el resultado dañoso no se tomaron las medidas para evitarlo.

La culpa es la no diligencia o como se ha definido la falta al debido deber de cuidado. Pero como puede verse, es una definición de un concepto negativo y eso crea un problema porque hay que definir cuál es el nivel de diligencia exigible.

Sobre el nivel de diligencia exigible, se ha establecido que el estandar de prudencia debe ser el del buen padre de familia. Esto debe entenderse como la diligencia que exige el sector del tráfico de esa actividad específica en un momento determinado. Es lo que en derecho anglosajón se conoce como el “*standard of care*”.

Es importante, además, el hecho de que a nivel probatorio y en virtud del principio de que quien afirma debe probar, la víctima, que es quien, normalmente, reclama indemnización por un daño deberá probar no solo la existencia de ese daño sino que además, y según el sistema culpabilístico, la culpa de quien lo produjo, para que éste responda y se vea obligado a indemnizar.

Este modelo clásico en muchos casos resulta ineficiente ya que, como hemos señalado, en la realidad hay un cambio de mentalidad colectiva, que se inicia a principios de siglo, y con ello a la sociedad le deja de importar tanto la causa el daño y se preocupa más por la compensación del mismo que es lo realmente importante, ya que, no se trata de reprochar la conducta sino de obtener una reparación justa, de manera que ese esquema de responsabilidad basado en la culpa cristiana ha dejado de dar soluciones a muchos de los casos actuales.

Dado lo anterior y como tendencia mundial ante la situación expuesta, en la práctica, se han producido dos fenómenos:

- Aparición de leyes que consagran la responsabilidad objetiva.
- Aparición de un torrente jurisprudencial en ese mismo sentido, amén de la dificultad que impone el espíritu de la norma de los códigos civiles de corte napoleónico como el nuestro.

En el fondo de todo esto está la teoría del riesgo creado como elemento de imputación, es decir, deja de ser necesaria la culpa y ella es

sustituida por otro aspecto; el riesgo. Esto significa que si el daño se deriva de una actividad riesgosa de la que un sujeto obtiene un beneficio económico o alguna utilidad, parece justo que soporte ese daño ese sujeto y no la víctima.

Este cambio de mentalidad parece tener como base el principio jurídico de protección al débil, principio que es una constante en toda la historia del derecho y tiene como origen el principio de igualdad. Como por regla general el débil es el dañado, se busca protegerle y no dejarle sin reparación.⁽¹⁰⁾

En virtud de lo anterior, y como tendencia mundial, hoy día el resarcimiento es un derecho de la víctima y por ello en el derecho moderno se puede hablar de un Principio General del Derecho que se ha denominado “*Indubio Pro Dam nato*” o “*Favor Victimae*”.

Como anteriormente mencionamos, para lograr la reparación de los daños en todos los casos y hacer una aplicación del principio “*pro damnato*”, en algunos países con códigos civiles de corte napoleónico que consagran la responsabilidad por culpa, se ha recurrido, por una parte, al mecanismo de la promulgación de leyes que establecen expresamente la responsabilidad objetiva⁽¹¹⁾ y, por otra parte, la jurisprudencia ha recurrido a ciertos mecanismos que traen como resultado final la implantación de un sistema de responsabilidad objetiva.

La jurisprudencia española es un buen ejemplo de esta tendencia y ella a recurrido a los siguientes mecanismos:

- *Inversión de la carga de la prueba*: En principio y en aplicación estricta de la norma del Código Civil rige el sistema de que quien alega debe probar, por lo tanto en caso de que un sujeto, víctima de un daño, pretenda la reparación o indemnización por un menoscabo, deberá probar no solo la existencia del mismo sino también tendrá que demostrar que quien lo produjo lo causó con culpa, es decir, por realizar una conducta sin el debido deber de cuidado.

(10) Sobre este punto dice Díez Picaso que en el fondo subyace es la necesidad social de proteger a la persona frente al maquinismo que beneficia solo a una parte de la sociedad de una manera directa.

(11) Un ejemplo en este sentido son los párrafos cuarto y quinto del artículo 1048 del Código Civil de Costa Rica, que tal y como lo ha determinado la jurisprudencia establecen casos de responsabilidad objetiva.

En muchos casos, la carga probatoria para la víctima se hace sumamente difícil o incluso imposible, además no parece ser justo que en estos casos, quien sufrió el daño y no se beneficia de la actividad que lo produjo deba probar que el dañador tuvo la culpa o bien que no hubo caso fortuito. Es por ello que se invierte la carga de la prueba. No se debe entender que hay una presunción de culpa porque por eso se debe probar lo contrario, no se presume nada, es un simple traslado o inversión de la carga de la prueba.

Expansión en la precisión de la prueba: En las obligaciones profesionales (de medios o de resultados) no se invierte la carga de la prueba pero se utilizan medios para aligerar la actividad probatoria y alivianarle a la víctima del daño esa situación. En este sentido se ha aplicado el principio de “*res icsa loquitur*” en virtud del cual se considera que en la práctica las cosas hablan por si solas. Así, por ejemplo, si en una intervención quirúrgica en la cual el resultado esperable era de cierto nivel de curación y ello no se produjo o más bien se desmejoró, de alguna manera, el estado de salud del paciente como consecuencia de la operación, se presume que existió algún tipo de error o mala actuación en la intervención quirúrgica, situación que el presunto dañador deberá desmentir presentando la prueba de su correcto actuar.

Incremento del nivel de la diligencia exigible: Se ha recurrido a la valoración de la actuación del dañador a través de un lente que impone un estándar de referencia muy alto, es decir, se considera que la diligencia del buen padre de familia, en el caso concreto, debe abarcar un sinnúmero de situaciones que realmente superan el debido deber de cuidado que tiene el hombre medio buen padre de familia. Así, y en concordancia con esto, *no basta el cumplimiento de los reglamentos para eximirse de la responsabilidad*, eso significa que si el daño se produjo, aún habiéndose tomado todas las medidas de prevención exigidas por los reglamentos, se produjo, se considera que no se agotó la diligencia suficiente y siendo ello un deber legal general, se deberá indemnizar a la víctima.⁽¹²⁾

(12) Como ejemplo de esto podemos mencionar varios casos en que, no obstante haber cumplido, la compañía ferroviaria, con todas las normativas en cuanto a retiros de las líneas de tren, vayas, semáforos, alarmas, etc, se produjo colisión del tren contra algún vehículo, habiendo sido condenada dicha compañía al pago del daño ocasionado.

- *No es necesario que la conducta dañosa sea una acción u omisión ilícita:* No se exige que la conducta productora del daño sea ilegal, lo que sí debe ser antijurídico es el daño, no el acto u omisión que puede ser totalmente lícito.

Así las cosas, estos han sido básicamente los medios jurisprudenciales usados en el derecho comparado para dar solución a casos de daños donde el sistema que toma como base la culpa no funciona eficientemente. Pero el precio de este tipo de aplicaciones e interpretaciones ha sido la creación de inseguridad jurídica ya que, la jurisprudencia, en su intención de adecuar las normas a la realidad de los tiempos, ha emitido resoluciones que no son uniformes, de manera que, en aquellas jurisdicciones donde se han empleado estos recursos, ante un determinado caso no es posible saber, a ciencia cierta, a qué atenerse.

Como solución prudente y que no causa un menoscabo a la seguridad jurídica ni indefinición del derecho de daños se impone la vía legislativa como el medio apropiado para dar respuesta efectiva a los daños que en nuestros días se producen.

Así las cosas, la tendencia, sea cual fuere la vía, es hacia el establecimiento de la responsabilidad objetiva, conocida en Derecho Anglosajón como “*strict liability*”,⁽¹³⁾ que no es más un sistema de

(13) Sobre este tema: http://injury-law.freeadvice.com/strict_liability.htm.: “Strict liability is a legal doctrine that makes some persons responsible for damages their actions or products cause, regardless of any “fault” on their part. Strict liability often applies when people engage in inherently hazardous activities, such as doing “blasting” in a city, or keeping wild circus animals. If the blasting damages you –no matter how careful the blasting company was –it is liable for the injury. Similarly if the animals escape and injure someone, the fact that the circus used the world's strongest cages and the highest standard of care imaginable will not let it get off the hook. Strict liability also may apply in the case of certain manufactured products. In strict product liability, typically anyone who is engaged in the stream of commerce of the product (from the manufacturer to the wholesaler to the retailer, or all of them) can be held responsible if the product was defective and someone was injured. There is no need to prove negligence but the injured party must prove that the product was defective. Defective products may be the result of bad manufacturing for the failure to provide adequate instructions for the use of the product. Those engaged in the stream of commerce with respect to products should reasonably foresee that some people will misuse the

asignación de responsabilidad donde el elemento de imputación es ese riesgo creado en virtud del cual se le imputa a ese sujeto, creador del riesgo, el daño causado y el deber de repararlo. Esto significa que es una asignación de responsabilidad sin que exista culpa por parte de la persona a quien se le achaca el deber de indemnización del daño.

V. ANALISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE DAÑOS

La perspectiva que brinda el análisis económico del derecho se manifiesta en un aspecto muy concreto al ser aplicada (dicha perspectiva) al derecho de daños. Ese aspecto es el examen de la culpa desde el punto de vista económico. Lo anterior implicará que, de la aplicación del análisis económico del derecho de la responsabilidad civil, se deriva la definición de la culpa en términos económicos.

Este sistema, al plantear una redefinición de la manera en que se debe concebir la culpa, lleva a que se mantenga, dentro del ámbito culpabilístico, el elemento de imputación, es decir, se mantendría la culpa como aquel elemento que hace que a un sujeto se le achaque la causación de un daño, dándole un contenido de aspecto económico a lo que se entenderá por culpa.

La consideración económica de la culpa parte del fin de la ciencia económica, que es, en definitiva, la asignación eficiente de los recursos. A partir de esta premisa se concluye que el objetivo del Derecho de la Responsabilidad Civil es orientar el comportamiento de los seres humanos de forma tal que se optimice el gasto generalizado destinado a prevenir y reparar daños.

Lo que se busca es encontrar el punto de equilibrio, entre lo que se gasta en evitar el daño y lo que se gasta en repararlo, de manera que los recursos se destinen a la opción económicamente más eficiente, esto es, la opción de la que se obtenga el mejor resultado al menor costo posible.

product and should design the product so that injury does not occur. Disclaimers and waivers of liability for products are often invalidated by courts as against public policy (courts should not condone the manufacture and distribution of defective products) and typically warranties are limited so that manufacturers and retailers are held responsible for personal injuries caused by the use of the product”.

Lo anterior significa que la mejor opción será evitar el daño, siempre y cuando el costo de las medidas preventivas no sean mayores que el costo de la reparación, es decir, hay que determinar, económicamente, que es menos oneroso si prevenir el daño o si repararlo.

Fue con este razonamiento que un juez norteamericano,⁽¹⁴⁾ en 1947, dijo que existe culpa cuando los costos de previsión son inferiores al costo del accidente multiplicado por la probabilidad de que se produzca dicho accidente: $CP < CA \times PA \Rightarrow \text{CULPA}$.

De este modo, entendemos que si se gasta en prevención menos de lo que cuesta reparar el accidente entonces hay culpa. Si se gasta más en prevención de lo que cuesta reparar el daño, eso es un derroche inútil, es decir, hay un uso ineficiente de los recursos. El gasto óptimo es: $CP = CA \times PA$.

Según esta perspectiva, la culpa no depende de nada más que del costo de previsión en relación al costo del accidente y de la probabilidad de que ese accidente se produzca.

Así las cosas, a manera de ejemplo piénsese en un caso de daños al medio ambiente; una empresa productora de leche, en lugar de tomar las medidas para tratamiento de los desechos, lanza a un río todos los residuos de la producción, ocasionando con ello un grave daño al medio ambiente. Es claro que las mínimas medidas de previsión hubieran consistido en la instalación adecuada de una planta de tratamiento de desechos. Si en este caso se opta por el análisis económico, se diría: ha habido daños al ambiente estimados en un valor de dos millones de dólares, $CA = \$ 2 \text{ Millones}$. La instalación de la planta de tratamiento de desechos tiene un costo de setecientos mil dólares, $CP = \$ 700 \text{ Mil}$. $CP < CA = \text{Culpa}$.

Hay una excepción al supuesto anterior y es cuando el accidente es inevitable. En este caso se sigue el criterio del “Sheapest Insurance”, según ese criterio a la parte que le salga más barato asegurar el daño deberá pagar, si no tenía seguro. Para ver la aplicación de esto piénsese por ejemplo en el caso de un concierto donde por presión de una masa incontrolable y vandálica de personas, un cliente resulta seriamente lesionado, teniendo gastos de curación elevadísimos. Si se determina la

(14) Judge Learned Hand (1872-1961).

imprevisibilidad e inevitabilidad del suceso, se debe calcular a quién le hubiera salido más barato asegurar este tipo de daños, si a los asistentes al concierto, considerando que cada uno de ellos hubiera tenido que adquirir una póliza de seguro, o si a la empresa promotora del concierto quien hubiera podido adquirir una póliza global por este tipo de daños. Parece que saldría más barato al empresario la adquisición de un seguro general que la suma del gasto en que cada cliente incurriría sacando un seguro individual. El empresario podría asegurar en condiciones más favorables y por lo tanto es culpable y debe indemnizar el daño.

Habiendo esbozado a grandes rasgos, en lo que consiste la perspectiva económica del derecho, es conveniente hacer notar que, aunque no parece lo más razonable inclinarse de manera total hacia esta forma de análisis como única perspectiva ante un caso de responsabilidad civil, en general, creemos que en vista de que en esta materia las decisiones de los jueces afectan directamente la economía, las consecuencias económicas de esas decisiones no se deben dejar de lado y más bien, deben ser tomadas en cuenta e incorporadas de manera que este criterio debe considerarse como uno de los elementos a utilizar para fundamentar una decisión judicial en esta materia.

Sobre este punto particular cabe resaltar que en los últimos treinta años, en USA y alrededor de unos veinte en España y otros países europeos, se ha hipertrofiado la responsabilidad civil al punto de que el ejercicio de cualquier actividad, riesgosa o no riesgosa puede constituirse en fuente de responsabilidad civil, esto, sobretodo, a partir de ciertas aplicaciones de los “punitive damages” que han hecho que, con el fin de lograr un gran lucro, se interpongan demandas pidiendo la reparación de algún daño.

Es por ello que, en Estados Unidos, se vienen criticando las llamadas “Gold Digging Actions”, también denominadas “Bingo Lawsuit”, que son acciones que solo buscan hacer millonarios a los reclamantes a costa del prójimo. Así, por cualquier tipo de daño derivado del uso o del consumo de productos o daños con una conexión remota con los derechos de la personalidad, se entablan demandas que en muchos casos han derivado en condenas elevadísimas, cuya factura, en última instancia, es trasladada a la sociedad en general.⁽¹⁵⁾

(15) Sobre este punto ampliar en:
<http://www.pacificresearch.org/issues/legal/punitive/punitive.html>

Un ejemplo de lo anterior es el célebre caso denominado “spilled hot coffee case” cuyo veredicto inicial contenía una condena millonaria contra la multinacional McDonald’s. Lo sucedido a grandes rasgos fue lo siguiente: una señora de 79 años de edad que viajaba en el asiento del acompañante, haciendo uso del autoservicio, desde su automóvil compró un café caliente, éste le fue entregado y ella lo puso en su regazo y antes de salir del “drive-through” el café se derramó. El líquido que tenía una temperatura de alrededor de 180 grados Fahrenheit se esparció por el regazo de la mujer, causándole quemaduras de tercer grado, entre sus piernas y en sus partes genitales. La dama demandó a McDonald’s solicitando una indemnización por un monto de \$20,000 y el jurado condenó a la empresa al pago de \$160,000 por concepto de indemnización del daño –suma en la que incluso se contemplaba indemnización por la imposibilidad temporal de mantener relaciones sexuales–, pero además, el jurado condenó a McDonald’s al pago de 2.7 millones de dólares adicionales por concepto de “Punitive Damages”, condena posteriormente reducida a \$480,000.⁽¹⁶⁾

Como es claro, la perspectiva económica del derecho puede funcionar como un parámetro de decisión correctivo en este tipo de casos y es por ello que, para graduar el monto de las condenas por daños, esta perspectiva debe tenerse en cuenta ya que, como se ha indicado, las decisiones de los jueces en esta materia, definitivamente, producen consecuencias y tienen efecto en la economía.

VI. ALGUNAS PERSPECTIVAS DE FUTURO

Como hemos analizado, se ha venido dando un gran cambio en lo referente al elemento de imputación, que ha sido tradicionalmente la culpa, que ha evolucionado hacia el riesgo, y en este sentido existe gran indefinición y parece indispensable que se presente una solución unívoca, que brinde seguridad jurídica en este aspecto.⁽¹⁷⁾

(16) Más información en:
[http://www.cooter-ulen.com/tort_liability.htm#McDonald's Coffee Case](http://www.cooter-ulen.com/tort_liability.htm#McDonald's_Coffee_Case),
o en, <http://wis-injury.com/injurymcdonaldscoffee.html>.

(17) Sobre este aspecto: Díez Picaso, Luis. *Derecho de daños*. Editorial Civitas, Madrid, 1999.

Por otra parte, un punto poco analizado hasta el momento y de donde vendrán los cambios es la parte de la causalidad, la cual parece empezar a experimentar algunas variaciones y cuestionamientos.

Este tema se encuentra ahora en el tapete ya que se han presentado ciertas acciones en las que se busca hacer responsable a un sujeto por un daño, a pesar de que la conexión causal sea remota, por ejemplo, el caso de las demandas interpuestas, en los Estados Unidos, por parte de la seguridad social contra las tabacaleras. Esas acciones son una clara manifestación del fenómeno que señalamos ya que, en principio, parece difícil establecer una relación causal directa entre el dinero que la Seguridad Social gasta en curaciones de Cáncer y la fabricación y distribución de cigarrillos por parte de las tabacaleras.

Sobre ese punto, parece razonable analizar el caso de aquella persona que se encuentra sufriendo de cáncer, producido por el fumado, y quiere que se le indemnice –aunque en este caso se debe analizar si hay riesgo asumido que es tanto como culpa de la víctima–, pero que la Seguridad Social intente cobrar a las tabacaleras es un asunto más complicado y lo que se debe analizar es si, jurídicamente, se puede afirmar que hay una relación de causalidad entre el tabaco y los millones que se gastan en curar el cáncer. Pero lo que ha pasado es que en esos pleitos la clave y argumento para intentar el cobro no es la responsabilidad civil objetiva sino un concepto de culpa muy rígido y antiguo, que nos llevaría a una concepción de una línea de causalidad donde acabaríamos culpando de todo a Adán y Eva, es decir hay solo una conexión filosófica, de manera que es indispensable analizar si se está en el camino correcto para, de ser necesario, corregir cualquier error que pueda conducir a un sistema que haga difícil de sobrellevar la vida en sociedad por estarse castigando riesgos propios de la vida misma.

Otro aspecto que parece claro en la actualidad es la tendencia a reparar todo daño accidental que sufre la persona y que deriva de la actividad de otro sujeto. Eso nos conduce a la socialización del riesgo, es decir, que el daño de uno lo soporten todos,⁽¹⁸⁾ siendo esta la filosofía que en el fondo había detrás del seguro de trabajo que es, históricamente, el primer tipo de responsabilidad que se ha asegurado. Lo que se busca es repartir el riesgo, siendo el ejemplo más radical de esta tendencia Nueva Zelanda, donde todo daño sufrido por una persona es cubierto por el

(18) En cuanto a la socialización del daño: TUNC, André. *La Responsabilité Civile*. 2^a édition, Paris/France, Economica, 1989.

Estado, quien en última instancia cobrará al responsable directo, pero en principio indemniza sin importar como el daño haya acaecido.

Otra tendencia que deriva de la línea de evolución antes indicada y que se constituye en una manera de socialización y distribución del riesgo es la propensión al aseguramiento de, prácticamente, todo tipo de daños, así como la imposición de seguros obligatorios, lo cual tiene por fin el permitir la efectiva indemnización de cualquier lesión producida.

Así mismo, nos encontramos en presencia, y no se vislumbra variación en esta tendencia, de una permanente proliferación de sub-áreas de la responsabilidad civil, como responsabilidad de los profesionales, de conductores, en la manipulación genética, del Estado, etc.

Otro aspecto es el hecho de que, con el fin de lograr seguridad jurídica en el establecimiento de las indemnizaciones, se está tendiendo a la variación del daño, es decir, se establecen sistemas de medición que, de antemano, fijan los parámetros, para el establecimiento de los montos de las indemnizaciones correspondientes a un daño específico.

Por último, y sin pretender, de ninguna manera, ser exhaustivos en cuanto al futuro de esta materia, quede señalada la existencia de una fuerte tendencia a igualar, las consecuencias del daño causado dentro del marco de una obligación previa con las del daño acaecido fuera de una relación jurídica previa, es decir, se tiende a equiparar las consecuencias de los daños, tradicionalmente llamados, contractuales con los extra-contractuales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Black's Law Dictionary, 6th Edition, Henry Campbell, 1999.

De Angel Yagüez, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil*. Civitas, Madrid, 1993.

Díez-Picazo Luis. *Derecho de daños*. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1999.

Dictionary of Law. Oxford University Press © Market House Books Ltd 1997.

Lacruz Berdejo, José Luis. *I d'altres. Elementos de derecho civil*. Tomo II. Derecho de obligaciones. Vol. 2: Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito. Madrid: Dykinson, 1999.

Morello, Augusto M. *Derecho de daños (Dimensiones actuales y trayectorias)*. Librería editorial Platense, Argentina, 2000.

Rivero Sánchez, Juan Marcos. *Responsabilidad civil*. Ediciones Jurídicas Arete. San José, Costa Rica, 1999.

Roca I Trías. *Encarna, Derecho de daños. Textos y materiales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Santos Briz, Jaime. *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*. 7ª ed., Montecorvo, Madrid, 1993.

WEBSITES:

http://law.freeadvice.com/general_practice/legal_remedies/damages_punitive.htm

<http://www.lectlaw.com/def/d006.htm>

http://injury-law.freeadvice.com/strict_liability.htm

<http://www.pacificresearch.org/issues/legal/punitive/punitive.html>

<http://wis-injury.com/injurymcdonaldscoffee.html>

http://www.cooter-ulen.com/tort_liability

EL REFRENDO CONTRALOR

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^()*

Catedrático de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas
Profesor de Contratación Administrativa
Maestría de Derecho Público

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

SUMARIO:

Introducción

1. Concepto
2. Administración Pública y refrendo
3. Silencio positivo y refrendo
4. Inaplicación de la tesis del silencio positivo a la contratación administrativa
5. Inclusión y exclusión respecto de la obligación del refrendo
6. Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones administrativas
7. Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

En la contratación administrativa el refrendo es un acto administrativo que hace posible la ejecución del convenio o su eficacia (capacidad de surtir efectos legales).

Este acto está a cargo de la Contraloría General de la República, por mandato constitucional del numeral 184.

Artículo 184 Carta Magna:

1) *No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella* (párrafo segundo).

1. CONCEPTO

Es un acto de aprobación que concede la Contraloría en materia de contratos administrativos. La Administración obligada deberá gestionar y obtener la aprobación previamente a dar la orden de inicio de ejecución del respectivo contrato (*artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República*).

Se debe indicar que el *refrendo* es un requisito *sine qua non* para que el contrato administrativo pueda ser ejecutado o sea eficaz (*Resolución de la Contraloría 328-2000*).

El contrato administrativo podría ser válido y perfecto, pero sin el refrendo no sería ejecutable o eficaz (no podría surtir efectos jurídicos).

Aquí se debe indicar que la *autorización* es previa al acto administrativo correspondiente; y, la *aprobación*, es posterior a este acto. En el caso concreto, estamos en el terreno de los contratos administrativos.

A veces la redundancia se observa en algunos textos legales cuando se afirma: “*autorización previa*”, ya que la autorización siempre es previa o anterior a la emisión del respectivo acto administrativo.

Por su parte la *Contraloría General de la República* afirmó que el refrendo es un acto de aprobación que tiene por objeto verificar la

adecuación de las contrataciones efectuadas por la Administración Pública con el ordenamiento jurídico vigente.

Al ubicarse como punto intermedio entre el procedimiento de contratación y su etapa de ejecución, bien podría decirse que pone fin a la fase de formalización contractual, transformándose en un acto de control previo que concede eficacia al contrato, con lo que posibilita que éste despliegue sus efectos.

Claro está que no debe ser entendido como una “*autorización*”, de la cual difiere bastante.

La *autorización*, dentro de un contexto de fiscalización, consiste en un acto previo por el cual un órgano o ente faculta a otro para que emita un determinado acto o realice un comportamiento específico. Se catalogan como actos de carácter secundario que permite que se dicte el principal, por lo que se erige en requisito de validez.

A diferencia de los anteriores actos, el refrendo, se emite con posterioridad a que la Administración realizó su actuación de formalización del contrato, y otorga eficacia plena a los contratos (*oficio No. 7362 del 21 de julio del 2000*). Por ello se dice que el refrendo es un acto de aprobación y no de autorización.

2. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y REFRENDO

En el *voto 5947-98* la Sala Constitucional afirmó que la obligación del refrendo pesa sobre toda la Administración Pública, lo cual ratifica el reglamento sobre las contrataciones de la Administración Pública, artículo 1.1:

Requerirán del refrendo de la Contraloría General de la República, las contrataciones o convenios, interinstitucionales y con sujetos de derecho privado, que celebren los entes y órganos que integran la Administración Pública, en el tanto comprometan fondos públicos.

Por su parte el *numeral 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República*, afirma que son fondos públicos:

Los recursos, valores, bienes y derechos propiedad del estado, de órganos, de empresas o de entes públicos.

3. SILENCIO POSITIVO Y REFRENDO

El artículo 20 de la Ley de la Contraloría manda que este ente constitucional fiscalizador tiene 30 días hábiles para pronunciarse sobre el *refrendo* solicitado por la Administración. Si este plazo transcurre y la Contraloría guardó silencio, se tiene por concedido el *refrendo* respectivo (*silencio positivo*).

El Reglamento sobre el *refrendo de las contrataciones administrativas*, en su numeral 10 manda:

La Contraloría General de la República atenderá las gestiones de refrendo de contratos en un plazo que no podrá exceder de treinta días hábiles, a partir de la fecha en que la Administración interesada haya satisfecho la totalidad de los requisitos necesarios para resolver la gestión.

Esta disposición queda complementada con los numerales 11 y 12 de este Reglamento.

Artículo 11:

La Administración interesada deberá gestionar y obtener el refrendo, previo a ordenar el inicio, de ejecución del respectivo contrato. La inexistencia o denegación del refrendo, impedirán la eficacia jurídica del contrato y su ejecución quedará prohibida bajo pena de sanción de nulidad absoluta.

Artículo 12:

Si a pesar de la inexistencia o denegación del refrendo la ejecución contractual se realice mediante actividades. O actuaciones, éstas generarán responsabilidad personal del servidor que las ordene o ejecute, así como de quienes pudiendo impedirlo no lo hicieron. Igual disposición será aplicable para el caso de modificaciones a los elementos esenciales del contrato, ejecutadas sin contar con el refrendo contralor.

Por su parte el artículo 30 de la Ley de la Contraloría fue declarado inconstitucional por el voto 998-98 SC.

Este numeral 30 decía:

En el caso de que la Contraloría no resuelva o no se pronuncie dentro del plazo legal o reglamentario establecido en relación con los recursos de apelación en licitaciones públicas, el acto de adjudicación se tendrá como válido y eficaz (párrafo segundo).

Esta redacción fue copiada en la Ley de contratación administrativa, en su artículo 89, párrafo tercero:

Vencido el plazo para resolver su prórroga, sin que se haya dictado la resolución final, el acto de adjudicación se tendrá por confirmado automáticamente.

También el *Reglamento de la contratación administrativa*, numeral 99.4, fue declarado por la SC como inconstitucional ya que es una repetición de lo que enunciaba el citado numeral 89, párrafo tercero, de esa Ley.

El voto 998-98, *Considerando XXI*, afirmó que hay obligación de pronunciarse sobre la petición que hacen los particulares, no pudiéndose alegarse complejidad o falta de tiempo para hacer justicia. Asimismo, el apelante ante la Contraloría quedaría burlado ya que si ésta no resolvía se tenía, automáticamente, por confirmado el acto de adjudicación, favoreciéndose a la Administración adjudicante y al adjudicatario (también, votos 1589-90, 661-91, 1711-94, 1206-96).

4. INAPLICACIÓN DE LA TESIS DEL SILENCIO POSITIVO A LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Por el voto 1052-01 SC, se afirmó que en materia de concesiones administrativas del Estado, no cabía el silencio positivo como tampoco en el *campo ambiental* (votos 2954-94, 1730-94, 5506-94, 2233-93, 6836-93, 1731-94), en función de la protección a los intereses públicos.

Sostiene *Vargas* que tampoco procede en el terreno del refrendo el silencio positivo, por cuanto los contratos administrativos tienen naturaleza de servicio público, se refieren a bienes y servicios públicos, uso de bienes demaniales; tampoco en la explotación de *recursos naturales* o que impliquen el uso de bienes públicos (cit., págs. 223 a 225, 227, 2002).

Comparto la tesis de *Vargas* en el sentido de que en materia de refrendo no cabe el silencio positivo, por la protección a los intereses públicos, generales o de la comunidad..

En los demás casos referidos a la tesis del *silencio positivo*, el numeral 331 de la *Ley de Administración Pública* manda que el plazo para que surja el silencio positivo será de un mes, a partir de que el órgano administrativo reciba la solicitud de autorización, aprobación o licencia *con los requisitos legales*.

Si existe falta, total o parcial, de esos *requisitos legales*, el silencio no puede operar.

La *Sala Primera del Poder Judicial* en la Sentencia 88-F-94 de las 15:05 del 19 de octubre de 1994, afirmó que para que opere el silencio positivo, debe el particular haber cumplido en su gestión con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la norma, pues de lo contrario implicaría la ausencia de presupuestos esenciales para la existencia del acto, no pudiendo operar el silencio positivo cuando se omita alguno de ellos, aunque el órgano o funcionario encargado no realice la respectiva prevención. Lo contrario implicaría aceptar la existencia de un acto administrativo que no reúne los presupuestos esenciales para su validez, no pudiendo en el caso concreto subsanarse el vicio (*Considerando V*).

Por ello, estimo que la redacción de los *artículos 11 y 12* del citado *Reglamento de refrendos*, están orientados a negar la tesis del silencio positivo en esta materia.

Citar aquí lo que dice el *voto 3027-00* en cuanto a que la ley cede frente a la norma constitucional que le da a la Contraloría plena autonomía funcional para ejercer el control y los refrendos, de tal modo que la ley de la propia Contraloría, *artículo 20* sería inconstitucional por ese silencio positivo atribuido.

La pregunta que se puede hacer es:

¿Adónde estaba la Contraloría que permitió que ese numeral 20 quedara con esa redacción sobre el silencio positivo?

Aquí existe responsabilidad objetiva (por los resultados y por omisión) de parte de la Contraloría al permitir que en ese artículo 20 quedara plasmado tal silencio positivo en materia del refrendo.

Respecto de ese *numeral 89*, párrafo 3º de la LCA en cuanto a que si la Contraloría no resolvía una apelación de un acto de adjudicación de una licitación, se mantenía el acto adjudicatorio, no existe responsabilidad objetiva del ente contralor, ya que –en su oportunidad– envió a la Asamblea Legislativa dos dictámenes señalando las inconstitucionalidades del proyecto de la Ley de contratación administrativa (ahora Ley de la República) y en este Poder Legislativo ni se leyeron esos documentos, sino que los archivaron. La misma infortunada suerte corrieron los demás estudios y documentos que la empresa privada y el sector público mandó al Poder Legislativo respecto de ese proyecto de ley.

Por estas razones, la Cámara de Representantes de Casas Extranjeras (CRECEX) como el suscrito, presentamos acciones de inconstitucionalidad en contra de normas de esa ley abiertamente inconstitucionales. La Sala Constitucional en el voto 998-98 procedió a declarar como inconstitucionales esas normas como también aquellas del reglamento de esa ley.

Al presente, el Estado ha tenido voluntad política solo para promulgar nuevos *artículos 27 y 84* (normas sobre montos de contratación y de impugnación), que siguen siendo inconstitucionales (a la luz del voto 998-98) por cuanto esos montos son muy elevados y dejan como excepción a la licitación pública, como medio de selección del contratista público. (Ver *La Gaceta* N° 1 del 2 de enero del 2003, en cuanto a esos montos elevados; para febrero de este año se espera la publicación, a cargo, también de la Contraloría, de nuevos montos con límites muy altos).

Se explica que el reglamento de refrendos, en su artículo 11 citado, mande que la

“inexistencia o denegación del refrendo impedirán la eficacia jurídica del contrato y su ejecución quedará prohibida, bajo la pena de sanción de nulidad absoluta”.

Y, que el *numeral 12*, citado, de ese *Reglamento de refrendos*, manda que:

Si a pesar de la inexistencia o denegación del refrendo la ejecución contractual se realice mediante actividades o actuaciones, éstas generarán responsabilidad personal del servidor que las ordene o ejecute, así como de quienes pudiendo impedirlo no lo hicieron. Igual disposición será aplicable para el caso de modificaciones a los elementos esenciales del contrato, ejecutadas sin contar con el refrendo contralor.

En esas normas la palabra “*inexistencia*”, quiere decir que el refrendo no se ha producido, ya que no existe. No hacen alusión ninguna esos *artículos 11 y 12* del *Reglamento de refrendos*, al silencio positivo. Lo ignoran de plano.

5. INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN RESPECTO DE LA OBLIGACIÓN DEL REFRENDO

• Inclusión

Por el *voto 5947-98 SC, Considerando VII*, se afirmó que el refrendo del artículo constitucional 184, es de aplicación para toda la Administración Pública, sin excepción alguna, al no distinguir la norma constitucional si se trata de una institución del gobierno central, institución autónoma u órgano desconcentrado.

• Exclusión

Mediante votos 5947-98 y su adición 9524-99, la Sala Constitucional, afirmó:

que es constitucionalmente posible que en atención a la naturaleza, objeto y cuantía de la contratación de que se trate, la Contraloría General de la República establezca condiciones razonables, proporcionadas y acordes con los principios constitucionales que rigen la contratación administrativa y sus

propias competencias y a la facultad que el artículo 184 de la Constitución Política le confiere para refrendar los contratos del Estado, con lo que comprende a toda la Administración Pública sin excepción alguna, con miras a no crear mecanismos que afecten una expedita gestión administrativa, y en atención al interés público.

Además, por el voto 3027-00 se ratificó que es:

competencia exclusiva de la Contraloría General de la República diseñar diversos mecanismos y modos para efectuar el control de la contratación administrativa, en razón del monto, la materia y la institución pública que realice la contratación, conforme a los principios que la propia Constitución Política da, y obviamente dentro del marco legal que le confiere su propia ley orgánica.

Por ello resulta acertado afirmar que es constitucionalmente posible que en atención a la naturaleza, objeto y cuantía de la contratación de que se trate, este órgano establezca condiciones razonables y proporcionadas a la facultad que el artículo 184 constitucional le otorga para refrendar los contratos del Estado con miras a no crear mecanismos que afecten una expedita gestión administrativa, y en atención al interés público; toda vez que el refrendo debe entenderse como parte de las atribuciones de fiscalización de la hacienda pública que le corresponde en exclusiva a la Contraloría, para cuyo ejercicio posee absoluta independencia funcional y administrativa, en virtud de lo dispuesto por el propio artículo 183 de la Carta Fundamental, motivo por el cual puede definir los alcances, mecanismos y procedimientos de fiscalización superior, incluso frente al legislador, si éste afecta su independencia, según se anotó con anterioridad en el voto 998-98.

En virtud de lo anterior, la Contraloría General de la República estimó razonable, proporcional y

ajustado a los principios constitucionales que rigen la contratación administrativa, conocer por la vía del refrendo, en cuanto a su cuantía, aquellos contratos que representan un volumen significativo del gasto presupuestado para las administraciones públicas, para la adquisición de bienes y servicios no personales, considerando las diferencias presupuestarias existentes entre las distintas entidades, excluyendo los que por su baja cuantía, objeto o naturaleza, pueden ser ejecutados sin el refrendo contralor. Así las cosas, con el propósito de aplicar la disposición de la Sala Constitucional, el Órgano Contralor estableció estratos institucionales, de conformidad con el presupuesto para la adquisición de bienes y servicios no personales y, dentro de cada uno de esos estratos, fijó los límites a partir de los cuales las distintas administraciones deberían someter sus contrataciones al refrendo contralor.

Así se entiende por qué se emitió el *Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones administrativas*.

Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones administrativas

(Gaceta N° 28 del 9 de febrero de 2002)

- **Inclusión**

El artículo 1 de este Reglamento manda que:

con las excepciones que indica el numeral 2 siguiente, requerirán del refrendo de la Contraloría General de la República, las contrataciones o convenios, interinstitucionales y con sujetos de derecho privado, que celebren los entes y órganos que integran la Administración Pública, en el tanto comprometan fondos públicos.

- **Exclusión**

El artículo 2 de este Reglamento detalla las contrataciones administrativas excluidas del refrendo contralor.

Función constitucional de la Contraloría y el refrendo

Este *voto 3027-00* de la Sala Constitucional es relevante para los efectos de la delimitación constitucional de las funciones de este órgano fiscalizador de la hacienda pública. Por ello, lo citamos de un manera más extensa.

En efecto, la función contralora y fiscalizadora de la Hacienda Pública que la propia Constitución Política le ha encomendado a la Contraloría General de la República, que entre otras funciones y competencias, debe encargarse del control de la eficiencia de la Administración (artículo 17 de su ley Orgánica), de la fiscalización y aprobación de los presupuestos de un numeroso grupo de entes públicos (artículo 18 ibidem), aprobar los contratos que celebre el Estado (artículo 20 ibid) de aprobar y examinar las liquidaciones presupuestarias anuales de esos entes, de realizar auditorías sobre los entes públicos y aquellos que manejen fondos de tal naturaleza (artículo 21 de la Ley señalada), la facultad para establecer y uniformar, mediante reglas y condiciones de obligado cumplimiento, la forma en que los distintos entes públicos han de proceder en su relación con el ente contralor; de modo que no cabe duda de que deben estar sujetos, por conveniencia contralora y por ser jurídicamente posible, a sistemas generalizados.

Quedó claro en la sentencia recurrida –número 05947-98, de las catorce horas treinta y dos minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y ocho-, que el refrendo de la contratación administrativa a cargo de la Contraloría General de la República es de aplicación a toda la administración pública, con lo que se incluye no sólo a los órganos que se financian con el plan de gastos de la Administración Central, sea la Asamblea Legislativa, Poder Ejecutivo (Presidente de la República y Ministro respectivo), el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes, sino

también a los órganos descentralizados y desconcentrados de la Administración Pública, con lo que se hace extensivo a los bancos que conforman el sistema bancario nacional. Dos son los principios constitucionales que dan fundamento a esta posición: el artículo 182 de la Constitución Política, establece que los principios constitucionales que orientan la contratación administrativa son de aplicación para toda la Administración Pública, sin excepción alguna, al no distinguir la norma constitucional si se trata de una institución del gobierno central, institución autónoma u órgano desconcentrado; y del artículo 184 constitucional deriva el principio rector del control de la contratación administrativa realizado directa y exclusivamente por el órgano constitucionalmente encargado de la vigilancia y fiscalización de la hacienda pública. Es función esencial de la Contraloría General de la República la fiscalización de la hacienda pública, por mandato constitucional –artículo 183 constitucional–, pudiendo realizar esta función a través de diversas modalidades de control, sea el refrendo y otros medios, como el auditoraje o las inspecciones, o la misma apelación o la intervención a posteriori. En este sentido, debe tenerse en cuenta que así como la norma constitucional refiere a la legislación ordinaria para que ésta establezca las diversas modalidades de la contratación administrativa, en razón de su monto, configurándose así, la licitación pública, la licitación privada, contratación directa, y remate con procedimiento alterno, según la clasificación dada por la Ley de la Administración Financiera de la República, número 1279, de dos de mayo de mil novecientos cincuenta y uno derogada por la Ley de la Contratación Administrativa, número 7494, de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, adicionada y reformada por Ley número 7612, de veintidós de julio de mil novecientos noventa y seis, que establece la siguiente clasificación: licitación pública, licitación por registro, licitación restringida, remate y contratación directa; así, es competencia exclusiva de la Contraloría

General de la República, el diseñar diversos mecanismos y modos para efectuar el control de la contratación administrativa, en razón del monto, la materia y la institución pública que realice la contratación, conforme a los principios que la propia Constitución Política da, y obviamente dentro del marco legal que le confiere su propia Ley Orgánica.

7. CONCLUSIÓN

Con rango constitucional el *refrendo* de los contratos administrativos, se ejerce por la Contraloría General de la República, como parte del control jurídico-contable de la hacienda pública.

El refrendo es el acto administrativo contralor necesario e imprescindible para que el respectivo contrato pueda ser eficaz (es decir, ejecutado).

BIBLIOGRAFÍA

- Bercaitz, Miguel Angel. *Teoría general de los contratos administrativos* (Buenos Aires: Desalma, 1980)
- Brewer-Carías, Allan. *Contratos administrativos* (Caracas, Ed. Jurídica Venezolana, 1992)
- Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999).
- Chojkier, Raquel et al. *Contrataciones del Estado* (Buenos Aires: Depalma, 2000).
- Comadira, Julio. *La licitación pública* (Buenos Aires: Depalma, 2000).
- De Solas, José María. *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración* (Madrid: Tecnos, 1990).
- Díaz, Alicia. *Guía para la gestión de contratos de las administraciones públicas* (Madrid: Ministerio de Hacienda, 2002).
- Dromi, Roberto. *Licitación pública* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000).
- Fernández Astudillo, J.M. *Contratación administrativa*. (Barcelona: Bosch, 2002).
- Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho administrativo. Contratos* (Mexico Porrúa, 2000).
- Fernández, José María. *Contratación administrativa* (Barcelona: Bosch, 2000).
- Hernández, Nancy. *La realidad de la jurisprudencia constitucional a partir del voto 998-98* (San José: Maestría de Derecho Público, Universidad de Costa Rica, 2002).
- García de Enterría, Eduardo (Director) *Revista Española de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, Nos. 1 a 100, CD-rom, 1999).
- y, Tomás Ramón-Fernández. *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, 6ª. Ed., dos tomos, 1999).
- Gómez Ferrer, Rafael. *La mutabilidad de la figura del contrato administrativo*. (Madrid: Reus, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Setiembre-octubre, 1999).
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, T.I, 1998).

- Gosalbez, Humberto. *El contratista de la Administración Pública* (Madrid: Marcial Pons, 2000).
- López-Elías, José Pedro. *Asuntos jurídicos de la licitación pública en México* (México: UNAM, 1999).
- Martínez, José Luis et al. *Contratación Pública* (Madrid: Marcial Pons, 1996).
- Méndez, Ana Beatriz; y, Carlos Mora Rodríguez. *Elementos fundamentales de la contratación administrativa* (San José: Escuela Judicial, 1999).
- Montero Rodríguez, Milena. *El refrendo en la contratación administrativa* (San José: Maestría de Derecho Público, Universidad de Costa Rica, 2002).
- Murillo, Mauro. *El refrendo de contratos* (San José: Revista de la Contraloría General de la República, No. 4, 1968).
- Nieto, Alejandro. *Balada de la justicia y la ley* (Madrid: Trotta, 2002).
- Richer, Laurent. *Droit des contrats administratifs* (París: LGDJ, 1999).
- Romero-Pérez, Jorge Enrique. *Derecho Administrativo General* (San José: Universidad Estatal a Distancia, 2002).
- Derecho Administrativo Especial. Contratación administrativa* (San José: Universidad Estatal a Distancia, 2002).
- Contratación pública internacional* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica. Colegio de Abogados, No. 90, 1999).
- Contratación pública* (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad de Costa Rica, 2003).
- Santamaría Pastor, Juan. *Principios de Derecho Administrativo* (Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Vol. I y II, 2000).
- Vargas Mata, Randall. *El refrendo constitucional*. (San José: tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002).
- Vega de Herrera, Mariela; y, Alejandro Ordóñez. *Contratación estatal* (Bogotá: Temis, 1999).

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN MATERIA ELECTORAL POR PARTE DEL
TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES**

Luis Diego Brenes Villalobos^()*

(*) Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Consultor Asistente del Foro Agenda Nacional para la Reforma del Poder Judicial en el Colegio de Abogados de Costa Rica. Codirector de la Revista Jurídica Estudiantil Hermenéutica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

SUMARIO:

- I. Materia electoral
- II. Atribuciones jurisdiccionales constitucionales
- III. Jurisdicción Constitucional Electoral, statu quo
- IV. Protección a los derechos fundamentales en materia electoral por parte del Tribunal Supremo de Elecciones
 - A) Recurso de amparo electoral
 - B) Recurso de Hábeas Corpus Electoral
- V. Corolario

La Constitución Política costarricense con el propósito de asegurar la libertad, democracia y pureza electoral, establece la existencia de un órgano constitucional denominado Tribunal Supremo de Elecciones.

Por disposición del artículo 9 constitucional, se contempla este órgano con el rango y la independencia propia de los otros Poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial)⁽¹⁾. De esta forma, la independencia y exclusividad otorgada mediante la reforma constitucional de 1975⁽²⁾ deja a cargo del Tribunal Supremo de Elecciones la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio.

Esta independencia funcional en grado máximo para el Tribunal Supremo de Elecciones se reitera en el ordinal 99 de la Carta Magna al establecerse: “La organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, corresponden en forma exclusiva al Tribunal Supremo de Elecciones, el cual goza de independencia en el desempeño de su cometido. Del Tribunal dependen los demás organismos electorales.”⁽³⁾

En palabras del reconocido jurista nacional Eduardo ORTIZ ORTIZ:

“El Tribunal representa, con alto grado de autonomía orgánica, económica y funcional, la más acabada contribución de Costa Rica al perfeccionamiento de los sistemas electorales latinoamericanos.”⁽⁴⁾

(1) Para Carlos José GUTIÉRREZ, el no haber indicado y nombrado expresamente al Tribunal Supremo de Elecciones como un Cuarto Poder de la República es simplemente una muestra de timidez constitucional en homenaje a MONTESQUIEU y su división tripartita expuesta en la clásica obra *L'Esprit Des Lois*. Véase al efecto GUTIÉRREZ (Carlos José), 42 años: Realidad de la Constitución Política en JIMÉNEZ QUESADA (Mario Alberto), *Desarrollo Constitucional de Costa Rica*, cuarta edición, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1992, p. 238.

(2) Ley N° 5704 del 5 de Junio de 1975.

(3) Este artículo se repite en el primer numeral de la *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil*, N° 3504 del 10 de mayo de 1965, primera edición, Ediciones Tribunal Supremo de Elecciones, San José, Costa Rica, 1997.

(4) ORTIZ ORTIZ (Eduardo), Estado Social de Derecho, *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 29, Universidad de Costa Rica, San José, 1976, p. 100.

Por lo tanto, el Tribunal Supremo de Elecciones es la autoridad suprema encargada de la materia electoral; constituyéndose no solo en el órgano electoral por excelencia, mas en garante, fiscal y pilar de la democracia.

I. MATERIA ELECTORAL

Las competencias conferidas por la Constitución Política al Tribunal Supremo de Elecciones⁽⁵⁾ muestran que éste no solamente quiebra el principio de universalidad y unidad del Poder Judicial en la resolución de conflictos jurisdiccionales, sino que también atenta quebrar considerablemente el principio de control concentrado de constitucionalidad, actualmente en manos únicamente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Por ende, definir que se entiende por materia *electoral*⁽⁶⁾ es de importancia medular a efectos de entender tanto el campo competencial del Tribunal Supremo de Elecciones como el propio de la Sala Constitucional.

Como punto de partida, importa tener claro que la materia electoral *–per se–* es materia constitucional. Precisamente esta dualidad en su naturaleza es la que complica y conlleva una no fácil precisión que permita entender cuando se está en el plano de lo meramente electoral y cuando bajo la tutela de derechos fundamentales no electorales.

(5) Véase entre otras el numeral 102 constitucional.

(6) El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual del profesor Guillermo CABANELLAS, define el término electoral como “lo Concerniente al elector... Relativo a las elecciones... determinante de ellas o producto suyo” y Elecciones “Pluralizada, consideramos que esta voz adquiere significado peculiar, pocas veces destacado. Además del acto propiamente electoral, o sea, el de emisión colectiva del sufragio para el destacado. Además del acto propiamente electoral, o sea, el de emisión colectiva del sufragio para el nombramiento de concejales, diputados, senadores o jefe del Estado, elecciones expresa también el período de la campaña proselitista o de propaganda y las actividades relacionadas con la designación de candidatos, actos públicos de éstos y nombramiento de representantes de los partidos ante las mesas electorales, entre otras”. (Editorial Heliasta S.R.L. 21ª edición, Buenos Aires, República Argentina, 1989, T. III, páginas 398 y 399)”. CABANELLAS citado por *Tribunal Supremo de Elecciones*, Resolución Nº 169 de las 9 horas del 2 de febrero de 1996.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha resaltado y colaborado en la definición y delimitación de la materia electoral, al respecto ha señalado:

“En el caso de la materia electoral, la Constitución de 1949 dio especial importancia a la necesidad de segregar todo lo relativo al sufragio, principalmente de la órbita de los poderes políticos del Estado. En esa dirección, estableció una serie de principios y adoptó mecanismos eminentemente formales para garantizar la independencia del sufragio, sobre todo mediante la plena autonomía del órgano llamado a organizarlo, dirigirlo y fiscalizarlo.”⁽⁷⁾

Siempre en cita de criterios vinculantes *erga omnes* emitidos por la Sala Constitucional, ésta ha enfatizado:

“En el análisis de los asuntos que se han presentado ante esta Sala, la jurisprudencia constitucional ha ido definiendo en forma casuística lo que se entiende en actividad electoral, asuntos en los que –la mayoría de las veces– se ha declarado incompetente para conocerlos por considerar que debían ser tramitados ante ese tribunal constitucional especializado (Tribunal Supremo de Elecciones). De esta suerte, ha indicado que la actividad electoral comprende las de organizar, dirigir y fiscalizar todos los actos relativos con el proceso de elecciones nacionales (sentencia número 0653-98), la cual se desarrolla en actividades tales como las siguientes, es decir, sin que ello implique una lista limitada, a modo de ejemplo: la regulación de las normas que rigen la deuda política, así como el control que sobre esta materia tiene el Tribunal Supremo de Elecciones (0980-91, 3666-93, 0515-94, 0428-98); el control de las regulaciones estatutarias relativas al derecho de elegir y ser elegido en los procesos internos de los partidos políticos (sentencia número 3294-92); la integración del Consejo Municipal, la declaratoria de la elección y

(7) *Sala Constitucional*, Sentencia Nº 3194-92 de las 16 horas del 27 de octubre de 1992.

las posteriores sustituciones por pérdidas de credenciales de los regidores y síndicos municipales (sentencia número 2430-94); la tramitación del proceso contencioso electoral para conocer de la cancelación o anulación de credenciales de regidores municipales (sentencia número 0034-98); el cierre de negocios comerciales en los que se expende licor y que se encuentran ubicados en el centro de la ciudad de San José a consecuencia de la realización de las plazas públicas que celebran los partidos políticos (sentencia número 0466-98); y la determinación por parte del Tribunal Supremo de Elecciones de donde realizará la celebración solemne el día de las elecciones, para el conteo inicial de los resultados de las elecciones nacionales (0563-98).”⁽⁸⁾

Por su parte, Hugo Alfonso MUÑOZ QUESADA resume la materia electoral como aquella que: “...comprende el conjunto de actos, actuaciones, trámites y resoluciones en el proceso electoral o con motivo de él, realizados por los organismos electorales; partidos políticos, sus órganos, candidatos y los electores.”⁽⁹⁾

Sobre estas bases, muchos son los intentos que existen por definir la materia electoral, pero como bien mencionan GONZÁLEZ ZAMORA y JIMÉNEZ BOGANTES, a la hora de realizar esta conceptualización se debe partir de dos presupuestos sobre los cuales existe consenso en el ámbito doctrinario y jurisprudencial: “Por un lado que la materia electoral está indisolublemente ligada al sufragio, en todos los derechos, actos y procedimientos que a él se refieren. Por otro lado, que en Costa Rica el órgano que conoce de esta materia en forma exclusiva y excluyente es el Tribunal Supremo de Elecciones.”⁽¹⁰⁾

(8) *Sala Constitucional*, Sentencia N° 2000-6326 de las 16:18 horas del 19 de julio del 2000.

(9) MUÑOZ QUESADA (Hugo Alfonso), El Tribunal Supremo de Elecciones, Jurisdicción Electoral, *Antología de lecturas de la Cátedra de Derecho Constitucional II*, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2002, p. 4.

(10) 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 Licenciados en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1993, p. 70.

En suma, tanto la especialidad de la materia electoral como la interpretación exclusiva y obligatoria en manos del Tribunal Supremo de Elecciones, inclinan la balanza a favor de que éste sea quien defina cuando una materia es o no de naturaleza electoral.

De esta suerte, al Tribunal Electoral le corresponde decidir a priori la delimitación de un concepto o conflicto en materia electoral. Premisa que adquiere validez y relevancia no solo por ser el Tribunal Supremo de Elecciones la autoridad suprema del ordenamiento jurídico electoral, sino, porque la especialización y autonomía otorgada por el constituyente del 49 fundamentan precisamente la línea acá esbozada.

II. ATRIBUCIONES JURISDICCIONALES CONSTITUCIONALES

Dentro de lo que es la materia electoral, existen funciones jurisdiccionales “típicamente” constitucionales; es decir, aquéllas en donde la resolución de un conflicto jurídico-electoral obedece a parámetros de aplicación, utilización y vínculo inmediato con el Derecho de la Constitución. Naturalmente, los instrumentos procesales que rigen bajo esta clasificación, se derivan de institutos propios y característicos de una jurisdicción constitucional ordinaria.

Actualmente, las funciones jurisdiccionales que clasifican como “típicamente” constitucionales y en manos del Tribunal Supremo de Elecciones son las siguientes:

- a. Conocer los recursos que en la modalidad de recurso de amparo electoral se interpongan contra los actos normativos y concretos, actuaciones materiales y resoluciones emanados del Registro Civil, de las Juntas Electorales y de los otros órganos electorales, así como los de los partidos políticos, sus órganos, las organizaciones sociales y comunales, autoridades, funcionarios públicos, candidatos y electores.
- b. Poder-deber de desaplicar normas estatutarias por inconstitucionales a la luz de un caso concreto, para así lograr congruencia constitucional en los estatutos de los partidos políticos.

El presente artículo analiza lo propio en cuanto a la primera de las funciones citadas, es decir, en torno únicamente al recurso de amparo

electoral. Lo anterior, en tanto la desaplicación de normas estatutarias por inconstitucionales por parte del Tribunal Supremo de Elecciones amerita un estudio por aparte.⁽¹¹⁾

III. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ELECTORAL, *STATU QUO*

La creación y funcionamiento a partir de 1989 de la jurisdicción constitucional de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha aportado –lógica y consecuentemente– polémicas y discusiones de las cuales el ámbito jurídico constitucional del Tribunal Supremo de Elecciones no ha escapado. En este orden de ideas, al corresponder los actos relativos al sufragio en forma “exclusiva” e “independiente” al Tribunal Supremo de Elecciones (numerales 9 y 99 constitucionales) se ha provocado una disyuntiva tal, que incluso la doctrina y jurisprudencia nacional hacen referencia a un conflicto de competencias entre la jurisdicción constitucional de la Sala Constitucional y la propia del Tribunal Supremo de Elecciones.

Estos roces en el ámbito competencial se demarcan principalmente por el carácter vinculante *erga omnes* de las resoluciones de la Sala Constitucional y por la falta de experiencia constitucional ante un reto jurídico de tan amplias dimensiones, tanto para la Sala Constitucional como para el Tribunal Supremo de Elecciones.

Hoy en día, el conflicto competencial se presume superado principalmente por un cambio de actitud positivo de parte del Tribunal Supremo de Elecciones. El cambio de actitud en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Elecciones se ve forzado y como consecuencia de su Resolución N° 444 de las 10 horas del 19 de mayo de 1992⁽¹²⁾. En esta resolución el Tribunal Supremo de Elecciones declinó su competencia a propósito de resolver la validez de la convocatoria para la realización de

(11) Véase al respecto BRENES VILLALOBOS (Luis Diego), *Desaplicación de normas estatutarias por inconstitucionales por parte del Tribunal Supremo de Elecciones*, Revista Hermenéutica, N° 10, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, mayo, 2002, pp. 28-34.

(12) En este sentido FONSECA MONTOYA (Oscar), *Jurisdicción Constitucional, Jurisdicción Electoral en el colectivo: Temas Claves de la Constitución Política*, primera edición, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, Costa Rica, septiembre 1999, pp. 508-597.

asambleas distritales del Partido Liberación Nacional. Por esta declinación de competencia, la Sala Constitucional en la Sentencia N° 2150-92 asume como propia la materia en virtud de los numerales 10 y 48 de la Constitución Política, y, además de los artículos 2º y 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.⁽¹³⁾

Al justificar la competencia para conocer del recurso de amparo presentado, el Tribunal Constitucional argumentó:

“...la Sala ha tomado en consideración a la hora de decidir sobre su competencia, que la Constitución Política en el artículo 10, inciso a) del párrafo segundo, le otorga la potestad de “Dirimir los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones...”, de modo que en una situación como la que se presenta en este caso, en aplicación del principio “pro homine”, que es cardinal en materia de derechos humanos, concluye en que sí debe resolver la materia a que se refiere este recurso, pues de no ser así se estaría ante el dilema, contrario al principio de plenitud hermética del derecho, de que los órganos constitucionales que deberían resolver la cuestión, declaran una abstención y la dejan sin atención con grave perjuicio para la vigencia de los principios y valores constitucionales”.⁽¹⁴⁾

Así, se inicia la polémica ya que en la resolución aludida tres de los magistrados salvaron su voto por estimar que la Sala Constitucional no era competente, afirmando que de conformidad con el numeral 10, inciso a) de la Constitución Política, ésta debía resolver declarando que el órgano competente para conocer del asunto era el Tribunal Supremo de Elecciones.⁽¹⁵⁾

(13) *Sala Constitucional*. Sentencia N° 2150-92 de las 12 horas del día 8 de agosto de 1992. Del mismo cuerpo deliberativo, otras Sentencias que ratifican y sientan el criterio jurisprudencial: 1225-93, 2478-93, 3813-93, 638-94 y 563-98.

(14) *Sala Constitucional*, Sentencia N° 2150-92.

(15) El artículo 10, inciso a), de la Constitución Política otorga facultades a la Sala Constitucional para: “Dirimir los conflictos de competencia entre los

La materia electoral vinculada con la competencia del recurso de amparo se torna entonces en el centro de la polémica puesto que posteriores sentencias de la Sala Constitucional (2430-94, 2456-96, 34-98, 466-98, 563-98 y 969-98) ratifican que únicamente cuando el Tribunal Supremo de Elecciones deniegue su competencia, la Sala Constitucional puede conocer de esa materia, siempre y cuando se alegue que los actos impugnados lesionan derechos fundamentales:

“En el supuesto de que el Tribunal Supremo de Elecciones se niegue a conocer y resolver los conflictos suscitados con relación a las disposiciones que ese mismo órgano adopte a fin de organizar las diversas actividades que componen el proceso de elecciones, corresponderá entonces a esta Sala Constitucional conocer sobre el particular; siempre y cuando se alegue que los actos impugnados lesionan derechos fundamentales pues cuando el propio Tribunal Supremo de Elecciones reconoce que la ley deja por fuera de su competencia y decisión algunos aspectos, no hay limitación para que esta Sala entre a conocer reclamos sobre actuaciones de los partidos políticos o de sus órganos internos, ya que los ciudadanos deben contar con las instancias necesarias que garanticen la protección de sus intereses en todas y cada una de las situaciones que puedan presentar”.⁽¹⁶⁾ (El destacado pertenece al original).

Bajo este repaso jurisprudencial, las presentes líneas se enfocan en el recurso de amparo electoral, instituto procesal constitucional electoral que –sin duda– es “punta de lanza” del Derecho Constitucional Electoral

poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, así como con las demás entidades u órganos que indique la ley”. Ver en igual sentido FONSECA MONTOYA (Óscar), *Jurisdicción Constitucional, Jurisdicción Electoral en el colectivo: Temas Claves de la Constitución Política*, p. 581.

- (16) *Sala Constitucional*, Sentencia N° 563-98, y en igual sentido Sentencias: 2150-92, 2456-92, 3194-92, 466-98 y 2000-6326, todas de la Sala Constitucional.

Costarricense y que además se muestra como la principal expresión de lo que acá se ha denominado Jurisdicción Constitucional Electoral.⁽¹⁷⁾

IV. PROTECCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MATERIA ELECTORAL POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES

Dado el aporte incalculable que a la justicia electoral conlleva el recurso de amparo electoral, es necesario sintetizar y abarcar tanto la jurisprudencia de la Sala Constitucional como aquella propia del Tribunal Supremo de Elecciones que dan origen a dicho recurso.

Si bien, actualmente, el único instituto jurídico procesal que aplica el Tribunal Supremo de Elecciones en aras de tutelar los derechos fundamentales en materia electoral es el recurso de amparo electoral; se incluye y analiza lo propio entorno al recurso de hábeas corpus electoral. A *fortiori*, se desarrollan apreciaciones propias de Derecho Constitucional en cuanto a la efectividad y consecuencias de estos instrumentos procesales *ius* constitucionales.

A) RECURSO DE AMPARO ELECTORAL

La creación del recurso de amparo electoral se presenta como el mejor ejemplo de la efectiva supremacía constitucional de la cual goza el Tribunal Supremo de Elecciones. En este momento, constituye el medio y procedimiento, no solamente idóneo, empero necesario para la solución de conflictos relativos a derechos fundamentales en la materia electoral.

La normativa legal correspondiente muestra un claro vacío, razón por la cual la jurisprudencia ha sido el camino viable para el relleno de lagunas que no permitían el desarrollo de institutos electorales como el acá bajo estudio. Es decir, el amparo electoral es la respuesta que vía jurisprudencial ejerce el Tribunal Supremo de Elecciones en aplicación

(17) Para mayor profundidad en el tema puede revisarse BRENES VILLALOBOS (Luis Diego), *Jurisdicción Constitucional Electoral*. Tesis para optar al grado académico de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002.

analógica de las reglas del recurso de amparo establecido en la Ley de la Jurisdicción Constitucional.⁽¹⁸⁾

La controversia suscitada por la anulación de las distritales del Partido Liberación Nacional, ya antes explicada, generó jurisprudencia reiterada por parte de la Sala Constitucional en aras de delimitar los campos jurisdiccionales de ambos Tribunales. A su vez, en coherencia con la Sala Constitucional, el Tribunal Supremo de Elecciones emitió –ex cátedra– pronunciamientos que fueron perfilando el recurso de amparo electoral.

El Tribunal Supremo de Elecciones señala con claridad, que el estudio y conocimiento de dicho recurso le corresponde en forma exclusiva y excluyente así mismo, ello fundamentado en interpretación armónica de los artículos constitucionales 9, 99 y 102 inciso 3º y numerales 19, incisos c) y h) del Código Electoral.⁽¹⁹⁾

En palabras de la propia Magistratura Electoral:

“El recurso de amparo electoral es, además de un derecho fundamental en sí mismo, un mecanismo procesal cuya finalidad es la tutela efectiva de los derechos político-electorales de los ciudadanos, frente a situaciones concretas de amenaza o lesión a tales derechos.”⁽²⁰⁾

(18) La Resolución del *Tribunal Supremo de Elecciones* Nº 303-E-2000, de las 9:30 horas del 15 de febrero del 2000, se concibe como la resolución originaria que da cabida al recurso de amparo electoral en el ordenamiento costarricense; dicha resolución fue redactada por el magistrado electoral Luis Antonio SOBRADO GONZÁLEZ. Posteriormente, el criterio evoluciona jurisprudencialmente bajo resoluciones de importancia como la Nº 393-E-2000 de las 13:15 horas del 15 de marzo del 2000, y el voto salvado de ésta a propósito de la desaplicación de normas estatutarias por inconstitucionales.

(19) En este sentido del *Tribunal Supremo de Elecciones*. Resoluciones Nº 4 de las 9:25 horas del 3 de enero de 1996 y Resolución Nº 104 de las 9 horas del 16 de enero de 1997. De igual forma, la supra citada Resolución Nº 303-E-2000 retoma la interpretación expuesta.

(20) *Tribunal Supremo de Elecciones*. Resolución Nº 638-E-2001 de las 8:05 horas del 9 de marzo del 2001. En igual sentido Resolución Nº 791-E-2000 de las 14 horas del 4 de mayo del 2000.

Con ello, el Tribunal Supremo de Elecciones ha manifestado la doble naturaleza que posee el recurso de amparo electoral, ya que además de ser un derecho fundamental por sí mismo, también se constituye en un instrumento procesal para la protección de derechos políticos electorales. Bajo este juicio ha advertido el Tribunal Electoral:

“...el Tribunal se ha encargado de conocer y resolver reclamos mediante un procedimiento que se ha denominado “*amparo electoral*”, cuando se trata de violación de derechos fundamentales (constitucionales) en materia electoral, aparte de que la Sala Constitucional, en jurisprudencia reiterada, ha sostenido que, en esa materia y en el procedimiento de amparo, sólo asume la competencia cuando el propio Tribunal la ha declinado. (Entre otras ver voto número 2150-92 de las doce horas del 08 de agosto de 1992). Por lo tanto, con base en esta jurisprudencia que comparten ambos Tribunales, el recurso de amparo regulado en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, cuando se trata de materia electoral, es el Tribunal Supremo de Elecciones la instancia competente para conocerlo y resolverlo.”⁽²¹⁾ (Lo destacado en cursiva en la presente y subsiguientes citas corresponde –salvo aclaración al efecto– al original).

En uniforme entendimiento, la jurisprudencia electoral se ha encargado de justificar y fundamentar la competencia del Tribunal Supremo de Elecciones para el estudio del recurso de amparo electoral, en lo respectivo se ha indicado:

“El Tribunal Supremo de Elecciones como organismo constitucional rector supremo de esos procesos, ha venido asumiendo el conocimiento y resolución de los conflictos de naturaleza electoral, surgidos principalmente en el seno de los partidos políticos, pero también entre sus partidarios o de éstos con el propio partido, todo ello con fundamento en las potestades generales que le acuerdan los artículos 9, 99 y 102 de la Constitución Política que, en forma

(21) *Tribunal Supremo de Elecciones*. Resolución N° 393-E-2000.

exclusiva e independiente le encargan “*la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio*” y la interpretación “*en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral*” y el artículo 19, inciso h) del Código Electoral que también lo faculta para “*vigilar, conforme al ordenamiento jurídico y los estatutos respectivos, los procesos internos de los partidos políticos para la designación de los candidatos a puestos de elección popular*”.⁽²²⁾

En palabras del Tribunal Supremo de Elecciones y como corolario de la innovadora resolución 303-E-2000, se concluye:

“...existe una competencia constitucional que habilita al Tribunal a conocer los reclamos que se presenten contra las actuaciones partidarias que menoscaben los derechos políticos de los militantes de las distintas agrupaciones políticas del país; competencia que no puede ser rehuida por la circunstancia que no exista previsión legal al respecto o procedimiento especial para ejercerla, a la luz del principio de plenitud hermenéutica del ordenamiento.”⁽²³⁾

De este modo, el Tribunal Supremo de Elecciones sienta las bases indispensables para la creación del recurso de amparo electoral que busca atestar lagunas del ordenamiento infraconstitucional vía una integración del bloque de constitucionalidad electoral.

Dicho de otra forma, si bien por mandato constitucional (art. 95, inc. 8), el Tribunal Supremo de Elecciones debe garantizar la designación de autoridades y candidatos de los partidos políticos, según los principios democráticos y sin discriminación por género; la normativa jurídica existente omite procedimiento alguno para ejercer tal tarea, de forma que –por analogía– se acude al procedimiento establecido en la jurisdicción constitucional.

(22) *Tribunal Supremo de Elecciones*. Resolución N° 393-E-2000.

(23) *Tribunal Supremo de Elecciones*. Resolución N° 303-E-2000.

Hecha la interpretación e integración del caso, resulta no sólo lógica empero natural aplicar analógicamente las reglas del recurso de amparo que se tramita ante la Sala Constitucional, ya que, –como es manejo doctrinario en la presente exposición–, el Tribunal Supremo de Elecciones es también un Tribunal Constitucional. Dentro de esta acepción, los requisitos formales del proceso electoral exigen –en cuanto a celeridad y preferencia en su tramitación– la aplicación de instrumentos especiales de acuerdo al cumplimiento de los valores superiores de la Constitución, aspecto que sin ambages cumple el recurso de amparo constitucional.

El recurso de amparo electoral deviene entonces de especial interés, visto que es el móvil que facilita al Tribunal Supremo de Elecciones la formación de institutos electorales vía jurisprudencia, creando así normas no escritas que han revolucionado a la Justicia Electoral.

La ausencia de normas procesales y propias de la esfera constitucional electoral o vacío normativo, permite al Tribunal Supremo de Elecciones adoptar una nueva actitud y desempeñar el rol que como órgano constitucional rector y supremo de los procesos electorales está obligado a ejercer. Esta nueva postura permite al Tribunal Electoral a incluso extender aún más el control de la conformidad legal y constitucional que existe sobre los estatutos partidarios, toda vez que el primer control que se verifica cuando el Registro Civil se pronuncia aceptando o denegando la inscripción del correspondiente partido político (artículo 68 del Código Electoral): “...no impide que el Tribunal pueda volver a hacerlo al momento de conocer de reclamos contra actos de ejecución o aplicación de dichas normas estatutarias a través –entre otros– de la figura de amparo electoral, porque lo decidido por el Registro en sede administrativa no produce cosa juzgada, sino que es susceptible de revisión por el Tribunal en vía jurisdiccional.”⁽²⁴⁾

En consecuencia, el Tribunal Supremo de Elecciones “despierta” y adopta una posición activa y protagonista en cuanto al verdadero fiscalizador de la democracia y libertad electoral incluso a lo interno de

(24) Nota separada de los magistrados electorales Anabelle LEÓN FEOLI y Luis Antonio SOBRADO GONZÁLEZ, *Tribunal Supremo de Elecciones*. Resolución N° 393-E-2000.

los partidos políticos. La incorporación de *Auxiliares Electorales*⁽²⁵⁾ como asesores de los miembros de las Juntas Receptoras de Votos en el pasado proceso electoral del tres de febrero es también una muestra en la práctica de ello.

Uno de los requisitos de procedencia del recurso de amparo es que lo que en él se resuelva tenga como efecto mantener o restablecer el goce de los derechos que el recurrente acusa como lesionados.⁽²⁶⁾ Igualmente, siempre en palabras del Tribunal Supremo de Elecciones:

“...los recursos de amparo, para ser admisibles, deben individualizar a las personas que sufrirían la supuesta lesión a sus derechos fundamentales, por no existir acción popular en esta materia (ver, entre otras, las sentencias de la Sala Constitucional N° 470 y 746-91, de las 14:05 horas del 9 de mayo de 1990 y de las 15:50 horas del 17 de abril de 1991, respectivamente)...”⁽²⁷⁾.

Innegablemente, la normativa y desarrollo jurisprudencial que la Sala Constitucional ha realizado en sus trece años de integración, vinculan y funcionan como referencia propia y obligatoria al Tribunal Supremo de Elecciones. En esta línea de pensamiento, es aplicable acá todo lo que procesalmente se ha anotado a propósito del recurso de amparo en la Jurisdicción Constitucional (véase al respecto: sección

(25) Los Auxiliares Electorales son funcionarios “imparciales” encargados de asesorar a los miembros de las juntas receptoras de votos y supervisar y facilitar el desempeño de las funciones encomendadas a éstas. No forman parte de la junta electoral y el criterio que emitan no es vinculante para los miembros de ésta. Ver en este sentido *Reglamento de Auxiliares Electorales*. Decreto N° 16-2001 del Tribunal Supremo de Elecciones, art. 1º (Por razones principalmente de carácter presupuestario, la figura del Auxiliar Electoral no fue utilizada en la Segunda Vuelta Electoral del 7 de abril del 2002. Por las mismas razones estos funcionarios tampoco fungirán en las elecciones municipales del próximo 1º de diciembre).

(26) Ver en este sentido *Tribunal Supremo de Elecciones*. Resolución N° 638-E-2001.

(27) *Tribunal Supremo de Elecciones*, Resolución N° 393-E-2000. Nota separada de los magistrados LEÓN FEOLI y SOBRADO GONZÁLEZ.

segunda, capítulo segundo, título primero de este cuerpo investigativo); pero, con especial mención, importa la posición asumida por la Sala Constitucional ante la naturaleza y fundamento del recurso de amparo electoral, en lo conducente el Tribunal Supremo de Elecciones indicó:

“Tal y como lo refiere el voto N° 495-98, de las 9:48 horas del 29 de enero de 1998, y siguiendo el comentado criterio jurisprudencial, la misma Sala Constitucional ha entendido que la actividad político-electoral en general, y no sólo el sufragio en sentido escrito, está sometida a la competencia –exclusiva y absoluta– del Tribunal de dirigirla, organizarla y fiscalizarla. De ahí que la jurisdicción constitucional haya rechazado sistemáticamente los amparos interpuestos contra determinaciones de los partidos políticos relacionadas con tal actividad (designaciones internas o cambio de lugar para emitir el voto, por ejemplo).”⁽²⁸⁾

Importa no confundir el recurso de amparo electoral con otro recurso de naturaleza electoral conocido como “contencioso-electoral”.

La advertencia se realiza en tanto que al primero le corresponde exclusivamente la tutela de derechos fundamentales y libertades electorales, es decir, su naturaleza se apega estrictamente a la jurisdicción constitucional. Mientras tanto, el recurso contencioso-electoral se denomina genéricamente: “al complejo de normas electorales que están sometidas a la garantía de su regularidad mediante órganos judiciales”,⁽²⁹⁾ entiéndase en Derecho Comparado: Tribunales Administrativos (Verbi gratia: Consejo de Estado, en Colombia; Juez contencioso-administrativo o Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia, en España).

En el caso costarricense quien asume como órgano judicial es el Tribunal Supremo de Elecciones con lo cual se descarta el típico recurso contencioso-electoral; empero aún asumiendo y considerándolo dentro

(28) *Tribunal Supremo de Elecciones*, Resolución N° 303-E-2000.

(29) SÁNCHEZ AGESTA (Luis), Contencioso Electoral, *Diccionario Electoral*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral, primera edición, San José, Costa Rica, 1989, p. 161.

del Tribunal Supremo de Elecciones, la vigilancia sobre la regularidad electoral se centraría en los procesos que se caracterizan por un trasfondo administrativo y además por presentarse en alzada de las resoluciones apelables que dicte el Registro Civil y las Juntas Electorales.⁽³⁰⁾

Como semejanza, ambos recursos se caracterizan por dictar cosa juzgada material, la cual deviene al no existir apelación alguna contra las resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones, salvo la acción correspondiente por prevaricato.⁽³¹⁾

Entendido e incorporado el recurso de amparo electoral dentro del ordenamiento jurídico-constitucional costarricense, conviene mencionar acá importantes amplitudes que en la evolución jurisprudencial ha generado el instituto en estudio.

Por una parte, vía recurso de amparo electoral, el Tribunal Supremo de Elecciones ha delimitado la posibilidad de condenar al pago de las costas, daños y perjuicios causados a propósito de la interposición de un recurso de amparo electoral, en este sentido se ha establecido:

“...los pronunciamientos del Tribunal Supremo de Elecciones y de la Sala Constitucional –que por su fuente se traducen en interpretaciones normativas de acatamiento obligatorio y que gozan de eficacia *erga omnes* (art. 102.3 de la Constitución y 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional)–, han definido que la violación de derechos fundamentales en la órbita electoral debe ser juzgada por el Tribunal a través del procedimiento de amparo que regula la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Al estar prevista en esta última la condenatoria en abstracto al pago de daños, perjuicios y costas

(30) Algunos autores consideran y establecen al recurso de amparo temporal como un tipo de recurso contencioso-electoral. Si bien dicha clasificación es válida, se prefiere la acá expuesta en la medida que diferencia y exalta la especialización que en el ámbito jurisdiccional constitucional y electoral posee el Tribunal Supremo de Elecciones. En lo propio GONZÁLEZ HERNÁNDEZ (Juan Carlos), Contencioso Electoral, *Diccionario Electoral*, pp. 171 y 175.

(31) En este sentido *Constitución Política*, artículo 103.

como consecuencia natural de toda resolución estimatoria de un amparo, ya sea que recaiga en relación con actuaciones de entes públicos (art. 51) o sujetos privados (art. 62), por sí mismo y sin mayor forzamiento nos permite reconocer la existencia de un poder-deber del Tribunal de acordar tal reparación como consecuencia accesoria pero necesaria de la constatación de una vulneración de derechos fundamentales.”⁽³²⁾

El Tribunal Supremo de Elecciones argumenta para la interpretación indicada el necesario apego a la igualdad de trato que ha de dispensarse a todas las personas, la cual se vería contrariada si el amparo tuviera diversas consecuencias o alcances, dependiendo del derecho fundamental afectado y de la sede que juzga esa afectación. Además:

“...debe tenerse en cuenta que la realización cabal del valor justicia, obliga a que el Estado disponga de mecanismos que aseguren una reparación equitativa de los daños y perjuicios que se hayan causado indebidamente, conforme lo demanda el artículo 41 de la Constitución. Para que dicha reparación sea plena, en el ámbito de la jurisdicción constitucional de la libertad, no sólo debe encaminarse a la restitución del ofendido en el goce de sus derechos fundamentales, sino también al reconocimiento en su favor de la indemnización de los daños y perjuicios irrogados. Así lo concibe no sólo nuestra Ley de la Jurisdicción Constitucional, sino también el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”⁽³³⁾

(32) *Tribunal Supremo de Elecciones*. Resolución N° 956-E-2001 de las 9:20 horas del 2 de mayo del 2001. Esta resolución se presenta como adición y aclaración de la Resolución N° 634-E-2001, también del Tribunal Supremo de Elecciones. (Rigen acá la aplicación e interpretación analógica de los numerales 11 y 12 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

(33) *Tribunal Supremo de Elecciones*, Resolución N° 956-E-2001.

En otra vertiente jurisprudencial, el artículo 30, inciso d), de la Jurisdicción Constitucional establece que el recurso de amparo ordinariamente presentado ante la Sala Constitucional no procede contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral. La misma Sala Constitucional ha entendido cuanto sigue:

“En conclusión, lo que se desprende de la Constitución es que son inimpugnables ante la jurisdicción de amparo constitucional –que es la de esta Sala– los actos del Tribunal Supremo de Elecciones en ejercicio de su competencia electoral... Dicho de otra manera: en el caso del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral, no son impugnables ante la Jurisdicción Constitucional sus actos subjetivos administrativos, sus disposiciones reglamentarias, autónomas y sus resoluciones jurisdiccionales en el llamado “contencioso electoral”, que sí le corresponde exclusivamente”.⁽³⁴⁾

De esta interpretación constitucional, el Tribunal Supremo de Elecciones entiende que la interposición de recursos de amparo está también constitucionalmente vedada contra los actos de los demás organismos electorales, como el caso del Registro Civil y las Juntas Electorales.

Esta disposición jurisprudencial, además de guardar coherencia con el bloque de constitucionalidad, ratifica tanto la autonomía de la materia electoral como la exclusividad y obligatoriedad de la interpretación constitucional y legal en esa materia por parte del Tribunal Supremo de Elecciones.

Empero, a pesar de que las decisiones electorales del Registro Civil se tornan inatacables por la vía del amparo que se tramita ante la Sala Constitucional, se debe apreciar otra circunstancia en la cual el recurso de amparo electoral que conoce el Tribunal Supremo de Elecciones no es la vía idónea al efecto.

En reiteración de lo antes señalado, el discernimiento de recursos de amparo electorales por parte del Tribunal Electoral, supone una aplicación analógica de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que se justifica ante la ausencia de un procedimiento legal que le permita al organismo electoral ejercer su competencia constitucional de resolver

(34) *Sala Constitucional*, Sentencia N° 3194-92.

conflictos suscitados a lo interno de los partidos políticos con motivo de actos que lesionen los derechos fundamentales de sus miembros.

Ahora bien, la resolución N° 2357-1-E-2001 del Tribunal Supremo de Elecciones, claramente desprende que es diversa la situación que se presenta con las disposiciones del Registro Civil, en relación con las cuales sí existe un procedimiento pautado para su revisión por parte del Tribunal, el cual puede dejarlas sin efecto por considerarlas lesivas a los derechos fundamentales de los afectados o por cualquier otra circunstancia que las haga contrarias a Derecho, en consonancia con lo dispuesto en el inciso 4), del artículo 102 constitucional.⁽³⁵⁾

Es decir, en tanto un recurso sea planteado contra una resolución dictada por la Dirección General del Registro Civil, la vía adecuada para impugnar dicha resolución es la del recurso de apelación según lo establecido legalmente en el numeral 112 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil.⁽³⁶⁾

A pesar de lo arriba indicado, el Tribunal Supremo de Elecciones mediante Resolución N° 1555-E-2002 de las 18:30 horas del 14 de agosto del 2002 manifestó y corroboró el carácter residual del recurso de amparo electoral. Al respecto, el Tribunal señaló:

“...el recurso de amparo electoral surge como una vía para que el Tribunal Supremo de Elecciones pueda ejercer su competencia constitucional y legal de fiscalizar el respeto a las normas que disciplinan el funcionamiento interior de los partidos políticos y su

(35) En la Resolución del *Tribunal Supremo de Elecciones* N° 2357-1-E-2001 de las 16:25 horas del 7 de noviembre del 2001, acá en referencia; se rechazó de plano gestión entendida como recurso de amparo temporal, pero –por mayoría– se dispuso reconocerle el carácter de recurso de apelación y remitirla a la Dirección General del Registro Civil, a fin de que ésta se pronunciara sobre su admisibilidad. Contrario a este señalamiento, la *Resolución del Tribunal Supremo de Elecciones* N° 1555-E-2002 de las 18:30 horas del 14 de agosto del 2002 simplemente rechazó de plano el recurso presentado, de forma que no desconoce la competencia legal del Registro Civil para resolver, en primera instancia, lo que corresponda en este tipo de reclamos.

(36) Véase también numerales 104 y 105 de ley en mención, así como el proceso especial que plantea el artículo 64 del Código Electoral.

necesario apego al principio democrático, en aquellos casos en que la legislación no discipline un procedimiento específico para esos efectos o el mismo resulte claramente tardío, insuficiente o ineficaz.

Es decir, el amparo electoral no sustituye los procedimientos recursivos previstos expresamente por la legislación electoral; se trata más bien de una garantía jurisdiccional que rige únicamente en aquellos ámbitos donde esa legislación no haya arbitrado medios de impugnación adecuados para que el Tribunal Supremo de Elecciones pueda ejercer su competencia constitucional y resulte necesario entonces acudir a la figura del recurso de amparo electoral para respetar el imperativo constitucional de acceso a la justicia.”

B) RECURSO DE HÁBEAS CORPUS ELECTORAL

Para el Presidente del Tribunal Supremo de Elecciones, Oscar FONSECA MONTOYA:

“El Recurso de Hábeas Corpus, desde luego, aunque sea contra actos o ejecución de acuerdos del propio Tribunal Supremo de Elecciones y relacionados directamente con la materia electoral, en su conocimiento corresponde también, en forma exclusiva a la Sala Constitucional, en virtud de que ni la Constitución Política ni la Ley, hacen excepción alguna.”⁽³⁷⁾

Como fortalecimiento de la tesis expuesta, se indica que la Sala Constitucional mediante Sentencia N° 1050-94 de las 15:12 horas del 22 de febrero de 1994, acogió un recurso de hábeas corpus contra el Tribunal, con motivo de la detención de un grupo de personas que hacían manifestaciones públicas en un lugar no permitido por la ley.

En analogía con el recurso de amparo en materia electoral, es cierto que existe un vacío normativo, pero este vacío no puede ser razón

(37) FONSECA MONTOYA (ÓSCAR), Jurisdicción Electoral en el colectivo: *Temas Claves de la Constitución Política*, p. 582.

suficiente para omitir el cumplimiento de un mandato constitucional. Precisamente, el recurso de amparo electoral nace ante ausencia de norma al efecto, de forma que vía interpretación de la jurisprudencia de la Sala Constitucional y del Tribunal Supremo de Elecciones, este último acuda a un instrumento que normativamente no existe, ni está regulado, pero al cual se acude como única alternativa para cumplir las atribuciones y obligaciones que la Constitución Política establece.

Con estas premisas, el Tribunal Supremo de Elecciones es el encargado de asumir en forma exclusiva: la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, gozando para ello de independencia en su cometido.⁽³⁸⁾

Así las cosas, la legitimación que jurisprudencialmente existe para que el Tribunal Supremo de Elecciones asuma el estudio y solución de recursos de amparo electoral, permite a su vez la posibilidad de que el Tribunal Electoral estudie aquellas violaciones y conflictos electorales que por su forma, naturaleza y libertades a restringir, necesite de la aplicación y formalidad propia del recurso de hábeas corpus para ser solucionado.

Por ende, cuando la materia en análisis es electoral, no se debe considerar que un recurso de hábeas corpus deba ser de estudio exclusivo de la Sala Constitucional, ya que afirmar esto sería denegar la competencia que constitucionalmente está reservada al Tribunal Supremo de Elecciones.

Consecuentemente, en aplicación analógica de lo actuado para con el amparo electoral, en referencia a la lógica jurídica que se deriva de lo que se ha llamado acá Jurisdicción Constitucional Electoral, y en cuanto la materia en estudio sea claramente electoral; se parte de la tesis que el Tribunal Supremo de Elecciones está en la potestad “actual” de asumir el estudio de dichos recursos sin necesidad de una reforma previa al efecto.

V. COROLARIO

A manera de cierre, resulta evidente que actualmente el Tribunal Supremo de Elecciones no solamente ha asumido sino expandido el

(38) *Constitución Política*, artículo 99.

ejercicio de la competencia exclusiva y excluyente que constitucionalmente goza.

Como máxima autoridad jurisdiccional en la materia electoral, el Tribunal Supremo de Elecciones es un órgano especializado, cuyo objetivo debe ser la administración de justicia electoral en todos los planos, entendiéndose legal y sobretodo constitucional. Por su génesis, naturaleza y competencias, está llamado a ser un auténtico Tribunal Constitucional.

Consecuentemente, la Jurisdicción Constitucional Electoral del Tribunal Supremo de Elecciones es una realidad; pero, que para su materialización ha necesitado recurrir –vía jurisprudencia– a las normas del procedimiento establecido en la jurisdicción constitucional, en específico al procedimiento del recurso de amparo para su consecuente aplicación y extensión en el recurso de amparo electoral.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Elecciones –como norma no escrita del ordenamiento jurídico costarricense– ha creado y establecido entonces la existencia del recurso de amparo electoral, instituto procesal necesario y efectivo para garantizar el respeto a los derechos fundamentales en el ámbito electoral, en especial en lo que se refiere al funcionamiento interno de los partidos políticos. En sentido estricto, el recurso de amparo electoral elaborado por el Tribunal Supremo de Elecciones se origina en su resolución N° 303-E-2000 de las 9:30 horas del 15 de febrero del 2000.

De esta forma, mediante interpretación jurisprudencial y sin necesidad de reforma al efecto, el Tribunal Supremo de Elecciones está en condiciones de asumir de pleno también el estudio de recursos de *habeas corpus* siempre que la materia en juego sea la electoral.

Si bien, la propuesta planteada a lo largo de estas líneas se aleja de la ortodoxia jurídica-constitucional; se debe tener claro que el Tribunal Supremo de Elecciones costarricense es un caso *sui generis*, tanto en su naturaleza como en su competencia.

A escala internacional, existe una marcada tendencia a independizar la materia electoral. Verbigracia, en México es fuerte y generalizada la tesitura que exige para el Tribunal Electoral una plena autonomía e independencia, a pesar de encontrarse éste dentro del Poder Judicial.

Por su parte, en España, a la hora de discutir la relación entre el Tribunal Constitucional y el proceso electoral, se hace énfasis en que la Constitución de 1978 no atribuyó al Tribunal Constitucional competencias específicas en el control del proceso electoral. De esta forma, un sector importante de la academia constitucional española afirma que no todas las materias constitucionales, como por ejemplo la materia electoral, pertenecen a la jurisdicción del Tribunal Constitucional.

Finalmente, es necesaria madurez jurídica en el plano constitucional, electoral y político para entender y asimilar la coexistencia de dos tribunales constitucionales que con características similares (vinculancia *erga omnes* en sus resoluciones y órganos supremos en sus ámbitos competenciales) puedan desarrollarse sin polémicas ni choques que promuevan inseguridad jurídica alguna.

BLANCA

EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN COSTA RICA

Sobre incoherencias, paradojas e inconstitucionalidades de nuestro control de constitucionalidad

Lic. Gustavo González Solano^(*)

Profesor de Lógica Jurídica
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO:

Introducción

I. La normativa actual

- A) El control de constitucionalidad en la Constitución Política
 - 1) Noción de meta-norma jurídica
 - 2) Noción de Regularidad Jurídica
 - 3) Noción de Irregularidad Jurídica
- B) El control de constitucionalidad en la Ley de la Jurisdicción Constitucional
 - 1) Objetivo de la ley
 - 2) Noción de inconstitucionalidad
 - 3) Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad

II. El problema actual

- A) Diversos conceptos de “norma jurídica”
 - 1) Lo que se entiende por “norma jurídica”
 - 2) La valoración de jurídica de una norma
 - 3) La valoración de constitucionalidad de una norma jurídica
- B) El dilema de la noción de “constitucionalidad”

INTRODUCCIÓN

El presente texto tiene como finalidad demostrar lógicamente que nuestro control de constitucionalidad adolece de una serie de incongruencias que aparte de ilógico lo hacen también inconstitucional.

I. LA NORMATIVA ACTUAL

Este texto en particular, estudiará un problema muy importante en el campo jurídico, más de lo que usualmente se ha pensado, dado que ellos se refieren a la utilización misma de los conceptos jurídicos, como el de “norma jurídica”, “nulidad”, “contrato”, “acto administrativo”. Los problemas y sus soluciones han surgido de concretos campos de estudio, sea el Derecho Constitucional (la constitucionalidad de una norma), el Derecho Administrativo (la nulidad o existencia de un acto administrativo) el Derecho Civil o Derecho Comercial (como la validez, la nulidad de un contrato), Derecho Procesal Civil o Derecho Procesal Penal (la nulidad procesal). En otras áreas del conocimiento, sobre todo el científico, este tipo de estudios ha motivado muchas veces, la reestructuración total de los sistemas y teorías conceptuales, dado el sobreentendido interés de disponer de conceptos coherentes, lógicos, completos, rigurosos y precisos, que sustenten y apoyen el trabajo teórico y las observaciones prácticas. Posiblemente la escasa formación teórica del abogado y sus limitados instrumentos conceptuales, tales vicisitudes, solamente pueden causarle un asombro, tal como si se tratara de un chiste o una broma, o más aún, por la ignorancia manifiesta dicen despectivamente que es un “juego de palabras”. Desconociendo de antemano, la particular importancia que reviste la crítica y estudio de las labores que él mismo hace.

A) El control de constitucionalidad en la Constitución Política

El Artículo 10 de la Constitución Política establece:

“...Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia *declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público*. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley...”

En ningún otra norma de la Constitución Política se establece expresamente que significa “LA INCONSTITUCIONALIDAD”. Solamente se indica que la Sala especializada le corresponderá DECLARARLA.

1) **Noción de meta-norma jurídica**

En todo ordenamiento jurídico, existen expresiones jurídicas que son utilizadas para tratar de regular actos y conductas, pero también, existen expresiones jurídicas con las cuales se intenta regular la formación, interpretación, aplicación y derogación de otras expresiones jurídicas. Es decir, normas jurídicas que regulan normas jurídicas.

En el lenguaje jurídico, como cualquier tipo de lenguaje, dicha labor, puede ser llevada a cabo, y de hecho, se efectúa, al utilizar una norma o un conjunto de normas para regular otro conjunto de normas, por lo cual, es un lenguaje metanormativo: es decir, un lenguaje jurídico que regula otro lenguaje jurídico.

Estas expresiones jurídicas tienen por OBJETO DE REGULACIÓN otras normas jurídicas. La expresión jurídica que regula a otra (u otras) expresión(es) jurídica(s), se denomina META-NORMA. En Lógica Jurídica, dichas expresiones reciben el nombre de “meta-normas” (meta: más allá). Son expresiones jurídicas que tienen como objeto de regulación otras expresiones y se debe entender que están en un plano conceptual mayor, más alto o “por encima” de las normas que regulan.

El proceso de regulación de unas expresiones jurídicas por medio de otras normas jurídicas se denomina META-NORMATIVIDAD.

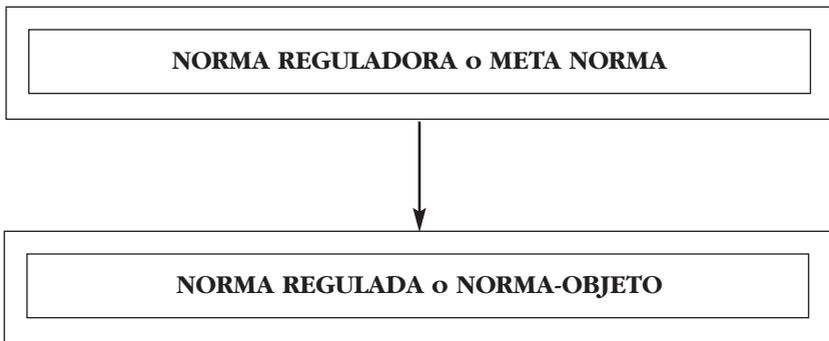
La metanormatividad puede ser de diversos tipos. Así, podemos encontrar que existen expresiones jurídicas que a su vez regulan la *formación* de otras expresiones jurídicas y se les llama metafórica o figurativamente, “fuentes de Derecho”.

De igual manera encontramos normas que indican la manera correcta y las formas incorrectas de *interpretar*, las expresiones jurídicas. Y expresiones jurídicas que señalan la forma de *aplicar, derogar o hasta de inventar* (integrar) normas jurídicas.

Pondré un ejemplo para explicarme mejor: una cosa es que una norma señale “*Quien diere muerte a una persona, será penado con doce*”

a dieciocho años de prisión”, y efectivamente tenemos a una persona que dio muerte a otra persona y a la cual, le asignaremos una pena de doce años de prisión. Otra discusión muy distinta es señalar que: “La norma que dice que *‘quien diere muerte a otra persona, será penado doce a dieciocho años de prisión’*, contradice a otras normas de igual o superior rango, por lo cual, no debemos utilizarla en la sentencia.”

Se observa que la discusión, es sutilmente distinta, y con claras, evidentes y distintas consecuencias tanto legales como lógicas. Por eso es que es necesario, reiterar la diferencia entre la distinción metodológica que identifica clara y tajantemente:



Otro (mal) ejemplo puede encontrarse en los artículos iniciales de cada Código, donde se estipulan los Principios o Disposiciones Generales, que pretenden regular la parte “Especial” de todo Código.

Algunas de estas normas en realidad son META-NORMAS, con un rango lógico (y eventualmente jurídico) superior a las normas del mismo Código o Ley que regulan, dado que tiene por OBJETO DE REGULACIÓN al mismo Código.

Una norma reguladora no es lo mismo que una norma regulada.

Las Meta-normas, como tales, deben ubicarse en un plano conceptual mayor o más “alto” (rango jerárquico mayor) que las normas que regula, para que no existan contradicciones NI eventuales paradojas en el sistema normativo.

La primera consideración que hay que tomar en cuenta, a la hora de elaborar meta-normas, es no caer en la denominada *recursividad jurídica*.

La recursividad es el proceso de estimar que una norma jurídica es a la vez la norma reguladora y la norma regulada. El caso típico de recursividad se da cuando se considera que las normas y las meta-normas se encuentra a un mismo nivel lingüístico, cuando en realidad, no es así. En ese caso no se logra dar el llamado “ascenso semántico” (Quine) y, en ese caso, la regulación de la Meta-norma se DEVUELVE contra ella misma. Es decir, la regulación de la META-NORMA se abarca a sí misma, lo que usualmente anula su función normativa. Si la función de una norma es REGULAR A OTRA NORMA, a la hora de incluirse ella misma dentro de su propia regulación, genera contradicciones que bloquean su propio uso. Lo anterior en razón de que una metanorma no tiene la función de REGULARSE A SI MISMA, sino que tiene la función de regular A OTRAS NORMAS JURÍDICAS, no regular a las META-NORMAS, de la cual, ella es un caso.

De modo gráfico podemos decir que las meta-normas tienen el siguiente esquema:

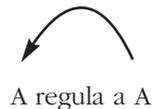


Donde evidentemente “A” no es igual a “B”. “A” es A, y “B” es B.

Si no se considera algo tan obvio, y se estima que se puede establecer que:

A regula a A, entonces empezamos con los problemas dado que tal regulación se devuelve contra la norma misma:

A regula B (donde B también es A)



Por poner un ejemplo trivial, pero que nos servirá para problemas más detallados, una norma que indique: “Prohibido prohibir”, es aparentemente una curiosidad lingüística, ya que primeramente, parece contradictoria consigo misma, y de hecho, lo es. Dado que si una norma prohíbe prohibir, a ella misma se le debe aplicar lo que predica, por lo que no podría prohibir, pero si no puede prohibir, ello lleva a que no sirva como norma.

Otro caso curioso de esas “recursividades” (el sentido de la oración, se devuelve contra la misma oración y la vuelve contradictoria e inútil), es el siguiente caso:

“...Un órgano administrativo o judicial inferior requiere de una ratificación de un órgano administrativo o judicial superior para hacer efectivo y válido un acto o decisión. Pero el mismo “reglamento” permite que en caso de que el órgano superior, no avale ni ratifique lo aprobado por el órgano inferior, éste último-el órgano inferior- pueda aprobarlo, sin que en este caso requiera de ratificación...”

Saltan inmediatamente a la mente, las siguientes dudas:

¿Para qué entonces, ratificación, si siempre, el órgano inferior va tener la posibilidad de aprobar el acto, quiera o no quiera, el órgano superior?

Un reglamento de ese tipo, evidentemente contradice la misma función REGULADORA que tiene toda norma jurídica, por lo cual, lo que “dicta” va en contra de su propia “función” normativa, ya que no regula nada, o lo que regula lo regula mal.

Justamente para evitar esa serie de contradicciones y paradojas, se han establecido una serie de criterios que ORGANIZAN las normas y las metanormas jurídicas. Así todo sistema jurídico se ordena por cuatro criterios: el criterio lógico, el criterio jerárquico, el criterio de la competencia y el criterio temporal.

El criterio lógico establece que toda metanorma regula a una norma jurídica, pero no se regula a si misma.

El criterio jerárquico establece toda una serie de rangos, dentro de los cuales se estipulan que metanormas tendrán mayor relevancia, preeminencia o preferencia normativa que otras normas. Así se indica que la Constitución Política es la norma de mayor rango jerárquico, superior a los tratados internacionales o las leyes. Que a su vez, los tratados internacionales son superiores a las leyes. Que estas a su vez, son superiores a los reglamentos, etc.

Si no se acata este criterio jerárquico, pueden surgir la recursividad anteriormente aludida. Dado que, verbigracia, si una crea una Ley diga que solamente otra ley del mismo tipo puede modificarla, la primera ley entraría en contradicción con la METANORMA (sea un tratado internacional o la Constitución Política) que establece el procedimiento, forma, modo y condiciones para reformar esa norma. Y si por ejemplo, si la Constitución establece que cualquier otra ley puede reformar a otra ley, esa Ley “con complejo de superioridad” estaría asumiendo un papel (el de METANORMA) que no le corresponde.

Por ello es que entre todos y cada uno de los rangos debe existir y persistir un principio básico denominado *Principio de Regularidad Jurídica* que establece que entre los diferentes rangos jerárquicos debe existir una forma común, regular y similar para regular las normas jurídicas. Su contradicción o violación se denomina una IRREGULARIDAD JURÍDICA, y estas pueden ser de varios tipos dependiendo del rango violado: INCONSTITUCIONALIDAD, si se viola el rango constitucional,

ILEGALIDAD, si se viola el rango legal,
ANTIREGLAMENTARIEDAD, si se violan los reglamentos.

Cada rango normativo usualmente debe y puede regular los rangos normativos inferiores, pero no así los superiores. Con lo que, primeramente debemos distinguir que cada rango normativo tiene un “objeto” de regulación que son las normas inferiores a ella. Cada norma superior que tiene una norma inferior que regular se denomina META-NORMA.

Por ello se dice que las denominadas recursividades pueden ser de dos tipos:

La recursividad en un mismo plano: el error de creer que una meta-norma y es a la vez la norma objeto;

La recursividad en distintos planos: el error de creer que una norma es un tipo de meta-norma.

La primera particularidad conceptual que presenta una regulación de este tipo, es que no caiga en contradicciones lógicas. Y ello se logra cuando las expresiones jurídicas regulan correctamente a *otras* expresiones jurídicas. Dado que A debe regular a B. No puede acontecer que A regule a A. De lo cual, se explica que nunca puede suceder que

una norma jurídica se regule a sí misma, dado que ello contradice flagrantemente el concepto mismo de “regular”.

Y la única prueba de la validez de la posición que sostengo la da la contradicción interna de la posición alternativa.

Si imaginamos la posibilidad de la “autorregulación”, es decir que cualquier expresión jurídica dicte sus propios procedimientos de creación, modificación, interpretación, aplicación y derogación, permitiríamos la validez de expresiones jurídicas que anulen su propia función reguladora. Convierte en imposible la sola posibilidad que otra norma, distinta de ella misma, la regule. Puede auto dictarse una norma que ninguna otra norma la regule. Lo cual viene a contradecir, la idea, finalidad y función de la misma norma. Tal autorregulación va en contra de la idea misma de normas jerárquicamente “superiores” y normas jerárquicamente “inferiores”.

Así en caso de que un Reglamento se contradicho por un acuerdo o resolución, dicho acuerdo o resolución se dice que es ANTIRREGLAMENTARIO. Pero si un Reglamento contradice una ley, no se dice que dicha ley es antirreglamentaria, sino al revés, que el reglamento es el que contradice la ley y como tal ILEGAL. Si una ley contradice a la Constitución Política dicha ley no es ilegal, sino que es INCONSTITUCIONAL, porque contradice la Constitución.

2) NOCIÓN DE REGULARIDAD JURÍDICA

La regularidad jurídica es la *compatibilidad* de una norma jurídica respecto de otra norma jurídica ubicada en un rango jerárquicamente superior. Las normas jurídicas superiores no deben tener ningún tipo de compatibilidad con las normas jurídicas inferiores, sino que son éstas últimas, las que sí deben tener esa compatibilidad.

En término de relaciones jurídicas entre normas jurídicas pueden existir tres posibles relaciones:

- 1) Relaciones de *colaboración o de subalternos*.
- 2) Relaciones de *contradicción*
- 3) Relaciones de *contradictoria*

La regularidad jurídica surge en las relaciones de *colaboración o de subalternos*. En estas relaciones, lo estipulado en una norma jurídica, se repite en otra norma jurídica de menor rango. No hay contradicción entre lo estipulado por una u otra norma, dado que ambas tienen similares o idénticos contenidos.

Así si el artículo 57 de la Constitución Política señala:

“...Artículo 57. Todo trabajador tendrá derecho a un salario mínimo, de fijación periódica por jornada normal, que le procure bienestar y existencia digna. El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia...”

Y a su vez, consideramos el artículo 167 del Código de Trabajo que estipula:

“...Artículo 167. Para fijar el importe del salario en cada clase de trabajo se tendrán en cuenta la cantidad y calidad del mismo.

A trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia iguales, corresponde salario igual, comprendiendo en éste, tanto los pagos por cuota diaria, como las percepciones, servicios como el de habitación y cualquier otro bien que se diere a un trabajador a cambio de su labor ordinaria.”

Se observa que hay una repetición, entre lo señalado por el artículo 57 de la Constitución Política y el artículo 167 del Código de Trabajo. En este caso hay una regularidad jurídica, existe una igualdad jurídica. Hay una relación de colaboración o de subalternos entre dichas normas.

Igual tipo de relación podemos encontrar entre el artículo 11 de la Constitución Política y el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, entre el artículo 39 de la Constitución Política y el artículo 1 del Código Penal y a su vez el artículo 1 del Código Procesal Penal.

3) NOCIÓN DE IRREGULARIDAD JURÍDICA

Una regularidad jurídica *no surge cuando entre las normas existe una relación de contradicción o de contrariedad*.

Una relación de *contradicción (normas contrarias)* es aquella que surge de la existencia simultánea de dos o más normas jurídicas que estipulan contenidos opuestos entre sí, a tal punto que la norma inferior se opone expresa o implícitamente a lo ordenado en la norma superior.

Una relación de *contrariedad* (normas contradictorias) es aquella que surge de la existencia simultánea de dos o más normas jurídicas que estipulan contenidos distintos entre sí (no opuestos, ni tampoco similares).

Esta distinción se puede ejemplificar de la siguiente forma:

Existe el blanco, y lo opuesto al blanco es el negro. Pero el rojo, azul, verde, amarillo, violeta, etc., no son opuestos al blanco ni tampoco opuestos al negro, pero sí diferentes del blanco y del negro.

De igual manera en el ámbito jurídico, no se tiene una visión maniquea de la realidad, sino que ella presenta una serie de matices que pueden ser un momento opuestos en una situación, o sin ser opuesta, es distinta a la señalada. En resumen: todo lo opuesto es distinto, pero no siempre lo distinto es lo opuesto a algo.

Así si existe el artículo 121 inciso 1) de la Constitución Política señala que es atribución de la Asamblea Legislativa dictar, reformar, derogar y dar interpretación auténtica a las leyes. Y a su vez, también existe otra norma jurídica (sea un convenio o una ley o un reglamento) que expresa que la Asamblea Legislativa no puede reformar una ley determinada; aquí se evidencia una relación de contradicción.

De igual manera, y siguiendo con el ejemplo anterior, si con la existencia del artículo 121 inciso 1) de la Constitución Política, a su vez, se da otra norma de inferior rango que expresa que también el Poder Ejecutivo puede dictar leyes, o que la jurisprudencia tiene efectos de una ley (erga omnes); aquí se da una relación de contrariedad, dado que no hay una negación ni oposición a que siga la Asamblea Legislativa dictando leyes, pero sí señala un órgano o medio distinto de los expresados por la Constitución Política.

Resumidamente podemos representar dichas relaciones de la siguiente manera:

1) **Subalternos:**

- *Todas las personas deben ser puntuales y Alguna persona debe ser puntual.*

- *Ninguna persona debe ser puntual y Alguna persona no debe ser puntual.*
- 2) *Contrarios:* Oposición clara.
- *Todo hombre es igual ante la ley y Ningún hombre es igual ante la ley.*
- 3) *Contradictorios:* Regulación distinta, sin oposición.
- *Toda persona debe trabajar un máximo de ocho horas diarias y Una persona no debe trabajar un máximo de ocho horas diarias.*
- *Ninguna persona debe matar a otra persona y Una persona debe matar a otra persona.*

B) El control de constitucionalidad en la Ley de la Jurisdicción Constitucional

1) Objetivo de la ley

El artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional señala: “La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.

El artículo 2 de la misma Ley expresa: “...Artículo 2. Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional:

- a)...
- b) Ejercer el control de constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad.

2) **Noción de inconstitucionalidad**

El artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece:

“Artículo 3. Cuándo se configura la infracción constitucional. Se tendrá por infringida la Constitución Política cuando ello resulte de la confrontación del texto de la norma o acto cuestionado, de sus efectos, o de su interpretación o aplicación por las autoridades públicas, con las normas y principios constitucionales.”

Este artículo en realidad no señala claramente cuándo o cómo se tiene por establecida una inconstitucionalidad, ya que señala que:

–cuando la infracción de la Constitución Política resulte de la confrontación del texto de la norma o acto cuestionado, de sus efectos, o de su interpretación o aplicación por las autoridades públicas, con las normas y principios constitucionales, se tendrá por infringida la Constitución Política.?

En realidad, esta norma señala los posibles “objetos” (texto, acto, efecto, interpretación o aplicación), que pueden ser inconstitucionales, pero no describe que RELACION DEBEN TENER o NO DEBEN TENER con la Constitución Política para ser INCONSTITUCIONALES.

Ya que en realidad, remite la definición de la infracción constitucional a ella misma. Al señalar la norma “...se tendrá por infringida la Constitución Política cuando “ello” resulta de la confrontación de la...” precisamente la palabra “ello” se está utilizando como pronombre que remite nuevamente a lo que se quiere definir, que es lo que en un inicio se quiere justamente saber. Más sencillamente se pudo redactar la norma de esta forma y con ello se aprecia su reiteración y vacío:

“Se tiene por infringida la Constitución Política, cuando se tiene por infringida la Constitución Política.” Lo cual evidentemente no define nada.

Distinta, es la situación que presente posteriormente dicha Ley en su artículo 73 al establecer que:

“...Artículo 73. Cabrá la acción de inconstitucionalidad:

- a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, *que infrinjan, por acción o por omisión*, alguna norma o principio constitucional.
- b) ...
- c) Cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos *se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución*, o en su caso, establecido en el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.
- ch) Cuando se apruebe una reforma constitucional *con violación de normas constitucionales de procedimiento*.
- d) Cuando alguna ley o disposición general *infrinja* el artículo 7, párrafo primero, de la Constitución, *por oponerse* a un tratado público o convenio internacional.
- e) Cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, o en su contenido o efectos *se haya infringido una norma o principio constitucional* o, en su caso, del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. En ese evento, la declaratoria se hará solamente para los efectos de que se interpreten o apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia...”

La inconstitucionalidad es la infracción, violación u oposición de una norma jurídica inferior a la Constitución Política con relación una norma jurídica de la Constitución Política.

De igual manera, es inconstitucional, la infracción, violación u oposición de una norma jurídica constitucional con respecto a otra norma jurídica constitucional de procedimiento.⁽¹⁾

(1) Ver GONZÁLEZ SOLANO (Gustavo). *Lógica Jurídica*, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2002, Primera Edición, Título II, Capítulo Tercero: Normas y Metanormas.

3) Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad

El artículo 88 de la misma Ley (de la Jurisdicción Constitucional) señala:

“Artículo 88. Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad y pronuncien la anulación consecuente de la norma o los actos impugnados, producirán cosa juzgada y *eliminarán* la norma o acto del ordenamiento...”.

El artículo 91 y 92 señalan que:

“...Artículo 91. La declaratoria de inconstitucionalidad *tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma*, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe.

La sentencia constitucional de anulación *podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo*, y dictará las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.

Artículo 92. La sentencia constitucional anulatoria *tendrá efecto retroactivo*, en todo caso, a favor del indiciado o condenado, en virtud de proceso penal o procedimiento sancionatorio.

Artículo 93. La disposición contenida en el artículo 91 no se aplicará respecto de aquellas relaciones o situaciones jurídicas que se hubieren consolidado por prescripción o caducidad, en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material o por consumación de los hechos, cuando éstos fueren material o técnicamente irreversibles, o cuando su reversión afecte seriamente derechos adquiridos de buena fe; todo lo anterior sin perjuicio de las potestades de la Sala, de conformidad con dicho artículo...”.

II. EL PROBLEMA ACTUAL

Diálogo

Juan: ¿Puede la Sala Constitucional *declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica*?

Pedro: Sí, sería absurdo que lo haga con normas morales o religiosas.

Juan: Eso significa también que la Sala no estudia la inconstitucionalidad de algo que no es una norma jurídica, solamente las *normas jurídicas* puede declararlas inconstitucionales.

Pedro: Sí. La Sala solo puede declarar la inconstitucionalidad de normas jurídicas, ya que no estudiaría las normas morales ni religiosas.

Juan: Entonces eso quiere decir que si *no es una norma jurídica, no puede declararla inconstitucional*, cierto?

Pedro: Cierto, eso es lógico.

Juan: Ahora bien, una norma jurídica no puede contradecir la Constitución Política, por eso las declara la Sala IV, inconstitucionales. Cuando una norma jurídica, contradice la Constitución no es una norma jurídica en realidad.

Pedro: Sí, cuando la Sala declara que una norma jurídica es inconstitucional, dice que esa norma no es una norma jurídica, ya que contradice la Constitución.

Juan: Pero entonces, cómo va a declarar la inconstitucionalidad de *una norma que no es norma jurídica*. Porque si la norma es inconstitucional no es una norma jurídica, y entonces está analizando normas que no son jurídicas.

Pedro: Sí tenés razón y esto nos lleva a una paradoja: Ya que primero si para declarar una norma jurídica como inconstitucional, la norma jurídica tienen que ser norma jurídica, pero si una norma jurídica es inconstitucional, esto quiere decir que no es una norma jurídica y si es no es norma jurídica, no puede ser declarada inconstitucional, ya que solamente normas jurídicas pueden ser declaradas inconstitucionales. Pero aquí está el segundo problema: si una norma es jurídica, es porque

ella no es inconstitucional, ya que para ser norma jurídica no puede contradecir la constitución, pero para qué declarar inconstitucional una norma jurídica que es constitucional.

Juan: Entonces, qué se declara inconstitucional: ¿las normas jurídicas o las normas no jurídicas? Si es jurídica, la declaración la reconoce como no jurídica, pero entonces no pudo haber sido examinada justamente por no ser norma jurídica. Pero si no es una norma jurídica, no puede ser declarada inconstitucional, ya que solamente las normas jurídicas son las que se examinan? Y volvemos al comienzo: para declarar una norma jurídica inconstitucional, la norma jurídica tiene que ser norma jurídica pero.....

¿Pueden ser declaradas inconstitucionales las normas jurídicas?

¿Si se declaran inconstitucionales, dejan de ser normas jurídicas?

¿Si dejan de ser normas jurídicas, cómo pueden ser declaradas inconstitucionales, si solamente las normas jurídicas pueden ser declaradas de ese modo?

¿Cómo se resuelve esta paradoja?

¿Afecta esta paradoja la competencia, función, finalidad y existencia de la Sala Constitucional?

A raíz de un dialogo similar y la lectura del artículo titulado “Algunas competencias e incompetencias de la Sala Constitucional” del Dr. Luis Baudrit Carrillo,⁽²⁾ el cual que revela una serie de paradojas y contradicciones de la Sala Constitucional, me surgieron algunas dudas sobre la cientificidad de la redacción de los procedimientos utilizados por la Sala Constitucional y de la Teoría de la Validez Jurídica de las normas que contempla la Ciencia Jurídica. Dudas que en otros campos del saber científico, como la Lógica, la Matemática, la Física, desde mucho tiempo atrás han sido resueltas y a las cuales me avocaré a explicar.

A) Diversos conceptos de “norma jurídica”

Considero que nuestro sistema jurídico maneja por lo menos, dos tipos diferentes de conceptos acerca de la “norma jurídica”.

(2) BAUDRIT CARRILLO (Luis). *Algunas competencias e incompetencias de la Sala Constitucional*. San José, Revista IUSTITIA, Nº 149-150, Año 13, mayo-junio de 1999.

1) Lo que se entiende por “norma jurídica.”⁽³⁾

Una norma jurídica puede tener básicamente tres acepciones:

1. Es una *oración* una proposición lingüística inserta o no en documento jurídico, un poco de tinta en el papel.
2. Es una *conducta* real o pretendida que se realiza (rá) en un tiempo y lugar específicos; es decir, movimientos, conductas, acciones concretas que se dan en un tiempo y lugar dados.
3. Es un *valor* que se desea (rá) lograr o evitar por parte de las personas; es decir una IDEA mental, alojada en la mente de las personas.

Los tres tipos de acepciones no se pueden entre-mezclar, ya que no es factible mezclar palabras con movimientos o acciones, o mezclar movimientos con actitudes, o actitudes con palabras, dado que son objetos distintos: el primero es tinta en el papel, el segundo movimientos, conductas y actos; y el tercero deseos, pretensiones, estimaciones, actitudes, perspectivas. El primero existe en los documentos, el segundo surge con el movimiento del cuerpo humano, el tercero se aloja en la cabeza de las personas.

Una norma⁽⁴⁾ para ser JURIDICA, y no (o no solamente) moral, económica, política, ética, social, psicológica ha de ser CREADA por un ORGANISMO JURÍDICO AUTORIZADO. Este Órgano ha de seguir un PROCEDIMIENTO DEBIDO y la norma creada tiene que versar sobre UNA MATERIA O CONTENIDOS ESPECÍFICOS. Estos tres elementos son los que se denominan: Criterio Subjetivo, Criterio Formal y Criterio Objetivo (o Material).

(3) El problema es el mismo si se discutiera el conflicto entre “norma jurídica válida” y “norma jurídica inválida”; al fin y al cabo, la última no sería “norma jurídica”. Por lo que omitimos expresamente la discusión de la validez, aunque en el fondo es precisamente esta la situación descrita.

(4) Adoptando la primera acepción, dado que es casi imposible determinar la INCONSTITUCIONALIDAD de IDEAS que están en la cabeza de las personas, salvo que esas ideas se plasmen en expresiones lingüísticas, dado que también es contradictorio atribuir a una conducta el carácter de inconstitucional, sin una expresión lingüística que brinde el patrón de “legal”. Es que se adopta la definición más útil.

2) La valoración de JURÍDICA de una norma

Una norma jurídica, ha de cumplir estos tres criterios: el subjetivo, el objetivo y el formal para que sea jurídica.

Es decir, la primera valoración de una norma, la valoración: de JURIDICA está previamente regulada, ya que hay disposiciones (igualmente legales) para indicar qué organo tiene que dictar una norma, sobre que materia puede versar (o no tratar) en la norma y mediante que procedimiento o pasos tiene que darse la creación, modificación o extinción de tales normas.

3) La valoración de CONSTITUCIONALIDAD de una norma jurídica

Ahora bien, cuando se habla de la CONSTITUCIONALIDAD de una norma jurídica, se hace a otra valoración distinta de la de JURÍDICA, pero que afecta a esta. La cualidad de CONSTITUCIONALIDAD de una norma, hace referencia al seguimiento de una norma jurídica, de una serie de pautas generales que la hacen CONSTITUCIONAL para crear una norma jurídica.

Las pautas son la indicación del ÓRGANO JURÍDICO AUTORIZADO

EL PROCEDIMIENTO DEBIDO
LOS CONTENIDOS ESPECÍFICOS

Es decir, que son las mismas pautas para atribuir el adjetivo de JURÍDICA a una norma.

La CONSTITUCIONALIDAD de una norma legal o reglamentaria es la NO CONTRADICCIÓN con las normas constitucionales.

Si una norma no cumplió con el requisito de ser elaborada por el ÓRGANO ADECUADO, o por el PROCEDIMIENTO DEBIDO o con los CONTENIDOS PERTINENTES, se dice que es INCONSTITUCIONAL, es decir, su violación aconteció desde su ORIGEN y que tampoco es JURÍDICA dicha norma.

Pero he aquí, el problema, ya que si aconteció desde su origen, la NORMA JURÍDICA, NUNCA fue JURÍDICA, ya que no cumplió los

requisitos mínimos. Y si NUNCA FUE UNA NORMA JURÍDICA, nunca pudo haber sido declarada INCONSTITUCIONAL, ya que supuestamente solamente las NORMAS JURÍDICAS, pueden ser declaradas inconstitucionales.

Es decir, que es una contradicción decir que se puede DECLARAR LA INCONSTITUCIONAL de las NORMAS JURÍDICAS, si no son JURÍDICAS, dichas NORMAS.

Observemos más netamente dicha problemática con el siguiente diálogo:

Un abogado dijo: También pasa con la constitucionalidad de una norma jurídica. Una norma jurídica para ser tal, debe ser constitucional, dado que no hay normas jurídicas contrarias a la Constitución Política. Cuando una norma jurídica contradice la Constitución, se dice que no es una norma jurídica. Ello es cierto y tienen razón. El problema es que cuando dijo que “una norma jurídica contradice la Constitución”, estoy diciendo que es inconstitucional, pero lo curioso es que *no puedo decir que es inconstitucional*, porque la Constitucionalidad o Inconstitucionalidad solamente se predica de *normas jurídicas*, y una norma jurídica cuando es inconstitucional no es ni fue nunca norma jurídica. Entonces, ¿qué hago? Puedo decir, de una norma jurídica, que es constitucional cuando está de acuerdo con la Constitución, pero cuando está en contra de la Constitución, deja de ser norma jurídica, y como deja de ser norma jurídica, ya no puedo decir que es inconstitucional, porque solamente se valoran de inconstitucionales las normas jurídicas.

Esto no lleva a pensar esta hipótesis:

La primera de ellas es que tienen que co-existir NORMAS JURÍDICAS INCONSTITUCIONALES, conjuntamente con las NORMAS JURÍDICAS CONSTITUCIONALES.

Se puede argumentar a favor de esta solución que es lo que REALMENTE SE ESTÁ HACIENDO A LA HORA DE IMPUTAR LA VALORACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

La Declaración de INCONSTITUCIONALIDAD es una valoración, es decir, es sintácticamente la atribución de un ADJETIVO a un sustantivo. Sustantivo NORMA JURÍDICA, adjetivo INCONSTITUCIONAL. Es semánticamente la atribución de una cualidad a un objeto determinado. Objeto inmaterial: NORMA JURÍDICA, Cualidad: INCONSTITUCIONAL.

Lo que ocurre es que como toda valoración, esta tiene que hacerse por una persona concreta en un tiempo y espacio dados, ya que las valoraciones no existen solas. Y en el caso del Sistema Normativo, la valoración de INCONSTITUCIONALIDAD es una valoración JURÍDICA, es decir, que está guiada por NORMAS JURÍDICAS que estipulan: EL ÓRGANO JURÍDICO, EL PROCEDIMIENTO Y EL CONTENIDO.

Es decir, que la valoración de INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA JURÍDICA, existe solamente cuando la Sala Constitucional, siguiendo el procedimiento adecuado, efectúa la atribución de esa cualidad, en un tiempo y lugar dados.⁽⁵⁾

Tal olvido, es lo que viene a aclarar la famosa paradoja, ya que sí puede existir NORMAS JURÍDICAS CONTRARIAS A LA CONSTITUCIÓN, pero será hasta que el Órgano Jurídico Adecuado, siguiendo el procedimiento pertinente declare que son NORMAS JURÍDICAS INCONSTITUCIONALES.

Y esa ha sido la práctica (o pragmática) del uso de la expresión INCONSTITUCIONAL. Las NORMAS que no han recibido tal atribución, son NORMAS JURÍDICAS. Serán NORMAS JURÍDICAS INCONSTITUCIONALES cuando la Sala Constitucional le atribuya tal cualificación.

Todas las anteriores explicaciones parecieran plausibles, pero en realidad no son sostenibles, por los siguientes motivos: primeramente se tendría que pensar que la “JURIDICIDAD” de una norma depende entonces de la existencia de algunos (y no todos) de los criterios (objetivo, subjetivo, formal) anteriormente expuestos de modo optativo: que solo exista uno de ellos o dos, y no los tres como suele estipularse.

(5) *Artículo 10.*—Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia DECLARAR, por mayoría absoluta de sus miembros, LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS DE CUALQUIER NATURALEZA y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley.

Sería extraño pensar que las normas religiosas o las normas morales o los usos sociales puedan ser declarados inconstitucionales. Motivo por el cual, se tiene que interpretar que las normas de “cualquier naturaleza” se refieren a las normas JURÍDICAS.

De igual manera, pensar tal conclusión nos lleva a la contradicción que de si es Jurídica una norma con solamente algunos requisitos, no podría declararse su inconstitucionalidad, dado que con la existencia de algunos de esos criterios, igualmente sigue siendo JURÍDICA dicha norma. No podría el juez constitucional reprocharle la ausencia de un requisito (No-jurídica) y a la vez sostener que es JURÍDICA DICHA NORMA.

La Constitución Política tiene una noción de “norma jurídica” de 3 criterios: el criterio objetivo, el subjetivo y el formal. Es decir, que una norma para que sea JURÍDICA debe cumplir esos 3 criterios de modo conjunto.

Pero el control de constitucionalidad que se pretendió establecer tiene una noción de “norma jurídica” de 4 criterios: el objetivo, el subjetivo, el formal y la constitucionalidad. Es decir, que una norma para que sea JURÍDICA debe cumplir, los 4 criterios de modo conjunto.

Con esta sencilla distinción se aclara todos los anteriores recovecos lingüísticos. Obviamente nunca se va a encontrar equivalencia entre nociones de normas jurídicas con distintos criterios, ya que en un caso bastará la existencia de 3 de ellos para considerar la oración como NORMA JURÍDICA, y en otros casos se requerirá la existencia de los 4 criterios para considerarla norma jurídica.

2) La noción de “control constitucional”: creador, autorizador o fiscal⁽⁶⁾

De continuar con esta solución, tendríamos que llegar al extremo de indicar que real, verdadera y válidamente una norma jurídica es NORMA JURÍDICA, hasta que tenga la autorización (¿?) constitucional, dado que con una autorización constitucional TODA NORMA será CONSTITUCIONAL y con ello también JURÍDICA. Para lo anterior, sería necesario también que existiera un órgano CONSTITUCIONAL que brinde tales aprobaciones.

(6) Hans Kelsen en su libro *La teoría pura del Derecho*, en su capítulo V, apartado 4, subapartado h) titulado “El conflicto entre normas de diferente grado” reseña justamente los casos de “antinormatividad” y su forma de solucionarla.

Pero lo que se encuentra en nuestra Constitución Política, es otro procedimiento. No existe ningún ÓRGANO CONSTITUCIONAL, distinto a la Asamblea Legislativa que establezca la CONSTITUCIONALIDAD de una norma jurídica, ni que brinde las autorizaciones a las normas emanadas de la Asamblea Legislativa para que sean JURÍDICAS. En realidad, basta con que una norma la emita la Asamblea Legislativa para que esta tenga validez y eficacia (una vez publicada). No requiere de otro requisito ni de otro órgano que la JURIDICE o CONSTITUCIONALICE. Por el contrario, exigir toda esa serie de requisitos y autorizaciones especiales es contrario a la misma Constitución, dado que ella no las establece.

Más aún, y con ello se demuestra el dilema existente. Aún en el caso de suponer que la Constitución Política autorice a otro órgano constitucional, distinto de la Asamblea Legislativa, para que bautice con la “constitucionalidad” a las normas jurídicas, en este caso hipotético, la pregunta salta a la mente: ¿entonces para qué tener un control de constitucionalidad?, si precisamente todo tipo de norma que ya pasó ese examen ya es CONSTITUCIONAL, ya es NORMA JURÍDICA VÁLIDA.

Esto quiere decir, que aunque se diera la existencia de un órgano constitucional (que actualmente no existe) que verifique ese requisito –la constitucionalidad–, aún en este caso, el control deja de ser necesario, dado que ya no se requiere un control.

En este caso particular, también la noción de control ha excedido los límites tradicionales, que antes de las reformas efectuadas en nuestro sistema jurídico, si se comprendían y respetaban, que era el hecho de que un CONTROL, no tiene el poder de ELIMINAR, NI REFORMAR, NI CREAR normas jurídicas. Simplemente de DENUNCIAR, o DECLARAR LA INAPLICABILIDAD de una norma jurídica, tal y como estaba señalado en el actual Código Procesal Civil.

En los alcances de tal atribución es donde ha existido confusiones. Ya que se ha tendido a creer que cuando se VALORA, se tiene otras potestades, como las de ELIMINAR.

Cuando se valora y se estipula la INCONSTITUCIONALIDAD de una norma, solamente se tiene la potestad de RECALCAR, CONSTATAR la falta de requisitos. Se emite solamente un JUICIO DE VALOR, UNA VALORACIÓN, una OPINIÓN. Pero la EMISIÓN de un JUICIO DE VALOR, es solamente eso, la constatación de la conveniencia o no de una norma con una directriz de constitucionalidad de dicha norma. Cuando

se emite un juicio de valor, no se tiende necesariamente a ELIMINAR el objeto valorado. Afirmar que sí es posible, es como decir, que porque una pintura sea FEA, ya tiene que desaparecer. Distinto es estipular que DEBE DE DESAPARECER, pero ello es OTRO juicio de valor.

Cuando se valora, es decir, se atribuye una cualidad a un objeto, este objeto no cambia, solo se le agrega algo más a la NOCION que de él se tiene. Cuando se dice que un rostro es bello, lo bello no está en el rostro, ya que el rostro tiene células, cierta estructura, pero no tiene “bello” dentro de sus componentes. Ni cuando se dice que un rostro es bello, lo “bello” no se le pega o agrega al rostro, no hay cambios visibles en él.

Cuando se dice que un rostro es bello, lo que sucede, es que a la IDEA de ese rostro que se aloja en nuestra cabeza, se le adiciona además la IDEA DE BELLO. Es decir, los cambios son mentales no son materiales.

Igual sucede con la valoración de INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA JURÍDICA.

Cuando se dice que una NORMA JURÍDICA es INCONSTITUCIONAL, lo INCONSTITUCIONAL NO ESTÁ EN LA NORMA JURÍDICA, ya que LA NORMA JURÍDICA es una parte TINTA EN EL PAPEL y OTRA PARTE CONTENIDO MENTAL, pero no se le agrega MÁS TINTA, NI MÁS COMPLEMENTOS DIRECTOS, O VERBOS O SUSTANTIVOS dentro de sus componentes. Ni cuando se dice que una NORMA JURÍDICA es INCONSTITUCIONAL, lo “INCONSTITUCIONAL” no se le pega o agrega a la NORMA, no hay cambios visibles en ella.

Cuando se dice que una NORMA JURÍDICA es INCONSTITUCIONAL, lo que sucede, es que a la IDEA de esa NORMA JURÍDICA que se aloja en nuestra cabeza, se le adiciona además la IDEA DE INCONSTITUCIONAL. Es decir, los cambios son mentales no son materiales.

Pero una NORMA JURÍDICA, a diferencia de otros tipos de normas, sí requieren cambios materiales, para que deje de existir, y estos cambios materiales (visibles, perceptibles, no solo mentales), son las ACCIONES CONCRETAS DEL ÓRGANO ENCARGADO DE ELIMINARLA, siguiendo ALGÚN TIPO DE PROCEDIMIENTO.

Con toda esta explicación, lo que quiero decir, es que con solamente valorar, no se puede pretender, como lo ha hecho la Sala Constitucional, que también pueda ELIMINAR NORMAS JURÍDICAS.

La Sala Constitucional solamente puede VALORAR Y DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA JURÍDICA. NO puede ELIMINARLA. Ya que VALORAR Y MANIFESTAR LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, son acciones DISTINTAS a ELIMINAR. VALORAR es una operación mental, una apreciación mental que requiere la comparación de una norma con un patrón básico de constitucionalidad. DECLARAR: es manifestar el resultado del proceso, es decir, comunicar la valoración. ELIMINAR: no es una operación mental, ni es manifestar algo, es un hacer activo, es realizar movimientos corporales, conductas para que deje de existir una norma.

VALORAR Y ELIMINAR, son acciones completamente distintas. Y a la Sala Constitucional solo le está autorizado constitucionalmente DECLARAR la VALORACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA. NO le está autorizado ELIMINARLA, ya que hacerlo significaría invadir las competencias del PRIMER PODER DE LA REPÚBLICA: LA ASAMBLEA LEGISLATIVA.

Si un CONTROL asume funciones como las que tiene el mismo órgano creador, en este caso la Asamblea Legislativa, este CONTROL se está convirtiendo en una INSTANCIA SUPERIOR con las atribuciones de la Asamblea Legislativa. Y en la práctica, aunque así no esté estipulado en la CONSTITUCIÓN POLÍTICA, es el órgano constitucional encargado de autorizar la EXISTENCIA Y VIGENCIA de las normas jurídicas.

B) El dilema de la noción de “constitucionalidad”

Con estas explicaciones llegamos al punto clave de toda la discusión y es el hecho de que en realidad, nuestro control de constitucionalidad tiene una serie de confusiones conceptuales, no solo con respecto a la 1) NOCIÓN DE NORMA JURÍDICA, anteriormente explicada, y de 2) CONTROL CONSTITUCIONAL sino también sobre: 3) LA CONSTITUCIONALIDAD.

En nuestro “sistema” de control constitucional, se manifiesta el manejo de un concepto de CONSTITUCIONALIDAD completamente erróneo y que lleva a paradojas.

Observemos el siguiente ejemplo análogo.

- a) Un abogado dijo: “De conformidad con el artículo 128 de la Ley General de la Administración Pública, el acto administrativo

conforme al ordenamiento jurídico es válido. De acuerdo al artículo 158 inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública, el acto administrativo que no esté conforme con el ordenamiento jurídico es inválido. No entiendo estas normas. Si un acto es conforme al ordenamiento jurídico, es decir, no lo contradice, es válido. Si contradice o choca con el ordenamiento jurídico si es inválido. El asunto es que si un acto choca contra el ordenamiento jurídico es inválido, pero a la vez deja de ser un acto, verdad? Ya que la existencia de un acto depende de su validez; válido significa que cumpla todos los requisitos. Si no cumple todos los requisitos, es inválido. Pero si es inválido, deja de ser acto. Por ende, no puedo decir que es inválido, porque solo a los actos puedo yo calificarlos de válidos o inválidos. Si no es acto, no puedo decir que sea válido o inválido. Si es un acto, puedo decir que es válido, pero cuando quiero decir que es inválido, el acto se me transforma y deja de ser acto, y para a no existir... ¿no entiendo el derecho?⁽⁷⁾

- b) Otro abogado dijo: “Ciertamente tienes razón. Igual sucede con los contratos. Si un contrato cumple todos los requisitos legales, se dice que es válido. Pero si no cumple con todos los requisitos se dice que es inválido. El asunto es que, cuando dijo que es inválido, porque no cumple algún requisito, ¡qué se yo!, como que le faltó la firma, se dice correctamente que no hubo contrato; y si no hubo contrato, entonces cómo puedo decir que es inválido un contrato que no es contrato?⁽⁸⁾
- c) En el artículo 350 del Código Penal se establece: “*Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario público o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos.*” Pero tal norma es ilógica, ya que una resolución válida solamente se funda en hechos verdaderos, si se funda en hechos falsos es nula y como tal inexistente, es decir, no es resolución, y si no es una resolución, la persona no puede ser

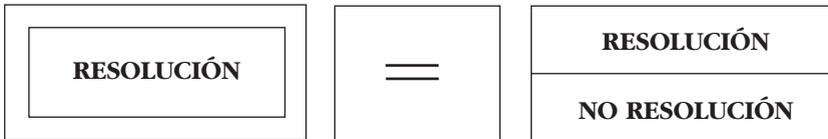
(7) Precisamente esta confusión da origen a las llamadas “Teoría de la nulidad del acto administrativo” en contraposición a la “Teoría de la inexistencia del acto administrativo”.

(8) Precisamente esta confusión da origen a las llamadas “Teoría de la nulidad del acto jurídico” en contraposición a la “Teoría de la inexistencia del acto jurídico”.

sancionada, dado que precisamente debe dictar alguna resolución, pero como una *“resolución fundada en hechos falsos”* curiosamente no es una resolución, nunca podrá ser sancionada.

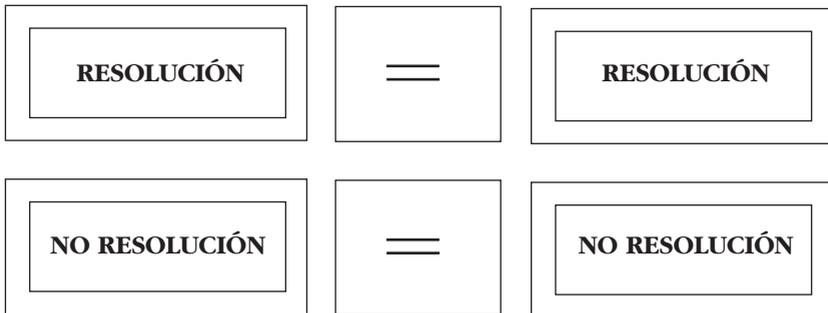
¿Lo afirmado anteriormente es cierto? Es cierto, y es un error conceptual. El problema es justamente tener un concepto como lo es el de “RESOLUCIONES” que abarca a la vez, tanto lo que SI ES UNA RESOLUCIÓN, como asimismo lo que NO ES UNA RESOLUCIÓN, por ello se contradice consigo misma, porque el concepto de “RESOLUCIÓN” SOLAMENTE DEBE TOMAR EN CUENTA LO QUE SÍ ES RESOLUCIÓN, y dejar de lado, en otro concepto, lo que NO ES RESOLUCIÓN.

Esquemáticamente:



Lo cual, evidentemente es un absurdo, la resolución es resolución, y la no resolución es justamente NO resolución.

Lo que significa que debe establecerse un esquema de otro tipo como el siguiente:

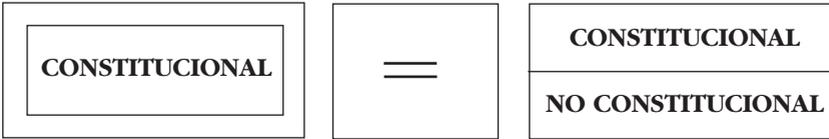


Y regular y sancionar, correctamente la NO RESOLUCIÓN. No tiene sentido lógico sancionar las RESOLUCIONES, si se supone que la resolución es el acto correcto, no el incorrecto. Si es un acto incorrecto, no debe llamarse resolución, sino inventarse un nombre, ubicársele en otro conjunto y sancionarse debidamente.

Igual situación acontece con los conceptos de “contratos”, “nulidad”, “acto administrativo”, “norma jurídica” y “constitucionalidad”.⁽⁹⁾

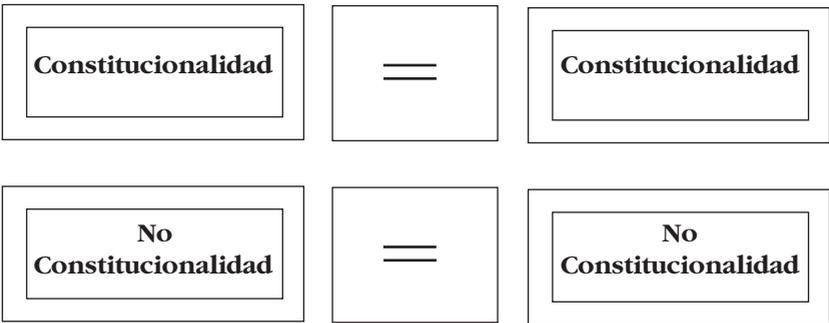
El problema es justamente tener un concepto como lo es el de “CONSTITUCIONALIDAD” que abarca a la vez, tanto lo que SI ES UNA NORMA JURÍDICA CONSTITUCIONAL, como asimismo lo que NO ES UNA NORMA JURÍDICA CONSTITUCIONAL, por ello se contradice consigo misma, porque el concepto de “CONSTITUCIONALIDAD” SOLAMENTE DEBE TOMAR EN CUENTA LO QUE SÍ ES CONSTITUCIONAL, y dejar de lado, en otro concepto, lo que NO ES CONSTITUCIONAL.

Esquemáticamente:



Lo cual, evidentemente es un absurdo, la constitucionalidad es la constitucional, y la no constitucionalidad es justamente la inconstitucionalidad.

Lo que significa que debe establece un esquema de otro tipo como el siguiente:



(9) Ver NAGEL (Ernest) y NEWMAN (James), *El Teorema de Gödel*, Madrid, Editorial TECNOS S.A., Segunda edición, 1994 (Traducción de Adolfo Martín del original en inglés “Gödel’s Proof”, New York, New York University Press, 1958; RUIZ ZÚÑIGA (Angel), *Matemática y Filosofía*, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, Primera edición, 1990.

Y regular y sancionar, correctamente la INCONSTITUCIONALIDAD. No tiene sentido lógico sancionar las NORMAS JURÍDICAS CONSTITUCIONALES, si se supone que la NORMA está correctamente aprobada, no está incorrecta. Si es una “norma” incorrecta, no debe llamarse también “norma jurídica”, sino inventarse un nombre, ubicársele en otro conjunto y sancionarse debidamente.

Esta serie de incoherencias y paradojas pueden tener una sencilla salida lógica, de la cual analizaremos la posible solución o disolución del problema en el próximo artículo titulado “La Lógica de la Constitucionalidad”.

BLANCA

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	9
Ensayos:	
El artículo 595 del Código Civil de Costa Rica: ¿Limitación a la libertad de testar? <i>Lic. Wilberth Arroyo Alvarez</i>	11
Planteamientos de un especialista en asuntos públicos sobre el proyecto de Ley Orgánica de la Administración Pública <i>Pb. D. Johnny Meoño Segura</i>	39
El derecho de autor ante las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en la economía del conocimiento <i>Licda. Alejandra Castro Bonilla</i>	77
Notas actuales sobre derecho de daños <i>Lic. Antonio Jacob Aldi MBA</i>	95
El refrendo contralor <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	123
Protección de los derechos fundamentales en materia electoral por parte del Tribunal Supremo de Elecciones <i>Lic. Luis Diego Brenes Villalobos</i>	139
El control de constitucionalidad en Costa Rica <i>Lic. Gustavo González Solano</i>	165

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
Apartado 75-1100
San José, Costa Rica
377213