

340

R

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO**

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS
93



**SAN JOSE, COSTA RICA
SETIEMBRE - DICIEMBRE
2000**



Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Colegio de Abogados
No. 93 - Cuatrimestral
setiembre - diciembre - 2000 - 160 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:

Lic. Juan Diego Castro Fernández (*Presidente*)

Lic. Fabio Oconitrillo Tenorio (*Secretario*)

Lic. Ricardo González Mora

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Alfredo Chirino Sánchez

Lic. Jorge Sáenz Carbonell

Lic. Federico Sosto López

PRESENTACION

En este número se publican investigaciones en el terreno del Derecho de Familia, Penal, Contratación Administrativa, Constitucional e Historia del Derecho. Además, se efectúan las reseñas bibliográficas respectivas.

El director y editor



LOS NUEVOS PARADIGMAS Y LOS DERECHOS DEL CONCEBIDO COMO PERSONA(*)

Dr. Víctor Pérez Vargas^()*

Catedrático Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Director Revista Judicial
de la Corte Suprema de Justicia

(*) Ponencia presentada en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina, setiembre 98. El autor agradece el apoyo de la Licda. Paula M. Lizano y de la egresada Rosemarie Mc Laren en la preparación de este trabajo.

SUMARIO:

- I. Perspectiva cultural y axiológica de los cambios paradigmáticos
 - II. Los paradigmas de las diversas épocas
 - III. Los paradigmas del siglo XX
 1. En física
 2. En comunicaciones
 3. En religión
 4. En psicología
 5. En lo político
 6. En materia ambiental
 7. En lo económico
 - IV. Los paradigmas en lo jurídico
 - V. Los paradigmas del Derecho Comparado
 1. Los codificadores latinoamericanos
 2. En el Derecho de Familia
 3. En materia de infancia
 - VI. La relación entre el concepto de persona y el reconocimiento de los valores fundamentales de la personalidad del niño (instrumentados mediante los derechos subjetivos y las demás situaciones jurídicas): situaciones jurídicas de las que es titular actual o potencial el concebido
 1. Aclaración terminológica
 2. El comienzo de la vida humana
 - VII. La capacidad jurídica del concebido
 - VIII. Los derechos del concebido
 1. Derechos subjetivos patrimoniales
 2. Derechos subjetivos personalísimos y familiares
 - a) Los derechos fundamentales
 - b) Los derechos familiares fundamentales
 - IX. Costa Rica. Nuevas disposiciones
 - X. Bibliografía
- Anexo: Voto 2306-00 Sala Constitucional

Señores y señoras, estimados amigos y amigas:

Agradezco a la Dra. Aída Kemelmajer y al Comité Organizador por la posibilidad que me han brindado de participar en este encuentro, continuador ya de una larga tradición.

Me referiré al tema de los derechos del concebido frente a la nueva tecnología, a la luz de los cambios y conflictos paradigmáticos de los cuales hoy somos testigos, aunque también protagonistas y, por ello, además, conductores de la historia, en esta época de globalización.

El tema debe tratarse dentro de una perspectiva totalizante, pero comparatista, pues el dinamismo de su evolución depende del conflicto de factores culturales, económicos, diferentes por derivar de opuestos sistemas de Derecho Comparado y diferentes tradicionales culturales, según veremos.

La materia que nos ocupa plantea cuestionamientos políticos como:

¿Acaso estar en el vientre materno o fuera de él en un tubo de ensayo acarrea alguna diferencia de humanidad?

¿Es más conveniente para un niño crecer en un hogar donde estén su padre y su madre o en una casa con uno solo de ellos?

¿Se encuentra, jerárquicamente, el derecho de todo ser humano a procrear sobre la vida de otros seres humanos indefensos, sin voz ni voto?

¿Queremos permitir los bancos anónimos de gametos, de embriones o, lo que es peor, de tejidos fetales?

¿Queremos abrirnos al libre mercado de la procreación y al libre comercio de gametos y embriones?

¿Queremos que se desarrolle en nuestros países el turismo procreativo?

¿Queremos legitimar a los prestadores de servicios procreativos ajenos a toda paternidad responsable, como los donantes de gametos o las madres sustitutas?

¿Queremos que el Estado destine los pocos recursos de que dispone para las costosas investigaciones que estas tecnologías requieren?

¿Queremos exonerar de responsabilidad a los médicos y auxiliares negligentes o que se excedan en el ejercicio de su profesión, en detrimento de seres humanos no nacidos?⁽¹⁾

(1) Ver ANTOS, Valeria, *Responsabilidad civil por daño genético*, en **Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica**, N° 73, 1998, ps. 21 y ss.

¿Queremos admitir la validez de los contratos de arrendamiento de vientre en aras de un derecho absoluto a la libre determinación, a la intimidad y a la absoluta libertad procreativa?

¿Queremos realmente que, para curar el mal de Parkinson de un anciano se sacrifique a un niño por nacer extrayéndose el tejido de su médula?

El tema es, fundamentalmente: “redefinición de valores”.

I. Perspectiva cultural y axiológica de los cambios paradigmáticos

La cultura es la inserción de valores humanos en la naturaleza, de valores éticos, estéticos, funcionales, jurídicos, etc. En la piedra se proyecta el espíritu del escultor, en la partitura el del músico, en el lienzo el del pintor, en el libro el del escritor, en las máquinas el valor funcional del inventor, en las leyes la valoración ética del jurista, en las costumbres el modo de ser de todo un pueblo. La cultura es un macrosistema dinámico de valores (éticos, estéticos, funcionales, etc).

Un paradigma es un modelo o un sistema de modelos culturales en cada uno de los campos del saber y quehacer humano.

Cada pueblo tiene formas particulares de expresión. Cada época es la manifestación de todo un modo de vivir la espiritualidad, de un esquema para conocer y percibir el universo, de una específica sensibilidad emotiva y de un particular modo de disfrutar de los bienes materiales. Cada uno de estos modos de afrontar el universo determina la existencia de sistemas sociales dinámicos conectados por un sinnúmero de vasos comunicantes.

En el mundo jurídico coexisten varios paradigmas, porque el Derecho integra en su seno todas las manifestaciones culturales: la literatura, las comunicaciones, el arte, la sociología, la biología, la economía, la física, la psicología y las demás ciencias. Los cambios en estos sectores de la cultura son, muchas veces, la “causa eficiente” (tal como la conceptualizó Aristóteles) de las mutaciones jurídicas. Nuevas formas de transporte plantean nuevos problemas jurídicos; nuevos modelos económicos exigen una diversa normativa; nuevas formas de comunicación exigen nuevas regulaciones; nuevas tecnologías genéticas obligan a la afirmación de los valores fundamentales de la personalidad y de los derechos para su tutela. El Derecho, inmerso en toda la vida social, es usualmente espejo, aunque puede ser también faro, de las transformaciones.

Los nuevos paradigmas requieren poner en marcha nuevas fuerzas, requieren de nuevas iniciativas y exigen una reformulación de los valores tradicionales y de los cauces para la conducta humana. "Se puede afirmar que la estampa de la sociedad y hombres actuales que nos presenta la modernización se caracteriza por una transición de un tipo de sociedad más tradicional a otro de sociedad más desarrollado, en la que los esquemas estructurales y los sistemas de valores han quedado profundamente afectados y modificados. La escala de valores éticos sufre también alteración, no sólo en cuanto que son desplazados del lugar absoluto y prioritario que tradicionalmente ocupaban, sino además en cuanto que son reinterpretados, llegando incluso a cambiar el signo de valor".⁽²⁾ Los lazos tradicionales dan paso a estructuras e instituciones más diversificadas. Estas transformaciones no siempre son súbitas; a menudo resultan de la maduración. El proceso es también acumulativo; de ahí la necesidad de una perspectiva de varias décadas para poder observar el cambio. El propio Kuhn admitió en sus escritos posteriores a su célebre obra sobre las revoluciones científicas que muchos cambios paradigmáticos son acumulativos.

C.4

340-R

No. 93

II. Los paradigmas de las diversas épocas

Set. Dic / 2000

La historia está repleta de cambios paradigmáticos, pues los sistemas de modelos culturales no son permanentes, sino que están en perpetua transformación.

Cada época se caracteriza por sus paradigmas. Los modelos de convivencia están ligados a el modo de pensar, querer y sentir de cada tiempo y lugar y a cada concepción del mundo.

Así, por ejemplo, en Occidente:

En la *Edad Media* son paradigmáticos el arte románico y el gótico expresados en las magníficas catedrales, el feudalismo y los gremios, los ideales de la caballería, los valores católicos y el universalismo de la "*Lex Mercatoria*", que configuraron los modelos de la época.

En la *Edad Moderna*: la formación de los Estados nacionales, el humanismo jurídico racionalista post-renacentista de Vázquez de Menchaca, Grocio y Puffendorf, con sus mil manifestaciones; el Derecho Natural que existiría, aunque Dios no existiese; la duda metódica cartesiana como supuesto método de llegar a la Verdad, las formas arquitectónicas, escultóricas, pictóricas y musicales del barroco, del

(2) ANDRUET, p. 802.

rococó y del neoclásico y la “diosa Razón” de los “ilustrados” del siglo XVIII.

En la *Edad Contemporánea* es necesario diferenciar entre la primera y la segunda mitad del siglo XIX: por un lado, la primera mitad, con sus ideales de libertad reflejados en toda la cultura: en las pinturas neo-barrocas de Gericault y en las románticas de Delacroix, con escenas de caballos en furias vertiginosas, de odaliscas orientales o de escabrosos mares, o los paisajes de Corot y Constable; la fuerza de las sinfonías de Beethoven; las afirmaciones de Espronceda en su *Canción del Pirata*, quien cantaba “ser su Dios, la Libertad, su Ley la fuerza y el viento, su única Patria, la mar”, las evasiones de Lord Byron, las Rimas y Leyendas de Bécquer, a la par del liberalismo político y económico, junto a una ciencia jurídica donde la Voluntad, la Libertad, la Autonomía Privada eran el eje de las relaciones jurídicas. Es la época del voluntarismo jurídico, cuyo máximo representante es Windscheid, para quien el derecho subjetivo era un “poder de la voluntad”, a quien Ihering opuso luego su metodología realista basada en el concepto de “interés”, al definir el derecho subjetivo como un interés legalmente protegido. También romántico fue Savigni y la Escuela Histórica, que hizo amplio uso del concepto de “*Volkgeist*” (espíritu del pueblo).

Por otro lado, el *Realismo positivista y socializante* de la segunda mitad del siglo XIX. se refleja, igualmente, en todos los ámbitos de la cultura: en la literatura naturalista de Zola; en la pintura realista de Courbet, en el vagón de tercera clase de Daumier, en el positivismo de Comte y en sus expresiones en Spencer y Darwin y en la reacción antiliberal, tanto de Marx y Engels, como de el Papa León XIII, en su Encíclica *Rerum Novarum* (“De las cosas nuevas”).

Los modelos culturales tienen así su reflejo jurídico.

III. Las paradigmas del siglo XX

En diversos campos, en este siglo, han ocurrido mutaciones paradigmáticas, que inmediatamente reclaman la atención del jurista:

1. *En Física*

Se abren paso nuevas hipótesis como la de la expansión universal a partir del “Big Bang”, especialmente en la obra de Hawking,⁽³⁾ a la que

(3) HAWKING, Stephen W. *A brief History of Time. From the big bang to the black holes*. Bantam Books, N.Y., 1989, ps. 9, 50, 54, 66, 105, 121, 131 y 140.

ya el propio Capra⁽⁴⁾ ha opuesto otra hipótesis de antiguo corte hinduista: el palpar del universo en constante diástole y sístole, en expansión y contracción, la respiración de Brahma en un universo palpitante como un ser orgánico vivo. Este modelo describe un universo oscilante, expandiéndose durante millones de años y luego contrayéndose...y luego expandiéndose de nuevo. La misma Filosofía del Derecho ha debido repensar acerca del orden inmanente o trascendente del universo. Resurge el Rta (orden cósmico) de los Vedas frente al Dharma, bajo nueva forma; *Diké*, de nuevo, es confrontada con el *Nomos*.

2. *En Comunicaciones*

Asistimos a una globalización jamás prevista. Hemos pasado de los aparatos de “*on* y *off*” al soñado mundo digital y de Internet. Hemos visto el surgir de nuevos problemas de tutela de la intimidad frente a los bancos de datos, de problemas de control (si es que es posible) de los flujos de información, de problemas de responsabilidad civil, jamás antes imaginados, por deficiente funcionamiento de programas de computación, de novedosas formas de ventas internacionales por medio de intercambio electrónico de datos, de nuevas interrogantes en materia de medios de transporte; en fin, los nuevos aportes tecnológicos se han convertido en reto para el jurista, los legisladores y los jueces.

Esta transformación globalizante en las comunicaciones ha exigido la formulación de nuevos efectos jurídicos en todos los campos.

3. *En Religión*

Resurge el ecumenismo; se produce un mayor acercamiento entre los cristianos y, al mismo tiempo, de éstos con otras manifestaciones religiosas, en particular de origen asiático, que son una realidad en nuestras ciudades en las que encontramos centros de Yoga, grupos budistas y academias de artes marciales y de danza oriental de profundo sentido religioso, como por ejemplo el Aikido y el Tai Chi.

Es evidente la existencia de una mayor tolerancia hacia otras creencias.

Esta mutación paradigmática ha abierto nuevas posibilidades de entendimiento entre los hombres.

(4) CAPRA, Fritjof, *The tao of physics*, Shambala, Boston, 1991, p. 198.

4. *En Psicología*

Las nuevas orientaciones conductistas, frente a los modelos tradicionales introspectivos, han abierto nuevas posibilidades en materia penitenciaria, de terapia conyugal y de solución de conflictos en general. En el segundo cuarto de este siglo el conductismo, cuyos orígenes se encuentran en Watson, fue el *paradigma de la psicología* en los Estados Unidos. El nuevo movimiento conductista generó mucha información sobre el aprendizaje que permitió a los nuevos psicólogos experimentales estadounidenses como Edward C. Tolman, Clark L. Hull, y B. F. Skinner formular sus teorías basadas en experimentos de laboratorio, más que en observaciones introspectivas.⁽⁵⁾

Hoy se abren paso, con gran fuerza, otras direcciones como la visión holística y el constructivismo.

5. *En lo político*

Hemos sido testigo del oscilar de un péndulo entre el totalitarismo comunista, nazi o fascista y el radical neoliberalismo, que vuelve a confiar en la supuesta mano invisible del mercado, que no es sino la ley de los peces o de la selva, el Derecho de Caliclés. Esta transformación paradigmática en proceso podrá conducir a puntos de equilibrio, donde no se exalte el nuevo Leviathán, pero tampoco el egoísmo individual, sino la participación de la persona en la comunidad.

Los horrores de la Segunda Guerra Mundial llevaron a una nueva afirmación del Derecho Natural y al cuestionamiento de los poderes públicos por sus actuaciones contrarias a los derechos humanos.⁽⁶⁾

Después de las atrocidades nazis se vuelve a afirmar la dignidad humana, en particular por medio de la difusión de las obras de Maritain y Mounier. Se supera el positivismo legalista; se reafirman internacionalmente los Derechos Humanos, mediante diversos instrumentos y toma fuerza todo un movimiento en su favor.

Muchos de estos emergentes valores han adquirido ya un sentido planetario; frente al relativismo axiológico positivista, se comienzan a

(5) V. SKINNER, B.F. *About Behaviorism*, Vintage Books, New York, 1976, p. 5 y ss.

(6) Ver VARGA, *Bioética*, p. 8.

perfilar valores con pretensiones de universalidad, que se proyectan en formas culturales comunes a todos los pueblos y se fundamentan en la dignidad humana.

6. *En materia ambiental*

Hemos visto preocupaciones por problemas de carácter mundial, como la capa de ozono, el cambio climático y la responsabilidad transfronteriza y espacial. Toda una nueva rama del Derecho se ha desarrollado como consecuencia de la constatación de estos nuevos problemas.

7. *En lo económico*

Se habla de apertura de fronteras, de comunidades regionales, de eliminación de aranceles, de liberalización y de privatización y a ello se enfrenta la protección del consumidor inmerso en esta ley de la selva y de la competencia. El paradigma económico neoliberal ha determinado en América Latina consecuencias negativas en los presupuestos públicos en los renglones de atención a los sectores de la población más necesitados y, entre éstos a los menores, según lo expresa la exposición de motivos del Código de la Niñez y la Adolescencia costarricense.

De este modo, asistimos a un proceso en el que, poco a poco las particularidades culturales de los diversos pueblos se empiezan a desvanecer y se teme por su aniquilación (como ocurre con muchos pueblos indígenas que se han visto invadidos por la llamada civilización), por lo que surgen fuertes corrientes que levantan la bandera del multiculturalismo y afirman el derecho a la diferencia.

IV. Los paradigmas en lo jurídico

Estos nuevos paradigmas que cambian la concepción del mundo son transformaciones radicales de criterio, liberación de esquemas superados, apertura hacia nuevos modelos de convivencia, que demandan nuevas respuestas jurídicas y un repensamiento de los valores tradicionales y de los instrumentos jurídicos (o sea situaciones jurídicas subjetivas) para su satisfacción.

El cambio es tanto en los institutos, entendidos como articulaciones de normas, como en las instituciones que, además de su

configuración jurídica, ofrecen una estructura social (como el sindicato, la familia, la cooperativa, la empresa, etc.).⁽⁷⁾ Ellos transforman la estructura social, entendida como “conjunto de relaciones cristalizadas en modelos relativamente establecidos”.⁽⁸⁾

Asistimos a un proceso de tendencias unificadoras, las que se dan especialmente en el Derecho Comercial por diversos medios, tales como leyes modelo, tratados internacionales, recopilaciones de usos y costumbres del comercio, códigos uniformes. Gran mérito en este proceso debe reconocerse a UNIDROIT, a UNCITRAL y los juristas italianos que han estudiado la unidad del sistema y la realidad del subsistema latinoamericano, detectando su unidad y especificidad en cuanto a valores y conceptos.

Estas tendencias unificadoras también se han manifestado en el derecho de la Niñez; sin embargo, el Derecho Comparado nos muestra la existencia de divergentes escalas de valores que impiden hablar de un nuevo paradigma global en estos momentos, en lo relativo al concebido y sus derechos.

V. Los paradigmas del Derecho Comparado

El Derecho Comparado puede ayudar a comprender el conflicto paradigmático entre los países del *Common Law* y los de tradición romano-canónica propia de la mayor parte de los países de Europa continental y América Latina.

El Profesor Francesco D. Busnelli⁽⁹⁾ ha puesto de relieve que la escogencia de fondo se presenta entre dos perspectivas constitucionales diferentes: por un lado, la perspectiva individualista anglosajona, en la que se afirma la relevancia prioritaria del derecho a buscar la propia felicidad, a la intimidad (*privacy*) y se privilegia la autonomía procreativa como su corolario necesario, salvaguardando como valor suprema la libertad; por otro lado, la perspectiva más bien Personalista y Comunitaria (en términos de las filosofías de Mounier y Maritain), propia de la mayor parte de las constituciones europeas, donde la *privacy* no es el valor cumbre y donde la cúspide del ordenamiento está en la dignidad humana y otros valores superiores, como la vida misma, de rango más

(7) RODRIGUEZ, Lino, 152.

(8) RODRÍGUEZ, p. 148.

(9) BUSNELLI, Francesco D. *Quali regole per la procreazione assistita?*

elevado que la intimidad,⁽¹⁰⁾ dándose en muchos casos relieve constitucional a la vida del concebido y a la familia. “La persona humana, por tanto, se constituye, en cuanto sujeto de derecho en centro y término de las relaciones jurídicas, en eje insustituible del Derecho”.⁽¹¹⁾

“Escapa también al mero ámbito de la ‘privacidad’ del individuo, tanto de quien experimenta como de sobre quien se realiza la experiencia, la discusión acerca de la licitud, moralidad, eticidad y juridicidad del experimento de la FIVET; compromete al todo social, ningún ámbito del mismo queda desvinculado...”.⁽¹²⁾

En nuestra época de globalización estas dos jerarquías de valores, de diferentes culturas jurídicas, luchan por la supremacía y se influyen recíprocamente.

En lo relativo al estado jurídico del concebido los dos paradigmas tienen causas eficientes diferentes. En el sistema anglosajón, los factores comerciales y tecnológicos parecen tener más peso que el mismo valor de la dignidad del concebido; ya se ha hablado hasta de un “turismo procreativo” y de un “libre comercio de servicios procreativos”. En los ordenamientos, donde los deseos no son derechos, ni los niños bienes de consumo,⁽¹³⁾ más bien se intenta preservar los resultados logrados mediante el Derecho Internacional en favor de la dignificación del hombre y en especial del Niño (en cualquiera de sus etapas de desarrollo) y se avanza en una creciente humanización.

De este línea participan los países latinoamericanos gracias a la común identidad cultural y a la coherencia axiológica y terminológica del subsistema, dentro del cual no todo lo técnicamente factible es permisible y no todo deseo es un poder.

1. *Los codificadores latinoamericanos*

En América Latina, los grandes codificadores, pero en especial Freitas, Vélez Sársfiel y Fernández Sessarego, se han preocupado por la dignificación del concebido como ser humano, desde su concepción.

(10) Así Busnelli, *op. cit.*, p. 24.

(11) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las Personas*, p. 15.

(12) ANDRUET, p. 807.

(13) En expresión de Garavaglia cit. por BUSNELLI, *op. cit.*, p. 3.

Para Freitas “no se concibe que haya ente susceptible de adquirir derechos sin que haya persona”.⁽¹⁴⁾ “¿Cómo hablaríamos de sus derechos si comenzamos afirmando que no existe el sujeto?”.⁽¹⁵⁾

“El Código Civil argentino proclama el principio de la personalidad jurídica del por nacer. La criatura humana, aún antes de haber nacido, ya es persona para el Derecho, ya es sujeto del Derecho, tiene personalidad jurídica y goza, por ende, de capacidad de derecho o de capacidad para la titularidad de los derechos civiles”⁽¹⁶⁾ “Tal originalidad se inspira en Freitas.”⁽¹⁷⁾

El Código Civil argentino reconoció, mucho antes de la Convención de Derechos del Niño, la personalidad del niño por nacer, apartándose en esto de muchas legislaciones.⁽¹⁸⁾

En Argentina, Vélez Sársfield (Código Civil de 1869) considera al “nascituro” como PERSONA YA EXISTENTE, usando el concepto de “personas por nacer”.

Vale la pena transcribir en parte sus notas:

“Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar”.

En Perú “el Título Primero, denominado *“Principio de la Persona”* norma la situación jurídica del concebido en cuanto sujeto autónomo de derecho y regula la eventualidad dada por el nacimiento...”⁽¹⁹⁾

2. *En el Derecho de Familia*

En el Derecho de Familia, hemos presenciado también todo un cambio paradigmático: hemos visto la transición desde la concepción autoritaria o piramidal de la familia hacia una concepción igualitaria de

(14) Cit. por LLOVERAS *et al.*, p. 64.

(15) BUTELER, *op. cit.*, p. 70.

(16) COCCA, p. 68.

(17) BUTELER, *op. cit.*, p. 68.

(18) LLOVERAS, p. 65.

(19) FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 26.

ésta; el paso del interés de la familia, inspirado en modelos corporativos, al interés de los menores, como interés prevaleciente; del interés de los adoptantes a tener hijos al interés del adoptado a tener padres.

3. *En materia de Infancia*

Hemos sido testigos de un acontecimiento jurídico histórico: la promulgación de la Convención de Derechos del Niño. Con ella se consolida un cambio paradigmático: el de la protección integral del niño (entendiéndose en ella por niño todo ser humano menor de 18 años, incluyéndose como niño también al concebido, no nacido todavía, de modo que también se de una protección integral desde el punto de vista cronológico).

“...el feto [...] desde la fecundación pertenece a la especie humana por su origen, por su misma composición y por su radical autonomía biológica y por el programa psicológico determinado por su código genético y además por sus primeras recepciones psíquicas”.⁽²⁰⁾

He dicho “se consolida” porque esta afirmación de los derechos de los niños cualquiera sea su edad, no ha sido una conquista súbita, sino producto de toda una paulatina transformación, que puede trazarse claramente a partir del Derecho Romano: desde el Antiguo Derecho, donde el “pater” tenía amplios poderes sobre el hijo (venderlo, abandonarlo), hasta el Derecho Clásico, cuando se dieron diversas disposiciones en las que se reconocen al hijo derechos sobre su persona y bienes.⁽²¹⁾ En este proceso, la codificación napoleónica tuvo un sentido involutivo al dotar de inmensas prerrogativas al padre y otorgarle gran fuerza sancionatoria sobre el hijo.

Este nuevo paradigma se ha venido afirmando, cada día más, en la legislación, doctrina y jurisprudencia desde hace varias décadas. Ya el llamado “Derecho de Menores” ha colocado al menor como “sujeto preferente de derecho”⁽²²⁾ y cada día se afirma más la autoridad de los

(20) COSSARI, p. 1.

(21) Ver JÖRS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, Labor, Barcelona, 1965, p. 410; FOIGNET, René, *Manual elemental de Derecho Romano*, Cajica, Pueblo, 1948, p. 44. ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, II, **Revista de Derecho Privado**, Madrid, 1963, p. 722 y BRY, Georges, *Nociones de Derecho Romano*, Imprenta Eléctrica, Bogotá, 1912, p. 39.

(22) Ver SAJON, Rafael, *Derecho de Menores. Aspectos sustantivos y adjetivos*. Conferencia; CALVENTO, Ubaldino, *Nuevas tendencias del derecho de Familia*. Conferencia en **Revista Judicial** de la Corte Suprema de Costa Rica.

progenitores como función. En Costa Rica ya la Constitución de 1949 hablaba del interés prevaleciente del menor, lo cual vino a afirmar la jurisprudencia, con anterioridad al propio Código de Familia de 1974.

En lo que atañe al concebido esta globalización tiene relieve en diversos aspectos:

- Nuevos descubrimientos sobre el ADN tornan obsoletas todas las discusiones sobre la admisibilidad de la prueba de marcadores sanguíneos en materia de investigación de paternidad.
- Toda una revolución genética ha provocado serias discusiones sobre los valores fundamentales de la personalidad y sobre el valor mismo de la vida humana, tanto que se ha desarrollado una nueva rama del conocimiento: la Bioética.
- En Biotecnología, la inseminación artificial, la fertilización *in vitro*, la transferencia de embriones al útero, la transferencia intra-tubárica de gametos, la congelación de embriones, la maternidad sustituta y la aplicación de la ingeniería genética en la reproducción humana.⁽²³⁾
- Expansión mundial de estas nuevas tecnologías en materia de inseminación artificial y de los llamados métodos de fecundación asistida.
- Aplicación generalizada de estas técnicas en la vida diaria (creación de centros de FIVET en diferentes países), a pesar del rechazo que ya han merecido de parte de los grupos pro-Vida.
- Debate a nivel mundial sobre temas conexos (ej. Clonación).
- Amplio y generalizado conocimiento de los hechos (experimentos, “éxitos” científicos, etc).
- Gran difusión de información especializada (un ejemplo de lo cual es el “Proyecto Genoma Humano”).⁽²⁴⁾

Muchos de estos nuevos conocimientos y experiencias son compartidos a nivel planetario; sin embargo, muchos de ellos lesionan derechos fundamentales del concebido, según veremos.

(23) Sobre estos temas v: NÉZER, Isis, *Trascendencia Jurídica de las nuevas tecnologías y de la investigación genética*, en *Congreso de Derecho de familia*, Caracas, p. 184.

(24) Ver sobre el tema, ANTOS, Valeria, *El Proyecto Genoma Humano*, en **Revista Judicial**, Nº 70, Corte Suprema de Justicia, San José.

VI. La relación entre el concepto de persona y el reconocimiento los valores fundamentales de la personalidad del niño (instrumentados mediante los derechos subjetivos y las demás situaciones jurídicas): situaciones jurídicas de las que es titular actual o potencial el concebido

1. *Aclaración terminológica*

He preferido utilizar la expresión concebido (aunque concebidos somos todos) en lugar de la extendida expresión “*nascituro*” que ha sido criticada, pues “la doctrina italiana ha utilizado la palabra “*nascituro*” con un significado genérico impropio (contrario a la etimología y al sentido común), o sea, no como idéntico a ‘concebido’, comprendiendo, en cambio, también los no concebidos”⁽²⁵⁾

2. *El comienzo de la vida humana*

Por más que se le dé vueltas al tema, siempre terminamos admitiendo que la vida humana comienza con la unión del óvulo y del espermatozoide. “Cada vez es más claro que el comienzo de la existencia de un nuevo ser se produce por la fusión de los gametos de sus progenitores, momento en que el que se constituye su programa genético o genoma”.⁽²⁶⁾ “La fecundación *in vitro* [...] no es más que una técnica empleada a veces para esquivar una dificultad en el encuentro entre el óvulo y el espermatozoide”.⁽²⁷⁾ “...la formación del ser humano comienza con la unión del óvulo y el espermatozoide. Desde ese momento existe una unidad orgánica, un organismo, un ser vivo, una persona”.⁽²⁸⁾

(25) CATALANO, *Diritto e persone*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 200; en relación con la polémica sobre la personalidad del concebido en Roma Ver FERNANDEZ SESSAREGO Y CATALANO, en *Derecho de las Personas*, Bogotá. Ver también: CIFUENTES, *Derechos personalísimos*, p. 44.

(26) Ver NÉZER, *op. cit.*, p. 185.

(27) LEJEUNE, p. 40.

(28) COCCA, p. 1135.

La ciencia ha sido con toda pulcritud la que ha demostrado no sólo, que desde el momento en que se confunde el esperma con el óvulo, se realiza propiamente la fecundación y comienza la existencia de una nueva vida, sino que también acredita que esa nueva vida posee una notoria autonomía...⁽²⁹⁾

La protección integral debe entenderse como tutela a lo largo de toda la existencia del niño, desde su concepción hasta los 18 años.

Frene a esto se escuchan los más arbitrarios criterios para determinar el inicio de la vida en un momento diferente al de la concepción y así justificar la eliminación de embriones. Estos criterios no son sino injustificadas discriminaciones sin razón de ser.

Entre los que se suelen esgrimir tenemos:

- *El criterio de la implantación del óvulo fecundado en la pared del útero:*

En algunos ordenamientos se admite la personalidad hasta que el concebido está en el seno materno.⁽³⁰⁾ El óvulo fecundado *in vitro* no llega a ser persona hasta que es implantado en una mujer. Esto es insuficiente. Nos oponemos a esta interpretación literal y gramatical de los textos. El Derecho requiere de una constante interpretación evolutiva o progresiva.

- *El criterio del comienzo de las ondas del cerebro:*

Sus defensores argumentan que tal embrión no puede sentir ningún dolor o placer y no tiene intereses (en el sentido de cosas deseadas o proyectadas), ya que un embrión no puede experimentar nada hasta que el sistema nervioso central empieza a desarrollarse, alrededor del decimoquinto día desde la fertilización.

- *El criterio de la diferenciación celular:*

Se ha dicho que antes de 14 días, las células de un embrión son *totipotent*, no se han diferenciado. Además, antes de ese tiempo una célula puede todavía dividirse, para formar una gemela idéntica; como consecuencia "lógica" se afirma que no es posible tratarlo como una persona individual.

Este criterio se basa en la concepción de gemelos y su posible fusión. Los embriólogos fijan la posible división a los 14 días a partir de

(29) Ver ANDRUET, p. 823.

(30) LLOVERAS, p. 75.

la concepción, tesis seguida en Inglaterra donde antes de esos 14 días es posible usar embriones para la investigación científica.⁽³¹⁾ La posible fusión puede ocurrir a las tres semanas. Argumentan que un Cigoto puede llegar a ser dos personas, o dos Cigotos pueden reducirse a uno y que mientras tal definición no se produzca no hay un ser humano irrevocable. La verdad es que esto sólo busca justificar el negocio con el más indefenso de los concebidos, con la vida humana más incipiente y débil, que sea como sea, es ya un organismo, un ser humano y esto fundamenta el deber de no exponerlo a riesgos y menos matarlo deliberadamente.⁽³²⁾

Los demás criterios son todavía menos sostenibles, entre ellos, el del movimiento del feto y el de la viabilidad.

Con estas ideas se rompe el continuo de la vida humana y al distinguirse entre el pre-embrión (¿cosa, acaso?) y el embrión (ser humano). La única ley europea que llega a hacer esta distinción es la nueva “destapada” ley española.⁽³³⁾ “No necesitamos ninguna subclase a la que llamar ‘pre-embrión’ porque no hay nada antes del embrión” .⁽³⁴⁾ Busnelli sostiene que este término despedaza la unidad conceptual del proceso vital.⁽³⁵⁾

Aquí, la cuestión política está en decidir si el ser humano es tal hasta alcanzar cierta (discutible) edad, o si se deben proteger sus intereses y derechos cualquiera sea el momento de su crecimiento.

VII. La capacidad jurídica del concebido

Digan lo que digan las leyes, la verdad es que en todo ordenamiento hay muchas disposiciones que otorgan al concebido la posibilidad de gozar de la titularidad actual de situaciones jurídicas. Esta posibilidad de ser destinatario de efectos jurídicos es precisamente la capacidad jurídica y en ella consiste el atributo fundamental de la personalidad en sentido jurídico.⁽³⁶⁾

(31) Cit. por BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 37.

(32) Así VARGA, p. 73.

(33) Cit. por BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 36.

(34) LEJEUNE, p. 44.

(35) BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 36.

(36) Ver FALZEA, Angelo, *Capacità, en Voci di Teoria generale del Diritto*, Giuffrè, ed. Milano, 1970 y en la *Enciclopedia del Diritto*.

Es, en el fondo, un reconocimiento de la dignidad e igualdad de todos los seres humanos.

Nadie niega hoy el derecho a la vida del concebido y en todo ordenamiento civilizado se sanciona el aborto. ¿Acaso este derecho a la vida no se le atribuye en forma actual? Lo mismo dígame de su integridad física, de su salud, de su propio nombre (ya que puede ser sujeto de reconocimiento o de investigación de paternidad). Todos estos son derechos que puede captar actualmente el concebido, de los que cuales puede ser titular.

Si la capacidad jurídica es la posibilidad de captar situaciones jurídicas (no sólo derechos subjetivos), aunque la ley diga que se adquiere con el nacimiento, la verdad es que ya antes de tal momento ese ser humano, ya desde que había sido concebido había sido destinatario (como sujeto, no como objeto) de las consecuencias jurídicas del ordenamiento. En conclusión: la capacidad jurídica acompaña al sujeto durante toda su existencia, desde la concepción. Es la capacidad de actuar, no la capacidad jurídica, la que puede sufrir transformaciones con la edad y la salud.

La doctrina mayoritariamente afirma la necesidad de respetar al Niño (nacido o no nacido, pero en todo caso “niño”, según el texto de la Convención de Derechos del Niño) en todos sus derechos, desde que se encuentra en el seno materno.

El nuevo paradigma de la protección integral exige la consideración del menor (desde la concepción hasta los 18 años) como ser humano (persona) en desarrollo.

También el nuevo paradigma exige que la tutela de la personalidad sea diferenciada según el grado de desarrollo del niño. La integralidad exige atender los requerimientos de cada etapa evolutiva, considerar el interés superior del niño como criterio de interpretación y afirmar su derecho a la familia, su derecho a un desarrollo integral y su derecho a ser protegido contra toda forma de agresión, discriminación y explotación.

El ser humano es un ser imperfecto, pero perfectible y lo es desde su concepción, con potencialidades específicas dependientes de su carga genética única.⁽⁴¹⁾

El criterio de humanización ha de encontrarse en la dignidad humana y en el respeto al desarrollo de las citadas potencialidades. La ciencia y la tecnología pueden ser humanizantes o deshumanizantes, según que acerquen o alejen al hombre de la realización de tales posibilidades.

(41) Para Cifuentes aquel es “ya criatura: tiene características propias, conformación somática que le pertenece, un destino moral y espiritual propio, diferente del de sus progenitores”, cit. por LLOVERAS *et al.*, p. 64.

VIII. Los derechos del concebido

Los diversos autores han hecho listas de los derechos del concebido; por ejemplo:

- 1) Adquirir bienes por donación
- 2) Adquirir bienes por herencia
- 3) Ser beneficiaria de una carga impuesta a una donación a otros heredero o legatario
- 4) Adquirir los derechos y obligaciones accesorios de los que adquiriera como principales
- 5) Reclamar alimentos
- 6) Reclamar la filiación
- 7) Ser beneficiario de indemnizaciones o pensiones
- 8) Ser beneficiario de estipulaciones en su favor (por ejemplo de un seguro de vida).⁽⁴²⁾

La lista no tendría fin puesto que el concebido es titular en parte actual y en buena parte potencial de todos los derechos posibles de cualquier ser humano.

Muchas son las situaciones jurídicas de las que es titular el concebido en modo actual: Podríamos clasificarlas en: patrimoniales y personales.

1. *Derechos subjetivos patrimoniales*

Tradicionalmente se ha afirmado la posibilidad de una titularidad potencial del concebido o de la persona “por nacer” (expectativa...?) en lo patrimonial (por ejemplo, en materia de donaciones o herencias) y se ha mencionado la existencia de una condición suspensiva, tesis a la que se opone el jurista peruano Carlos Fernández Sessarego, quien habla más bien de una condición resolutoria,⁽⁴³⁾ afirmando que el concebido es titular de situaciones actuales, no meramente potenciales y que éstas pueden resolverse si no nace vivo: el no nacer vivo funciona como una condición resolutoria, que elimina los efectos jurídicos. Desde otro punto de vista se ha afirmado que: “El concebido no es una persona bajo condición suspensiva ni resolutoria”,⁽⁴⁴⁾ aclarándose que la personalidad

(42) Así LLOVERAS, p. 69.

(43) FERNANDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas*, ob. cit., p. 28.

(44) LLOVERAS, p. 66.

no está condicionada, son los derechos nada más. Vega Mere ha aclarado que se trataría más bien de un caso de ineficacia sobreviniente, por cuanto la condición resolutoria es, más bien, un elemento accidental del negocio jurídico⁽⁴⁵⁾ y nada tiene que ver con el tema. Desde este punto de vista, lo que se produce es una eliminación sobreviniente de las consecuencias jurídicas de las situaciones patrimoniales.

Lo realmente interesante es que estos derechos le pueden ser tutelados en forma actual mediante la representación legal que ejercen sus padres. Sólo se puede representar a la persona que existe como tal. No hay nada potencial en esta representación, “aunque no existan bienes, pues el representante es necesario y permanente, su responsabilidad es independiente de la existencia de bienes”.⁽⁴⁶⁾

2. *Derechos subjetivos personalísimos y familiares*

a) *Los derechos fundamentales*

Deben verse como valores fundamentales de la personalidad que tienen en el Ordenamiento medios de tutela, que son situaciones jurídicas específicas (derechos, sujeciones, potestades, cargas, etc.).

EL VALOR JURIDICO DE LA VIDA DEL CONCEBIDO

El nuevo paradigma de la protección integral exige considerar al concebido como un niño en sus primeras etapas de desarrollo, que merece, por su condición especial un tratamiento jurídico especial.

Recordemos que entre las personas por nacer y las personas de existencia visible lo único que hay es una diferencia de etapa de desarrollo, se trata de diferentes etapas de las llamadas “personas naturales”.⁽⁴⁷⁾

“Las personas por nacer y las ‘personas físicas’ conforman dos etapas de la existencia de las que llamamos «personas naturales»”.⁽⁴⁸⁾

(45) VEGA MERE, Yuri, *Personas naturales*, en *Diez años del Código Civil peruano*, Universidad de Lima, Tomo I, p. 51.

(46) Así en LLOVERAS, p. 70, ver también BUTELER, *ob. cit.*, p. 68.

(47) Ver LLOVERAS, p. 64.

(48) LLOVERAS, p. 79.

“El derecho a la vida no se encuentra tarifado de acuerdo con la edad del que se protege...”⁽⁴⁹⁾

Aparentemente en favor de la vida, pero en la práctica y en las estadísticas contrarias a ella, tenemos las realidades de la fecundación “*in vitro*” y de la transferencia embrionaria, que casi siempre, de paso, dejan morir seres humanos no implantados o que se implantan en demasía, con conciencia de la poca viabilidad de la mayoría de ellos. La transferencia embrionaria, en la que se desecha un alto porcentaje de embriones humanos no implantados, o implantados en exceso, en el seno materno, atenta contra el derecho a la vida de estos seres humanos, ya portadores de una individualidad y de una carga vital propia.

Debe reconocerse que estas técnicas se han venido practicando con el fin de ayudar a mujeres estériles a tener hijos propios.

Así, a pesar de un bloqueo en las Trompas de Falopio, es posible sacar los óvulos del ovario, por medios quirúrgicos, para facilitar la fecundación “*in vitro*”. Este procedimiento tiene como base los trabajos de los doctores Edwards y Steptoe y se ha desarrollado en centenares de clínicas.

Sin embargo, todavía la tasa de embarazos satisfactorios por medio de la FIV sigue siendo muy baja, lo cual significa que muchos terminan en abortos “espontáneos”.

En el *Congreso Internacional de Helsinki* de 1985 se hizo ver que para el logro de 600 nacimientos, se hicieron fecundar 124.585 óvulos⁽⁵⁰⁾... ¡masacre! (no hay otra palabra).

Las implicaciones de esta técnica podrían desarrollarse en diversos peligrosos sentidos, como la venta de óvulos a mujeres estériles. Los bancos comerciales de óvulos serían la contrapartida de los bancos de semen ya existentes.⁽⁵¹⁾ Por lo pronto, la cesión de óvulos para experimentos es ya una realidad.

Como producto de las investigaciones del doctor Seed, en Chicago, se inicia una técnica para pasar un embrión del útero de una mujer al de otra. Por ejemplo: el semen del esposo de una mujer estéril se usa para inseminar a una donante. Si la donante concibe, cinco días más tarde se saca el óvulo fecundado de su útero y se implanta en el útero de la señora estéril.

(49) ANDRUET, p. 830.

(50) NÉZER, *ob. cit.*

(51) VARGA, p. 113.

Contra este derecho elemental a la vida se desarrolla en la vida social el constante y aleatorio método de la transferencia embrionaria, que de paso deja muchos cadáveres de niños por nacer, porque la verdad es que en la práctica se sabe que no serán viables todos los óvulos que se fecundan artificialmente.

Contra este derecho elemental a la vida se desarrolla la práctica del congelamiento y descongelamiento de embriones, para su eventual –literal– “liquidación en alcohol” (léase: asesinato) , como ocurrió en Inglaterra hace poco, a pesar de la protesta del mundo entero y a pesar de que había ofertas de madres adoptantes.

El derecho a la vida exige que sea absolutamente prohibida y sancionada penalmente la producción artificial de embriones con un fin diverso a su pronta implantación en el seno materno o de embriones supernumerarios para escoger cuál o cuáles se implanta o para implantar varios a sabiendas estadísticas de que morirán algunos para que nazca su hermano póstumo. Igualmente, sería inadmisibles utilizar a estos seres humanos para experimentos, para producción de repuestos de órganos, para fabricación de cosméticos o para ser simplemente botados a la basura. Como niño y persona su vida merece pleno respeto. El Código de la Familia panameño de 1994 es contundente y fiel al nuevo paradigma de la Convención: Art 484: “El presente Libro regula los derechos y garantías del menor, entendiéndose como tal, a todo ser humano desde su concepción hasta la edad de dieciocho años”. Agrega: art 489: “Todo menor tiene derecho a la protección de su vida prenatal”.

Cabe agregar que la criocongelación de embriones suspende el ejercicio del derecho a la vida.⁽⁵²⁾

Es en tutela de este derecho a la vida que existen normas reguladoras del mismo descanso pre-parto en materia laboral.

DERECHO A LA SALUD Y A LA INTEGRIDAD FISICA Y PSIQUICA

Todos los procedimientos artificiales de fecundación asistida ponen en peligro la salud. No hay ninguna certeza de que un descongelamiento de embriones no dañe la futura salud de este ser humano. No puede negarse, además, el riesgo de malformaciones procedentes de la congelación y descongelación de embriones.

(52) LOPEZ ROJAS, Carla y TENORIO JARA, Adriana, *Derechos del concebido*, Facultad de derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1998, p. 43.

DERECHO AL AMBIENTE SANO

¿Es, acaso, un tubo de ensayo el ambiente sano a que se refiere la Sala Constitucional costarricense, como un derecho fundamental derivado directamente de la protección constitucional a la vida humana?

Es evidente que éste no es el ambiente natural para el desarrollo del embrión. Está comprobado que en un medio artificial los riesgos ambientales se multiplican, por ejemplo, por efecto de nutrientes artificiales, agentes físicos y elementos químicos diversos con que entra en contacto el embrión.

DERECHO A SU PROPIA IDENTIDAD

El ser humano tiene derecho a ser sí mismo, a conocer su origen y a moldear su propia identidad.

Contra este derecho se intenta tener el poder sobre la identidad genética de los concebidos. ESTE DERECHO SE OPONE A TODA MANIPULACIÓN, NO TERAPÉUTICA.

Con abierto irrespeto de este derecho se observa la creación de bancos anónimos de gametos y se pretende impedir al niño conocer a su padre genético, mediante tal anonimato.⁽⁵³⁾ Estos bancos de semen o de óvulos atentan contra el derecho a la identidad,⁽⁵⁴⁾ el derecho a saber quiénes son los propios padres, el derecho a conocer el propio origen genético y el derecho de tener la certeza de no contraer un matrimonio consanguíneo.

Aunque algunos afirman la necesidad del anonimato en la donación (en realidad, venta) de gametos para proteger la unidad de la familia, la verdad es que la familia como tal no es ningún ser de carne y hueso, como sí lo es el niño, cuyos intereses deben prevalecer.

Contra este derecho se desarrollan en la vida real bancos de donantes anónimos.

El derecho a conocer el propio origen genético es fundamental.⁽⁵⁵⁾ Países tradicionalmente liberales en ética han emitido reglas contra las donaciones anónimas de gametos; así ha ocurrido en Suecia, Suiza y Austria.

(53) Ver NÉZER, Isis, p. 189.

(54) Ver FERNANDEZ SESSAREGO.

(55) Ver BUSNELLI, p. 5.

La inseminación artificial con semen de un donante anónimo, plantea diversos cuestionamientos éticos.

Si se busca semen de alguna categoría de hombres (hay muchos Bancos de semen de personalidades famosas), los propósitos eugenésicos pueden resultar aberrantes.

Si se trata de cualquier donante anónimo, podrían surgir problemas hasta de matrimonios entre hermanos consanguíneos. “Poca o ninguna información se consigue sobre la historia genética o del peligro genético del donante, dada la escasas conservación de registros.

“Si la inseminación artificial por donante anónimo termina en una enfermedad genética, no es posible identificar la fuente de la muestra (el donante) y es posible que se vuelva a usar su semen exponiendo a otro niño a la misma enfermedad”.⁽⁵⁶⁾

Contra este derecho a la propia identidad también se vislumbra la clonación.

Con esta técnica “el hombre es reducido a simple medio para conseguir fines sociales o para satisfacer caprichos de personas particulares”.⁽⁵⁷⁾ La clonación es tal vez uno de los mayores atentados al derecho a la propia identidad.

Actualmente, es posible producir mediante esta técnica animales gemelos idénticos. Un embrión en una fase de desarrollo temprana es extraído del útero y se divide. Luego, cada parte se implanta por separado en un útero sustituto. Algunos mamíferos como ratones y ovejas se han obtenido de este modo. Otro método se basa en la posibilidad de tomar de una célula un núcleo con la dotación completa de cromosomas, e introducirlo en un huevo fecundado cuyo núcleo se extrae, como ya ha anunciado que lo hará el citado Dr. Seed utilizando un óvulo y el vientre de su esposa. La división del huevo supone la división del núcleo y el núcleo descendiente, a su vez, puede ser inyectado en otros huevos. Después de varias transferencias, cada núcleo puede ser capaz de dirigir el desarrollo de los huevos en organismos completos, genéticamente idénticos al organismo del que se había obtenido el núcleo original. Por lo tanto, esta técnica de clonación es, en teoría, capaz de producir un gran número de individuos genéticamente idénticos. Con la clonación “se afecta el derecho a la propia identidad genética de que goza el individuo, es decir, el derecho a ser sí mismo y no una mera copia de otro individuo”.⁽⁵⁸⁾

(56) VARGA, *ob. cit.*

(57) VARGA, p. 134.

(58) ANDORNO, p. 111.

¿Queremos realmente la producción de seres humanos en serie?

La ingeniería genética, en sentido estricto, es “la intervención directa en la estructura genética de un ser viviente, la sustitución de genes, o el aumento de nuevos genes en el ‘código’ genético o ‘programación’ de un organismo”,⁽⁵⁹⁾ pero la manipulación genética, sin fines terapéuticos es una agresión al derecho a la identidad, porque “...el embrión, constituye una realidad radical distinta de la gestante con su propio código genético, que merece, por lo tanto, el respeto debido a una vida humana en gestación”.⁽⁶⁰⁾ Sin embargo, en terapia genética, hay progresos esperanzadores en lo que se refiere a la determinación de los genes defectuosos causantes de diversas enfermedades. La investigación científica llega a veces a superponer el interés social a la investigación sobre la dignidad humana del embrión, por lo que no debe olvidarse que la única admisible manipulación de la identidad genética ha de ser con fines terapéuticos y con certeza científica. Me refiero concretamente al caso en que sea posible modificar el gen portador de una enfermedad hereditaria.

b) *Los derechos familiares fundamentales*

Aquí luchan por su supremacía dos valores: el derecho a procrear que tiene todo ser humano y el derecho de todo niño a una paternidad responsable de sus progenitores.

Todo derecho tiene límites internos fuera de los cuales cualquier actuación debe considerarse exorbitante y abusiva. Frente a la absoluta libertad procreativa y al pretendido derecho de la madre gestante sobre el ser humano en su vientre, que ha llevado en otras latitudes a liberalizar el aborto, afirmado dentro del sistema de “*Common Law*”, se sostiene que también el derecho a procrear encuentra límites en los derechos del procreado a una familia, a una paternidad responsable y a su propia identidad.

DERECHO A UN HOGAR Y UNA FAMILIA

Toda persona tiene derecho a una familia donde se comparta su guarda, crianza y educación, para un adecuado balance de la influencia de las figuras paterna y materna y de un adecuado desarrollo e identificación con su rol sexual.

(59) VARGA, p. 137.

(60) VIDAL, cit. por HOOFT, p. 688.

Frente a este derecho se trata de afirmar la posibilidad de *inseminación artificial de mujeres solteras y la inseminación post-mortem que abre la posibilidad de implantar embriones, incluso muchos años después del fallecimiento de los que aportaron los gametos*. Igualmente grave se presenta la posibilidad de autorizar a hombres solteros a tener hijos, mediante la posibilidad de comprar un óvulo y de encargar el trabajo a una gestante, mediante el llamado contrato de *maternidad sustituta*.

La madre sustituta puede recibir el óvulo fecundado con el semen del marido, o puede ser "donante" del óvulo que será fertilizado con el semen del "contratante".⁽⁶¹⁾

Hemos llegado ya a la posibilidad de producir hijos por encargo, mediante contratos de alquiler de útero... Ya las señoras pueden (técnicamente) "librarse de las molestias del embarazo" por medio de una madre alquilada...

En estos casos el niño es un medio para satisfacer un deseo. La madre sustituta es un artículo comercial, una prestadora de servicios de gestación. La maternidad sustituta o arrendamiento de vientre atenta contra el derecho del niño a no ser cosificado como objeto en el comercio.

Ya en varias latitudes se ha declarado la nulidad de estos contratos (así por ejemplo en la Ley francesa).

Paralelamente, la posibilidad de *inseminación artificial de mujeres solteras y la inseminación post-mortem*, plantean un serio problema ético. Los defensores de estas ideas argumentan que el estado civil no puede ser criterio para discriminar en cuanto al derecho fundamental a procrear y que, de hecho, son muchos los hogares donde no existe la figura paterna y que en la realidad encontramos un verdadero "polimorfismo" familiar. Afirman que la familia tradicional (matrimonial o de hecho) compuesta por un hombre, una mujer y sus hijos, no es el único modelo de familia y que junto a ella existe la familia dirigida por un solo progenitor. El hecho, sociológicamente comprobable de hogares sin figura paterna o de uniones homosexuales, no es un argumento lógico para generalizar estas técnicas. Precisamente estas formas familiares, en muchos casos, son resultado de hogares rotos y no siempre se presentan como el modelo ideal para el crecimiento y educación equilibrada de un menor. De hecho hasta hay estadísticas que demuestran una correlación entre desintegración familiar y delincuencia.

(61) Ver NÉZER, *ob. cit.*, p. 186.

Esta ausencia de padre, aunque sea una realidad social, no es lo mejor para el menor. Este hecho social no justifica admitir que deliberadamente se traigan niños a hogares sin padre. En estos casos el donante se limita a vender su semen, eludiendo toda paternidad responsable.

Los nuevos paradigmas no surgen en forma pacífica. Así, estos derechos familiares del niño chocan abiertamente con el pretendido derecho a la maternidad de la mujer soltera, divorciada o viuda proclamado por las “partenogénofilas” y por el movimiento feminista norteamericano, que aducen que el estado civil no puede ser un criterio para discriminar a las mujeres ni para limitarles el derecho a ser madres. Se alega la existencia de los Convenios relativos a la no discriminación de las mujeres, pero igual rango formal tiene la Convención de Derechos del Niño y el Pacto de San José.

“...de conformidad con el Pacto de San José de Costa Rica no cabe duda de que conforme al ya mencionado artículo 4, la vida generada a partir de la unión de las células sexuales –gametos– aun mediante una fecundación extracorpórea, debe hallarse alcanzada por la protección al derecho a la vida que la Convención reconoce”.⁽⁶²⁾

La Convención Americana es muy clara y no hay mucha vuelta que darle: “Persona es todo ser humano” (artículo 20). ¿No es acaso, el concebido un ser humano?, puesto que cosa no es.⁽⁶³⁾

Aunque, en mi criterio, por más respetable que sea el derecho de la mujer a ser madre, o del hombre soltero a ser padre, este derecho no debe ir en contra de los intereses fundamentales de todo niño a un padre y a un hogar. ¿Por qué permitir la exposición de niños a una vida familiar anormal? Todo niño tiene derecho al ambiente familiar y a la imagen paterna y materna⁽⁶⁴⁾ para el adecuado y equilibrado desarrollo de su personalidad. Los cambios paradigmáticos exigen una re-jerarquización de valores, una decisión de tipo ético. La nueva Ley francesa N° 94654 de 29 de julio de 1994⁽⁶⁵⁾ reserva estas técnicas reproductivas asistidas a la pareja de un hombre y una mujer casados o por lo menos con dos años comprobados de unión de hecho, sobre la base de los estudios psicológicos que afirman la importancia para el menor, tanto de la madre,

(62) HOOFT, p. 688.

(63) Ver HOOFT, p. 689.

(64) Ver VARGA, p. 100.

(65) Cit. por BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 15.

como del padre, pronunciándose así esta ley en favor del modelo tradicional de familia. Llama la atención que Suecia, país tradicionalmente liberal en materia sexual, establezca claramente que el acceso a la fecundación artificial se limita a la cónyuges o convivientes heterosexuales,⁽⁶⁶⁾ en síntesis a la familia heterosexual estable.

La respuesta la irá dando en cada país la legislación y la jurisprudencia, bajo el impulso de las fuerzas sociales. Así por ejemplo, recientemente, en Costa Rica, por la presión de la Iglesia, se retiró un proyecto que autorizaba la inseminación de solteras, además de regular muchos aspectos, como fecundación asistida, experimentación con gametos humanos, bancos de semen, etc.

DERECHO A UN ADECUADO EJERCICIO DE LA AUTORIDAD PARENTAL

La "sujeción" a estas potestades (poderes-deberes) es otra situación de la que es titular actual.⁽⁶⁷⁾

La práctica de métodos de concepción asistida debe realizarse en el seno de una familia, para que el niño pueda recibir los cuidados que le deben tanto su padre como su madre.

El deseo de autodeterminación de una mujer soltera, que quiere ser dueña absoluta de su hijo, sin interferencias masculinas, choca gravemente contra el derecho de todo niño a recibir la influencia adecuada de la imagen paterna, condición casi necesaria para un adecuado desarrollo de su identidad sexual en la vida.

Se trata de poner en la balanza la supuesta libertad de procrear de todo ser humano, con los derechos del niño a que se ejerza sobre él una paternidad responsable, de parte de sus progenitores. Esta es la tendencia de la nueva ley sueca para responsabilizar la procreación.

DERECHO A SUS RELACIONES FAMILIARES

Muchas de estas nuevas técnicas alejan al menor, no sólo de su padre, sino de toda una serie de relaciones familiares.

(66) Cit. por BUSNELLI, *ob. cit.*

(67) Ver PINO, *Il Diritto di Famiglia*. Cedam, Padova, 1977, p. 200.

Ya en Psicología infantil se ha constatado que mientras más relaciones de cariño tenga un menor, mayor será su estabilidad emocional, sin que estas relaciones se conviertan en un vértigo migratorio.

La Ley costarricense establece, por ejemplo a favor de los abuelos un derecho de visita.

IX. COSTA RICA. Nuevas disposiciones

El nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia costarricense reconoce en su preámbulo como derechos fundamentales de la niñez (en orden de importancia): la salud (aunque creo que antes está la vida), la educación, participar en las decisiones de la familia, expresar opiniones y sentimientos propios, el ambiente sano, el descanso, la vida social, tener acceso a diversas opciones educativas, tener “privacidad” y respeto a su intimidad, libertad, reunión y asociación y el acceso a la información y educación sobre salud reproductiva; estos son derechos de todo niño.⁽⁶⁸⁾

La ley señala separadamente los derechos de los adolescentes. Esta distinción, ¿es acaso discriminatoria entre púberes o impúberes? ¡Claro que no! A cada uno lo suyo.

Del mismo modo, podemos pensar en disposiciones específicas para el no nacido, que no por esto van a ser discriminatorias.

Por supuesto que no puede haber aborto para el ya nacido; sería infanticidio u homicidio. Pero esta diversa regulación entre el aborto y el homicidio no significa discriminación entre dos categorías de personas.

Esta apreciación es importante para entender que *la palabra niño comprende diversas categorías, cada una de las cuales tiene derechos particulares: los concebidos, los impúberes, los adolescentes y si queremos, los jóvenes. Todos ellos entran, en cuanto sean menores de 18 años, dentro del concepto de “niño” de la Convención sobre Derechos del Niño.*

Estas disposiciones se aplican a las personas (por nacer o nacidas, debe entenderse) que no han llegado al umbral de la mayoría de edad, SIN DISCRIMINACION DE NINGUNA CLASE, —expresa el preámbulo de la ley costarricense— (exp. 12.839, Asamblea Legislativa).

Esta imposibilidad de discriminación es también por razones de edad. Tan humano es el que tiene algunos segundos de concebido, como cualquiera de nosotros.

(68) Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, Asamblea Legislativa. Ver Exposición de Motivos, p. 1.

X. Bibliografía

- ANDORNO, Roberto, *Clonación, fecundación in vitro y deshumanización de la procreación*, en CONGRESO INTERNACIONAL DE BIOÉTICA, Memorias, Universidad de La Sabana, Bogotá, julio 16 a 19 de 1997.
- ANDRUET, Armando (Ilustre Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba), *La eticidad en las ciencias médicas en general y en la fecundación "in vitro" en particular*. **Revista Jurídica, El Derecho**, Tomo, 127, pp. 801-830.
- ANTOS, Valeria, *El Proyecto Genoma Humano*, en **Revista Judicial**, Nº 70, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, 1998.
- , *Responsabilidad Civil por daño genético*, en **Revista Judicial**, Nº 73, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, 1998.
- ASTIGUETA, César, Algo más sobre el derecho a nacer. **Revista Jurídica, El Derecho**, Tomo 117.
- BORDA, Guillermo *¿El cadáver de una criatura nacida muerta, es jurídicamente una cosa?* **Revista Jurídica, La Ley**, tomo 1981-3.
- BUSNELLI, Francesco D. *Quali regole per la procreazione assistita?* Fotocopias.
- , *Código de la Familia*, Panamá, 1995.
- BUTELER, José. *Derecho Civil*, Parte General, Jano Ediciones, 2ª edición actualizada, Córdoba, 1987.
- CAPRA, Fritjof, *The tao of physics*, Shambala, Boston, 1991.
- CATALANO, Pierangelo, *Diritto e Persone*. Giappichelli, Torino, 1990.
- COCCA, Armando, *Nacer con dignidad (manipulación del embrión humano)*, **Revista Jurídica, La Ley**, Tomo 1984, Sección doctrina.
- CONGRESO VIII MUNDIAL SOBRE DERECHO DE FAMILIA, Memoria, Caracas, 1994.
- COSSARI, Nelson, *El embrión de probeta, su derecho a la personalidad y la protección de su vida*, **Revista Jurídica**, Rosario, R.A. 20-9-85.
- CUIÑAS RODRIGUEZ, Manuel, *Daños resarcibles derivados de la muerte de la persona por nacer*. **Revista Jurídica, La Ley**, 1997-3.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las Personas*, Studium, Lima, 1986.
- , *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- HAWKING, Stephen W. *A brief History of Time. From the big bang to the black holes*. Bantam Bokks, N.Y., 1989.

- HOOFT, Pedro Federico, (Juez en lo Penal en Mar del Plata), *Los derechos humanos ante el desarrollo de la ciencia y la técnica: la protección de la vida humana naciente*. **Revista Jurídica** "El Derecho", tomo 124.
- LEJEUNE, Jerome, (en declaraciones en un caso de custodia temporal de embriones) *¿Qué es el embrión humano?* Universidad de Navarra, Rialp, Madrid, 1993.
- LIZANO VAN DER LAAT, Paula M., y MOYA, Ana C., *La mujer en el contexto socio-jurídico romano*, Hermenéutica, Nº 4, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José.
- LLOVERAS DE RESK, BERTOLDI DE FORUCADE, BERGOGLIO, *Lecciones de Derecho Civil. Personas naturales y jurídicas*, Editorial Advocatus, Córdoba, R.A., 1990.
- LOPEZ ROJAS, Carla y TENORIO JARA, Adriana, *Derechos del concebido*. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1998.
- MOUNIER, Emmanuelle, *El Personalismo*, EUDEBA, Buenos Aires.
- NÉZER, Isis, *Trascendencia Jurídica de las nuevas tecnologías y de la investigación genética*, Congreso de Derecho de familia, Caracas.
- ORDOQUI, Gustavo, *Estatuto de los derechos de la personalidad*, Acali, Montevideo, 1984.
- ORGAZ, Alfredo, *Derecho Civil Argentino. Personas individuales*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1946.
- PEREZ, Alicia Viviana, *Daño resarcible por la vida del "nasciturus"*. **Revista Jurídica, La Ley**, Tomo 1994, 3.
- PINO, *Il Diritto di Famiglia*. Cedam, Padova, 1977.
- RODRIGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, Lino, *Abogacía y Derecho*.
- RODRIGUEZ VARELA, Alberto, *El Derecho a Nacer*, **Revista Jurídica, El Derecho**, tomo 96.
- SILVA RUIZ, Pedro F. *Derecho de Familia*, tomo II, Equity Publishing Co., New Hampshire.
- VARGA, Andrew, *Bioética, principales problemas*, Bogotá, 1994.
- VAZQUEZ FERREIRA, Roberto A., (reconocido constitucionalista, especialista en Derecho Público) *La defensa de la Constitución y el derecho a la vida*, **Revista Jurídica, La Ley**, tomo 1988-E.
- VEGA MERE, Yuri, *Personas Naturales, Diez Años del Código Civil peruano*, U. de Lima, Tomo I.

ANEXO

Exp.: 95-001734-0007-CO

Res.: 2000-02306

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas con veintiuno minutos del quince de marzo del dos mil.-

Acción de inconstitucionalidad promovida por Hermes Navarro Del Valle, portador de la cédula de identidad 1-618-937 contra el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, publicado en "La Gaceta" N° 45 del 3 de marzo de 1995.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 9:00 horas del 7 de abril de 1995 (folio 1), el accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad del Decreto N° 24029-S y aduce que la "Fecundación In vitro y Transferencia de Embriones" o FIVET es un servicio lucrativo, mediante el cual se procura implantar por métodos artificiales óvulos fecundados -en adelante "concebidos"- en el laboratorio dentro del útero de una mujer y así lograr embarazos cuando éstos son difíciles de lograr por la forma natural. El actor describe el procedimiento según varios estudios médicos. Afirma que en el IV Congreso de Fecundación In-Vitro, celebrado en Melbourne, Australia en noviembre de 1985, se dieron las siguientes cifras: entre 1982 y 1985 se realizaron en todo el mundo más de 30,000 tentativas de fecundación in-vitro con transferencia del concebido, de ellas nacieron 2,300 niños. El porcentaje de malformaciones en general fue mayor al registrado en la fecundación natural. Señala que a pesar del mayor dominio de la técnica, la FIVET está lejos de asegurar un embarazo, pues la tasa de éxito global está entre el 12% y el 20 % de los embarazos. En el Congreso de Helsinki, a finales de 1985, se dieron otras cifras: se indicó que de los 14.585 óvulos fecundados artificialmente, sólo llegaron a ser embriones viables 7,98 de los cuales se perdieron 6,624 y resultaron operativos 1,369 embarazos, de ellos se produjeron 628 abortos y unos 600 nacimientos. Indica que con esta técnica extracorpórea de reproducción humana se resuelven apenas el 17% de los casos de esterilidad de la pareja, porcentaje poco superior al de otros métodos como el microquirúrgico; la pérdida de embriones es, por tanto, elevadísima. Señala que por Decreto 24029-S se aprobó el Reglamento para las Técnicas de Reproducción Asistida que incluye la llamada Fecundación In Vitro, publicado el 3 de marzo de 1995 en el Diario Oficial La Gaceta N° 45. Este reglamenta la práctica de la Fecundación In Vitro en Costa Rica. Considera que no sólo la práctica generalizada de esta técnica violenta la vida humana, sino que por las características privadas y aisladas en que se desarrolla, sería de difícil implementación y control para el Estado, que no podría garantizar que se cumpla el procedimiento mencionado. El actor fundamenta la admisibilidad de

la acción en el artículo 75, párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, pues en el presente caso se trata de la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto, pues cualquier persona puede accionar en favor del derecho a la vida. Señaló que la Constitución Política, en su artículo 21, establece que la vida humana es inviolable, norma que tiene la amplitud necesaria para la protección de ese derecho. La vida inicia desde el momento de la fecundación, por lo tanto, cualquier eliminación o destrucción de concebidos –voluntaria o derivada de la impericia del médico o de la inexactitud de la técnica utilizada– resulta en una evidente violación al derecho a la vida humana, contenido en la norma constitucional antes citada. Señala que la Convención Americana de Derechos Humanos –aprobada por Ley N° 4534 del 23 de febrero de 1970– establece en su artículo 4 que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, derecho que estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Asimismo su artículo 1, inciso 2 establece que para los efectos de la Convención, persona es todo ser humano. La Convención aclara que para efectos de su articulado persona es todo ser humano, y ser humano se es desde el momento de fecundado el óvulo, por lo que considera que manifestar que se es ser humano en un lapso posterior a este hecho nos llevaría a volver a una etapa en la que el hombre determinaba quién tenía esa condición y quién era simplemente un objeto sin derechos. Indica que según un documento elaborado por la Sociedad Suiza de Bioética, el embrión humano posee la dignidad y los derechos fundamentales reconocidos al ser humano; no se puede atentar contra su integridad ni destruirlo, ya sea intencionalmente o por negligencia, agregando que conferirle al embrión un estatuto artificial, a medida de nuestros deseos, o de una ideología, o de las necesidades de la ciencia o de la sociedad, constituyen una corrupción inadmisibles de la razón. Tal documento señala que la ciencia y la técnica no se deben empeñar en una investigación que menosprecie la dignidad y los derechos fundamentales de un ser humano. Cita el actor el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Ley N° 4229 del 11 de diciembre de 1968 y afirma que el derecho a la vida es inherente a la persona humana, por lo tanto, no requiere de una ley para concederle dicho derecho, es suyo por el simple hecho de su humanidad. Como se dijo, los óvulos fecundados son personas humanas y tienen de por sí el derecho inherente a la vida, no requieren de una normativa para adquirir dicho derecho ni puede ningún reglamento, ley, o convención quitarle o disminuirle ese derecho a la vida. Cita también la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Ley N° 7184 del 18 de julio de 1990 y señala que de su preámbulo y artículo 6 se desprende que el niño –toda persona menor de 18 años, incluso antes de su nacimiento, desde la concepción– debe ser protegido. Menciona asimismo la protección que se consagra en el artículo 31 del Código Civil. Manifiesta que la Fecundación In vitro es un negocio y no una cura para una enfermedad ni un tratamiento de emergencia para salvar una vida –como los casos de aborto permitidos por el Código Penal–. Manifiesta que el decreto impugnado dispone en sus artículos 9 y 10 que está prohibida la fertilización in vitro de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento y el artículo 10 señala que todos los óvulos fecundados deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente,

quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones o preservarlos para la transferencia en ciclos subsecuentes de la paciente o de otras pacientes. A su juicio, pese a estas disposiciones, la simple manipulación de concebidos en un número aproximado de seis por madre, para que sobreviva por lo menos uno, infiere que cinco de ellos morirán para poder ganarle el juego a los porcentajes. Algunos aducen que en el proceso natural de reproducción también se pierden "concebidos", pero el defecto esencial de este argumento es que la producción técnica de efectos negativos no queda éticamente justificada por el hecho de que tales efectos puedan producirse por fallos o catástrofes naturales. Allí donde comienza la manipulación técnica por parte del hombre, entra en escena la responsabilidad ética del técnico. Manifiesta que otro problema de la técnica es la posibilidad de mantener concebidos congelados, y el hecho de que el decreto lo prohíba al final del artículo 10 no garantiza que no se practique, ya que podrían darse varias circunstancias, como que una vez concebidos, muera la madre por enfermedad o accidente antes de la implantación de los concebidos, o bien puede que la madre, sufra una complicación médica que impida el implante, como derrame cerebral, ataque al corazón, etc. Asimismo, puede que los progenitores tengan una riña, que tenga como resultado la negativa de la madre a dejarse introducir los concebidos o sea los hijos del marido en conflicto. Aún más preocupante sería definir en cada caso anterior, la situación legal del niño concebido. Señala que otra forma de fecundación permitida por el decreto en sus artículos 5 y 6 es la llamada fecundación artificial heteróloga, la cual se presenta cuando la fecundación del óvulo de la mujer casada se hace con el semen de un tercero. Este tipo de fecundación ha suscitado reparos, ya que se llega a la procreación con un componente genético extraño a los cónyuges. Los Códigos de Familia de Bolivia y Costa Rica –artículo 72–, establecen que la inseminación artificial con semen de un donante, con consentimiento del marido, equivale a la cohabitación para efectos de la filiación y la paternidad, no adquiriendo el tercero u obligación como padre. El decreto no precisa si el donante tiene derecho a permanecer anónimo, sin embargo, la Constitución en su artículo 53 garantiza el derecho de todo ser humano a saber quiénes son sus padres. Menciona además, los posibles efectos negativos en el desarrollo emocional del niño concebido mediante la técnica FIVET, a quien se le perturba el derecho a la intimidad, al convertirse en un divo, un emblema.

2.- Por resolución de las 13:50 horas del 16 de mayo de 1995 (folio 170), se le dio curso a la acción, confiriéndosele audiencia a la Procuraduría General de la República.

3.- Los edictos respectivos fueron publicados en los Boletines Judiciales números 121, 122 y 123, de los días 26, 27 y 28 de junio de 1995.

4.- La Procuraduría General de la República rindió su informe (folios 175 a 202) y considera que la acción es admisible pues es difícil encontrar en cabeza de una persona determinada la individualización de la lesión que pueda provocar el decreto que se impugna. Estamos además en presencia de un

interés difuso, como es el respeto a la vida, la salud y la dignidad humana. En cuanto al fondo, considera que el decreto es inconstitucional por violación al principio de reserva de ley, pues existe prohibición para que el Poder Ejecutivo, a través de un reglamento, de la clase que sea, regule en vía original y primaria el derecho a la vida y la dignidad humana. Pese a la evidente inconstitucionalidad del decreto cuestionado, considera la Procuraduría que es preciso hacer varias reflexiones sobre los aspectos planteados por el accionante, la primera de ellas es determinar si en el producto de la fecundación existe vida y, en su caso, la protección a esa vida y en concreto de vida humana en el producto. Se ha sostenido desde el punto de vista religioso, jurídico, ético e incluso biológico, que la vida comienza a partir de la concepción, de la unión de un gameto masculino con uno femenino, momento en que es individualizable una nueva vida desde el punto de vista genético. Sin embargo, este concepto es cuestionado por la ciencia médica, pues algunos señalan que la vida embrionaria comenzaría 14 días después de la fecundación y hasta ese momento, con su implantación, los primeros esbozos de tejido nervioso y con ello, la individualización. Esa consideración ha conducido a alguna doctrina y legislación extranjera a acuñar el término preembrión –por ejemplo en España la Ley Nº 35-1988 de 22 de noviembre de 1988–. Por ello, si el comienzo de la vida de un ser humano tuviese que ser definida, médicamente podría darse una definición que se aparte de la indicada. Si se desconoce la existencia de vida humana, surgen riesgos de experimentación y manipulación. Asimismo, podría cuestionarse la procedencia de una protección jurídica que restrinja o simplemente regule la manipulación de esa vida “no humana”. A juicio de la Procuraduría, del artículo 21 de la Constitución Política se desprende que desde el momento en que se determine que existe vida, se impone la protección constitucional. Poco importa que esa vida no se haya materializado en un ser humano, por el contrario, la protección se da desde su existencia en la forma más primigenia que sea. Podría discutirse que, al incorporar dicha norma, el constituyente tenía presente la vida a partir del nacimiento, sin embargo, cabe recordar que civilmente el concebido era ya objeto de protección jurídica bajo el Código Civil. Además, la Convención Americana de Derechos Humanos no da margen de duda en cuanto al hecho de que la protección a la vida anterior al nacimiento constituye un derecho fundamental –artículo 4–. La Convención se manifiesta expresamente porque existe vida humana a partir de la concepción, y, en virtud de la aprobación por Ley Nº 4534 de 23 de febrero de 1970, esa Convención tiene valor constitucional. En virtud de lo dispuesto en ese instrumento de Derechos Humanos, no podría discutirse en Costa Rica si el preembrión, el embrión, y con mucha mayor razón el feto, son titulares del derecho a la vida y que esa vida está constitucionalmente protegida. En ese sentido afirma la Procuraduría, que en caso de que el producto de la fecundación artificial sea eliminado o destruido voluntaria o involuntariamente, por ejemplo, por impericia del médico o por la inexactitud de la técnica utilizada, se daría una violación al derecho a la vida, sancionable en los términos que el ordenamiento establezca o llegue a establecer. Desde el punto de vista civil hay que recordar que el artículo 31 del Código Civil señala que toda persona se repute nacida para lo que le favorezca desde 300 días antes de su nacimiento, es decir antes de su concepción. En cuanto a las regulaciones del

decreto impugnado indicó el Órgano Asesor que su artículo 9 tiene por objeto evitar que preembriones o embriones puedan ser congelados o manipulados de cualquier otra forma, de allí que se prevea la implantación de todos los productos. En ese sentido puede considerarse que la disposición reglamentaria respeta la vida y la dignidad humana. Lo que puede discutirse es el número de óvulos que se permite sea fertilizado. No puede desconocerse que existe un gran riesgo de que la técnica fracase, sea porque no se dé la fertilización, o porque al implantarse el producto en la mujer sea rechazado, lo que hace necesario que se implante más de un óvulo. Sin embargo, si tomamos en cuenta que en otros ordenamientos se considera suficiente la fecundación de tres óvulos –Ley de Protección de Embriones de Alemania–, así como en Costa Rica no es posible la criocongelación, no se determina la razonabilidad de la disposición que contempla la posibilidad de fecundar hasta 6 óvulos, todos los cuales deberán ser implantados. Al respecto, un criterio es el contenido en la Ley Española en cuanto dispone que sólo pueden ser transferidos al útero “el número de embriones valorado desde el punto de vista científico como el más adecuado para asegurar razonablemente un embarazo” y es de esperar que el avance de la técnica determine la necesidad de implantar pocos embriones. Esa necesidad de apreciación técnica es importante sobre todo si se considera que el hecho de que no sobreviva el óvulo fecundado en el vientre de la madre puede ser considerado un microaborto y como allí hay vida humana, se plantea el problema de la protección jurídica en términos del objeto de la técnica en sí misma o, en el caso, la necesidad de definir por qué y para qué producir una fecundación –sea vida humana– si se sabe que no tendrá éxito. El artículo 10 prohíbe desechar o eliminar embriones o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes. El accionante estima que la norma no garantiza que no se mantengan concebidos congelados, lo cual abre la posibilidad de que se den situaciones como que muera la madre por enfermedad o en accidente antes de la implantación de los concebidos, caso en el cual quedarían huérfanos, o que a consecuencia de una disputa, la madre puede negarse a la implantación o que la estadía de los concebidos en la caja de cristal se prolongue porque la madre tenga una complicación médica. Tales eventualidades generarían problemas que no encuentran una respuesta en la sola prohibición contenida en esa norma.

Pareciera que en la hipótesis en que la implantación del óvulo fecundado no sea posible, o en caso de que sea necesario retardarla, el camino es la crioconservación –con todos los problemas jurídicos (respeto a la vida y dignidad humanas) éticos y científicos que implica o la eliminación pura y simple del embrión a pesar de lo dispuesto. En todo caso, estima la Procuraduría que ninguna de las soluciones indicadas se compagina con la dignidad que encierra la vida humana. La Fecundación In Vitro constituye una técnica para solucionar un problema, sea la infertilidad, en la medida en que el objeto de esa técnica se modifique, se desnaturaliza la técnica con el riesgo de atentar contra la vida y la dignidad humanas. Entre las conductas que se consideran contrarias a la dignidad humana están el aporte de un gameto en contraprestación de una suma de dinero, los contratos de madre sustituta, pre-adopción, etc., el decreto ejecutivo pretende evitar situaciones degradantes de la

condición humana en su artículo 12, norma acorde con el ordenamiento constitucional porque la libertad de disponer de sí mismo tiene como límite la propia dignidad humana. En cuanto a la posibilidad de que se realice la fecundación artificial heteróloga, la Procuraduría señala que existe un derecho fundamental a la familia, según se deriva del artículo 51 de la Carta Fundamental, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 7, 8, 9 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Relacionando ese derecho con la fecundación In Vitro, podríamos decir que todo niño tiene el derecho a nacer en el seno de una familia, así como a ser criado y educado por sus padres, por lo que la técnica debe desarrollarse tomando en cuenta este aspecto. Señala que debe tomarse en cuenta la protección que el ordenamiento otorga a la familia de hecho, tal y como lo ha puesto en evidencia la Sala en reiteradas sentencias. Pese a que existe un derecho a la privacidad en la relación marital, cuando esa relación trasciende lo externo y se refiere a valores como la vida y la dignidad humana, la intervención estatal se hace necesaria. No es posible aceptar que los padres tengan derecho a disponer del preembrión, embrión o feto, pues éste es un tercero que tiene derechos propios. En cuanto a la Fecundación in Vitro heteróloga, el Decreto pretende regularla, pero no se regula nada en cuanto a la identidad del donante, y establece que el donante no asume derecho ni responsabilidad alguna respecto del nacido. Se aplica una presunción de paternidad del esposo, lo que no excluye, eventualmente, la posibilidad de impugnación.

5.- El actor presentó el recurso de amparo N° 1149-E-96 contra la "práctica de la fecundación in vitro", por estimar que viola la vida humana. Por voto 1323-96 de las 10:42 horas del 22 de marzo de 1996 la Sala dispuso tener ese amparo como coadyuvancia en la acción de inconstitucionalidad N° 1734-95.

6.- La vista señalada en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se celebró el día 12 de junio de 1997, a las 9:10 horas, con la presencia de los señores magistrados Rodolfo Piza Escalante (quien presidió), Luis Fernando Solano Carrera, Carlos M. Arguedas Ramírez, Ana Virginia Calzada M., Adrián Vargas B., José Luis Molina Q. y Mauro Murillo A.; y el Procurador General Adjunto de la República, Farid Beirute Brenes, en compañía de la Dra. Magda Inés Rojas.

7.- Por resolución de las 13:30 horas del 30 de junio de 1997 se convocó a una audiencia a las partes y al Ministerio de Salud, a la Caja Costarricense de Seguro Social, al Colegio de Médicos y Cirujanos y al Instituto Costarricense de Infertilidad, con el fin de que expertos evacuaran dudas de los magistrados sobre la Técnica de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIVET). La audiencia se celebró a las 9:15 horas del 7 de agosto de 1997 con la presencia del Magistrado Rodolfo E. Piza Escalante, quien presidió y los Magistrados Luis Fernando Solano Carrera, Eduardo Sancho González, Ana Virginia Calzada Miranda, Adrián Vargas Benavides, José Luis Molina Quesada y Fernando Albertazzi Herrera. Se presentó el accionante Lic. Hermes Navarro del Valle,

acompañado de los doctores Marta Garza y Alejandro Leal Esquivel. En representación de la Procuraduría General de la República el Dr. Román Solís Zelaya, Procurador General, el Lic. Farid Beirute Brenes, Procurador Adjunto, la Doctora Magda Inés Rojas y el Doctor Francisco Fuster Alfaro. Acreditados por la Caja Costarricense de Seguro Social concurren los doctores Ricardo Slon Hitti y Hernán Collado Martínez; por parte del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica acudieron los doctores Gerardo Montiel Larios y Fernando Sánchez Arroyo y por el Instituto Costarricense de Infertilidad, el Doctor Gerardo Escalante López.

8.- En los procedimientos se ha cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado Piza Escalante; y,

Considerando:

I.- Sobre la admisibilidad. La acción es interpuesta por el recurrente en forma personal y directa y es admisible de conformidad con el artículo 75, párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Se cuestiona la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo 24029-S de 3 de febrero de 1995 por considerar que infringe dos valores fundamentales del ordenamiento jurídico, el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano. Frente al interés del accionante en impugnar el decreto que regula la Fertilización In Vitro, en la forma en que ha sido impugnada, no hay en el asunto interesado individual y directo en su eliminación, sino que lo que podría haber es, más bien, el interés de conservar la norma o ampliar su contenido con el fin de acceder a ella.

II.- Sobre el objeto de la acción: El decreto N° 24029-S del 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta N° 45 del 3 de marzo de 1995 autoriza en el artículo 1° la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, y establece reglas para su realización. En el artículo 2° define las técnicas de reproducción asistida como “todas aquellas técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio”. A continuación se transcriben las normas que regulan específicamente la técnica de fertilización in vitro, cuestionadas por el accionante.

“Artículo 9.- En casos de fertilización in vitro, queda absolutamente prohibida la fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento.

Artículo 10.- Todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento, deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes.

Artículo 11.- Quedan absolutamente prohibidas las maniobras de manipulación del código genético del embrión, así como toda forma de experimentación sobre el mismo.

Artículo 12.- Queda absolutamente prohibido comerciar con células germinales –óvulos y espermatozoides– para ser destinados a tratamiento de pacientes en técnicas de reproducción asistida, sean éstas homólogas o heterólogas.

Artículo 13.- El incumplimiento de las disposiciones aquí establecidas faculta al Ministerio de Salud para cancelar el permiso sanitario de funcionamiento y la acreditación otorgada al establecimiento en el que se cometió la infracción, debiendo remitirse el asunto en forma inmediata al Ministerio Público y al Colegio Profesional respectivo, para establecer las sanciones correspondientes.”

III.- Inconstitucionalidad por la forma del Decreto N° 24029-S por infracción del principio de reserva legal. *La reiterada jurisprudencia de este Tribunal –especialmente la sentencia 3550-92 de las 16:00 horas del 24 de noviembre de 1992– ha señalado que el principio de “reserva de ley” exige que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales –todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables–. Asimismo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su “contenido esencial” y que ni aun en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer; de donde resulta una nueva consecuencia esencial: que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley. A ésta están sujetas las regulaciones del derecho a la vida y la dignidad del ser humano, valores primordiales de la sociedad, cuyo respeto y protección da sentido a todos los demás derechos y libertades fundamentales en el Estado Democrático de Derecho. La regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resulta incompatible con el Derecho de la Constitución. En conclusión, el Decreto N° 24029-S impugnado es inconstitucional, en su totalidad, por violación del principio de reserva legal, y en consecuencia debe ser anulado.*

IV.- Inconstitucionalidad del Decreto N° 24029-S. *La Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia de Embriones.* Aduce, además, el actor que la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones regulada en el decreto impugnado violenta el derecho a la vida y la dignidad del ser humano. Para abordar el tema es preciso hacer una breve descripción de la técnica en cuestión, con base en los documentos aportados por las partes y la información recabada en la audiencia celebrada el 7 de agosto de 1997. Al respecto, debe indicarse que, primero, se recogen los gametos masculino o femenino, para lo que existen diversos métodos. Una vez conseguido esto, el o los óvulos se trasladan a un recipiente especial que actúa como incubadora, con un medio de cultivo similar al ambiente natural del ovario. En todos los sistemas, incluyendo el autorizado por el decreto que se cuestiona, se dan dos fenómenos: se excita artificialmente la producción de varios óvulos por la mujer y la fertilización se produce en un alto porcentaje de los óvulos. Fecundado el óvulo, el embrión se transfiere a un medio de cultivo para que inicie su división mitótica o desarrollo embrional. La transferencia del embrión se puede hacer por dos vías: transcervical y transcutánea. Finalizada la operación, la paciente permanece en el hospital un día y durante tres o cuatro días limita su actividad. A las dos semanas se realizan análisis de la concentración plasmática de la fracción beta de la HCG, con el fin de hacer un diagnóstico precoz de embarazo. Esta es la etapa más difícil del proceso y en la que se origina la mayoría de los fracasos, por ello los equipos médicos acostumbran transferir de tres a cuatro embriones al útero, siendo lo más generalizado no implantar más de cuatro por el riesgo de embarazo múltiple. Por lo general —aunque el Decreto lo prohíba— los huevos fertilizados que no se implantan en el útero de la mujer son desechados o mantenidos en congelación para su utilización futura.

V.- La protección constitucional del Derecho a la Vida y la Dignidad del ser humano: el inicio de la vida humana. Los derechos de la persona, en su dimensión vital, se refieren a la manifestación primigenia del ser humano: la vida. Sin la existencia humana es un sinsentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no solo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos. La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de su desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. Describen el desarrollo de la vida en este estadio inicial diciendo que el gameto —célula sexual o germinal llegada a la madurez, generalmente de número de cromosomas haploide, con vistas a asociarse con

otra célula del mismo origen para formar un nuevo vegetal o animal— se une con uno de sexo opuesto y forma un cigoto (que después se dividirá), luego un pre-embrión (hasta el día catorce tras la fecundación) y por último, un embrión (más allá del día catorce y en el momento de la diferenciación celular). Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva —primer esbozo del sistema nervioso—; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. Quienes sostienen esta posición afirman que no es sino hasta después del décimo a decimocuarto día posterior a la fecundación que comienza la vida, y que no está claro que un embrión humano sea un individuo único antes de ese momento. Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término preembrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. Se ha dicho que por inducción científica se tuvo conocimiento de la novedad de la “criatura única” desde hace más de cincuenta años, pero como la información escrita en la molécula ADN del cromosoma era diminuta, no fue aproximadamente hasta 1987 que esa suposición pasó a ser una realidad científicamente demostrable. Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica.

VI.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica y en nuestra Constitución Política. Del principio de inviolabilidad de la vida se derivan varios corolarios y derechos anexos. Entre ellos, cabe destacar que, como el derecho se declara a favor de todos, sin excepción, —cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho—, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto o de la restitución de la pena de muerte en los países en que ya no existe. La normativa internacional, sin ser muy prolija, establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana. A modo de enumeración, podemos decir que el valor vida humana encuentra protección normativa internacional en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y

Deberes del Hombre, –adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948 que afirma “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”–, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Pacto de San José, en el que el derecho a la vida tiene un reconocimiento y una protección mucho más elaborada. Persona es todo ser humano (artículo 1.2) y toda persona “tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (artículo 3), ambas normas del Pacto de San José. No existen seres humanos de distinta categoría jurídica, todos somos personas y lo primero que nuestra personalidad jurídica reclama de los demás es el reconocimiento del derecho a la vida, sin la cual la personalidad no podría ejercerse. Señala textualmente el Pacto de San José en su artículo 4.1:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

Este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a partir del momento de la concepción. Se prohíbe tajantemente importar la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno, de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley N° 7184 del 18 de julio de 1990, tutela el derecho a la vida en el artículo 6. Reconoce la personalidad del no nacido y en el párrafo 2 del Preámbulo señala que no se puede hacer distinción por razón alguna, entre las que menciona “el nacimiento”. Más adelante cita la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que otorga “debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Nuestro ordenamiento contempla en el artículo 21 de la Constitución Política que “la vida humana es inviolable”.

VII.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en la legislación costarricense. Legalmente, el artículo 31 del Código Civil establece que la existencia de la persona física comienza al nacer viva, pero inmediatamente indica que se le considera “nacida para todo lo que la favorezca, desde 300 días antes de su nacimiento”, con lo cual se le está reconociendo desde ese momento (la concepción) su status de persona. El Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 7739 de 6 de enero de 1998, se refiere los derechos que se estudian de la siguiente manera:

“Artículo 12. Derecho a la Vida. La persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción (...)”

El concepto de menor abarca tanto al niño como al adolescente, y la misma ley señala que "niño" se es "desde su concepción hasta sus 12 años".

"Artículo 13. Derecho a la protección estatal. La persona menor de edad tendrá el derecho de ser protegida por el Estado contra cualquier forma de abandono o abuso intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte el desarrollo integral".

El derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida no hay humanidad, ahora bien, como todo derecho, lo es en tanto que es exigible ante terceros. El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella –formulación negativa–, pero también a exigir de otros conductas positivas para conservarla. Esta conducta puede ser reclamada a profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud y a quien tenga incluso un deber genérico de asistencia. De las normas citadas y especialmente de los artículos 21 constitucional, 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se deriva claramente que la vida humana se protege desde la concepción, lo cual ya ha sido afirmado por esta Sala desde su jurisprudencia más temprana (voto 647-90). Esta es la segunda premisa con base en la cual se analizará la constitucionalidad de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIVET). Las normas citadas imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia.

VIII.- Conclusiones: A).- *La Sala circunscribe la cuestión al análisis de la técnica de fecundación in vitro en relación con el derecho a la vida y la dignidad del ser humano, por lo que omite pronunciamiento sobre los problemas atribuidos a tal técnica, en el sentido de que plantea serios inconvenientes cuya solución no está contemplada en las normas vigentes en Costa Rica, especialmente en el Derecho de Familia y el Derecho Penal. Este Tribunal acepta que los avances científicos y tecnológicos en el campo de la medicina, en general, tienden al mejoramiento de las condiciones de vida del ser humano. El desarrollo de técnicas de reproducción asistida han posibilitado que muchas parejas estériles alrededor del mundo consigan tener hijos. Sin embargo, es preciso cuestionarse si todo lo científicamente posible es compatible con las normas y principios que tutelan la vida humana, vigentes en Costa Rica, y, hasta qué punto, la persona humana admite ser objeto o resultado de un procedimiento técnico de producción. Cuando el objeto de la manipulación técnica es el ser humano, como en la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones el análisis debe superar el plano de lo técnicamente correcto o efectivo. Debe prevalecer el criterio ético que inspire los instrumentos de Derechos Humanos suscritos por nuestro país: el ser humano nunca puede ser tratado como un simple medio, pues es el único que vale por sí mismo y no*

en razón de otra cosa. Si hemos admitido que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto, debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano. Solamente la tesis contraria permitiría admitir que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e, incluso, desechado. El decreto prohíbe la selección de embriones, su congelamiento y eliminación, y la experimentación con estos seres humanos, a diferencia de la práctica común en el resto de los países del mundo –es muy ilustrativa la permisiva ley española “Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida” Nº 35/1988 de 22 de noviembre de 1988–, que en el artículo 11, párrafos tercero y cuarto, dispone:

“Los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los bancos autorizados, por un máximo de cinco años. 4. Pasados dos años de crioconservación de gametos o preembriones que no procedan de donantes, quedarán a disposición de los Bancos correspondientes.”

El artículo 12 dispone, por su parte:

“Toda intervención sobre el preembrión vivo, in vitro, con fines diagnósticos, no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas si ello es posible, o de desaconsejar su transferencia para procrear.”

El artículo 15 de esa ley permite la investigación o experimentación en preembriones vivos si se cuenta con el consentimiento escrito de las personas de las que proceden, y si no se desarrollan in vitro más allá de catorce días después de la fecundación del óvulo, descontando el tiempo en que pudieren haber estado crioconservados. Se permite la investigación en preembriones in vitro viables, si ésta es de carácter diagnóstico y con fines terapéuticos o preventivos, siempre que no se modifique el patrimonio genético no patológico. Finalmente, la ley española regula aún los casos en que puede investigarse en preembriones, con otros fines que no sean de comprobación de su viabilidad o diagnósticos.

IX. Conclusiones: B). - *En relación con lo expresado, cabe concluir que tales prácticas atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano. A juicio de este Tribunal no basta con establecer las restricciones que contiene el Decreto, pues la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, aún con ellas, atenta contra la vida humana. El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. Ha quedado claro a este Tribunal que durante la ejecución de la técnica FIVET, se transfieren al útero los embriones previamente fecundados en laboratorio a sabiendas de que la mayor parte de ellos está destinada a no generar un embarazo: no van a seguir una gestación normal,*

pues no se implantan, o bien se implantan pero su desarrollo se interrumpe a causa de un aborto espontáneo. No es casual que se intente fecundar más de un óvulo por ciclo, pues la transferencia de múltiples embriones al útero de la madre—generalmente no más de cuatro— aumenta las posibilidades de lograr un embarazo. La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. No es de recibo tampoco el argumento de que en circunstancias naturales también hay embriones que no llegan a implantarse o que aún logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la FIVET implica una manipulación consciente, voluntaria de las células reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar. Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Este Tribunal sabe que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos—voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta— viola su derecho a la vida, por lo que la Técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas. Salvan el voto los Magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda y declaran sin lugar la acción.

Por tanto:

Se declara con lugar la acción. Se anula por inconstitucional, el Decreto Ejecutivo N° 24029-S del 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta N° 45 del 3 de marzo de 1995. Esta declaratoria es retroactiva a la fecha de vigencia de la norma impugnada, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe. Notifíquese. Publíquese íntegramente esta sentencia en el Boletín Judicial. Reséñese el Diario Oficial "La Gaceta".

R. E. Piza E. Presidente/Luis Fernando Solano C./Luis Paulino Mora M./Eduardo Sancho G./Carlos M. Arguedas R./Ana Virginia Calzada M./Adrián Vargas B.

LOS MAGISTRADOS ARGUEDAS RAMIREZ Y CALZADA MIRANDA,
SALVAMOS EL VOTO Y DECLARAMOS SIN LUGAR LA ACCION, CON BASE EN LAS
CONSIDERACIONES QUE A CONTINUACION EXPONEMOS Y QUE REDACTA LA
ULTIMA:

I.- *La Técnica de Fecundación In Vitro, en los términos en que se regula en el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, no es incompatible con el derecho a la vida ni a la dignidad humana, sino que por el contrario, constituye un instrumento que la ciencia y la técnica han concedido al ser humano para favorecerla, ya que la infertilidad, a nuestro juicio, debe ser vista como la consecuencia de un estado genuino de enfermedad, por lo que debe ser atendida dentro de este contexto, a los efectos preventivos, diagnósticos y terapéuticos. Defendemos que el engendrado no nacido es sujeto de tutela en nuestro Estado de Derecho, conforme a la Constitución Política y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos –especialmente el Pacto de San José–, que le reconocen su derecho a la vida, a la dignidad y a recibir protección del Estado. En consecuencia, repudiamos que pueda ser manipulado con fines de experimentación, sometido a crioconservación o peor aún, que embriones humanos sean desechados en el laboratorio sin ser implantados en el útero de su madre. Las Técnicas de Reproducción Asistida, amplia gama de procedimientos que tienen como finalidad aumentar las posibilidades de concepción a través de un acercamiento entre óvulo y espermatozoide por diversos medios, se ofrecen como un medio para ejercer el legítimo ejercicio del derecho a la reproducción humana, que, aunque no está expresamente reconocido en nuestra Constitución Política, se deriva del derecho a la libertad y la autodeterminación, el derecho a la intimidad personal y familiar y la libertad para fundar una familia. El derecho a la reproducción involucra, a nuestro juicio, el propio derecho a la vida, ya no en su dimensión individual, sino en una colectiva: el derecho a contribuir a la preservación y continuidad de la especie humana. Tampoco compartimos la posición de la mayoría, en cuanto declare inconstitucional el Decreto N° 24029-S por infracción al principio de reserva legal, pues a nuestro juicio, la titularidad de estos derechos autoriza su ejercicio sin necesidad de que exista una regulación permisiva.*

II.- *El derecho a la reproducción, como derecho a la autodeterminación física, permite al sujeto acceder tanto a la reproducción natural, como valerse de las nuevas tecnologías reproductivas. Eso sí, con los límites ya mencionados, que tienden a proteger la integridad física y la vida del nuevo ser, así como la integridad no solo física, sino psíquica y social, de los pacientes que recurren a estos procedimientos, y que a nuestro juicio se plasman en el Decreto aquí debatido. Específicamente, los artículos 9 y 10 prohíben la fertilización de más de seis óvulos; obligan a implantar todos los que sean fecundados en el útero de la madre y proscriben su eliminación o conservación para ser utilizados en ciclos subsiguientes. Tales disposiciones protegen de forma suficiente el derecho a la vida y la dignidad de los no nacidos, pues de acuerdo con las opiniones técnicas que se han aportado a esta Acción de Inconstitucionalidad, raras veces los seis óvulos son fecundados –generalmente son tres–, pero si lo fueran, es*

posible que los seis embriones puedan terminar con éxito el embarazo. Asimismo, dados los avances de la medicina, también es factible que niños producto de un embarazo múltiple, sobrevivan aunque su nacimiento sea prematuro. Es por ello que, a diferencia del criterio de la mayoría, estimamos que el hecho de que algunos o todos los embriones colocados en el útero de la madre como parte de la Técnica de Fecundación In Vitro no lleguen a implantarse, o si se implantan, el embarazo no llegue a término, es una circunstancia natural que depende de la configuración genética que la naturaleza designó para cada uno de los embriones concebidos gracias a la facilitación de la unión de óvulo y espermatozoide. Es esa característica de cada uno ellos, la que determina si son capaces o no de mantener un embarazo, es decir, se presenta una medida selectiva natural, en la que no interviene de manera alguna el equipo médico que desarrolla la técnica. Por todo lo anterior, consideramos que la Técnica de Fecundación in Vitro, tal y como está regulada en el Decreto cuestionado no atenta contra el derecho a la vida y a la dignidad humana, sino que por el contrario es una herramienta que la ciencia ha puesto a la mano de las personas para que ejerzan su derecho a la reproducción, a fundar una familia, tal vez protegidos por nuestro Estado Democrático de Derecho.

Carlos Ml. Arguedas R.

Ana Virginia Calzada M.



LA SEXTA LEY DE REFORMA DEL CODIGO PENAL DE LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

(Das sechste Strafrechtsreformgesetz)⁽¹⁾

Lic. Alonso Salazar

Licenciado en Derecho

Especialista en Ciencias Penales

Profesor Asociado de la Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

-
- (1) La sexta ley de reforma del Código Penal Alemán, fue aprobada por el *Deutsche Bundestag* (Parlamento alemán) el 14.11.1997, se publicó en el BGBl (Diario oficial alemán) 1998/I 164 ss. el 26.1.1998, entró en vigencia el 1° de Abril de 1998. En adelante se cita por sus siglas en alemán como 6. StrGR Cfr. *Geppert* Jura 98, 382 nota al pie nr. 4.

SUMARIO:⁽²⁾

Introducción

- a) Armonización de tipos
- b) Técnica del ejemplo legal (*Regelbeispieltechnik*)
- c) Denominación por género
- d) Cambios en la parte general
- e) Delitos contra la libertad, alta traición y puesta en peligro del estado democrático de derecho
- f) Delitos de resistencia a la Autoridad
- g) Delitos contra el orden público
- h) Delitos de falsificación de dinero y sellos de correo
- i) Delitos contra la religión y la ideología
- j) Delitos contra el estado de las personas, el matrimonio y la familia
- k) Delitos contra la autodeterminación sexual
- l) Delitos de ofensas
- ll) Delitos contra la vida
- m) Delitos contra la integridad corporal
- n) Delitos contra la libertad personal
- ñ) Delitos de apropiación indebida y hurto
- o) Delitos de robo y extorsión
- p) Delitos de estafa y administración fraudulenta
- q) Delitos de falsificación de documentos
- r) Delitos de aprovechamiento ilegal
- s) Delitos de peligro común
- t) Delitos contra el medio ambiente
- u) Delitos de funcionario

(2) Para efectos prácticos, se ha dividido el StGB (Código Penal alemán) en sus distintas secciones. Al tratar las secciones y los diferentes tipos, se aporta una traducción de los mismos, con el propósito de hacer más accesible la lectura.

INTRODUCCION

La sexta ley de reforma del Código Penal alemán (Strafgesetzbuch, por sus siglas StGB) es relativamente reciente, por ese motivo no ha sido comentada ampliamente.⁽³⁾ Objeto del presente artículo es pues, presentar a los hispanohablantes interesados en la actualidad jurídico-penal alemana, un resumen de los principales cambios introducidos por dicha ley.⁽⁴⁾

El actual StGB consta de un total de 484 artículos.⁽⁵⁾ Mediante la 6.StrRG fueron modificados de una u otra manera, un total de 122 artículos. Lo anterior significa que aproximadamente una cuarta parte del StGB sufrió algún tipo de variación. Los artículos 144, 217, 236, 238 y 272 entre otros, fueron derogados; se introdujeron nuevos artículos como por ejemplo el art. 5 Nr. 6a, 174c, 236 (cuyo número ya existía, se trataba del secuestro con voluntad del secuestrado y ahora se trata del comercio de menores), 273 y en parte el artículo 320.

Algunos artículos fueron modificados exclusivamente de manera genérica, cambiando las palabras “a otro” por “una persona”.⁽⁶⁾

La reforma abarca tanto la parte general como la especial del StGB y constituye una de las más grandes⁽⁷⁾ (la más amplia de la parte especial del StGB)⁽⁸⁾ y por ende significativa, desde la entrada en vigencia del código en 1871.⁽⁹⁾

(3) Cfr. *Kreß* NJW 98, 633 ss., *Lesch* JA 98, 474 ss y *Stächelin* StV 98, 98 ss.

(4) Acerca de los cambios de cada artículo en particular cfr. *Lackner/Kühl* StGB, Nachtrag zur 22. Auflage, Verlag C.H. Beck München, 1998.

(5) Debe tenerse presente que en su numeración corrida el Código llega hasta el número 358, no obstante a dicha cantidad debe agregársele el total de 171 artículos que se ubican dentro de un mismo número, los cuales se dividen por letras (de los que el 145 b y 353 c han sido derogados), además debe restarse un total de 43 artículos de la numeración que de igual forma han sido derogados.

(6) Al respecto en relación con los artículos en particular, ver infra aparte d) Denominación por género.

(7) Así *Dencker/Struensee/Nelles/Stein*, Einleitung p. 5.

(8) Cfr. *Kreß* v. supra nota 2.

(9) El actual StGB entró en vigencia el 15.5.1871. Al respecto puede consultarse *Jescheck*, Einführung StGB Strafgesetzbuch, Beck-Texte im dtv, 31. Aufl. 1988.

A diferencia de los anteriores procesos de reforma del StGB, como por ejemplo el realizado entre 1969 y 1974, la 6.StrRG inicia con la presentación del proyecto de reforma por parte del Ministerio Federal de Justicia el 15.7.1996 (BT-Dr 13/8587) y culmina con la entrada en vigencia de la ley el 1.4.1998. El proceso tardó aproximadamente un total de 18 meses⁽¹⁰⁾ y no fue dado a conocer a los expertos, profesores y tratadistas, así como al público.⁽¹¹⁾

Los objetivos más relevantes de la reforma⁽¹²⁾ en términos generales son:

- Continuar la armonización del derecho penal en conjunto, iniciada por la Ley de lucha contra la criminalidad de 1994.⁽¹³⁾
- Cambiar algunos tipos penales, complementarlos o reformularlos, con el objetivo de llenar algunas lagunas legales para facilitar su aplicación.
- Dejar de abrogar tipos penales de acuerdo con el momento y de manera superflua.

Entre los principales cambios introducidos por la reforma de marras, se encuentran los siguientes.

a) Armonización de tipos

Uno de los principales objetivos de la reforma, fue precisamente otorgar a bienes jurídicos superiores como la vida, integridad personal,

(10) Cfr. *Sander/Hobmann* NSTZ 98, 273.

(11) Ver *Sander/Hobmann* ibíd. y *Calliess* NJW 98, 930.

(12) Cfr. BT-Ds 13/7164 p. 18, BT-Ds 8587 p. 18, *Lesch* JA 98, 474, *Kreß* NJW 634 ss., *Denker/Struensee/Nelles/Stein*, Einleitung p. 1 ss., *Hörnle* Jura 98, 169, en especial sobre la crítica de la ley y sus objetivos se recomienda *Calliess* NJW 98, 929 ss., para él, en resumen, debe destacarse que la ley no sólo modificó el StGB sino también la JGG (Ley de enjuiciamiento de menores) y la StPO (Ordenanza procesal penal), así como la predilección por parte del legislador por utilizar la técnica del ejemplo legal (Regelbeispieltechnik), en lugar de la tradicional técnica del tipo calificado.

(13) BGBl 1994/13186 ss., también *Kreß* NJW 98, 633.

libertad y libre disposición sexual un mayor peso, al contrario de bienes jurídicos materiales como la propiedad, patrimonio, seguridad en el tráfico comercial.⁽¹⁴⁾

No obstante, se han levantado voces en contra de la así denominada armonización, pues señalan que la misma se hizo hacia arriba, es decir, en lugar de disminuir la pena de los tipos que protegen bienes jurídicos de los llamados materiales, se optó por aumentar la pena de los tipos que protegen los denominados bienes jurídicos superiores.⁽¹⁵⁾

b) Técnica del ejemplo legal (Regelbeispieltechnik)

La Reforma se inclinó hacia el empleo de la técnica del ejemplo legal, en alemán *Regelbeispieltechnik*, en lugar del empleo de los tipos calificados. El ejemplo legal es visto por la opinión dominante, como una regla de medición de la pena.⁽¹⁶⁾ De igual forma, el ejemplo cumple una función indiciaria para el juez, quien no se encuentra obligado por éste, es decir, el juez puede dejar aplicar la pena señalada, a pesar de que en el caso concreto concurren las circunstancias constitutivas del ejemplo, o bien puede al contrario, en casos en los que según su criterio deben concurrir un caso de agravación de la pena, señalarlo así y por tanto afirmar la existencia de una agravante no contemplada en la ley.⁽¹⁷⁾ Se señala al respecto, que dicha técnica atenta contra el principio de legalidad y determinación contemplados en el artículo 103 inciso 2 de la *Grundgesetz*.⁽¹⁸⁾ Durante el proceso de reforma, la comisión jurídica del

(14) Cfr. BT-Ds 13/7164, p. 1; 13/8587 p. 1, *Hoffmann* JA 98, 615, *Lesch* JA 98, 474, *Kreß*, NJW 98, 634 ss., *Sander/Hobmann* NSTZ 98, 273 ss.

(15) Acerca de la crítica sobre la denominada “armonización hacia arriba” *Freund* ZStW 109, 455, 470, 634 y *Stächelin* StV 98, 101.

(16) Así entre otros *Tiedemann* Anfängerübung im Strafrecht, 3. Aufl., 1997, *Callies* NJW 98, 929, *Jeschek/Weigend* AT⁵ § 26, V, p. 270, *Jakobs* AT², Rdn. 99, *Roxin* AT³, Rdn. 133.

(17) Cfr. *Jeschek/Weigend* AT⁵ § 26, v, p. 270 ss., *Jakobs* AT², Rdn. 99 ss., *Roxin* AT³, Rdn. 133 ss. Críticas en contra de la utilización de esta técnica son muchas, a manera de ejemplo consultar, *Callies* NJW 98, 929 ss., con referencias bibliográficas adicionales.

(18) Constitución Política de la República Federal de Alemania. Por ejemplo, *Matwald* Gallas-Festschrift s. 137 ff, igualmente en NSTZ 1984 s. 433 ff., “*je präziser und, deskriptiver’ das einzelne Gesetz ist, um so sicherer ist, daß,*

Parlamento (*Rechtsausschuß des Bundestages*) fue criticada por la utilización de dicha técnica, sin embargo, la discusión acerca de su empleo se llevó a cabo sin que tomaran parte los parlamentarios, especialistas y el público en general, por ello la crítica que se hizo de ello no tuvo ninguna influencia sobre el legislador.⁽¹⁹⁾

c) Denominación por género

La tendencia a denominar genéricamente a la víctima es otro de los cambios introducidos por la reforma, por ejemplo en los artículos 180a, 228, 229, 230, 241, 253, 311, 315a y 315c el cambio es meramente formal, pues en lugar de hablarse de “otro” se utiliza “una persona”, con ello se elimina el problema de si “otro” contiene o no el género femenino, o por el contrario se trata solamente de “hombres”. Este cambio ha sido criticado de arbitrario, por cuanto el fundamento del mismo no se ubica con claridad en el proyecto.⁽²⁰⁾ Por otra parte, se realizó la consideración en torno a la víctima pero no respecto con el autor, en donde se sigue empleando la denominación masculina.⁽²¹⁾

d) Cambios en la parte general

Se introduce el art. 5 Nr. 6a como novedad en el StGB. Dicho artículo hace referencia a la validez del derecho alemán, para hechos cometidos en el extranjero que afecten bienes jurídicos protegidos por las leyes penales alemanas. En relación con el rapto de un menor cuando es llevado al extranjero o bien, es retenido en el extranjero después de haber abandonado el territorio alemán. En relación con los artículos 5 inciso 8b, 6 incisos 2 y 7, 56f, y 78b fueron reformulados, básicamente

Falle von ihm nicht erfaßt werden, die dem Unrechts- oder Schuldgehalt nach gleich schwer (oder schwerer) wiegen als die geregelten Fälle”, “cuanto más precisa y descriptiva sea la ley particular, es más seguro, que habrán casos no contemplados por ella, con injusto o contenido de culpa grave (o más grave) que los casos regulados.

(19) Cfr. *Calliess* ibíd. p. 930.

(20) *Lackner/Kühl* StGB, Nachtrag zur 22. Aufl., p. VIII.

(21) Cfr. *Freund* ZStW los, 4ss, 489, *Wolters* JZ 98, 397, *Kudlich* JuS 98, 468, 471, *Sander/Hobmann* NSTz 98, 273, 274.

cambios de técnica jurídica (con fines aclaratorios) y de contenido, en algunos casos para hacer coincidir dichos artículos con los reformados, por cuanto algunos cambiaron de numeración.

e) Delitos contra la libertad, alta traición y puesta en peligro del estado democrático de derecho

Esta sección del StGB se extiende de los artículos 80 a 92b, de ellos fueron modificados algunos números. En el art. 87 se varió la numeración de los artículos contenidos en el inciso segundo, para hacerla coincidir con los números de la sección 28 del StGB (delitos de peligro común ver infra s), especialmente en lo referente a los artículos 306c, 307 y 309 (Delitos de incendio y abuso de rayos iónicos 309) que fueron también modificados. Igual es el caso del artículo 90, en el cual el inciso segundo se hizo coincidir con el actual art. 188 antes 187a.

f) Delitos de resistencia a la Autoridad

La sección se extiende de los numerales 110 a 122. Los artículos modificados son el 113 (resistencia contra un agente ejecutor) y el 121 (motín carcelario). En ambos casos se introdujo el concepto de "*schweren Gesundheitsschädigung*" (daño grave a la salud) y se eliminó la anterior referencia al art. 224 *Körperverletzung* (lesión en el cuerpo) en los supuestos de casos especialmente graves, con lo cual se circunscribe y limita el ámbito de protección del funcionario, ya que para agravar la conducta del imputado en esos supuestos, ahora se requiere un daño grave a la salud y no basta la mera lesión.

g) Delitos contra el orden público

Se trata de los artículos que van del número 123 a 145d. De ellos el art. 125a (casos especialmente graves de desorden público) fue objeto de la modificación indicada supra f). En el caso del art. 126 (perturbación del orden público por medio de amenazas de delito) en el inciso 2, se sustituyó la referencia al los art. 225 y 229, sustituyéndola por la referencia al art. 226 (lesiones graves), los incisos 6 y 7 se variaron para hacerlos coincidir con la nueva formulación de los delitos de peligro común, de manera similar, los art. 129a (formación de asociaciones terroristas) inciso 3 y 138 (omisión de denuncia) inciso 9. En el art. 138 se

incluye en el inciso tercero, además del ya existente ataque al tráfico aéreo, el ataque al tráfico marino. El art. 127 fue modificado por completo, antes se denominaba formación de turbas armadas, ahora formación de grupos armados. En el art. 142 (abandono no autorizado del lugar del accidente) se incluye el inciso 4, por medio del cual se posibilita al juez la disminución de la pena de acuerdo con el art. 49, o bien cuando quien tomó parte del accidente, contribuye a la averiguación de la verdad dentro de las 24 horas siguientes al hecho.⁽²²⁾

h) Delitos contra la falsificación de dinero y sellos de correo

La sección se extiende del art. 146 al 152a, precisamente esos dos fueron modificados. En el caso del 146 (falsificación de dinero) se regula como ejemplo legal (casos especialmente graves, inciso 2), el que la falsificación la realice el autor como miembro de una banda o de manera profesional, y que ésta haya sido constituida para la realización continua de dinero falso, en este caso la pena será no menor de dos años, en casos menos graves la pena será de tres meses hasta cinco años y en los más graves, de un año hasta diez (inciso 3). El art. 152a (falsificación de tarjetas de pago y formularios preimpresos de eurocheques) se modifica de manera significativa, se introducen las tarjetas de pago dentro de la protección ya existente (152a versión anterior), de los formularios de eurocheques, de igual forma, al 146 se introducen los incisos 3 y 4 (mismas hipótesis) y se incluyen los incisos 4 y 5, el primero, para aclarar el concepto de tarjetas de pago y el segundo, para hacer valer en este caso las regulaciones de los art. 149 y 150 inciso 2.⁽²³⁾

i) Delitos contra la religión y la ideología

En esta sección, compuesta por los art. del 166 al 168, este último (se traduce como profanación de cadáveres)⁽²⁴⁾ fue modificado, en el inciso 1 se varió la redacción, cambiando de la antigua denominación de

(22) Cfr. *Schlüchter* (Hrsg), Bochumer Elräuterungen zum 6, Strafrechtsreformgesetz, 1998. p. I ss. *Stäbelin* StV 98, 100. 23 Cfr. *Schlüchter* ibid. p. 3 ss. *Kreß* NJW 98, 637.

(23) Cfr. *Schlüchter* ibid. p. 3 ss. *Kreß* NJW 98, 637.

(24) En alemán *Störung der Totenruhe*. La traducción no es fiel, porque no conoce el autor en español un delito que se pueda denominar como "perturbación de la calma o tranquilidad del muerto".

“cadáver o partes de éste”, a “cuerpo o partes del cuerpo de una persona fallecida”. Se agregó un inciso 2, que se refiere a la penalidad de quien destruya una capilla, un cementerio, lugar de conmemoración de difuntos o bien, quien dañe o realice travesuras en dichos lugares.⁽²⁵⁾

j) Delitos contra el estado de las personas, la familia y el matrimonio

Se encuentran entre los numerales 169 y 173. En esta sección no hubo cambio alguno en el contenido de los artículos, únicamente varió la numeración, así el 170b (obligación de alimentar) pasó a ser el 170, el 170d (obligación de asistencia y educación) pasó a ser el 171, y el 171 (bigamia) pasó a ser el 172.

k) Delitos contra la autodeterminación sexual

La sección se extiende del art. 174 al 184c. Fueron modificados los art. 174a, 176, 176a y b, 177,⁽²⁶⁾ 178 y 179, 180, 181a y b, 183 y 184. Atención especial merece la introducción del art. 174c, pues contempla el abuso sexual valiéndose el autor de su condición de médico, encargado o protector.⁽²⁷⁾ De igual forma, los art. 176a (abuso sexual de niños) antes 176 III, y 176b (abuso sexual de niños con muerte de la víctima) antes 176 IV, y 178 (coacción sexual y violación con muerte de la víctima) antes 177 IV, casos en que los artículos fueron variados en su totalidad. Los artículos 174a y 174b prácticamente no sufrieron cambio de fondo, más que todo el cambio genérico de la palabra “otro” por “una persona” y redacción. El 176 fue objeto de un cambio mínimo semántico, aclarando en el inciso 3,2 que el autor obliga al niño a realizar actos sexuales “sobre él”. Los demás artículos señalados fueron variados de manera significativa, por lo que se recomienda para ello su lectura detallada.⁽²⁸⁾

(25) Ver BT-Ds 13/8587, p. 23. Cfr. *Schlüchter* ibíd. p. 9 ss. El *Bundesregierung* (Gobierno Federal) tuvo presente en este caso en especial lo sucedido con víctimas de la época del Nacionalsocialismo.

(26) En relación con los art. 177 a 179 en especial cfr. *Otto* Jura 98, 210 ss.

(27) Es el así denominado “Abuso en la terapia”. Cfr. BT-Ds 13/8267, también *Nelles-Einflührung* p. 69 ss.

(28) Acerca de los cambios y su crítica *Nelles* ibíd. p. 69 ss., con un resumen de todos los cambios ver p. 71. De igual forma se puede consultar *Lackner/Kübl* p. 28 ss. y *Schlüchter* ibíd. p. 10 ss.

I) Delitos de ofensas

La sección se extiende del art. 185 al 200. No se observan modificaciones de importancia, basta indicar que el art. 188 (difamación y calumnia contra personas de la vida política) es el anterior 187a.

II) Delitos contra la vida

La sección de delitos contra la vida del StGB se extiende del art. 211 al 222. En el art. 213 (casos menos graves de homicidio) se cambiaron las palabras “el muerto” por “la persona muerta”, además se aumentó la pena pues pasó de una pena de hasta cinco años, a una mínima de un año hasta diez, lo que convierte la tentativa en punible, de acuerdo con el art. 12 StGB.⁽²⁹⁾ El art. 220a (genocidio) fue modificado en la referencia al art. 226, antes 224. El 217 fue eliminado. El art. 224 (exposición de personas) fue reformulado totalmente.⁽³⁰⁾

m) Delitos contra la integridad corporal

Estos son los comprendidos entre el art. 223 y 231. En el art. 223 (lesiones) se penaliza la tentativa; que anteriormente era impune. El art. 224 (lesiones peligrosas) contiene ahora la hipótesis de envenenamiento anteriormente regulada en el art. 229 y se fusiona con el anterior 223a, la penalidad se varió de seis meses a diez años y en casos menos graves de tres meses a cinco años. Se califica el delito al actuar “colectivamente con otro”.⁽³¹⁾ En el art. 225 (abuso de indefensos) anterior 223b, se retoma la formulación genérica, se penaliza la tentativa antes impune, se aumenta la pena hasta diez años (antes cinco), contrario a la reforma, en el inciso 3 se retoma la calificación del tipo y se abandona la hasta ahora utilizada

(29) CR. Rengier BT II p. 7 ss., Schmidt/Seidel BT 2. Aufl. BT, p. 3 ss.

(30) Un análisis completo acerca de la nueva versión del tipo puede verse en *Struensee-Einführung* p. 29 ss. Cfr. también *Schlüchter* 29 ss., cfr. además *Hörnle* Jura 98, 176.

(31) Lo lógico hubiese sido que el tipo señalara “actuar colectivamente con otra persona”, con ello se demuestra la falta de consistencia y sistematización apuntada, al tratar el tema de la denominación genérica. Ver supra c.

técnica del ejemplo legal, como hipótesis de calificación se señala en lugar de la “lesión grave” un “grave daño a la salud”. En los casos menos graves, anteriormente no contemplados en el tipo, la penalidad se regula de tres meses hasta cinco años en las hipótesis previstas en el inciso 1, y de seis meses a cinco años en el caso del inciso 3. Los artículos 226 (lesiones graves), 227 (lesiones graves con muerte), 228 (lesiones consentidas), 229 (lesiones culposas), 230 (instancia de parte) y 231 (tomar parte en una riña), las modificaciones introducidas son más que todo de denominación genérica y técnica jurídica, para aclarar el sentido de los tipos.⁽³²⁾ Los artículos 232 y 233 fueron derogados.

n) Delitos contra la libertad personal

La sección está comprendida entre los art. 234 y 241a. En el art. 234 (secuestro) se introducen tres novedades. Primero, como forma de comisión se agrega que la amenaza sea de un “mal sensible”.⁽³³⁾ Segundo, se incluye como finalidad del autor la conducir al secuestrado hacia un servicio militar o una institución militar en el extranjero. Tercero, se introduce la hipótesis de casos menos graves, los cuales se sancionan con pena de seis meses a cinco años. El art. 235 (sustracción de menores) fue modificado en su totalidad, el 236 (comercio de niños) es totalmente nuevo.⁽³⁴⁾ El art. 238 fue eliminado, en los art. 239 (privación de libertad); 239a (secuestro extorsivo), 239b (toma de rehenes), 240 (coacción) y 241 (amenaza), se realizan cambios en la denominación genérica. En el art. 239, se penaliza la tentativa, se califica la conducta y se sanciona con una pena de un año a diez, cuando la privación de libertad sobrepasa el plazo de una semana. También se realiza una aclaración del tipo (inciso 4), indicando que si se provoca la muerte de la víctima por el hecho o por una acción durante la privación de libertad, entonces la pena no será menor de tres años. Los casos menos graves del inciso 3, se regulan con pena privativa de libertad de seis meses a cinco años y los del inciso 4 con un mínimo de un año y hasta diez.

(32) Cfr. sobre la problemática de esta sección en especial *Struensee* ibíd. p. 45 ss.

(33) Es una regulación paralela a la de los art. 108, 240 y 253. Cfr. al respecto *Nelles* ibíd. p. 54, también BT-Ds 13/B587, p. 37.

(34) Se recomienda en ambos casos *Schlüchter* ibíd. p. 50 ss.

cuando se causa un grave daño a la salud de otra persona por la comisión del delito. Se agrava la pena, de no menos de cinco años en adelante, cuando se actúa con armas o herramientas y éstas se utilizan, como miembro de una banda organizada para la comisión de robos de manera continua, o se abusa del cuerpo de otra persona de manera grave. En el art. 250 (robo con muerte) se requiere ahora que *por lo menos* de manera imprudente se cause la muerte a otra persona (denominación por género), este mismo cambio se realiza al art. 253 (extorsión).

p) Delitos de estafa y administración fraudulenta

Estos se encuentran entre los numerales 263 al 266b. Especial mención merece el art. 263 (estafa), pues constituye el tipo básico de casi toda la sección. El legislador quiso regular la estafa, a través del empleo de la técnica del ejemplo legal. En casos especialmente graves la pena privativa de libertad es de seis meses hasta diez años. Un caso especialmente grave por regla general ocurre, cuando el autor (inciso 3): 1. Actúa profesionalmente o como miembro de una banda, y ésta ha sido constituida para la comisión continua de falsificaciones de documento o de estafas. 2. Provoca una pérdida económica de grandes magnitudes y actúa con la intención, de provocar un peligro para una gran cantidad de personas en el sentido de pérdida de valor económico a través de la acción continua de estafar. 3. Provoca a otra persona un estado de miseria. 4. Abusa de capacidad o posición como empleado público. 5. Manipula un caso de seguros a través del cual él o un tercero, con esa intención destruye total o parcialmente una cosa con valor económico en el sentido de la ley de incendios o por medio de su incendio o el hundimiento de un barco o su encayamiento. En el inciso 5 se contempla una calificación del tipo, cuando el autor actúa profesionalmente como miembro de una banda, que ha sido constituida para la comisión continua de delitos señalados en los art. 263 a 264 o 267 a 269. En esos casos, la pena será de un año hasta diez y en casos menos graves de seis meses a cinco años. El inciso 7 hace referencia a normas que contemplan la posibilidad de importar una pena de multa y ampliación de la caducidad de la acción (art. 43a y 73d.). En el art. 263a (estafa por computadora) se hacen valer los incisos 2 a 7 de la estafa; en el 264 (estafa de subvención) el inciso 5 del 263 (tipo calificado) y en el 266 (administración fraudulenta), los ejemplos legales contenidos en el art. 263 inciso 3.⁽³⁹⁾ En relación con el art. 265 (abuso de seguro) este fue

(39) Especialmente crítico con respecto a esto *Schünemann* LK¹¹, § 266, Rdn. 174 ss.

modificado por completo,⁽⁴⁰⁾ debe destacarse que la penalidad se redujo hasta tres años (antes de uno a diez años), y la tentativa ahora es punible.⁽⁴¹⁾

q) Delitos de falsificación de documentos

Se trata de los art. 267 a 282. El art. 267 (falsificación de documento) fue modificado de manera similar al 263, se agregó un inciso 3, el que sanciona los casos especialmente graves con pena privativa de libertad de seis meses hasta diez años. Los casos especialmente graves, se definen por medio del empleo de la técnica del ejemplo legal, cuando el autor: 1. Actúa profesionalmente o como miembro de una banda, y ésta ha sido constituida para la comisión continua de estafas o falsificaciones de documento. 2. Provoca una pérdida económica de grandes magnitudes. 3. A través de una gran cantidad de documentos no auténticos o falsificados, pone en peligro la seguridad en el comercio. 4. Abusa de su capacidad o posición de funcionario público. También como en la estafa, se contempla un tipo calificado (inciso 4) y se sanciona con pena privativa de libertad de un año hasta diez años y en casos menos graves con pena privativa de libertad de seis meses hasta cinco años, a quien actúa profesionalmente en la falsificación de documentos como miembro de una banda, la cual ha sido constituida para la comisión continua de delitos contemplados en los artículos de 263 a 264, o de 267 a 269.⁽⁴²⁾ En los art. 268 y 269 se hace valer el inciso 4 del 267, el 272 se eliminó. En el art. 271 (falsedad material), la pena se aumentó hasta tres años, se sanciona además la utilización de los documentos o datos falsificados en el tráfico comercial (inciso 2) o en perjuicio de una persona (inciso 3). La redacción del art. 273 (alteración de documentos de identificación de funcionarios) es totalmente nueva. En los artículos 275 (preparación de la alteración de documentos de identificación de o) y 276 (proporcionar o procurar documentos de identificación de

(40) En especial sobre este art. cfr. *Gepper* Jura 98, 382 ss.

(41) Cfr. *Otto Grundkurs Strafrecht, Die einzelne Delikte*, 5. Aufl. 1998, p. 212 ss., también BT 2, 1998, p. 393 ss.

(42) Artículo 263 estafa, 263a estafa por computadora, 264 estafa de subvención, 264a estafa en la inversión de capital, 267 falsificación de documento, 268 falsificación de grabaciones técnicas y 269 falsificación de datos de considerable valor probatorio.

funcionarios alterados) se incluye un tipo calificado similar al contenido en el inciso 4 del art. 267 y la pena es de tres meses a cinco años. De acuerdo con el art. 282 (pena pecuniaria, ampliación del término de caducidad de la acción y comiso), esas medidas son posibles en los supuestos en que quien actúa lo hace profesionalmente como miembro de una banda en los casos de los art. 267 a 269, 275 y 276.

r) Delitos de aprovechamiento ilegal

Son los contemplados entre los art. 284 y 297. En el art. 284 (organización de juegos de azar sin autorización) se agregó un inciso 4, para sancionar también su publicidad. El art. 285 (tomar parte en juegos de azar no autorizados) únicamente cambió de número (antes era el 284a). Al art. 286 (pena pecuniaria, ampliación del término de caducidad de la acción y comiso), se le modificó la referencia que hace al 285, por el cambio de numeración de dicho artículo. En los art. 292 (Caza furtiva) y 293 (pesca furtiva) cabe destacar la referencia que ambos hacen tanto al derecho de ejercicio de la caza en el primero, como al derecho del ejercicio de la pesca en el segundo, en ambos artículos se incluyó la posibilidad de ejercer la actividad para un tercero y fueron reestructurados con la técnica del ejemplo legal. En el art. 293 se eliminó el inciso 2 (anterior), de ahí también la eliminación de la referencia que a dicho inciso hacía el anterior art. 294 (instancia de parte). El art. 297 (amenaza de embarcaciones, vehículos o aviones a través de mercaderías de contrabando) se modificó sustancialmente, el anterior tipo solo contemplaba el contrabando de mercaderías por vía marítima.

s) Delitos de peligro común⁽⁴³⁾

Esta sección se ubica del art. 306 al 323c, sin duda; es la que fue objeto de mayores modificaciones. Ha de señalarse que ahora existe una separación entre las que son acciones contra las cosas art. 306 (incendio) y las que por lo menos ponen en peligro la integridad física o la vida de otra persona, vgr. 306a (incendio grave), 306b (casos especialmente graves de incendio), 306c (incendio con muerte). Se incluyen nuevos tipos penales como el 306d (incendio imprudente) y 306e (arrepentimiento activo) en el cual se autoriza al juez la disminución de la pena,

(43) En relación con los delitos de incendio, se recomienda *Rengier* Jus 98, 397, también *Wolters* JR 98, 271 y JZ 98, 400.

cuando el autor logra apagar el incendio antes de la producción de daños de considerable valor. El art. 306f (provocación de un peligro de incendio), anteriormente contenido en el art. 310a, fue reformulado y actualizado, abarcando la Naturaleza como bien jurídico tutelado. El art. 307 (provocación de una explosión con energía nuclear), antes 310b, se reformula con la denominación genérica y técnica jurídica (aclaratorias del tipo), además de que se le agregan los incisos 1 y 2, la pena se amplía hasta cadena perpetua o no menos de 10 años en el inciso 1, y no menos de 5 años en el inciso 2; un cambio similar fue realizado en el art. 308 (provocación de una explosión con uso de explosivos). Además de los ya indicados, hubo cambios de numeración en los artículos del 306 al 315. Del 315a al 323, salvo el 323 anterior que ahora es el 319, mantuvieron su numeración, pero básicamente fueron objeto de cambios de redacción básicamente y armonización, por los cambios ya indicados en los demás artículos de la sección.

t) Delitos contra el medio ambiente

La sección se extiende de los artículos 324 al 330d. De ellos, al art. 326 (tratamiento desautorizado de desechos peligrosos) sólo se le cambió el nombre. En el art. 330 (casos especialmente graves de delitos ambientales) la pena en casos de peligro para la vida, o daño grave a la salud (inciso 2, 1) es de uno a diez años y, en casos menos graves de seis meses a cinco años. En supuestos de muerte (inciso 2, 2) la pena es de tres a diez años y, en casos menos graves de uno a diez años. El art. 330a (casos especialmente graves de peligro por liberación de sustancias venenosas) en caso de muerte se establece una pena no menor a tres años, en casos menos graves de uno a diez años. En este artículo también se realizaron cambios de denominación genérica.

u) Delitos de funcionario

Son los art. del 331 a 358. Solamente el art. 340 (lesión durante la prestación de servicio) fue modificado, la tentativa es ahora punible y se hizo valer para las hipótesis previstas en el inciso 1, los art. 224 a 229, se eliminó el anterior inciso 2.

Resumen

Es evidente que por lo amplia que resultó la 6.StrRG, los diversos aspectos que involucró, así como la gran cantidad de tipos penales modificados, no es posible abarcarlos todos de manera detallada, en un ensayo como este. Adicionalmente, es de esperar un laborioso y pormenorizado trabajo tanto de los comentaristas como tratadistas. De momento, no se encuentran a disposición más textos al respecto que los referidos en el aparte de bibliografía. Sin embargo, no cabe la menor duda, de que el material de trabajo es amplio y que será objeto de estudios específicos, los cuales permitirán comprender de una mejor manera las distintas implicaciones teórico-dogmáticas de la Reforma.⁽⁴⁴⁾ Por otra parte, habrá que esperar para determinar en la práctica, si se alcanzaron los objetivos propuestos por el legislador.

(44) Al respecto pueden consultarse entre otros *Naucke*, Strafrecht, 8. Aufl., 1998, *Schrohb* BT, 2. Aufl., 1998, *Küper* BT, 2. Aufl., 1998, *Mitsch* BT 11, 1998, *Schmidt/Seidel* B 1, 2. Aufl., 1998, *Otto*, Grundkurs., 5. Aufl. 1998, *Rengier* BT 1, 2. Aufl. 1997. BT II 1998.

Bibliografia

Material legal: den Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums (Stand 15. 7. 1996), den Regierungsentwurf (BT-Dr 13/8587), die Initiativvorlage der Koalitionsfraktionen (BT-DR 13/7164), den Regierungsentwurf des Bundesrates zu §§ 221, 234 (BT-DR 13/6038), den Regierungsentwurf zu § 174c (BT-DR13/8267) die öffentliche Anhörung im Rechtsausschuß des Bundestages (Prot Nr 88 der 13. Wahlperiode), dessen Beschlußempfehlung (BT-DR 13/8991) und Bericht (BT-DR 13/9064) sowie die Beratungen im Plenum des Bundestages (SBer 13, 18431). En vigencia desde el 1. 4. 1998. **Artículos y libros de texto:** Stächelin StV 98, 98; Kreß NJW 98, 633; Hörnle Jura 98, 169; Wolters JZ 98, 397; Kudlich JuS 98, 468; Sander/Hohmann NStZ 98, 273; Lesch JA 98, 474; Hoffmann JA 98, 615; Schlüchter (Hrsg), Bochumer Erläuterungen zum 6. Strafrechtsreformgesetz, 1998; Freund ZStW 109, 455 (Würdigung des Referentenentwurfs des Bundesjustizministeriums unter Einbeziehung der Stellungnahme eines Arbeitskreises von Strafrechtslehrern), Geißler JR 98, 184, Dietmeier ZStW 110, 393 über das sog "Marburger Strafrechtsgespräch 1997", Wolters JuS 98, 582, Rengier JuS 98, 397; Wolters JR 98, 271, Rengier BTI 2. Aufl. 1997 y BT II, 1998, Küper BT, 2. Aufl. 1998, Geepert Jura 98, 382, Schroth, NJW 98, 2861, Kindhäuser BT II, 1998, Schmidt/Seidel BT, 2. Aufl. 1998, Naucke, Strafrecht eine Einführung, 8. Aufl. 1998, Schroth BT, 2. Aufl. 1998, Mitsch BT II, 1998, Otto, Grundkurs Strafrecht (die einzelnen Delikte) 5. Aufl. 1998, Wessels/Beulke AT, 28. Aufl. 1998, Lackner/Kühl, StGB Nachtrag zur 22. Aufl. 1998, Otto Jura 98, 210, Tiedemann LK § 263a, 11. Aufl. 1998, Schönemann LK 266, 11 Aufl. 1998, Calliess NJW 98, 929, Dencker / Struensee / Nelles / Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz, 1998.



**LA LICITACION INTERNACIONAL 1-98:
CONTRATO DE GESTION INTERESADA DE
LOS SERVICIOS AEROPORTUARIOS PRESTADOS
EN EL AEROPUERTO JUAN SANTAMARIA**

Máster Ana Victoria Badilla Villanueva
Abogada costarricense

SUMARIO:

Introducción

1. Objeto de este estudio
2. Concepto de la figura de gestión interesada
3. Fundamento jurídico
4. En concreto la Ley Nº 7762 del 22 de mayo de 1998
5. La posición del Ministerio de Obras Públicas y Transportes

Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCION

Mediante financiamiento obtenido del Banco Mundial para el VI Proyecto Sectorial de Transportes, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes contrató un grupo consultor el cual se encargó de preparar la Consultoría Técnica a fin de que El Consejo Técnico de Aviación Civil promoviera una licitación pública con el propósito de que tanto compañías individuales como consorcios de compañías participaran en la licitación cuyo propósito es que la empresa adjudicataria se encargue de la “dirección, operación, administración, mantenimiento, rehabilitación, desarrollo y promoción del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría”. Así lo indica el Cartel en su aparte 1.B, el cual señala el Objetivo de la Licitación. Estas facultades que tendría el adjudicatario se amplían en el aparte I.D. que señala:

“Así el objetivo de la presente Licitación será la administración, operación, manejo y mantenimiento de los servicios aeroportuarios, mientras que la rehabilitación de las instalaciones y la construcción de las nuevas obras son medios para lograr y mantener la adecuada prestación de los servicios...”.

1. OBJETO DE ESTE ESTUDIO

En este trabajo se intentará analizar algunos aspectos que de diversa manera afectan en comentario, y por tanto el interés de los administrados, entre ellos:

- La posibilidad de que el Estado pueda delegar en un privado facultades tan amplias como las contempladas en el Cartel de la Licitación para el aeropuerto.
- La factibilidad de que la Administración pueda realizar válidamente, la contratación con fundamento en el artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa, el 66 del Reglamento de la Contratación Administrativa, el Reglamento de Gestión Interesada, las Circulares emitidas por la Contraloría General de la República, y el criterio de la Procuraduría General de la República (PGR J133-98) de 23 de setiembre de 1998.

2. CONCEPTO DE LA FIGURA DE GESTIÓN INTERESADA

La figura contractual que el Consejo Técnico de Aviación Civil se propone utilizar para mejorar los servicios del Aeropuerto es la denominada “Gestión Interesada” que es una manera de que la Administración pueda desarrollar proyectos con amplia participación de la empresa privada. En el estudio elaborado por la Consultora, y con base en el artículo 2 del Decreto 26801-MOPT, que es el Reglamento para los Contratos de Gestión Autorizada de los Servicios Aeroportuarios, se define como:

“La figura contractual mediante la cual la Administración explota los servicios determinados en el presente cartel y construye las obras necesarias para dicha explotación sirviéndose de un gestor... a quien retribuirá fundamentalmente mediante una participación en los ingresos resultantes de dicha gestión”.

El autor Paul Woodbridge define la figura de la Gestión Interesada, con base en el artículo 66.2 de la Ley articulada de Contratos del Estado de España, como:

“...Aquella modalidad contractual en cuya virtud el Estado y el Empresario participan en los resultados de la explotación del servicio en proporción que se establezca en el contrato...”⁽¹⁾

Por su parte, Garrido Falla –citado por Woodbridge– señala que es difícil definir la figura de la gestión interesada:

“...La dificultad de definir esta figura jurídica deriva de su carácter limítrofe, pues como la doctrina ha puesto de manifiesto, estamos ante *una forma transaccional entre la gestión directa y la concesión...*”⁽²⁾

(1) Woodbridge, Paul. *El Contrato Ley*. Editorial Costa Rica, p. 155.

(2) *Idem*.

3. FUNDAMENTO JURIDICO

En el Cartel de marras, la Administración invoca como fundamento jurídico de la “gestión interesada” el artículo 55 de la Ley de la Contratación Administrativa, así como el reglamento preparado por el Consejo Técnico de Aviación Civil, y aprobado por la Comisión General de la República, denominado “Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios”, el cual fue publicado como Decreto Ejecutivo en La Gaceta Nº 63 de 31 de marzo de 1998.

El 22 de mayo de 1998, se promulgó la Ley 7762 Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, la cual deroga y sustituye la Ley Nº 7404 de 3 de mayo de 1994. Esta ley regula los contratos de concesión de obras públicas y de obras con servicios públicos, y en su articulado contiene conceptos que son diferentes a los que la Administración pretende aplicar en la contratación del Aeropuerto.

El artículo 120, inciso 14 de la Constitución Política de Costa Rica, en su inciso c) *in fine* establece que:

“Los ferrocarriles, muelles y aeropuertos –estos últimos mientras no se encuentren en servicio– no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado”. (énfasis agregado)

Según se desprende del artículo supracitado al hablar de ferrocarriles, estamos refiriéndonos a bienes públicos. Las cosas públicas son –según el Código Civil artículo 261:

“...Las que por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público”. El artículo 262 continúa indicando rasgos que son característicos de los bienes públicos a saber: “...Las cosas públicas están fuera del comercio, y no podrán entrar en él, mientras legalmente no se disponga así, separándolas del uso público al que estaban destinadas”.

Los bienes públicos se pueden clasificar en bienes de naturaleza patrimonial y bienes de naturaleza demanial. Los bienes de naturaleza

Nación”, de este modo, no parece viable la posibilidad de que el Poder Ejecutivo *motu proprio* pueda contratar disponiendo de estos bienes demaniales, únicamente con base en El Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios.

Como se indicó previamente el procedimiento de Gestión Interesada que se pretende aplicar en el Aeropuerto, le garantiza al Gestor un amplio margen de acción: Operación, administración, manejo, mantenimiento, rehabilitación, desarrollo y promoción, lo cual implica la ejecución, o la participación de algún modo, en casi todas las actividades que actualmente realiza la Administración en el Aeropuerto, incluyendo actos de autoridad, recolección de tributos, etc.

El artículo 74 de la Ley de la Contratación Administrativa, establece al referirse a la Concesión que:

“Esta figura no podrá ser utilizada cuando la prestación del servicio implique el ejercicio de potestades de imperio o actos de autoridad”.

Esta tesis encuentra apoyo doctrinal en la posición del autor Renato Alessi, quien señala:

“Además ha de tenerse en cuenta que el ejercicio privado basado en una concesión se presenta necesariamente como ejercicio de servicios públicos, no de funciones administrativas... debe admitirse que mientras el mero servicio se concreta en un mero otorgamiento de prestaciones, la función representa además, el desarrollo de un poder jurídico...”⁽⁴⁾

Con base en lo expuesto es recomendable que la Administración sea más moderada al señalar las facultades que otorgará al particular que ejecute la obra. En este sentido la Contraloría en su oficio 001560 de 18 de febrero de 1998, al contestar una consulta planteada por el entonces Presidente del Consejo Técnico de Aviación Civil, sobre la posibilidad de utilizar la figura de la Gestión Interesada en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, indicó que consideraba que el aeropuerto no saldría del dominio del Estado:

(4) Alessi, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo I, Editorial Casa Bosch, Barcelona. (Trad. Buenaventura Pellisi Pratts), p. 167.

“...En primer lugar, debido a que el gestor asume labores administrativas que no suponen prerrogativas de imperio, las cuales en todo caso se reserva la Administración, como por ejemplo, los servicios de aduana, migración, etc...”

Por consiguiente, el Cartel debe ser modificado a fin de que se ajuste a derecho. En este sentido valga señalar que la Sala Constitucional en el Voto 2319-98 indicó que:

“...aún cuando un aeropuerto sea dado en concesión, para que el servicio público que ahí se preste sea realizado por un ente privado, lo relativo a la seguridad portuaria, migración y aduanas entre otros, queda reservado exclusivamente al Estado, sin que puedan ser ejercidas estas funciones ni directa ni indirectamente por particulares”

Debe señalarse que esta posición de la Sala conlleva la obligatoriedad de modificar el Cartel ya que el mismo contiene una serie de disposiciones referentes a los servicios que deberá suministrar el Gestor, las cuales son totalmente contrarias a lo indicado tanto en el voto supracitado, como en la opinión expresada por la Contraloría General de la República.

Por ejemplo, el Cartel en su Aparte III.B.3º señala los “Servicios que seguirán siendo prestados por Dependencias Públicas”, se incluye, servicios de seguridad, aduanas, migración, etc. Sin embargo, en el aparte III.C.3º se incluyen las “funciones del Gestor como Auxiliar de Aduanas”, y señala que:

“...para que el gestor pueda actuar en condición de “Funcionario Auxiliar de Aduanas” deberá obtener las autorizaciones correspondientes de la Dirección General de Aduanas. Como tal, el Gestor seleccionado asumirá responsabilidad total ante el Servicio Nacional de Aduanas por sus actos y los de sus empleados acreditados...”

Asimismo, el párrafo III.E.2 indica los “Servicios Relacionados con la Seguridad Aérea a ser Prestados por el Gestor”, este tema se amplía en el párrafo III.E.5 que se refiere a “Los Servicios de Seguridad Portuaria Complementaria, que Brindará el Gestor”.

En el párrafo III.E.7 inciso b) se establece la participación del Gestor en las Tiendas Libres de impuestos del IMAS, y en su aparte IV.A.1 señala que:

“La gestión de cobro de las tasas, rentas y otros cargos por servicios aeroportuarios será efectuado por el Gestor como parte de los servicios prestados a la DGAC”.

Considerando estas capacidades otorgadas en el Cartel para la Licitación Pública Internacional N° 1-98 a favor del Gestor escogido se puede observar que rebasan las atribuciones que según la Sala podrían otorgarse al Gestor, a la vez que se violenta lo preceptuado en el párrafo 1 del Artículo 74 de la Ley de la Contratación Administrativa, en virtud de que la prestación del servicio aeroportuario en la dimensión contenida en el documento citado, implica tanto el ejercicio de potestades de imperio como de actos de autoridad.

Un grupo de diputados, conscientes del problema que podría enfrentar el país en razón de la posibilidad de que la Administración dé en concesión bienes de naturaleza demanial, sin cumplir con el requisito constitucional de obtener la autorización del Poder Legislativo en forma individual para cada proyecto, sino a través de una ley marco, elevó ante la Sala Constitucional una consulta facultativa en relación con la posibilidad inconstitucionalidad del artículo 2, inciso 2 de la Ley de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, el cual constituye la legislación que se debe aplicar en el caso de la Licitación para el Aeropuerto.

El citado inciso indica que:

*“Los ferrocarriles, las ferrovías, los muelles y los aeropuertos internacionales, tanto nuevos como existentes, así como los servicios que ahí se presten, **únicamente** podrán ser otorgados en concesión mediante los procedimientos dispuestos en esta ley”.*

La Sala resolvió la consulta, mediante Voto 2318-98 de 31 de marzo de 1998, y sobre este particular, determinó que:

“...La Sala entiende además que la concesión de las obras y servicios públicos a que se refiere este

proyecto de ley exceptúa todo aquello relativo a la seguridad nacional, control aduanero, migración y todo aquello que tenga que ver con funciones del Estado, las cuales son indelegables e irrenunciables y en modo alguno pueden quedar en manos privadas...”.

Sobre la duda planteada por los legisladores referente a la posibilidad de que la Asamblea mediante una ley marco autorice al poder ejecutivo para autorizar la concesión de bienes del Estado, la Sala señaló que:

“A criterio de esta Sala nada impide que por medio de una ley marco, la Asamblea faculte al Poder Ejecutivo para que dé en concesión bienes públicos, sin que sea necesaria una aprobación concreta para cada caso en particular, pues se entiende que ha dado una aprobación general para tal efecto, en cumplimiento de la propia Constitución...”

En realidad es viable que el Poder Legislativo conceda al Poder Ejecutivo –probablemente en la figura del Consejo de Concesión de Obras Públicas– la facultad de dar en concesión bienes. No obstante, podría correrse el riesgo de que al atribuirse esta posibilidad a un órgano diferente al indicado por la Constitución se prestara a malos manejos, sea por desconocimiento, sea por otros factores, lo cual podría perjudicar el interés público. Debe además notarse que el Voto 2318-98 no define el concepto de “ley marco”, sin embargo, podría aplicarse el concepto esbozado en el Voto 6240-93 de las 14:00 horas del 26 de noviembre de 1993, en el cual la Sala Constitucional señaló:

“...una de las formas allí establecidas, obviamente previendo lo difícil y complicado que puede resultar el tener que acudir a la Asamblea Legislativa para la aprobación de cada contrato de concesión individual, es la de una ley general regulatoria del proceso de contratación, comúnmente conocida como “ley marco” (Jurisprudencia citada en el Dictamen 001797 de la Contraloría).

4. EN CONCRETO LA LEY Nº 7762 DEL 22 DE MAYO DE 1998

La Ley Nº 7762 del 22 de mayo de 1998, regula –según lo establece en su artículo 1, inciso 1– todos los contratos de concesión de obras públicas y de obras con servicios públicos, exceptuando de su aplicación únicamente los servicios de telecomunicaciones y de electricidad. En relación con los aeropuertos internacionales la misma ley en su artículo 2 inciso 2, señala expresamente, que:

“Únicamente podrán ser otorgados en concesión mediante los procedimientos dispuestos en esta ley”.

La Dirección General de Aviación Civil y el Ministerio de Obras Públicas y Transportes publicaron el Cartel para la Licitación Pública Internacional Nº 1-98, Contrato de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios Prestados en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría. Según lo indica el citado documento las leyes aplicables son:

- La Ley de la Contratación Administrativa,
- El Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, y
- El Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios.

Obsérvese que el Cartel no menciona en ninguna parte, la Ley de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, pues la misma no estaba vigente, al momento de confección del Cartel. Asimismo el Dictamen 001797 –de repetida cita–, emitido antes de que entrara a regir la Ley Nº 7762 indicó que con base en los Artículos 55 de la Ley de la Contratación Administrativa y 66 de su Reglamento,

“...La figura de la gestión interesada que el Consejo Técnico de Aviación Civil pretende utilizar para la contratación de los servicios aeroportuarios, se encuentra precisamente dentro de esos tipos contractuales no regulados en nuestro ordenamiento jurídico –también denominados atípicos”–.

Como puede observarse, para la procedencia en la utilización de una figura contractual atípica se requiere el cumplimiento de dos supuestos básicos:

1. Que la Administración demuestre que con el uso de esa figura se contribuye a satisfacer el interés general, y
2. Que la figura, al carecer de regulación en nuestro medio, sea previamente reglamentada y consultada a este Órgano Contralor, es decir que pierde su tipicidad (sic)”.

Con base en la disposición contenida en el artículo 2 inciso 2 de la Ley de Concesión de Obras Públicas con Sevicios Públicos, es obio que –de acuerdo con el Dictamen de la Contraloría– al promulgarse la Ley Nº 7762 que establece el procedimiento de la Concesión de Obras en materia de aeropuertos, el fundamento jurídico del Cartel debe de serlo la Ley Nº 7762, esto en razón de que uno de los supuestos establecidos en el dictamen fue modificado al regularse la figura en el artículo 2 inciso 2 de la citada ley.

Por consiguiente el Cartel para la Licitación Internacional 89-1 así como las actuaciones que hasta este momento han realizado la Administración y los particulares con fundamento en este Cartel, son absolutamente nulos. Esto por cuanto –como ya se indicó– la ley indica con claridad meridiana– que el mecanismo adecuado para permitir la participación de particulares en aeropuertos o servicios aeroportuarios lo es la Concesión.

Por otra parte al pretender analizar la validez del Cartel deben considerarse otros aspectos como son la jerarquía normativa que establece la fortaleza de una normativa frente a otra que por rango de ubicación en la pirámide jurídica está en un escalafón inferior y la temporalidad –el orden cronológico en que se promulgaron las normas ya que de todos es conocido que la ley posterior, deroga a la anterior. (Con mayor razón cuando es de rango superior).

En el caso que nos ocupa, el Cartel –según lo indica en su Sección I.B. se rige por la Ley de la Contratación Administrativa y su Reglamento y por el Reglamento para los contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios el cual fue publicado en La Gaceta del 31 de marzo de 1998. Por su parte, la Ley de Concesión de Obras Públicas con servicios públicos fue publicada el 22 de mayo de 1998 y su Reglamento fue publicado el 16 de junio del mismo año.

Es claro que una vez que se publicó la Ley Nº 7762 el Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios

fue doblemente derogado por una norma de carácter jurídico superior –pues es una ley– y de promulgación posterior, lo cual dejó fuera de aplicación en cualquier ámbito al Reglamento de marras. Mal hace la Administración al pretender seguir el procedimiento licitatorio con un fundamento tan precario, como el invocado en el Cartel 01-98.

5. LA POSICION DEL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTES

Las autoridades del MOPT no parecen haber considerado la posibilidad de enderezar el procedimiento a fin de lograr que se mejore tanto el aeropuerto como los servicios aeroportuarios a la mayor brevedad en aras del interés público. El asidero jurídico invocado lo es el artículo 55 de la Ley de la Contratación Administrativa el cual señala que:

“Los tipos de contratación regulados en este capítulo no excluyen la posibilidad para la Administración de definir, reglamentariamente, cualquier otro tipo contractual que contribuya a satisfacer el interés general dentro del marco general y los procedimientos ordinarios fijados por esta Ley”.

Pareciera que la administración podría definir reglamentariamente cualquier tipo contractual que no estuviese regulado expresamente ni en la Ley de la Contratación Administrativa, ni en ninguna otra ley, pues de existir una ley que regule una figura contractual, como es el caso en comentario, en el que la ley aplicable no requiere interpretaciones, pues su contenido es absolutamente claro, corresponde a la Administración utilizar esa figura, hacer otra cosa implicaría violar el principio de legalidad al que está sometida la Administración.

Otra norma que el Ministerio invoca como fundamento legal de la Licitación es el Decreto N° 26801-MOPT Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios. El citado Decreto consta de 24 artículos que determinan:

- Qué es la gestión interesada, cuál es el objeto del contrato, quiénes pueden presentar ofertas;
- La obligación de la empresa que sea declarada adjudicataria de constituir una sociedad anónima nacional;

- Regulaciones sobre la construcción de las obras;
- La participación del gestor en los riesgos y beneficios;
- El plazo del contrato de gestión interesada (25 años);
- Tarifas y otras condiciones generales típicas.

El citado Reglamento no contiene normas claras ni específicas referentes a los beneficios que la Administración obtendría con este tipo de contratación, ni tampoco contiene información relativa a aquellos servicios a los cuales se refiriera la Sala en el Voto 2318-98, y que no podrían ser desempeñados por un particular.

CONCLUSION

Del análisis de los aspectos citados, lo recomendable sería que la Administración abra nuevamente una Licitación Pública Internacional semejante a la anterior, pero con fundamento en la Ley 7762, por consiguiente no como Gestión Interesada, sino como lo establece la Ley aplicable, sea como Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, pues como lo indicó la Contraloría en el Dictamen 001797:

“La gestión interesada no es más que una de las tantas modalidades que puede adoptar la prestación de un servicio público. En nuestro país, tenemos esbozada la figura de la “concesión de gestión de servicios públicos” en los artículos 74 y 75 de la Ley de Contratación Administrativa, y por otra parte, la Ley General de Concesión de Obra Pública...” (se hacía referencia a la Ley anterior).

Asimismo, que se modifique el Cartel y se revisen cada una de las cláusulas contenidas, con el propósito de que las prerrogativas que la Administración se comprometa a conceder al adjudicatario, sean acordes con la normativa aplicable.

BIBLIOGRAFIA

- Alessi, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I, Barcelona, C.A. Editorial Bosch. (Traducción de Buenaventura Pellisi Pratts).
- Jiménez M., Manrique. *La Problemática de los Derechos de Frecuencias Televisivas a la Luz de la Jurisprudencia Constitucional*. En: **Revista Iustitia**, Nº 111-112, año 10, 1996. San José, Costa Rica.
- El Silencio Positivo y la Dimensión Jurídica de las Concesiones, Autorizaciones y Aprobaciones Administrativas*. En: **Revista Iustitia**, Nº 94, año 8, 1994.
- Mena M., Juan. *Obras en el Santamaría* (San José: **La Nación**, 5-11-98).
- Romero Pérez, Jorge E. *Aeropuertos y Contratos* (San José: **La Nación**, 21-10-98).
- Constitución Política y Bienes Públicos* (San José: **Al Día**, 12-11-98).
- Derecho Administrativo* (San José: EUNED, 1999).
- Contratos y Aeropuertos* (San José: Editorial Lex, 1999).
- Woodbridge, Paul. *El Contrato Ley*. Editorial Costa Rica, San José, Costa Rica, 1972.

EL TESTAMENTO DEL “REY DEL CAFE”

*Lic. Jorge Sáenz Carbonell**

Abogado

(*) Profesor de Historia del Derecho.
Universidad de Costa Rica.

Don Mariano Montealegre Bustamante fue el primer gran cafetalero de Costa Rica. Oriundo de Guatemala, donde nació en 1783, vivió en su juventud en Nicaragua y El Salvador y llegó a Costa Rica alrededor de 1809, a desempeñar un cargo en la Factoría de Tabacos de San José. Hombre de talento y grandes virtudes ciudadanas, desempeñó durante muchos años el cargo de Factor de Tabacos de Costa Rica, y también fue el primer agente diplomático (1823) y el primer Vicejefe de Estado (1824-1825) que tuvo nuestro país. Dedicó exitosos esfuerzos al comercio y a la actividad minera en los montes del Aguacate, pero sobre todo se distinguió en el cultivo del café, que lo convirtió en uno de los personajes más acaudalados de aquellos tiempos. Fue dueño de tres haciendas cafetaleras (“La Amistad”, “La Ilusión” y “El Desengaño”) que se ubicaban al norte y al este de La Sabana y que para 1840 eran las más productivas de Costa Rica y contaban con la maquinaria más moderna. Don Mariano, convertido ya en el “Rey del café” del naciente Estado, murió en San José en 1843, a los sesenta años de edad.

Antes de casarse, Don Mariano tuvo dos hijas extramatrimoniales con Doña Petronila del Castillo Villagra, viuda de Don Casiano Porras:

- 1) Magdalena, nacida en San José hacia 1811 y fallecida en 1875. Casó en primeras nupcias en 1827 con Jacques Millet y Jaingéante, francés, y en segundas en 1838 con Gregorio Escalante y Nava.
- 2) Antonia Rita de Jesús, nacida en San José en 1813 y fallecida en 1866. Casó en 1838 con Léonce-Alphonse de Vars y Dumartray, francés.

Don Mariano contrajo nupcias en 1815 con Doña Gerónima de los Angeles Fernández y Chacón, nacida en San José en 1788 y viuda de Don Félix Fernández y Carranza, del cual no le quedó sucesión. Doña Gerónima murió en San José en 1858. De su matrimonio con Don Mariano nacieron doce hijos:

- 1) Jose María, nacido en San José en 1815 y fallecido en San José de California en 1887. Cirujano graduado en Aberdeen, Escocia. Presidente de la República de 1859 a 1863. Casó en primeras nupcias en 1840 con Ana María Mora Porras y en segundas en 1858 con Sophia Matilda Joy Redman.
- 2) Mariano de Jesús, nacido en San José en 1816 y fallecido en Londres en 1900. Ingeniero graduado en la Gran Bretaña.

Desempeñó varios cargos públicos y fue uno de los fundadores y principales accionistas del Banco Anglo Costarricense. Casó en 1846 con Guadalupe Gallegos y Sáenz.

- 3) Josefa, nacida en San José en 1817 y fallecida en 1821.
- 4) Francisco de Paula de Jesús, nacido en San José en 1818 y fallecido en San Francisco de California en 1875. Estudió comercio en la Gran Bretaña. Fue Secretario de Hacienda y Comercio y desempeñó otros cargos públicos. Casó en 1852 con Victoriana Gallegos y Sáenz.
- 5) Martín, nacido en San José en 1819 y fallecido poco después.
- 6) María Cecilia, nacida en San José en 1820 y fallecida poco después.
- 7) María Encarnación de las Angustias, nacida en San José en 1822 y fallecida en 1890. Soltera.
- 8) María Gerónima, nacida en San José en 1823 y fallecida en 1891. Primera Dama de Costa Rica de abril a agosto de 1870. Casó en 1847 con Bruno Carranza Ramírez, Presidente de la República de abril a agosto de 1870.
- 9) Sara, nacida en San José en 1826 y fallecida entre 1839 y 1843. Soltera.
- 10) Josefa Leonor, nacida en San José en 1827 y fallecida en 1861. Soltera.
- (11) María Aurelia, nacida en San José en 1829 y fallecida en San Francisco de California alrededor de 1885. Casó en 1859 con José Concepción Pinto y Castro, quien fue Fiscal y Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.
- 12) Leopoldo de Jesús, nacido en San José en 1832, y fallecido en Esparza en 1891. Casó en 1860 con Ermida Quirós y Flores.

En mucho gracias a la fortuna labrada por su padre, también los tres hijos mayores del hogar Montealegre-Fernández llegaron a ser personajes de primera línea en el comercio, las finanzas y la actividad política de mediados del siglo XIX. Durante el decenio de 1860, la familia

Montealegre fue quizá la más poderosa de Costa Rica, además de figurar entre las más acaudaladas. El primogénito de Don Mariano, Don José María Montealegre, y el esposo de una de sus hijas, Don Bruno Carranza Ramírez, fueron Presidentes de la República, y otros miembros del clan ocuparon prominentes puestos políticos. El predominio de los Montealegre concluyó en 1870 como consecuencia del ascenso al poder del General Don Tomás Guardia, y en 1872 casi todos ellos abandonaron el país y se establecieron en los Estados Unidos de América.

Los documentos que transcribimos a continuación son los testimonios expedidos por los Alcaldes de San José del testamento mancomunado que en 1838 otorgaron en San José Don Mariano y Doña Gerónima, y de una modificación testamentaria formulada al año siguiente. Ambos textos se encuentran incluidos en el expediente de la mortal de Don Mariano, cuyo original se encuentra depositado en la Sección Histórica del Archivo Nacional y está catalogado como documento N° 1876 de los correspondientes al Juzgado Civil de San José.

Dado que en 1838 aún estaban vigentes en Costa Rica las Siete Partidas de Don Alfonso X el Sabio, el formato de estos documentos es muy semejante al de los testamentos y codicilos de la época anterior a la Independencia, entre cuyas características cabe mencionar que utilizan un lenguaje en el que la primera persona corresponde a los otorgantes de las escrituras y no a los funcionarios que la autorizaban, y que incluían una referencia expresa a las creencias religiosas de los testadores.

En cuanto al fondo de las disposiciones de última voluntad, cabe recordar que el sistema sucesorio de las Partidas (muy similar al contenido en el Código General emitido en 1841 por el Gobierno de Carrillo), era el de herederos forzosos y voluntarios. Según ese sistema, regulado en las Partidas, la Nueva Recopilación y otras fuentes normativas, la libre testamentifacción propiamente dicha sólo podía ejercerse con respecto al 20% del patrimonio del causante (previamente excluidos los gananciales del consorte, si era casado), el llamado *quinto*. De este debían sacarse los gastos de entierro, misas, etc. El 80% restante debía distribuirse obligatoriamente, por partes iguales, entre los herederos forzosos fijados por la ley, que eran en principios los hijos legítimos del causante. Sin embargo, de ese 80% el causante podía disponer de una tercera parte (el llamado *tercio*) para mejorar a uno o más de los herederos forzosos, es decir, aumentar la parte que les correspondiese en la división del patrimonio.

En sus *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, los doctores Don Ignacio Jordán de Asso y del Río y Don Miguel de Manuel y Rodríguez resumieron las reglas básicas del sistema del siguiente modo:

“Sobre el modo con que el testador debe disponer de sus bienes es principio intestable en Castilla, que si tuviere hijos, nietos, etc. los debe instituir herederos forzosamente, y sólo puede disponer en favor de extraños del remanente del quinto de sus bienes; porque de éste ante todas cosas se sacan los gastos de Entierro, Misas, etc. y en segundo lugar tiene facultad para mejorar a quien quisiere de sus hijos, o nietos en el tercio, (esto es, la tercera parte de los bienes, deducido el quinto)... Faltando hijos, y descendientes, ha de testar en favor de los padres, y abuelos, y ascendientes, si los tuviese, a excepción del tercio, en que puede disponer con libertad...” (*Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Valladolid, Editorial LEX NOVA, S. A., 1a. ed. facisimilar de la de Madrid, Imprenta de Ramón Ruiz, 1792, p. 117).

En el testamento mancomunado del “Rey del café” y de su esposa es visible el interés de indicar los bienes que debían tenerse como no gananciales (en este caso, la pequeña herencia materna de Don Mariano, y el mucho más copioso patrimonio personal de Doña Gerónima). En cuanto a los *quintos*, Don Mariano dispuso que el suyo se adjudicase íntegramente a su esposa, mientras que ésta dispuso que su *quinto* se repartiese por partes iguales entre aquél y su hijo Leopoldo, el menor de los varones y el único que no fue enviado a estudiar a Europa. Ninguno de los cónyuges estableció disposiciones con respecto al *tercio*, por lo que todo el patrimonio del que falleciese primero, deducido lo correspondiente al *quinto*, debía dividirse por partes iguales entre los nueve hijos. Sin embargo, en la modificación testamentaria de 1839 sí decidieron hacer uso de su facultad con respecto al *tercio*, y ya que los tres hijos mayores habían tenido la ventaja de cursar estudios en el exterior, dispusieron destinar el *tercio* a *mejorar* a los demás, es decir, a acrecer su parte de la herencia. También acordaron que sus respectivos *quintos*, en lugar de favorecer al cónyuge supérstite, se distribuyesen por partes iguales entre una de las hijas, Leonor, y el benjamín Leopoldo.

Es de notar que Don Mariano, a pesar de que tenía una relación estrecha con sus hijas extramatrimoniales –Doña Gerónima incluso fue la madrina de bodas de la mayor, Magdalena, cuando contrajo su primer matrimonio–, no estableció disposición testamentaria alguna en favor de ellas a la hora de determinar la adjudicación del *quinto* (De acuerdo con la ley, sólo hubiese podido asignarles el todo o parte del *quinto*, porque

el resto del patrimonio debía corresponder exclusivamente a los hijos legítimos), en lo que quizá influyó la circunstancia de que ambas estaban casadas con personas acomodadas.

Así las cosas, los bienes de ambos testadores, debían distribuirse así: a) 20% (el *quinto*) para pagar gastos de funeral, misas y otros, y el sobrante para dividir por partes iguales entre Leonor y Leopoldo Montealegre Fernández; b) 26.6% (el *tercio*) para dividir por partes iguales entre los herederos forzosos *mejorados*, es decir, María, Gerónima, Sara, Leonor, María Aurelia y Leopoldo Montealegre Fernández; y el 53.33% para dividir, también por partes iguales, entre los seis herederos mejorados y sus tres hermanos mayores, José María, Mariano y Francisco.

Después de otorgado el testamento y de efectuada la modificación testamentaria de 1839, pero antes de que muriesen sus progenitores, falleció Sara Montealegre Fernández, por lo que aumentaron automáticamente las porciones destinadas a sus ocho hermanos.

El juicio sucesorio de Don Mariano fue iniciado por su viuda Doña Gerónima el 15 de diciembre de 1843, es decir alrededor de un mes después de su muerte, ante el Juez de Primera Instancia de San José Don Ramón Quirós y Pacheco. Estaba ya en vigencia, desde 1841, el Código General del Estado, por lo que el trámite de la mortual se ajustó a las reglas contenidas en ese cuerpo de leyes. El Código también disponía que los gastos de funeral y entierro (no las misas posteriores, ni los impuestos sucesorios) se dedujesen del patrimonio del causante y no del *quinto*, por lo que éste sólo podía calcularse una vez deducidos aquéllos.

El juicio sucesorio no empezó a moverse sino hasta el 10 de mayo de 1844, cuando fue nombrado Don Gordiano Fernández como curador *ad litem* de los menores interesados (María, Gerónima, Aurelia, Leonor y Leopoldo Montealegre). Al día siguiente se designó como peritos valuadores a Don Cipriano Fernández y a Don Eusebio Rodríguez, quienes del 14 al 17 de mayo levantaron junto con el Juez Quirós el inventario del patrimonio del causante. Los bienes inventariados quedaron depositados en poder de la viuda y albacea Doña Gerónima. En el inventario, lógicamente, no figuraban los bienes no gananciales que pertenecían exclusivamente a la señora.

El 17 de junio el Juez procedió a efectuar la cuenta divisoria, partición y adjudicación de los bienes de Don Mariano. El patrimonio de

éste, entre bienes muebles e inmuebles y derechos, ascendía a la crecida suma de 56,455 pesos y 3 reales. Deducido lo correspondiente a gastos de funeral y entierro, honorarios de la albacea y costas, quedó la suma de 54,930 pesos y dos reales. La mitad de esta suma correspondía a Doña Gerónima en concepto de gananciales. Lo restante, es decir, el verdadero caudal hereditario, ascendió a la suma de 27,465 pesos y 1 real. Sacado el *quinto*, 5493 pesos, los bienes para distribuir entre los herederos, exceptuados 100 pesos correspondientes a los contadores, fue de 21,872 pesos y 1 real. El 28 de junio, la albacea, los tres herederos mayores y el curador de los menores aprobaron el plan propuesto por el Juez, con una ligerísima modificación. A fin de cuentas, a los hijos de Don Mariano se les asignaron las siguientes sumas:

- José María, 1822 pesos y 5 reales y medio
- Mariano, 1822 pesos y 5 reales y medio
- Francisco de Paula, 1822 pesos y 5 reales y medio
- María, mejorada en el *tercio*, 3280 pesos y 6 reales y medio
- Gerónima, mejorada en el *tercio*, 3280 pesos y 6 reales y medio
- Leonor, mejorada en el *tercio* y en el *quinto*, 5954 pesos y 1 real
- Aurelia, mejorada en el *tercio*, 3280 pesos y 6 reales y medio
- Leopoldo, mejorado en el *tercio* y en el *quinto*, 5954 pesos y 1 real

En la distribución material de los bienes, la hacienda “La Ilusión” y derechos sobre “El Desengaño” correspondieron a gananciales de la viuda. Los demás derechos sobre “El Desengaño” fueron para María y Gerónima, mientras que “La Amistad” fue entregada por partes iguales a Leonor y Leopoldo. Los demás hermanos recibieron sus porciones en dinero efectivo u otros bienes.

Es interesante advertir que a pesar del respetable caudal que había logrado acumular Don Mariano, el crecido número de herederos hizo que la porción de éstos, incluso de los mejorados en *tercio* y *quinto*, fuese en realidad pequeña. Tal situación, frecuente en la Costa Rica del siglo XIX, indudablemente contribuyó a evitar que la riqueza se concentrase en pocas manos, ya que con progenies tan numerosas, al cabo de una o dos generaciones las fortunas desaparecían y dependía del esfuerzo personal de cada heredero el levantar una nueva. Por ejemplo, en el caso concreto de los Montealegre Fernández, los tres varones mayores, a pesar de haber recibido porciones muy inferiores a las de sus hermanos, lograron aumentar considerablemente su respectivo patrimonio; pero no ocurrió así con el menor, Leopoldo, quien falleció prácticamente en la insolvencia, a pesar de haber sido mejorado en *tercio*

y *quinto* en la mortal de su padre el “Rey del café”. Fue, dicho sea de paso, el único de los cuatro hermanos que no se dedicó al cultivo del grano de oro.

DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS DE DON MARIANO MONTEALEGRE BUSTAMANTE Y DONA GERÓNIMA FERNÁNDEZ Y CHACÓN DE MONTEALEGRE (1838-1839)

Sébase, sea público y notorio como nosotros, Mariano Montealegre y Gerónima Fernández, marido y mujer vecinos de esta Ciudad, hallándonos en buena salud, y deseosos de arreglar en tiempo nuestras finales disposiciones, de mancomún ordenamos y otorgamos por la presente escritura, nuestro testamento y última voluntad para que valga como tal testamento, o como mejor lugar tenga en derecho = Primero. Declaramos que somos cristianos católicos, apostólicos, romanos, y que en consecuencia creemos, confesamos como tales todos los misterios de nuestra Religión que tiene, cree, y confiesa nuestra Santa Madre Iglesia, en cuya fe, y creencia hemos vivido, vivimos, protestamos vivir y morir = 2^a. Encomendamos nuestras almas a Dios nuestro Señor y mandamos nuestros cuerpos a la tierra de que son formados, los cuales hechos cadáveres queremos que sean amortajados, y sepultados en el lugar para ello destinado, y en los términos que nuestros albaceas lo dispongan, debiéndonos, siendo posible, cantar misa de cuerpo presente = 3^a. Queremos y mandamos que por cuenta del quinto de bienes de cada cual de los testadores, nuestros albaceas nos manden decir enseguida de nuestro entierro un novenario de misas, y las treinta de San Gregorio = 4^a. De nuestro quinto igualmente queremos se pague lo correspondiente a las mandas forzosas por ley establecidas con aquel carácter = 5^a. Declaramos que somos casados y velados según el orden de la Iglesia, y que en nuestro matrimonio, hemos tenido y procreado varios hijos de los cuales existen vivos solamente José María, Mariano, Francisco de Paula, Mariquita, Gerónima, Sara, Leonor, Aurelia y Leopoldo, a todos los cuales y a los demás legítimos descendientes con derecho de heredarnos que pudiéremos tener al tiempo de nuestro fallecimiento, instituímos por nuestros únicos y universales herederos de todos nuestros bienes muebles, raíces, derechos y acciones presentes y futuros para que los gocen en paz, unión, y se auxilien con ellos mutuamente, recordando que así se lo exigen, suplican sus padres que se han esforzado por dejárselos = 6^a. Declaramos que cuando contrajimos nuestro matrimonio el primero, fuera de lo muy necesario para vivir, lejos de traer algo al matrimonio, debía mil pesos que pagó después, y que aunque

posteriormente ha heredado a su señora madre, sólo ha podido percibir una muy pequeña cantidad de dicha herencia, encontrándose en su libro de cuentas lo que cobrase de ella, si pudiese conseguirla; y la segunda que llevó al matrimonio la casa en que habita, una cadena de oro, y otras cosas menores que se encontraran manifestadas en el indicado libro, como también lo que heredó de su finado señor padre constante en la hijuela = 7^a. Declaramos por nuestros bienes todos los que por tales con conocidos y se reconozcan, sobre lo cual dejaremos en un libro los apuntes necesarios = 8^a. Declaramos no deber cosa alguna, y que nos deben lo que se encuentre constante de nuestros apuntes, y obligaciones; pero si al tiempo de nuestro fallecimiento se encontrase que debemos alguna cantidad, mandamos que se pague = 9^a. Yo el testador declaro que he sido empleado, y lo soy actualmente en la Renta de Tabacos treinta y tantos años: que tengo rendidas mis cuentas, y no tengo el menor alcance, habiendo satisfecho los pequeños que en algunas cuentas por equivocaciones me han resultado = 10^a. Yo el testador quiero y dispongo que deducido de mi quinto lo que importase mi entierro y misas, según he dispuesto, el resto sea para mi señora esposa a quien se lo lego y mando en cualquier cantidad que resultase; mas si yo le sobreviviese, entonces esta parte se acumulará a mis bienes y lo gozarán mis herederos instituidos igualmente. 11^a. Yo la testadora ordeno que pagado de mi quinto mi entierro y sufragios en los términos de la cláusula segunda, lo que quedare se haya en dos partes de las cuales la una será para mi hijo Leopoldo, y la otra para mi actual marido; pero si mi fallecimiento ocurriese después del de éste, en este caso esta parte que lego se entenderá legada a mis hijas mujeres por partes iguales para que disfruten lo que montare = 12^a. Siendo nuestros hijos todos al presente, los unos menores de edad, y los otros pupilos, usando de la facultad que en tal caso nos permiten las leyes, les nombramos por tutor y curador, en primer lugar al que sobreviva de los dos testadores: en segundo a nuestro hijo José María: en tercero a nuestro hijo Mariano; y en cuarto nuestro hijo Francisco = 12^a. Para cumplir con este nuestro testamento y última voluntad nombramos nuestros albaceas, y jueces árbitros en primer lugar al consorte que quedare vivo de los dos, y en segundo a nuestros tres hijos varones primeros por su orden, para que después de nuestros días extrajudicialmente instruyan nuestras respectivas causas mortuales: dividan nuestros bienes, y los adjudiquen. Para todo lo cual les concedemos todo el poder y facultad que es a nuestro alcance, y les prorrogamos todos los términos legales a todo el tiempo que necesiten = 13^a. Y por el presente testamento revocamos, y anulamos, todos los otros y demás disposiciones testamentarias que antes de ahora podamos haber formado, por escrito, de palabra, o en otra

forma para que ninguna valga en juicio, ni fuera de él, pues sólo el presente queremos, y mandamos se estima y tenga por tal testamento: se observe y cumpla en todas sus partes, como nuestra última deliberada voluntad, o como hemos declarado al principio en la vía y forma que mejor lugar haya en derecho. Así lo otorgan: firman ante mí el Alcalde primero constitucional de esta ciudad por supresión de Escribanías, siendo testigos los ciudadanos Antonio González, Fulgencio Carranza, Francisco Barriento, Guillermo Barriento, y Santiago Fernández, vecinos y presentes; y a los otorgamos yo el referido Alcalde certifico conocer, y que así lo dijeron y firmaron en esta ciudad de San José a veinte y siete de febrero del año de mil ochocientos treinta y ocho en presencia de los testigos instrumentales expresados, y todos firman conmigo, y los de asistencia con quienes actúo de lo cual doy fe = Manuel Zeledón = Mariano Montealegre = Gerónima Fernández de Montealegre = Antonio González = Fulgencio Carranza = Francisco Barriento = Guillermo Barriento = Santiago Fernández = Juan Ramírez = Florentino Zeledón =

Concuerta con su original a que me remito, de donde le hice sacar corregí, y concerté, y a pedimento de partes doy el presente en San José a veinte y siete de marzo de mil ochocientos treinta y ocho, actuando con testigos en falta de Escribano que certifico - Manuel Zeledón.

F. Montes de Oca Lorenzo M. de Oca

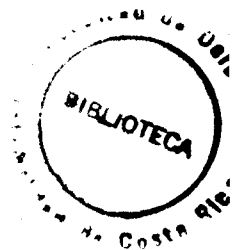
En la Ciudad de San José a los dos días del mes de agosto del año de mil ochocientos treinta y nueve. Ante mí Lorenzo Castro Alcalde tercero constitucional por ministerio de la ley, y testigos que al fin se nominarán, comparecieron los señores Mariano Montealegre, y Gerónima Fernández, marido y mujer, de este vecindario a quienes certifico conozco, y dijeron: que en veinte y siete de febrero del año pasado de mil ochocientos treinta y ocho, otorgaron su testamento ante el Alcalde primero de esta misma ciudad Ciudadano Manuel Zeledón; pero que deseando explicar mejor su voluntad, y adicionarlo para descargar su conciencia, declaran: que habiendo mandado a educarse en Europa a sus tres hijos nominados Jose María, Francisco y Mariano, en lo que han hecho gastos considerables, quieren que esto no se les compute en su legítima, pero que para compensar a los demás María, Gerónima, Sara, Aurelia, Leonor y Leopoldo, es su voluntad mejorarlos en el tercio de sus bienes respectivos: y ordenan y mandan que deducido el quinto, se aparte la tercera parte del caudal, y por iguales se distribuya entre éstos. Asimismo quieren y es su voluntad que del quinto de sus bienes, pagado los gastos de funeral entierro y mandas forzosas, el remanente se

agregue por iguales partes a la legítima de Leonor y Leopoldo en calidad de mejora, hecha también por los dos otorgantes. Así lo declaran, otorgan y firman en forma de codicilo en esta misma fecha, siendo testigos los Ciudadanos Faustino Montes de Oca Jesús Cordero y Pastor Selva vecinos y presentes por ante los de mi asistencia lo que certifico, e igualmente de que los otorgantes se hallan en su entero y cabal juicio, buenos y sanos al parecer de enfermedad grave = Lorenzo Castro = Mariano Montealegre = Gerónima Fernández = Santiago Barriento = Manuel de Jesús Montoya =

Así en el protocolo de mi cargo de donde hice sacar corregir y enmendar en la misma fecha de su otorgamiento ante los testigos de mi asistencia en falta de Escribano lo que certifico.-

Lorenzo Castro

Derechos con papel 5 pesos 6 reales. José Alvarado M. de Jesús Montoya



CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ESTADO DE DERECHO Y CONVENCIONES COLECTIVAS

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez^(*)

Catedrático Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

(*) *Agradezco al Dr. Gabriel Macaya, Rector, y al Dr. Luis Baudrit, Decano a.i. de la Facultad de Derecho, Oficina de Asuntos Internacionales y Cooperación Externa, de la Universidad de Costa Rica; y, al Rector, Dr. Gregorio Peces-Barba y al Vicerrector Dr. Luciano Parejo-Alfonso, de la Universidad Carlos III de Madrid y a la Agencia Española de Cooperación Internacional, el haberme permitido participar en labores de investigación en una estadía académica durante el invierno del curso lectivo 2000-2001 en la Universidad española citada. Este trabajo de investigación, es parte de los estudios que realicé en este centro madrileño. Las restantes investigaciones se publicarán a corto plazo.*

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

SUMARIO:

Resumen / Summary

Introducción.

- I. Criterio que se expresa en el voto 4453-00 (exposición de su contenido)
- II. Voto salvado del Magistrado Carlos Arguedas
- III. Voto salvado del Magistrado Fernando Solano
- IV. Nota de los Magistrados Piza Escalante y Molina Quesada
- V. Posición del profesor Eduardo Ortiz
- VI. Posición del profesor Miguel Sánchez Morón
- VII. Sala Constitucional y Municipalidades
- VIII. La educación como un derecho de libertad
- IX. Universidades públicas, sedes o espacios educativos
- X. Derecho y convenciones colectivas
- XI. Ideología y derecho
- XII. Análisis de contenido del voto 4453-00
- XIII. Voto 9690-00
- XIV. Consideraciones sobre esta sentencia 9690-00
- XV. Voto 7730-00
- XVI. Consideraciones sobre esta sentencia 7730-00
- XVII. El caso de España

A manera de conclusión

Bibliografía básica de referencia

RESUMEN

Este ensayo se refiere a la negociación laboral de los funcionarios públicos con el Estado-patrono de Costa Rica.

La tesis del Poder Ejecutivo como del Poder Judicial es que en la Administración Pública los funcionarios regidos por el Derecho Administrativo (relación estatutaria), no pueden gozar de los beneficios de las llamadas convenciones o negociaciones colectivas de trabajo. Solo aquellos trabajadores del Estado, regidos por el derecho laboral común, pueden disfrutar de esas convenciones.

La posición del autor de este ensayo es que la Carta Magna, en su artículo 62, permite esas convenciones colectivas para todos los trabajadores, no importando quién sea su empleador o patrono ni tampoco cuál sea el régimen jurídico-laboral que los regula.

SUMMARY

This paper refers to the labor negotiation of the public officials with the State - boss from Costa Rica.

The thesis of the Executive Branch as of the Judicial Branch it is that in the Public Administration the officials governed by the Administrative Law (statutory relationship), they cannot enjoy the benefits of the calls conventions or collective negotiations of work. Alone those workers of the State, governed by the common labor law, they can enjoy those conventions.

The position of the author of this paper is that the Magna Carta, in its article 62, it allows those collective conventions for all the workers, not caring who is its employer or boss neither which the law regime is - labor that regulates them.

Observación de inicio

*Este ensayo parte del ya publicado por la revista Iustitia (No. 166-167, 2000), efectuándose ahora una reelaboración, puesta al día y ampliación del mismo; a la vez que se indica la **bibliografía**, utilizada en ambas investigaciones, dado que, posiblemente por razones de espacio y de edición, en el trabajo incorporado en dicha revista, no fue publicada. Considero que es importante que la bibliografía quede consignada en los ensayos dados al conocimiento público, ya que es el soporte esencial de la investigación y a la vez tiene una utilidad práctica importante para los amables lectores de la obra que se publica. Dejo constancia de mi agradecimiento a la revista **Iustitia** por haberme publicado mi anterior investigación bajo el título de **Las convenciones colectivas en el voto 4453-00 de la Sala Constitucional**.*

INTRODUCCIÓN

En el sistema político democrático, juega un papel transcendental lo que se conoce como el **Estado de Derecho**.

Se trata de un Estado regido por el derecho; mediante la construcción de un orden jurídico en el cual el Estado queda subordinado al derecho (Jacques Chevallier, pág. 14, 1999).

Las reglas de mayor jerarquía establecidas en la sociedad, se encuentran en la Carta Política, Fundamental, Magna o Ley de leyes. Se trata de la supremacía constitucional en el ordenamiento o sistema jurídico y también el sistema social global. (**García de Enterría**, pág. 105, 2001).

Esencialmente, la Carta Magna trata el tema del **poder** en la colectividad. Regula el dilema autoridad-libertad. Autoridad del Estado frente a la libertad y garantías fundamentales de las personas.

Legalidad, poder, dominación, autoridad y obediencia se refuerzan entre sí y forman una red que funciona en la sociedad para lograr mantener la estructura de control sobre personas y cosas.

La **legalidad** es la creencia (ideológicamente impuesta y vigente) en la validez de preceptos legales, siendo el **Estado** moderno el encargado de imponer su potestad de imperio, incluso mediante el uso legitimado de la fuerza física y/o psíquica. De este modo, el **Estado** implica una relación de dominación de personas sobre personas, que se sostiene por medio de la violencia legítima (es decir, por la que es vista como tal) (**Max Weber**, págs. 83 y 84, 1967).

Debe tenerse conciencia de que el actual Estado de Derecho no sería siquiera concebible sin un sistema de justicia administrativa, y los preceptos en que el Estado de Derecho se asienta se apoyan en la idea de la libertad y los derechos humanos; y, repudian a *limine* cualquier interpretación que intentase dejar libre la arbitrariedad de la Administración (**García de Enterría**, pág. 574, 2000).

Efectivamente es cierto que en cuanto más despersonalizada y global es la naturaleza del poder dominador, mayor es la sensación de impotencia producida en quienes son dominados (**Joaquín Estefanía**, pág. 31, 2000).

Obviamente los **centros de poder** son diversos; y, la magnitud y efectos de ese poder son diferentes (*tanto cuantitativa como cualitativamente*).

Efectivamente es cierto que en cuanto más despersonalizada y global es la naturaleza del poder dominador, mayor es la sensación de impotencia producida en quienes son dominados (**Joaquín Estefanía**, pág. 31, 2000).

Obviamente los **centros de poder** son diversos; y, la magnitud y efectos de ese poder son diferentes (*tanto cuantitativa como cualitativamente*). En el aspecto formal, el Estado (*sociedad política*) como en la (*sociedad civil* (cámaras patronales, sindicatos, grupos solidaristas, asociaciones, empresas mercantiles, etc.) tienen poder y lo ejercen de acuerdo a sus específicas circunstancias.

En la tipología del **poder** más elemental, las instituciones formales como los grupos y personas, tienen poder político, jurídico, social, religioso, artístico, deportivo, *mass media*, económico, etc.

Por supuesto, que en concretas circunstancias, quien ejerza el poder decisivo y fundamental para imponer su criterio y voluntad, es el

que define la dirección, velocidad y alcances de su poder ejecutado, tomando en cuenta en el análisis tanto el nivel nacional como el internacional.

En lo que corresponde al tema de las **convenciones colectivas** hay decisiones políticas de las instituciones, de los grupos y personas interesados en un sentido o en otro.

Con los votos que se analiza hay una toma de decisión (una posición) que adoptó una parte del Estado radicada en el Poder Judicial, que es la Sala Constitucional. Esta posición ha perjudicado a unos y beneficiado a otros, como en toda resolución jurisdiccional.

En el aspecto doctrinal, bien señala el Profesor Carlos Manavella que este tema de las **convenciones colectivas** se constituye en un punto de reflexión de la *teoría general del derecho*, preocupada no sólo por el mantenimiento coherente de las **fuentes** normativas, sino también por el respeto de los **razonamientos** jurídicos elementales (pág. 8, 2000).

Efectivamente, este tema de la **convención colectiva** tiene relación directa con las **fuentes del derecho** (*por ser ella misma fuente de derecho*), con cuya expresión se designa toda manifestación de la voluntad normadora, esto es, el acto al que conduce el ejercicio de la voluntad normadora del órgano habilitado para ello por el ordenamiento jurídico (Ignacio de Otto, pág. 70, 1997).

La convención colectiva en el sector público tiene dimensiones políticas, económicas, jurídicas y sociales. Es en sí un mecanismo de negociación para evitar o aliviar el enfrentamiento, la crisis y la desestabilización social.

Tiene por tanto, una estrecha relación con el tema de la democracia, legitimidad, estabilidad, gobernabilidad, legalidad, administración y legitimación de la entera sociedad.

Desde los años 50 del siglo XX esta convención pudo florecer en el **sector público**, al amparo del desarrollo del constitucionalismo costarricense que arrancó desde la década anterior (*años 40*), ratificando este derecho laboral fundamental en la Administración Pública.

En el **sector privado**, tanto el ejercicio al sindicalismo como a esta convención colectiva, quedó en el papel, debido a la persecución y

negación de este derecho laboral constitucional para los trabajadores de la empresa privada.

Por supuesto, esta anomalía en sector privado, a la cúpula política del país (*poder que se ejerce desde arriba hacia abajo: grupos dominantes sobre grupos dominados*) nunca le interesó ni le preocupó (ni antes ni ahora), como parte integrante de la clase hegemónica nacional.

I. CRITERIO QUE SE EXPRESA EN EL VOTO 4453-00

En este aparte hago una exposición de este voto, de acuerdo a la puntuación siguiente:

1. Es una respuesta a la consulta hecha por la Sala Segunda.
2. La Sala Constitucional declaró inconstitucional la celebración de arreglos directos y conciliaciones, por parte de los empleados del Estado, sujetos al régimen de empleo público, así como los procedimientos de arbitraje (laudos arbitrales) y las convenciones colectivas, dado que no existe norma constitucional o legal que permita esos procedimientos. Por el principio de legalidad, lo que no está expresamente autorizado por la ley, está prohibido (ver en este sentido los **votos 1696-92, 550-91, 3854-92, 3053-94**).
3. *Los empleados del Estado, que NO participan de la gestión pública de la Administración y los trabajadores de empresas o servicios económicos estatales, encargados de gestiones sometidas al derecho común (artículos 111.3 y 112.2 y de la Ley de Administración Pública), pueden utilizar los procedimientos de resolución de los conflictos colectivos de carácter económico y social, arreglos directos, conciliación, laudos arbitrales y convenciones colectivas, que establece el Código de Trabajo. El régimen jurídico aplicable es el laboral, mercantil o común.*
Ejemplos de empresas y servicios económicos estatales: Instituto Nacional de Seguros, Instituto Costarricense de Electricidad, banca estatal, Compañía de Fuerza y Luz.
4. *Los empleados que SÍ participan de la gestión pública de la Administración, que prestan servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de la investidura como*

funcionario público (artículos 111.1 y 112.1 de la Ley de Administración Pública), no pueden utilizar los procedimientos de arreglos directos, conciliación, arbitraje ni el de convenciones colectivas. Aquí el régimen jurídico aplicable es el derecho administrativo o público, ya que se trata de una relación estatutaria o de empleo público.

5. La Sala Cuarta procede a analizar la consulta hecha desde la *óptica de la interpretación constitucional*.
6. De acuerdo al *método de la interpretación constitucional*, la Sala Cuarta sostiene que integrando el *artículo 62 de la Carta Magna* (que se refiere a las convenciones colectivas como un derecho laboral) con los *numerales 191 y 192 de esta Carta*, que atañen al *estatuto del servicio civil* que regulará las relaciones del Estado con sus funcionarios, llega a la *conclusión* que el régimen laboral común está ligado al numeral 62; y, los otros (191 y 192), al régimen público laboral. No existiendo autorización constitucional para que se den convenciones colectivas en el sector público, entrándose de funcionarios públicos con su patrono-Estado.
7. Le corresponde a la propia Administración, a los operadores del Derecho en general, al juez cuando conocen de casos específicos, determinar si una institución o un grupo de sus funcionarios, conforman el núcleo de la excepción que sí puede negociar colectivamente; o, si por el contrario, les está vedado ese camino.
8. *Las municipalidades NO pueden realizar convenciones colectivas de trabajo, pues sus empleados están regidos por el derecho público.*
9. A partir de la publicación de la reseña de este voto en La Gaceta, terminan los efectos, para todos los servidores públicos a los que la Constitución Política les ha vedado la posibilidad de celebrar convenciones colectivas.

II. VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO CARLOS ARGUEDAS

Este Magistrado señala la paradoja de esta Sala Cuarta, ya que por este voto **4453-00**, declara que no procede en el sector público las convenciones colectivas; y, por otro lado reconoce el derecho a la huelga legal de los empleados públicos –en **voto 1317** del año 1998 (*este voto no está redactado en su totalidad, está solo el por tanto, al mes de noviembre del 2000*)–.

En otras palabras, la Sala Cuarta dice que las huelgas en el sector público son constitucionales; pero, impide la convención colectiva en ese sector público, que es un medio jurídico y pacífico, para no ir a las huelgas. Es decir, prefirió las huelgas.

Además, la realidad del país (lo que se llama la *Constitución material* o *sustancial*; en comparación con la *Constitución formal* o *escrita*: cf. Constantino Mortati, 1975, págs. 328 a 330), ha presentado durante muchos años (*después de 1949, año de la vigencia de la última Carta Fundamental*), la realidad de la aplicación de convenciones colectivas en el sector público. De tal modo que la Constitución Política no puede petrificarse en 1949, ignorando lo que ha sucedido en la realidad laboral de nuestra sociedad. El Magistrado Arguedas lo dice así:

el intérprete de la Constitución Política no puede petrificarla, como si en punto a la evolución y al sentido actual de los derechos fundamentales poco o nada hubiera pasado desde el acto constituyente.

Así, la convención colectiva es un **derecho fundamental del trabajo**.

Estos **derechos fundamentales**, continúa el Magistrado Arguedas, acompañan a la persona y son superiores al Estado mismo; éste no los crea ni los regula con efecto constitutivo, sino que los reconoce, tutela y garantiza normativamente, pero con carácter puramente declarativo.

De ahí, que el ordenamiento jurídico puede tutelarlos y moldear su ejercicio, pero no eliminarlos o desconocerlos con la simple invocación de que así lo exigen los requerimientos de la organización del Estado, la eficiencia de la administración o un impreciso bien público, ya que esos derechos fundamentales ostentan una categoría y fuerza superior al propio ordenamiento jurídico.

De acuerdo con lo expuesto por el *Magistrado Arguedas*, la convención colectiva en el sector público es un derecho fundamental que el Estado no puede eliminar o desconocer. Por ello, sí se pronuncia a favor de esta convención colectiva en el sector público, de acuerdo a ciertas limitaciones (*ya que no es un derecho absoluto ni irrestricto*) que, por supuesto, no lleguen a vaciar de contenido esos derechos fundamentales de la persona.

Recuerda el *Magistrado Arguedas* que ese derecho a las convenciones colectivas está incorporado en nuestra Constitución Política desde las reformas a la Carta de 1871 hechas en 1942 y 1943, lo cual constituye una de las mayores conquistas que registra la historia del país en materia de protección de los derechos sociales fundamentales que, en buena medida, sostienen la estabilidad del régimen democrático de que hoy disfrutamos.

Por ello, la *Constitución Política de 1949* ratifica esa conquista laboral, en su *artículo 62* al mandar que tendrán *fuerza de ley las convenciones colectivas de trabajo*.

El *Magistrado Arguedas* indica que el régimen estatutario de los artículos 191 y 192 no puede sustraerse a la influencia del derecho fundamental de los servidores públicos de participar, todo lo posible, en la definición del régimen de su trabajo. Lo cual quiere decir, que la convención colectiva y esta régimen estatutario (que se aplica al Poder Central y no al Poder Descentralizado, al cual no se ha extendido) son complementarios, no antagónicos ni excluyentes, en perjuicio del derecho fundamental a la convención colectiva.

Las convenciones colectivas en el sector público no son inconstitucionales *per se* (ontológicamente, por su propia naturaleza), en razón de que este derecho fundamental puede ser limitado en atención a la observancia del ordenamiento jurídico, a los límites del gasto público y a las correspondientes regulaciones que existen en este campo, *pero no suprimido en perjuicio de un grupo determinado de personas, por su condición de servidores públicos* (Magistrado Arguedas).

Compartimos completamente las observaciones del Magistrado Arguedas. Agregando lo que afirma el *voto No. 3550-92*, refiriéndose a los ***derechos fundamentales***:

*Estos **derechos fundamentales** se derivan de la intrínseca dignidad del ser humano, no de la voluntad del Estado ni de ninguna autoridad política o social, los cuales tienen el deber –y solamente el deber, no el derecho ni la opción– de reconocerlo como tal derecho fundamental, a favor de todo ser humano, en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna; de garantizarlo ellos mismos, sin violarlo ni manipularlo, ni escamotearlo por medios directos o indirectos, desnudos o encubiertos: y, de garantizarlo frente a todo y frente a todos, poniendo a su disposición los mecanismos jurídicos y las condiciones materiales necesarios para que esté al alcance de todos y por todos pueda ser gozado efectivamente.*

III. VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO FERNANDO SOLANO

Se pronunció a favor de que la sentencia tenga aplicación a partir de la fecha de vencimiento del plazo de cada convención colectiva, de acuerdo a criterios de equidad y justicia. Y, no –como lo dijo la mayoría de Magistrados–, a partir de la publicación de la reseña de este **voto 4453-00** en La Gaceta, ya que es súbito o sorpresivo.

Esta posición es razonable, proporcional y equitativa, dentro de la lógica del **voto 4453-00**.

IV. NOTA DE LOS MAGISTRADOS PIZA ESCALANTE Y MOLINA QUESADA

Expresan su preocupación por el hecho de que el sector privado de la economía (los empresarios) constituye una diferencia o distinción real de intereses entre patronos y trabajadores; y, el sector público (estatal), en el cual los jerarcas de la Administración Pública no son parte patronal, en sentido estricto, sino a su vez son funcionarios públicos que pueden obtener y obtienen a menudo, provecho personal –económico, político y social– de esas negociaciones colectivas, a veces hasta en perjuicio del interés público.

Esa observación de estos Magistrados es una comprobación sociológica o empírica de la realidad.

*Igualmente, hay que recordar que en el **sector privado**, el derecho a la sindicalización y a las convenciones colectivas no existe, lo cual es otra comprobación empírica o constatación de una realidad negativa para el sistema democrático.*

Considero que la Constitución Política de nuestro país, desde las reformas hechas en 1942 y 1943, garantizan ese **derecho fundamental** a la convención colectiva, ratificada en el artículo 62 de la Carta Magna de 1949. Los *numerales 191 y 192 de la Carta Magna de 1949*, se refieren al *servicio civil*, cuya discusión y reflexión arranca desde los primeros años del siglo XX, al interior de los pequeños grupos progresistas y reformistas de la época, que defendieron la tesis del establecimiento del régimen del servicio civil para remediar la politiquería y la corrupción en la Administración Pública, cuyo sentido y orientación *—a lo largo de todo el período de nuestra historia desde 1900 hasta 1949—* no era liquidar o eliminar derechos laborales, sino todo lo contrario.

Además, el *servicio civil* (en su gestación ideológica en los grupos progresistas desde los inicios del siglo XX, en nuestro país) estaba orientado hacia la captación del personal del Estado mediante concursos, que impidieran que cada nuevo gobierno entrara a saco al Poder público con sus mesnadas, haciendo de la Administración del Estado una zona ocupada por incapaces, irresponsables y deshonestos. Todo esto explica parte del detonante que llevó a la guerra civil de 1948 (*corrupción electoral, política y administrativa*).

Así fue como se plasmó constitucionalmente, tanto el derecho fundamental a la **convención colectiva**, sin hacer diferencias de en qué lugar o espacio estaba el trabajador (*sector privado o público*), como el anhelo de que existiera un **servicio civil** que garantizara un personal honrado, idóneo y capacitado en el ejercicio de las funciones públicas.

V. POSICIÓN DEL PROFESOR EDUARDO ORTIZ ORTIZ

Por ello, se explica por qué el *maestro Eduardo Ortiz* (1930-1995) dijo *que las convenciones colectivas son constitucionales y deseables, ya que es una forma democrática y participativa de regular las condiciones de trabajo, poniendo en comunicación y en comunión a la Administración Pública con sus trabajadores* (pág. 75, 1992).

En la Presentación de este estudio (*Convenciones colectivas y módulos convenciones en la Administración Pública*, cit., supra), el Profesor Ortiz Ortiz dijo, además:

Un gobierno prohibió (fue el de Rodrigo Carazo Odio –1978 a 1982–, nota del suscrito) las convenciones colectivas en el sector público, que son la única forma institucional de auto gestión existente en Costa Rica. Ello significa un retroceso técnico en la conquista de la paz social, sino, además, un fortalecimiento del estatismo, pues lo que se pretende es que sea la ley común la que de la regulación de la materia laboral.

Señalando que cuando estaba concluido este estudio, la Sala Constitucional ha dictado un fallo importante sobre igual materia, disponiendo la prohibición de laudos en el sector público (Ortiz, cit., pág. 2).

Esta resolución judicial es un golpe mortal contra la autonomía normativa de ese sector y si bien es cierto que el fallo no parece no haber prohibido las convenciones colectivas, la situación creada es igual, pues para que sirva la convención sin el laudo arbitral que pueda imponer sus términos, si el convenio fracasa (este estudio del profesor Ortiz, se publicó en 1992 y para el año 2000, voto 4453, ya la Sala Constitucional prohibió estas convenciones; el voto al cual alude el Profesor Ortiz es el No. 1696-92; ver también los votos posteriores 3285-92, 4788-93, 3053-94, nota del suscrito).

Este profesor y principal redactor de la Ley de Administración Pública (a la cual se le llama "*ley Ortiz*"), afirma que no puede el artículo 191 de la Carta Magna entenderse como si impusiera al Estado un régimen de sus relaciones de servicio, sin las garantías que contemplan los artículos 50 y siguientes de la Ley Fundamental, que inevitablemente quedan incorporadas a ese régimen. Sobre todo porque esas garantías son derechos humanos.

Es obvio que el servidor público estatal debe tener garantías sociales. Por ello, el régimen estatutario para los servidores del Estado ha de entenderse no sólo sin contradicción con esas garantías sociales, que se incorporan automáticamente al estatuto, sino también en función de ellas, en tutela de su dignidad del servidor público como ser humano.

En la interpretación literal del artículo 191 de la Carta Magna, se da una relación de servicio como instrumento del Estado (concepción

unilateral y estatista, fruto de una legalidad creada por el Estado-patrono, para su beneficio). Con ello, se desconocen las necesidades económicas vitales del servidor público y sus garantías sociales, que son el escudo, cuando no la fuente de su dignidad.

Al sostener la *tesis estatutaria* contra el servidor público, se le niegan a éste sus garantías sociales, mediante la sujeción unilateral, mediante el Estatuto, que hace el Estado de sus servidores públicos. Esta concepción o *tesis estatutaria*, para negarle al servidor público su derecho a las convenciones colectivas, es unilateral, autoritaria y antidemocrática.

Se trata así de una tesis equivocada que cree que el fin público es fácilmente identificable por medio de la lectura de la ley.

Frente a esa tesis de la **legalidad estatal** (*creada por el Estado en su provecho*), está la **legalidad funcional**, en la cual el fin público es el interés objetivo y propio de la comunidad o del público en general.

Es falsa la *tesis estatutaria* que niega las convenciones colectivas para el servidor público, basada en la eficiencia de la Administración (*artículo 191 de la Constitución Política*), ya que excluye la participación negocial del servidor público y sus intereses legítimos, distintos o contrapuestos a la Administración.

A esa **interpretación autoritaria y legalista** del artículo 191 citado, se le contrapone una **interpretación garantista y contractualista** de ese mismo artículo constitucional.

La *conclusión que sostiene el maestro Ortiz* es que las convenciones colectivas en el sector público, sí tienen buen fundamento jurídico, respaldado por la legalidad funcional y garantista, en donde atiende la eficiencia de la Administración; y, la idoneidad del servidor público como trabajador y ser humano (**Convenciones** ..., cit., págs. 9, 11, 13, 14, 15, 31 a 38 y 75).

VI. POSICIÓN DEL PROFESOR MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

Este profesor español en su obra *Derecho de la función pública* (págs. 234 a 237, 1997) nos afirma lo siguiente:

A. En la *tesis clásica del régimen estatutario* de la función pública, se dice que el Estado-patrono, regula unilateralmente, a través de leyes y reglamentos, el empleo público.

B. La constatación de la realidad que informa el hecho de negociaciones colectivas en ese sector público, junto a la consideración prioritaria del funcionario como un trabajador más y la apelación al principio de igualdad; sostiene la tesis de que la Constitución Política española vigente, en su *artículo 37* (equivalente al *numeral 62* de nuestra Carta Magna), ampara también el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, al igual que al resto de los trabajadores.

C. El derecho a la negociación colectiva, como el derecho a la huelga, son consecuencias del derecho a la sindicalización.

D. El funcionario público es ante todo un ciudadano y un trabajador.

E. La negociación colectiva no es incompatible con el régimen constitucional de la función pública. Tampoco es incompatible con el principio de eficiencia ni el de legalidad.

F. La negociación colectiva en el sector público no puede ser equiparada a la del sector privado, ya que tiene sus límites, por ejemplo, los de la legalidad presupuestaria y las propias del interés general o del bien común.

En resumen, el profesor español Miguel Sánchez Morón (1997, págs. 234 a 238), coincide con el enfoque del profesor Ortiz al afirmar que el empleado del Estado-patrono es ante todo ciudadano y un trabajador. La convención colectiva no es incompatible con el régimen constitucional de la función pública; tampoco lo es respecto de los principios de eficiencia y legalidad.

VII. SALA CONSTITUCIONAL Y MUNICIPALIDADES

La Sala Constitucional ha conocido de impugnaciones que tienen que ver con las convenciones colectivas en el sector público y en concreto con las municipalidades (*por todos los votos, el No. 1355-96: acción de inconstitucionalidad relativa a la Municipalidad de Goicoechea, en materia de convenciones colectivas*). No había desconocido la Sala Constitucional, estas convenciones, hasta que se votó la resolución **No. 4453-00**, de mayo de este año. Claro está que son sabidos los alcances del artículo 13 de la *Ley la Jurisdicción Constitucional* que manda que lo resuelto por esta Sala no la obliga, pero a todos los demás sí. Es decir, que puede cambiar de criterio de modo fundado y razonado.

Esto lo anoto a propósito del criterio expresado en el **voto 4453-00**, acerca de que las convenciones colectivas en las municipalidades son inconstitucionales, porque sus empleados están regidos por el derecho administrativo.

El *considerando III* del **voto 9690-00** afirma que el Código Municipal no puede constitucionalizar las convenciones colectivas, allí donde la Carta Magna ha vedado tal camino. Esa idea del voto 9690, se repite en el *considerando VIII* cuando afirma que hay impedimento de origen constitucional para que el personal del Estado regido por una relación de empleo de naturaleza pública, pueda realizar esas convenciones.

No comparto este criterio del voto 4453-00, repetido en el voto 9690-00, ya que precisamente, nuestra tesis es que la Carta Magna sí permite y autoriza el uso de estas convenciones para todos los trabajadores (artículo 62).

Respecto de la autonomía municipal es importante citar el **voto 5445-00** de la Sala Constitucional.

VIII. LA EDUCACIÓN COMO UN DERECHO DE LIBERTAD

Para la *Sala Constitucional*, la educación no es un servicio público, sino un derecho de libertad, ya que el artículo 79 de la Carta Magna (*se garantiza la libertad de enseñanza*) establece la enseñanza como un derecho fundamental y una libertad; y, no como un servicio

público. Por ser un derecho humano fundamental, no se requiere del permiso o concesión del poder público para ejercitarla (**voto 3550-92**).

La enseñanza o la educación es una actividad de interés público, sujeta a regulaciones generales en beneficio de la colectividad; sin embargo, esto no la convierte en una actividad ni en un servicio público, que se ejerce por el Estado o por concesión del Estado. No es la educación una función pública, sino una libertad.

Educar y educarse, es un derecho fundamental de todo ser humano y es un derecho de libertad, esto es, de autonomía y autodeterminación, que un Estado democrático debe estimular (**votos 3550-92, 1635-90**).

*Considero que la educación sí es un servicio público, además de ser un derecho de libertad como señalan estos votos citados. Igualmente sostengo que la radio-televisión son un servicio público esencial (cf. **Carmen Cbincbilla, 1988**). De momento dejo indicados estos aspectos de modo somero.*

Este derecho constitucional o fundamental de la libertad de educar y educarse, se ha ejercido en la esfera del sector público y en el sector privado.

Lo relevante es que la educación es un derecho fundamental, que el Estado no reconoce, autoriza o permite, sino que colabora, coadyuva o apoya en su realización, ya se trate que se realiza dentro de la Administración Pública o en el sector privado.

Entendiendo por **servicio público** una obligación que se impone a los gobernantes de asegurar sin interrupción el cumplimiento de aquellas actividades que satisfacen las *necesidades de la comunidad*. Cuando esas *necesidades* se corresponden con *derechos fundamentales* el **servicio público** opera como una técnica de realización de los mismos (**Cbincbilla, pág. 77, 1998**). Una actividad es **servicio público** cuando está respaldada (avalada) o asumida por una persona pública en función (en vista) de un interés público (**Chapus, pág. 535, T. I, 1998**).

IX. UNIVERSIDADES PÚBLICAS, SEDES O ESPACIOS EDUCATIVOS

Para los efectos de las consecuencias de este **voto 4453-00** que comentamos, las universidades públicas pueden celebrar convenciones colectivas de trabajo, ya que están *excluidas* de los cánones que establece la Ley de la Administración pública, para calificar o englobar a sus empleados como funcionarios públicos, que prestan o desarrollan funciones públicas, propias de facultades de imperio o en el ejercicio de funciones administrativas del Estado.

En este caso no estamos en el encasillamiento que hace este **voto 4453-00** (ratificando votos anteriores: **1696-92, 3285-92, 3053-94, 4788-93**) de empleados de servicios o empresas económicas del Estado (*Instituto Costarricense de Electricidad, Instituto Nacional de Seguros, banca estatal, etc.*) —que a su vez es una repetición del artículo 111.3 de la *Ley de Administración Pública*.

El educador de una universidad pública y los empleados de apoyo a la gestión educativa y de investigación (personal administrativo) son trabajadores (personas que devengan un salario: asalariados) cuyo patrono es el Estado (en su concepción amplia: el Estado como patrono único) a cambio de la prestación de una actividad del sector terciario de la economía (un servicio). No son funcionarios públicos ni participan de la gestión pública (*considerando VII del voto 4453-00*) ni están, por lo tanto, dentro de los supuestos de la **Ley de Administración Pública** (LAP), conforme lo comprobaremos al citar los numerales siguientes de esta ley:

Ley de Administración Pública (LAP)

Artículo 111

1. *Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura.*

2. *A este efecto se consideran equivalentes los términos “funcionario público”, “servidor público”, “empleado público”, “encargado del servicio público” y demás similares; y, el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.*

3. No se considerarán servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado, encargados de gestiones sometidas al derecho común.

Artículo 112

1. El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración Pública y sus servidores públicos.

2. Las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 111, se registrarán por el derecho laboral, o mercantil, según los casos.

3. Sin embargo, se aplicarán también a estos últimos (párrafo 2 de este artículo 112), las disposiciones legales o reglamentarias que resulten necesarias para garantizar la legalidad y moralidad administrativas, conforme lo determine por decreto el Poder Ejecutivo.

4. Para los efectos penales, dichos servidores (los que contempla el párrafo 2 de este artículo 112), se reputarán como públicos.

Por tales razones, concluimos que los empleados de las universidades públicas sí pueden realizar convenciones colectivas de trabajo.

Este derecho a las convenciones colectivas debe prevalecer en las universidades públicas, ya que entre otras cosas, constituyen un antecedente de la solución alternativa de conflictos, que es una fórmula privilegiada que contribuye a descongestionar las instancias judiciales con formas de participación de diversos sectores de la sociedad (Vega et al, págs. 13 y 14, 2000).

X. DERECHO Y CONVENCIONES COLECTIVAS

En este apartado indicaré normas jurídicas que atañen al tema de las convenciones colectivas.

CARTA MAGNA (1949)

Artículo 62

Tendrán fuerza de ley las convenciones colectivas de trabajo, que con arreglo a la ley, se concierten entre patronos o sindicatos de patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados.

La finalidad de esta norma constitucional es garantizar como derecho fundamental de los **todos** trabajadores, el ejercicio de las convenciones colectivas de trabajo. Ratifica la misma disposición constitucional de la década anterior, con la introducción en la Carta Magna del capítulo de las garantías sociales; y, también con el Código de Trabajo de 1943.

Artículo 191

Un estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración.

Artículo 192

*Los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada y sólo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que exprese la **legislación de trabajo** (...)*

Estos dos numerales atienden al problema, heredado del “antiguo régimen” (época histórica anterior a la década de los años 40 del siglo XX), relativo a la falta de idoneidad del personal del Estado.

Desde 1910, los pequeños grupos progresistas urbanos venían insistiendo en un servicio civil para modernizar y mejorar al Estado. Este fue uno de los aspectos ideológicos que motivaron a los grupos de oposición en la década de los años 40, a la par de la corrupción administrativa y electoral.

Estas normas tiene un fin concreto: la eficiencia de la Administración y la idoneidad del personal del Estado.

La *norma citada* 62 tiene como objetivo la garantía fundamental para todos los trabajadores de la convención colectiva.

No cabe hacer una lectura (*interpretación gramatical o textual, mecánica*), mezclando artificialmente esas normas constitucionales, para sacar como consecuencia que los artículos 191 y 192 indicados eliminan el numeral 62, en perjuicio de los trabajadores del Estado.

Se olvida fácilmente lo que manda el **Código Civil**, en su artículo 10:

- Las normas se interpretarán *según el sentido propio de sus palabras* (interpretación gramatical, literal o textual),
- En relación con *el contexto* (interpretación contextual), *los antecedentes históricos y legislativos* (interpretación que toma en cuenta los antecedentes, respaldo, fondo o marco global) *y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas* (realismo sociológico), atendiendo *fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas* (razón de ser del Derecho: el bien común, social, general, el fin público).

Este **voto 4453-00 SC** no tomó en cuenta esta sabia disposición jurídica, contenida –igualmente– en el Código Civil de **España**, artículo 3.

Artículo 3.

1. *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 aquéllas.*
2. *La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.*

Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT):

87

Relativo a la libertad sindical y a la protecciones del derecho de sindicalización. Ratificado por Costa Rica el 2 de junio de 1960.

98

Se refiere a la aplicación de los principios de sindicalización y de negociación colectiva. Ratificado por Costa Rica el 2 de junio de 1960.

Su *artículo 6* ha sido polémico, ya que la traducción española de la versión en inglés dice “funcionarios públicos”.

Artículo 6 (convenio 98)

Versión en español

El presente convenio no trata de los Funcionarios públicos en la administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de estatuto.

Article 6 (convenio 98)

Versión en inglés

This Convention does not deal with the position of public servants engaged in the administration of the State nor shall it be construed as prejudicing their rights or status in any way.

La Comisión de expertos en aplicación y recomendaciones de la OIT ha señalado que esos “*public servants engaged in the administration of the State*”, se refiere a los funcionarios que actúan como órganos del poder público, cúpula burocrática pública –jefes de mayor jerarquía–, que actúan como los representantes del Estado-patrono. Evidentemente, están incluidos bajo la protección de este convenio 98, los demás funcionarios y empleados, sujetos a la autoridad de esos representantes del Estado-patrono (*cf. Ortiz, Convenciones...*, *cit.*, pág. 32).

Reconoce el Estado costarricense las convenciones colectivas al tratar el aspecto presupuestario, al mandar que el presupuesto ordinario puede ser modificado para hacer reajustes originados en dichas convenciones.

135

Atañe a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa. Ratificado por Costa Rica el 7 de diciembre de 1977.

151

Acerca de la protección del derecho de sindicalización y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública. Nuestro país no lo ha ratificado .

154

Se refiere al fomento de la negociación colectiva. Nuestra nación lo ha ratificado.

Estatuto de servicio civil (ley No. 1581 del 30 de mayo de 1953)

Artículo 1

Este Estatuto y sus reglamentos regularán las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración Pública y proteger a dichos servidores.

Ley de Administración Pública (ley No. 6227 del 2 de mayo de 1978)

Artículo 111

¿Quiénes son agentes, servidores, empleados o funcionarios públicos?

1.- Aquellos que prestan servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta (...)

¿Quiénes NO son funcionarios públicos?

3.- No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado, encargados de gestiones sometidas al derecho común.

Artículo 112

1.- El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos.

2.- Las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que NO participan de la gestión pública de la Administración (al tenor del párrafo 3 del numeral 111), se regirán por el derecho laboral o mercantil, según los casos.

Código Municipal (Gaceta No. 94 del lunes 18 de mayo de 1998)

Artículo 100

Reconoce las convenciones colectivas al tratar el aspecto presupuestario municipal, al mandar que el presupuesto ordinario puede ser modificado para hacer reajustes originados en dichas convenciones.

Ley de creación de la autoridad presupuestaria, No. 6821 del 19 de octubre de 1982 y la ley No. 6836 de noviembre de 1982

Artículo 9 de la ley No. 6821 y numeral 5 de la ley No. 6836, respectivamente, establecen las convenciones colectivas como fuente de derecho.

Código de Trabajo

Artículo 54

Convención colectiva es la que se celebra ente uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos, o uno o varios sindicatos de patronos, con el objeto de reglamentar las condiciones en que el trabajo deba prestarse y las demás materias relativas a éste.

La convención colectiva tiene carácter de ley profesional (...).

En toda convención colectiva deben entenderse incluidas, por lo menos, todas las normas relativas a las garantías sindicales establecidas en los convenios de la organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificados por nuestro país. (Así reformado por ley No. 6771 del 5 de julio de 1982).

Artículo 585

Trabajador del Estado o de sus instituciones, es toda persona que preste a aquél o a éstas un servicio material, intelectual o de ambos géneros, en virtud del nombramiento que le fuere expedido por autoridad o funcionario competente, o por el hecho de figurar en las listas de presupuestos o en los de pago por planillas (...).

X. IDEOLOGÍA Y DERECHO

En sentido genérico, los jueces forman parte de una sociedad y están insertos en ella. Prejuicios, estereotipos, sentimientos, actitudes, ideologías, etc., (**marcos mentales, de intereses, afectivos y sensitivos de referencia**) conforman la personalidad básica de los seres humanos actuando en sus respectivos grupos de pertenencia y de referencia.

Por ello, en este caso concreto de análisis, el juez no es un autómatas, una máquina electrónica programada, un robot. Tampoco es lo que enunció el barón de **Montesquieu** (1689-1755) en su obra **El espíritu de las leyes** (1748): *el juez es la boca que pronuncia la ley.*

El juez es un ser humano y por tanto está configurado por los **marcos mentales, de intereses, afectivos y sensitivos de referencia.**

Por ello, sus conductas en general y sus sentencias en particular, muestran o enseñan esos **marcos** o pre-condiciones conductuales, del pensamiento y del mundo afectivo.

De ahí que el **análisis del discurso o del contenido** de cada sentencia, por ejemplo, nos enseña las premisas, supuestos, estereotipos, prejuicios, creencias, afectos y sentimientos (negativos o positivos), intereses (en sentido amplio y general); deficiencias, aciertos

profesionales, lagunas del conocimiento; fallas o buena labor en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico, del juez que la redactó.

Esta tarea o labor de escudriñar o analizar en profundidad las sentencias judiciales (*análisis de contenido del discurso jurídico*, y *texto jurídico*, cf. **Jorge Quesada**: 1998, 2000 y **Francisco Escobar**: 2000), sirve de mucho a los que tienen que realizar las *impugnaciones* de ellas, ya que pueden desmontarlas renglón por renglón, frase por frase (para tener una visión fragmentada de esa resolución); pero, a la vez luego, se unen esos fragmentos para volverle a dar unidad y coherencia.

Esta unidad y coherencia posterior al a la labor de análisis del discurso es diferente (*cualitativamente*) a la unidad que le dio originalmente el juez.

De ahí que la ayuda de los *expertos lingüistas del análisis del discurso* (lenguaje jurídico) y *del sociólogo del lenguaje* y de la norma *jurídica* (integrantes ambos de esa rama de la sociología conocida como **Sociología del Derecho**) es sumamente útil en esta tarea de estudio, conocimiento y comprensión de las resoluciones judiciales.

En nuestro medio esta necesidad no ha sido sentida por los abogados, que creen que esa colaboración es innecesaria. Obviamente, están equivocados. El *ejemplo* de la comprensión de la importancia de esta ayuda de dichos expertos lo dan los abogados privados en los Estados Unidos, que pagan permanentemente los servicios profesionales de esos lingüistas y sociólogos.

Desde el punto de vista de la *ideología oficial o legitimante del juez* (aquella que tiende a justificar lo que hace y a presentarlo como un ser humano no sujeto a presión, influencia, motivación, afecto, prejuicio, estereotipo ni interés de ninguna clase: se trata del *mito de la imparcialidad, conocimiento, objetividad y equidad del juez*), el análisis del discurso o del contenido de cada sentencia es innecesario porque la resolución judicial refleja sabiduría, justicia y equidad (*ideología oficial legitimante del rol del juzgador*).

Desde la *perspectiva del análisis del discurso o del contenido de las resoluciones judiciales* es preciso analizarlas a partir de esos marcos mentales, de intereses, afectivos, sensitivos de referencia.

Importa, por consiguiente, tener el *perfil del juez* (una especie de *radiografía* mental, de intereses, afectiva, sensitiva) para así comprender y aprehender el contenido mismo de la sentencia judicial que se esté estudiando.

En este sentido se podría decir, en términos relativos: dime *quié*n es el juez y te diré como resolverá.

El discurso jurídico coadyuva a su función de regular e inducir las conductas sociales en un determinado sentido y bajo la estructuración del orden. El discurso jurídico es un discurso de Poder (cf. **Entelman**: 1982, pág. 93).

Importa, también, tener en cuenta que cuando una persona aduce, en el momento de tomar una decisión frente a un problema concreto, que dicha posición es la que sostiene la “opinión, doctrina, jurisprudencia o teoría dominante”, lo que está haciendo con ello es ofrecer un argumento (*función y utilidad argumentativa*) para justificar una decisión que puede incidir sobre terceros (**Francesca Puigpelat**, págs. 9 a 12, 1994).

XII. ANÁLISIS DE CONTENIDO DEL VOTO 4453-00

a) Este voto se fundamenta, para justificarse, en los artículos 191 y 192 de la Carta Magna (*relativos al servicio civil*) y en la Ley de Administración Pública, numerales 111 y 112 (*régimen de empleo público*), para caer así en la conclusión de que existe un régimen laboral de derecho público; lo cual implica a su vez la aplicación del principio de legalidad (*artículo 11 constitucional*), que impide que la Administración realice convenios colectivos con sus trabajadores, ya que ni la Carta Magna ni la ley lo permiten o autorizan.

b) *Una vez sentada esa premisa*: la convención colectiva en el sector público no está autorizada (*antecedente*), llega a su consecuente: a partir de la publicación en el Boletín Judicial de la reseña de este **voto 4453-00**, son inconstitucionales las convenciones colectivas reguladas en los artículos 54 y siguientes del Código de Trabajo, que se celebran en el sector público, cuando se trata de personal regido por la relación de empleo de naturaleza pública (*relación estatutaria*) (**ver voto SC 2765-97**: esquema lógico “*si x, entonces y*”).

c) Desde los años 1942 y 1943 se estableció en la *Carta Magna* el derecho a las convenciones colectivas en el sector público, al autorizarse constitucionalmente esas convenciones con fuerza de ley en las relaciones del trabajo. La Carta Magna de 1949 ratificó esa garantía fundamental laboral en el *artículo 62*. Y, a partir de la década de los años 50 se procedió a la firma de tales convenciones en el sector público.

d) *De este modo, tales convenciones colectivas forman parte de la Constitución material y formal de nuestro país, hace ya más de 60 años. Y, se constituyó en un logro democrático orientado hacia la paz social de nuestra comunidad.*

e) Este **voto 4453-00** hace a un lado esa realidad constitucional y procede a enfrentar el *artículo 62 (convenciones colectivas)* con los *numerales 191 y 192 (régimen del servicio civil)* constitucionales, para subordinar el 62 a éstos.

f) El *numeral 62 constitucional* ratifica el derecho fundamental a la convención colectiva que tienen los trabajadores, no importa quién sea su patrono, ni en cual sector labora (el público o el privado).

g) Por su parte, *históricamente*, el servicio civil tuvo como meta anular la rapiña que hacía la cúpula política cada vez que detentaba el poder público.

La finalidad del régimen del servicio civil era y es: *obtener un personal para el Estado, idóneo regido por un estatuto o marco legal llamado de servicio civil.*

h) En la práctica este servicio civil quedó restringido al Poder Central, muy mediatizado ya que el director del mismo y su tribunal, es nombrado en la casa presidencial; y, por muchos años se usó la frase: *“preparación equivalente”*, para nombrar a personas que no tenían los requisitos para ocupar el cargo respectivo, politizando y mediatizando aún más a esta institución.

i) A nivel constitucional, el régimen de servicio civil (*anulado, deficiente y en vías de extinción: plantean cierre del servicio civil, proyecto de ley de empleo público, La Prensa Libre del 10 de setiembre de 1998*) no se estableció en la Carta Magna para eliminar las convenciones colectivas en el sector público.

j) Ahora (**voto 4453-00**), vía interpretación o lectura de la norma jurídica, el intérprete (*Sala Constitucional*) combina ambas normas, para subordinar una (*convención colectiva en el sector público*) a la otra (*régimen del servicio civil*).

k) En el *considerando III*, **el voto 4453-00** dice que **el vacío** en la aplicación del servicio civil a toda la Administración Pública, no autoriza a utilizar mecanismos previstos para una relación privada a una relación de empleo público que se debe regir por principios propios y diferentes.

l) En este punto, lo que cabe indicar es que *tampoco cabe extender a toda la Administración Pública* el régimen del servicio civil (*relación estatutaria*), al considerar que el Estado y sus trabajadores, están regidos por el régimen estatutario.

Ciertamente, la relación de trabajo en el sector público es de carácter público, lo cual no impide que se realicen convenciones colectivas en su interior, con las limitaciones propias de este régimen administrativo, que lo hacen cualitativamente distinto de la mera relación laboral privada (tesis del Magistrado Arguedas, que comparto).

El hilo del argumento del **voto 4453-00** en este punto es el siguiente:

La Asamblea Nacional Constituyente que aprobó la Carta Magna de 1949 tuvo la preocupación de lo relativo a la idoneidad y la eficiencia del servicio público; pero, no tocó otros aspectos no menos importantes, como es el que subyace en el planteamiento de esta acción de inconstitucionalidad que aquí resolvemos o fallamos, es decir, la regulación del propio régimen económico de esa relación laboral y el sometimiento de los otros entes administrativos al régimen laboral público. Este vacío, sin embargo, no autoriza utilizar mecanismos previstos para una relación privada a una relación de empleo público que se debe regir por principios propios y diferentes (Considerando III).

Esta tesis la llamo la del **vacío, laguna o faltante**.

Realmente, el *artículo 192* de la Carta Magna hace una referencia expresa del Código de Trabajo que entonces ya existía desde 1943 (causales de *despido* de la legislación laboral). Obviamente, por razones históricas (*cambios legislativos en la sociedad costarricense*), lo que

habría que aplicar actualmente es la Ley de Administración Pública (*en ese aspecto concreto del despido, con la cobertura del debido proceso*), bajo el principio de que la *ley especial prevalece sobre la ley general* y de que *la norma posterior prevalece en su aplicación respecto de la anterior*.

Tal **vacio** (*que apunta el Considerando III del voto 4453-00*) no existe, debido a que la intencionalidad y el objetivo (la racionalidad de la norma) de los numerales constitucionales 191 y 192 eran y son darle una solución al problema, heredado del pasado, relativo a la corrupción administrativa en materia de personal del Estado y de la falta de capacidad e idoneidad de este personal burocrático estatal.

El otro tema, el de la **relación laboral de este personal con su patrono-Estado y la convención colectiva** —como mecanismo negociador de los trabajadores públicos—, lo resolvieron los constituyentes del 49, ratificando la norma que ya existía en la Carta Magna anterior (artículo 57, de acuerdo a la ley No. 24 del 2 de julio de 1943), con la *numeración 62*.

El **voto 4453-00** dice que ese indicado **vacio**, no autoriza a que se usen mecanismos previstos para una relación privada a una relación de empleo público. Insistimos en que tal **vacio** es inexistente, por el argumento que manifestamos supra.

m) Es una paradoja (una contradicción) el que la Sala Constitucional declare constitucionales las **huelgas** en el sector público (**voto 1317-98**) y por otro declare inconstitucionales las convenciones colectivas en ese sector (**voto 4453-00**); que son mecanismos de negociación, orientados a evitar las huelgas, entre otras cosas (criterio del Magistrado Arguedas, que considero atinado).

n) En el *considerando VII*, el **voto 4453-00** afirma que la Constitución Política, desde un punto de vista formal, está integrada por un conjunto o complejo normativo, que obliga a que sus disposiciones se interpreten en forma coordinada, como parte de un sistema jurídica totalmente cohesionado; es decir, las normas deben considerarse en su conjunto y no individualmente.

Esta observación que hace el **voto 4453-00** es lo que se conoce en teoría general del derecho, como la **plenitud hermética del derecho o cerrazón lógica del sistema jurídico**. Es decir, este atributo de completo, cerrado, coherente, unitario es propio del *entero ordenamiento jurídico*, por lo cual llega a decirse que las lagunas en el

sistema jurídico no se dan porque si las hubiera se llenarían con **los principios generales del derecho**.

Artículo 4 de Código Civil

Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de la norma escrita, uso o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

o) Claro está que la afirmación de que el ordenamiento jurídico es un sistema (*criterio sistémico*), unitario, coherente, lógico, completo y cerrado —que impide que las normas se entiendan, comprendan y apliquen aisladamente, individualmente (*fuera de su contexto o entorno sistemático*)—, no puede conducir a confrontar y combinar dos normas constitucionales, para concluir (como lo hace este **voto 4453-00**) que tiene prevalencia o superioridad el régimen del servicio civil (*numerales 191 y 192 constitucionales*), interpretado como *régimen estatutario, de empleo público*, para calificar que el artículo 62 de la Carta Magna (*las convenciones colectivas de trabajo tendrán fuerza de ley*) no es de aplicación al sector público, cuando a nivel de la norma constitucional ya tenía existencia desde la década de los 40 y en la realidad constitucional de nuestro país ya tenían vida estas convenciones desde la década de los años 50.

p) Precisamente este argumento del voto 4453-00, del considerando VII:

La autorización para negociar (de los empleados del sector público), no puede ser irrestricta, equiparable a la situación en que se encontraría cualquier patrono particular, puesto que por esa vía, no pueden dispensarse o excepcionarse leyes, reglamentos o directrices gubernamentales vigentes, ni modificar o derogar leyes que otorgan o regulan competencias de los entes públicos, atribuidas en razón de la jerarquía normativa o de las especiales condiciones de la Administración Pública con relación a sus trabajadores;

Es el que sirve de base para concluir que las convenciones colectivas en el sector público son constitucionales sujetas a tales limitaciones, porque ya se sabe que el ejercicio de los derechos *no es absoluto ni irrestricto*. Sin embargo, este **voto 4453-00** no sigue esta línea argumentativa, sino que hace un viraje y concluye lo opuesto.

q) Otro aspecto que merece una observación es lo que este **voto 4453-00** afirma en otro aparte de su considerando VII :

La negociación de convenciones colectivas en el sector público ha sido tan solo una aspiración de los trabajadores.

Esta afirmación no es cierta, por dos razones:

i. Desde la década de los años 40, la Constitución Política reconoció como derecho fundamental laboral el uso de las convenciones colectivas en nuestro país;

ii. Desde la década de los años 50, en Costa Rica, se vienen firmando tales convenciones en el sector público. Ello constituye una realidad social y jurídica comprobada (*en la concepción de Mortati, se trata de la Constitución Política sustancial o material*), que una sentencia de la Sala Constitucional no puede ni debe ignorar.

r) Al final de este considerando VII, el **voto 4453-00**, hace una afirmación que merece otra observación:

Que aún cuando se ratificara el convenio 151 de la Organización internacional del trabajo (OIT) (sobre la protección del derecho a la sindicalización e impulsar el reconocimiento general e irrestricto de la negociación colectiva de trabajo en el sector público) hay un impedimento que radica en la falta de una norma constitucional que permita la aplicación de esa convención en el sector público, haciéndola compatible con los principios y valores de la Constitución Política.

No comparto esa aseveración porque sí existe la norma constitucional sobre convenciones colectivas (numeral 62), que se aplican tanto en el sector privado como en el sector público. Además, los principios y valores de la democracia y del Estado de Derecho no residen en eliminar derechos fundamentales, derechos humanos (que desde hace más de medio siglo están presentes en la realidad nacional) a los trabajadores de la Administración Pública, sino en ratificarlos, ampliarlos y extenderlos. *Una democracia se construye con más democracia; no, con menos.*

s) Otro aspecto que merece una indicación está en las conclusiones de este **voto 4453-00**:

Le corresponde a la propia Administración, a los operadores del derecho en general, y en última instancia al juez, cuando conocen los casos específicos, determinar si una institución del Estado o un grupo de sus servidores o funcionarios, conforman el núcleo de la excepción que sí pueden negociar colectivamente, o si por el contrario, les está vedado este camino.

Todo queda reducido a la interpretación que hagan los operadores del derecho (*los que aplican u operan el ordenamiento jurídico: jerarcas administrativos, asesores legales, personal de las direcciones de recursos humanos, tribunales administrativos, jueces jurisdiccionales, etc.*), que bien puede ser atinada, correcta, legítima; pero, también podría ser arbitraria, caprichosa y antojadiza, lo cual conduciría a llenar de juicios o procesos al Poder Judicial y a provocar más conflictividad social en este camino peligroso de deslegitimación del sistema político.

XIII. VOTO 9690-00

Este voto de la Sala Constitucional se refiere a una adición y aclaración al **voto 4453-00**.

En este voto **9690-00** se afirma, entre otros aspectos, lo siguiente (*Considerando VIII, una reflexión final*):

1- La sentencia **4453-00** afirma que es posible, en todos y cualesquiera de los entes públicos calificados como empresas o servicios económicos del Estado, que se celebren convenciones colectivas. A reserva de que las personas que queden protegidas por ellas, no tengan el impedimento de origen constitucional que impide a los servidores que participan en la gestión administrativa de celebrar convenciones colectivas.

2 - Así en la **letra A** de la parte dispositiva de la sentencia (“*por tanto*”) **4453-00**, se indica que son **inconstitucionales** las convenciones colectivas, cuando las celebran o quedan protegidas por sus disposiciones, **personal regido por la relación de empleo de naturaleza pública**.

3- A *contrario sensu*, no son inconstitucionales aquellas convenciones colectivas en el supuesto de que *el personal tiene una relación regulada por el Derecho común (letra B, del “por tanto” de*

la sentencia 4453-00). En este marco básico de la sentencia, debe entenderse por lógica jurídica y porque ha sido redactado el punto con la intención de ser claro, que ambos extremos son parte de la misma conclusión, siendo una de ellas el anverso y la otra el reverso de la medalla. Una misma convención colectiva en el sector público, puede ser, a la vez, constitucional para quienes tienen una relación de trabajo regulada por el Derecho Común, e inconstitucional, para quienes la tienen regulada por el Derecho Público.

4- ¿Quiénes forman parte de uno y otro sector : relación de trabajo regulada por el Derecho Común y la relación de trabajo regulada por el Derecho Público ? Eso lo decidirá la propia administración o en su caso el juez (**letra D**).

5- Y la **letra C** de la parte dispositiva del fallo o sentencia 4453-00, se refiere a las convenciones colectivas que han venido surtiendo efectos desde mil novecientos setenta y nueve, y que no son incompatibles con la doctrina que ahora expone la sentencia **4453-00**. *¿Cuáles lo son?* También le corresponde a la **Administración**, incluyendo a los **órganos constitucionales de control**, decidirlo y en última instancia al **juez** que conozca de las discusiones que se produzcan con motivo de la determinación final que se haga en sede administrativa.

Este es el sentido de la sentencia **4453-00** y los términos de su contenido; y, por ello, la Sala estima que **no existen extremos oscuros que se deban aclarar, ni omisiones que merezcan la adición del fallo** y en razón de todo ello, lo propio es declarar que *no ha lugar a las gestiones presentadas*, como en efecto se dispone.

6- Salva el voto el Magistrado Carlos Arguedas para que se continúe con el análisis del asunto. Declarando el **por tanto** que no ha lugar a las gestiones presentadas.

XIV. CONSIDERACIONES SOBRE ESTA SENTENCIA 9690-00

Este voto **9690-00** confirma lo dicho en la sentencia **4453-00**, como era de esperar.

Por ello, indicamos que tenga en cuenta las consideramos que hicimos respecto de este **voto 4453-00**.-

El **voto** de adición y aclaración **9690-00**, repite una de sus ideas clave:

*Le corresponde a la **Administración**, incluyendo a los órganos constitucionales de **control**, decidirlo y en última instancia al **juez** que conozca de las discusiones que se produzcan con motivo de la determinación final que se haga en sede administrativa.*

Todo queda reducido a la interpretación que hagan los operadores del derecho (*los que aplican u operan el ordenamiento jurídico: jerarcas administrativos, asesores legales, personal de las direcciones de recursos humanos, tribunales administrativos, jueces jurisdiccionales, etc.*), que bien puede ser atinada, correcta, legítima; pero, también podría ser arbitraria, caprichosa y antojadiza, lo cual conduciría a llenar de juicios o procesos al Poder Judicial; y, a provocar más conflictividad social en este camino peligroso de deslegitimación del sistema político en que se encuentra el país.

La Sala Constitucional en este **voto 9690-00** termina afirmando que:

La Sala estima que no existen extremos oscuros que se deban aclarar, ni omisiones que merezcan la adición del fallo y en razón de todo ello, lo propio es declarar que no ha lugar a las gestiones presentadas, como en efecto se dispone.

Efectivamente, concuerdo con ese criterio de la Sala constitucional, ya que lo que dice el voto **4453-00 es claro**. En lo que no estoy de acuerdo es con las conclusiones a que llega esa sentencia (tanto la **4453-00** como la **9690-00**), por las razones que ya expresé.-

Resumo la esencia de mi posición de este modo:

√ La tesis estatutaria, que implica negarle a los funcionarios públicos su derecho a la convención colectiva, por considerar que están regidos por el Derecho Administrativo en sus relaciones laborales con el Estado-patrono, es antidemocrática, de corte autocrático y autoritario ya que parte del supuesto de que esa relación de trabajo es unilateral. El Estado impone sus condiciones, vía estatuto.

√ Parte del componente ideológico anti-convención colectiva en el sector público para los funcionarios regidos por el Derecho administrativo, es afirmar una relación de subordinación del funcionario ante el Estado-patrono, ya que se dice que el funcionario es un servidor de los fines estatales.

√ El funcionario público es, ante todo, una persona con pleno goce de sus derechos fundamentales, entre ellos, el de la convención colectiva; y, luego, un instrumento jurídico al servicio de los fines del Estado.

√ La tesis estatutaria (unilateralista o autoritaria) significa una relación laboral unilateral, en la cual el Estado-patrono impone su voluntad a los funcionarios públicos regidos por el Derecho administrativo. Aquí, el Estado es el superior, que impone su voluntad, ya que las relaciones jurídicas laborales son entre personas desiguales. Concepción heredada del antiguo régimen, con su par conceptual Estado-súbditos; cuando, al menos teóricamente, estamos bajo el manto del Estado social y democrático de Derecho, en donde el par conceptual es Estado-ciudadano, Administración-administrado.

√ *Algunos de los postulados básicos de la tesis estatutaria, son:*

- * imposibilidad de acuerdo contractual, debido a la desigual posición jurídica de las voluntades de las partes (Estado-patrono y sus funcionarios regidos por el Derecho administrativo).
- * inercialidad del objeto del contrato.
- * regulación mediante ley del contenido de la relación de empleo público.
- * posición de supremacía del Estado-patrono una vez iniciada la relación jurídica administrativa.

Los trabajadores o empleados que no participan de la gestión pública de la administración pueden ocurrir a los procedimientos de resolución de los conflictos de carácter económico social previstos en el Código de Trabajo. Aquellos que no pueden ocurrir a esos procedimientos, son los empleados sometidos al régimen administrativo, estatutario: aquellos que son servidores públicos, es decir, quienes prestan servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura (**votos 3053- 94 y 4453-00**).

De acuerdo con el voto **3053-94**, la garantía constitucional del artículo 62 (*derecho a las convenciones colectivas*) cubre solo a los empleados del Estado que no son servidores públicos, lo cual no lo considero aceptable ya que, reitero, las garantías fundamentales establecidas en la Constitución Política son para todas las personas.

El argumento que usa este voto **3053-94** para hacer esa distinción artificial e inconstitucional del *artículo 62 de la Carta Magna*, es que para no prohibir la realización de convenciones colectivas a todos los empleados del Estado, entonces diferencian aquellos trabajadores que son servidores públicos (regidos por el derecho administrativo) de los que está cubiertos por el derecho laboral común, con el fin de permitirles a éstos efectuar esas convenciones laborales. De esta forma, lo que pretende presentarse como una concesión para los trabajadores estatales, que según la Sala Constitucional, no son funcionarios o servidores públicos; es en realidad una violación a la Carta Magna, ya que excluye (contra-Constitución) a los funcionarios o servidores públicos.

La Carta Magna, *artículo 62 (derecho de los trabajadores a las convenciones colectivas)*, no hace distinciones entre los trabajadores; pues abarca a todos los que viven de la venta de su fuerza laboral, no importando quién sea el comprador de esa fuerza de trabajo (patrono o empleador).

√ La **tesis contractualista**, implica una relación laboral donde concurren las dos voluntades: la del Estado-patrono y la del funcionario, mediante el respectivo sindicato de trabajadores laboral (cf. **Luis Ortega**, 1983, págs. 19 a 29), en el marco del Estado democrático y social de Derecho, en el cual se postula que los funcionarios públicos son personas que gozan de derechos y garantías fundamentales.-

La Sala Constitucional en su **voto 4453-00** afirma que:

La tesis general es que ningún funcionario público puede negociar sus condiciones de empleo como si se tratara de un nexo contractual sujeto al derecho laboral (considerando VIII: conclusiones).

XV. VOTO 7730-00

Este **voto 7730-00** de la Sala Constitucional se refiere a la convención colectiva de **Recope**.

Recope (Refinadora Costarricense de Petróleo, nombre falso ya que hace años esta empresa NO refina los derivados del petróleo) es una empresa del Estado, por lo que está sujeta a las regulaciones del derecho público. (*votos, entre otros, 1743-91, 7044-96, 7598-94, 6680-93, 1246-94, 4788-93*).

Por lo que atañe a los empleados de Recope, están regulados por el derecho público y el derecho privado, en una relación mixta (voto 7730-00).

Este **voto 7730** afirma que en **Recope**:

1- *Si se puede firmar convenciones colectivas, porque es una empresa pública y por ende forma parte integrante del sector público en el que resulta constitucionalmente posible la aplicación de la institución de dichas convenciones; valga decir, en las llamadas empresas o servicios económicos del Estado y en aquellos núcleos de personal de instituciones y entes públicos en los que la naturaleza de los servicios que se prestan no participan de la gestión pública.*

Pero, indica este voto **7730-00**, la autorización para negociar colectivamente que le brinda el ordenamiento jurídico no es irrestricta –como se expresa en el **voto 4453-00**– pues no es equiparable a la situación en que se encontraría cualquier patrono particular, en razón de los recursos económicos que maneja .

Puntualizando, este voto 7730-00, que Recope no puede, por la vía de la negociación colectiva, dispensarse o excepcionarse de leyes, reglamentos o directrices gubernamentales vigentes, ni modificar o derogar leyes que otorgan o regulan competencias de los entes públicos,

atribuidas en razón de la jerarquía normativa o de las especiales condiciones de la Administración Pública con relación a sus trabajadores.

*2- Recope es una empresa pública que se rige por el Derecho privado en el ejercicio de su actividad comercial, lo cual no implica que no pertenezca al sector público concebido en el sentido más amplio de su significado y no la exime de cumplir con el principio de legalidad, y en especial, con el principio de regulación mínima, que enuncia que el acto administrativo debe estar expresamente regulado, al menos en cuanto a su contenido o motivo (**voto 7044- 96**) y funciona con fondos públicos, generados por los precios que de los combustibles y derivados del petróleo, pagan los habitantes del país.*

*Agregando este **voto 7730-00**. Por ello, nuestro ordenamiento jurídico exige como necesario que se ejerza un control económico sobre ella, lo que implica que la utilización de los referidos fondos debe estar sometida a un mínimo de regulación, capaz de asegurar el correcto y razonable empleo de los mismos, por lo que se debe entender que en esta conformación jurídica, va implícito, también, el principio de interdicción de la arbitrariedad.*

3- Materias o aspectos de la convención colectiva de Recope que el voto 7730-00 declaró inconstitucionales.

A - Artículo 28: bono vacacional

Se trata de un privilegio irrazonable y desproporcionado que atenta contra los principios de legalidad e igualdad y lesiona abiertamente los deberes de la función pública.

El **bono vacacional** se paga cuando el empleado disfrute la totalidad de las vacaciones, lo cual es una recompensa injustificada por el hecho de disfrutar vacaciones. Este pago, con fondos públicos, no se deriva de derecho laboral alguno. Se trata de un doble pago por concepto del período de vacaciones, es un enriquecimiento ilícito de los trabajadores y un manejo indebido de fondos públicos (*Considerando XI*).

B - Artículo 33: permisos con goce sueldo por razones personales

Es inconstitucional esta cláusula o artículo 33 de la convención colectiva, porque concede dar permisos con goce de sueldo o sin este goce, por razones personales.

Otorgar permisos con goce de sueldo por razones personales, viola los principios de igualdad, razonabilidad, legalidad, moralidad y de proporcionalidad, transgrede los deberes de la función pública, e inconstitucional porque es un enriquecimiento ilícito de los empleados de **Recope**, ya que se les paga salarios –sin trabajar– en base a razones personales, lo cual lesiona el interés general del Estado en el uso de fondos públicos. Por estos criterios, esta cláusula es inconstitucional (considerando XII).

C - Artículo 107: aporte para actividades de toda índole

Recope tiene la obligación de otorgar al año, como mínimo, tres millones quinientos mil colones para el desarrollo de actividades sociales, sindicales, deportivas y culturales en beneficio de los trabajadores y de sus familias.

Ese aporte financiero es un desvío de fondos públicos, una donación, para cumplir objetivos que el ordenamiento jurídico no le ha asignado. Por ello se violentan los principios de legalidad, moralidad, los deberes de la función pública y, por ende, los artículos 11, 50, 56 y 62 de la Constitución Política. Por ello, esta cláusula o artículo es inconstitucional (*considerando XIII*).

D - Artículo 112: bono por asistencia al trabajo

Este pago por asistir al trabajo es inconstitucional porque es pagar por el cumplimiento de un deber laboral. Este voto afirma que remunerar extraordinariamente el deber de asistencia al trabajo es un evidente exceso, injustificado y que parte de una premisa inconstitucional: evitar que los trabajadores se ausenten. Esta cláusula es desproporcionada e irrazonable y por ello se declara inconstitucional (*considerando XIV*).

XVI. CONSIDERACIONES SOBRE ESTA SENTENCIA 7730- 00

Este **voto 7730-00** le pone freno al área de los abusos en la utilización de las convenciones colectivas en el sector público .

Conuerdo con esta sentencia, ya que si bien es cierto estoy a favor de las convenciones colectivas en el sector público; ello no significa, que apoye los abusos que algunas de esas convenciones han generado, en perjuicio de los fondos públicos y del correcto uso de este instrumento de negociación dentro de la Administración Pública.

V. EL CASO DE ESPAÑA

En España se admiten las convenciones o negociaciones en el sector público, en base a los numerales 28, 37 y 103.3 de la Carta Magna.

Artículo 28.

- 1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.*
- 2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.*

Artículo 37.

- 1. La Ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.*

2. *Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La Ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.*

Artículo 103.3

La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos.

*De acuerdo con **Ortega** (1983, pág. 335), haciendo una interpretación integradora de los artículos 28, 37 y 103.3 de la **Constitución Política española**, se desprende que no existe una reserva material de ley para la regulación de las condiciones de empleo derivadas de la relación de servicio, pudiendo ser éstas determinadas a través de un convenio colectivo.*

*A nivel de **legislación** tenemos las siguientes normas:*

*La **Ley 30 del 2 de agosto de 1984**, de medidas para la reforma de la función pública, manda en su numeral 3.2.b:*

Artículo 3.2.b

El Gobierno determinará las instrucciones a que deberán atenerse los representantes de la Administración del Estado cuando proceda la negociación colectiva con la representación sindical de los funcionarios públicos de sus condiciones de empleo, así como dar validez y eficacia a los acuerdos alcanzados mediante su aprobación, expresa y formal, estableciendo las condiciones de empleo para los casos en que no se produzca acuerdo en la negociación.

La Ley 9 del 12 de junio de 1987, relativa a los *órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, en sus artículos 30 y siguientes, se refiere a la negociación colectiva de los funcionarios públicos:

Artículo 30:

La negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos se ejecutará mediante la capacidad representativa reconocida a las organizaciones sindicales.

A su vez, la Ley 7 del 19 de julio de 1990, atañe a la negociación colectiva y participación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos.

Como bien señala **Blasco** (1986), la admisión de la negociación colectiva en el ámbito de la función pública incide directamente en uno de los dogmas tradicionales: el de la naturaleza estatutaria de la situación en que se encuentran los funcionarios públicos (*pág. 52, versión Reda en CD*).

A MANERA DE CONCLUSION

1. El **voto 4453-00** de la Sala Constitucional es mecánico porque aplica, sin más, la *letra* de lo que dicen los numerales 62, 191 y 192 de la Carta Magna y los 111 y 112 de la ley de Administración Pública.

2. Este **voto 4453-00** desarrolla una interpretación *literal, textual y a la letra* de lo que se lee en esos artículos supracitados, en el punto anterior.

3. Este voto analizado no tomó en consideración lo que manda el *artículo 10 del Código Civil*:

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 de ellas.

4. Este voto violó el principio constitucional *in dubio pro operario*, por cuanto, su resultado es que declaró inconstitucionales las convenciones colectivas realizadas en el sector municipal, para comenzar y, declara inconstitucionales aquellas convenciones colectivas realizadas en el sector público en donde –considera– que hay relaciones laborales estatutarias o de derecho administrativo o público (régimen de empleo público).

5. Esta declaratoria de inconstitucionalidad de las convenciones colectivas en el sector público, las hace este **voto 4453-00**, cuando anteriormente la propia Sala Constitucional se había referido a ellas, dándoles legitimidad y carta jurídica (entre otros el **voto 1355-96** relativo a la convención colectiva de la Municipalidad de Goicoechea) redactado por el mismo Magistrado que elaboró este **voto 4453-00**.

6. Además, debe tomarse en cuenta que desde hace 60 años, la Constitución política reconoce esta garantía a las convenciones colectivas y desde hace 50 años el Estado viene firmando estas negociaciones (*que integra y conforma la Constitución Política formal o escrita y la sustancial o material*, cf. **Mortati**).

7. *La tesis de este voto 4453-00, se hace daño al sistema democrático y al Estado de Derecho, a sus valores de paz social, justicia y equidad en las relaciones laborales entre el Estado-patrono y sus empleados. Contiene una concepción autoritaria y antidemocrática, pues es el Estado-patrono el que (unilateralmente, ejerciendo su potestad de imperium) impone las condiciones laborales a sus trabajadores, violando el principio constitucional de igualdad –artículo 33– (ya que los obreros del sector privado, teóricamente, tienen ese derecho a las convenciones colectivas –dado que en la realidad es letra muerta por la presión patronal orientada a impedir que ese derecho fundamental sea una realidad), el derecho humano a la negociación de las condiciones laborales y los de dignidad de la persona.*

8. Consideramos que el **artículo 62 de la Carta Fundamental** no hace diferencias ni distingue entre trabajadores del sector público y el sector privado. Se trata de una norma genérica y amplia que cubre a los obreros no importa en cuál espacio laboral se encuentren desarrollando su trabajo (en igual sentido *Vega et al*, pág. 8, 2000).

9. Interesa agregar aquí, el **voto 7730-00** de la Sala Constitucional referente a **RECOPE**.

En este **voto 7730-00**, se anulan varias cláusulas de la convención colectiva de **RECOPE**, siendo ellas :

- artículo 28: referente a *vacaciones*
- artículo 33: relativo a *permisos*
- artículo 107: aporte de Recope para *actividades varias*
- artículo 11: concerniente a *bonificación por asistencia*

10.- Considero que el futuro de las convenciones colectivas en el sector público está sujeto a debate y que no se ha dado la última palabra.

Las gestiones de los sindicatos costarricenses, en el plano internacional, me parecen razonables ya que, es también un elemento de la globalización, la red de comunicación entre los sindicatos de trabajadores, asociaciones, organismos no gubernamentales, entre otros, con el fin de la defensa legítima de intereses de estos grupos atacados por políticas y medidas neoliberales en el plano económico, social y jurídico.

La sociedad está conformada por fracciones, organismos y espacios de intereses, que deben participar en la toma de decisiones dentro del marco del Estado democrático, social y de Derecho.

Ratifico mi criterio de que las convenciones colectivas en el sector público proceden constitucionalmente, con las modulaciones y limitaciones propias de tipo presupuestario, el interés general y del hecho esencial de que los fondos con los cuales se pagan los contenidos de esas convenciones son públicos. Evidentemente, no se está ante una negociación colectiva entre trabajadores del sector privado y empresarios nacionales o supranacionales.

Aquí, se señala lo obvio: en la empresa privada no hay negociaciones colectivas ni sindicatos porque los empresarios lo impiden; violando –desde siempre– la Constitución Política, que sí garantiza (*en el papel*) esos derechos a los trabajadores, pero que en la realidad son burlados por el poder económico y político que tienen esos empresarios en el país. El Estado de Derecho y la Democracia son conceptos *for export*, para que los *mass media* privados hagan malabares comerciales con ellos.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA DE REFERENCIA

- ARCE, Celín. **Los derechos de estabilidad y trabajo en el empleo público**. (San José: *Revista Judicial*, Nº 69, 1998).
- ASENSIO, Merino. **Modelos de la función pública comparada** (Madrid: Ministerio de las Administraciones Públicas, 1997).
- BEETHAM, David. **Bureaucracy**. (Minneapolis : University of Minnesota, 1987).
- BLASCO, Avelino. **La negociación colectiva de los funcionarios públicos**. (Madrid: Civitas, Reda. Nº 52, 1986).
- BLANCO Vado, Mario. **Comentarios a la sentencia Nº 1696-92 de la Sala Constitucional**. (San José: *Revista Iustitia*, No. 70, 1992).
- BOLAÑOS, Fernando. **Estado social de derecho y negociación colectiva en el sector público** (San José: Centro de Formación Costarricense, 1987).
- Las relaciones de servicio en el empleo público** (San José: *Revista Iustitia*, No. 101-102, 1996).
- Código de Trabajo. Anotado y concordado** (San José: Juricentro. 1998).
- BOLAÑOS, Jimmy. **Derecho disciplinario de la función pública** (San José: IJSA, 2000).
- CADENA, Edgar. **Régimen disciplinario del empleado público** (Bogotá: legis, fondo editorial, 1989).
- CAMARA del PORTILLO, Diego. **La función pública ante el Tribunal Constitucional** (Madrid: Civitas, Reda. Nº 57, 1988).
- CARCOVA, Carlos. **Derecho, política y magistratura** (Buenos Aires: Biblos, 1996).
- CARINCI, Franco. **La denominada privatización del empleo público** (Madrid: INAP, Documentación administrativa, Nº 250-251, 1998).
- CASCANTE, German. **Regímenes de empleo y procesos de despido en la Administración Pública** (San José: IJSA, 1997).
- CASTILLO, Federico. **Función pública y poder disciplinario del Estado** (Madrid: Civitas, 1992).

- CASTILLO-BLANCO, Federico. **Las problemáticas fronteras entre el derecho laboral y el derecho administrativo** (Madrid: Civitas, Reda. Nº 86, 1995).
- CASTRO, Abel. **Convenciones colectivas celebradas en Costa Rica (1968-1974)** (San José: *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 35, 1978)
- CHAPUS, René. **Droit Administratif Général** (Paris: Montchrestien, 12 éd. T. II, 1998).
- CHAVES, Juan Carlos. **El ius variandi en el contrato individual del trabajo con énfasis en el sector público** (San José: Tesis de Licenciatura, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1990).
- CHEVALLIER, Jacques. **L' État de droit** (Paris: Montchrestien, 1999).
- CHINCHILLA, Carmen. **La radio-televisión como un servicio público esencial** (Madrid : Tecnos, 1998).
- DEL SAZ, Silvia. **Contrato laboral y función pública** (Madrid: Marcial Pons, 1995).
- DE LAUBADERE, André, Yves GAUDEMET. **Las problemáticas fronteras entre el derecho laboral y el derecho administrativo** (Paris: JGDT, T. 5, 11ª Ed. 1998).
- ESCOBAR, Francisco. **Investigar para juzgar** (San José: inédito, 2000).
- FERNÁNDEZ, Pastorino. **Convenciones colectivas de trabajo** (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962).
- FLORES, Mayela y Victoria, Sandoval. **Los principios de derecho público y privado, aplicables al derecho de la función pública** (San José: Tesis de grado, 2 Tomos, Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1991).
- FROSINI, Vittorio. **La letra y el espíritu de la ley** (Barcelona: Ariel, 1995).
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **Problemas del derecho público al comienzo del siglo** (Madrid: Civitas, 2001).
- La Administración Pública y la Ley** (Madrid: Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, Reda, Nº 108, 2000).
- y Tomás-Ramón, FERNANDEZ. **Curso de Derecho Administrativo** (Madrid: Civitas, 2 ts. 1999).

- GOMEZ-CABALLERO, Pedro. **Los derechos colectivos de los funcionarios** (Madrid: Ed. Consejo Económico y Social, 1994).
- GONZALEZ-HABA, Vicente. **Problemática de la función pública española** (Madrid: Civitas, Reda. Nº 5, 1975).
- GONZALEZ-SALINAS, Pedro. **La negociación colectiva en la función pública** (Madrid: Civitas, Reda. Nº 80, 1993).
- GUASTINI, Ricardo. **Estudios sobre la interpretación jurídica** (México: UNAM, 2000).
- GUTIÉRREZ, Luz Marina. **Notas esenciales del régimen de empleo público costarricense** (San José: Revista de Ciencias Jurídicas No. 87, 1998).
- HARO, Guillermo. **El derecho de la función pública** (México: Ecasa, 1993).
- La función pública en el proceso de la modernización nacional** (México: Iapem, 1991).
- Aportes a la reforma de la función pública en México** (Madrid: Inap, 1987).
- HERRERA, Luis Gmo. **El derecho del trabajo y los regímenes estatutarios** (San José: Revista Judicial, No. 16, 1980).
- HOYOS, Arturo. **La interpretación constitucional** (Bogotá: Temis, 1993).
- LEGENDRE, Pierre et al. **El discurso jurídico** (Buenos Aires: Hachette, 1982).
- LOPEZ-GÓMEZ, José. **El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas** (Madrid: Civitas, 1995).
- MANAVELLA, Carlos. **Introducción al estudio del Derecho** (San José: Ed. Iustitia, 1991).
- Las convenciones colectivas frente a la ley** (San José: Revista Iustitia, No. 161, 2000).
- MANZANA, Rafael. **Derechos y deberes de los funcionarios públicos** (Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1996).
- MARI, Enrique et al. **Derecho y psicoanálisis** (Buenos Aires : Hachette, 1987).
- MARÍN, Enrique. **La negociación colectiva** (Bogotá: Temis, 1978).

- MARINA, Belén. ***El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*** (Valladolid: LexNova, 1999).
- MARTINEZ, Antonio. ***Régimen jurídico de los funcionarios públicos*** (Madrid: Tecnos, 1999).
- MARTINEZ, Cruz. ***La agonía del Estado*** (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001).
- MORTATI, Costantino. ***Istituzioni di Diritto Pubblico*** (Padova: Cedam, T. I, 1975).
- La constitución en sentido material*** (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001).
- MURILLO, Mauro ¿Existe en Costa Rica un derecho público de empleo? (San José: *Revista Iustitia*, No. 63, 1992).
- Laudos: epílogo de una historia*** (San José: *Revista Iustitia*, No. 70, 1992).
- NAVARRO, Federico. ***La negociación colectiva en el Derecho comunitario*** (Madrid: Revista española del derecho del trabajo, Nº 102, 2000).
- NIETO, Alejandro. ***Derecho administrativo sancionador*** (Madrid: Tecnos, 2000).
- El arbitrio judicial*** (Barcelona: Ariel, 2000).
- OLIVECRONA, Karl. ***Lenguaje jurídico y realidad*** (México: Fontamara, 1992).
- ORTEGA, Luis. ***Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*** (Madrid: Tecnos, 1983).
- ORTIZ Ortiz, Eduardo. ***Convenciones colectivas y módulos convencionales en la Administración Pública*** (San José: Ed. *Iustitia*, 1992).
- OTTO, Ignacio. ***Derecho constitucional. Sistema de fuentes*** (Barcelona: Ariel, 1997).
- OVIEDO, Ana Y., Marisela, Vázquez. ***La relación de empleo público a la luz de la jurisprudencia constitucional*** (San José: Tesis de licenciatura. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1998).

- PACHECO, Aracelly. ***Derechos, deberes y responsabilidades de los funcionarios públicos*** (San José: Revista de la Contraloría General de la República, No 36, 1983).
- PARADA, Ramón. ***Derecho administrativo*** (Madrid: Marcial Pons, T. II: organización y empleo público, 1994)..
- PARRA Gutiérrez, William. ***Derecho administrativo laboral y seguridad social*** (Bogotá: Ediciones Librería el Profesional, 1996).
- Derecho Administrativo disciplinario*** (Bogotá: Ediciones Librería el Profesional, 1997).
- PUIGPELAT, Francesca. ***Funciones y justificación de la opinión dominante en el discurso jurídico*** (Barcelona: Bosch, 1994).
- QUESADA, Jorge A. ***Análisis del discurso oral en el proceso penal*** (San José: EUNED, 1998).
- Texto jurídico*** (San José: EUNED, 2000).
- RODRIGUEZ, Joaquín. ***Los derechos económicos de los funcionarios públicos***. (Caracas: Ed. Jurídica Venezolana, 1977).
- RODRÍGUEZ, Gustavo. ***Derecho administrativo disciplinario*** (Bogotá: ediciones Librería el Profesional, 1985).
- ROMERO Pérez, Jorge Enrique. ***Derecho Administrativo y Estado costarricense*** (San José: Universidad de Costa Rica, 1984).
- Derecho Administrativo general*** (San José: EUNED, 1999).
- Derecho Administrativo***. Ensayos (San José: EUNED, 1993).
- Convenciones colectivas en el sector público*** (San José: Colegio de Abogados, 1981).
- El empleo público*** (San José: *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 86, 1998).
- La sociología del derecho en Max Weber*** (San José: Universidad de Costa Rica, 1980).

El servicio público (San José: Universidad de Costa Rica, 1983).

Antología del servicio público (San José: Universidad de Costa Rica, 1983).

Las convenciones colectivas en el voto 4453-00 de la Sala Constitucional (San José: Revista *Iustitia*, Nº 166-167, 2000).

SÁNCHEZ-MORON, Miguel. **Derecho de la función pública** (Madrid: Tecnos, 1997).

SANTAMARIA PASTOR, Juan A. **Principios de Derecho Administrativo** (Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Vol. I, 2000).

SORIANO, Ramón. **Compendio de teoría general del derecho** (Barcelona: Ariel, 1986).

SOSA WAGNER, Francisco. **Libertades públicas y funcionarios** (Madrid: Civitas, Reda. Nº 17, 1978).

SOTO, Mónica y Elizabeth, Vargas. **Pretensiones económicas y sociales obtenidas por los trabajadores en los conflictos colectivos entre 1987-1990**. (San José: tesis de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. 1992).

VARGAS Hidalgo, Ricardo. **Sentencia de la Sala Constitucional sobre laudos** (San José: *Revista Iustitia*, No. 71, 1992).

La negociación colectiva en el sector público. (San José: *Revista Judicial*, No. 53. 1991).

VARGAS Hidalgo, Ricardo y Rolando Vega Robert. **La relación de empleo público y sus consecuencias prácticas en la jurisprudencia costarricense** (San José: *Revista Judicial*, Nº 52, 1990).

VASCONCELOS, Nuno. **la función pública como relación especial de derecho administrativo** (Oporto: Almeida & Leitaó Ltda., 2000).

VILLEGAS, Jairo. **Derecho administrativo laboral**. (Bogotá: Ed. Rodríguez, 1995, 2 tomos).

VAN DER LAAT, Bernardo. **La libertad sindical de los funcionarios públicos**. (San José: *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 56. 1986).

VEGA, Rolando et al. ***Informe sobre las convenciones colectivas de trabajo*** (San José: Universidad de Costa Rica, diciembre 2000).

VIVAS, Oscar. ***El sindicato***. (San José: IJSA, 1997).

Las convenciones colectivas de trabajo en el sector público (San José: IJSA, 1997).

YOUNES, Diego. ***Derecho Administrativo Laboral***. (Bogotá: Tercer Mundo, 1981).

WEBER, Max. ***El político y el científico*** (Madrid: Alianza, 1967).

Jiménez Meza, Alfonso. *La administración por intervención judicial*, con jurisprudencia (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2000, 185 págs.)

En la **Introducción**, el autor expresa que se espera entender la necesidad de que exista una legislación que proteja nuestras empresas privadas, ante la eventual crisis por la cual pudieran atravesar por cualquier razón, como puede suceder dentro del ámbito en que ellas se desenvuelven.

Los temas que abarca este valioso libro son:

- I. La “administración controlada” en nuestra legislación procesal y la exposición de motivos de tal ley.
- II. La importancia de nuestra jurisprudencia para el análisis, integración e interpretación del instituto en estudio.
- III. La importancia de la definición del concepto “empresa” para el estudio de la “administración controlada”.
- IV. La empresa y la “administración controlada” frente a la nueva legislación procesal.

En la **conclusión**, se indica que tal y como está estructurada hoy en día la “administración controlada”, difícilmente podríamos pensar en la recuperación de las empresas, por cuanto la nueva normativa que regula tal procedimiento, no exige como debiera, una profesionalidad y reconocida trayectoria de las personas que llegarán a ser nombradas dentro del procedimiento como interventores, en virtud de la carrera profesional y el desempeño de sus cargos como gerentes y/o presidentes de compañías, titulares de reconocidas empresas de nuestro país.

La **jurisprudencia** que se incorpora en el libro es sumamente útil, por ejemplo, la resolución Nº 87 de las 9:50 hs. del 25 de febrero de 1993 del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda que afirma que *la administración por intervención judicial, es un proceso concursal que tiende a mantener la empresa en plena actividad mercantil, con la única finalidad de que ésta no llegue a la quiebra, y que tenga posibilidades de recuperarse económicamente.*

González Castro, José Arnoldo; Mayra Campos Zúñiga y Omar Vargas Rojas. ***Teoría del delito a la luz de la jurisprudencia*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2000, 295 págs.)

El *Dr. Juan Marcos Rivero Sánchez*, en el **Prólogo** nos indica que la presente obra tiene una cuidadosa selección de importantes fallos de la Sala Tercera, hace una oportuna introducción a cada tema en particular e indica –al final de cada capítulo– una bibliografía actualizada.

Por su parte, sus autores en la **Introducción** señalan que la presente investigación lo que muestra es el desarrollo jurisprudencial de uno de los temas más importantes del derecho penal: la teoría del delito.

Los temas de este importante libro son:

- I. Comportamiento humano como base de la teoría del delito
- II. Acción y resultado
- III. La omisión
- IV. Tipicidad
- V. El delito doloso
- VI. El delito culposo
- VII. Antijuridicidad
- VIII. Exclusión de la antijuridicidad
- IX. La culpabilidad
- X. Conocimiento de la antijuridicidad
- XI. Fases de la realización del delito
- XII. Autoría y participación
- XIII. Concurso de delitos

Publicaciones de la Oficina Jurídica de la Universidad de Costa Rica

En la **Presentación** de estas valiosas obras el Rector Dr. Gabriel Macaya Trejos y el Director de la Oficina Jurídica, Lic. Rolando Vega Robert nos informan que esta oficina desde 1999 inició un ambicioso proyecto de publicaciones, como parte de una reconceptualización y ampliación de los servicios que presta a la comunidad universitaria. Se publicaron estos textos:

- *El compendio de normativa universitaria,*
- *El derecho de petición y pronta respuesta, y*
- *El instructivo para conductores sobre el uso de vehículos de la institución.*

Como continuación de dicha labor, nos complace ahora, 7 de noviembre del 2000, hacer entrega de:

- *La recopilación de jurisprudencia constitucional sobre la Universidad de Costa Rica,*
- *La garantía constitucional del debido proceso en los procedimientos universitarios, y*
- *Los recursos administrativos en la Universidad de Costa Rica.*

- o -

López Casal, Yuri. ***Manual sobre la cesión del contrato civil*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2000, 187 págs.)

En la **Introducción** su autor nos informa que la cesión del contrato es un instituto creado con el fin de regular y agilizar la transferencia de una determinada situación jurídica contractual y que en nuestro Ordenamiento Jurídico dicho contrato no está regulado de manera expresa y sistemática como sucede con la cesión de créditos, de derechos hereditarios y de derechos litigiosos.

Los temas de este valioso libro son:

- La relación contractual
- La modificación de la relación contractual

- Evolución de la cesión de contrato
- Teorías sobre la naturaleza jurídica de la cesión del contrato
- Características de la cesión del contrato
- Tipos de cesión de contrato

Bien indica este abogado que es indispensable que la comunidad jurídica costarricense se preocupe por sistematizar, unificar y positivizar la cesión del contrato en nuestro Ordenamiento Jurídico, el cual debe ser complementado con un régimen normativo de la asunción de deuda *lato sensu* que incluya la expromisión, la delegación y el “acollo” en sus modalidades sustitutivas, pues así como la asunción de la deuda es el antecedente lógico de la cesión del contrato, también aquella se constituye como un conjunto normativo útil a la hora de llenar lagunas que puedan darse en la perfección y eficacia de esa citada cesión (**conclusión**).

- o -

Chinchilla Calderón, Rosaura. **La prescripción de la acción penal en Costa Rica**. *Análisis jurisprudencial y exégesis legal con referencias al proyecto de reforma de esta normativa* (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2000, 390 págs.)

En la **Introducción** la autora expresa que la tesis que defiende sobre la naturaleza mixta del instituto de la prescripción de la acción penal y sus consecuencias es, hoy minoritaria –por no decir residual– en Costa Rica.

Algunos de los temas de esta obra son:

- El fundamento político de la prescripción de la acción penal
- El fundamento jurídico de la prescripción de la acción penal
- Plazos de la prescripción de la acción penal en la legislación procesal penal
- La interrupción de la prescripción de la acción penal
- Prescripción y concursos
- Prescripción y partícipes
- Prescripción y medidas cautelares
- La discusión en torno a la prescripción de la acción penal ha puesto de manifiesto la insuficiencia de la estructura actual de los órganos de casación penal en la función uniformadora de la jurisprudencia que históricamente les compete.

- El alegato en torno a la prescripción: ¿es un vicio formal o sustancial para plantear la casación?

La *tesis mixta* que defiende la autora, consiste en que la prescripción afecta tanto el derecho sustantivo como el procesal; sería una causa de revocación de la pena como un obstáculo procesal (pág. 103).

En sus **conclusiones** se afirma que la estructura actual de los órganos de casación penal (un Tribunal con varias secciones y una Sala de Casación) imposibilita que se cumpla uno de los cometidos por los que, históricamente, fue creada la casación cual es la unificación de criterios y la uniformidad de la jurisprudencia, máxime en un país en donde a ésta se le concibe como fuente de derecho (pág. 377).

- o -

Navarro del Valle, Hermes. **Compendio de legislación deportiva: fútbol.** Normas que rigen el fútbol, incluye todas las normas de fútbol de la Fifa, Concacaf, Uncaf, Fedefútbol e Incoder (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2000, 650 págs.)

El autor señala, en la **Introducción**, que ha incluido en este libro todas las reglas que gobiernan a cada uno de los entes citados y otras normas dictadas por cada uno de ellos, así como los reglamentos para los distintos torneos que organizan.

Algunos de los temas de la obra son:

- Reglas de fútbol de la Fifa
- Estatutos de la Fifa
- Reglamento relativo al estatuto y a las transferencias de los jugadores
- Reglamento relativo a los agentes de jugadores
- Reglamento de la Copa Mundial del 2002
- Reglamento sobre el uso de la publicidad virtual
- Estatuto de la Concacaf
- Reglamento de la Copa de Oro de la Concacaf
- Reglamento de la Copa de Campeones de la Concacaf
- Estatutos de la Federación Costarricense de Fútbol
- Normas del campeonato nacional de fútbol de primera división
- Instituto costarricense del deporte
- Borradores de documentos contractuales

Hernández Valle, Rubén. **Derecho parlamentario costarricense** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2ª Ed., 2000, 465 págs.)

Su primera edición fue publicada por esta misma editorial en 1991. Desde entonces ha habido cambios sustanciales en nuestro Derecho parlamentario, no sólo por la praxis legislativa y de las reformas constitucionales y reglamentarias introducidas a lo largo del último decenio, sino también por la abundante jurisprudencia de la Sala Constitucional. En consecuencia, apunta el autor en su **Introducción**, se hacía necesario actualizar el texto original, tomando en cuenta todos esos cambios y nuevos aportes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales. La presente edición recoge las transformaciones habidas en la materia hasta junio del 2000.

Los temas que abarca esta segunda edición, son:

- Concepto y fuentes del Derecho parlamentario
- El reglamento interno de la Asamblea Legislativa
- Estructura, prerrogativas de la Asamblea Legislativa y elección de los diputados
- Proceso de vida de la Asamblea Legislativa
- Estatuto de los diputados
- Organización interna de la Asamblea Legislativa
- El funcionamiento de la Asamblea Legislativa
- La función legislativa
- El procedimiento de formación de la ley
- El trámite de reforma constitucional
- Actividad no legislativa de la Asamblea
- La función de dirección política
- La función jurisdiccional
- La función de garantía constitucional

Sin duda que esta obra es un aporte sustancial a esta disciplina.

- o -

Salazar Murillo, Ronald. **Intervenciones corporales y tutela de los derechos fundamentales** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A. IJSA, 2000, 371 págs.)

*El Magistrado Mario Houed Vega en la **Presentación** de este libro afirma que el mismo constituye un notable esfuerzo y un generoso aporte a la literatura jurídico-penal de nuestro país, que indudablemente será un valioso instrumento para los estudiosos del derecho en general.*

El examen corporal de la persona implica una duplicidad de intereses: el social, por la repercusión de los delitos; y, el individual, en mantener en toda su amplitud y extensión los derechos y libertades que la Constitución Política reconoce (**Introducción**).

La temática de esta obra es la siguiente:

- Los derechos fundamentales como objeto de protección
- Examen de las intervenciones corporales en las Constituciones y códigos procesales de Costa Rica
- Proceso penal e intervenciones corporales
- Derechos afectados con las intervenciones corporales
- Competencia para acordar las intervenciones corporales
- Requisitos legales y constitucionales de las intervenciones corporales
- El control de las intervenciones corporales
- Consecuencias de la violación de normas constitucionales en la recolección de prueba

Además contiene una selección relevante de jurisprudencia.

- o -

Vargas Hidalgo, Ricardo. **Los medios de solución alternativa de conflictos laborales** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2000, 100 págs.)

Algunos de los temas que se analizan en esta obra son:

- Resolución alternativa de conflictos laborales
- Conceptos básicos de medios alternativos de solución de conflictos
- Conciliación

- Mediación
- Arbitraje
- Laudo
- Derecho comparado

La *resolución alternativa de conflictos* es un programa por medio del cual el Poder Judicial pretgende promover en todo el territorio nacional centros de mediación, negociación, conciliación y arbitraje, que resuelvan principalmente los asuntos civiles, comerciales, laborales y de familia, a los cuales sea posible darles una solución sin necesidad de acudir a la vía judicial (pág. 13). Su objetivo es promover el funcionamiento de medios alternativos de solución de conflictos en Costa Rica que sustituyan y disminuyan los casos atendidos por el Poder Judicial y que se ajusten a las necesidades de las comunidades beneficiadas (pág. 15).

La norma genérica correspondiente se llama **Ley sobre la resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social** Nº 7727, publicada en La Gaceta Nº 9 del 14 de enero de 1998.

- o -

Parajeles Vindas, Gerardo. **Introducción a la teoría general del proceso civil** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2000, 206 págs.)

Su autor en la **Introducción** nos dice que el derecho procesal se ha constituido en un pilar dentro del campo jurídico, en especial, porque su finalidad es garantizar el derecho sustantivo.

Los macrotemas de esta útil obra son:

- Función jurisprudencial
- Del proceso en general
- La prueba y su valoración en el moderno proceso civil
- Decisiones judiciales y medios de impugnación

Con este nuevo libro, a la par de los ya publicados en el campo del Derecho procesal civil, el jurista Parajeles ha forjado un valioso aporte para los estudiosos y operadores de esta rama del Derecho.

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	8
 Ensayos:	
Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona. Anexo: voto 2306-00 <i>Dr. Víctor Pérez Vargas</i>	9
La sexta Ley de reforma del Código Penal de la República Federal de Alemania <i>Lic. Alonso Salazar</i>	57
La licitación internacional 1-98: contrato de gestión interesada de los servicios aeroportuarios prestados en el aeropuerto Juan Santamaría <i>Máster Ana Victoria Badilla Villanueva</i>	75
El testamento del "Rey del café" <i>Lic. Jorge Sáenz Carbonell</i>	91
Constitución Política, Estado de Derecho y convenciones colectivas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	103
Reseñas bibliográficas <i>J.E. Romero-Pérez</i>	155

BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO