

Director y Editor

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez*

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

# REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

# 92

SAN JOSE, COSTA RICA

2000

MAYO-AGOSTO

JUNTA DIRECTIVA  
COLEGIO DE ABOGADOS

2000

Presidente:

Lic. Juan Diego Castro Fernández

Vicepresidente:

Lic. Henry Vega Salazar

Secretario:

Lic. Fabio Oconitrillo Tenorio

Prosecretaria:

Licda. Lilliana Alfaro Rojas

Tesorera:

Licda. Elizabeth Tosi Vega

Fiscal:

Lic. Laureano Castro Sancho

Vocal 1:

Lic. Ricardo González Mora

Vocal 2:

Lic. Federico Sáenz de Mendiola

Vocal 3:

Lic. Gilberto Corella Quesada

Vocal 4:

Lic. José Aquiles Mata Porras

Vocal 5:

Licda. Virginia Beckles Maxwell

AUTORIDADES  
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Gabriel Macaya Trejos

Directora Consejo Universitario:

Dra. Susana Trejos Marín

Vice-Rector de Docencia:

Dr. Ramiro Barrantes Mesén

Vice-Rectora de Investigación:

Dra. Yamileth González García

Vice-Rectora de Acción Social:

Dra. Leda Muñoz García

Vice-Rectora de Vida Estudiantil:

*Máster* Alejandrina Mata Segreda

Vice-Rector de Administración:

*Máster* Jorge Badilla Pérez

Decana Facultad de Derecho:

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo

Vice-Decano Facultad de Derecho:

Dr. Luis Baudrit Carrillo

Directora Instituto de Investigaciones Jurídicas:

Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza

Decana Sistema de Estudios de Posgrado:

Dra. María Pérez Yglesias

Coordinador de la Comisión Editorial:

Ing. Mario Murillo Rodríguez

PRESENTACION

En este número se publican trabajos de investigación sobre el Poder Judicial, Derecho Económico Internacional, Probatorio, Contencioso Administrativo, Función Pública, y Teoría del Estado; además de la sección de Historia del Derecho Costarricense, y las reseñas bibliográficas.

*El director y editor*

**EN MEMORIA  
DEL DR. JORGE ENRIQUE  
GUIER ESQUIVEL  
(1930 - 2000)**



*El Dr. Jorge Enrique Guier Esquivel  
ha descansado en paz.*

Este notable jurista, académico y humanista fue en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica: Decano, Catedrático, Profesor Emérito, Fundador y Director de la Biblioteca.

Su valiosa obra *Historia del Derecho*, ha sido un importante aporte en el conocimiento y comprensión de esta disciplina.

*El Director y editor*

**EN MEMORIA  
DEL MAESTRO ITALIANO  
MASSIMO SEVERO GIANNINI  
(1915 - 2000)**



El pasado 24 de enero del 2000 moría en Roma, a los 85 años el maestro italiano del Derecho Administrativo Massimo Severo Giannini.

*Algunas fechas importantes son las siguientes:*

**1915:** Nacimiento.

**1936:** Licenciatura en Derecho.

**1939:** Publica tres libros: *La interpretación del acto administrativo*, *Teoría jurídica general de la interpretación y El Poder discrecional de la Administración Pública*.

**1940:** Ejerce la cátedra de Sassari (Cerdeña)

**1945-1946:** Jefe de Gabinete de Pietro Nenni (1891-1980) en el Ministerio para la Constituyente.

**1946-1948:** Jefe del Servicio Jurídico del Ministerio de Industria con Rodolfo Morandi.

**1947:** Colabora con el Partido Socialista Italiano en el proceso de elaboración de la Constitución Política.

**1950:** Publica sus *Lecciones de Derecho Administrativo*

**1965:** Publica el *Curso de Derecho Administrativo* (en 1990 se edita su última versión).

**Década de los años 70:** Ministro de la Función Pública, donde elabora el famoso *informe Giannini*, en el cual analiza los principales problemas de la Administración Pública italiana.

**Décadas de los años 70 y 80:** Publica estudios sobre el deporte, turismo, investigación científica, Derecho público de la economía, organización administrativa, empleo público y procedimiento administrativo.

**1974:** Líder social en el referéndum sobre el divorcio.

**1975-1976:** Presidente de la Comisión para el ordenamiento regional.

**1990:** Líder social en el referéndum sobre el sistema electoral.

Este jurista fue una persona comprometida con su tiempo, a la vez que proporcionó soluciones a problemas serios de la sociedad italiana.

El maestro Giannini fue amigo de nuestro país, al cual visitó varias veces, en su apostolado docente y cívico. Ha dejado una escuela y un ejemplo entre los profesionales en Derecho de Costa Rica.

**LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA RESPONDE(\*)**

*Magistrado Alfonso Chaves Ramírez(\*\*)*

(\*) Documento proporcionado por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Luis Paulino Mora para su publicación en esta revista. También en *La Nación* del domingo 9 de abril del 2000, pág. 17-A, fue publicado en campo pagado.

(\*\*) Vice-Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

340-R  
No.92  
May-Ago/2000  
C6

REV 156237  
BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO

La Corte Suprema de Justicia, ante la publicación en "La Nación" del domingo pasado, 2 de abril del 2000, dirigida "A los Costarricenses y a los Poderes del Estado", en la que veinticinco jueces, por sí y por otros que, según afirman, "prefirieron no incluir sus nombres", se hacen eco de una serie de tesis y quejas contra la alegada estructura organizacional (sic) del Poder Judicial y la forma en que los Magistrados ejercen su mandato, se ve obligada, por respeto a los propios costarricenses y a los Poderes del Estado a quienes la publicación se dirige, a contestarla en la misma forma.

Para la Corte resulta positivo que se formulen críticas al funcionamiento del sistema de Administración de Justicia y que se denuncie cualquier hecho anómalo que lo haya afectado o lo esté afectando, pero le causa extrañeza que se acuda a un planteamiento público sin antes haber al menos intentado hacerlo ante la Corte Plena, pues ello desconoce la creciente apertura y desconcentración del poder que viene caracterizando a la cúpula judicial, especialmente en los últimos tiempos.

Las supuestas anomalías, gratuitas y no sustentadas en estudios ni evidencias objetivas y ciertas, a lo único que conducen es a minar el prestigio del Poder Judicial, al que también pertenecen quienes las lanzan, lo cual es realmente grave, porque éste es la garantía última del Estado Democrático de Derecho.

Si se tiene conocimiento de faltas graves cometidas por sus jerarcas o servidores, lo correcto es que se denuncien en forma concreta, indicando los nombres de las personas involucradas, porque sólo de esa forma la Corte y sus Organos pueden afrontar la situación y establecer los correctivos necesarios.

1. El planteamiento de una pretendida "democratización" del Poder Judicial bajo la idea de un "gobierno de los Jueces", no haría más que poner en la cúpula de mando a unos pocos en reemplazo de los actuales veintidós Magistrados, quienes tienen al menos como legitimidad, la más democrática: ser designados por la más alta representación popular.

Pero es que esa tesis de los señores jueces se ignora que el Poder Judicial, por su misma naturaleza y precisamente para cumplir su misión democrática -al servicio de la Democracia-, está y tiene que estar estructurado jerárquicamente, conforme al mandato de

la propia Constitución Política, que en su artículo 156 pone a la Corte Suprema de Justicia en la cabeza y, por ende, como responsable genérico de su organización y desempeño, sin perjuicio, desde luego, del respeto debido a su dignidad y derechos fundamentales, ni de la independencia funcional o de criterio de cada uno de los juzgadores y demás servidores, establecida, precisamente en garantía de una mejor administración de justicia, y, por supuesto, dentro de los límites establecidos por los artículos 2.2 y 199.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la rigurosa calificación que le ha impreso la Sala Constitucional.

2. La independencia judicial implica, entre otras cosas, que al juez debe rodeársele de una serie de mecanismos de protección frente a los demás, para que sus decisiones sólo respondan a lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico, pero se trata de una garantía establecida a favor de los ciudadanos como usuarios y destinatarios de la administración de justicia, no de un instrumento de carácter gremial en favor del juez que impida la necesaria crítica contra sus decisiones, ni el ejercicio de controles a posteriori, tanto jurisdiccionales como disciplinarios. Es propio de un sistema democrático y republicano de administración de justicia el hecho de que se puedan realizar críticas sobre la manera en que los jueces realizan sus tareas; así como también resulta necesario que dichas personas, como funcionarios públicos que son, también puedan y deban ser fiscalizados.
3. El cargo que se hace a la Corte y en particular a sus Magistrados, de supuestas presiones a un Juez, "para que diera trámite rápido a algunas causas", no es sino más que la tergiversación de un acto singular, absolutamente lícito y plenamente justificado de la Presidencia, consistente en dar al indicado Juez todas las facilidades, que él mismo requirió, para que pudiera tramitar bien y oportunamente uno de los procesos sometido a su conocimiento. Fue una disposición del Presidente que éste además consultó con varios Magistrados, donde no privó otro propósito sino el de evitar que un proceso de tanta trascendencia se viera afectado por limitaciones de personal o de equipo.
4. Los señores jueces se equivocan también en su afirmación, totalmente infundada, de que los Magistrados de la Sala Constitucional, por formar parte de la Corte Suprema, carezcan de confiabilidad como garantes de sus derechos fundamentales.

Los hechos comprobados, a lo largo de diez años de funcionamiento de la nueva Jurisdicción Constitucional, demuestran todo lo contrario: que un porcentaje muy significativo de los recursos de amparo de que conoce lo es contra la propia Corte Plena, el Consejo Superior y otras altas autoridades del Poder Judicial, y que de esos recursos muchos son declarados con lugar, por cierto que no siempre debido a que los recurridos hayan incurrido en mayores arbitrariedades que otros, sino porque deben ser juzgados con mayor rigor, en razón de lo sagrado de su misión.

5. No es cierto que no se cuente con un sistema de carrera judicial autónomo. El Consejo de la Judicatura tiene competencias propias establecidas en la ley que creó el Sistema de Carrera Nº 7338 de 5 de mayo de 1993, las cuales siempre se han respetado. Ese Consejo no hace nombramiento de jueces sino que su misión es administrar concursos para la formación de listas de elegibles. Es cierto que se designó una Comisión para conducir un programa de jueces emergentes con el propósito de atacar la mora judicial. Esta Comisión, en su tarea inicial de seleccionar y darle una formación inicial a un primer grupo de jueces, ha tomado en cuenta las mejores notas obtenidas por los participantes en los concursos que administra el Consejo de la Judicatura.
6. Se rechaza la afirmación de que haya un 65 por ciento de plazas vacantes en la judicatura. Estas ascienden alrededor del 40 por ciento. La falta de designación de jueces en propiedad, no obedece a incuria de la Corte o de alguno de sus Organos, sino a atrasos que ha sufrido el proceso de selección, provenientes de una cantidad importante de recursos de amparo que suspendieron la decisión final de los concursos y que desde hace algunos meses quedaron resueltos, y a un proceso contencioso administrativo, todavía pendiente, establecido por un grupo de funcionarios contra el Reglamento del Sistema de Carrera, dentro del cual el juez que conoce del caso, ordenó suspender, como medida precautoria, los nombramientos en propiedad que ya se estaban haciendo. Una vez superado ese obstáculo, lo que se está logrando gracias a la comprensión y colaboración de quien gestionó la medida precautoria, la Corte y el Consejo continuarán haciendo los nombramientos en propiedad, para lo que ya se cuenta con listas de elegibles, las cuales se están complementando con los resultados de los concursos en trámite.

7. Rechazamos enérgicamente el calificativo de “mecanismos sutiles e informales de intervención” que se le aplica a las Comisiones de Asuntos Penales, Laborales y Contencioso-Administrativos, entre otras, por varias razones. Primero, porque no son informales, pues fueron creadas al amparo de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Segundo, porque su labor no ha interferido con la independencia del juez para resolver conforme a derecho cada uno de los asuntos sometidos a su conocimiento. Tercero, porque en estas Comisiones intervienen los propios jueces, algunas veces como miembros de pleno derecho, otras como auxiliares y asesores, realizando una necesaria labor académica a la que recurren con frecuencia los propios jueces para obtener reglas generales y prácticas de procedimiento. Así por ejemplo, en la Comisión de Asuntos Penales son miembros permanentes y de pleno derecho el actual Presidente de la Asociación Costarricense de la Judicatura y el Coordinador de los Jueces de Juicio de San José, y ha sido integrada transitoriamente, durante varios años, incluso por varios de los jueces firmantes del manifiesto que aquí contestamos, sin que nunca haya constituido un instrumento de persecución contra nadie.
8. Señalan los jueces que la Corte ve con preocupación la censura que hace el Parlamento a algunas de sus decisiones, pero que esta “no tiene cuidado de hacer observaciones públicas al trabajo de otros jueces, con lo cual lesionan la independencia judicial”. En primer término no es la Corte la que ha ordenado publicar los resultados de las investigaciones hechas sobre el trabajo de los jueces; más bien creemos que son los propios medios de comunicación quienes los han recogido, por tratarse de asuntos públicos que a los ciudadanos les interesa conocer. En segundo lugar, las críticas del Parlamento han sido dirigidas principalmente contra decisiones de los jueces, no contra las de las Salas de la Corte, pero estimamos que también nos corresponde salir en defensa del Poder Judicial, ni entendemos cómo esto atente contra la independencia judicial.
9. En algún momento, al informarse la Corte de problemas puntuales sobre el funcionamiento de la Inspección Judicial, tomó, en ejercicio de un poder-deber inexcusable, varias determinaciones para enfrentarlos, y entre ellas el nombramiento de una Comisión cuyo único objeto era rendir un dictamen y proponer soluciones. En efecto, el dictamen se rindió y con esto concluyó su misión, es decir, en la actualidad ya esa Comisión no existe. Partiendo de esta

realidad, es lamentable que los jueces, públicamente, utilicen tales pretextos para atribuirle a la Corte una velada intervención en los procesos disciplinarios concretos.

La Corte, como ya lo dispuso en la sesión del pasado lunes 3 de abril del 2000, siempre ha estado y estará dispuesta a dirimir las controversias que se susciten, por la vía del diálogo, para lo cual ha iniciado los acercamientos correspondientes con ese fin, teniendo siempre como norte una mejor y más eficaz administración de justicia. A la vez expresa su satisfacción por la acogida que a tal iniciativa de diálogo ha manifestado la Asociación Costarricense de la Judicatura.

Introducción  
Capítulo Primero  
Capítulo Segundo  
Capítulo Tercero

**EL MERCOSUR**

**Licda. Viviana Martín Salazar**  
Abogada

Capítulo Segundo  
Capítulo Tercero  
Capítulo Cuarto  
Capítulo Quinto  
Capítulo Sexto  
Capítulo Séptimo  
Capítulo Octavo  
Capítulo Noveno  
Capítulo Décimo  
Capítulo Undécimo  
Capítulo Duodécimo  
Capítulo Decimotercero  
Capítulo Decimocuarto  
Capítulo Decimoquinto  
Capítulo Decimosexto  
Capítulo Decimoséptimo  
Capítulo Decimoctavo  
Capítulo Decimonoveno  
Capítulo Vigésimo  
Capítulo Vigésimo Primero  
Capítulo Vigésimo Segundo  
Capítulo Vigésimo Tercero  
Capítulo Vigésimo Cuarto  
Capítulo Vigésimo Quinto  
Capítulo Vigésimo Sexto  
Capítulo Vigésimo Séptimo  
Capítulo Vigésimo Octavo  
Capítulo Vigésimo Noveno  
Capítulo Vigésimo Décimo  
Capítulo Vigésimo Undécimo  
Capítulo Vigésimo Duodécimo  
Capítulo Vigésimo Decimotercero  
Capítulo Vigésimo Decimocuarto  
Capítulo Vigésimo Decimocuarto y último

Conclusiones  
Bibliografía



## SUMARIO:

Introducción

Título Primero:

Generalidades del MERCOSUR

Capítulo Primero:

Conceptos del MERCOSUR

Capítulo Segundo:

Reseña Histórica

1. A.L.A.L.C.
2. LA cuenca del Plata
3. El Tratado de Montevideo
4. La integración Argentina-Brasil

El Tratado de Asunción

Título Segundo:

Análisis del MERCOSUR

Capítulo Primero:

Objetivos del MERCOSUR

Capítulo Segundo:

Principios del MERCOSUR

Capítulo Tercero:

Naturaleza Jurídica

Capítulo Cuarto:

Estructura Orgánica

Título Tercero:

Situación actual del MERCOSUR

Conclusiones

Bibliografía

## INTRODUCCION

*"Abora que nos independizamos,  
debemos unirnos.  
Solo así vamos a dar sentido  
a la independencia nacional"*

SIMÓN BOLÍVAR

El MERCOSUR es un reflejo viviente de un proceso de globalización e internacionalización de la economía. Es el reflejo de una tendencia del mundo contemporáneo a materializar la conciencia de la población, en aras de pertenecer a un mismo pueblo; son los pasos a una integración social, económica, política, la cual se ve acompañada del avance de la revolución científico-tecnológica y de las comunicaciones, unificando espacios.

Pese a la voluntad integracionista latinoamericana, los procesos que se han dado hasta la creación del MERCOSUR en general han fracasado. El contexto internacional, las diversas realidades y necesidades nacionales o los mecanismos empleados fueron las causas de tales resultados. No fueron, sin embargo, en vano; han dejado una vasta experiencia aleccionadora y preparado el camino para su reedición en esta época en que la integración aparece como un ideal proclamado.<sup>(1)</sup>

Hoy en día nos enfrentamos ante una realidad en donde el gran mercado internacional constituye el eje principal de operaciones financieras, relegando a un segundo plano al mercado nacional y concluyentemente a los medianos y pequeños comerciantes.

La revalorización del espacio geográfico, el ablandamiento de los límites, el derrumbe del viejo concepto de frontera y una nueva noción de soberanía han hecho que la integración continental y más específicamente la regional, establezcan como objetivo prioritario, superando la división balcanizadora que sucedió al fin del período virreinal y redifiniéndola interdependencia y el concepto unitario latinoamericano; favorece ello, el nuevo escenario internacional, de

(1) Guardiola, Juan José. *El proceso de creación del Mercosur y otros procesos de integración regional en el área iberoamericana. Sus posibles influencias en el ámbito inmobiliario*, artículo publicado en el libro: **Estudios de Derecho Europeo Privado**, Madrid, España, 1994, p. 659.

distensión, formación de megabloques económicos, globalización y regionalización del comercio.<sup>(2)</sup>

Definitivamente, a partir de la segunda mitad del siglo que estamos viendo finalizar, se inicia una serie de cambios en el panorama de la comunidad internacional en toda su dimensión con el afianzamiento principalmente de la Unión Europea y del Nafta (North American Free Trade Agreement). El mundo se estructura en grandes bloques económicos con un gran poder político, económico y social, por lo que aquellos que quedan al margen del mismo, asumen el papel descrito por Prebisch en su teoría del centro y la periferia, en el cual los relegados de este mundo global nos les resta otra opción que la subordinación desproporcionada a los grandes imperios, lo que deviene en graves repercusiones en el estrato social.

En este marco, Uruguay, Paraguay, Brasil y Argentina iniciaron un camino de integración mediante la firma del acuerdo de constitución del Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

## TITULO I

### GENERALIDADES DEL MERCOSUR

#### CAPITULO I

##### CONCEPTO DEL MERCOSUR

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) es un espacio económico sin fronteras internas entre las Repúblicas de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, constituido con la firma del Tratado de Asunción, el 26 de Marzo de 1991. Con este Tratado no se creó un Mercado Común sino que se definió el objetivo de crearlo.

El MERCOSUR es un acuerdo subregional de integración de carácter intergubernamental celebrado en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), cuyo objetivo es la constitución de un Mercado Común y que en la actualidad ha alcanzado el grado de una unión aduanera imperfecta.

(2) Guardiola, Juan José, *op. cit.*, p. 631.

Hablamos de que se trata de una unión aduanera<sup>(3)</sup> imperfecta porque si bien el Tratado de Marras determinó la decisión de constituir un Mercado Común, lo cierto es que ese propósito solo ha sido parcialmente logrado. En efecto, los propósitos explicitados por el artículo 1º del Tratado han quedado en parte solo como decoración del mismo pues no han podido plasmarse totalmente en la realidad. Y lo hemos de comprender así porque un Mercado Común presupone una zona en la que las mercaderías, factores y personas pueden circular libremente, en la que existe un arancel externo común y además existe una política comercial común y coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales, y a la fecha aún no se ha logrado establecer esta estructura básica.

En el mismo orden de ideas, tampoco existe libre circulación de factores y personas, ni se ha avanzado mucho en la armonización de políticas macroeconómicas o en dotar de competencia suficiente a los órganos institucionales del MERCOSUR. Estamos refiriéndonos a uno de los mayores problemas que presenta: se trata de una dependencia enfermiza desde sus raíces a una voluntad política que no se está dando, por lo que un intento de creación de un mercado común se queda en tan solo una experiencia pretendida. Y es que supeditarse a la acción de los políticos representa el lidiar con una masa inescrupulosa de intereses, en donde el más fuerte es consecuentemente el más influyente y no por ello el más visionario en lo que a mercados comunes se refiere; por tanto, esa fuerza necesaria que requiere este intento internacional para su consolidación y expansión, no puede ceder ante aquellos que pretenden poner las reglas de juego a su servicio.

El MERCOSUR tiene como principales objetivos el desarrollo económico y la inserción internacional de los Estados Partes, a través de la ampliación de sus mercados nacionales y la consolidación de un gran bloque económico.

Para la concreción del MERCOSUR, el Tratado de Uruguay establece un programa flexible de liberación comercial entre los países miembros, un programa de coordinación de las políticas

(3) La unión aduanera consiste en una zona donde se pretende eliminar los derechos de aduana respecto a los productos originarios, mediante el establecimiento de un arancel aduanero común al comercio con terceros países; se trata de una política comercial común de los países miembros.

macroeconómicas que pretende un equilibrio intersectorial, un arancel externo común, regulación del comercio, y una reciprocidad de los derechos y obligaciones entre los Estados Partes.

Esta realidad de la integración, supone la conjunción de fenómenos de interacción e interdependencia entre los Estados en un mismo pie de igualdad. La misma se basa en un acto de voluntad soberana de cada uno de ellos, mediante el cual se transfiere parte de sus componentes o estructuras comunitarias, atendiendo a los intereses supremos de los pueblos que lo componen.<sup>(4)</sup> Precisamente queremos hacer notar que esta necesaria "igualdad" entre los Estados Parte no está aconteciendo en el mercado que nos atañe, sino que dichos Estados se han preocupado más por proteger sus mercados nacionales que integrar un solo mercado.

En función de los propósitos que se enuncian en el Tratado de Uruguay en su artículo 1, se perfila como grado de integración la unión económica, la cual no solo atiende a la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, sino también a la armonización de las políticas económicas nacionales. Todo ello nos instala ante el surgimiento de un nuevo Derecho comunitario, distinto a los tradicionales Derecho Internacional Público y Privado. Recordemos en tal sentido, el trascendental fallo pronunciado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea, en el caso "*Van Gend & Loos*", donde se declara que el Derecho comunitario goza de eficacia directa en todo su ámbito de aplicación territorial, con independencia de lo que establece el Derecho interno de los Estados Partes. Y por supuesto, ese Derecho comunitario, tiene supremacía sobre el Derecho interno, no pudiendo una legislación nacional oponerse a su contenido.<sup>(5)</sup>

## CAPITULO II

### RESEÑA HISTORICA

Varios fueron los escaños que integraron la plataforma que dio pie al MERCOSUR. A continuación proceremos a enunciarlos, con la intención de ubicarnos en sus raíces históricas.

(4) Lucas Sosa, Gualberto. *Cooperación judicial y soluciones de conflictos en el Mercosur*, artículo publicado en el libro: **Jornadas Nacionales de Derecho Procesal**. Editorial Universal. Uruguay, 1993, p. 232.

(5) Lucas Sosa, Gualberto, *op. cit.*, pp. 236-237.

### 1) A.L.A.L.C.

En el año 1958 se dio a conocer en Santiago de Chile un informe titulado "Bases para la formación del Mercado Regional Latinoamericano" y un año después se complementó este informe con recomendaciones acerca de la estructura y normas del Mercado Común Latinoamericano.

La idea de promover el intercambio intrarregional surgió entre los años 50 y 60, en el contexto de los trabajos de la CEPAL sobre la naturaleza del atraso relativo de los países latinoamericanos, y que inspiraban el llamado modelo de sustitución de importaciones. Es así como la instrumentación de esa idea se concretó en la creación, en 1960, de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), convertida en 1980 en Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).<sup>(6)</sup> No en vano, Mariano Gagliardo nos dice que el surgimiento del MERCOSUR es una derivación de los mecanismos y procedimientos previstos en la ALADI, con la finalidad de concretar los objetivos fundacionales mediante la instauración de un mercado económico supranacional.<sup>(7)</sup>

### 2) LA CUENCA DEL PLATA

Nos relata Miguel Angel Ekmerkdjian, que en el año de 1967, los ministerios de Relaciones Exteriores de Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay, firmaron una declaración en la ciudad de Buenos Aires, en la que expresan que es decisión de estos gobiernos llevar a cabo el estudio conjunto e integral de la Cuenca del Plata con miras a la realización de un programa de obras multinacionales, bilaterales y nacionales, útiles al progreso de la región, firmándose en abril de 1969, en la ciudad de Brasilia, el Tratado de la Cuenca del Plata, suscrito por estos cuatro países.<sup>(8)</sup>

De acuerdo con este Tratado, los países firmantes, persuadidos de que la acción mancomunada permitiría el desarrollo armónico y equilibrado así como el óptimo aprovechamiento de los grandes recursos

(6) Amorim, citado por Villegas, Carlos Gilberto. *Comercio Exterior y Crédito Documentario*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 14-15.

(7) Gangliano, Mariano. *Sociedades en el Mercosur*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 83.

(8) Ekmerkdjian, Miguel Angel. *Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 148.

naturales de la región, decidieron identificar las áreas de interés común y la realización de estudios, programas y obras necesarias con el fin de alcanzar dichos objetivos.

### 3) EL TRATADO DE MONTEVIDEO

En febrero de 1980, los cancilleres de Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Uruguay y el embajador de Perú en Buenos Aires y Montevideo suscribieron en Montevideo el Tratado que instituyó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (A.L.A.L.C.).

El Tratado de Montevideo lo que pretende es acelerar el proceso de desarrollo económico y social de estos pueblos, a fin de asegurar un mejor nivel de vida. De esta manera, impulsan el desarrollo de vínculos de solidaridad y cooperación con los otros países, promoviendo un proceso convergente que conduce al establecimiento de un mercado común regional.

### 4) LA INTEGRACION ARGENTINA-BRASIL

Con el hecho histórico que representó la Declaración de Iguazú de 1985, el Acta para la Integración Argentino-Brasileña y los progresos del Programa de Integración y Cooperación Económica de 1986, el Acta de Amistad Argentino-Brasileña de Democracia, Paz y Desarrollo de 1986, y la necesidad de consolidar definitivamente el proceso de integración económica entre las dos naciones, se suscribe el Tratado de integración, cooperación y desarrollo entre ambas naciones en el año 1988.

El enorme peso de la deuda externa contraída en años anteriores, la falta de nuevos créditos, la necesidad de hacer grandes inversiones para modernizarse y para competir en el mundo, llevó a comprender a estos dos países que este proceso de reconversión y expansión tendría más ventajas si era encarado en forma conjunta. Es de esta manera como gracias a que los presidentes Raúl Alfonsín de Argentina y José Sarney de Brasil al haber firmado una serie de acuerdos que dieron origen al Programa de Integración y Cooperación Económica Argentina-Brasil (P.I.C.E.), y que los nuevos gobiernos de Carlos Menem y de Fernando Collor de Mello decidieron a su vez aplicar el P.I.C.E. se dio origen al MERCOSUR, instituido por el tratado de Asunción. El gobierno uruguayo de Lacalle decidió adherir a esta propuesta y la sustitución de la dictadura de Stroessner por el régimen transicional del Gral. Rodríguez favoreció la incorporación de Paraguay.

En ese sentido los acuerdos de Argentina-Brasil, que juntos representan el 95% de la influencia dentro de lo que desde 1990 es el MERCOSUR, fueron pioneros de lo que se denomina regionalismo abierto, es decir integrarse para, a su vez, relacionarse mejor con la economía internacional.<sup>(9)</sup>

### EL TRATADO DE ASUNCION

Este Tratado fue firmado en Asunción el 26 de Marzo de 1991. La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, considerando que la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social, y que ese objetivo debía ser alcanzado mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las intoxicaciones físicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía, con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio, es que decidieron constituir un Mercado Común, que debía estar conformado al 31 de diciembre de 1994.<sup>(10)</sup>

Tal y como está diseñado este Tratado, tan sorprendentemente escueto y que necesariamente requiere del soporte externo de otros Anexos para su interpretación y puesta en marcha, nos hace incurrir en el pensamiento que desde su inicio quizá pecó con síntomas de precipitación y por qué no, de ser un panfleto alusivo a una mera integración económica en lugar de un osado mercado común. Difícilmente podemos extraer del mismo los instrumentos necesarios para que se logre la integración política entre los Estados parte, punto de apoyo indispensable para que se forje esta integración económica querida.

A partir de allí y en sucesivas reuniones se fueron firmando diversos Protocolos Sectoriales que abarcaron tres grandes campos: 1) El del aumento del comercio, reduciendo impuestos y comprometiendo abastecimiento; 2) El de la reconversión industrial conjunta de industrias existentes como el de los sectores de producción de máquinas, el de

(9) Internet: [www.comex.go.cr](http://www.comex.go.cr).

(10) *Tratado de Asunción*, firmado el 26 de marzo de 1991.

automotores o el de siderurgia. Así como el carbón y el acero fueron en los años 50' los sectores claves de la integración europea, las industrias de producción de máquinas y equipamiento fueron elegidos como el núcleo de esta nueva integración; y 3) El de desarrollo de sectores nuevos o incipientes como el de la informática, biotecnología, comunicaciones o de colaboración en materia de uso pacífico de la energía nuclear.<sup>(11)</sup>

El mercado común europeo constituye el antecedente más importante como ejemplo de logros y de dificultades.<sup>(12)</sup> La idea de un mercado común en la actualidad difiere de los modelos anteriores, porque su objetivo es superar las condiciones de competencia de la región frente a la redimensión del comercio internacional. Se trata de las llamadas ventajas competitivas, atinentes a los países de la región que estarán subordinadas a las condiciones políticas, jurídicas y organizativas más acordes para lograr los mejores resultados empresarios, que reanudarán en beneficios para la región.<sup>(13)</sup> Y, precisamente, por este motivo es que el mercado común europeo constituyó la inspiración del MERCOSUR.

## TITULO II

### ANALISIS DEL MERCOSUR

#### CAPITULO I

### OBJETIVOS DEL MERCOSUR

El objetivo básico del Mercado Común es el de aumentar el grado de eficiencia y competitividad de las economías involucradas, ampliando

(11) Internet: [www.comex.go.cr](http://www.comex.go.cr).

(12) Es importante resaltar que una de las diferencias más evidentes entre el Tratado del MERCOSUR y el Tratado de Roma es en aquél no se alude de manera expresa a la libre circulación de capitales, sino como simplemente un elemento coordinador de los factores productivos.

(13) Gómez Segade, José A. *La Legislación comunitaria europea en materia de propiedad intelectual y el Mercosur*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, p. 733.

las actuales dimensiones de sus mercados y acelerando su desarrollo económico mediante el aprovechamiento eficaz de los recursos disponibles. No obstante, nos detendremos tal y como no lo sugiere el artículo 1 del Tratado de Asunción, en cada uno de sus objetivos trazados.

#### A) La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países miembros

Para obtener este propósito, se propone la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente.

#### B) El establecimiento de un arancel externo común

Esta medida pretende favorecer la competitividad externa de los cuatro Estados firmantes. Por su naturaleza, este tema ha acarreado innumerables dificultades dentro del proceso del MERCOSUR.

Con base en el Anexo denominado "Consolidación de la Unión Aduanera y Tránsito al Mercado Común. Agenda y Cronograma de Tareas", se establecen los requisitos mínimos para la puesta en funcionamiento de la Unión Aduanera, entre otros: a) Reglas de origen<sup>(14)</sup> a productos excepcionados al arancel externo común; b) Restricciones no arancelarias; c) Defensa contra prácticas desleales por importaciones provenientes de terceros países; d) Régimen de salvaguardias<sup>(15)</sup> frente a terceros países; e) Zonas aduaneras especiales; f) Instrumentación y

(14) En un proceso de integración el régimen de origen se aplica para exigir que los beneficios de las rebajas arancelarias que se conceden entre un grupo de países sea efectivamente a productos elaborados en cada uno de ellos y no sean productos importados de extra zona para ser reexportados en la región. Con este instrumento se trata de impedir que se importen bienes vía un país socio con aranceles bajos y aprovechando las preferencias arancelarias, se exporten a otro país con aranceles altos.

(15) Constituyeron un régimen de excepción, contenidas en el Anexo IV hasta el año de 1994. Si las importaciones de determinado producto proveniente de los E.P. causaban daño o amenaza de daño grave a su mercado, como consecuencia de un sensible aumento de las importaciones de ese producto en un corto período, el país importador solicitaba al Grupo Mercado Común la realización de consultas a fin de

aplicación del arancel externo común; g) Reglamento de defensa de la competencia; h) Régimen de defensa del consumidor; i) Mecanismos de coordinación de políticas cambiarias; etc.<sup>(16)</sup>

**C) La adopción de una política comercial común en relación con terceros Estados o agrupaciones de Estados**

Es precisamente este objetivo el que da sustento y sentido al proceso procurado de integración.

**D) La coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales**

La búsqueda de este objetivo deviene en la unidad de criterios necesaria con la que se debe contar en los términos de un mercado común.

**E) La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados parte**

Necesariamente debe el mercado común buscar coordinar dichas políticas, sobre todo si tomamos en cuenta las grandes diferencias existentes entre las economías de los países participantes debido a sus también diferentes características de sus entornos sociales. Pretender caminar al unísono en un mismo mercado, requiere de la puesta en marcha de una serie de criterios que desemboquen precisamente en un hilo conductor que organice estas políticas económicas.

**F) El compromiso de los Estados partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes**

Este compromiso procura el fortalecimiento del proceso de integración. Ciertamente, no podemos pretender que un mercado común

---

eliminar esa situación. El pedido del país importador debía ser acompañado de una declaración pormenorizada de los hechos, razones y justificativos. El Grupo debía iniciar las consultas en un plazo máximo de 10 días corridos a partir de la presentación del pedido, debiendo tomar decisión al respecto dentro de los 20 días de la inicialización.

(16) Ekmekdjian, Miguel Angel, *op. cit.*, pp. 195-196.

pueda marchar al son de una armonía entre Ordenamientos jurídicos nacionales. Se requiere, sin duda alguna, de una normativa comunitaria que establezca los lineamientos a seguir, que marque las directrices del mercado común, de lo contrario estamos frente ante una pretensión hechiza a nivel interna y no, lo que se quiso crear en el Tratado, es decir, una comunidad económica internacional.

CAPITULO II

**PRINCIPIOS DEL MERCOSUR**

De la parte introductoria del Tratado de Asunción, nos abocamos a trasladar los diferentes principios regidores del Mercado Común del Sur apoyándonos en parte a los conceptos sugeridos por Gustavo Pinard.<sup>(17)</sup>

**A) Reciprocidad:** Está referido a la similitud de las contraprestaciones y su exigibilidad es la base de los contratos sinalagmáticos del Derecho privado. Estamos hablando de un tratamiento igual o equivalente. **B) Gradualidad:** El Tratado evitará crear distorsiones económicas graves, adaptándose a los intereses en juego; es decir, no existirán medidas drásticas, debiendo realizarse su construcción en etapas sucesivas de intensidad creciente. **C) Flexibilidad:** Permite reconocer situaciones especiales que autoricen el retiro circunstancial y excepcional de las ventajas acordadas. **D) Equilibrio:** Significa que los beneficios del Tratado deben permitir un desarrollo armónico entre los países firmantes, sin que un grave perjuicio pueda derivarse de ellos para un Estado particular.

CAPITULO III

**NATURALEZA JURIDICA**

Tomando como punto de partida el Protocolo de Ouro Preto, adicional al Tratado, en sus artículos 34, 35 y 37, en donde se dispone la creación de una estructura institucional del MERCOSUR, es que afirmamos que el mismo tiene personería jurídica del Derecho Internacional, por lo que puede practicar todos los actos necesarios para

---

(17) Pinard, Gustavo. *Los Derechos Humanos en las Constituciones del Mercosur*. Ediciones Ciudad, Argentina, 1996, pp. 61-62.

la realización de sus objetivos, en especial contratar, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles, comparecer en juicio, conservar fondos y hacer transferencias. Deberá celebrar acuerdos de sede y sus decisiones serán tomadas por consenso con la presencia de todos los Estados Partes, por lo que podemos afirmar que se trata de un sujeto de Derecho.

No obstante, que a pesar de que se nos hable de un tal sujeto de Derecho, no existe supranacionalidad<sup>(18)</sup> estructural ni jurisdiccional, las decisiones son por consenso, la iniciativa descansa en los órganos políticos de los países y las decisiones no son de aplicación directa, nos enfrentamos entonces ante un cascarón embellecido por fuera, pero carente de lo fundamental para poder operar como "sujeto de Derecho".

Esta es otra de las inconsistencias con las que nos enfrentamos del MERCOSUR; no basta con sugerir que se posee personalidad jurídica, si de los mismos perfiles legales se nos obliga a acudir a los órganos políticos nacionales, a las estructuras nacionales, ante la carencia de una creación de Derecho comunitario indispensable. Por tanto, al tratarse de una estructura que no goza de permanencia, y con capacidad limitada, nos cuestionaremos si realmente por el simple de hecho de atribuírsele personalidad jurídica en un papel, esté en la capacidad para desempeñarse en la actualidad como tal: creemos que no, en realidad esta pretensión internacional no tiene las bases jurídicas suficientes para ostentar semejante categoría.

#### CAPITULO IV

##### ESTRUCTURA ORGANICA

El MERCOSUR se gobierna bajo el sistema en el cual los países designan representantes que actúan regularmente siguiendo instrucciones gubernamentales. En lo que respecta a los órganos institucionales, el MERCOSUR tiene diversos niveles de decisión de carácter presidencial, ministerial o técnico según la naturaleza de los problemas a tratar. Cada país aplica en las deliberaciones su estrategia nacional en defensa de sus intereses propios, procurando asimismo impulsar la empresa común, el

(18) Una organización supranacional existe cuando un grupo de países decide ceder parte de su soberanía en una institución, y sus decisiones serán obligatorias para todos los países por igual, sin requerir de ninguna instancia nacional para su puesta en vigencia.

concepto de desarrollar y fortalecer los principios contenidos en el Tratado de Asunción y los diferentes Protocolos o Anexos.

**1) El Consejo del Mercado Común** es el órgano superior del Mercado Común, correspondiéndole la conducción y toma de decisiones del proceso de integración que aseguran el cumplimiento de los objetivos establecidos con el fin de alcanzar la constitución final del mismo. Está integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y los Ministros de Economía de los Estados Parte. **2) El Grupo Mercado Común** que es el órgano ejecutivo de las decisiones adoptadas por el Consejo. Está integrado por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por país, que representen a los siguientes organismos públicos: Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Economía o sus equivalentes, y el Banco Central. Resulta necesario que este Grupo se configure como órgano permanente, dotado de independencia respecto de los países miembros, y ser un poco más reducido que el actual (compuesto por 16 miembros). Este Grupo carece de una voluntad orgánica imparcial, hallándose limitada la actuación de los representantes de los gobiernos por los mandatos o instrucciones que reciban; así la iniciativa queda diluida por la dependencia jerárquica.<sup>(19)</sup> **3) La Comisión de Comercio** del MERCOSUR, que es el órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común, y le compete específicamente velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común. **4) La Comisión Parlamentaria Conjunta**, que es el órgano representativo de los parlamentos de los países del MERCOSUR. Tiene a su cargo estudiar los proyectos de Acuerdos Específicos negociados por los Estados antes de su envío a los respectivos congresos y realizar recomendaciones a los Poderes Ejecutivos. **5) El Foro Consultivo Económico y Social**, que es el órgano de representación de los Sectores económicos y sociales y está integrado por igual número de representantes de cada Estado parte. Tendrá función consultiva y se manifestará mediante Recomendaciones al Grupo Mercado Común. **6) La Secretaría Administrativa** del MERCOSUR, que es el órgano de apoyo operativo y responsable de la prestación de servicios a los demás órganos del MERCOSUR, con sede permanente en la ciudad de Montevideo.

(19) Cassagne, Juan Carlos. *Estudios de Derecho Público*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1995, pp. 205-206.

**SITUACION ACTUAL DEL MERCOSUR**

El MERCOSUR desde el primero de enero de 1995 se encuentra en un grado de integración llamado Unión Aduanera. Ocurre que este mecanismo supone que los Estados Partes eliminan todas las trabas arancelarias y parancelarias al comercio recíproco y adoptan un arancel externo común<sup>(20)</sup> frente a terceros países. No obstante este deber ser, esta figura no está, en la actualidad, plenamente vigente. Los Estados Partes del MERCOSUR negociaron lo que se dio a llamar un Régimen de Adecuación por el cual algunos productos en el comercio entre los cuatro países por un tiempo continuarán pagando aranceles, reduciéndose en forma automática y lineal. La meta es que no existan aranceles entre los Estados partes del MERCOSUR y los productos que se importen de terceros países paguen todos el mismo arancel externo común, ya sea que se introduzcan por las fronteras de Argentina, Brasil, Paraguay o Uruguay. De acuerdo con lo negociado por los países, la Unión Aduanera tendrá plena vigencia el 1º de enero del 2006.<sup>(21)</sup>

La realidad apunta a que el individualismo de cada uno de los Estados Parte y de Chile como Estado socio ha contribuido al debilitamiento del Mercado Común del Sur, amenazando su expansión a un área de libre comercio. Los gobiernos argumentan que las primeras etapas de la integración requieren de negociaciones complejas y se niegan a reconocer que los intereses nacionales prevalecen sobre las metas del bloque.<sup>(22)</sup>

Lo anterior ha marcado una tendencia a volver a los Tratados bilaterales entre los Estados Parte, evidenciando esa falta de voluntad política a la que nos hemos venido refiriendo y la escasa plataforma requerida para poner en marcha un mercado común. En fin, se trata de una ausencia de pensamiento de bloque frente a lo que cada Estado

(20) La conformación de un Mercado Común, a diferencia de una zona de libre comercio, incluye la adopción de un Arancel Externo Común (AEC) frente a terceros países. Es indispensable para ello tomar como referencia al país que menor arancel aplicaba.

(21) Internet: [www.comex.go.cr](http://www.comex.go.cr).

(22) **La Nación**, 3 de mayo de 1999.

quiere proteger y asegurarse, que no es otra cosa que sus propios mercados nacionales.

Otro de los motivos que han provocado este debilitamiento es la devaluación del real brasileño. La situación económica que está atravesando Brasil desde enero de este año afecta necesariamente a todo el MERCOSUR de una manera directa, pues desestabiliza las economías de los Estados Parte.

Las medidas proteccionistas que han adoptado los integrantes de este mercado común para darle cobertura a sus propios mercados nacionales, sin duda alguna se han convertido en un entramamiento estorboso para su expansión.

La efectividad de este proceso iniciado por el Tratado de Asunción dependerá de una estabilidad política y económica de los Estados Partes, factores ausentes tanto en Brasil como en Argentina.

Finalmente, las frecuentes disputas comerciales entre los integrantes del MERCOSUR han minado los esfuerzos comunes para traducir los objetivos contenidos en el Tratado de Asunción en hechos reales y convenientes para todos ellos.

**CONCLUSIONES**

No nos oponemos a los esfuerzos que conllevan estos procesos económicos de un mundo unificado. El problema lo encontramos cuando en función de esta modernización nos enfrentamos ante prácticas desintegradoras de las economías nacionales, perjudicando evidentemente a aquellos que con sus esfuerzos no logran salir adelante sin el apoyo necesario de un Estado, de cuya naturaleza se extrae su misión de procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza, tal y como reza el artículo 50 de nuestra Constitución Política.

De hecho, el MERCOSUR sin duda ha producido contracciones y reconversión de algunos sectores; se han debido tomar medidas necesarias a fin de minimizar los costos sociales de la transición, facilitar la movilidad de factores, disponer de políticas de ingresos, etc., con el fin de no verse afectadas mayormente las economías nacionales de sus miembros parte.



Nos enfrentamos ante un nuevo escenario internacional matizado por las grandes transformaciones acaecidas en las décadas de los setenta y ochenta; han entrado a escena la caída del imperio soviético y la liberalización política y económica de los países del Este, modificando de esta manera las tendencias de antaño que pretendían el fortalecimiento económico de las naciones aisladas, para introducirnos más bien dentro de un fenómeno colectivo de mundialización.

Es innegable que la conformación de un mercado común permite aprovechar las ventajas comparativas y derivadas de diferentes dotaciones relativas de factores y de las diferentes necesidades relativas de materias primas para producir cada bien; que al establecerse el libre comercio interno se induce a la especialización y se permite el aumento de la eficiencia; que tenemos más acceso a mayor variedad de bienes finales a disposición de los consumidores, lo que representa un incremento en su bienestar; mayor competencia que implica, entre otras cosas, mayor calidad de los bienes y servicios ofrecidos, menores precios y una asignación de recursos más eficiente; no obstante, ello no nos puede llevar a sacrificar lo que nos ilustra el artículo 29 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en el sentido en que los Estados miembros, inspirados en los principios de solidaridad y cooperación interamericana, se comprometen a aunar esfuerzos para lograr que impere la justicia social en el Continente y para que sus pueblos alcancen un desarrollo económico, dinámico y armónico, como condiciones indispensables para la paz y la seguridad. No por desear alcanzar mayor bienestar podemos olvidarnos de principios incuestionables dentro de nuestra vida en sociedad como lo son la solidaridad, cooperación y justicia social.

Hasta ahora, el Tratado parece ser un producto exclusivo de economistas y se advierte cierto desdén por el aporte jurídico, en especial el proveniente del Derecho comunitario comparado, el cual no configura Derecho internacional, sino principalmente, Derecho interno tanto de la Comunidad como de los Estados Partes. De esta manera, difícilmente el Tratado será operativo, ya que sin órganos comunes, ni reglas efectivas y sin tribunales que las apliquen, pronto se convertirá en letra muerta, o a lo sumo, en un mero antecedente hacia una futura integración comunitaria. Creemos que el proceso debió ser precisamente el inverso, tal y como lo demuestra la experiencia del Derecho comunitario europeo.<sup>(23)</sup>

(23) Cassagne, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 189.

La integración de América Latina no puede ser analizada aisladamente; tiene una historia, y se da en un continente donde ha sido constante el ejercicio del dominio de las distintas potencias a través de sus diversas etapas (España, Estados Unidos) y en el que los vínculos entre los países están dificultados por guerras pasadas. Por lo tanto, pretender, como lo están haciendo los neoliberales con estos modelos de economías centrípetas, absorbentes y dominantes, repetir nuestra historia y adecuar un sistema que tiende a la relación desigual, implicará sin lugar a dudas, una sociedad desintegrada que cedió su espacio nacional en aras de las políticas modernas de mundialización.

## BIBLIOGRAFIA

1. Amorim citado por Villegas, Carlos Gilberto. *Comercio Exterior y Crédito Documentario*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993.
2. Cassagne, Juan Carlos. *Estudios de Derecho Público*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995.
3. Ekmekdjian, Miguel Angel. *Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 148.
4. Gagliano, Mariano. *Sociedades en el Mercosur*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1996.
5. Gómez Segade, José A. *La Legislación comunitaria europea en materia de propiedad intelectual y el Mercosur*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina.
6. Guardiola, Juan José. *El proceso de creación del Mercosur y otros procesos de integración regional en el área iberoamericana. Sus posibles influencias en el ámbito inmobiliario*, artículo publicado en el libro: **Estudios de Derecho Privado**. Madrid, España, 1994.
7. Internet: [www.comex.go.cr](http://www.comex.go.cr).
8. **La Nación**, 3 de mayo de 1999.
9. Lucas Sosa, Gualberto. *Cooperación judicial y soluciones de conflictos en el Mercosur*, artículo publicado en el libro: **Jornadas Nacionales de Derecho Procesal**. Editorial Universal, Uruguay, 1993.
10. Pinard, Gustavo. *Los Derechos Humanos en las Constituciones del Mercosur*. Ediciones Ciudad. Argentina, 1996. BLANCA

En el presente artículo se analiza el problema del testimonio no corroborado en el ámbito de la psicología forense. Se discute la importancia de este fenómeno en el proceso de la investigación y se plantea la necesidad de un abordaje multidisciplinario que integre las ciencias psicológicas, jurídicas y médicas. Se propone un modelo de intervención que permita identificar y tratar los factores psicológicos que afectan la fiabilidad del testimonio, así como proporcionar apoyo psicológico a las víctimas y testigos afectados.

Este artículo aborda el problema del testimonio no corroborado desde una perspectiva psicológica forense. Se discute la importancia de este fenómeno en el proceso de la investigación y se plantea la necesidad de un abordaje multidisciplinario que integre las ciencias psicológicas, jurídicas y médicas. Se propone un modelo de intervención que permita identificar y tratar los factores psicológicos que afectan la fiabilidad del testimonio, así como proporcionar apoyo psicológico a las víctimas y testigos afectados.

## EL PROBLEMA PSICOLOGICO DEL TESTIMONIO NO CORROBORADO

Licda. María Matamoros Peralta<sup>(1)</sup>  
 Abogada

(1) Licenciada en Derecho, actualmente en práctica privada. Dirija la correspondencia sobre este artículo a María Matamoros, apartado 606-1100, San José, Costa Rica.

## SUMARIO:

Abstract

Resumen

Generalidades en torno al testimonio

La valoración del testimonio

El problema del testimonio no corroborado

Valoración de la credibilidad del testigo u ofendido por parte del juzgador

Comentarios finales

Bibliografía

## ABSTRACT

In this paper I present the results of a study about Costarrican High Court Criminal Judges' use of certain fundamental cognitive strategies when assessing a witness' testimony, and the consequences of using those strategies when facing uncorroborated testimony of sexually molested children. The paper was organized in various sections. First, I address the general notion of eyewitness testimony and its intrinsic assessment difficulties. Second, I address the especial difficulties associated with the assessments of witness credibility in making guilty judgements based solely on the uncorroborated testimony of children in sexual abuse processions. Third, I propose a conceptual framework for understanding judges' reasoning strategies when assessing a witness testimony. Specifically, I propose that judges use a three-dimensional perceptual frame based on the perceived independence, consistency, and relevance of the available information. The use of such framework helps judges lower their uncertainty and associated anxiety through maximizing the informativeness of the available evidence. An especial case is made about the consequences of using such assessment framework when coping with the uncorroborated testimony in cases of sexual abuse. In such cases, judges face evidence lacking in independence and consistency information, causing them to base their decisions on relevance information alone. When the only relevance information is available to the judges, they tend to compensate the information deficit by introducing certain uncertainty-reducing arguments (e.g., "the nature of the crime") and/or ad hoc premises (e.g., "children never lie about sexual matters") in their reasoning processes. Finally, I present the results of a content analysis of a random selection of judges' written justifications (rationales) for their guilty judgments in sexual abuse cases in which children offered uncorroborated testimony. Results revealed judges' utilization of four basic justification strategies, named absence of rival hypotheses, fluidity of communication, perceived witness' intention, and appeal to the nature of the crime. Each justification strategy is described, exemplified with judges' actual statements, and critically analyzed. The central thesis of this paper is that judges cope with children's uncorroborated testimony by granting them, a priori, a substantial amount of credibility, assuming that what a child says is precise and true, unless evidence is presented to the contrary.

## RESUMEN

En este trabajo presento los resultados de una investigación sobre las estrategias que utilizan los jueces superiores penales en el proceso de valoración del testimonio, en general, y del testimonio no corroborado de menores ofendidos en causas de abusos deshonestos, en especial. El trabajo comienza con una serie de comentarios introductorios acerca del concepto de testimonio y de la problemática general de su valoración. Seguidamente presento las dificultades especiales que presenta la valoración del testimonio no corroborado en los delitos de abusos deshonestos, así como una propuesta teórica acerca de la naturaleza del esquema de razonamiento que utilizan los jueces superiores penales para valorar la confianza que les merece las distintas piezas de información que provienen de la prueba testimonial. Específicamente propongo que los jueces utilizan un proceso de razonamiento inductivo basado en los atributos perceptuales de la independencia, consistencia y relevancia de la masa de información a su disposición. En la parte final presento los resultados de una investigación basada en un análisis del contenido de las sentencias que emiten los jueces superiores penales en causas por delitos deshonestos. Los hallazgos revelaron cuatro estrategias básicas que utilizan los jueces para justificar determinaciones de culpabilidad basadas en el testimonio no corroborado de personas menores sexualmente ofendidas: ausencia de hipótesis rivales, estilo fluido al declarar, neutralidad de la intención y naturaleza del delito. El trabajo culmina con un análisis crítico de los resultados de la investigación.

## GENERALIDADES EN TORNO AL TESTIMONIO

*"Los testigos son los ojos y los oídos de la justicia"*

(JEREMÍAS BENTHAM)

**Concepto de testimonio.** En el ámbito penal, la prueba testimonial suele ser la más importante (Gorphe, 1985). "Podemos prescindir de la confesión y de los documentos; pero resulta bastante más difícil prescindir de testigos en cuantas ocasiones se quiere conocer cómo se han producido los hechos" (Gorphe, 1985, p. 291).

El testimonio es la declaración que emite una persona física (denominada testigo), con fines de prueba, sobre hechos que tuvo la oportunidad de presenciar y la posibilidad de percibir. La definición de testimonio exige una persona física porque las personas jurídicas carecen de existencia material. La definición también exige que el testigo haya percibido los hechos en disputa directamente mediante sus sentidos (*propriis sensibus*). Bajo esta definición, el testimonio de oídas no sería auténtico testimonio, porque viola el requisito de la intermediación sensorial. Para admitir el testimonio de oídas es necesario relajar la definición de testimonio excluyendo la exigencia de haber percibido directamente los hechos (*ex auditu alieno*).

El testimonio constituye lo que en la doctrina se llama una *declaración de conocimiento*; en ella se dice lo que se sabe, a diferencia de las declaraciones de voluntad o de sentimiento donde se dice lo que se quiere o lo que se siente.

**El testimonio de oídas.** Una de las condiciones de las que pende el valor probatorio de un testimonio consiste en que las declaraciones provengan de la misma fuente humana que presenció lo que se narra. El riesgo de la intermediación es la distorsión de lo dicho por la fuente primaria. Cuando el emisor de la información es una fuente secundaria, el receptor carece de certeza acerca de la fidelidad del canal por el cual recibe la información. Como dice Gorphe (1927), dicha intermediación puede darse en grados sucesivos de lejanía con la fuente primaria, aumentado también el riesgo de distorsión.

El testimonio de oídas es un testimonio *indirecto*, en el cual la fuente que declara no es la fuente primaria que presenció el evento (*ex auditu alieno*). El testimonio de oídas es un metatestimonio o testimonio acerca de otro testimonio. Cuando, a fuerza de pasar de un individuo a

otro, el testimonio pierde la posibilidad de identificar la fuente primaria, su contenido pasa a la categoría de *rumor*. Un testimonio cuyo sujeto es materialmente inexistente (nunca existió o ya falleció) o funcionalmente inexistente (su identidad no es localizable espaciotemporalmente) es un *seudotestimonio* (ej.: "dicen que fulano es un narcotraficante") y por lo tanto constituye rumor.

El Common Law es reacio a la admisión de testimonios indirectos. Una de sus pocas excepciones es el caso de un menor ofendido que manifiesta algo relevante en estado de exaltación (*rea gestae*), afectado por la vivencia de un hecho reciente, durante un examen médico, psicólogo o de otro profesional. Las declaraciones emitidas en estado de exaltación pueden ser recibidas como prueba mediante el testimonio del profesional que las escuchó. Estas afirmaciones derivan su credibilidad, no de la competencia del menor como testigo, sino más bien, de la fuerza de las circunstancias y por esa razón se utiliza aunque el menor se abstenga de declarar durante el debate. La presunción anterior se fundamenta en que no es el menor el que hace la manifestación, sino más bien es el evento mismo que habla a través del menor (Goodman, 1984).

## LA VALORACION DEL TESTIMONIO

El testimonio es un proceso de reconstrucción de acontecimientos pasados. Durante su recepción, el juzgador utiliza su propio lente al examinar el contenido de la declaración del testigo, quien a su vez utiliza el suyo para brindarle al juzgador su versión particular de los hechos. El arte de valorar un testimonio particular requiere del juzgador un conocimiento teórico de las fuerzas que pueden distorsionar el testimonio y de las condiciones bajo las cuales, en la práctica, dichas fuerzas ejercen su poder de distorsión. Con este arsenal en mano, el juzgador puede diagnosticar qué fuerzas pudieron haber estado operando en un caso concreto y, separando el grano de la paja, hacer las correcciones pertinentes a su propia reconstrucción de los hechos. Para lograr su objetivo de manera aceptable, el juzgador debe también poseer conocimientos acerca de su propio lente reconstructivo.

Durante el proceso de reconstrucción de los hechos, el juzgador es, en cierto sentido, juez (valorador) y parte (reconstructor de los hechos). Él o ella puede introducir sus propios sesgos en la reconstrucción de la versión del testigo. Por lo tanto, el juzgador necesita también de un conocimiento teórico de las fuerzas que pueden

distorsionar sus interpretaciones acerca de los factores que podrían alterar las versiones que brindan los testigos sobre los hechos que presenciaron. En síntesis, hay fuerzas que se interponen entre la percepción de los hechos por parte del testigo y su recuento de los mismos ante el juzgador. El testigo no es una *tabula rasa* sobre la que se escriben los hechos de su vida; el testigo tampoco es una grabadora de alta fidelidad que se limita a reproducir mecánicamente los contenidos de su memoria, como si existiese un isomorfismo entre su declaración y los hechos a los que se refiere. El testigo es un agente activo que construye su propia versión de "la realidad".

El juzgador tampoco es un agente pasivo, ni un sabio que tiene el poder especial de ver más allá de lo que ven otras personas. Al no tener acceso a lo recóndito de la mente y el corazón del testigo, el juzgador debe acudir a sus poderes racionales y su propia base de conocimientos para valorar el testimonio que escucha. Pero en dicho proceso, su propia persona es el lente o instrumento que utiliza y, para tener éxito, debe conocerse a sí mismo en un doble sentido: en tanto que persona humana corriente y en tanto que responsable del desempeño de un papel social. Metafóricamente hablando, el juzgador debe primero limpiar su propio lente para, una vez limpio, poder valorar con razonable "objetividad" el contenido de las declaraciones del testigo y del lente con las que éste mira los hechos.

A pesar de que el testimonio, como los demás medios de prueba, debe satisfacer el *principio de no contradicción*, el problema de su valoración, según Gorphe (1985), reside en que su análisis no se puede reducir a la perspectiva de sus vicios lógicos. En efecto, la posibilidad de la mentira hace que el testimonio pueda venir dolosamente falseado desde su base. Mientras que en el rumor el sujeto es inexistente, en la mentira el sujeto es ilusorio.

Otro de los problemas fundamentales del testimonio lo constituye la plétora de errores<sup>(2)</sup> de los que es susceptible (Gorphe, 1985). Debido a la naturaleza psicológica e interaccional del proceso de testimoniar, los errores pueden tener orígenes muy diversos y pueden ser acumulativos. En primer lugar, los errores pueden originarse antes de que la persona

(2) Gorphe (1927, 1985) se refiere sólo a los errores no intencionales del testigo, es decir, todas las distorsiones del testimonio por exclusión a la mentira. Aquí se omitió la noción de intencionalidad debido a que, en el caso de menores, y sobre todo en los de corta edad, la mentira puede

presenciara el hecho, como cuando el registro de la información es influido por estructuras mentales preexistentes (ej.: la previa inducción de estereotipos y prejuicios en el menor acerca de una persona a la que más tarde se le imputa un delito). En segundo lugar, los errores pueden producirse en el momento en que la persona percibe, codifica y almacena la información en memoria (ej.: escasa luminosidad en el momento de los acontecimientos; mala comprensión del evento sobre el cual versa el testimonio). En tercer lugar, durante la fase de retención los errores pueden ser el producto de la interacción entre la información originalmente almacenada en memoria y la información ulterior que recibe el testigo durante la fase de investigación (ej.: desinformación introducida en la memoria por procesos de sugestión) presiones ambientales sutiles o abiertas para que el testigo modifique su eventual declaración (ej.: presionar al menor para que se retracte y así evitar que la familia pierda apoyo económico; ofrecer incentivos al menor para que declare sesgadamente). Finalmente, el testimonio puede sufrir transformaciones emanadas del interrogatorio durante el debate (ej.: el abuso de preguntas dirigidas y de preguntas sugestivas; el uso manipulador de estrategias conversacionales y de estructuras lingüísticas que sobrepasan la capacidad de comprensión del menor).

### EL PROBLEMA DEL TESTIMONIO NO CORROBORADO

Gorphe (1985) propone que la prueba testimonial y la prueba indiciaria son complementarias: mientras que los indicios son difíciles de interpretar sin el auxilio de los testigos, los testimonios son muy difíciles de apreciar sin el auxilio de los indicios.

La interdependencia entre prueba testimonial y prueba indiciaria apunta al problema de la posible necesidad de corroboración del testimonio por evidencia externa al mismo. Es posible, comenta Dellepiane (1983), que el testimonio de una sola persona puede bastar para infundirnos, en la vida ordinaria, suficiente confianza en la existencia de un hecho. Sin embargo, en el ámbito judicial, el testimonio único siempre ha despertado recelos. Si hasta la misma confesión,

---

tener un significado diferente que en el del adulto. La tesis que se esgrime es que conforme la persona crece va desarrollando una metacognición: mientras ejecuta el acto de mentir tiene conciencia de ("sabe") lo que está haciendo y de lo que pretende lograr al manipular deliberadamente la representación de un hecho en la mente de su interlocutor.

efectuado por el presunto autor de un ilícito, nunca es tomada por su validez aparente, sin corroboración de los hechos confesados, ¿cómo evitar desconfiar del testimonio o deposición de un testigo falible?

Desde la antigüedad, la imposibilidad de corroborar al testimonio singular ha sido considerada un problema propio del testimonio, y de ahí la proverbial norma de desconfianza: *Testis unus, testis nullus*. Como lo observa Gorphe (1985), la regla inversa, que consistiría en concederle fe absoluta a la deposición acorde de dos testigos, constituye un paradigma de la negación de toda crítica. En una especie de *reductio ad absurdum*, Gorphe (1985) cita a Napoleón diciendo que "el testimonio de un hombre honrado no puede condenar a un bribón; ¡mientras que dos bribones pueden condenar a un hombre honrado!".

La pluralidad de testigos fue una exigencia del derecho romano (Digesto, libro XXII, tít. 5, f. 12, citado en Gorphe, 1927). En los albores de la independencia de Costa Rica, el Código de Carrillo de 1841, sólo otorgaba plena fe probatoria al testimonio conteste y conforme de dos testigos. En la actualidad el sistema procesal costarricense acepta, en el plano normativo y en la práctica, el testimonio no corroborado de un sólo testigo.

### Esquema de razonamiento para la valoración de la prueba.

La hipótesis que propongo en esta sección es que el esquema de razonamiento que utiliza el juzgador para valorar la prueba testimonial es el mismo que utiliza para valorar la prueba indiciaria o prueba de presunciones. La estructura dominante en la mente del juzgador la ejemplifica el razonamiento esencialmente inductivo para valorar la prueba indiciaria, la cual se valora de la siguiente manera: a partir de varios datos separados pero concordantes entre sí e importantes en relación con el fondo (hipótesis objeto de prueba), se obtiene por un proceso inductivo una conclusión. El razonamiento inductivo es fuerte o satisfactorio en la medida en que se base en información que satisface requisitos perceptuales de independencia, relevancia y consistencia. En primer lugar, las diferentes piezas de información deben ser percibidas como independientes unas de otras. Las piezas correlacionadas constituyen prueba redundante y no transmiten información, como sería tomar declaración dos veces a un mismo testigo y asumir que valen lo mismo que las declaraciones de dos testigos diferentes. En segundo lugar, las diferentes piezas de información deben ser percibidas como relevantes respecto del objeto de prueba. Por ejemplo, en una causa por abusos deshonestos, los síntomas que aparecen en la evaluación

psicológica de la ofendida se consideran más relevantes que el grado escolar que ésta cursa, y ambas situaciones más relevantes que la temperatura que hacía el día en que la ofendida fue abusada sexualmente. Finalmente, las diferentes piezas de información deben ser percibidas como un conjunto de piezas internamente consistentes. En otras palabras, todas las piezas de información deben tener como común denominador el ser compatibles con la hipótesis bajo consideración. Por ejemplo, el reporte médico sobre la condición física de la ofendida y la declaración de la ofendida de haber sido tocada en sus genitales no pueden contradecirse entre sí.

La "fe probatoria" asignada a un determinado conjunto de piezas de información es una función del grado en el que el juzgador reconoce en ellas atributos de independencia, relevancia y consistencia. Los atributos de independencia, relevancia y consistencia son dimensiones perceptualmente independientes, de manera que algunas piezas de información podrían ser percibidas como independientes y relevantes, pero no consistentes, otras podrían ser vistas como independientes y consistentes, pero no relevantes, y así sucesivamente.

**El razonamiento del juzgador ante el testimonio no corroborado.** El testimonio, en tanto que medio de prueba, también está sujeto al esquema de razonamiento antes propuesto para la prueba de presunciones, como lo demuestra la tradicional desconfianza en el testimonio de un único testigo y la necesidad de contrastar y validar la prueba testimonial con otros medios de prueba. El testimonio no corroborado es el que proviene de la declaración de un solo testigo, en ausencia de otro tipo de evidencia que permita constatar su veracidad. La validez del testimonio no corroborado depende de su propia consistencia interna y aparente veracidad. El testigo único que brinda testimonio no corroborado tiene en su palabra su único anclaje veritativo.

En términos del esquema de razonamiento antes propuesto, lo que sucede con el testimonio de un testigo único que brinda declaraciones no corroborables es lo siguiente: (a) todas las piezas de información provienen de una sola fuente, lo cual viola el principio de independencia, y (b) la carencia de pluralidad de fuentes (otros testigos y/o pruebas) imposibilita al juzgador para valorar la concordancia entre las mismas, lo cual viola el principio de consistencia. Como resultado de lo anterior, la valoración del juzgador queda reducida a un juicio de relevancia, ayudado, cuando el caso así lo requiera, por una presunción de independencia y consistencia. Pero, así como la consistencia en

ausencia de independencia es espúrea y constituye pseudoconsistencia (Loysel: "*voix d'un, voix de nun*"), la independencia sin consistencia constituye *seudoindependencia*, y destruye la noción de conjunto, dejando una serie de piezas de información aisladas e inconexas.

En este punto es necesario recordar que el juzgador está siempre bajo la presión de tener que decidir (no puede no decidir) sobre hechos que no conoce por su propia experiencia y que sus decisiones afectan gravemente la vida de otros seres humanos. Como consecuencia de todo esto, el proceso genera en él o ella una avidez de certeza. Mi hipótesis es que la avidez de certeza que experimenta el juzgador aumenta conforme aumentan las deficiencias perceptuales asociadas a un determinado conjunto de piezas de información. Cuando se viola uno o más atributos perceptuales en un determinado conjunto de piezas de información, la incerteza tiende a subsanarse mediante la invocación de *argumentos y/o premisas ad hoc* que desempeñan una función estabilizadora en la mente del juzgador. Los argumentos y/o las premisas ad hoc son introducidas como mecanismos compensatorios de la debilidad del razonamiento inductivo utilizado por el juzgador<sup>(3)</sup>. Por ejemplo, en el caso específico del testimonio de una persona menor sexualmente ofendida, la ausencia de corroboración se excusa apelando a argumentos tales como *la naturaleza intrínseca del delito de abusos deshonestos* (seudorazonamiento para justificar la ausencia de fuentes alternativas) o introduciendo premisas tales como que *las personas menores nunca mienten o las personas menores son sexualmente inocentes o las personas menores son incapaces de fabricar historias sexuales* (mecanismos cognoscitivos para justificar y apoyar una decisión basada únicamente en el atributo de relevancia).

Los argumentos y/o las premisas ad hoc no sólo sirven para fundamentar (justificar) una sentencia, sino que desempeñan un papel determinante en la valoración del testimonio durante el debate. Si se parte de premisas tales como que *las personas menores nunca mienten y menos cuando se trata de temas sexuales*, el juzgador tenderá a interpretar la conducta titubeante y contradictoria de un menor como resultado de las dificultades inherentes a este tipo de testimonio. Si se parte de argumentos como el de *la naturaleza intrínseca del delito de*

(3) Al juzgador le resulta muy difícil sustraerse del hecho de que para ciertos delitos la corroboración sea indispensable (ej., el arma homicida) y para otros sólo se cuente con la palabra de la persona ofendida.

obtener la conclusión deseada. Los procesos exitosos de prueba de hipótesis, tanto en el contexto científico como en el del diagnóstico médico, utilizan al comienzo un enfoque confirmatorio y cierran con un enfoque desconfirmatorio mediante el cual se examinan las anomalías y los cabos sueltos, con el resultado, en algunos casos, de una revisión de la hipótesis original. Lo que se denomina "ciencia patológica" son las instancias en que los científicos, fuertemente apegados a sus hipótesis, evitan activamente la recolección o el reconocimiento de datos que podrían desconfirmarlas (Rousseau, 1992). Por la manera en que los jueces costarricenses se aproximan a la valoración del testimonio no corroborado de una persona menor, asumiendo que escuchan la verdad de los hechos mientras no se demuestre lo contrario, corren el riesgo de lesionar los derechos del imputado, cuando éste es inocente, pues por la ausencia misma de evidencia extratestimonial, difícilmente tendrían acceso a evidencia que contradiga su hipótesis de partida. Sencillamente, bajo estas condiciones, la probabilidad de que demuestre lo contrario sería prácticamente nula.

**Estilo fluido al declarar.** Esta categoría implica que el juzgador pone atención a ciertos aspectos del estilo de comunicación con el que el menor emite sus declaraciones. Dichos aspectos tienen que ver con la impresión de seguridad, espontaneidad, naturalidad, claridad y sencillez narrativa del menor, al dar su declaración. Cuando el juzgador tiene la impresión de que la comunicación del menor posee dichos atributos, concluye que la declaración es, además de sincera, veraz o correcta, esto es, fiel y apegada a *los hechos*, como *objetivamente* ocurrieron.

He aquí algunos ejemplos:

"Narrado en la audiencia con gran espontaneidad y lujo de detalles, exhibiendo plena seguridad en la identificación del encartado que se produjo horas después"

"Se refirió a los hechos en forma sencilla"

"El Tribunal parte de la declaración del testigo, quien fue claro, espontáneo, no dejando lugar a dudas"

"El testigo ofendido fue claro al expresar que el atacante era cojo de un pie"

Mediante análisis etnográfico del comportamiento de testigos reales durante el juicio, Erickson, Lind, Johnson y O'Barr (1978) identificaron dos estilos fundamentales de comunicación. Un "estilo débil" que se caracteriza por el uso frecuente de intensificadores ("muy", "bastante", "buenísimo", "un poquito"), respuestas evasivas ("es como...", "yo creo", "yo pienso"), formalismos gramaticales (vocabulario y construcciones librescas no coloquiales), formas dubitativas ("talvez", "quien sabe", "puede ser"), gesticulación (acompañar con las manos lo que se está verbalizando), formas interrogativas (terminación de oraciones con entonación ascendente en contextos declarativos) y formas educadas ("si es tan amable", "por favor", "gracias"), y un "estilo fuerte" que se caracteriza por el uso poco frecuente de dichos rasgos. En una simulación experimental de un juicio, los autores encontraron que, en contraste con el testimonio emitido en un "estilo débil", al testimonio emitido en un "estilo fuerte" se le concede mayor credibilidad y al testigo que lo emite se lo considera más atractivo, resultando en una mayor aceptación de la sustancia contenida en su declaración. Estos resultados parecen sugerir que los testigos menores que emiten sus declaraciones de manera fluida, segura y espontánea ("estilo fuerte") serían más creíbles para los jueces que los que las emiten de manera torpe, insegura y vacilante ("estilo débil"). Debido a que, desde el punto de vista de sus capacidades cognoscitivas, las personas menores son consideradas menos competentes que las personas adultas, sus declaraciones reciben especial credibilidad cuando son emitidas en un "estilo fuerte", debido, presumiblemente, a que violan las expectativas de baja competencia de las personas menores (Ross, Dunning, Togliola y Ceci., 1990).

**Neutralidad de la intención.** Esta categoría implica que el juez interpreta la intención con que, presumiblemente, la persona menor emite su declaración. El juez trata de percibir si en la declaración hay señales ostensibles que le permitan inferir que la comunicación de la persona menor está dominada o sesgada por el odio, el resentimiento o los deseos de venganza contra el imputado. En ausencia de dichas señales, el juez interpreta la declaración de la persona menor, que generalmente es una persona ofendida, como una descripción desinteresada de acontecimientos y, en consecuencia, como una descripción sincera y correcta.

He aquí algunos ejemplos:

"No evidenció ánimo de ocultamiento o de disfrazar la realidad"



“...sin que se notara odio o venganza en sus narraciones”

“...no dejando lugar a dudas dada su exposición coherente y sincera”

“La menor..., a quien este Tribunal le da plena credibilidad, ha venido a relatarnos el suceso sin incurrir en contradicciones graves que nos hagan presumir que viene a perjudicar al acusado”

Existen varias razones por las cuales la presunción de los jueces de que pueden interpretar correctamente la intencionalidad del testigo resulta insostenible. En primer lugar, difícilmente podríamos pensar que la intención de causarle daño o perjuicio al imputado es generalmente verbalizada explícitamente por el testigo, al emitir su declaración. Lo anterior difícilmente podría ocurrir en la práctica o sólo podría ocurrir en el más grosero e ingenuo de los casos. Además, las manifestaciones abiertamente agresivas hacia el imputado podrían más bien tomarse como prueba positiva de que la persona que acusa sí fue realmente ofendida, y como tal se encuentra resentida y enojada. Por otra parte, tampoco podría pensarse que la ausencia de manifestaciones abiertamente agresivas o de expresiones verbales y no verbales que denoten animadversión hacia el imputado demuestran que la declaración no lleva mala intención.

Si la declaración no es abiertamente agresiva ni contiene mensajes explícitos en contra del imputado, la presunción de los jueces de poder interpretar (¡adivinar!) la intencionalidad del testigo presupone poderes especiales para discernir cuándo un testigo miente o, por el contrario, dice la verdad. Los resultados de muchos años de investigación psicológica sobre la capacidad de legos y expertos (incluyendo jueces y psiquiatras forenses) para detectar cuándo una persona miente o dice verdad han puesto en evidencia que dicha capacidad no sobrepasa en la inmensa mayoría de los casos el nivel esperado por azar (Ekman y O'Sullivan, 1991). Además, dichos estudios han demostrado ausencia de correlación entre lo buena que la persona se considera para detectar la mentira y su capacidad objetiva para detectarla, así como ausencia de correlación entre lo bien que cree haberse desempeñado en una tarea de detección de mentira y lo bien que realmente se desempeñó.

En el caso de los funcionarios costarricenses, incluyendo jueces, fiscales y defensores, la investigación de Matamoros (1997) reveló que

dichos funcionarios tienen una imagen excesivamente optimista de sus capacidades para detectar mentiras. En efecto, un 77.1% de los mismos se autoevaluó como bueno o muy bueno para detectar mentiras y el 91.4% manifestó que la observación es muy importante para detectar mentiras. Por otra parte, el 83.8% le otorgó “muchísima” o “mucho” importancia a la conducta del testigo durante el debate para efectos de determinar la credibilidad de sus declaraciones.

Antes de cerrar esta sección es necesario mencionar que en Costa Rica, conforme al espíritu de los tiempos, se viene poniendo en práctica el procedimiento de aislar a la persona menor ofendida del imputado mientras ésta declara y es interrogada durante el debate. Lo que se pretende al escudar a la persona menor ofendida es en primer lugar protegerla emocionalmente del impacto negativo que ella podría experimentar al tener que declarar enfrente de la persona que se presume su agresora. Además, también se argumenta que la declaración de la persona menor va a ser de mejor calidad sin el estrés que le produciría la presencia de la persona imputada. En su estudio sobre el valor del enfrentamiento directo del testigo e imputado, Montoya (1995) concluyó que el valor de la confrontación física directa no ha sido bien apreciado por la comunidad legal. La autora argumenta que la práctica de escudar a la persona ofendida lesiona el derecho de la persona acusada penalmente a presentar una defensa mediante la cual quiera legítimamente confrontar, cara a cara, a una persona menor testigo para demostrar que esta última reacciona sin temor ante su presencia y que su desenvolvimiento no refleja intimidación ni inhibición alguna. Dicha autora también sugiere la posibilidad de que la práctica de escudar puede facilitarle las cosas a la persona menor que declare preparada para mentir.

**Naturaleza del delito.** Debido a que la mayoría de las personas menores declaran en calidad de ofendidas por delitos sexuales, el juzgador tiende a hacer hincapié en la naturaleza excepcional de dicho tipo de delito, en tanto que delito perpetrado a solas con la víctima, muchas veces sin otra prueba que la misma declaración del menor que se presume ofendido. Como consecuencia, independientemente de otros factores que pudiesen caracterizar la declaración de una persona menor, el mero hecho de que esté declarando en calidad de ofendida sexual inclina al juzgador a compensar la injusta e intrínseca ausencia de corroboración con una actitud gratuitamente receptiva y crédula.

He aquí algunos ejemplos:

“La declaración de **la ofendida es determinante** pues los ofensores sexuales buscan momentos de intimidad para realizar el ataque”

“Este tipo de delitos difícilmente es cometido en presencia de terceros. Confrontada la declaración de la ofendida como principal elemento de prueba el Tribunal pudo apreciar **sin necesidad de sus manifestaciones...**”

“El testimonio de la ofendida tuvo mucho peso, fue la única prueba, ya que **por la naturaleza del delito de abusos deshonestos no se hace examen médico-legal**”

**Asimetría de credibilidad.** La actitud generalizada, adoptada por el juzgador hacia el menor testigo, sobre todo si se trata de un ofendido sexual, es la de otorgarle *prima facie* gran credibilidad. Se parte, posiblemente, de que los niños no mienten, sobre todo si se trata de temas sexuales, y se les escucha bajo la suposición de que ellos han sido, de hecho, víctimas de lo que narran. Debido a que en los delitos sexuales frecuentemente no hay otras pruebas que los corroboren, la actitud del juzgador es la de conferir gran credibilidad a las palabras del menor, en especial si éste habla con fluidez y seguridad, haciendo caso omiso de sus limitaciones expresivas y hasta algunas contradicciones en las que incurriese, buscándole interpretaciones benévolas a conductas que podrían ser igualmente indicativas de que el menor está mintiendo. El juzgador parece operar bajo la premisa de que si no hay información que lo contradiga de un modo ostensible, el testimonio del menor es verdadero. Es un encuentro asimétrico entre la palabra del menor *vis à vis* la del imputado. Mientras la palabra del menor tiene en sí su propio asidero, la del imputado debe encontrarlo más allá de la palabra misma. No hay neutralidad psicológica: al menor se le escucha desde el lugar de la víctima y al imputado desde el lugar del ofensor.

En el caso de los jueces costarricenses, sus comentarios indican claramente que le otorgan gran valor a las declaraciones emitidas en un “estilo fuerte”. Sin embargo, al valorar declaraciones emitidas en un “estilo débil” su actitud pro-víctima es tan fuerte que recurren a toda suerte de justificaciones para compensar la debilidad del testimonio. Las acotaciones siguientes ejemplifican la asimetría de credibilidad entre personas ofendidas y acusadas, el recurso a la naturaleza del delito como mecanismo para justificar la ausencia de corroboración y la interpretación benigna y favorable para las personas ofendidas por parte del juzgador:

“El Tribunal encuentra que la versión de la ofendida es creíble y sin contradicciones que hagan dudar de su veracidad, **no obstante de lo escueto del elenco probatorio**, resultando por el contrario que la versión que brindó el imputado sobre los hechos no tiene apoyo probatorio... Este tipo de delito difícilmente es cometido en presencia de terceros”.

“El tribunal parte de la declaración del ofendido... quien fue claro, espontáneo, no dejando lugar a dudas, dada su exposición coherente y sincera. Este **testigo único presencial, situación propia de los delitos sexuales**, es muy claro en señalar tres aspectos...”

“El testimonio de la ofendida **tuvo mucho peso, fue la única prueba**, ya que por la naturaleza del delito de abusos deshonestos no se hace examen médico-legal. **Se le concedió cita donde el psicólogo pero no asistió**”.

El fenómeno de la asimetría de credibilidad se hace aún más patente en aquellos casos en los cuales la persona menor emite sus declaraciones de una manera contradictoria, vaga o poco fluida. Las acotaciones siguientes ilustran los mecanismos mediante los cuales los jueces justifican las deficiencias de los testimonios emitidos en un “estilo débil”:

“La versión del imputado, considera el Tribunal, quedó totalmente desvirtuada con la declaración de la menor ofendida..., deposición que les mereció credibilidad a los juzgadores... **Si bien es cierto que la declaración de ella no fue fluida y en un inicio declaró que no la tocó...** Esta forma de declaración de la menor no indica en criterio de los juzgadores que la misma no sea veraz, sino obedece a **la baja escolaridad de la menor**, quien a pesar de su edad se encuentra cursando apenas el cuarto grado de primaria, unido a la **timidez manifiesta** y que se pudo apreciar en su manera de sentarse en la silla de los testigos, el tono de voz bajo en que respondía a las preguntas, haciéndolo sin mirar casi

al Tribunal y a las partes, pese a todo ello **en ningún momento manifestó animadversión contra el acusado**, lo que podría ser indicativo que estuviere mintiendo...”

**“Aunque casi balbuceando en virtud de su corta edad y en virtud del nerviosismo que le embargaba**, la niña refirió en el debate que... Así las cosas no contó el Tribunal con prueba alguna que desvirtuara lo narrado por la ofendida... y si bien la defensa pretendió restarle validez a toda la prueba testimonial evacuada en el debate, aseverando que todo se debe a una venganza, dicha afirmación no encuentra sustento alguno en el elenco probatorio supracitado”.

Ross et al. (1990) sugieren que la otra condición básica en la cual las declaraciones de las personas menores reciben gran credibilidad es cuando estas dependen más de la honestidad que de la competencia del testigo. Por su parte, Miller y Burgoon (1982) proponen que los juicios de credibilidad varían en función del grado en que se perciba al testigo como competente y digno de confianza (sincero). En los estudios experimentales, los jurados tienden a percibir a las personas menores como poco competentes (escasas destrezas cognoscitivas y más sugestionables) y a la vez confiables (honestas y sinceras) (Goodman, Golding, Helgeson, Haith y Michelli, 1987). Tanto los hallazgos experimentales como las encuestas apoyan la tesis de que las personas menores son consideradas más honestas y sinceras pero menos competentes que las personas adultas (Goodman et al, 1987; Leippe y Romanczyk, 1987, 1989; Leippe et al., 1989; Yarmey y Jones, 1983). En los estudios experimentales los jurados le atribuirían credibilidad a las personas menores por ser percibidas como honestas y al mismo tiempo carentes de las competencias cognoscitivas relevantes tales como conocimiento sexual sofisticado. Presumiblemente, las personas adultas mantienen el estereotipo de que las personas menores que nunca han sido sexualmente abusadas carecen del conocimiento necesario para inventar o imaginar ciertos escenarios o interacciones sexuales y, consecuentemente, el hecho mismo de que una persona menor sea capaz de describir ciertos encuentros sexuales se convierte en una prueba positiva de la veracidad del abuso (Bottoms, 1993; Bottoms, & Goodman, 1994; Goodman, Bottoms, Hercovici, & Shaver, 1989).

En el caso de los jueces costarricenses, los ejemplos anteriores y trasanteriores ponen en evidencia la tesis de Ross et al. (1990) de que los juicios de credibilidad se nutren de la impresión que les causa una persona menor declarando en un “estilo fuerte”. Erickson et al. (1978) sugieren que el efecto del “estilo fuerte” posiblemente obedezca a que el modo directo y simple en que la información es comunicada hace que el receptor de la misma se centre más en el mensaje que en las características personales del emisor, lo cual conduce a la aceptación de la información transmitida en términos de su consistencia interna, mientras que el “estilo débil”, debido a su estructura más compleja y personal, inclina al receptor de la información a considerar las características personales del emisor de las declaraciones, como precondition para la aceptación de la información. En el caso particular de los jueces costarricenses, la credibilidad de la personas menores no disminuye cuando sus declaraciones son emitidas en un “estilo débil”, pues en dicho caso los jueces tienden a excusar sus limitaciones atribuyéndolas a factores circunstanciales tales como el natural nerviosismo y la baja escolaridad, a factores de personalidad tales como la timidez y a limitaciones propias de su escaso desarrollo. Esto parece indicar que, en el caso de las personas menores que declaran en un “estilo débil”, los jueces costarricenses efectivamente consideran las características de la fuente del mensaje para fundamentar sus juicios de credibilidad. Sin embargo, en ninguna circunstancia las deficiencias percibidas en la declaración, incluyendo las contradicciones, hacen dudar de la veracidad del testimonio de la persona menor sexualmente ofendida. Para los jueces, “la verdad” se abre paso a través de las incompetencias de la persona menor. Posiblemente, el estereotipo de la ingenuidad sexual es tan fuerte que bloquea cualquier interpretación negativa de las deficiencias manifiestas en la declaración de la persona menor. Otra posible interpretación es que los jueces escuchan a la persona menor ofendida bajo el influjo del temor a revictimizarlas al poner en tela de juicio su único instrumento de reivindicación: su palabra.

## COMENTARIOS FINALES

Los dos problemas claves del testimonio de personas menores son la sugestionabilidad y credibilidad<sup>(5)</sup>. Mientras que el problema de la sugestionabilidad se refiere a todas las maneras en las que es posible

(5) Aunque estos problemas no son exclusivos del testimonio de personas menores, sí son especialmente agudos en causas por abusos deshonestos en las cuales no existe posibilidad de corroboración.

modificar la veracidad y exactitud de las declaraciones del testigo, el de la credibilidad abarca los procesos mediante los cuales juzgadores le atribuyen memorias verídicas y precisas al testigo. Los problemas de la sugestionabilidad y credibilidad constituyen retos especiales del testimonio no corroborado que proviene de personas menores. Los delitos sexuales, sobretudo el delito de abusos deshonestos, son delitos perpetrados generalmente contra personas de muy corta edad, muchas de las cuales aún no poseen la madurez cognoscitiva y lingüística para reportarlos adecuadamente. Los resultados de la presente investigación con jueces superiores penales costarricenses ponen en evidencia que éstos han tratado de enfrentar los retos de la sugestionabilidad y la credibilidad otorgándole validez a priori a la palabra del ofendido u ofendida menor y/o recurriendo a una serie de premisas ad hoc para compensar la debilidad de sus inferencias inductivas. La dependencia excesiva en la palabra de la persona menor hace incurrir a los juzgadores en una suerte de exaltación de la misma. Este fenómeno de exaltación de la palabra de la persona menor se refleja en una sobreestimación de las capacidades de los juzgadores para valorar con exactitud su veracidad, precisión e intención a través de aspectos lingüísticos y paralingüísticos de la comunicación durante el debate.

Nuestro Sistema penal está basado en el principio de inocencia: a la persona acusada de algún delito se la supone inocente y se la trata como tal hasta que no se demuestre lo contrario. Aún en los casos en que exista duda razonable sobre la responsabilidad de la persona imputada, el ordenamiento le otorga el beneficio de la duda. El problema del abuso sexual es un problema social de aparente magnitud epidémica. En la presente coyuntura histórica, nuestro ordenamiento tendrá que darle una respuesta jurídica y procesal a dicho problema, sin perder de vista el principio de inocencia, en aras de la protección de la persona menor. La solución más simple, pero a la vez más riesgosa, consiste, como aparentemente ha venido ocurriendo, en otorgarle a priori extrema credibilidad al testimonio de la persona menor que declara en calidad de ofendida. La tesis esgrimida en este trabajo es que, en última instancia, el camino simple dañará más que avanzará los esfuerzos de protección de las personas menores sexualmente abusadas. Nuestro ordenamiento debe interesarse por introducir innovaciones al proceso y la investigación que permitan obtener, de manera científica y sistemática, testimonios más informativos y confiables, de las personas menores ofendidas. Algunos esfuerzos de investigadores extranjeros, tales como el uso de la "entrevista cognoscitiva" basada en principios científicos sobre el funcionamiento de la memoria humana (Fisher, & Geiselman, 1992;

McCauley, & Fisher, 1995) y la metodología de origen alemán, para valorar la credibilidad de las declaraciones de las personas menores (Marxsen, Yuille, & Nisbet, 1995; Raskin, R. C., & Esplin, P. W., 1991), muestran algunas opciones a nuestra disposición.

## BIBLIOGRAFIA

- Bottoms, B. L. (1993). Individual differences in perceptions of child sexual abuse victims. En G. S. Goodman & B. L. Bottoms (Eds.), *Child victims, child witnesses: Understanding and improving testimony* (pp. 229-261). New York: The Guilford Press.
- Bottoms, B. L., & Goodman, G. S. (1994). Perceptions of children's credibility in sexual assault cases. *Journal of Applied Social Psychology*, **24**, 702-732.
- Dellepiane, A. (1983). *Nueva teoría de la prueba*. Bogotá: Temis.
- Ekman, P., & O'Sullivan, M. (1991). Who can catch a liar? *American Psychologist*, **46**, 913-920.
- Erickson, B., Lind, E. A., Johnson, B. C., & O'Barr, W. M. (1978). Speech style and impression formation in a court setting: The effects of "powerful" and "powerless" speech. *Journal of Experimental Social Psychology*, **14**, 266-279.
- Fisher, R. P., & Geiselman, R. E. (1992). *Memory-enhancing techniques for investigative interviewing*. Springfield, IL: Charles C. Thomas.
- Gorphe, F. (1927). *La crítica del testimonio*. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- Gorphe, F. (1985). *Apreciación judicial de las pruebas*. Bogotá: Temis.
- Goodman, G. S. (1984). Children's testimony in historical perspective. *Journal of Social Issues*, **40**, 9-31.
- Goodman, G. S., Bottoms, B. L., Herscovici, B. B., & Shaver, P. (1989). Determinants of the child victim's perceived credibility. En S. J. Ceci, D. F. Ross, & M. P. Toglia (eds.), *Perspectives on children's testimony* (pp. 1-22). New York: Springer-Verlag.
- Goodman, G. S., Golding, J. M., Helgeson, V. S., Haith, M. M., & Michelli, J. (1987). When a child takes the stand: Juror's perceptions of children's eyewitness testimony. *Law and Human Behavior*, **11**, 27-40.
- Holyoak, K. J., & Spellman, B. A. (1993). Thinking. *Annual Review of Psychology*, **44**, 265-315.
- Kunda, Z. (1990). The case for motivated reasoning. *Psychological Bulletin*, **108**, 480-498.

- Leippe, M. R. & Romanczyk, A. (1987). Children on the Witness Stand: A Communication/Presuasion Analysis of Juror's Reactions to Child Witnesses. En S. J. Ceci & D. F. Ross (Eds.), *Children's eyewitness memory* (pp. 155-177). New York: Springer-Verlag.
- Leippe, M. R. & Romanczyk, A. (1989). Reactions to child (versus adult) eyewitnesses: The influence of juror's preconceptions and witness behavior. *Law and Human Behavior*, **13**, 103-132.
- Leippe, M. R., Brigham, J. C., Cousins, C., & Romanczyk, A. (1989). The Opinions and practices of criminal attorneys regarding child eyewitnesses: A survey. En S. J. Ceci, D. F. Ross, & M. P. Toglia (Eds.), *Perspectives on children's testimony* (pp. 100-130). New York: Springer-Verlag.
- Marxsen, D., Yuille, J. C., & Nisbet, M. (1995). The complexities of eliciting and assessing children's statements. *Psychology, Public Policy, and Law*, **1**, 450-460.
- Matamoros, M. (1997). *El Testimonio de las personas menores: ofendido y testigo. Análisis desde la psicología cognoscitiva y la pragmática lingüística*. Tesis de Licenciatura. Universidad Internacional de las Américas.
- McCauley, M. R., & Fisher, R. P. (1995). Facilitating children's eyewitness recall with the Revised Cognitive Interview. *Journal of Applied Psychology*, **80**, 510-516.
- Miller, G. R., & Burgoon, J. K. (1982). Factors affecting assessments of witness credibility. En N. L. Kerr & R. M. Bray (Eds.), *The psychology of the courtroom* (pp. 169-196). New York, NY: Academic Press.
- Montoya, J. (1995). Lessons from Akiki and Michaels on shielding child witnesses. *Psychology, Public Policy, and Law*, **1**, 340-369.
- Raskin, D. C., & Esplin, P. W. (1991). Assessment of children's statements of sexual abuse. En J. Doris (Ed.), *The suggestibility of children's recollections* (pp. 153-164). Washington, D. C.: American Psychological Association.
- Rousseau, D. L. (1992). Case studies in pathological science. *American Science*, **80**, 54-63.
- Ross, D. F., Dunning, D., Toglia, M. P., & Ceci, S. J. (1990). The child in the eyes of the jury. *Law and Human Behavior*, **14**, 5-23.
- Yarmey, A. D., & Jones, H. P. T. (1983). Is the psychology of eyewitness identification a matter of common sense? En S. M. A. Lloyd-Bostock & B. R. Clifford (Eds.), *Evaluating eyewitness evidence* (pp. 13-40). Chichester, Inglaterra: John Wiley & Sons.

## EL DERECHO DE ACCEDER A LA FUNCION PUBLICA

Lic. Jimmy Bolaños González<sup>(1)</sup>

(1) Abogado y Notario Público, funcionario de la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Servicio Civil.

## SUMARIO:

1. Introducción
2. Raíces históricas
3. El caso español
4. En los tratados internacionales
5. En nuestra patria
6. Limitaciones al acceso derivadas de situaciones especiales
  - 6.1. Inhabilitaciones
  - 6.2. La edad
  - 6.3. Nacionalidad
  - 6.4. Parentesco o afinidad
7. Conclusión

En el medio costarricense hace falta abordar el tema acerca de qué derecho existe para acceder a la función pública, cuál es su significado y alcance, qué normas lo regulan y algunas restricciones legales que existen al respecto.

El presente artículo pretende ser una introducción al abordaje de esta cuestión, a través del estudio del derecho internacional y la doctrina comparada, que ubique las aplicaciones de dicho principio en nuestro país, a fin de profundizar en las normas que lo regulan, así como en el desarrollo que la jurisprudencia constitucional ha realizado de ese derecho fundamental hasta la fecha.

### 1. INTRODUCCION

La función pública en su acepción más común hace referencia a la labor realizada por los servidores públicos ligados a la administración por una relación de servicio sometida a un régimen jurídico administrativo o estatutario –sistema de servicio civil o de mérito–, que es el que cubre a la generalidad de los servidores públicos.

No obstante, en un sentido más amplio puede incluirse dentro de la acepción función pública a ciertos funcionarios, como los que ocupan cargos de elección popular directa (Presidente y Vicepresidentes de la República, diputados a la Asamblea Legislativa, regidores, síndicos y alcaldes municipales) o indirecta (Magistrados, Defensor de los Habitantes, Regulador General de los Servicios Públicos, Contralor General de la República, Procurador General de la República), así como los funcionarios de confianza designados políticamente.

El presente estudio, al abordar el derecho al acceso y no discriminación a los cargos públicos se limitará al análisis de sus implicaciones en el ámbito de las relaciones de servicio profesionales –sea las regidas por el Estatuto de Servicio Civil u otros estatutos sectoriales o especiales–, que son el sector mayoritario del conglomerado burocrático.

Así pues, dejaremos de lado en nuestro estudio el derecho ciudadano de libertad de participación electoral en los cargos públicos de representación<sup>(2)</sup> y en los de libre nombramiento<sup>(3)</sup>, sistema que opera en

(2) Seguimos al autor Fossas quien nos dice que “se trata de dos tipos de relaciones de los ciudadanos con la organización estatal que pueden

los puestos de designación política<sup>(4)</sup>, como cargos de confianza, interinos y contratados a plazo fijo para servicios especiales temporales.

Nos concentramos pues en el principio de igualdad de todos los ciudadanos para optar a los cargos públicos, que se supone está garantizado por medio de la selección con base en el mérito, que es la forma de reclutamiento propio de la generalidad de la burocracia y que

---

diferenciarse por criterios orgánicos o funcionales. Ya Redslob dijo, expresando una idea absolutamente liberal de la representación, que lo que distingue al representante del funcionario público es que el primero puede querer por la Nación, mientras que el segundo sólo puede actuar por ella. En un mismo sentido, Duguít atribuía a los representantes la "fuerza gobernante" mientras los funcionarios tendrían sólo "el poder de querer dentro de los límites fijados por la ley", reservando a los primeros la función legislativa. El criterio para distinguir las dos categorías que mejor responde a la realidad de un Estado constitucional democrático es el basado en el mecanismo que, en cada caso, instaura la relación con la estructura pública. Así, mientras el que pone en marcha la relación representativa es la elección, la relación de servicios se establece por la incorporación al órgano administrativo tras el preceptivo nombramiento legal; la primera se instaura, pues, por la voluntad del electorado, mientras que la segunda por voluntad de la Administración". Fossas Espaldaler, Enric. *El Derecho de Acceso a los Cargos Públicos*. Editorial Tecnos, Madrid, 1993, pág. 117 y 118.

- (3) Por libre nombramiento se entiende el ser nombrados sin sujeción a procedimiento concursal o de méritos alguno, sin perjuicio de que en ocasiones existan normas que para el caso establezcan requisitos de idoneidad que ha de satisfacer quienquiera se decida que ocupe el puesto. Siempre existirán discrepancias en cuanto al número de cargos de la burocracia que se definen como de libre nombramiento político (especialmente aquellos que se consideran los más importantes para la formulación de políticas) y los que quedan comprendidos por el sistema de mérito, aunque lógicamente los primeros deben ser, por principio, casos excepcionales y calificados (En este último sentido véase la resolución No. 1119-90 de las 14 horas del 18 de setiembre de 1990, de la Sala Constitucional).
- (4) Llamados así porque sirven cargos de confianza personal del Presidente, los Ministros o jefes respectivos, de modo que esos funcionarios tienen, como en los tiempos medievales, una especie de vínculo personal y directo de afinidad o lealtad con una persona —el Presidente o el ministro—, más que un vínculo impersonal con una entidad abstracta, es decir, con el Estado. Los funcionarios de este tipo se ubican generalmente

la distingue del "reclutamiento" de los funcionarios políticos, en el que rige otro sistema con mecanismos de elección y fines democráticos distintos<sup>(5)</sup>.

## 2. RAICES HISTORICAS

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 2 de mayo de 1789, constituye el primer gran antecedente que se levantó

---

en los niveles superiores de la burocracia, y en ocasiones las normas que regulan su designación les garantiza cierta estabilidad, además dependiendo de la jerarquía técnica de sus atribuciones también se establecen ciertos requisitos mínimos de idoneidad para su nombramiento. En el caso de los Presidentes Ejecutivos y otros nombramientos a plazo fijo, al decir de la Sala Constitucional (Resolución No. 1119-90 supracitada), su "...denominador común es encontrarse en una relación de servicio no típicamente laboral, bajo un régimen de subordinación jerárquica, sino más bien de dirección o colaboración, donde no median órdenes, sino más bien directrices, en unos casos; o bien, en una relación de confianza que obliga a otorgar una mayor libertad para el nombramiento y la eventual remoción del funcionario; ello independientemente de la naturaleza permanente de la función. Esta relación de confianza puede fundarse, según los requerimientos del cargo, en aspectos puramente subjetivos, de orden personal; pero también puede derivar de elementos objetivos nacidos de una comunidad ideológica (política en el buen sentido del término), necesaria para el buen manejo de la cosa pública conforme a planes y programas...".

- (5) A este respecto, es ilustrativa la resolución No. 1119-90 de las 14 horas del 18 de setiembre de 1990, de la Sala Constitucional, que trató de la pretensión de que el cargo de Ejecutivo Municipal (hoy día Alcalde), lo fuera por tiempo indefinido y no a plazo fijo, porque se alegaba que ello vulneraba, entre otros, el derecho de acceso a la función pública. Sin embargo, el Tribunal consideró que: "...respecto a la violación del artículo 23 párrafo uno, inciso c), de la Convención sobre Derechos Humanos: Este artículo, dedicado a los Derechos Políticos, dispone en su aparte 1, inciso c), que todos los ciudadanos deben tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. Los artículos 55 y 58 del Código Municipal no restringen el acceso a las funciones públicas en general, puesto que se refieren únicamente al ejecutivo municipal, y no para limitar el acceso al cargo, sino para dictar formas de evaluación y control del ejercicio de una función pública, lo cual, contrariamente a lo alegado por el recurrente, garantiza una mayor participación de los ciudadanos en esa actividad, al impedir que los cargos puedan volverse vitalicios. No existe, por tanto, violación de la norma dicha de la Convención sobre Derechos Humanos".

frente a los privilegios de clase para el acceso a las funciones públicas, al sostener que: "todos los ciudadanos...son igualmente admisibles a todas las dignidades puesto y empleos públicos según su capacidad y sin otra distinción que sus virtudes y talentos".

En Costa Rica, durante los primeros años de vida independiente (1825-1835) nuestro país poseía un Poder Ejecutivo integrado por los siguientes órganos: Jefatura y Vice-Jefatura de Estado, Ministerio General del Despacho, Jefatura Política Suprema, Intendencia General, Comandante General de Armas y Jefatura de la Rentas Principales, con muy escaso personal de apoyo.

Para acceder a dichos cargos, las leyes establecían requisitos económico-patrimoniales tanto para elegir como para ser electos en los cargos representativos, de modo que por ejemplo para ser Jefe o Vice-Jefe de Estado, se debía poseer propiedades o un capital no inferior a 8.000 pesos, con una renta anual de 1.000 pesos, mientras que para ser elector debía poseerse un capital de entre 100 y 1.000 pesos, con una renta anual de 200 pesos, requisitos que pocos ciudadanos satisfacían, de entre una población total para 1936 de 70.000 habitantes.

Según Iñigo Martínez de Pizón<sup>(6)</sup> "...Merkl apunta que la democratización de las condiciones de acceso al cargo produce el paso del sistema honorífico al profesional, en el sentido elemental de cargo remunerado. Dice:

"El Estado democrático tiene que establecer todas sus funciones como retribuidas y con una retribución que sirva para costear la vida, a no ser que quiera convertir el cargo en privilegio de las clases poseedoras".

Más adelante en nuestra vida republicana, Jiménez Castro<sup>(7)</sup> comenta que la Constitución Política de 1847 en su numeral octavo "preveía la posibilidad y el derecho que todo ciudadano tiene de aspirar a conducir los destinos públicos conforme a la ley, la igualdad de

(6) Iñigo Martínez de Pizón, Aparicio. *Régimen Jurídico de la Función Pública y Derecho al Cargo*. Editorial Cívitas, 1995, pág. 85.

(7) Jiménez Castro, Wilbur. *Génesis del Gobierno de Costa Rica, 1821-1981*. Editorial Alma Mater, Volumen 1, 1996, pág. 49.

oportunidades, la experiencia, las virtudes, el saber y los méritos por servicios distinguidos al Gobierno, elementos todos que deberían ser considerados y preferidos en la selección, tanto de personas que aspiran a cargos de pública elección, como a la carrera administrativa. Encontramos en ese artículo las bases filosóficas tanto de un sistema de méritos políticos, como administrativos o de servicio público".

### 3. EL CASO ESPAÑOL<sup>(8)</sup>

Según Manzana<sup>(9)</sup> "hasta la Constitución de 18/junio/1837, no va a reconocerse el principio general de acceso de todos los españoles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad (art. 5)".

Hoy día, el Artículo 23 de la Constitución Española vigente que data de 1978 establece:

1. Los ciudadanos tienen el derecho de participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
2. Asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes".

Sobre los alcances de este ordinal, Sánchez Morón<sup>(10)</sup> comenta que "...el derecho exige permitir la participación de todos los ciudadanos en los procesos selectivos para el empleo público, sin que se establezcan

(8) Se trata con fines ilustrativos, pero en realidad pueden citarse otros casos, como el artículo 51 de la Constitución Italiana que se refiere al acceso a "los oficios públicos y cargos electivos en condiciones de igualdad, según los requisitos establecidos por las leyes", mientras el ordinal 97 proclama que "a los puestos de la Administración Pública se accede mediante concurso, salvo las excepciones establecidas por la ley" Citado por Fossas Espaldaler, Enric. *El Derecho de Acceso a los Cargos Públicos*. Editorial Tecnos, Madrid, 1993, pág. 119.

(9) Manzana Laguarda, Rafael. *Derechos y Deberes de los funcionarios públicos*. Editorial Tirant lo blanch. Valencia, 1996.

(10) Sánchez Morón, Miguel. *Derecho de la Función Pública*. Editorial Tecnos, España, pág. 114.



requisitos o condiciones subjetivas, irrazonables o desproporcionadas que puedan generar discriminación (igualdad de oportunidades); y exige, en segundo término, que los seleccionados sean los candidatos más capacitados, pues el proceso de selección puede quedar desierto sin merma del principio de igualdad, sino tan sólo que no sean preteridos”.

De ahí que Iñigo<sup>(11)</sup> afirma que: “la Constitución no configura un derecho fundamental sustantivo de acceso a las funciones y cargos públicos. Lo que, como concreción del principio general de igualdad, otorga el artículo 23.2 a todos los españoles es un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria, y en último término ante el Tribunal Constitucional, toda norma o toda aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad (STC 50-1986 de 23 de abril, reiterada por la STC 82-1987, de 27 de mayo)”.

Es decir, se entiende la igualdad como no discriminación, de modo que como sigue explicando Iñigo “... no se produzcan acepciones o pretericiones ad personam, es decir, que las reglas de procedimiento para el acceso a las funciones o cargos públicos se establezcan en términos abstractos y generales, y no mediante referencias individualizadas y concretas (STC 148-196 de 25 de noviembre).”

Por su parte, la Ley 30/1984 de Medidas para la reforma de la Función Pública, señala en su numeral 19 que “las Administraciones seleccionarán su personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición y concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad”.

Otro tanto establece el artículo 3.1 del Real Decreto 2223/1984 de 19 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado, al señalar que “todos los procedimientos de selección y acceso de personal, funcionario o laboral, se realizarán mediante convocatoria pública y a través de los sistemas de concurso, oposición o concurso-oposición libres, en los que se garanticen en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad así como el de publicidad”.

(11) Iñigo Martínez de Pizón, Aparicio. *Régimen Jurídico de la Función Pública y derecho al cargo*. Editorial Cívitas, España, p. 292, 1995.

Como se observa el principio de igualdad y no discriminación en el acceso a los cargos públicos, guardan una gran vinculación con otros principios como los de idoneidad comprobada y concurso por oposición, postulados que se analizan en el aparte quinto de este trabajo.

#### 4. EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 proclama en su artículo 21:

- “1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país...”

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (1966) dispone en su ordinal 25:

“Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente por medio de representantes libremente elegidos.
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.
- c) Tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

#### 5. EN NUESTRA PATRIA

El derecho fundamental contenido en los instrumentos internacionales anteriormente citados, son de aplicación en Costa Rica, dado si bien no tenemos una norma constitucional que tan clara y expresamente como en el caso español establezca este derecho

fundamental, ello no significa que no integre nuestro ordenamiento jurídico, tanto porque puede extraerse como una de las manifestaciones concretas del principio general de igualdad ante la ley que proclama el ordinal 33 constitucional, a favor de la libre concurrencia y acceso a la función pública, como porque es sustancial a los valores democráticos que poseen raigambre constitucional.

Asimismo, la igualdad de oportunidades de acceso a la funciones públicas como expresión del principio de igualdad ante la ley, ha de ponerse en necesaria conexión con el principio de idoneidad comprobada de 192<sup>(12)</sup>, de manera que se tenga derecho a tomar parte en el proceso de selección y en el mismo no se tomen medidas que creen un trato irracional o arbitrario entre opositores o concursantes.

Nos encontramos, como explica Sala<sup>(13)</sup> con dos intereses que hay que coordinar: uno, el de la Administración de contratar al más adecuado, y el otro, el de los ciudadanos para acceder en condiciones de igualdad absoluta; y este principio limita al anterior, anteponiéndose a éste”.

Ello implica que la Administración no puede acudir a la libre contratación de su personal, debiendo realizarse concursos públicos de oposición, en los que se realicen pruebas objetivas, acordes y que respeten los principios de igualdad e idoneidad (este último mejor conocido como mérito y capacidad en España).

La tutela efectiva de este derecho implica la facultad de quien resulte afectado por actos de los poderes públicos que impidan o menoscaben su ejercicio, a impugnarlo tanto en sede administrativa como judicial, para restablecer la integridad de ese derecho.

Por lo demás, esto es así porque la administración del personal público obedece a un sistema de méritos y de carrera administrativa, que es la antítesis del sistema de botín político, de favoritismo, de compadrazgo y de nepotismo:

---

(12) Alcance que incluso la propia Sala Constitucional le ha otorgado a ese ordinal, por ejemplo en su resolución No. 4601-98.

(13) Sala Franco, Tomás. *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*. Editorial INAP, Madrid, 1989, p. 23.

“Cuando existe el sistema de botín político, sólo tienen cabida aquellos que forman parte de un partido en forma permanente, o quienes heredan la simpatía que les permite entrar en él. Por tanto, lo importante bajo esa óptica es rodearse únicamente de aquellos “leales” y desplazar, despedir, poner en entredicho, relegar, o crearles un mal ambiente para que renuncien “voluntariamente”, a quienes tengan otras ideologías o preferencias.

El favoritismo puede tener también un origen similar de política partidista, especialmente en Estados que han organizado a la sociedad bajo un criterio de paternalismo, en donde los jerarcas, como representantes del Estado, protegen a sus favorecedores o amigos más cercanos. El ingreso, los ascensos, las remuneraciones, etc. se favorecen para aquellos del propio círculo, una especie de “capitalismo” o “feudalismo” como el de la Edad Media.

El compadrazgo se origina en los vicios anteriormente indicados, pues el compadre o padrino surge del partido político, de un grupo de presión con cierta influencia, pero también del pequeño grupo de amigos que favorecen a los “suyos”, y ante el cual ellos son los líderes que distribuyen favores, siguiendo las tácticas de los de la mafia.

El nepotismo (etimológicamente proviene de la palabra italiana “nepote” primo) se refiere a la práctica de favorecer a los parientes o aquellas personas con quienes se sienten lazos afectivos, aunque no sean consanguíneos o por relación política familiar<sup>(14)</sup>”.

Precisamente el derecho fundamental de tener acceso a un cargo público en condiciones de igualdad, implica la no discriminación por

---

(14) Jiménez Castro, Wilburg. *Evolución del Pensamiento Administrativo en la Educación Costarricense*. San José, Costa Rica. Editorial EUNED, 1997, pág. 373-374.

motivos de género, edad, minusvalía<sup>(15)</sup>, creencias políticas o religiosas, condición social, origen étnico o raza, en los respectivos concursos públicos por oposición y siempre que se demuestre poseer la idoneidad correspondiente.

Lo anterior es así, porque indudablemente existe una íntima relación entre el principio de igualdad de oportunidades de acceso a los cargos públicos y otros dos principios generales de servicio civil como lo son el concurso público por oposición<sup>(16)</sup> y la idoneidad comprobada<sup>(17)</sup>, que se desprenden del numeral 192 constitucional.

- (15) Por ejemplo, ello ha implicado el deber de la Administración de facilitar la aplicación de pruebas adaptadas en sistema Braille para los no-videntes en los concursos del Servicio Civil, conforme la resoluciones No. 567-90 de las 16:45 horas del 23 de mayo de 1990 y 1751-90 de las 14:44 horas del 5 de setiembre de 1990. Además, la Ley No. 7600 dispone lo siguiente:

**“ARTICULO 24.-Actos de discriminación**

Se considerarán actos de discriminación el emplear en la selección de personal mecanismos que no estén adaptados a las condiciones de los aspirantes, el exigir requisitos adicionales a los establecidos para cualquier solicitante y el no emplear, por razón de su discapacidad, a un trabajador idóneo.

También se considerará acto discriminatorio que, en razón de la discapacidad, a una persona se le niegue el acceso y la utilización de los recursos productivos”.

- (16) La Sala Constitucional ha sostenido dicha relación cuando refiriéndose a los principios constitucionales que inspiran el concurso indica que: “...son por ejemplo la igualdad de oportunidades de concursar, la publicidad de los requisitos y los procedimientos de elección, la objetividad de los criterios de selección, entre otros” (Resolución No. 4020-97 de las 11:36 horas del 11 de julio de 1997). Sin embargo la tutela constitucional se agota con el derecho de participación igualitaria que tienen los oferentes para integrar la nómina o terna respectiva y es una simple expectativa para ocupar el cargo para el cual se opta (Resolución No. 3536-97 de las 16:15 horas del 24 de junio de 1997). No puede tampoco la Administración negar esa participación aduciendo un cupo o número restringido de oferentes por aplicar métodos organizativos, aún cuando se pretendan sustentar en motivos técnicos y de falta de recursos (Resolución 5119-97 de las 13:20 horas del 21 de agosto de 1997) o bien por la inercia de actualizar sus criterios o bases de selección (Resolución No. 2579-98 de las 10:00 horas del 17 de abril de 1998).
- (17) El derecho de tener igualdad de oportunidades para acceder a los cargos públicos supone que se reúnan los respectivos requisitos exigidos por el cargo (Véase al respecto la resolución No. 2433-95 de las 11:36 horas del 12 de mayo de 1995 de la Sala Constitucional). Tampoco se afecta ese

Al respecto, la Sala Constitucional ha señalado claramente que:

“Cabe indicar que la previsión del Estatuto del Servicio Civil en la Constitución Política, es consecuencia de situaciones históricas muy concretas que pretendieron evitar tratos diferenciados inadmisibles, en relación con el acceso a los cargos públicos. Los numerales 192 y 193 de nuestro código político, así como los numerales 107 y siguientes del Estatuto del Servicio Civil, garantizan el acceso de todos ciudadanos a los cargos públicos en condiciones de igualdad y a partir del sistema de méritos que el propio constituyente denominó “idoneidad comprobada”. No es entonces admisible para la Sala que el nombramiento de un cargo dentro del sector público se haga dándole la espalda a la calificación obtenida por cada educador en el registro correspondiente” (Resolución No. 4601-98 de las 15:37 horas del 26 de junio de 1998).

Finalmente, debemos decir claramente que el sexo del candidato (a) en nada influye en la posibilidad de ser empleado público, por lo que varón y mujer tienen iguales derechos para acceder y ser promovidos en la función pública, y de existir alguna limitación al respecto sería abiertamente discriminatoria e consecuentemente inconstitucional.

derecho cuando no se presentan a tiempo todos los atestados requeridos al no cumplir con los requisitos mínimos de participación (Resolución No. 4863-97 de las 11:54 horas del 22 de agosto de 1997) o sí presentando los atestados los mismos no reúnen las exigencias establecidas, lo que hace que no pueda surgir la violación al principio de igualdad sino cuando se excluye a alguno del concurso de oposición sin mediar un motivo legal y razonable (Resolución No. 6959-97 de las 11:54 horas del 24 de octubre de 1997). Incluso se ha llegado a sostener que el “pretender no cumplir con las exigencias de ingreso al Régimen de Servicio Civil ya establecidas, equivaldría a admitir como válida una derogación singular de la ley y del reglamento por cierto tipo de trabajadores, lo que lesionaría, además, el principio constitucional de ingreso al cargo público en condiciones de igualdad, pues resulta evidente que el resto de trabajadores sí han debido cumplir con los requisitos de ingreso” (Resolución No. 3915-99 de las 16:30 horas del 26 de mayo de 1999 de la Sala Constitucional).

inhabilitaciones, incompatibilidades y otras limitaciones previstas en el ordenamiento jurídico.

Así pues, se trata de condiciones limitantes que preexisten objetivamente a la aspiración de un individuo de ser designado o nombrado para ocupar un cargo determinado.

Dichas incompatibilidades, impedimentos o tachas legales e incluso morales para ejercer una determinada función, pueden estar asociados a limitaciones legales como por ejemplo el desempeñar dos puestos simultáneamente, sea por inconciliables en razón de conflictos de intereses que reñirían con la necesaria garantía de independencia en la función pública o favoritismo (ejemplo parentesco), por motivos fácticos o de hecho (superposición de horarios) o por evitar los abusos de la otra común acumulación de cargos públicos, y finalmente, en definitiva, con el puede originarse en la finalidad de lograr dedicación plena del agente a sus funciones.

### 6.1. Inhabilitaciones<sup>(18)</sup>

Tenemos inhabilitaciones declaradas administrativamente, sea por la Dirección General de Servicio Civil o por la Contraloría General de la República, y otras dictadas por el juez competente que ordena la interdicción para el ejercicio de funciones públicas como producto de la aplicación de un pena accesoria de inhabilitación decretada por una sentencia judicial firme.

(18) Todo un artículo podría escribirse acerca de la imposición de sanciones políticas o morales, producto de las recomendaciones de las comisiones legislativas –incluso cuando son acogidas por el propio Consejo de Gobierno–, tendientes a que las autoridades públicas no nombren en ningún cargo público a determinadas personas que se considera han actuado de forma al menos negligente en el ejercicio de su función. Las mismas, al decir de la Sala Constitucional, se considera que son simples recomendaciones y no sentencias judiciales vinculantes, pero que de ser acordadas sin previa oportunidad de defensa del afectado, redundarían en desproporcionadas, además de que cuando son indefinidas se limita y violenta por ello el derecho de cualquier ciudadano a acceder a los cargos públicos (Resolución No. 3967-98 de las 10:57 horas del 28 de noviembre de 1996). Para profundizar en el tema pueden consultarse otras sentencias del Tribunal Constitucional como las Nos. 441-91, 1618-91, 3464-93, 1953-97, 1954-97, 1955-97, 1956-97, 592-99 y 6663-99, entre otras.

Con referencia a los servidores amparados al Estatuto de Servicio Civil, la normativa<sup>(19)</sup> dispone una inhabilitación para ocupar otra plaza, de al menos tres años, para aquel empleado que haya sido destituido por infracción a las disposiciones del Estatuto de Servicio Civil, su Reglamento o a los reglamentos autónomos de servicio. Incluso, acuerdo a la gravedad de la falta, el plazo de inhabilitación puede ser mayor, aunque no superior a los diez años<sup>(20)</sup>.

Parece lógico ese proceder a fin de que la Administración no vaya contra sus propios actos de admitir nuevamente al servidor separado como si se tratara de una suspensión, luego del desmerecimiento que hizo de la función pública.

No obstante, lo que resulta inadmisibles es que la normativa sanciona con la inhabilitación indefinida a los casos en que por dos ocasiones se haya destituido al servidor, norma que evidentemente es inconstitucional en el tanto infringe el principio que impide imponer penas perpetuas<sup>(21)</sup>, establecido por el ordinal 40 constitucional.

En cuanto a la Contraloría General de la República, su intervención se acciona cuando las faltas que ameritaron el despido o la pena judicial han sido en detrimento de la hacienda pública, siendo aplicable

- (19) Se trata del artículo 9 inciso d) del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil y el numeral 5 inciso d) del Reglamento a la Ley de Carrera Docente.
- (20) Este límite superior se ha fundamentado por la Sala Constitucional en que es el plazo impuesto por el derecho común como ordinario para la prescripción negativa de las obligaciones (véase al respecto las resoluciones No. 603-99 y 6663-99).
- (21) Así, en acción de inconstitucionalidad contra el numeral 15 de la antigua Ley Orgánica del Poder Judicial –actuales 12 y 13–, la Sala Constitucional en Resolución No. 4425-94 Acción de inconstitucionalidad de las 8:06 horas del 19 de agosto de 1994, concluía que: la imposición de la sanción aquí cuestionada sería constitucional si: a) posee un plazo definido autorizado por la ley, o se impone por un término razonable (se advierte que el plazo de tres años y actual de cinco, no parece excesivo, en el tanto se aplique bajo las condiciones mencionadas y que a continuación se resumen); b) fuera temporal; c) se pronunciara y fundamentara expresamente y; d) se impusiera solo como consecuencia de la destitución por faltas graves, comprobadas a través del seguimiento de un debido proceso".

a todo servidor de la Administración Pública y por lo mismo no sólo limitada al sistema de méritos que regula el Estatuto de Servicio Civil. En estos casos, dicha entidad puede por un período mínimo de 2 años y máximo de diez impedir el ingreso o readmisión de un ex-servidor que haya sufrido pena de cárcel por delitos contra la hacienda pública o que haya incumplido con las obligaciones de la declaración de bienes<sup>(22)</sup>.

Por otra parte, una segunda clase de inhabilitación, no ya administrativa como las anteriores, ni sólo limitada al sistema de méritos que regula el Estatuto de Servicio Civil, es la inhabilitación judicial, que deviene cuando se le impone a un inculpado la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por un período determinado de años.

Cabe señalar que este tipo de limitación sólo puede ser impuesta por los medios administrativos y judiciales antes señalados, dado que la Sala Constitucional reiteradamente al sostenido la tesis de que la Asamblea Legislativa, en ejercicio de su atribución constitucional de ejercer el control político, no puede por sí o por medio de las Comisiones investigadoras que se designen, disponer inhabilitaciones para ejercer cargos públicos a los ciudadanos.

## 6.2. La edad

Dicha limitación debe estar fundada en una norma expresa, de rango constitucional o legal, que señale una edad mínima para ocupar determinados cargos públicos, lo cual ocurre generalmente en ciertos casos de nombramientos de designación política.

En nuestro país ni la Constitución Política ni el Estatuto de Servicio Civil como regla general se ocupan de regular este aspecto, aún y cuando el artículo 90 de la Carta Fundamental dispone que "la ciudadanía es el conjunto de derechos y deberes políticos que corresponde a los costarricenses mayores de dieciocho años".

(22) Véase al respecto el Artículo 72 de la Ley No. 7428 del 7 de setiembre de 1994 en relación con los numerales 13 y 17 de la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los servidores públicos, y el artículo 55 de su reglamento -Decreto Ejecutivo No. 24885-MP del 4 de diciembre de 1995 y su reforma.

Sin embargo, en la mayoría de países se dispone que sea la mayoría de edad, es decir, por lo general, los 18 años, conforme a la legislación civil. Excepcionalmente, esa edad mínima puede ser mayor: 21 años para ser diputado (Artículo 108.3 de la Constitución Política), Presidente y Vicepresidentes (Artículo 131.3 de la Constitución Política), Ministros cuya edad mínima es de 25 años (numeral 142.4 de la Carta Magna), siendo el límite de edad mayor el de Magistrado con 35 años (artículo 159.4 de la Constitución Política), Contralor o Subcontralor (artículo 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República), Procurador y Procurador Adjunto mayores de 30 años (Artículos 9.3 y 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República Ley No. 6815 de 27 de setiembre de 1982 y sus reformas), el Jefe o Director de Presupuesto Nacional mayor de 25 años (artículo 65 c) de la Ley de la Administración Financiera de la República Ley No. 1279 de 2 de mayo de 1951 y sus reformas), entre otras muchas leyes.

Mientras tanto, el Código de la Niñez y de la Adolescencia, buscando proteger a esos sectores más vulnerables de la población, prohíbe la contratación de menores de 15 años, y si bien lo permite en los casos de mayores de 15 y menores de 18 años, queda restringido a una jornada laboral menor.

En cuanto a la edad, no mínima sino máxima, para acceder a un cargo público, no existe ni podría existir como tal, aunque eventualmente si podría llegar a presentarse algún problema pero en términos de idoneidad física o mental, dependiendo de la clase de puesto.

Distinta es la situación de quien es jubilado o pensionado, en donde si bien dicha condición no constituye una causa per sé de incapacidad o inhabilitación para ejercer un cargo público, sí existe incompatibilidad en cuanto a continuar percibiendo dicha pensión y un salario en forma simultánea, conforme al artículo 51 inciso c) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil y el numeral 49 de la Ley de Administración Financiera de la República (Ley No. 1279 y sus reformas del 02 de mayo de 1951).

Cabe destacar aquí, que contrario a lo que ocurre en otros países -como por ejemplo España-, constitucionalmente la Administración no puede obligar a un servidor de edad avanzada a pensionarse, situación que anteriormente contemplaba el artículo 22 de la Ley para el Equilibrio

Financiero del Sector Público, en cuanto obligaba a pensionarse a los servidores públicos con más de 65 años de edad, disposición legal que fue declarada inconstitucional por la Resolución No. 1146-90 del 21 setiembre de 1990 del Tribunal Constitucional.

### 6.3. Nacionalidad

La Constitución Política por principio no exige la nacionalidad costarricense (ciudadanía) para el desempeño de cargos públicos, salvo para algunos cargos de elección popular y de confianza (v.g. Artículos 108.2; 131.1; 142.2 y 159.1).

No obstante lo anterior, el artículo 9 inciso a) Reglamento del Estatuto de Servicio Civil exige ser costarricense<sup>(23)</sup>. A pesar de ello, admite ese numeral reglamentario la posibilidad de que por aspectos técnicos o de inopia se contrate a trabajadores extranjeros, una vez comprobadas esas circunstancias y otorgándose la debida dispensa de nacionalidad (pronunciamientos AJ-463-98 del 29 de julio de 1998, AJ-488-98, AJ-069-99 de la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Servicio Civil y el dictamen C-032-99 de la Procuraduría General de la República).

(23) Sobre si este derecho de acceso igualitario y libre a los cargos públicos, está o no reservado a los ciudadanos, sea los nacionales de un país, y si existe reserva legal en esta materia, puede verse el expediente No. 99-5472 en el que actualmente se tramita una acción de inconstitucionalidad contra el numeral 9 inciso a) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil. Este aspecto deliberadamente no se ha querido abordar en este artículo por considerarse propio de un ulterior estudio de profundización al respecto. No obstante, como tesis de principio, el suscrito comparte la opinión del español Serrano según la cual "en las relaciones del particular con la Administración, su condición de nacional o extranjero determina la aplicación de un distinto régimen jurídico. La ciudadanía es la base de los derechos y de los deberes públicos; y la participación que en el poder público entraña el ejercicio de ciertos cargos exige que su titular pertenezca a la comunidad política. La ciudadanía de los funcionarios es garantía de su lealtad al Estado y a la seguridad e independencia nacional" Serrano Guirardo, Enrique. *El Régimen de Oposiciones y concursos de funcionarios*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pág. 29. Además, no puede soslayarse que el artículo 68 constitucional señala que en igualdad de condiciones debe dársele preferencia al trabajador nacional sobre el extranjero.

### 6.4. Parentesco<sup>(24)</sup> o afinidad

No estar ligado por parentesco o consanguinidad o afinidad en línea directa o colateral hasta tercer grado inclusive, con el jefe inmediato ni con los superiores de este, salvo que a juicio del Tribunal de Servicio Civil fuera el candidato más idóneo (Artículo 9 inciso b) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil).

Normas en igual sentido existen en otros estatutos particulares del resto del sector público, dado que en sus justos límites aparecen como razonables y conducentes a una sana administración<sup>(25)</sup>.

Este tipo de prohibiciones tienen su justificación en la necesidad de erradicar el nepotismo –en este caso familiar o de parentesco–, para beneficiar a algún pariente para ingresar o ser nombrado en un centro de trabajo del sector público, de manera que prevalezca el interés público en la designación, respetándose el sistema de méritos.

Debemos hacer notar que, si tal es la justificación de esa prohibición, no cabe, por ilógico, aplicarla en los casos de parentesco sobreviniente, como el matrimonio entre dos compañeros<sup>(26)</sup>.

- (24) En cargos de elección popular tenemos al menos un precedente en la Resolución No. 2128-94 de las 14:51 horas del 3 de mayo de 1994 de la Sala Constitucional, que conoció y declaró con lugar una acción de inconstitucionalidad contra del artículo 25 del anterior Código Municipal, Ley Nº 4574 del 4 de mayo de 1970, que impedía la inscripción de candidatos a regidores municipales de quienes tengan parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o afinidad o sean cónyuges, por establecer una desigualdad ante la ley conforme al artículo 33 de la Constitución, al impedir la inscripción de candidaturas a regidores municipales por un mismo partido y para el mismo cantón, de personas que sean parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sean cónyuges. nacional, correlativamente, la prohibición en la fase de inscripción, prohibición para el desempeño del cargo, la cual expresamente el Tribunal Constitucional señaló que quebranta el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.
- (25) Por ejemplo, al detectarse un problema de este tipo en una designación, ello conlleva a corregir dicha situación, lo cual ha avalado la propia Sala Constitucional en resolución No. 5813-98 de las 15:21 horas del 12 de agosto de 1998.
- (26) Véase al respecto la resolución No. 4610-95 de las 10:03 horas del 18 de agosto de 1995, de la Sala Constitucional.

En cuanto a otros **impedimentos o restricciones** para ingresar a la función pública tenemos los siguientes:

1. No encontrarse impedido por virtud de la Movilidad Laboral (antes de noviembre de 1995 eran 5 años; a partir del noviembre son 7 años), todo conforme al artículo 27 de la Ley No. 6955 del 24 de febrero de 1984, reformado por la Ley No. 7560 del 9 de noviembre de 1995.
2. No desempeñar más de un puesto en la Administración Pública, salvo que no exista superposición horaria<sup>(27)</sup>, se trate de puestos distintos y no sobrepasen entre ambos la jornada ordinaria, salvo entrándose de docentes (Artículo 15 de la Ley de Salarios de la Administración Pública y 49 párrafo primero de la Ley de Administración Financiera de la República).

El origen de esta disposición puede encontrarse en principios de sana administración, de modo que se evite la acumulación o concentración de cargos en una sola persona.

Cabe aclarar que, en principio, el desempeño de un empleo no inhabilita para concursar por otro entre sí incompatible, aunque su aceptación implique la renuncia del primero, y a esa renuncia queda condicionada la eficacia del nuevo nombramiento.

3. Existen también otras disposiciones particulares sobre incompatibilidades de desempeñar otro puesto público, como la que pesa sobre los jefes de las unidades de la Administración Financiera Básica del Estado (Tesorería Nacional, Oficina de Presupuesto, Contabilidad Nacional y Proveduría Nacional) conforme al artículo 4 de la Ley de Administración Financiera de la República, entre otras disposiciones, como por ejemplo el artículo 2 de la Ley de Servicios de Enfermería.
4. No haber sido declarado ni en estado de quiebra (para comerciantes), ni de insolvencia (para no comerciantes) conforme las regulaciones del artículo 863 del Código de Comercio.

(27) Véase al respecto la resolución No. 191-92 de las 10:30 horas del 24 de enero de 1992 de la Sala Constitucional.

## 8. CONCLUSION

El derecho de acceder en igualdad de oportunidades y sin discriminación a los cargos públicos, sin otra condición que la idoneidad<sup>(28)</sup>, es en Costa Rica un derecho fundamental, reconocido por tratados de derecho internacional como el numeral 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), y el ordinal 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York.

Así lo ha reconocido con gran tino la Sala Constitucional en su jurisprudencia, extrayéndolos con propiedad de los alcances y la debida penetración de los numerales 33 y 192 de la Ley Fundamental.

Los poderes y autoridades públicas han de respetar y hacer que se respete con sus actuaciones este derecho ciudadano fundamental, quedándole al ciudadano el derecho de impugnar cualquier quebranto al mismo.

(28) Según entiende Manuel Ossorio. *Diccionario de Ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Editorial Heliasta, Argentina, 1990, pág. 361, y Fernández Vázquez, Emilio. *Diccionario de Derecho Público*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, pág. 350.

**SOBRE UN ANTEPROYECTO DE LEY  
DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVA(\*)**

**Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez\*\***  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Costa Rica

(\*) *Agradezco la ayuda fundamental de la Vicerrectora de Investigación de la Universidad de Costa Rica, Dra. Yamileth González García, para que asistiera al seminario-taller realizado en Alcalá de Henares, España, en mayo del 2000; como al Magistrado Alvaro Fernández Silva, de Costa Rica, a los Profesores Drs. Jesús Leguina Villa y Miguel Sánchez Morón, de la Universidad de Alcalá de Henares, por su gentileza al permitirme participar en dicha actividad profesional. Asimismo, doy las gracias a los miembros de la Comisión redactora de este anteproyecto que participó en el indicado seminario-taller (Dr. Manrique Jiménez, Dr. Oscar González, Magistrado Alvaro Fernández y Lic. Aldo Milano), por sus amabilidades.*

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



Igualmente merece una reflexión lo que escribió el profesor de Derecho Administrativo y abogado litigante, **Eduardo Ortiz Ortiz**, (1930-1995) con pleno conocimiento:

Hay una jurisprudencia de la responsabilidad cautiva del Derecho Civil, cuyo rasgo más importante es su favoritismo para con la Administración Pública. No es un fenómeno aislado, sino parte de otro más amplio y casi universal, propio de muchas jurisdicciones administrativas y quizá el síntoma más grave de su lenta pero sostenida decadencia: *la solidaridad del juez contencioso administrativo con el Estado como empleado público que es.*

Es un problema de solidaridad con el gobernante y el administrador, no uno de partidismo político, pues no podría decirse que la solidaridad se dé sólo en favor de un determinado Gobierno. *El juez contencioso administrativo está siempre mucho más cerca del Estado y le gusta. Cuando le da la razón, se satisface: cuando se la quita, se siente solo y culpable. (Expropiación y responsabilidad pública* (San José: LIL, 1996, póstuma, págs. 113 y 114).

*Estas palabras del Profesor Ortiz revelan la realidad de los hechos, es el fruto de la experiencia;* no se trata de una afirmación positivista, en el sentido de repetir lo que dice la letra de la ley o de indicar que efectúa una labor de hermenéutica.

Implican esas palabras del Profesor Ortiz, el más prestigioso administrativista del país, ya fallecido, que el juez de esta materia no cumple con el principio de ser *objetivo, imparcial, equitativo*. Esta situación violenta el fin del Poder Judicial: *resolver equitativamente, de modo objetivo e imparcial los conflictos, mediante sentencias y hacer ejecutar lo juzgado*. Lo que a su vez, daña el sistema democrático y el Estado de Derecho.

De ahí que aún en el supuesto de la mejor de las leyes (en esta materia contencioso administrativa), nada se gana con esa clase de mentalidad judicial.

*No es con palabras que la realidad cambia. Es con hechos. Por ello, la mejor manera de decir, es hacer que cambie esa realidad perjudicial para la sociedad costarricense.*

*Por ello, ante el futuro de este anteproyecto de ley en el campo de lo contencioso administrativo, tenemos esta preocupación de inicio, ya que el problema fundamental no reside en la redacción, contenido y alcances de la ley, sino en la mentalidad de quienes ocupan la función jurisdiccional.*

El **profesor Jesús González Pérez** lo dice de esta forma:

**Carnelutti** señaló que el juez es la figura central del Derecho; siendo preferible para un pueblo tener malas reglas legislativas con buenos jueces que malos jueces con buenas reglas legislativas. Por lo que todo cuanto se haga para garantizar la independencia y preparación de los jueces, es poco. De su independencia y preparación, dependerá que vivamos en un Estado de Derecho, por ello lleva razón **Jorge Vanossi** cuando dijo: *dime qué jueces tienes y te diré que Estado de Derecho hay (La Constitución y la reforma de la jurisdicción contencioso administrativa*, Madrid: Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, año I, Nº 75, curso académico 1977-98, pág. 330).

A su vez, el **profesor Eduardo García de Enterría** nos advierte *que no estamos ante la salud pública o el interés del Estado, como suprema ley (Estado policía); sino, que en el Estado de Derecho, los valores superiores son la justicia, la libertad y la igualdad que, son los derechos fundamentales del orden político y la paz social, que son los derechos fundamentales del orden político y la paz social, por lo que son inviolables. Por ello, el ejercicio de esos derechos no puede condicionarse a las conveniencias de la Administración Pública, por más que ésta gestione intereses generales* (Madrid: RAP Nº 151, 2000, págs. 254 a 256).

Asimismo, debe indicarse que en vista de la ineficiencia (principalmente su lentitud) de la sede contencioso administrativa, la Sala Constitucional se llena de asuntos que bien podrían ser de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Tal vez, mejorando la eficiencia de esta jurisdicción, el nivel de expedientes en la Sala podría ser menor.

**Miembros de la comisión preparadora de la reforma de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa Corte Suprema de Justicia**

Magistrado Alvaro Fernández Silva, *coordinador*  
Dr. Oscar González Camacho, *co-coordinador*  
Licda. Ana L. Brenes Esquivel  
Máster Ronald Hidalgo Cuadra  
Dr. Manrique Jiménez Meza  
Dr. Ernesto Jinesta Lobo  
Lic. Horacio González Quiroga  
Lic. Aldo Milano Sánchez  
Licda. Ana C. Viquez Cerdas

**Nota:** *El documento borrador de este anteproyecto elaborado por esta Comisión, al cual hago referencia tiene fecha mayo del 2000.*

Esta Comisión ha desarrollado su importante trabajo durante un plazo mayor de tres años.

**I. CARTA MAGNA Y LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

**Artículo 49 de la Carta Magna**

*Establécese la jurisdicción contencioso administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.*

*La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.*

*La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados.*

**Artículo 1 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LRJCA)**

1. *Por la presente ley se regula la jurisdicción contencioso-administrativa establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, encargada de conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la administración pública sujetos al derecho administrativo.*

La extensión y amplitud de la norma constitucional es mayor que este artículo primero de la LJCA, teniendo supremacía la disposición constitucional; sin embargo, en la sede jurisdiccional contencioso administrativa, se aplica el criterio de que solo los actos administrativos se revisan respecto de su legalidad, quedando todo lo demás que dispone la Carta Fundamental por fuera.

Este criterio restrictivo y anticonstitucional de aplicar la normativa de esta jurisdicción, es parte también del problema esencial de índole mental-jurisdiccional.

Lo anterior queda ilustrado con un *ejemplo* que narró el Juez Superior de lo Contencioso Administrativo, *Dr. Oscar González Camacho*, miembro de la Comisión preparadora de la reforma a la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa:

**Ejemplo:** *en una situación dada, el Estado le eliminó una concesión a un particular a los tres años de su disfrute, faltándole todavía tres años de su goce.*

*En apelación de la sentencia del juzgado, el Tribunal afirmó que el acto administrativo impugnado era arbitrario y que el particular tenía derecho a la concesión. Pero, no dijo nada la sentencia del tribunal respecto de los tres años restantes. Cuando, por aclaración y adición, el particular pidió al tribunal que hubiese pronunciamiento sobre estos tres años faltantes, se le contestó que tenía que hacer otro juicio para este asunto, ya que la labor del tribunal contencioso administrativo se ceñía al acto administrativo arbitrario que se impugnó, y que fue anulado por esa jurisdicción.*

Obviamente, el *Dr. González Camacho* criticó esta sentencia por absurda, reafirmando que se acostumbra circunscribirse, en la jurisdicción contencioso administrativa, al análisis de la legalidad del acto administrativo, lo cual violenta el artículo 49 de la Constitución Política (*mesa redonda sobre el anteproyecto que aquí comentamos, celebrada en la Universidad Libre de Derecho el jueves 6 de julio del año 2000, a las 6 de la tarde, de la cual este Profesor de Derecho Administrativo fue miembro expositor*).

## II. LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE ESPAÑA

27 de diciembre de 1956

### artículo 1

1. La jurisdicción contencioso administrativa conocerá de las que se deduzcan en relación con los actos de la administración pública sujeta al derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la ley.

Se recuerda aquí la indicación que nos hace el **profesor Jesús González Pérez**:

*El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva supone el acceso a órganos imparciales e independientes en demanda de justicia frente a otro, cualquiera que sea la materia sobre que verse y la persona frente a que se pide. Supone el acceso a un proceso con las garantías debidas de defensa. Y supone que la decisión del órgano judicial sea llevada a efecto. En definitiva, hacer justicia: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.*

*El contencioso administrativo es uno de los órdenes jurisdiccionales, aquel que se limita, en principio, para conocer cuantas pretensiones puedan formularse en el ámbito administrativo (Madrid: **Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa**, T. I, Ed. Cívitas, 1999, págs. 87 y 88).*

## III. BORRADOR DEL ANTEPROYECTO Y LRJCA VIGENTE COSTARRICENSES

**Artículo 1 del borrador del anteproyecto (versión de setiembre 2000)**

1. Se regula la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, con el objeto de tutelar las

13 de julio de 1998

### artículo 1

*Los juzgados y tribunales del orden contencioso administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las administraciones públicas sujetas al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación.*

*situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho Administrativo, así como conocer y resolver sobre los diversos aspectos de la relación jurídico administrativa.*

2. Los motivos de ilegalidad comprenden cualquier infracción por acción u omisión al Ordenamiento Jurídico, escrito y no escrito.
3. Para los fines de la presente Ley, se entenderá por Administración Pública: (...)

### **Artículo 1 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LRJCA)**

1. Por la presente ley se regula la jurisdicción contencioso-administrativa establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, encargada de conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la administración pública sujetos al derecho administrativo.

## IV. REUNION ACADEMICA EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ DE HENARES (ESPAÑA), MAYO DEL 2000

Esta importante reunión académica y de trabajo se realizó con unos 65 Catedráticos de Derecho Administrativo de España (Doctores Jesús González Pérez, Jesús Leguina Villa, Luciano Parejo Alfonso, Fernando Garrido Falla, Miguel Sánchez Morón, Fernando Sáenz Moreno, entre otros); autoridades de la Universidad de Alcalá de Henares, el Embajador de Costa Rica en España, Lic. Javier Solís, y, el Cónsul General Lic. Román Navarro; doctorandos costarricenses en Madrid (Licdos. Daniel Soley Gutiérrez y Luis Amoretti Orozco, entre otros) y los miembros de la Comisión redactora citada (Magistrado Alvaro Fernández Silva, Dr. Oscar González Camacho, Lic. Aldo Milano Sánchez y el Dr. Manrique Jiménez Meza) y quien escribe estas páginas.

*La sesión de trabajo, de este taller, se inició con la exposición del anteproyecto en mención a cargo de los indicados miembros de la Comisión redactora.*

*Posteriormente, los catedráticos españoles procedieron a efectuar comentarios generales y puntuales sobre ciertos aspectos de*

ese anteproyecto, tomando en consideración que el documento recién lo tenían en su poder. Por esta razón, se comprometieron a enviar posteriormente consideraciones de mayor profundidad, lo cual efectivamente llevaron a cabo, como lo indicaré más adelante.

El debate y el intercambio de ideas entre los asistentes a esta sesión-taller y los citados miembros de la Comisión redactora fue muy enriquecedor y estimulante. Tomé nota de las intervenciones que se realizaron durante el período del debate o intercambio de ideas (que omito reseñar aquí en su totalidad, dada la brevedad de este documento).

Sin embargo, **mencionaré, a continuación, algunas de las observaciones (a título de mera ilustración) realizadas en el debate.**

- Este proyecto debería llamarse Ley y no Código, ya que este vocablo tiene una aplicación singular para un conjunto de normas jurídicas de mayor volumen (Código penal, Civil, de Trabajo, etc.)
- No es conveniente eliminar las dos instancias, dejando solo una, porque en la sede de Casación se presentarían las impugnaciones a granel, poniendo en peligro el principio de justicia pronta y cumplida.
- Al eliminarse las dos instancias, podría colapsar la sede de Casación, por la excesiva cantidad de impugnaciones, por cuanto la parte perdedora generalmente acudiría a Casación.
- Los plazos que se establezcan deben ser razonables
- Analizar las mayores facultades que se le otorgan al juez

**Por su parte, los expositores miembros de la citada Comisión, entre los aspectos que indicaron, resalto los siguientes:**

- Se elimina la publicación en la prensa escrita de avisos relativos a la demanda interpuesta
- El demandante o actor puede aportar el **expediente** administrativo al respectivo juicio, ya sea que la Administración no lo envíe o que lo remita incompleto
- Incorporación de fases procedimentales de oralidad
- Nuevas facultades al juez para los efectos de la **ejecución** de la sentencia

- Eliminación de la doble instancia (juez; y, tribunal), dejando la **única** instancia colegiada (tribunal)
- Agotamiento de la vía administrativa como **opcional o facultativo** para el actor (una excepción, entre otras, sería el necesario agotamiento de la vía administrativa a cargo de la Contraloría General de la República en materia de la apelación a los actos de adjudicación de licitaciones)

Lo anterior (*agotamiento de la vía administrativa como opcional para el actor*) sería congruente con la Ley de la Jurisdicción Constitucional que no requiere de ese agotamiento para acudir a la Sala Constitucional.

- Ampliar el radio de acción de la **legitimidad** para presentarse ante la jurisdicción contencioso administrativa (acción de grupos, ver aquí el voto **4808-99** de la Sala Cuarta; vecinal, colectiva, de intereses difusos, menores de edad, órganos intermedios, etc.)
- Se elimina la **formalización** de la demanda por considerarse innecesaria
- Extender la gama de medidas cautelares
- Se tiende a que la revisión jurisdiccional sea más amplia que al mero análisis de la legalidad del acto administrativo
- Plantear un juez más activo durante el proceso
- Establecer un valor presente (*indexación*: método para compensar las pérdidas de valor de las obligaciones a mediano y largo plazo) en las demandas económicas
- Medidas judiciales encaminadas a la efectiva ejecución de la sentencia

(Sobre el **afianzamiento de costas**, ésta quedó derogada por la Ley No. 7709 de 1997, que eliminó los artículos 283, 284 y 285 del Código de Procedimientos Civiles).

- Respecto de la conciliación, se tiende a establecer un juez conciliador

- Se fortalece el papel o el rol del juez en las audiencias
- Existe la orientación de descentralizar la sede jurisdiccional, estableciéndola en provincias; de tal modo que el modelo centralista residente en San José, quedaría ampliado

*(Estas anotaciones que realizo, las he complementado con lo expuesto en el panel realizado en la Universidad Libre de Derecho -San José- el jueves 6 de julio del 2000, integrado por el Dr. Oscar González, Dr. Manrique Jiménez, Dr. Ernesto Jinesta y el Lic. Aldo Milano, sobre esta misma materia).*

#### **V. DOCUMENTO RELATIVO A INDICACIONES HECHAS POR PROFESORES ESPAÑOLES RESPECTO DE ESTE ANTEPROYECTO (JUNIO 2000)**

El Seminario de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III, dirigido por el Dr. Luciano Parejo Alfonso e integrado por los profesores Agustín de Asís Roig, Andrés Betancor Rodríguez, María Calvo Charro, Antonio Estella de Noriega, Fernando Fonseca Ferrandís, Manuel Gámez, César González Ramos, Angel Manuel Moreno Molina, María Nieves de la Serna Bilbao, Pablo Tuduri Laboa y Marcos Váquer Caballería, enviaron a la Comisión redactora en junio del 2000 un documento en el cual hacían observaciones sobre este anteproyecto que comentamos.

*Por razones de edición, presentamos resumidamente algunos aspectos de ese importante documento:*

- Se hace necesaria una regulación más ordenada, sistemática, en la que se separen y ordenen las disposiciones relativas a la demanda y contestación de otras relativas al procedimiento y se dé a las primeras una regulación completa, sobre todo en cuanto a la parte relativa a la recepción del expediente administrativo
- Nos parece bien que cuando el proceso sea de "puro derecho" o no hubiese prueba que evacuar, las partes procederán a formular conclusiones en la propia audiencia preliminar
- El anteproyecto que se propone está enraizado en los principios de transparencia, democracia y participación que inspiran las

regulaciones más modernas de los procedimientos judiciales en el ámbito del contencioso-administrativo, razones éstas que nos hacen reiterar nuestra valoración general positiva del mismo

- Debe uniformarse el uso de los términos y conceptos procesales, para tener así una común terminología para referirse a los mismos hechos jurídicos
- La regulación del recurso de casación resulta acertada
- Las remisiones al Código Procesal Civil deben ser hechas de modo claro y preciso
- Es conveniente el establecimiento de la acción vecinal, ya asegura una mayor garantía de la defensa de los bienes e intereses locales y una mayor participación de los vecinos en los asuntos públicos de su Municipalidad o administración local

#### **VI. DOCUMENTO DEL DR. LUCIANO PAREJO ALFONSO (7 DE JULIO DEL 2000)**

El Dr. Parejo Alfonso envió por e-mail el 7 de julio de este año al Magistrado Alvaro Fernández Silva, un documento relativo a su exposición hecha en el Colegio de Abogados de Costa Rica, el miércoles 21 de junio del 2000, en el panel sobre este anteproyecto de ley, en el cual participó también el Dr. Enrique Rojas Franco.

El Dr. Parejo, entre otros aspectos, señala los siguientes, que reseño sucintamente, afirmando que el juicio que tiene sobre este anteproyecto es muy positivo:

- La concepción de la jurisdicción contencioso-administrativa como sistema de control de los poderes públicos infraconstitucionales
- La determinación de la actuación impugnabile y de las pretensiones
- En cuanto al procedimiento, se anota la construcción sobre la oralidad y la búsqueda de la solución de fondo (depuración previa de cuestiones formales-procesales)
- El diseño de la tutela cautelar

- Establecer un plazo de cuatro años para interponer la demanda es excesivo
- Resulta excesivo dar por ciertos los hechos de la demanda si no se ha remitido el expediente administrativo. Puede haber colusión; altera la economía del Derecho Administrativo y pone en cuestión la legitimidad del acto. Están aquí en juego principios básicos del Derecho Administrativo. Sería mejor establecer cualquier otra sanción, por enérgica que sea, que no ponga en juego la presunción de legalidad que gozan los actos administrativos por el solo hecho de un retraso en la remisión del expediente.

**VII. DOCUMENTO ELABORADO POR EL DR. MIGUEL SANCHEZ MORON (JULIO DEL 2000)**

*Este Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá de Henares (España), entre otros aspectos, señala:*

1. El proyecto de mayo del 2000 tiene una alta calidad técnica.
2. Es preferible hablar de "actuación" administrativa que de "conducta".
3. Respecto de las "partes", en la fórmula de la legitimación, que se extiende por igual a los titulares de derechos subjetivos como de intereses legítimos de cualquier tipo, me parece adecuada y a la altura de nuestros tiempos.
4. En cuanto al "objeto del proceso", considero que el control jurídico de la Administración es una mera finalidad del recurso (junto a la defensa de los derechos e intereses particulares).
5. Referente a las "pretensiones de las partes" conviene establecer una sistemática más clara, de manera que pudiesen deducirse por el interesado los "tipos de acciones" que pueden ejercer y el contenido y los límites de sus pretensiones posibles.
6. La regulación de medidas cautelares es muy amplia, ya que incluso pueden acordarse de oficio.

7. Considero que el plazo de cuatro años para recurrir es excesivo, ya que no tiene suficientemente en cuenta el valor de la seguridad jurídica.
8. Pienso que la indebida acumulación de "pretensiones" no debería entrañar la inadmisibilidad, sino en cuanto a las "pretensiones" indebidamente acumuladas a la principal.
9. Me parece muy acertado el "sistema de audiencia", pues estimo que está bien regulado en general.
10. En la "regulación de la sentencia" en general me parece correcta; pienso que debería matizarse el alcance de la misma en cuanto a lo que se denominan "conductas conexas", por la razón de que puede haber terceros afectados por las mismas que, sin embargo, no hayan sido parte en el proceso.
11. Por lo que atañe a la ejecución de sentencia, la regulación que se establece en el anteproyecto es muy completa y detallista; persigue evitar por todos los medios posibles, que queden sentencias sin ejecutar.
12. En cuanto al "recurso de casación", llama la atención lo escueto de su regulación, que me imagino debe completarse con lo dispuesto en el Código Procesal Civil.

**VIII. DOCUMENTO DE LOS PROFESORES DR. OSCAR GONZALEZ, DR. ERNESTO JINESTA, DR. MANRIQUE JIMENEZ Y LIC. ALDO MILANO (SETIEMBRE DEL 2000)**

Se trata este documento (de 90 páginas tamaño carta) de una reelaboración del anteproyecto de mayo de este año, que fue el que tuvieron para su análisis los profesores españoles ya citados.

Este nuevo anteproyecto del Código del Proceso Contencioso Administrativo (*que prefiero llamarlo Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*) estimo que merece un análisis y estudio detallado ya que su contenido respecto del documento de mayo del 2000, es una versión actualizada y mejorada sustancialmente, que ha tomado muy en cuenta las observaciones de los profesores españoles y de otros expertos en este campo.

*La estructura de este documento es la siguiente:*

Título I: La jurisdicción contencioso administrativa y civil de hacienda

Título II: Partes

Título III: Medidas cautelares

Título IV: Objeto y pretensiones

Título V: Actividad procesal

Título VI: Modos de terminación del proceso

Título VII: Recursos

Título VIII: Ejecución de sentencias

Título IX: Procedimientos especiales

Título X: Efectos económicos del proceso

Disposiciones generales

Disposiciones derogatorias y de reforma

Contiene 181 artículos, estableciendo su numeral final que esta normativa regirá un año después de su publicación, lo cual me parece conveniente.

Las disposiciones derogatorias y de reforma abarcan un total de 21 artículos.

Antes de finalizar este año, se realizarán varias actividades académicas para conocer, discutir y reflexionar en torno a este importante documento.

Considero relevante la participación de todos los sectores interesados en esta materia, ya que con ello el anteproyecto que finalmente se remitiría al Poder Legislativo, será valioso y bien conformado; independientemente de la suerte que corra en el seno de la Asamblea Legislativa y de la voluntad política que exista para convertirlo en Ley de la República.

Parte del mejoramiento de la administración de justicia en este terreno pasa —entre otros aspectos trascendentes— por el hecho de contar con una nueva ley de la jurisdicción contencioso administrativa que cumpla con los objetivos ordenados en el numeral 49 de la Carta Magna.

***Algunos de los aspectos interesantes de este documento, los citamos a continuación, a título meramente ilustrativo:***

### ***Artículo 7: Descentralización de tribunales***

*Con el propósito de acercar la justicia administrativa a los justiciables, la Corte Plena establecerá en cada provincia o zona territorial establecida por ella, un Tribunal Superior Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda cuando lo impongan el índice de ligiosidad, las necesidades de los usuarios y la actuación de entes u órganos administrativos a nivel provincial, regional y cantonal.*

### ***Artículo 13.1: Coadyuante***

*Podrá intervenir como coadyuvante de cualquiera de las partes, el que tenga interés indirecto en el objeto del proceso, para lo cual podrá apersonarse en cualquier estado del mismo sin retroacción de términos.*

### ***Artículo 19: Medidas cautelares***

*Durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, el Tribunal o Juez respectivo podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.*

### ***Artículo 31.1: Opcional agotar la vía administrativa***

*El agotamiento de la vía administrativa será facultativo, salvo para lo dispuesto en los artículos 173 (acuerdos municipales) y 182 (contratación administrativa) de la Constitución Política.*

### ***Artículo 35.1: Omisión administrativa***

*Para el supuesto de que se impugne una omisión administrativa, el administrado podrá optar por el previo requerimiento a la Administración, la cual deberá ejercitar la conducta debida, cuando así proceda, en el plazo de un mes. Si transcurrido dicho plazo, persiste la omisión, quedará expedita la vía contencioso-administrativa.*



### **Artículo 48.1: Proceso unificado**

*En los procesos con identidad de objeto y causa, relacionados con la afectación de intereses colectivos, grupales y difusos, después de contestada la demanda, el tribunal, de oficio o a gestión de parte, podrá instar a los actores para que se unan en un solo proceso, sin perjuicio de actuar bajo una sola representación.*

### **Artículo 70: Conciliación**

*La Administración Pública podrá conciliar sobre la conducta administrativa, sus efectos y la validez de ambos, con independencia de su naturaleza pública o privada.*

### **Artículo 75: Cosa juzgada material**

*Una vez firme la conciliación, tendrá carácter de cosa juzgada material y para su ejecución será aplicable lo relativo a la ejecución de sentencia.*

### **Artículo 80.1: Medios de prueba**

*Los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el derecho público, además de los del derecho común.*

### **Artículo 83.1: Respeto a los principios de la oralidad**

*El Juez Prosecutor y el Tribunal, según sea el caso, deberán asegurar durante las audiencias, el pleno respeto de los principios de la oralidad.*

### **Artículo 116.1: Ambito de la sentencia**

*La sentencia resolverá todas las pretensiones, y además, sobre todos aquellos extremos permitidos por este Código.*

### **Artículo 122: Indemnización de daños y perjuicios**

*La condena al pago de una obligación de valor o dineraria, no excluye la indemnización de los daños y perjuicios que fueren precedentes.*

### **Artículo 131: Recurso de casación**

*Procederá el recurso de casación por razones formales y de fondo, contra las sentencias y autos con carácter de sentencia, en los términos señalados en la legislación procesal civil. El recurso será de conocimiento del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda o de la **Sala Quinta** de la Corte Suprema de Justicia, según los criterios de distribución competencial establecidos en el presente Código.*

### **Artículo 135.1: Recurso de casación en interés de la ley**

*Cabrá el recurso de casación en interés de la ley ante la Sala Quinta de Casación de la Corte Suprema de Justicia, contra las sentencias firmes dictadas por el Tribunal de Casación Administrativo o el Tribunal de Casación Administrativo, cuando se estimen gravemente violatorios del Ordenamiento Jurídico.*

### **Artículo 136.1: Recurso de casación para la unificación de la jurisprudencia**

*Podrá interponerse el recurso de casación para la unificación de la jurisprudencia contra las sentencias dictadas por el Tribunal Administrativo y el Tribunal de Casación Administrativo, cuando en situaciones fácticas y jurídicas iguales, se hubieren vertido pronunciamientos contradictorios con los dictados previamente por la Sala Quinta de la Corte Suprema de Justicia.*

### **Artículo 140: Conducta administrativa lesiva**

*Será contraria al Ordenamiento Jurídico la conducta administrativa que no se ajuste a lo dispuesto en la parte dispositiva de la sentencia. Tal declaración deberá realizarse en la fase de ejecución.*

### **Artículo 143: Facultades del juez ejecutor**

*Si la sentencia ordenare a la Administración Pública a realizar una determinada conducta activa, el Juez ejecutor podrá, en caso de incumplimiento:*

- a) Ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o –en su defecto– de otras Administraciones Públicas, con observancia de los procedimientos establecidos.*
- b) Adoptar medidas necesarias y adecuadas para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente a la conducta omitida, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración pública condenada.*

### **Artículo 147.1: Condena a la Administración, mediante pago**

*Cuando la Administración Pública fuere condenada al pago de una cantidad líquida, deberá acordarlo y verificarlo de inmediato, si hubiere contenido económico suficiente y debidamente presupuestado. Al efecto, la sentencia firme producirá, automáticamente, el compromiso presupuestario de los fondos pertinentes para el ejercicio fiscal en que se produzca la firmeza del fallo.*

### **Artículo 148: La Administración debe pagar intereses**

*Aunque la sentencia no lo dispusiere, la Administración estará obligada al pago de intereses legales por todo el tiempo de atraso en la ejecución.*

### **Artículo 160: Deber del Juez ejecutor**

*Corresponde al Juez ejecutor, la ejecución de las sentencias dictadas por la Jurisdicción Constitucional, en procesos de hábeas corpus y de amparo contra sujetos de Derecho Público, únicamente en lo relativo a la demostración, liquidación y cumplimiento de indemnizaciones pecuniarias.*

### **Artículo 170: Recurso no jerárquico municipal**

*Será de conocimiento del Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, la apelación contra acuerdos municipales, establecida en el artículo 173 de la Constitución Política.*

### **Artículo 175.3: Exoneración del pago de las costas**

*La parte vencida podrá ser exonerada del pago de las costas cuando por la naturaleza de las cuestiones debatidas haya habido, a juicio del tribunal, motivo bastante para litigar.*

### **Artículo 180: Normas supletorias**

*En lo no expresamente previsto en este Código, regirán como normas supletorias la Ley General de Administración Pública y las demás normas escritas y no escritas de Derecho Público, la legislación procesal civil y las disposiciones generales de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

### **Artículo 181: Vigencia**

*El presente Código empezará a regir un año después de su publicación.*

— 0 —

Se adiciona al **Código Municipal**, el **título VII: acción municipal** y se modifica la numeración.

Se modifica así el **artículo 90 de la ley de contratación administrativa:**

*La resolución final o el acto que ponga término al recurso dará por agotada la vía administrativa.*

*Dentro de los dos meses posteriores a la comunicación, el interesado podrá impugnar el acto final, ante el tribunal Administrativo (...)*

## CONCLUSION

Se ha iniciado el proceso de debate y reflexión sobre este anteproyecto, lo cual resulta positivo, dada la importancia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el sistema democrático.

Así por ejemplo, el *Seminario sobre la reforma al Proceso Contencioso Administrativo* que se ha realizado los días 11 al 13 de octubre del 2000 en el Poder Judicial, con la participación de los Profesores españoles Dr. Luciano Parejo Alfonso, Dr. Miguel Sánchez Morón; y, el colombiano Dr. Libardo Rodríguez, abarcando los temas de:

- *Fundamentos constitucionales del nuevo contencioso, su ámbito y legitimación*
- *Evolución del contencioso administrativo*
- *Legitimación, agotamiento y proceso unificado*
- *Objeto y pretensiones*
- *Objeto y procedimientos*
- *Medidas cautelares y casación*
- *Poderes del juez y ejecución de sentencias*
- *Cobro judicial*

Es muy probable que al futuro se den más cambios en la redacción del contenido de este anteproyecto, motivo por el cual he preferido no analizar el documento elaborado (tanto el de mayo como el de setiembre del 2000) artículo por artículo, sino esperar a que el borrador de este anteproyecto esté más avanzado en su largo camino hacia el Poder Legislativo (y, luego dentro de él) para convertirse en ley de la República.

La Comisión redactora de este anteproyecto cumplió una labor valiosa y digna de reconocimiento. Asimismo, hay que destacar la colaboración, apoyo y ayuda de los profesores españoles y colombiano para con este anteproyecto.

Ya existen diversos grupos enterados del contenido del anteproyecto citado, en su versión de mayo de este año. De este modo, existe disparidad de criterios en cuanto a diversos aspectos de ese

anteproyecto. Lo importante es enriquecer el debate, con el fin de obtener mejoras relevantes en el texto.

El tema de la *mentalidad* de los actores es fundamental para concebir un proyecto de ley viable, democrático y que cumpla con el fin de la jurisdicción contencioso administrativa, al tenor del artículo 49 de la Carta Magna.

Este documento que he escrito es uno más de los que ya se han elaborado; y, desea contribuir al debate necesario y amplio sobre las ideas contenidas en ese anteproyecto.

Es conveniente citar las palabras del **Dr. Ernesto Jinesta Lobo** (San José: Ed. Guayacán, 1999, págs. 19, 22, 23 y 27) cuando *expresa que el control jurisdiccional de la Administración Pública constituye uno de los rasgos esenciales del Estado de Derecho.*

*La jurisdicción contencioso administrativa se instauró para proteger al individuo contra la arbitrariedad de la Administración Pública; siendo el Estado de Derecho la cristalización de una larga aspiración humana: la supresión de la arbitrariedad y el despotismo.*

*Precisamente, uno de los pilares básicos del Derecho Administrativo es la protección jurisdiccional del administrado, sometiendo a la Administración al ordenamiento jurídico.*

*El fortalecimiento de un control jurisdiccional de la Administración, no supone la instauración de un gobierno de jueces. Al contrario, el ejercicio de la función jurisdiccional contribuye a la realización de la actuación administrativa.*

Lo grave no es un gobierno de jueces, sino una justicia de los políticos o una toga que oculte un político (citando al profesor Jesús González Pérez, **Administración Pública y libertad**, México, UNAM, pág. 92, 1971).

A lo anterior, se le puede añadir que de acuerdo al volumen de actos administrativos arbitrarios, la cantidad de los que se impugnan ante la jurisdicción contencioso-administrativa es marcadamente insignificante. De tal modo, que prevalece la actuación ilegítima del Estado, ante la conducta de los agraviados de optar por no acudir al Poder Judicial, debido a los gastos en abogado, trámites procesales, lentitud del proceso y casi certeza de perder el pleito (ya que más del 80% de los procesos lo pierden los administrados).

## BIBLIOGRAFIA BASICA DE REFERENCIA

### ***Documentos relativos a este anteproyecto de ley sobre la jurisdicción contencioso administrativa de Costa Rica***

Anteproyecto de reforma a la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa (San José, Poder Judicial, octubre de 1999 y mayo del 2000).

Documento elaborado por el Seminario de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III, de Madrid, dirigido por el Dr. Luciano Parejo Alfonso (junio del 2000).

Documento elaborado por el Dr. Luciano Parejo Alfonso (Madrid: Universidad Carlos III, 7 de julio del 2000)

Documento elaborado por el Dr. Miguel Sánchez Morón (Universidad de Alcalá de Henares, España, julio del 2000).

Documento elaborado por los profesores Dr. Oscar González Camacho, Dr. Ernesto Jinesta Lobo, Dr. Manrique Jiménez Meza y Lic. Aldo Milano Sánchez, (setiembre del 2000, San José, Costa Rica).

## LIBROS Y ARTICULOS DE REVISTAS

Córdoba Ortega, Jorge. ***Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa***; con jurisprudencia contencioso administrativa y constitucional, incluyendo resoluciones sobre interdictos (San José: IJSA, 1998).

Comisión Europea. ***Libro blanco sobre la independencia del Poder Judicial y la eficacia de la administración de justicia en Centroamérica*** (San José: Publicaciones Iberia, 2000).

García de Enterría, Eduardo. ***Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*** (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Revista de Administración Pública, Nº 151, 2000).

González Pérez, Jesús. ***La Constitución y la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa*** (Madrid: Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1998).

***Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*** (Madrid: Cívitas, 2 tomos, 1999).

***Administración pública y libertad*** (México: UNAM, 1971).

- Herrera Castro, Luis G. *La tutela de los derechos: el contencioso administrativo* (San José Revista Judicial, No. 46, 1989).
- Jiménez Meza, Manrique. *Reformas a la justicia contenciosa administrativa* (San José: Revista Iustitia, No. 118- 119, 1996).
- Reformas a la justicia contenciosa administrativa* (San José: Revista Iustitia No. 118- 119, 1996).
- La legitimación administrativa* (San José: IJSA, 3ª ed., 2000).
- Justicia constitucional y administrativa* (San José: IJSA, 2ª ed., 1999).
- Jinesta Lobo, Ernesto. *El control jurisdiccional de la Administración Pública* (San José: Revista Judicial, No. 63, 1997).
- Análisis crítico de la evolución constitucional, legislativa y jurisprudencial de la jurisdicción contencioso-administrativa* (San José: Revista Iustitia No. 126- 127, 1997).
- La dudosa constitucionalidad del emplazamiento por edictos a los co-demandados en el proceso contencioso-administrativo: la necesidad de su reforma* (San José: Revista Iustitia No. 124-125, 1997).
- La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo* (San José: Colegio de Abogados, 1996).
- El ámbito y las pretensiones de la jurisdicción contencioso-administrativa: la necesidad de su reforma* (San José: Revista Iustitia No. 141-142, 1998).
- La oralidad en el proceso contencioso-administrativo* (San José: Revista Iustitia No. 155- 156, 1999).
- Ultimas orientaciones jurisprudenciales y doctrinales en materia de suspensión del acto o disposición impugnada en el contencioso administrativo* (San José: Revista Iustitia No. 109-110, 1996).
- La dimensión constitucional de la jurisdicción contencioso administrativa* (San José: Ed. Guayacán, 1999).
- Los recursos administrativos en materia municipal y las funciones de la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo* (San José: Revista Iustitia, Nº 162-163, 2000).

Milano, Aldo. **Ensayos de Derecho Procesal Administrativo** (San José: Universidad de San José, 1997).

Muñoz Quesada, Mario A. **Las excepciones dilatorias y las defensas previas en el proceso civil y Contencioso administrativo costarricense** (San José: Universidad de Costa Rica, tesis de licenciatura en Derecho, 1976).

Ortiz Ortiz, Eduardo. **Espíritu y perspectivas de una reforma de la justicia administrativa** (San José: Revista Judicial, No. 49, 1990).

**Interés legítimo, derecho subjetivo y reforma al contencioso administrativo** (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 2, 1963).

**Materia y objeto en el juicio contencioso administrativo** (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, 1965).

**Suspensión del acto impugnado en la vía contencioso-administrativa en Costa Rica** (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 17, 1971).

**Expropiación y responsabilidad pública** (San José: LIL, 1996).

Parejo Alfonso, Luciano. **La tutela judicial cautelar en el orden contencioso administrativo** (San José: Revista Judicial, No. 49, 1990).

**Documento relativo al anteproyecto de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de Costa Rica (mayo 2000)** (Madrid: Universidad Carlos III, 7 julio 2000).

Retana Sandí, Gonzalo. **La jurisdicción contencioso-administrativa en Costa Rica y su reforma** (San José: Revista del Colegio de Abogados, julio de 1966).

Rojas Franco, Enrique. **La jurisdicción contencioso-administrativa en Costa Rica** (San José: Imprenta Nacional, 1995, 2 tomos).

Romero-Pérez, Jorge Enrique. **El Estado de Derecho y el Derecho Procesal Administrativo** (San José: Revista de la Contraloría General de la República No. 10, 1970).

**Derecho Administrativo general** (San José: EUNED, 1999).

Zeledón Zeledón, Ricardo. **Justicia administrativa y contencioso administrativa: propuesta para definir su competencia en la Ley Orgánica del Poder Judicial** (San José: Revista Iustitia No. 124-125, 1997).



## **ESTADO Y LIBERTAD EN SPINOZA**

*Prof. Manuel Castro Lobo*

Universidad de Costa Rica

Abogado

## **SUMARIO:**

Introducción

- I. Spinoza: El Hombre
- II. Substancia, atributos y modos
- III. Dios y naturaleza
- IV. El Hombre
- V. La idea de libertad en Spinoza
  1. El poder de Dios es libre
  2. El hombre posee una voluntad libre
  3. Estado y libertad
  4. Libre es el que se guía por la razón
  5. Libertad y religión

Conclusiones

Bibliografía

## INTRODUCCION

Si algo caracteriza a nuestra época es la pérdida de fe en el Estado y en los gobernantes. En los países democráticos se observa con alarma como crece el abstencionismo, no sólo cuando se realizan elecciones, sino también cuando se realizan consultas, referendos, reuniones a todo nivel, etc. El ciudadano promedio sólo desea que el gobierno de turno no se entrometa más en su vida, en su economía, en su religión, en su vida privada, en su educación y en muchos otros campos de su vida. Se concibe al gobierno como un verdadero "leviatán", como un monstruo gigantesco y poderoso, del cual hay que cuidarse continuamente. Antes, se le consideraba como un mal necesario, pues brindaba protección al ciudadano, se preocupaba por su salud, por su educación, por su desarrollo integral. En la actualidad, los pueblos comprenden con dolor, que nada es gratuito, y que pese a que los impuestos crecen en forma acelerada, los gobiernos cada vez se muestran más incapaces de brindar seguridad, una educación de calidad, un eficiente sistema de salud y que lejos de pretender un desarrollo integral del ciudadano, con costos se puede sobrevivir.

¿Qué tiene que ver todo esto con Spinoza? La filosofía de este pensador holandés del siglo XVII tiene una gran actualidad y muchos de los yerros de los gobiernos actuales pueden ser explicados por su alejamiento del enfoque spinoziano. Pretendo, en este trabajo, hacer ver que ese alejamiento entre el ciudadano y el gobernante, y el temor que el ciudadano siente a perder cada vez más su libertad por culpa de aquél, se debe, principalmente, a que cada uno de estos personajes, se ve como perteneciente a un universo distinto e incluso antagónico. Con Spinoza, todos, ciudadanos y gobernantes, somos parte de un todo, el cual explica y da sentido a cada parte. Los conceptos de Dios, naturaleza, ser humano y Estado son partes de una misma y única realidad. El conocimiento de esa verdad es lo que nos dará la verdadera libertad.

Igualmente, el clamor de los ecologistas por la posición de enfrentamiento y de dominación que ha tomado el ser humano frente a la naturaleza, encuentra en Spinoza una brillante solución. Como claramente lo señala este autor, el hombre es solo una pequeña parte de la naturaleza. La relación no es de enfrentamiento sino de pertenencia. No pretendo hacer un análisis de toda la filosofía de Spinoza.

Concretamente, me referiré a los conceptos de Estado y libertad. Pero no es posible entender esos dos conceptos sin referirme, aunque sea en forma somera, a los enormes conceptos de Dios, naturaleza y hombre.

Dentro de ese contexto único, que lo incluye todo, podremos estudiar los conceptos de Estado y libertad, que son los temas principales de este trabajo.

## **I. SPINOZA: EL HOMBRE**

Baruch de Spinoza nació en Amsterdam (Holanda) en 1632 y murió muy joven, en 1677. Descendiente de una familia judía española. Su pensamiento filosófico hace que sea expulsado de la sinagoga y que también, sea considerado un ateo peligroso por los cristianos.

Vivió muy modestamente, en La Haya. Se dedicó también a pulir cristales ópticos. Tal vez, esa profesión, que pretende ayudar a los seres humanos a ver mejor la realidad que los rodea y los incluye, sea una manifestación paralela del objetivo de su filosofía.

Su amor por la libertad (tema central en la filosofía de Spinoza), hace que rechace un nombramiento como profesor en la Universidad de Heildelberg, que, sin duda, le hubiese sido de mucha ayuda por su precaria economía y su delicada salud.

Escribió casi todas sus obras en latín. Entre ellas están: "Tractatus de intellectus emendatione", el "Breve tratado de Dios, el hombre y su felicidad" (en holandés), el "Tractatus theologico-politicus", (que abreviaremos TTP), el "Tractatus politicus", (que abreviaremos TP), una exposición de los Principios de Descartes, los "Cogitata metaphysica" y su famosa "Ethica ordine demonstrata, (que abreviaremos E).

En Spinoza hay una clara influencia de las fuentes hebreas: la Biblia y el Talmud; de los filósofos judíos medievales (Maimónides y la Cábala), del estoicismo y de filósofos como Giordano Bruno y Hobbes.

## **II. SUBSTANCIA, ATRIBUTOS Y MODOS**

Substancia, para Spinoza, es "aquello que es en sí y se concibe por sí, esto es, aquello cuyo concepto, para formarse, no precisa del

concepto de otra cosa... Por atributo entiendo aquello que el entendimiento percibe de una substancia como constitutivo de la esencia de la misma... Por modo entiendo las afecciones de una substancia, o sea, aquello que es en otra cosa, por medio de la cual es también concebido." (Ética 47, 48)

La substancia es aquello que no necesita de nada para existir. Esa única substancia sólo puede ser Dios. Las demás cosas son simplemente atributos de esa única substancia. Existen infinitos atributos, pero el ser humano solo puede conocer dos: el pensamiento y la extensión. Las cosas individuales son modos de la substancia. Por ende, lo que percibimos como diversidad y como fenómenos aislados entre sí, es solo apariencia. Cuando nos quedamos en el primer nivel del conocimiento, que en Spinoza es el conocimiento empírico, no obtenemos una visión global de la realidad, sino fragmentos de ella. Es necesario hacer uso de niveles superiores de conocimiento, como el conocimiento racional y el intuitivo, para comprender que todo es parte de la única substancia que es Dios.

### **III. DIOS Y NATURALEZA**

"Por Dios entiendo un ser absolutamente infinito, esto es, una substancia que consta de infinitos atributos, cada uno de los cuales expresa su esencia eterna e infinita" (Ética 48)

"No puede darse ni concebirse substancia alguna excepto Dios... Todo cuanto es, es en Dios, y sin Dios nada puede ser ni concebirse". (Ética. 60)

Dios es el ente absolutamente infinito o la única substancia que consta de infinitos atributos y de infinitos modos. Todo lo que existe es parte de Dios. Dios es naturaleza en un doble sentido: Dios es el origen de todas las cosas (natura naturans) pero también, Dios no engendra nada distinto de él, todo brota de Dios y no es distinto de Dios (nature naturata). Por ende, el sistema de Spinoza es panteísta. (Marías, 225)

Dios no crea la naturaleza ni al hombre. No existe lo que el Cristianismo denomina "la Creación". En Spinoza, la única substancia existente: Dios, es eterna e inmutable.

Dios, es el único ser verdaderamente libre, porque, como única substancia existente, que es en sí y se concibe por sí, "obra en virtud de

las solas leyes de su naturaleza, y no forzado por nadie". Todo lo demás, la naturaleza y el hombre mismo, obedecen las leyes eternas e inmutables de Dios.

#### **IV. EL HOMBRE**

Para Spinoza, todo es naturaleza. El hombre, es una parte de esa naturaleza. Es, simplemente, un modo de la substancia. Incluso, la oposición que establece el Cristianismo entre cuerpo y alma, no se da en Spinoza. El alma es la idea del cuerpo. Espíritu y cuerpo están unidos. Es la unión del atributo pensamiento y del atributo extensión. Somos nuestro cuerpo en la medida en que somos conciencia de la conciencia del cuerpo. Aquí tenemos una verdadera teoría reflexiva. Todo lo que se produce en el cuerpo encuentra su expresión en el espíritu y nada puede sucederle al cuerpo que no sea percibido por el espíritu. (Misrahi, 88)

El hombre, al igual que la naturaleza, está determinado por las leyes eternas e inmutables de Dios. La verdadera libertad del hombre consiste en conocer su posición como modo de la única substancia y como una parte de la naturaleza. Por eso es tan importante en Spinoza, el conocimiento. El sistema de Spinoza es determinista. El hombre no es libre ni el mundo tiene una finalidad. Todo está determinado casualmente. Solo podemos, con relación al hombre, hablar de un tipo de libertad: el conocimiento, el cual nos permite conocer que no somos libres sino que estamos determinados no por nosotros mismos sino por la única substancia, por Dios. Concebirnos como seres determinados por Dios y vivir en la naturaleza y en Dios. ¡Esa es nuestra libertad!

Aquí aplica Spinoza el principio estoico "parere Deo libertas est" ("obedecer a Dios es libertad") (Marías, 226)

Ese conocimiento de la verdad, produce felicidad en el hombre. La felicidad, en Spinoza, es perfección. Por eso, conocimiento, amor intelectual a Dios, libertad y felicidad, van juntos en el sistema de Spinoza. El hombre no es un universo dentro de otro. No es en sí ni por sí. No es substancia sino modo. De ahí su vínculo con la naturaleza y con Dios. El hombre no puede comprenderse ontológicamente por sí mismo sino por el todo de la naturaleza (Misrahi, 83)

## V. LA IDEA DE LIBERTAD EN SPINOZA

### 1. El poder de Dios es libre

Dios es el único ser realmente libre. Todo actúa por el poder de Dios. Para Spinoza existe una relación entre poder y derecho. No se puede entender un concepto sin el otro. Derecho es poder. Sin poder, no hay derecho. En Dios, que todo lo puede, existe también un derecho a todo. En el hombre, su derecho llega hasta donde llega su poder.

“A partir del hecho de que el poder por el que existen y actúan las cosas naturales, es el mismísimo poder de Dios, comprendemos, pues, con facilidad qué es el derecho natural. Pues, como Dios tiene derecho a todo y el derecho de Dios no es otra cosa que su mismo poder, considerado en cuanto absolutamente libre, se sigue que cada cosa natural tiene por naturaleza tanto derecho como poder para existir y para actuar. Ya que el poder por el que existe y actúa cada cosa natural, no es sino el mismo poder de Dios, el cual es absolutamente libre.” (TP 85)

Como vimos anteriormente, en el sistema de Spinoza Dios y naturaleza se identifican. Por ende, el poder de Dios se extiende al poder de la naturaleza. Como ambos conceptos están ligados, el derecho de Dios se extiende también a toda la naturaleza. Así, todo en la naturaleza, tiene reglas fijas e inmutables. Todo en ella, incluyendo al hombre, está determinado a existir y a obrar de cierto modo. Por ende, la naturaleza y el hombre están determinadas. No existe el libre albedrío en el hombre.

“Por derecho e institución natural no entiendo otra cosa que las reglas de la naturaleza de cada individuo, según las cuales concebimos a cada uno determinado naturalmente a existir y a obrar de cierto modo... Es cierto que la naturaleza, considerada en absoluto, tiene un derecho soberano sobre todo lo que está en su poder, es decir, que el derecho de la naturaleza se extiende adonde alcanza su poder. Ahora bien, el poder de la naturaleza es el poder mismo de Dios, que posee un derecho soberano sobre todo.” (TTP 275)

Para Spinoza el derecho del individuo no es una cosa teórica o un conjunto de intenciones en un papel, sino una realidad. Derecho implica poder. Sin poder, no hay derecho. Dentro de ese ámbito de poder, el individuo es soberano. Y si tomamos en cuenta que el hombre, como parte de la naturaleza, está determinado por las leyes eternas e inmutables de Dios, lo que el hombre haga dentro de ese ámbito de

poder no puede considerarse “malo” o “pecado”. Simplemente, el hombre actúa según su naturaleza. Cuando se vive bajo el imperio de la naturaleza, no se comete falta o “pecado” alguno. Ahora bien, el ser humano no tiene la capacidad para comprender la totalidad del ser de la naturaleza. Él es solo una parte de ella. De ahí que sea muy corriente el hecho de que los hombres critiquen, ridiculicen, se burlen y hasta persigan muchas manifestaciones de la naturaleza que no llegan a comprender.

“Cada individuo tiene un derecho sobre todas las cosas que puede alcanzar, es decir, que el derecho de cada uno se extiende hasta donde se extiende su poder determinado... cada individuo tiene un derecho soberano a esto, según ya dije, es decir, a existir y a obrar según la determinación de su naturaleza... Aquel que produce una cosa según las leyes de su naturaleza, lo hace con pleno derecho, puesto que ha obrado según determinaba su naturaleza, y no podía obrar de otro modo... Esto es lo mismo que Pablo enseña, de que antes de la ley, esto es, cuando los hombres vivían bajo el imperio de la naturaleza, no conoce ningún pecado... No es extraño, pues la naturaleza no se limita en el molde de la razón humana, que sólo atiende a la utilidad verdadera y a la conservación de los hombres, sino a otras infinitas que abrazan el orden de la naturaleza, en que el hombre es una partícula; por su sola necesidad se determinan todos los individuos, de cierto modo, a existir y a obrar. Aquello que nos parece en la naturaleza ridículo, malo o absurdo, consiste solamente en que únicamente en parte conocemos las cosas, y de que todos queremos dirigirlas según los hábitos de nuestra razón, cuando aquello que la razón presenta como malo no es malo al orden y a las leyes de la naturaleza universal, sino sólo respecto a las leyes de nuestra naturaleza. Sin embargo, nadie puede dudar cuán útil es a los hombres vivir según las leyes y los consejos de nuestra razón, que, como ya dijimos, sólo atiende a la verdadera utilidad de los hombres.” (TTP 276, 277, 278)

## **2. El hombre posee una voluntad libre**

Para Spinoza, todo ser tiende a la preservación de su ser. El hombre no es una excepción a esta regla. Todo lo que brinde al hombre seguridad de su ser, felicidad, poder, es positivo, es perfección. Todo lo que lesione su integridad, que lo torne triste, que limite su poder y su derecho, es imperfección. El poseer razón es algo que caracteriza al hombre y que lo diferencia de los demás seres vivos. El uso de la razón



le permite al hombre reflexionar y comprender su posición en el universo. Al poseer razón, el hombre está determinado a usarla y al hacerlo, puede conocer y amar a Dios. El conocimiento de Dios produce felicidad y la verdadera libertad.

“Que el hombre, como los demás individuos, se esfuerce cuanto puede en conservar su ser, nadie lo puede negar. Pues, si alguna diferencia cupiera concebir aquí, debería derivarse de que el hombre posee una voluntad libre. Ahora bien, cuanto más libre concibiéramos al hombre, más forzados nos veríamos a afirmar que es necesario que se conserve y que sea cuerdo, como concederá sin dificultad todo aquel que no confunda la libertad con la contingencia. Efectivamente, la libertad es una virtud o perfección, y, por lo tanto, cuanto supone impotencia en el hombre, no puede ser atribuido a la libertad. De ahí que no cabe decir que el hombre es libre, porque puede no existir o porque puede no usar de la razón, sino tan sólo en cuanto tiene potestad de existir y de obrar según las leyes de la naturaleza humana. Cuanto más libre consideramos, pues, al hombre, menos podemos afirmar que puede no usar de la razón y elegir lo malo en vez de lo bueno. (TIP 88)

Todos los seres humanos, sin distinción, están llamados a conocer y a amar a Dios. Como la mayoría de los hombres prefiere guiarse por sus pasiones, por sus apetitos y no por la razón, la seguridad de los individuos se torna precaria. Por esa razón, los hombres se organizan en sociedades civiles. El fin del Estado es el de garantizar la seguridad de los ciudadanos y de promover el conocimiento, el amor a Dios y la liberación de todos los individuos. Desgraciadamente, los gobernantes se olvidan fácilmente de su misión y en vez de propiciar la liberación, hacen todo lo contrario. Muchas veces, mediante la instauración de un régimen de terror, los gobernantes someten a los ciudadanos. En algunos casos, hasta los meten en prisión y de esta forma, llegan a poseer sus cuerpos pero no sus almas, que, a pesar de las rejas de la cárcel, siguen siendo libres. Otras veces, los gobernantes compran las conciencias de los ciudadanos. Así, logran someter no solo sus cuerpos sino también sus mentes.

“Se sigue, además, que cada individuo depende jurídicamente de otro en tanto en cuanto está bajo la potestad de éste, y que es jurídicamente autónomo en tanto en cuanto puede repeler, según su propio criterio, toda fuerza y vengar todo daño a él inferido, y en cuanto, en general, puede vivir según su propio ingenio.

Tiene a otro bajo su potestad, quien lo tiene preso o quien le quitó las armas y los medios de defenderse o de escaparse, o quien le infundió miedo o lo vinculó a él mediante favores, de tal suerte que prefiere complacerle a él más que a sí mismo y vivir según su criterio más que según el suyo propio. Quien tiene a otro bajo su potestad de la primera o la segunda forma, sólo posee su cuerpo, pero no su alma; en cambio, quien lo tiene de la tercera o la cuarta forma, ha hecho suyos tanto su alma como su cuerpo, aunque sólo mientras persista el miedo o la esperanza; pues, tan pronto desaparezca ésta o aquél, el otro sigue siendo jurídicamente autónomo.” (TP 90)

### **3. Estado y libertad**

Antes de que se dé el Estado, el hombre vive en su estado natural. Ahí, su derecho se extiende hasta donde llega su poder y dentro de esa esfera de poder y de derecho, el hombre es soberano. En ese estado natural no existe el pecado, ni el delito, no hay nada prohibido. Rigen solamente las leyes de la naturaleza, que son las mismas leyes eternas e inmutables de Dios.

“De cuanto hemos explicado en este capítulo resulta claro que en el estado natural no existe pecado o que, si alguien peca, es contra sí y no contra otro. Por derecho natural nadie, en efecto, está obligado, si no quiere, a complacer a otro ni a considerar bueno o malo sino aquello que, según su criterio personal, juzga como tal. En una palabra, por derecho natural nada es prohibido, excepto lo que nadie puede realizar... Pues las leyes de la naturaleza son leyes de Dios, que él estableció con la misma libertad con que existe, y que fluyen, por tanto, de la necesidad de la naturaleza divina y, por consiguiente, son eternas y no pueden ser violadas... El pecado no se puede concebir, pues, más que en el Estado, ya que en éste se determina, en virtud de un derecho común de todo el Estado, qué es bueno y qué malo, y nadie hace nada con derecho, sino cuanto realiza en virtud de una decisión o acuerdo unánime.” (TP 94, 95)

El fundamento del Estado es la unión de fuerzas y de derechos. No olvidemos que cada ser humano posee tanto derecho como poder tenga. El derecho no es un cúmulo de buenas intenciones o una colección de normas sin una aplicación real y efectiva. Aquí, Spinoza aplica aquel refrán que dice: “la unión hace la fuerza”.

“Si dos se ponen mutuamente de acuerdo y unen sus fuerzas, tienen más poder juntos y, por tanto, también más derecho sobre la naturaleza que cada uno por sí solo. Y cuantos más sean los que estrechan así sus vínculos, más derecho tendrán todos unidos.” (IP 92)

El Estado es el resultado de esa suma de poderes y derechos individuales. Los ciudadanos delegan esa suma de poder en el gobernante en forma irrestricta. Sin embargo, como veremos más adelante, el ciudadano mantiene siempre el derecho irrenunciable de pensar, de reflexionar, de buscar la verdad, e incluso, de opinar y así exteriorizar su pensamiento. El tipo de gobierno se llamará democracia, aristocracia o monarquía según lo lleve a cabo por la multitud, por un grupo selecto de ciudadanos o por un monarca.

“Este derecho que se define por el poder de la multitud, suele denominarse Estado. Posee este derecho, sin restricción alguna, quien, por unánime acuerdo, está encargado de los asuntos públicos, es decir, de establecer, interpretar y abolir los derechos, de fortificar las ciudades, de decidir sobre la guerra y la paz, etc. Si esta función incumbe a un Consejo que está formado por toda la multitud, entonces el Estado se llama democracia; si sólo está formado por algunos escogidos, aristocracia; y, si, finalmente, el cuidado de los asuntos públicos y, por tanto, el Estado está a cargo de uno, se llama monarquía.” (TP 93)

En el estado natural como en el estado de Derecho, el derecho llega hasta donde llega el poder. Tanto el individuo como el Estado mismo, tienen limitados sus respectivos derechos hasta el punto donde llega efectivamente su poder. En el Estado, el individuo encuentra limitado su derecho y su poder por el derecho y poder de la sociedad.

“...lo mismo que cada individuo en el estado natural, también el cuerpo y el alma de todo el Estado posee tanto derecho como tiene poder. Y por lo mismo, cada ciudadano o súbdito posee tanto menos derecho, cuanto la propia sociedad es más poderosa que él... En consecuencia, cada ciudadano ni hace ni tiene nada por derecho, fuera de aquello que puede defender en virtud de un decreto general de la sociedad.” (TP 101)

El fin del Estado es el mantenimiento de la seguridad y de la paz. Si el Estado no es capaz de ofrecer efectivamente seguridad y paz, ello no es imputable a los ciudadanos sino al mismo Estado que tiene la obligación de civilizar a sus súbditos. En su estado natural, los hombres

son los mismos en todo lugar. Por eso, no podemos decir que un estado es más efectivo que otro en lograr sus objetivos, porque la materia prima de la que partió es mejor que la de otro estado. Todos los estados parten de la misma materia prima: el ser humano en su estado natural. En este sentido, Spinoza es bastante democrático. Todos los seres humanos son iguales en su estado natural y todos están llamados a superarse mediante el conocimiento y a llegar a ser libres mediante el conocimiento y el amor a Dios.

“Cuál sea la mayor constitución de un Estado cualquiera, se deduce fácilmente del fin del estado político, que no es otro que la paz y la seguridad de la vida. Aquel Estado es, por tanto, el mejor, en el que los hombres viven en concordia y en el que los derechos comunes se mantienen ilesos. Ya que no cabe duda que las sediciones, las guerras y el desprecio o infracción de las leyes no deben ser imputados tanto a la malicia de los súbditos cuanto a la mala constitución del Estado. Los hombres, en efecto, no nacen civilizados, sino que se hacen. Además, los afectos naturales de los hombres son los mismos por doquier. De ahí que, si en una sociedad impera más la malicia y se cometen más pecados que en otra, no cabe duda que ello proviene de que dicha sociedad no ha velado debidamente por la concordia ni ha instituido con prudencia suficiente sus derechos.” (TP, 119)

El fundamento de Estado, como señalamos anteriormente, es la unión de los poderes y derechos individuales. Eso se hace con un objetivo: obtener seguridad y paz. El ser humano siempre se guía por la búsqueda de un mejor bien. Entre dos males, escoge el menor. Entre dos bienes, escoge el mayor. La renuncia a su esfera de poder y de derecho que hace el individuo cuando vive en sociedad, no es gratuita. Se hace para obtener un bien: el vivir con seguridad y en paz. El precio de ello es la renuncia al ámbito de poder y de derecho que tenía en su estado natural. Pero esa renuncia no es total: siempre se reserva el derecho a pensar, a buscar la verdad y a opinar.

“...confiar a alguien el Estado sin condición alguna y, al mismo tiempo, conseguir la libertad, es totalmente imposible. Es, pues, una estupidez querer evitar un pequeño perjuicio con el sumo mal. Ahora bien, ésta es la única cantinela de quienes desean para sí el Estado absoluto: que es del máximo interés para la sociedad que sus asuntos se lleven en secreto, y otras razones por el estilo, las cuales, cuanto más se encubren con la apariencia de utilidad, más bruscamente estallan en la más dura esclavitud.” (TP 160)

De los sistemas de gobierno existentes en su tiempo, Spinoza escoge el sistema democrático. Él considera que la acumulación de poder en manos de un solo hombre o de un grupo privilegiado de hombres es un peligro y que lejos de buscar el objetivo por el que el Estado se constituyó, ese hombre o ese grupo privilegiado de hombres, van a buscar sus propios objetivos, su propio provecho. El Estado debe de ser lo más democrático posible y debe de ser eficiente. Tanto el monarca como los aristócratas deben de buscar siempre el bien común. Desgraciadamente, la envidia que caracteriza al ser humano, no desaparece con la vida en sociedad y por ello, los gobiernos, lejos de buscar un gobierno de todos, buscan el gobierno de unos pocos o de uno solo. El hombre tiende, por la envidia, a acumular el poder, no a compartirlo.

“Hay que buscar, pues, la forma de conseguir que el Estado no pase poco a poco a un número más reducido, sino que, al revés, su número aumente en la misma proporción que el Estado; que se mantenga, en lo posible, la igualdad entre los patricios; que se tramiten con rapidez los asuntos en las sesiones del Consejo; que se vele por el bien común; y, finalmente, que el poder de los patricios o del Consejo sea mayor que el de la multitud, pero de suerte que ello no redunde en perjuicio de ésta.

La mayor dificultad para lograr el primero de esos objetivos procede de la envidia. Efectivamente, los hombres son por naturaleza enemigos; de ahí que, aunque estén unidos y vinculados por las leyes, conservan siempre su naturaleza. Por eso, creo yo, es un hecho que los Estados democráticos se transforman en aristocráticos, y éstos en monárquicos.” (TP 173, 174)

Spinoza es partidano del gobierno democrático pues éste se basa en un verdadero trabajo en equipo, donde se unan los talentos individuales, se practique la consulta, la sana discusión. Recordemos que el fundamento del Estado es la unión de los poderes y los derechos de los individuos. Asimismo, la unión de las mentes en un trabajo en equipo da como resultado una mejor conducción del Estado.

“...mientras unos pocos lo deciden todo según su propio gusto, parece la libertad y el bien común. Porque los talentos humanos son demasiado cortos para poder comprenderlo todo al instante. Por el contrario, se agudizan consultando, escuchando y discutiendo y, a fuerza de ensayar todos los medios, dan, finalmente, con lo que buscan y todos aprueban aquello en que nadie había pensado antes. (TP 208, 209)

Debemos de vivir bajo la guía de la razón. Los hombres se unen en un pacto social. Mediante el mismo, el derecho de cada uno se hace colectivo y se impone a todos. Cada cual no se guiará por sus apetitos, como en el estado de naturaleza, sino que obedecerá al mandato de la razón colectiva, al poder supremo que se vuelve absoluto. Este tipo de Estado es el democrático.

“Si consideramos seriamente que, faltos de un apoyo recíproco, los hombres vivirían necesariamente de una manera miserable y lejos del ejercicio de la razón (como hemos visto en el cap. 5), aparecerá claro que los hombres necesariamente han debido ponerse de acuerdo y unirse. Resultó de ello que el derecho que cada persona poseía por naturaleza sobre cada cosa se hizo colectivo y fue determinado en adelante no por la fuerza y el apetito de cada persona, sino a la vez por el poder y la voluntad de todos... Por eso han debido decidir y convenir (paciscor) con máxima firmeza en regular su vida según el mandato de la razón... He aquí la manera en que puede ser formada una sociedad sin que el derecho natural se oponga a ella y en que el pacto sea totalmente respetado por todos. Si, en efecto, cada persona traspasa a la sociedad todo el poder que posee, será la única que detente un derecho de naturaleza soberano sobre todas las cosas es decir el poder supremo al que cada persona estará obligada a obedecer ya de buena gana, ya por el temor del castigo supremo. El régimen de tal sociedad se llama democracia, que podemos definir como la unión de todos los individuos que tienen colegialmente un derecho soberano sobre todas las cosas en su poder. De ahí se desprende que el poder supremo no está ligado por ninguna ley y que todos, por el contrario, deben obedecerlo en todo. En efecto, han debido pasar ese pacto necesariamente, de manera tácita o expresa, cuando han traspasado a ese poder toda la fuerza que tenían para defenderse, es decir, todo su derecho, pues si hubiesen querido reservarse algún derecho, habrían debido al mismo tiempo asegurarse de que tenían el medio de defenderlo; pero como no lo han hecho y no habrían podido hacerlo sin dividir el Estado, y por consiguiente, sin destruirlo, están por eso mismo sometidos enteramente a la voluntad del poder supremo.” (TTP cap. 16)

El arte de gobernar no consiste en someter a los hombres por el miedo o en comprar sus conciencias. El arte de gobernar consiste en guiar a los hombres sin que lo noten. Que crean que son ellos mismos, los que lo hacen. El verdadero ciudadano no necesita de premios, de estatuas, de homenajes, etc. Para Spinoza, todo eso es signo de esclavitud. El premio del hombre virtuoso es la práctica misma de la

virtud. No se debe de premiar lo que de por sí el hombre debe de hacer: buscar la verdad, el conocimiento verdadero, el amor intelectual por Dios.

“Efectivamente, el Estado que pone su máximo empeño en que los hombres sean conducidos por el miedo, carecerá más bien de vicio que poseerá virtud. Y, sin embargo, los hombres deben ser guiados de forma que les parezca que no son guiados, sino que viven según su propio ingenio y su libre decisión, hasta el punto que sólo les retenga el amor a la libertad, el afán de acrecentar sus bienes y la esperanza de alcanzar los honores del Estado.

Por lo demás, las estatuas, los emblemas y otros incentivos de la virtud más bien son signos de esclavitud que de libertad, pues es a los esclavos y no a los libres a quienes se otorgan premios por su virtud... es cierto que la igualdad, cuya pérdida lleva automática y necesariamente consigo la pérdida de la común libertad, no puede, en modo alguno, ser conservada desde el momento que el derecho público otorga a un hombre, eminente por su virtud, honores especiales.” (TP 217)

Para Spinoza, el gobierno debe estar en manos de varones. Las mujeres, por naturaleza, no son iguales a los hombres, son inferiores a ellos. Por eso, deben dejar el ejercicio del gobierno en manos de los varones. Es impensable el gobierno compartido y mucho menos, el gobierno en manos exclusivamente de las mujeres. Esta forma de pensar, que en nuestro tiempo suena muy chocante, no lo era tanto en el momento en que Spinoza escribe esta obra. Desgraciadamente, el filósofo no explica ni fundamenta la razón de sus recomendaciones.

“...podemos afirmar rotundamente que las mujeres no tienen, por naturaleza, un derecho igual al de los hombres, sino que, por necesidad, son inferiores a ellos. No puede, por tanto, suceder que ambos sexos gobiernen a la par y, mucho menos, que los varones sean gobernados por las mujeres.” (TP 223)

El ciudadano debe de obedecer los preceptos del Estado. El precio de vivir en sociedad es el perder la autonomía. El poder de determinar lo que es justo o injusto, ya no le pertenece. Es el Estado, como una sola mente, fruto de la unión de los poderes y derechos individuales, actuando como un verdadero equipo, el que determina lo que es justo o injusto, lo que es legal e ilegal, lo que es bueno y lo que es malo. El individuo debe de sujetarse a las decisiones del Estado aunque no las

comparta. A lo sumo, puede, por su libertad de pensamiento y de opinión (a la que nunca debe de renunciar), exteriorizar su desacuerdo.

“Vemos, pues, que cada ciudadano no es autónomo, sino que depende jurídicamente de la sociedad, cuyos preceptos tiene que cumplir en su totalidad, y no tiene derecho a decidir qué es justo o inicuo, piadoso o impío. Antes al contrario, como el cuerpo del Estado se debe regir como por una sola mente y, en consecuencia, la voluntad de la sociedad debe ser considerada como la voluntad de todos, hay que pensar que cuanto la sociedad considera justo y bueno, ha sido decretado por cada uno en particular. Por eso, aunque un súbdito estime que las decisiones de la sociedad son inicuas, está obligado a cumplirlas.” (TP 102)

“Y, lo mismo que el pecado y la obediencia en sentido estricto, también la justicia y la injusticia sólo son concebibles en el Estado.” (TP 97)

En el estado natural, el hombre vive con temor por lo que puedan hacerle sus semejantes. Entre mayor sea el motivo de su temor, mayor será la pérdida de autonomía. Así como sucede con el individuo, la sociedad también pierde más autonomía conforme crece el motivo de su temor. Recordemos que para Spinoza, el temor es signo de imperfección.

“Es indudable que la sociedad tiene mucho que temer; y, así como cada ciudadano o cada hombre en el estado natural, así también la sociedad es tanto menos autónoma cuanto mayor motivo tiene de temer.” (TP 106)

El Estado no debe sostenerse exclusivamente mediante el miedo que pueda provocar a los ciudadanos. El gobierno debe de infundir respeto, pero no terror. El gobernante que se extralimita en el ejercicio de sus poderes hace, tarde o temprano, que el temor que experimentan los súbditos se transforme en indignación. Cuando eso sucede, el Estado se tambalea y el respeto se cambia por hostilidad.

“Pues, para aquellos o aquel que detenta el poder del Estado, es tan imposible correr borracho o desnudo con prostitutas por las plazas, hacer el payaso, violar o despreciar abiertamente las leyes por él dictadas y, al mismo tiempo, mantener la majestad estatal, como lo es ser y, a la vez, no ser. Asesinar a los súbditos, espoliarlos, raptar a las vírgenes y cosas análogas transforman el miedo en indignación y, por tanto, el estado político en estado de hostilidad.” (TP 115)



Spinoza no es un idealista. Recordemos que muchas veces insiste en que la noción de derecho conlleva la de poder. Por ello, nos recomienda que el ejército del Estado debe de estar constituido de ciudadanos, no de mercenarios. También, nos dice que, a efecto de evitar una casta militar, los puestos de mando del ejército no deben de ser permanentes, sino que actúan en momento de peligro, cuando se hace necesaria la defensa. Una vez pasado el peligro, todos vuelven a ser simples ciudadanos.

“Por este motivo, a saber, para que los ciudadanos conserven su autonomía y defiendan su libertad, el ejército debe constar de sólo ciudadanos, sin excluir a ninguno. En efecto, el hombre armado es más autónomo que el desarmado, y aquellos ciudadanos que han entregado a otro las armas y le han confiado la defensa de las ciudades, le han entregado sencillamente su derecho y se confían plenamente a su fidelidad.” (TP 151)

El ciudadano debe recordar siempre que tiene la dignidad de ser humano, dotado de razón, y con el imperativo de usarla. No debe de permitir ser tratado como ganado por los gobernantes, quienes reciben su poder de los mismos ciudadanos.

“Esto podríamos deducirlo, además, del hecho de que la espada o derecho del rey es, en realidad, la voluntad de la misma multitud o de su parte más fuerte; o también del hecho de que los hombres dotados de razón nunca renuncian a su derecho hasta el punto de que dejen de ser hombres y sean tratados como ganado.” (TP 157)

El hombre se diferencia del animal por poseer razón y por estar llamado a ejercerla. Spinoza combate la inercia del ciudadano, el abstencionismo, la pereza a participar en la vida política. Nos recuerda continuamente que somos ciudadanos y no ganado. No debemos confundir una vida pacífica con una vida de inercia política.

“...aquella sociedad, cuya paz depende de la inercia de unos súbditos que se comportan como ganado, porque sólo saben actuar como esclavos, merece más bien el nombre de soledad que de sociedad.

Cuando decimos, pues, que el mejor Estado es aquel en que los hombres llevan una vida pacífica, entiendo por vida humana aquella que se define, no por la sola circulación de la sangre y otras funciones comunes a todos los animales, sino, por encima de todo, por la razón, verdadera virtud y vida del alma.” (TP 120)

#### 4. Libre es el que se guía por la razón

El hombre libre es el que se guía por la razón. Esclavo es el que se deja guiar por sus pasiones. La guía de la razón produce paz y seguridad, que son los objetivos del Estado. Esa máxima es para todos los hombres, en especial, para los gobernantes.

“Por eso mismo llamo libre, sin restricción alguna, al hombre en cuanto se guía por la razón; porque, en cuanto así lo hace, es determinado a obrar por causas que pueden ser adecuadamente comprendidas por su sola naturaleza, aunque éstas le determinen necesariamente a obrar. Pues la libertad (como hemos mostrado en el § 7 de este capítulo) no suprime, sino que presupone la necesidad de actuar.” (TP 91)

El Derecho debe ser fruto del ejercicio racional. Su aplicación, también debe de serlo. Cuando el Estado se deja guiar por la razón, los derechos comunes se mantienen ilesos. Un gobierno guiado por la razón, produce respeto, seguridad, paz. Sus preceptos son obedecidos por los ciudadanos sin resentimientos ni rencores. Esa obediencia no limita la libertad del individuo pues busca su bienestar y el de toda la comunidad. El Estado deja de ser el famoso “leviatán” y se convierte en el guía de los hombres hacia una verdadera libertad.

Razón y naturaleza no se oponen. Recordemos que la naturaleza está determinada por las leyes eternas e inmutables de Dios. El hombre en una sociedad que se guía por la razón, es libre, pues las normas de la sociedad lo conducen hacia el conocimiento de la verdad y hacia su propia liberación. Es deber del Estado procurar la liberación de los hombres de todo aquello que lo esclaviza: comenzando por las propias pasiones que dominan a los hombres.

“Ahora bien, dada que la razón no enseña nada contrario a la naturaleza, la sana razón no puede decretar que cada individuo siga siendo autónomo, mientras los hombres están sometidos a las pasiones, es decir, que la razón niega que eso pueda suceder. Añádase a ello que la razón enseña paladinamente a buscar la paz, la cual no se puede alcanzar sin que se mantengan ilesos los comunes derechos de la sociedad; por lo cual, cuanto más se guía el hombre por la razón, es decir, cuanto más libre es, con más tesón observará los derechos de la sociedad y cumplirá los preceptos de la suprema potestad, de la que es súbdito... Por consiguiente, si un hombre que se guía por la razón, tuviera un día que hacer, por orden de la sociedad, algo que, a su juicio, contradice a la

razón, ese perjuicio queda ampliamente compensado por el bien que surge del mismo estado político. Pues también es una ley de la razón que, de dos males, se elija el menor. Podemos concluir, pues, que nadie hace nada contra el dictamen de la razón, siempre que obra tal como lo ordena el derecho de la sociedad". (TP 102, 103)

"Pero, como la libertad humana es tanto mayor, cuanto más capaz es el hombre de guiarse por la razón y de moderar sus deseos, sólo con gran imprecisión podemos calificar de obediencia la vida racional y de pecado lo que es, en realidad, impotencia del alma, nolicencia contra ella misma, y por lo que el hombre se puede llamar esclavo más bien que libre." (TP 96)

Al igual que el individuo, la sociedad tiene que dejarse guiar por la razón. El verdadero pecado es el rehusarse a ser guiado por la razón.

"En este sentido, podemos decir que la sociedad peca, cuando hace algo contrario al dictamen de la razón. Efectivamente, la sociedad es autónoma en sumo grado, cuando obra por mandato de la razón... Y, por lo mismo, en cuanto obra contra la razón, es infiel a sí misma o peca." (TP 114)

El individuo y la sociedad serán más autónomos cuanto más se dejen guiar por la razón. Más autonomía implica más libertad, más perfección, más felicidad y conlleva la paz y la seguridad que tanto buscan los hombres.

"...hemos demostrado que el hombre alcanza el más alto grado de autonomía, cuando se guía al máximo por la razón. Y de ahí hemos concluido... que aquella sociedad es más poderosa y más autónoma, que se funda y gobierna por la razón." (TP 118)

La única forma en que los hombres pueden alcanzar una vida de paz y de seguridad es cuando se dejen guiar por la razón. El Estado tiene el imperativo de dejarse guiar por la razón y de hacer que así lo hagan sus súbditos. De lo contrario, no será posible alcanzar los objetivos por los que existe el Estado.

"Los hombres solo concuerdan siempre necesariamente en naturaleza en la medida en que viven bajo la guía de la razón... sólo en la medida en que los hombres viven según la guía de la razón obran necesariamente lo que necesariamente es bueno para la naturaleza humana, y por consiguiente, para cada hombre..." (E. prop. 35, cap. 4)

Todos los hombres están llamados a ser virtuosos, es decir, a dejarse guiar por la razón y llegar a conocer y a amar a Dios, que es la virtud misma y el precio de ser virtuoso. En Spinoza no se practica la virtud para llegar obtener el premio de conocer a Dios. El mismo conocimiento de Dios es la virtud.

“El supremo bien de los que siguen la virtud es común a todos, y todos pueden gozar de él igualmente. Demostración: Obrar según la virtud es obrar bajo la guía de la razón (por la proposición 24 de esta parte), y todo esfuerzo realizado por nosotros según la razón es conocimiento (por la proposición 26 de esta parte), y, de esta suerte (por la proposición 28 de esta parte), el supremo bien de los que siguen la virtud consiste en conocer a Dios, es decir (por la proposición 47 de la parte II y su escolio), un bien que es común a todos los hombres, y que puede ser poseído igualmente por todos los hombres, en cuanto que son de la misma naturaleza” (E. prop. 36. cap. 4)

El hombre que se dejar guiar por la razón y que vive en una sociedad donde también todos se dejan guiar por la razón, es más libre que si viviese solo. El vivir en una sociedad como la descrita, no conlleva temor, no produce tristeza, no implica imperfección. En una sociedad así, el hombre vive libremente y disfruta de la vida con alegría, lo cual es una manifestación de la perfección.

“El hombre que es conducido por la razón es más libre en la ciudad en que vive según la ley común que en la soledad en que no obedece más que a sí mismo. Demostración. El hombre que es conducido por la razón no es llevado a obedecer por el temor (por la prop. 63 de esta parte), sino que en tanto se esfuerza por conservar su ser según el mandato de la razón, es decir (por el esc. de la prop. 66 de esta parte), en tanto se esfuerza por vivir libremente, desea observar el principio de la vida y de la utilidad comunes (por la prop. 37) y, por consiguiente, vivir según la ley común de la ciudad.” (E. prop. 73, cap. 4)

Una característica del hombre libre es vivir plenamente la vida y disfrutarla. Vive con amor a la vida y no con temor a la muerte. La alegría es signo de perfección. La tristeza por el contrario, de imperfección.

“Un hombre libre en nada piensa menos que en la muerte, y su sabiduría no es una meditación de la muerte, sino de la vida.” (E. prop. 67, cap. 4)

Spinoza parte de un profundo conocimiento de la naturaleza humana. El vivir en sociedad y bajo la guía de la razón es posible porque el hombre busca vivir con seguridad y en paz. Para vivir en armonía debe conocer su naturaleza y de hacer uso de la razón. Ella demuestra que la naturaleza humana es capaz de sacrificarse cuando hay un bien mayor por alcanzar. Por eso, los afectos y las pasiones menores pueden sustituirse por afectos y pasiones mayores. La recompensa de tal sustitución es el experimentar bienestar. Y ese bienestar conlleva la felicidad, la alegría, que en Spinoza es signo de perfección. El conocimiento del bien es el afecto de alegría, en forma conciente. Siempre, entre el afecto de alegría y el afecto de tristeza, el hombre buscará el afecto de alegría, pues así está determinado por naturaleza.

“Un afecto no puede ser reprimido ni suprimido sino por medio de otro afecto contrario, y más fuerte que el que ha de ser reprimido.” (E. pro. 8, cap. 4)

“El conocimiento del bien y el mal no es otra cosa que el afecto de la alegría o el de la tristeza, en cuanto que somos conscientes de él” (E. prop. 8, cap. 4)

“El deseo que surge de la alegría, en igualdad de circunstancias, es más fuerte que el deseo que brota de la tristeza” (E. prop. 18, cap. 4)

El hombre libre no se preocupa por calificar sus obras con los adjetivos de “bueno” o de “malo”. Simplemente vive. Basta con dejarse guiar por la razón. Este pensamiento me recuerda la frase “ama y has lo que quieras”. (San Agustín)

“Si Los hombres nacieran libres, no formarían, en tanto que siguieran siendo libres, alguno del bien y del mal.” (E. prop. 68, cap. 4)

El prototipo tradicional del hombre valiente, no es compartido por Spinoza. El hombre libre no tiene que vencer los peligros. Es también virtuoso, cuando los evita.

“La virtud del hombre libre se muestra tan grande cuando evita los peligros como cuando los vence.” (E. prop. 69, cap. 4)

El hombre libre es agradecido y nunca actúa de mala fe.

“Sólo los hombres libres son entre si muy agradecidos” (E. prop. 69, cap. 4)

“Un hombre libre nunca obra dolosamente, sino siempre de buena fe.” (E. prop. 72, cap. 4)

## **5. Libertad y religión**

El hombre experimenta la verdadera libertad en el amor a Dios. No existe oposición entre ser libre y amar a Dios. Por el contrario, ser libre es amar a Dios. El hombre está determinado a amar a Dios. Con la guía de la razón, puede llegar a hacerlo. En este sentido, no hay en Spinoza lo que en términos del Cristianismo se conoce como la “gracia de Dios”. Todos los hombres, para Spinoza, sin distinción alguna, pueden llegar a conocer a Dios, si se dejan guiar por la razón. Por esa razón, todo el mundo puede rendir culto a Dios. La tarea de propagar la religión, es un poder y un deber de las “supremas potestades”, que tienen en sus manos los asuntos públicos. Spinoza recomienda que las autoridades religiosas no interfieran con las autoridades civiles, en otros momentos de su discurso. Pareciera, por lo expresado anteriormente, que lo contrario sí es recomendable, es decir, que las autoridades civiles, las “supremas potestades”, sí tengan injerencia en la propagación de la religión. Recordemos, sin embargo, que esas “supremas potestades deben guiarse también por la razón y que su objetivo es propiciar una vida de paz y de seguridad para todos y con todos.

“Por lo que concierne a la religión, también es cierto que el hombre es tanto más libre y más obediente a sí mismo, cuanto más ama a Dios y lo venera con ánimo más sincero.

“Por consiguiente, todo el mundo puede, donde quiera que se halle, rendir culto a Dios con verdadera religiosidad y velar por su propio bien, que es lo que incumbe a un hombre privado. En cambio, la tarea de propagar la religión debe ser confiada a Dios a las supremas potestades, que son las únicas a las que incumbe el cuidado de los asuntos públicos.” (TP 107)

## CONCLUSIONES

Son muchas las conclusiones que podemos sacar de lo aquí estudiado. Por lo extenso del trabajo, limitémonos a las siguientes:

a) No hay oposición entre naturaleza y razón: muchas corrientes filosóficas ven a la naturaleza como a un universo distinto del de la razón. Se concibe a la naturaleza como un "oscuro pasado" de la humanidad, que debemos olvidar con vergüenza, y como especie de un "hombre nuevo", dejar el universo de la naturaleza y trascender al universo de la razón. Muchos sistemas políticos y ordenamientos jurídicos se han construido en base a esta concepción. El resultado lo seguimos experimentando. Crece la corrupción, hay apatía en los ciudadanos por el manejo de la cosa pública, pérdida de fe en los gobernantes y en las instituciones públicas, colapso del sistema penal, etc.

¿Será acaso que hemos olvidado que somos parte de la naturaleza y que las leyes positivas no pueden contrariar a las leyes naturales que, como señala Spinoza, son eternas e inmutables?

Todo sistema político, todo ordenamiento jurídico, debe de partir de un profundo conocimiento de la naturaleza humana.

El idealismo filosófico es el principal culpable de un divorcio entre el hombre y la naturaleza, de la que es parte, y a la que pertenece. Toda construcción filosófica, política o jurídica que separe al hombre de su base natural, será totalmente artificial y estará condenada al fracaso.

Ese divorcio entre el hombre, considerado más como ángel que como hombre, y como tal, como miembro del reino animal, es la principal razón de la actitud que tiene el ser humano frente a la naturaleza, que lejos de buscar una relación de armonía con ella, trata de dominarla, de explotarla, de conquistarla. El resultado es obvio: contaminación ambiental, aniquilamiento de especies animales y vegetales, cambios bruscos en el clima, envenenamiento de los mares, lluvia ácida, etc.

Dios y naturaleza, en Spinoza, son uno solo. Y el hombre es parte de esa naturaleza y por ende, es modo de la substancia única que es Dios. Por ende, no hay un "Paraíso celestial". Solo hay un universo, una sola naturaleza, un solo Dios, y nosotros somos una parte de ello. Si dejamos que nuestro mundo se destruya no habrá otro mundo a dónde ir. Nuestra alma no podrá huir a otro lugar.

b) Los gobiernos no están en función de sí mismos sino en función del bienestar de los ciudadanos. Todos los gobiernos tienen que buscar el cumplimiento de los objetivos por los cuales fueron constituidos: el lograr que los ciudadanos vivan en paz y con seguridad. Para alcanzar esos objetivos, los gobernantes deben de dar el ejemplo en la práctica de una vida guiada por la razón.

Los gobernantes deben hacerse merecedores del respeto de los ciudadanos. De lo contrario, solo podrían mantenerse mediante la instauración de un régimen de terror o mediante la compra de conciencias. Ambas prácticas lo que hacen es esclavizar más a los ciudadanos. Muy pronto, el miedo se tornará en hostilidad. Y el resultado es predecible.

c) La práctica de la virtud conlleva su propia recompensa. Las principales religiones occidentales han enfatizado, durante siglos, el que la práctica de la virtud nos proporcionará una recompensa en el cielo. Muchos pueblos soportan en forma estoica, la opresión por parte de sus autoridades, la corrupción, la explotación de sus recursos, etc. Mantienen la esperanza de que el soportar tanto dolor, purificará sus almas y los hará merecedores del "Paraíso". En Spinoza, ese postulado de las religiones es destruido. La virtud conlleva su propia recompensa. No se es virtuoso para llegar a obtener la recompensa de vivir con alegría con paz y con seguridad, en ese legendario "Paraíso terrenal". La práctica de la virtud, que es el conocimiento de Dios, el amor intelectual por Dios, produce en el hombre virtuoso, la experiencia inmediata de todo eso. A pesar de ser Spinoza un filósofo del siglo XVII, sigue teniendo una gran actualidad. Su pensamiento tiene mucho que aportar en la búsqueda de un Estado de verdaderos hombres libres.

## BIBLIOGRAFIA

- Chatelet, Francois. *Historia de la Filosofía*. Tomo II. Espasa-Calpe S.A. Madrid. 1976.
- Mariás, Julián. *Historia de la Filosofía*. Alianza Editorial S.A. Madrid. 1985.
- Misrahi, Robert. *Spinoza*. Biblioteca EDAF. Madrid. 1975
- Spinoza, Baruch. *Ética demostrada según el orden geométrico*. Ediciones Orbis S.A. Madrid. 1980 (abreviada como E).
- Spinoza, Baruch. *Tratado Político*. Alianza Editorial. Madrid. 1986 (abreviada como TP)
- Spinoza, Baruch. *Tratado Teológico Político*. Ediciones Sígueme. Salamanca. 1976 (abreviada como TTP)



**LA LEY DE 25 DE JULIO DE 1867 Y LA VIGENCIA  
DE LOS DERECHOS INDIGENAS COSTARRICENSES**

*Prof. Jorge E Sáenz Carbonell*

Profesor de Historia del Derecho de la  
Universidad de Costa Rica

En la Baja Edad Media, ante la formidable penetración del Derecho común, varias comunidades de la península ibérica recopilaron sus costumbres en los llamados Fueros y lograron de ese modo conservar sus propias instituciones jurídicas frente al Derecho regio de vigencia general.

Todavía hoy, frente al Derecho nacional español contenido en el Código Civil y otras fuentes, subsiste en varias regiones —como el País Vasco o Navarra— el Derecho foral, que está expresamente protegido por la Constitución de 1978.

En el siglo XVI, la conquista de Nicoya y el valle central de Costa Rica por la Corona de Castilla tuvo, entre otras consecuencias, la imposición del Derecho indiano y castellano a las comunidades indígenas de esos territorios. La mayor parte de sus sistemas normativos originales se perdió, a pesar de una disposición regia de 1530 que mandaba guardar los buenos usos y costumbres de los indios, “en lo que no fueren contra nuestra Sagrada Religión” (Recopilación de Indias, libro V, título II, ley 22) y de otra de 1555 que confirmaba la obligación de guardar y ejecutar “las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los Indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son Christianos, y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión ni con las leyes de este libro, y las que se han hecho y ordenado de nuevo...” (*Recopilación de Indias*, libro II, título I, ley 4).

A pesar de que estas normas daban a los ordenamientos indígenas un evidente carácter de Derechos forales, las instituciones jurídicas autóctonas de Nicoya y el valle central que lograron sobrevivir a la Conquista terminaron por perderse, junto con la identidad cultural de los respectivos pueblos (Aserrí, Barba, Cot, Curridabat, Nicoya, Pacaca, Quircot, Tobosi, etc.), después de la independencia de España, debido a que se les obligó a las comunidades indígenas a vender sus tierras (1835-1849) y se permitió que se domiciliaran en sus pueblos personas ajenas a ellos.

El Derecho consuetudinario indígena solamente fue conservado por las comunidades que quedaron al margen de la autoridad de la Corona, tales como las ubicadas en Guatuso y Talamanca. Sin embargo, durante la segunda mitad del siglo XIX, las autoridades de Costa Rica lograron poco a poco someter efectivamente esos territorios, y sus sistemas normativos pronto empezaron a verse debilitados por la penetración de las leyes de la República. Su pluralidad, su carácter consuetudinario, su escaso desarrollo técnico en términos “occidentales” y las dificultades existentes para su conservación y difusión fueron factores que coadyuvaron a restar espacios a su ámbito de aplicación efectiva y a su supervivencia.

Durante la segunda administración del Doctor José María Castro, el Poder Ejecutivo costarricense sancionó mediante el decreto N° 20 de 24 de julio de 1867 las Ordenanzas Municipales aprobadas por el Congreso el 27 de junio anterior, que regulaban los gobiernos locales y establecían Municipalidades en las cabeceras de provincia o comarca y Jefes Políticos en los demás cantones. Al día siguiente, con el decreto N° 21, se sancionó otra importante ley en relación con el Derecho de las comunidades indígenas de Talamanca y Guatuso.

La ley de 25 de julio de 1867 autorizó al Poder Ejecutivo para nombrar Jefes Políticos a los Caciques de Talamanca (y de Guatuso) que tuviera por conveniente, y dispuso que mientras no se pudiera equiparar la administración de sus pueblos a la de los demás de la República, los Caciques Jefes Políticos los gobernarán y administrarán justicia conforme a sus costumbres. La jurisdicción de los Caciques en relación con las comunidades indígenas solo se limitó en materia penal, ya que no podían imponer las penas de muerte o extrañamiento, ni las de arresto, prisión, reclusión u obras públicas por más de un año. Las personas ajenas a la comunidad que cometiesen delitos graves en la jurisdicción debían ser remitidos a los Juzgados del Crimen de Cartago o de Alajuela, según el caso.

Con esta ley se reconoció al Derecho consuetudinario indígena de Talamanca y de Guatuso carácter de *Derecho foral, vigente y obligatorio para las respectivas comunidades*, e incluso para las personas ajenas a ellas que se encontrasen en sus territorios, salvo en materia penal.

El Código Municipal de 1974, que derogó las ya centenarias Ordenanzas Municipales, no hizo referencia alguna, quizá por olvido o desconocimiento, a la ley del 25 de julio de 1867, por lo que ésta podría estar vigente y requerir solo de algunas interpretaciones para determinar cómo debe aplicarse. En todo caso, el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la Asamblea Legislativa en 1992, dispone expresamente en su artículo 8 que las comunidades indígenas deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, y también que deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. Por su parte, el artículo 9 del mismo convenio establece que deberán respetarse los métodos a que los pueblos indígenas recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos

internacionalmente reconocidos, y que las autoridades y tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de esos pueblos en la materia. Otras disposiciones del convenio protegen también las particularidades culturales de los indígenas en relación con el Derecho de vigencia nacional.

Al pronunciarse afirmativamente sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT, mediante el voto N° 3003-92 de 7 de octubre de 1992, la Sala Constitucional hizo referencia al sistema de justicia interna de los pueblos indígenas de Costa Rica,

*“...según el cual el mayor de la comunidad –cacique, o sukia–, líder espiritual, aplica un derecho consuetudinario para resolver las controversias surgidas dentro del grupo... Solo en casos de lesiones o hechos más graves, recurren a la justicia común. Por ello aspiran a que se les permita celebrar sus propios juicios y a que la legislación no les imponga un doble castigo por el mismo hecho: el de su comunidad y el de la justicia común. Nada de esto riñe **per se** con el Derecho de los Derechos Humanos”.*

También hay resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (por ejemplo, el fallo dictado en el caso *Allobotoe y otros vs. Surinam de 10 de setiembre de 1993*) que han reconocido la vigencia de Derechos indígenas, en el ámbito de la comunidad respectiva, sobre las disposiciones del Derecho nacional:

*“La Corte no estima necesario averiguar si los suramacas gozan de autonomía legislativa y jurisdiccional dentro de la región que ocupan. La única cuestión que aquí interesa consiste en saber si las leyes de Suriname relativas a derecho de familia se aplican a la tribu saramaca. En este sentido, las pruebas producidas permiten deducir que las leyes de Suriname sobre esa materia no tienen eficacia respecto de aquella tribu; sus integrantes las desconocen y se rigen por sus propias reglas y el Estado, por su parte, no mantiene la estructura necesaria para el registro de matrimonios, nacimientos y defunciones, requisito indispensable para la aplicación de la ley surinamesa. Además, los conflictos que ocurren en estas materias no son sometidos por los saramacas a los tribunales del Estado y la intervención de éstos en las materias*

*mencionadas, respecto de los saramacas, es prácticamente inexistente. Cabe señalar también que en este proceso Suriname reconoció la existencia de un derecho consuetudinario saramaca”.*

En nuestro personal criterio, el problema fundamental para la debida conservación de los Derechos indígenas costarricenses y su aplicación o consideración por instancias administrativas o judiciales ajenas a la comunidad respectiva, radica en la falta de fuentes escritas. Un juez formado en la tradición romanista del sistema jurídico nacional que deba conocer asuntos relativos a indígenas tenderá, por lo general, a aplicar el Derecho escrito costarricense, contenido en códigos y leyes, en lugar de dedicarse a investigar sobre las instituciones consuetudinarias del pueblo al que pertenezcan los interesados. De igual modo, los funcionarios de diversas instancias administrativas que deban tramitar asuntos relacionados con miembros de pueblos indígenas pueden encontrar más sencillo y rápido aplicar leyes o reglamentos “nacionales” e ignorar las disposiciones del Derecho consuetudinario indígena que existan en la comunidad de que se trate.

Durante la administración Figueres Olsen se presentaron en la Asamblea Legislativa dos proyectos de ley que planteaban soluciones a los problemas de conservación de los Derechos indígenas costarricenses. El de la *Ley de desarrollo autónomo de los pueblos indígenas*, presentado por el Diputado José Luis Velázquez, proponía, entre otros muchos aspectos, que los Consejos Indígenas Regionales –cuya creación se contemplaba también en el proyecto– levantasen registros de las normas tradicionales de las comunidades de su jurisdicción. Otro, presentado por el Diputado Antonio Alvarez Desanti, proponía que la Procuraduría General de la República efectuase la recopilación y publicación de las normas de tradicionales de las comunidades indígenas. Sin embargo, ninguno de los dos proyectos llegó a ser aprobado.

En nuestra opinión, dado el carácter de Derecho vigente que tienen las normas tradicionales indígenas, no es necesaria la emisión de una ley expresa para proceder a la recopilación de los Derechos indígenas y para lograr que las autoridades judiciales o administrativas que deban tomarlos en cuenta los apliquen. Nos parece que eso podría lograrse mediante acciones de la Procuraduría u otra instancia, a partir de un plan concreto y la correspondiente asignación de recursos humanos y financieros que permitiera realizar la tarea de identificar las normas consuetudinarias de cada comunidad, recopilarlas y de este modo convertirlas en verdaderos Fueros, publicados en ediciones bilingües. También podrían impartirse cursos de capacitación sobre los respectivos

Derechos forales a las autoridades judiciales o administrativas llamadas a aplicarlos o a tomarlos en cuenta en el desempeño de sus deberes.

Lograr que efectivamente se recopilen los Derechos indígenas y se dé plena efectividad a las disposiciones internacionales y nacionales que tácitamente convierten a los territorios indígenas de Costa Rica en regiones de Derecho foral, no es una tarea sencilla, pero tampoco imposible, y creemos que tampoco sería difícil lograr cooperación de otros países o de organizaciones gubernamentales o no gubernamentales para un proyecto de esta naturaleza.

\* \* \*

### **LEY N° 21 DE 25 DE JULIO DE 1867**

El Senado y la Cámara de Representantes de la República de Costa Rica, reunidos en Congreso,

#### **DECRETAN**

Art. 1°—Se faculta al Poder Ejecutivo para que nombre Jefes Políticos dependientes de la Gobernación de la Provincia de Cartago a aquellos de los Caciques de la Talamanca que tenga por conveniente, y para que los mande satisfacer del Tesoro Público, en recompensa de su trabajo, un sueldo que no baje de diez ni exceda de veinte pesos mensuales.

Art. 2°—Se le faculta asimismo para que nombre una persona capaz y bien intencionada, que con el título de Director de las reducciones de Talamanca, aconseje y auxilie a los Caciques en la administración de aquellos pueblos, proponga las medidas convenientes para su más pronta civilización, y vierta los informes que por el Gobierno Supremo o por el Gobernador de Cartago se le pidan.

La dotación del Director será de mil doscientos pesos anuales.

Art. 3°—Mientras el adelanto de aquellos pueblos no permita equiparar su administración a la de los demás de la República, los Caciques Jefes Políticos les gobernarán y administrarán justicia conforme a sus costumbres, con sumisión a las disposiciones del Gobierno; mas nunca les es permitido imponer a persona alguna, la pena capital ni la de extrañamiento del territorio de la República. Tampoco la de arresto, prisión, reclusión u obras públicas por más tiempo que un año.

Art. 4º—De las resoluciones o providencias de los Caciques Jefes Políticos, se puede reclamar al Gobernador de Cartago, y de las de éste al Presidente de la República, quienes en su caso han de confirmar, reformar o revocar tales resoluciones o providencias, conforme a los principios de justicia y previos los convenientes informes.

Art. 5º—Cuando algún individuo no natural de las tribus de la Talamanca cometiere delito grave en aquella jurisdicción, el Director instruirá el sumario correspondiente y lo remitirá juntamente con el reo al Juez del Crimen de Cartago para que sea juzgado con arreglo a Derecho. De la misma manera procederá, cuando algún individuo incurra en delito que merezca la pena capital, la de extrañamiento del territorio de la República o las de arresto, reclusión, prisión u obras públicas por más de un año.

Art. 6º—El Poder Ejecutivo queda facultado para asignar sueldos que no pasen de sesenta pesos mensuales a los Curas que el Diocesano envíe a aquellos pueblos, los cuales allá no podrán cobrar ningunos derechos o proventos.

Art. 7º—Asimismo queda autorizado el Poder Ejecutivo para demarcar la jurisdicción de cada Jefatura Política: para dictar todas las Providencias conducentes a la mejor administración de aquellos pueblos; y para nombrar y asignar dotación a los empleados que juzgue sean allí estrictamente necesarios.

Art. 8º—Por los mismos medios podrá el Gobierno intentar y llevar a cabo la reducción de los indios llamados “Guatusos” que existen en términos de la Provincia de Alajuela y deben depender de la Gobernación de la misma Provincia.

A la Cámara de Representantes.—Dado en el salón de Sesiones. Palacio Nacional. San José, junio dieciocho de mil ochocientos sesenta y siete.—J. M. Montealegre, Presidente.—J. Rafael Mata, Secretario.—Ramón Fernández, Secretario.

Sala de la Cámara de Representantes.—Palacio Nacional.—San Jose, julio veinticuatro de mil ochocientos sesenta y siete.—Manuel Antonio Bonilla, Presidente.—Andrés Sáenz, Secretario.—Juan M. Carazo, Secretario.

Palacio Nacional.—San José, julio veinticinco de mil ochocientos sesenta y siete.—EJECUTESE.—JOSE MARIA CASTRO.—El Secretario de Estado en el Despacho de Gobernación, A. Esquivel.

**Reseñas bibliográficas a cargo de Jorge Enrique Romero Pérez**

Frances Baima, Patricia (editora) ***Libro blanco sobre la independencia del Poder Judicial y la eficacia de la administración de justicia en Centroamérica*** (San José: Publicaciones iberia, 2000, 566 págs.)

Con el auspicio de la Unión Europea y la Generalitat de Catalunya, se ha publicado este libro de interés para esta zona. En su *Presentación* se afirma que en el contexto de la realidad social de la región centroamericana se halla un Poder Judicial vulnerable, expuesto a la movilidad y remoción de sus miembros, con falta de dotación de medios y formación, y, sobretodo, en muchos casos, sin el marco jurídico ni organizativo adecuado que garantice su funcionamiento como un poder independiente dentro de un Estado de Derecho y Democrático.

Agregando en su *Introducción* que en el año 1995, conjuntamente con las instituciones centroamericanas participantes, se realizó el diseño del Proyecto encaminado a detectar, mediante estudios de la realidad jurídica y social de cada uno de los países, los problemas que presentan sus sistemas de Administración de Justicia para hacer efectiva la aplicación de las leyes materiales: procesales, estructura orgánica del Poder Judicial, estatutos profesionales del juez y del Ministerio Público, oficina judicial, asistencia técnica jurídica gratuita, derechos de los pueblos indígenas, justicia de menores de edad, administración penitenciaria.

Las comisiones de trabajo fueron las siguientes: Poder Judicial, justicia penal juvenil, acceso a la justicia, procedimiento penal y sistema penitenciario, derechos indígenas, control jurisdiccional de los Poderes Públicos, funcionamiento de la oficina judicial y procedimiento laboral y conflictos laborales.

Este libro merece ser leído y estudiado, ya que su contenido es interesante y provoca el debate y la reflexión.



Consultores Legislativos. Aselex S. A. **Compendio de legislación bancaria**. X edición. 2000. *Comprende estas normas:* decreto-ley de nacionalización bancaria y las *leyes* orgánica del sistema bancario nacional, orgánica del Banco Popular y Desarrollo Comunal, utilidades netas por venta de bienes adjudicados en remate, empresas financieras no bancarias, sistema financiero nacional para la vivienda, modernización del sistema financiero de la República, regulación de la actividad de intermediación financiera de las organizaciones cooperativas, régimen privado de pensiones complementarias y reformas de la ley reguladora del mercado de valores y del Código de Comercio, orgánica del Banco Central, reguladora del mercado de valores, protección al trabajador.

*Este compendio especializado contiene una necesaria y útil información.*

Muñoz Quesada, Hugo Alfonso. **Las comisiones legislativas plenas** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2000, 296 págs.)

En el *Prólogo*, el Lic. Roberto Tovar Faja expresa que el Dr. Hugo Alfonso Muñoz Quesada, con el detalle y la profundidad que caracterizan sus escritos, explica en forma precisa y clara la reforma de mayor importancia que sufre la Asamblea Legislativa desde la Constituyente de 1949, es decir, la creación de las comisiones legislativas plenas.

El autor, por su parte, en la *Introducción* indica que este libro responde a una necesidad, a una experiencia y a una convicción. La necesidad surge del enfrentamiento con una nueva institución que requiere examen académico y político. La experiencia, de todo el trabajo realizado, primero en los años en que se discutió la idea de las comisiones legislativas plenas en 1977 y luego en la gestación de la reforma constitucional al artículo 124 de la Constitución Política. Finalmente, la labor durante más de cinco meses y con más de treinta y cinco sesiones que dio vida al capítulo XIX del Reglamento de la Asamblea Legislativa, sobre dichas comisiones legislativas plenas.

Esta valiosa obra está compuesta de dos partes: las comisiones legislativas plenas en el contexto institucional y reglamentación de las comisiones legislativas plenas.

Acertadamente afirma el Dr. Muñoz que el problema del Parlamento en la actualidad no es de soberanía ni de poder, que comparte con una pluralidad de órganos del Estado. El problema esencial del Parlamento es de capacidad de respuesta, con celeridad y prontitud a las demandas, conflictos y presiones de la sociedad civil. El problema es de calidad de las leyes; pero sobre todo de oportunidad en su emisión (pág. 212).

- o -

Sánchez Romero, Cecilia. **Derecho penal. Parte general. Doctrina y jurisprudencia** (San José: Ed. Jurídica Continental. 2000, 431 págs.)

El Dr. Alfredo Chirino Sánchez, en el *Prólogo* expresa que este libro nace como nacen muchas obras en el campo del derecho: en las aulas universitarias y con el deseo de enriquecer el trabajo docente; sobre todo en una área donde la discusión con manuales y tratados extranjeros suele dificultar la correcta comprensión de algunos problemas y ofrece, usualmente, la incorrecta apreciación de que el área carece del suficiente desarrollo en el país.

*Esta importante obra está dividida en temas:*

- I. Conceptualización del derecho penal
- II. Principios constitucionales que informan el Derecho Penal Costarricense
- III. La ley penal
- IV. El delito
- V. La acción en el Derecho Penal
- VI. La acción típica
- VII. Autoría y participación
- VIII. Tipicidad dolosa
- IX. Tipicidad culposa
- X. Problemática de la responsabilidad objetiva
- XI. Tipicidad omisiva
- XII. Antijuridicidad y justificación
- XIII. La culpabilidad
- XIV. El iter criminis
- XV. Unidad y pluralidad de acciones típicas
- XVI. Teoría de la coerción penal
- XVII. Las medidas de seguridad

Este libro es muy útil por su contenido doctrinal, normativo y jurisprudencial.

Vargas Chavarría, Eugenio. **Código de trabajo**. Con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad y espacios para anotaciones en cada artículo (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2000).

Ulate Chacón, Enrique; Olman Rodríguez Brunett y Jorge Cabrera Medaglia. **Derecho agrario y desarrollo sostenible** (San José: Universidad de San José, 2000, 478 págs.)

La abogada Roxana Salazar en la *Presentación* de esta valiosa obra, nos dice que este libro es un documento que busca sentar nuevos lineamientos doctrinales en la búsqueda de esa visión. El abordaje de los temas es global y completo, dando una perspectiva más amplia sobre la implementación de instrumentos jurídicos, procesales y jurisprudenciales que el llamado Derecho agroambiental ofrece para la protección de derechos fundamentales.

*Este importante libro se divide en títulos, los cuales son:*

- I. Dimensión constitucional e internacional
- II. Derecho ambiental y Derecho agrario
- III. Institutos agroambientales
- IV. La actividad agraria empresarial y las nuevas tendencias agroambientales

Sus autores, en la *Introducción* nos señalan que el Derecho agrario y el desarrollo sostenible representan en la actualidad los ejes centrales sobre los cuales debe orientarse la sociedad moderna para garantizar el cumplimiento de los Derechos Humanos consagrados en la Constitución Política, los cuales establecen la obligación del Estado de fomentar un modelo de desarrollo sostenible y el deber de los particulares de ajustar sus conductas y actividades productivas conforme a dicho modelo.

– o –

Herrera Fonseca, Rodrigo. **Manual sobre títulos de crédito** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2000, 204 págs.)

Este *manual* de obligada consulta contiene –entre otros temas– los fundamentos legales del crédito y cobro, con jurisprudencia; analizando la letra de cambio, hipoteca, título de prenda, cheque, pagaré, carta de crédito, factura comercial, cuenta corriente, cédula hipotecaria, arrendamiento de cosas y retención indebida, garantía sobre bienes inmuebles ; y, tipos de sociedades mercantiles.

Parajeles Vindas, Gerardo. **Código Civil**, y **Código Procesal Civil. Concordados, con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad, índice analítico y espacios para anotaciones en cada artículo** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2000)

Ulate Chacón, Enrique. **Tratado de Derecho Procesal Agrario** (San José: Ed. Guayacán, y Sapiencia, Universidad Escuela Libre de Derecho, T. II, 1999, 464 págs.)

Recordamos que ya habíamos comentado (No. 90 de esta revista) el primer tomo –sobre la teoría general– de esta valiosa obra.

En el *Prólogo*, el Rector de la Universidad Escuela Libre de Derecho, profesor Ricardo Guerrero Portilla, expresa que con esta obra, la de mayor performance en el Derecho Procesal Agrario nacional, y prácticamente sin parangón en nuestro Derecho Procesal Civil, el profesor Ulate nos ha demostrado, a los que todavía surcamos la carretera para favorecer la enseñanza regional y democrática del Derecho, que el esfuerzo y el sacrificio han valido la pena.

Bien anota su autor que una vez superada la primera parte de la Teoría General del Derecho Procesal Agrario, donde existe mayor posibilidad constructiva por la existencia de fuentes especializadas en el ámbito comparado, se impone al estudioso la profundización científica sobre temas más concretos. En este ámbito las posibilidades de acudir a fuentes comparativas se restringen, pero conforme se va incursionando en cada tema, surgen nuevas ideas derivadas de la experiencia judicial, de fuentes jurisprudenciales y, sobre todo, de la Ciencia del Derecho Procesal.

*Este fecundo libro se divide en estos títulos:*

- I. El proceso ordinario agrario
- II. Las pruebas y la valoración probatoria en materia agraria
- III. Las resoluciones judiciales y la taxatividad impugnativa

Alvarado, Myrna; Magally Hernández y Eugenie Salas. **El arbitraje administrativo** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2000, 129 págs.)

En la *Introducción* sus autoras indican que se refiere al análisis del funcionamiento del arbitraje, como un medio de solución de conflictos, dentro del Derecho Administrativo. La posibilidad legal de someter al Estado a solucionar un conflicto jurídico a través de medios alternos está dada desde hace tiempo, pero en los últimos años la promoción de estos medios alternativos ha sido intensa y está muy en boga.

*El siguiente es el contenido de este importante libro, dividido en capítulos:*

- I. Aspectos generales del arbitraje
- II. Fundamento y causas del arbitraje
- III. Regulación y jurisprudencia del arbitraje dentro del Derecho Administrativo costarricense
- IV. Procedimiento arbitral dentro del Derecho Administrativo costarricense
- V. Principales problemas en torno a la utilización del arbitraje dentro del Derecho Administrativo

Jiménez Meza, Alfonso. **Código de Comercio**. *Concordado, índice analítico y espacios para anotaciones en cada artículo. Anexo: reglamento sobre reserva de nombre de personas jurídicas* (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2000)

Campos Salas, Dagoberto. **Relaciones Iglesia – Estado en Costa Rica**. *Estudio histórico - jurídico* (San José: Ed. Guayacán, 2000, 251 págs.)

En la *Introducción*, el sacerdote costarricense Campos informa que esta investigación, destinada a obtener el grado académico de Doctor en Derecho Canónico en la Pontificia Universidad Gregoriana de Roma, tiene como objetivo el intentar ilustrar las relaciones entre la Iglesia y el Estado en Costa Rica, en particular desde la perspectiva jurídica, partiendo del hecho histórico que el Estado costarricense ha sido confesional desde 1821, año de su independencia hasta nuestros días.

*El autor ha dividido esta obra en las siguientes partes:*

- I. El marco histórico - jurídico
  - II. Naturaleza jurídica de la confesionalidad costarricense
- Anexos

En su *Conclusión*, el Dr. Campos indica que resulta interesante que después de cien años de haber perdido vigencia el único instrumento jurídico sólido que ha existido (el Concordato con la Santa Sede de 1852), en Costa Rica no se haya procurado el replanteamiento de posibles acuerdos de índole jurídica que hubieran permitido delimitar más claramente el marco jurídico en el que ambas partes se relacionan. El aspecto más preocupante en las relaciones Iglesia - Estado en Costa Rica, es la ausencia de mayor precisión y certezas jurídicas.

- o -

Cascante Castillo, German. ***Teorías generales del Derecho del trabajo*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2000, 238 págs.)

Esta obra es muy útil para la comprensión de las teorías que se han esbozado en torno al Derecho del trabajo.

*Los capítulos que componen este libro son los siguientes:*

- I. Nociones generales
- II. La formación histórica del Derecho del Trabajo
- III. Las fuentes del Derecho del Trabajo
- IV. El caso de Costa Rica

Expresa el autor que en Costa Rica existen algunos grupos interesados en modificar e incluso derogar la legislación laboral. Esos "grupos" y profesionales en Derecho (no necesariamente "laboralistas", aunque también lo hay), argumentan "necesidades del mercado", de la "nueva economía global", etc., y reiteran que es preciso que "las fuerzas del mercado" sean las que dicten las regulaciones obrero-patronales. Estos grupos interesados procuran la plena aplicación, nuevamente, de los principios del Derecho Civil, de la "autonomía de la voluntad" y de la "libertad de contratación", que fueron bastiones del liberalismo "histórico".

La solución no es volver al liberalismo de la época pre-Código de Trabajo, sino en tomar en consideración los intereses de la empresa y de los trabajadores, en procura de alcanzar dignos niveles de vida y de mantener la paz social (págs. 235 a 238).

- o -

Ulises Zúñiga Morales. **Código Penal**. *Revisado, actualizado, remunerado, concordado, con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad, índice alfabético y espacios para anotaciones en cada artículo* (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2000).

- o -

Jiménez Meza, Manrique. **La legitimación administrativa** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2000, 534 págs.)

En el *Prólogo* el maestro español Dr. Jesús González Pérez afirma que estamos ante una importante aportación doctrinal, de la que no podrá prescindirse al afrontar cualquier reforma de nuestras legislaciones reguladoras del procedimiento y del proceso administrativo. Y también, ante una obra de indiscutible utilidad práctica, que no deberán olvidar aquellos que han de moverse en este ámbito procesal. En definitiva, estamos ante un libro imprescindible para los legisladores, jueces, titulares de los órganos administrativos y abogados litigantes.

*Este notable libro está dividido en capítulos:*

- I. La legitimación dentro del contexto del Estado democrático, social y ecológico de derecho
- II. La legitimación activa y pasiva desde el enfoque del procedimiento administrativo y del económico - administrativo (tributario)
- III. La legitimación en el proceso contencioso administrativo

Esta obra es digna de ser consultada por todos aquellos interesados en el campo del Derecho Público.

- o -

Instituto Costarricense de Derecho Constitucional. **Revista Costarricense de Derecho Constitucional** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2000, I, 307 págs.)

Su Director, el Dr. Rubén Hernández valle, expresa en el *Prólogo* que con este *primer número* de la revista se inicia, un viejo sueño anhelado por todos aquellos quienes nos interesamos por esta rama del derecho en el país.

*En esta revista se publican las conferencias dictadas por los profesores extranjeros que participaron en el X aniversario de la creación de la Sala Constitucional:*

Agustín Gordillo (Argentina). *Delimitaciones entre las jurisdicciones constitucional y administrativa.*

Alessandro Pizzorusso (Italia). *Le sentenze normative delle Corti Costituzionali.*

David M. O'Brien (USA). *Clear and Conflicting: The US Constitution ad its Interpretation.*

Domingo García Belaunde (Perú). *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional.*

Fernando Garrido Falla. *La dimensión constitucional de la nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa.*

Franck Moderne (Francia). *La jurisdicción constitucional frente al poder público.*

Giancarlo Rolla (Italia). *Derechos fundamentales y Estado democrático: el papel de la justicia constitucional.*

Néstor Pedro Sagüés (Argentina). *La inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales.*



Walter Cortés Hernández, Mariano Rodríguez Solís, y Sonia Camacho Calvo. **Código Municipal. Comentado y jurisprudencia constitucional; concordancias y guía práctica para su aplicación**, elaborada por Moisés Solano Mojica (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2000).

— o —

Rivero Sánchez, Juan Marcos. **La apariencia de la situación jurídica** (San José: Ediciones Jurídicas Areté, 2000, 310 págs.)

El *Dr. Rivero* nos afirma que la confrontación entre la apariencia externa de los fenómenos jurídicos y su naturaleza interna plantea, en el terreno jurídico, los más intrincados problemas. Estos problemas tienen un carácter muy actual. La publicidad registral y el formalismo jurídico documental forman nada más que una pequeña parte de este conjunto de instrumentos para tutelar los intereses de “terceros”, aún en desmedro de derechos preexistentes y de las situaciones jurídicas consolidadas (pág. 21).

Precisando este autor que el Derecho es un fenómeno social muy vasto, que no se agota en la mera normativa sino que trasciende el plano de los hechos y de los valores. Toda cuestión relacionada con el mundo jurídico puede ser analizada desde tres perspectivas: a) la normativa, b) la exiológica y c) la fáctica. Esto plantea al investigador la necesidad de elegir un punto de partida de la investigación, sin que por ello se pierda la necesaria referencia a las restantes perspectivas del Derecho (pág. 23).

*Los aspectos que analiza este importante libro son:*

1. Presupuestos metodológicos para el estudio de la apariencia de la situación jurídica.
2. Análisis del elemento objetivo del supuesto de hecho en las hipótesis de apariencia de la situación jurídica.
3. Análisis del elemento subjetivo del supuesto de hecho en las hipótesis de apariencia.
4. La doctrina del efecto saneante.

— o —

Parajeles Vindas, Gerardo. **El remate en la jurisprudencia costarricense** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 289 págs., 1999).

Esta valiosa obra está dividida en los siguientes títulos:

Primero: Presupuestos básicos del remate

Segundo: Forma de ordenar el remate

Tercero: Celebración del remate

En la **Introducción**, su autor nos dice que:

El procedimiento de remate en nuestro medio legal, es un tanto complejo y quizás en gran medida representa una carga laboral significativa para los juzgados competentes para ordenar subastas. La cuestión es que muy pocas obligaciones nacen para ser cumplidas, como lo dice el principio del derecho civil de las obligaciones, de manera natural y voluntaria. Es enorme la cantidad de procesos civiles cobratorios, incluyendo los civil de hacienda, que se encuentran en trámite en las diferentes oficinas jurisdiccionales, a las cuales se les debe agregar aquellos otros asuntos que ante la existencia de una obligación determinada se exija acudir al remate para hacer cumplir lo condenado en sentencia (laboral, por ejemplo). La regla, entonces, es acudir al remate como la única alternativa para obligar al deudor con su patrimonio a pagar lo adeudado.

Esta obra es sumamente útil y debe estudiarse con atención.

Andrea Hulbert Volio. **Código de Familia**. Concordado y con espacios para anotaciones en cada artículo. Anexos: Ley de Pensiones Alimentarias y Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia (San José: Investigaciones Jurídicas, S.A., IJSA, 2000).

Muñoz Quesada, Hugo. **Manual centroamericano de técnica legislativa** (San José: FOPREL - OEA, 2000, 90 págs., con ilustraciones pertinentes).

En el **Prólogo** de esta importante obra, *Elizabeth M. Spehar*, señala que este libro es un instrumento de trabajo diario y de consulta obligada; permitirá, que la elaboración de la ley y el trabajo parlamentario obedezca a procesos más abiertos y realistas, a partir de negociaciones transparentes y de la eficiente construcción de consensos legislativos. Favorecerá el logro de una legislación comprensible, mejor redactada y mejor estructurada, que responda verdaderamente al sentir de los ciudadanos y que considere, necesariamente, el sistema jurídico que va a afectar, especialmente, el impacto económico y social y las mejores formas para su correcta aplicación.

*Las partes que componen este valioso manual son:*

- I. Justificación de la técnica legislativa
- II. Pasos para elaborar la ley
- III. Pasos para la negociación y aprobación política
- IV. Técnica legislativa y gobernabilidad
- V. Hacia una nueva concepción de la técnica legislativa
- VI. Las características de la ley

#### **Anexos:**

1. Las partes de la ley
2. El cuestionario alemán
3. Las reglas para mejorar la técnica legislativa

El **Dr. Hugo Muñoz Quesada**, propone la pregunta: ¿qué es la técnica legislativa?, a lo cual responde que es el conjunto de reglas o disposiciones que se aplican en el momento en que se elabora una ley, en su redacción, para lograr mayor rigor técnico jurídico e incorporar criterios de la realidad que favorezcan, una vez en vigencia, su correcta comprensión, interpretación y aplicación. También, deben tomarse en cuenta las técnicas de negociación política (pág. 37).

Este **manual** viene a llenar una laguna crucial en el terreno legislativo, pues los temas de la producción de las leyes, sus fines, objetivos, procedimientos, técnicas, estrategias y tácticas de negociación tiene una relevancia superlativa a nivel centroamericano.

Ortiz Ortiz, Eduardo (1930-1995) **Tesis de Derecho Administrativo II**  
(San José: Editorial Stradtmann, 2000, 576 págs., editor Aldo Milano).

En el **Prólogo** a esta valiosa obra (cuyo primer tomo lo reseñamos en esta misma Revista de Ciencias Jurídicas Nº 88, 1998) el *Dr. Eduardo García de Enterría* expresa que la publicación de estas Tesis de Derecho Administrativo vienen a acreditar definitivamente que Eduardo Ortiz ha sido el primer iuspublicista de su país y uno de los más relevantes de toda América Latina. Formado inicialmente en Italia, aprendió el rigor y la sutileza que él supo aplicar matizadamente al sistema jurídico costarricense, que él contribuyó decididamente a desarrollar y a sostener, hasta hacer de él uno de los más serios y eficaces en cuanto al Estado de Derecho efectivo.

Los administrativistas españoles, agrega el *Dr. García de Enterría*, guardamos de Eduardo Ortiz el mejor recuerdo y profesamos el mayor respeto por su obra, rica y profunda. Nos alegra, por tanto –y aquí me permito hacerme el portavoz general–, que su memoria se mantenga viva con la publicación de su gran obra general, que iluminará, sin duda, a muchas promociones de estudiosos de su país y en todos los países de lengua española.

La estructura de este valioso libro, que mantiene su original nombre de **Tesis de Derecho Administrativo**, (*cuando se publicaron a polígrafo para sus alumnos*), es la siguiente:

- XI. *Teoría de la organización*
- XII. *Organización colegial*
- XIII. *El servidor público*
- XIV. *El administrado*
- XV. *Situaciones jurídicas administrativas*
- XVI. *Intereses colectivos y legitimación constitucional*
- XVII. *El acto administrativo*
- XVIII. *Los elementos del acto administrativo*
- XIX. *Eficacia del acto administrativo*
- XX. *Clasificación de los actos administrativos*
- XXI. *Invalidez de los actos administrativos*
- XXII. *Los vicios del acto administrativo*
- XXIII. *La nulidad del acto administrativo en la Ley General de la Administración Pública.*

Su editor, *Aldo Milano*, indica que la publicación de este tomo II es producto único y exclusivo de la iniciativa de la familia del autor, que con sabiduría y empeño, ha decidido promoverla.

Esta obra incorpora una labor de actualización de la normativa citada originalmente por el autor, a la vez que se le ha dado una estructura acorde con las usualmente seguidas en obras de esta naturaleza.

Por su parte, la señora *Gisela Stradtman de Ortiz*, Presidenta de la *Editorial Stradtman*, afirma que tras una larga meditación de la familia y con el consejo de destacados profesionales, decidimos fundar la Editorial Stradtman, con el objeto de perpetuar el legado que dejara Eduardo.

Es de singular importancia la publicación de la obra del maestro costarricense Eduardo Ortiz, razón por la cual felicitamos a la familia Ortiz Stradtman como a su editor, por haber permitido el gozo de contar con esta magnífica obra.

## INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i> .....	8
<b>Ensayos:</b>	
La Corte Suprema de Justicia responde <i>Magistrado Alfonso Chaves Ramírez</i> .....	11
El Mercosur <i>Licda. Viviana Martín Salazar</i> .....	19
El problema psicológico del testimonio no corroborado <i>Licda. María Matamoros Peralta</i> .....	39
El derecho de acceder a la función pública <i>Lic. Jimmy Bolaños González</i> .....	63
Sobre un anteproyecto de ley de la jurisdicción contencioso administrativa <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i> .....	87
Estado y libertad en Spinoza <i>Prof. Manuel Castro Lobo</i> .....	113
La Ley de 25 de Julio de 1867 y la vigencia de los derechos indígenas costarricenses <i>Prof. Jorge Francisco Sáenz Carbonell</i> .....	137
Reseñas bibliográficas <i>J.E. Romero-Pérez</i> .....	145

Impreso por  
Litografía e Imprenta LIL, S.A.  
Apartado 75-1100  
San José, Costa Rica  
374184