



340-R
C.5

11 JUN 1999

DIAS

Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Colegio de Abogados
No. 88 - Cuatrimestral
setiembre - diciembre - 1998 - 164 págs.

I Derecho - Revistas

Revista fundada en 1963

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica

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

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

ISSN

0034-7787

CONSEJO ASESOR:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Juan José Delgado Zúñiga (*Presidente*)
Lic. Marco Antonio Jiménez Carmiol (*Vice Presidente*)
Licda. Lilliana Alfaro Rojas (*Prosecretaria*)

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo (*Decana*)
Dr. Víctor Pérez Vargas (*Profesor*)
Dr. Rodrigo Barahona Israel (*Profesor*)



Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO**

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS**

88

**SAN JOSE, COSTA RICA
1998
SETIEMBRE-DICIEMBRE**



**JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS**

1998

Presidente:

Lic. Juan José Delgado Zúñiga

Vicepresidente:

Lic. Marco Antonio Jiménez Carniol

Secretaría: _____

Prosecretaría:

Licda. Lilliana Alfaro Rojas

Tesorera:

Licda. María Emilia Solera Flores

Fiscal:

Lic. Rolando Dobles Montero

Vocal 1:

Licda. Luz María Bolaños Arias

Vocal 2:

Lic. Federico Sáenz de Mendiola

Vocal 3:

Lic. Gilberto Corella Quesada

Vocal 4:

Licdo. José Aquiles Mata Porras

Vocal 5:

Licda. Virginia Beckles Maxwell

**AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS**

Rector:

Dr. Gabriel Macaya Trejos

Director Consejo Universitario:

Ing. Roberto Trejos Dent

Vice-Rector de Docencia:

Dr. Luis Camacho Naranjo

Vice-Rectora de Investigación:

Dra. Yamileth González García

Vice-Rectora de Acción Social:

Dra. Leda Muñoz García

Vice-Rectora de Vida Estudiantil:

Dra. Ligia Bolaños Varela

Vice-Rector de Administración:

Dr. Ramiro Barrantes Mesén

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 de la *Revista* se publican ensayos en los campos de Historia del Derecho, Derecho Administrativo, Penal, Constitucional y Contratación Pública.

Además, se incluye una sección de reseñas bibliográficas.

IN MEMORIAM †

El Dr. **Carlos José Gutiérrez Gutiérrez** (1927-1999) ha descansado en paz.

Este notable jurista *—fue en la Universidad de Costa Rica—* profesor y Decano de la Facultad de Derecho, Miembro del Consejo Universitario; Diputado, Embajador en Alemania y en las Naciones Unidas, Ministro de Gobierno (Justicia y Relaciones Exteriores) y co-fundador del Partido Liberación Nacional. Hizo importantes contribuciones a la Ciencia del Derecho, tanto en libros como en un sinnúmero de artículos de su especialidad.

En este número de la *Revista* se publica un valioso ensayo del Dr. Gutiérrez, *Doscientos años de evolución: el desarrollo del sistema jurídico costarricense*.

El director y editor

DOSCIENTOS AÑOS DE EVOLUCION:
EL DESARROLLO DEL SISTEMA JURIDICO
COSTARRICENSE

R

Dr. Carlos José Gutiérrez
Abogado costarricense

SUMARIO:

Introducción

1. Enlace
2. Punto de partida
3. Los procesos de creación

I. La formación del Estado

1. Las Constituciones
2. Las leyes generales
3. Las leyes económicas
4. La profesión de abogado

II. La época liberal

1. La Constitución perdurable
2. Los códigos del liberalismo
3. El contrato-ley
4. El Estado benefactor
 - a) La nueva fórmula constitucional
 - b) Más y nuevos códigos
 - c) La regulación económica
 - d) Las instituciones autónomas
 - e) La multiplicación docente

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCION

1. Enlace

Hace dieciséis años, en 1982, escribí un artículo que pretendía ser la primera parte de una historia social del derecho costarricense. En las ciento y resto de páginas de dicho artículo estudié el derecho del período colonial español, desde tres enfoques o perspectivas diferentes, con un grado creciente de aproximación: un vistazo general del derecho de América española, el reino de Guatemala y la provincia de Costa Rica. El artículo nunca llegó a publicarse. Terminándolo me involucré en la segunda campaña presidencial de Luis Alberto Monge y a su triunfo, fui primero su Ministro de Justicia, y pasé luego a servir el Ministerio de Relaciones Exteriores. Al terminar la administración Monge, su sucesor, Oscar Arias, me nombró Representante Permanente de Costa Rica en Naciones Unidas, y el siguiente cuatrienio viví en Nueva York, demasiado ocupado para emprender o continuar tareas académicas. Mientras tanto, Rogelio Pérez Perdomo, tesorero propulsor del programa de escribir una historia social del derecho latinoamericano, insistió, de tiempo en tiempo, en que cumpliera mi promesa de hacer el capítulo o desarrollo referente a Costa Rica. Finalmente ha logrado convencerme de que emprenda de nuevo la tarea y prepare la parte republicana de la evolución de nuestro derecho.

Quiero enlazar la consideración del derecho colonial con el período republicano, manteniéndolos, sin embargo, separados. Respetando la vinculación existente —los súbditos del Monarca español pasaron a ser centroamericanos, mexicanos, y finalmente, costarricenses— lo cierto es que su perspectiva se alteró sustancialmente. El derecho dejó de venir de Madrid y hubo que crearlo en México, en Guatemala, en Cartago o en San José. Ese cambio de origen significó una creciente separación, que en el caso costarricense se hizo más honda, por la orientación democrática que adquirió nuestro derecho.

Sin embargo, es necesario recordar que como se dijo al final del estudio del derecho colonial: “el nivel técnico de los procesos de aplicación de las normas del Derecho de Indias no pudo nunca ser muy alto, dada la escasez de profesionales en derecho. Se da así la contradicción de un derecho formalmente elaborado y dotado de instituciones producto de siglos que se aplica a una comunidad integrada, pacífica, de contradicciones disminuidas, que no podrá crear instituciones propias sino cuando su naturaleza se ponga en evidencia. No se dan pues, ninguna de las dos condiciones esenciales de que hablaba Federico Carlos de Savigny, dado que no hay la conexión directa del

derecho con la vida del pueblo, base del elemento político, ni el elemento técnico proporcionado por los juristas.⁽¹⁾ Sin embargo, el derecho adquiere arraigo, sirve para resolver las controversias, para integrar la acción social, para ejercer control sobre los elementos desviantes y cada vez con mayor claridad expresa las aspiraciones y valores de una sociedad diferente. Ahí está el sustrato sobre el que se desarrolla nuestro sistema jurídico. Este habrá de ser derecho costarricense pero conservará rezagos, recuerdos, y fundamento en el Derecho Indiano”.

2. Punto de partida

Sobre el derecho costarricense es que quiero hablar ahora. Lo haré considerándolo dividido en tres aspectos diferentes: a) *El proceso constitucional*. Todo sistema jurídico demanda una estructura básica, que determine los órganos encargados de crear y aplicar el derecho, y la distribución de competencias entre ellos. Esa organización imprime el carácter general del sistema y su evolución, dado que representa el vínculo entre el mundo de lo normativo y la realidad social y política que se encuentra bajo ella. b) *Las leyes básicas*, que desarrollan los principios consagrados en la Constitución, la organización de los tribunales y los procedimientos a seguir ante ellos, así como la especificación de los derechos subjetivos, que han de tener todos los sujetos de derecho. c) *La regulación de las actividades económicas*, como ejemplo de las respuestas del sistema social a las demandas de los gobernados. Ante la imposibilidad de contemplar la totalidad del mundo normativo, dada la importancia de la regulación de la economía, ésta constituye el mejor indicador para apreciar el cambio en este sector.

El estudio de la evolución del derecho creado en el período republicano va a estar dividido en tres períodos:

1) **La formación del Estado:** la provincia española debió transformarse en la República de Costa Rica. Para ello debió superar los problemas que le plantearon la pobreza de sus recursos naturales, la pequeñez de su medio físico, la escasez de su población, la escogencia entre su inclusión en una entidad política de mayor tamaño, como el Imperio Mexicano o la República Federal de Centro América, y la total

(1) *De la Vocación de nuestra época por la Legislación y la Jurisprudencia*. Publicado en THIBAUT, Anton, y SAVIGNY, Federico: LA CODIFICACION (Aguilar, Madrid, 1970, p. 56-58).

independencia, y la determinación de cuál de las cuatro ciudades importantes debía obtener en definitiva el rango de capital. Solucionados esos problemas del momento de arranque, encontró en el café, base adecuada para dar fundamento a la vida civilizada, a los niveles latinoamericanos del siglo XIX, se rechazó el intento de sojuzgamiento colonialista de William Walker, se superaron tanto la ignorancia básica de su pueblo como la secuela militarista de la guerra de 1856, para encontrar en el liberalismo, una ideología que diera orientación general a su desarrollo político. Toda esta tarea se cumplió con una utilización totalmente empírica del sistema de prueba y error.

2) **El período liberal:** A partir de 1871 o, más precisamente, de 1382, se inicia una nueva etapa, para la cual, se cuenta con una base económica adecuada, con una clase política de suficiente capacidad, que a poco andar encuentra en la democracia, en el derecho a elegir a los gobernantes, un medio aceptable de legitimación, y que agrega el cultivo del banano como un segundo motor a la economía. La educación aumenta, si bien, se reduce el nivel educativo superior a una escuela de derecho, a la que se agregan otras carreras universitarias, en una forma lenta. Hay una confrontación entre la Iglesia Católica y los representantes del Estado que remata en un *modus vivendi*, al parecer precario pero que dura medio siglo. La vida urbana da base para la formación de una clase media y la aparición de grupos obreros, los que plantean conflictos sociales, que deben ser atendidos y procesados por el sistema jurídico. Los conflictos mundiales tienen una clara incidencia sobre la vida costarricense y obligan a cambios, que llevan finalmente a considerar agotado el modelo liberal.

3) **El Estado benefactor:** En la década de los novecientos cuarenta, el sistema de gobierno costarricense entra en crisis, al intentar mantenerse en el poder un movimiento que trata de compensar la pérdida de caudal popular con una legislación social de avanzada. Ello lleva a una guerra civil que produce la solución del diferendo, pero, igualmente, da base a una organización estatal diferente, con intervención activa en los procesos económicos y sociales. Se consolida la clase media, que a partir de entonces comparte, con los grupos capitalistas el ejercicio del poder. Se diversifica la economía y el sector servicios comienza a adquirir una importancia superior, tanto a la agricultura como al desarrollo industrial, logrado mediante la creación del Mercado Común Centromericano.

La *globalización* de la economía, como superación de las etapas del Estado nacional y las estructuras regionales pareciera haber iniciado

un cambio en la organización política y social, que podría dar base a una nueva etapa del sistema jurídico, sin que pueda precisarse cuáles habrán de ser sus características.

3. Los procesos de creación

Es relevante al estudio que se pretende hacer, determinar cuáles son los medios utilizados para crear el derecho. Sobre todo por el papel preponderante que tiene "la ley importada", sean los conjuntos normativos que se toman en forma literal de otras legislaciones.

En el campo constitucional, dicha práctica se utilizó sólo en el momento inicial. Los primeros documentos constitucionales tuvieron ese carácter. El Pacto de Concordia y los dos Estatutos Políticos derivados de él, fueron condensaciones de la Constitución española de 1812 y la Constitución de la República Federal de Centro América fue una mala copia de la Constitución de los Estados Unidos de América. Sin embargo, lo notable es que después de esos primeros modelos, la evolución posterior se realiza, con el procedimiento de prueba y error, como resultado de la propia experiencia, que pone a prueba varios sistemas y busca quedarse con aquello que funciona y descartar lo que no resulta aplicable. De manera que hay un cierto nivel de originalidad, que podría explicarse, por lo menos en parte, en un propósito deliberado de buscar un modelo democrático, y, en el medio circundante, casi podría decirse en Latino América entera, las experiencias democráticas son bastante escasas.

En cambio, al nivel de las leyes importantes y complejas, sobre todo de los grandes códigos, lo que se hace es copiar la legislación de los países desarrollados o, por lo menos, de estados latinoamericanos que tengan un mayor avance cultural. Se copia, generalmente de manera literal, con ligeras modificaciones o con pretensiones de resumen. Poca o ninguna vinculación hay entre esas leyes y la realidad social a la cual pretender aplicarla. Por ello, las ilusiones que se depositan en los códigos al promulgarlos, con la ingenua creencia de que serán capaces de producir progreso y bienestar parecido al que hayan ocasionado en los países desarrollados donde tuvieron origen, resultan generalmente defraudadas. Lo usual, sin embargo, es que el proceso de copia se repita una y otra vez, sin pensar en la necesidad de observar la realidad social para establecer la debida correspondencia entre las normas y su eventual aplicación.

I. LA FORMACION DEL ESTADO

1. Las Constituciones

Los representantes de las provincias que formaban la Capitanía General de Guatemala se reunieron en la capital el 15 de setiembre de 1821 y declararon la Independencia del dominio español. La noticia no llegó a Cartago sino el 13 de Octubre, habiéndose reunido para ratificarla una Junta de Legados, el 29 de ese mes. A escasos 32 días de esa confirmatoria, la Junta de Legados aprobó una Constitución, a la que se denominó Pacto Social Fundamental Interino o Pacto de Concordia. Este creó una Junta compuesta de siete vocales que residirían tres meses continuos de cada año en una de las cuatro principales poblaciones de la provincia, y que concentraba todos los poderes. El documento tuvo de notable dos cosas: la incertidumbre que revela sobre el futuro y la rapidez con que fue aprobado. Respecto de lo segundo, dice Hernán G. Peralta: "Es un hecho incontrovertible: que los españoles de Costa Rica demostraron una inclinación por los regímenes de ley desde la propia independencia. Posteriormente se organizaron civilmente otros pueblos pero originariamente Costa Rica fue la única nación hispanoamericana que se acogió al derecho desde el instante mismo de su emancipación política y que ha conservado esa tendencia, no obstante las corrientes contrarias que en varias ocasiones han logrado intervenirla con la fractura momentánea de su regla de conducta".⁽²⁾ Lo primero quedó en evidencia en el artículo primero del Pacto, que declara: "La provincia de Costa Rica está en absoluta libertad y posesión exclusiva de sus derechos para constituirse en una nueva forma de gobierno y será dependiente o confederada de aquel Estado o potencia a que le convenga adherirse, bajo el preciso sistema de absoluta independencia del Gobierno español y de cualquiera otro que no sea americano". Una forma indecisa que revela la conciencia de la pequeñez; en el Censo de 1801 la población era de 52.291 habitantes de manera que en veinte años lo más que puede esperarse es que la población se hubiera doblado. Sin embargo, esa conciencia no le impide modificar su estructura, y así tenemos que el 10 de enero de 1822 se modificó el Pacto para ingresar Costa Rica al Imperio Mexicano; el 17 de marzo de 1823 se dictó un primer Estatuto para salirse de él y el 17 de abril del mismo año se adoptó un nuevo estatuto. Esos tres documentos provisionales se dejaron sin efecto al entrar Costa Rica

(2) *Las Constituciones de Costa Rica* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962), p. 3.

en 1824 a formar parte de la República Federal de Centro América y promulgarse, al año siguiente la Ley Fundamental del Estado de Costa Rica. En estos últimos dos documentos, se abandonó el sistema de Juntas colegiadas y se comenzó a usar la fórmula norteamericana de tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. A nivel centroamericano el gobierno federal fue el objeto de la lucha entre los dos Presidentes que tuvo la Federación y cada uno de ellos contra los gobiernos estatales; el primer Presidente federal, Manuel de Jesús Arce, decretó la suspensión de la Constitución, tan pronto juró el cargo e inició lucha contra los Jefes de los Estados de la Unión. El segundo, Francisco Morazán, como Jefe de Honduras, derrotó a Arce y asumió la Presidencia de la República para continuar la lucha contra los gobiernos de los estados, pero en 1838 fue derrotado y el Congreso Federal autorizó a los Estados para darse su organización independiente. En cambio Costa Rica, demasiado distante para participar en las luchas entre Estados y la Federación, tuvo once años de paz, bajo varios Jefes de Estado, después de los cuales un golpe puso en el poder a Braulio Carrillo. Este gobernó sin constitución por tres años y, cuando no pudo obtener el apoyo de una Asamblea Constituyente que se reunió en 1838, promulgó en 1841 una Ley de Bases y Garantías, por la cual se declaró gobernante vitalicio.

En 1849 fue derrocado por Francisco Morazán, el ex-Presidente Federal, quien fue proclamado Jefe de Estado costarricense y trató de utilizar el país para reconquistar el poder en todo el Istmo, pero en 1843 fue derrocado y fusilado, lo que significó el cierre de los esfuerzos federativos.

Se produjeron tres documentos constitucionales durante el resto de la década, en 1844, 1847 y 1848, que representaron el esfuerzo de José María Castro para fortalecer el Poder Ejecutivo y que permitieron a su sucesor, Juan Rafael Mora ser electo por tres períodos sucesivos, durante los cuales tuvo que hacer frente a la invasión filibustera de William Walker. Este norteamericano, fue invitado a apoyar una de las fracciones en lucha en Nicaragua, se transformó en Presidente de ese país y trató de conquistar toda Centro América para convertirla en un estado esclavista en la Confederación del Sur de los Estados Unidos.

La guerra contra Walker fue la primera oportunidad para los militares de adquirir poder político y en los años sucesivos se produjeron tres golpes de estado, en 1859, 1869 y 1871. En los tres casos, el golpe fue seguido por la elección de una Asamblea Nacional Constituyente, que promulgó una nueva Carta fundamental, sin que hubiera mayores diferencias entre ellas.

La tercera de esas constituciones, la de 1871, pese a no tener con las anteriores más que diferencias de identificación, como las que se dan

en los automóviles europeos de año a año, significó un cambio importante. Pero conviene mirar como un bloque a esos primeros cincuenta años. Diez constituciones son una producción excesiva, que revela inestabilidad y falta de criterios firmes sobre la manera de gobernarse. Cabe, como explicación y no como excusa, tomar en cuenta la inexperiencia anterior. Cuando llegó por correo la Independencia, los costarricenses no habían tenido oportunidad alguna de ejercer funciones públicas, que estuvieron siempre concentradas en el Gobernador, un representante de la Corona, que fue siempre un peninsular, con poderes administrativos, militares y judiciales. Era imposible, en esas circunstancias, que lo hicieran bien. Tenían que aprender y ese aprendizaje supuso adaptar modelos extranjeros a su realidad, determinar cuáles instituciones se conformaban con su idiosincrasia, el tamaño del país y la índole de sus habitantes. Es certero el juicio de Cleto González Víquez, quien dijo: "Nuestro pueblo —que en eso no constituía una excepción en la América hispana— tuvo una época larga en que la república fue una grata ilusión y una dulce mentira. Dichosamente ha ido poco a poco saliendo de ese período de mandatarios de fuerza, que siempre hallaron la manera de imponer su voluntad, a veces bien intencionada y dirigida, frecuentemente torpe y encaminada a venganzas y ruines pasiones, y por fortuna nunca inspirada en la codicia, pero siempre revestida con máscara de legalidad"⁽³⁾

La máscara de legalidad se fundió con la cara y se incorporó a ella. Tantas veces, después de una fractura, su fe en la necesidad de contar con una Carta Fundamental los hizo reunir una Constituyente para redefinir su estructura gubernamental, que acabaron por encontrar una que funcionara. Para ello probaron muy diversas formas y distintas combinaciones. Agustín Gutiérrez Lizaurzábal, autor del proyecto de la Ley Fundamental y Presidente de la Asamblea de 1825, y Nazario Toledo, que preparó los textos de la década de los ochocientos cuarenta, fueron determinantes en su momento por una mayor formación jurídica. Braulio Carrillo y José María Castro demostraron ser los gobernantes con un criterio muy definido sobre el papel que debía corresponderle al Poder Ejecutivo. Juan Mora Fernández fue quien le dio al Estado costarricense el primer impulso por el camino correcto. Ellos y otros muchos contribuyeron a definir la forma de gobierno como republicano, dirigido positivamente hacia la democracia. La experimentación fue amplia y finalmente se precisó un modelo de los tres poderes tradicionales: un

(3) *El Sufragio en Costa Rica ante la Historia y la Legislación* (Editorial Costa Rica, San José, 1978), p. 166-167.

legislativo unicameral, un Presidente con poderes amplios y una Corte con funciones jurisdiccionales. A dicha fórmula se llegó por la vía sólida propia y no por la importación proveniente de otras latitudes.

2. Las leyes generales

Al inicio de la vida independiente se continuó con la utilización de las leyes españolas, con dos graves problemas: la variedad y falta de sistema de ellas, y el escaso número de profesionales en derecho que existían. Como apuntó oportunamente Andrés Bello, en su condición de criollo, sujeto al régimen español de Indias: "nuestros códigos son un océano de disposiciones en que puede naufragar el piloto más diestro y experimentado. Leyes de Partidas, Leyes de Toro, Leyes de Indias, Nueva Recopilación, ordenanzas de varias clases, senadoconsultos, decretos del gobierno, leyes de muchos concretos autoridades de los comentaristas, etc."⁽⁴⁾

Ello motiva que se utilice en Costa Rica un resumen de las leyes de más frecuente aplicación, papel que corresponde al "*Prontuario de Derecho Práctico u Orden Alfabético*", que se explica a continuación en el mismo título de la siguiente manera: "Contiene la resolución de los casos que comúnmente ocurren de acuerdo con las leyes vigentes y trámites comunes de los juicios civiles, criminales y militares, con las notas correspondientes de las del Estado de Costa Rica", que fue preparado por don Agustín Gutiérrez Lizaurzábal.⁽⁵⁾ Tiene la distinción de ser el primer libro impreso, en la que vino a ser la primera imprenta que se estableció en Costa Rica. Es la expresión de un fenómeno que se dio en toda América Latina: ante la complicación de la legislación española, se utilizan compendios o resúmenes preparados por abogados, que se citan tanto por litigantes como por los jueces, como derecho aplicable.

La situación no cambia sino hasta 1841 cuando Braulio Carrillo promulga lo que llama "Código General del Estado de Costa Rica". Dicha obra, es una reunión de los códigos civil, penal y de procedimientos, que fueron preparados para Bolivia, y extendidos luego, a la Federación

(4) Citado por DAZA, Pedro: "*Andrés Bello y la Unidad de los Países Latinoamericanos*". En FORO INTERNACIONAL SOBRE LA OBRA JURIDICA DE DON ANDRES BELLO. (Fundación La Casa de Bello, Caracas, 1982), p. 37.

(5) Imprenta La Concordia, San José, 1834. El autor se identifica como "Un abogado Centro Americano". Pero su identidad es bien conocida.

Peruano-Boliviana, que representó la máxima expansión del poder del Mariscal Andrés de Santa Cruz, propulsor de la idea. El Código Civil, que es el proyecto propio del gobierno de Santa Cruz, estaba fundado, como todos los códigos civiles de la época, en la tarea llevada a cabo en Francia, bajo Napoleón Bonaparte, con una modificación básica: la sustitución de los capítulos referentes al matrimonio civil por una declaración hecha en el artículo 99, donde se dispuso: "Estando en el Estado, elevado el matrimonio a la dignidad de sacramento, las formalidades necesarias para su celebración serán las mismas que el Concilio de Trento y la Iglesia tienen designadas". De ahí en adelante, todo el régimen matrimonial está tomado del Derecho Canónico y la competencia corresponde a los tribunales eclesiásticos. Lo redactó una comisión de Magistrados de la Corte Suprema. Recuérdese que en Chuquisaca, hoy Sucre, funcionaba la Audiencia para el Virreinato de Perú y luego de la Plata, y que esa Audiencia se transformó en Corte Suprema de Bolivia.

El Código Penal de Santa Cruz lo que hizo fue adaptar el Código español de 1822. El Código de Procedimientos fue preparado por una Comisión nombrada en 1826 bajo el gobierno de José Antonio Sucre, pero cuya vigencia se inició al mismo tiempo que el Civil, el 1° de enero de 1831. Eran tres códigos separados y la tarea desarrollada por Carrillo y sus colaboradores se limitó a reunirlos en una sola ley, aunque cada uno de los códigos mantuvo una numeración separada. Que se hubiera copiado el Código Civil no tiene nada de extraordinario. Desde la promulgación del Código Civil francés, dicho texto había causado un enorme impacto tanto en Europa como en América Latina. De la conmoción en Europa dan buena cuenta no sólo los países que se apresuraron a copiarlo sino también la polémica desarrollada en Alemania entre Federico Carlos de Savigny y Anton Thibaut cuyos ensayos representan la diferencia entre el romanticismo y el racionalismo.

La distancia física entre los países de vigencia del modelo seguido y la copia costarricense sí llama la atención, salvo si se toma en cuenta que en 1841 no se había producido otro Código Civil, en los países recién independizados de España, puesto que el chileno que fue el modelo más copiado, no se promulgó sino hasta 1855. Piénsese además que el problema del matrimonio era el mismo en toda América española.

En 1858, se siente la necesidad de hacer una segunda edición del Código General y para ese efecto va don Rafael Ramírez a New York para cuidar de ella. Es fama que el señor Ramírez introdujo tal número de reformas de su iniciativa personal, que, a su regreso, para no perder la edición, se sintió necesidad de pasarla por el Congreso.

Mientras tanto, en 1853 se promulgó un Código de Comercio, que era copia del Código español de 1829, que había sido formulado por el mercantilista español Pedro Sáenz de Andino. Este, a su vez utilizó como modelo el Código Francés de 1807 y extrajo gran cantidad de materiales de las Ordenanzas de Bilbao y de la jurisprudencia de los Consulados españoles.⁽⁶⁾

3. Las leyes económicas

Si se dejan de lado las leyes puramente tributarias, la legislación de este período sobre materia económica puede considerarse dividida en cuatro grupos:

- a) *Actividades monopolizadas por el Estado costarricense*, que constituían una herencia del régimen español. Fueron ellas fundamentalmente dos: el cultivo y comercialización del tabaco y la fabricación de licores. En el caso del tabaco, la situación colonial era de control desde la semilla hasta la comercialización; pero se llega gradualmente a la liberalización de los cultivos, a partir de 1849, 1850, cuando dicha actividad comienza a ser sustituida en importancia por el café. En cambio la fabricación de licores como monopolio estatal, se mantuvo casi a la época presente, cuando los convenios de integración centroamericana hizo imposible la continuación del monopolio.
- b) *Actividades no monopolizadas pero cuidadosamente reguladas durante la época española y continuadas en la misma forma*: Es el caso de la Minería, que, en la época colonial se consideró parte del dominio eminente del Estado. A los pocos años de la Independencia, en 1829, se promulgaron unas detalladas Ordenanzas de Minería, posiblemente copiadas de la legislación española, puesto que sustituyeron a las Ordenanzas Españolas de 1783. Dicha ley se mantuvo vigente casi inalterada hasta el Código de Minería de 1953, lo que revela que la actividad minera careció de importancia en el resto del siglo XIX.
- c) *Actividades económicas que fueron objeto de estímulos por parte del Estado: pero su desarrollo se dejó a la iniciativa privada*. Los estímulos fueron dirigidos a la agricultura en general y dentro de ella, al café que comenzaba a desarrollarse, al ganado que presentaba una situación deficitaria y al cacao que había venido a menos, después del auge durante el período colonial. El principal

(6) KOZOL CHYK, Boris, y TORREALBA, Octavio: *Curso de Derecho Mercantil* (San José, 1974), p. 106.

estímulo fue el otorgamiento de derechos de propiedad sobre tierras baldías –que se llamaron “gracias”– y la ausencia de leyes regulatorias sobre la actividad. Como bien lo sintetizan Salas y Barahona: “Con la independencia... se inició la preocupación por poblar tierras y fundar pueblos. En los cuarenta años subsiguientes se dictaron numerosas disposiciones, leyes, decretos, resoluciones, etc., que concedieron parcelas con la condición de que se fundara en ellas un hogar, se construyera una casa y se dedicaran a un cultivo.”⁽⁷⁾

En el caso del café, sorprende que hay en realidad pocas disposiciones legales. Ello, de acuerdo con Carolyn Hall, se debe a que el fomento del cultivo se hizo con base en órdenes municipales. Fueron los municipios los que distribuyeron tierras y matas de café, así como los que dictaron disposiciones para evitar el merodeo de los cultivos.⁽⁸⁾

- d) Tuvieron igualmente ese carácter **las leyes que buscaron crear vías de comunicación** que permitieran vencer el aislamiento del Valle Central y crearle lazos con el exterior. La mayor facilidad de comunicación con la costa del Pacífico orientó los esfuerzos en esa dirección y, desde luego, la falta de capitales hizo que los estímulos gubernamentales fueran también concesiones de tierras.

4. La profesión de abogado

Algo significativo de ese primer período, es el pequeño número de abogados que existían en la Provincia –luego Estado– de Costa Rica. Un buen ejemplo lo tenemos en la organización de la Asamblea Constituyente de 1824, la cual como dijo la Junta Superior Gubernativa, “no podía desempeñar sus funciones con la regularidad, solidez y acierto que corresponde a los grandes fines de establecer una sabia administración que afiance la libertad, seguridad y prosperidad del Estado, sin el auxilio, dirección y consejo de discretos juriconsultos de que carece esta provincia”.⁽⁹⁾

Todavía más importante es lo que ocurre con don Agustín Gutiérrez Lizaurzábal y con don Víctor de la Guardia. Don Agustín,

(7) SALAS, Oscar, y BARAHONA, Rodrigo: *Derecho Agrario* (Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 1973), p. 324.

(8) HALL, Carolyn: *El Café y el Desarrollo Histórico Geográfico de Costa Rica* (Editorial Costa Rica, San José, 1976), p. 35-36.

(9) FERNANDEZ, Ricardo: *La Independencia* (Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia, 1971, San José), p. 140-141).

habiendo nacido en Guatemala, se estableció en León en 1803 y ahí residió hasta 1822, cuando se trasladó a Nicoya donde vivió hasta 1824, pocos meses antes de ser electo miembro de la Asamblea Constituyente. Don Víctor de la Guardia nació en la ciudad de Panamá; la independencia lo sorprendió en Granada; en 1823 se trasladó a vivir a Bagaces donde recibió la noticia en 1824 de que había sido nombrado Diputado. La incorporación de Gutiérrez y Guardia a la sociedad costarricense era tan reciente que justifica el título que les da el historiador Fernández Guardia de "forasteros".⁽¹⁰⁾ En esas condiciones la justificación de que ambos hayan sido electos a la Constituyente es que ambos eran abogados.

La escasez de abogados se refleja todavía en actuaciones posteriores. En 1841, cuando Braulio Carrillo emprende la tarea de codificación, contrata a un sacerdote salvadoreño, para trabajar en la parte procesal, que siempre se realiza con los modelos bolivianos. En 1843, don José María Castro Madriz busca una solución más estable, al fundar la Universidad de Santo Tomás y en ella se crea una Escuela de Derecho que inicia los estudios jurídicos en Costa Rica.

II. LA EPOCA LIBERAL

El éxito del cultivo del café, primordialmente en el Valle Central, creó un capitalismo agrario, formado básicamente por los dueños de los beneficios que procesaban la fruta y por los exportadores que representaban a las firmas primero inglesas y luego alemanas, que controlaban la comercialización. Las distintas manifestaciones del sistema jurídico demuestran no sólo la viabilidad del Estado sino una solidez cada vez mayor.

1. La Constitución perdurable

Ello se refleja, primero que nada en el campo constitucional. Como ya se dijo, lo que ocurrió en 1870 fue una repetición de lo anterior. Se produjo un golpe de Estado y para legitimar el nuevo gobierno, se procedió a convocar a una Asamblea Constituyente, que mostró una independencia demasiado fuerte para los intereses del dictador, por lo cual éste la disolvió y convocó para elección de una nueva Constituyente

(10) FERNANDEZ, Ricardo, cit., p. 148-149.

que redactara una nueva Carta Fundamental. Esta se promulgó el 7 de diciembre de 1871. Su propulsor, el General Guardia, no le tuvo mucho respeto y en 1876, cuando un sustituto que se consideró temporal trató de afirmarse en el poder, la suspendió y no hubo Constitución hasta que, fracasados dos intentos de reunir una Asamblea, en 1877 y en 1880, no le queda otra alternativa a Guardia que restablecer la vigencia de la Constitución de 1871. Lo hizo por decreto de 26 de abril de 1882, con una serie de modificaciones, que incluyeron la eliminación de la pena de muerte. Ese decreto puede considerarse el testamento del dictador, que falleció meses después.

Los sustitutos de Guardia, primero Próspero Fernández y Bernardo Soto después, habían sido militares del dictador de los doce años, pero lejos de mantener un gobierno militar, sirvieron de punto de entrada al Gobierno de un grupo de intelectuales, formados como abogados en la Escuela de Derecho, que le cambian el sentido al régimen político.

Debe decirse que la Constitución de 1871 careció de diferencias importantes con sus antecesoras del grupo de las "legitimadoras". Sólo cambió la estructura del Congreso que volvió a ser unicameral, el período presidencial que se aumentó a cuatro años, sin posibilidad de reelección inmediata y el régimen municipal que pasó a tener una sola municipalidad por provincia. Lo sorprendente fue que mantuvo su vigencia hasta 1948, aunque tuvo dos eclipses temporales adicionales: del 11 de setiembre de 1892 al de mayo de 1894, por suspensión que decretó don José Joaquín Rodríguez, quien gobernó por decreto por esos dos años, y del 27 de enero de 1917 al 1° de mayo de 1920, a raíz del golpe de estado que le diera don Federico Tinoco a don Alfredo González Flores. Tinoco repitió el procedimiento de convocar a una Constituyente que promulgó una nueva Constitución, que se distinguió por hacer la primera mención de los derechos sociales. Sin embargo, como el régimen asumió características cada vez más autoritarias la mala situación económica, un movimiento revolucionario desde Nicaragua que fracasó pero aumentó la hostilidad contra el gobierno, y el asesinato del Ministro de Guerra y hermano del Presidente, culminaron en una protesta cívica que obligó a la renuncia de Tinoco. Se restableció la Constitución de 1871, que mantuvo su vigencia hasta 1949. Nunca llegó a tener más de treinta años de vigencia ininterrumpida pero caracteriza y configura todo el período liberal.

Durante ese período, Costa Rica perfiló su actual fisonomía. El país real (habitado, cultivado, con grupos sociales en relación constante y comunicación lenta pero estable con otros países que a principios del siglo XIX), se encontraba reducido al Valle Central con salida al mar Pacífico por Puntarenas, se extendió hasta el Océano Atlántico, a cuya

orilla desarrolla la industria bananera, gracias a la construcción del ferrocarril que impulsó Guardia, y hacia el Norte y el Sur, por medio de una colonización espontánea, dedicada a la ganadería y la agricultura de subsistencia.

Mientras tanto en el Valle Central la actividad cafetalera transformó el régimen de la tierra, la estructura social y la economía del país. La clase social alta pasó a formar "una burguesía agraria, de cara al mercado externo",⁽¹¹⁾ pero, como ya se dijo, se concentró en el beneficio y la actividad exportadora, permitiendo que la propiedad de la tierra y el cultivo se distribuyera entre grandes y pequeños agricultores. La producción se cuadruplicó entre 1840 y 1890, pasó de 5 millones a 20 millones de kilos.⁽¹²⁾ Las exportaciones que comenzaron en 1820 a Panamá, en 1832 fueron a Valparaíso y a partir de 1843 se hacían directamente a Inglaterra, para centrarse a partir de finales de siglo en Alemania. Gracias a esas tareas, la más pobre colonia española de Centro América se transformó en la república más próspera de la región.

Igualmente significativo fue el esfuerzo educativo. En 1847 se organizó la Secretaría de Instrucción Pública y en 1849, por medio de un Reglamento Orgánico se hizo el primer intento de organizar un sistema de enseñanza, manejado por las Municipalidades, como se había operado desde la Independencia. En la Constitución de 1869 se declaró gratuita y obligatoria la enseñanza primaria y ese mismo año se dictó un Reglamento de Instrucción Primaria, que estableció un plan general de educación. En las reformas liberales, el esfuerzo educativo toma especial vigor, se proclama el carácter laico de la educación y por un corto período se elimina la enseñanza de la religión católica en las escuelas públicas, asume el Poder Ejecutivo la dirección de ella que estaba antes en las Municipalidades, y se conforma una organización completa de la educación primaria y secundaria, aunque el Ministro de la reforma, Mauro Fernández, entra en conflicto con la Universidad y procede a cerrar esta. En 1888, queda tan solo la Escuela de Derecho, que pasa a ser administrada por el Colegio de Abogados, quien la mantiene en funcionamiento hasta 1941.

La perdurabilidad de la Constitución se explica porque el modelo de estructura gubernamental demostró tener suficiente flexibilidad para los gobernantes de la época, todos los cuales se movieron dentro de un

(11) Como la define Torres, Edelberto: *Interpretación del Desarrollo Social Centroamericano* (Educa, San José, 1970).

(12) Hall, Carolyn: *El Café y el Desarrollo Histórico de Costa Rica*, op. cit., p. 42.

liberalismo común, pudieron demostrar sus diferencias de personalidad y desarrollar su estilo de gobierno. En segundo lugar, el poder efectivo correspondía no sólo a la persona del Presidente sino a una oligarquía con un grado creciente de apertura, carente de una conformación monolítica, y a la cual, el perfeccionamiento de las instituciones electorales, llevó gradualmente a hacer necesario que los partidos buscaran el apoyo político de las clases populares, tanto urbanas como rurales. Finalmente, en el sentido puramente formal, se descubrió el sistema de reformas parciales a la Constitución, por lo cual, el proceso de ajuste entre las normas y la realidad adoptó una nueva forma. En los 67 años de vigencia, se produjeron 19 modificaciones parciales, dos de las cuales tuvieron una significación especial: la primera fue la lenta mejora de las instituciones electorales, que se llevó a cabo desde 1895 a 1936. La segunda fue la introducción del Título sobre Garantías Sociales, realizada en 1943, que ya anuncia el final de la época liberal.

2. Los códigos del liberalismo

Como parte de la diferente mentalidad, se planteó la sustitución del Código General, para entonces objeto de múltiples reformas, por un grupo de leyes, cada una de las cuales cubría una de las ramas del derecho codificado, dentro del modelo francés.

El 27 de abril de 1880 se emitió el Código Penal que casi en su totalidad fue copia del Código chileno de 1875. En agosto de 1882, el Congreso autorizó al Poder Ejecutivo para crear una Comisión que redactara un Código Civil y uno de Procedimientos Civiles. Fue presidida por un abogado guatemalteco, don Antonio Cruz y formada por los abogados José Joaquín Rodríguez, Ascensión Esquivel y Bernardo Soto. Actuaron como Secretarios Ricardo Jiménez, Cleto González Víquez y Ricardo Pacheco. Lo interesante es que salvo este último, todos los otros fueron luego Presidentes de la República. La comisión trabajó cinco años y además de los dos Códigos preparó las leyes del Registro Civil, Ministerio Público, Notariado, Tribunales y Registro Público.

El Código Civil se fundamentó en el proyecto de Código Civil español elaborado en 1851 por don Florentino García Goyena y se tuvo en cuenta el Código de Bello. El Código costarricense es de 1888 y el español no fue aprobado sino hasta el año siguiente. El propósito ideológico de un nuevo código civil queda en evidencia pues se establecen tanto el matrimonio civil como el divorcio vincular, así como la libertad de la mujer casada para contratar, sin necesidad de solicitar permiso de su marido. Igualmente se fija un límite al monto que pueden

recibir por herencia las órdenes religiosas, y se prohibieron los legados a los confesores. Como una muestra conciliadora, sin embargo, se le da validez jurídica también al matrimonio católico. Se establece el Registro Civil y se dan sus bases fundamentales. En el libro sobre los bienes se introduce el Registro Público de la Propiedad, con base en la ley española de hipotecas, de 1861, que se adiciona con la institución de las cédulas hipotecarias tomadas del Derecho Alemán; para los libros de Obligaciones y Contratos, el modelo pareciera haber sido el libro *Cour de Droit Civil* de Aubry y Rau.

Por todo ello puede sostenerse que no fue un caso de simple copia. Los juristas que lo prepararon, si bien tomaron ejemplos y modelos diversos, llegaron a sus propias decisiones para dar un código que estimaron adecuado. El hecho de haber tardado tres de los cinco años de tarea, en su preparación, constituye buena prueba de que se hizo un trabajo lento y cuidadoso. Contribuyó enormemente a su prestigio el hecho de que se hizo un comentario completo en una obra que sirvió a los jueces, a los abogados y a los estudiantes de derecho. Alberto Brenes Córdoba la compuso en tres tomos: *Tratado de las Personas, Tratado de los Bienes y Tratado de las Obligaciones*, escritas durante el primer tercio del siglo XX. La claridad y sistematización de la obra, la carencia de alternativas, y la dedicación a la judicatura y a la enseñanza del derecho de su autor, hicieron del profesor Brenes Córdoba el verdadero protagonista del Código, más que sus redactores que brillaron en otros campos, sobre todo en el político. Como resultado de todos esos factores el Código Civil adquirió el papel de centro del derecho costarricense, que no vino a quedar disminuido sino con su desmembración, por surgir la Ley de Sociedades, la de Adopción, la de Terrenos Baldíos, el Contrato de Prenda y los Códigos de Comercio, de Trabajo, y de Familia. Ello tuvo además una consecuencia de gran trascendencia: los abogados asumieron un papel central en la vida costarricense. De las nueve personas que ocuparon la Presidencia de la República en los primeros cuarenta años de este siglo, seis fueron abogados y dos de ellos, Ricardo Jiménez y Cleto González Víquez, sirvieron, el primero tres períodos y el segundo dos. No hay duda que la personalidad de ambos hombres públicos jugó un papel destacado. Pero como se trataba además de dos brillantes juristas, muchas de sus actuaciones de gobernantes resultaron coloreadas por su formación jurídica, por lo cual el desarrollo del estado de derecho se fortaleció y aumentó la positividad de las normas jurídicas. Si a ello se agrega que, si bien fueron agregándose otras escuelas de educación superior durante todo el período que va desde 1888 hasta 1941, la Escuela de Derecho mantuvo ininterrumpidamente abiertas sus puertas y obtuvo que sus maestros fueran lo más distinguido de la época, no solo profesional sino también intelectualmente, se comprenderá, el enorme impacto que ejerció sobre la vida costarricense.

La posibilidad del divorcio vincular y la creación de un Registro Civil que venía a centralizar la actividad de las parroquias católicas, le dieron un significado político al Código Civil al colocarlo en el foco del enfrentamiento entre los liberales y la Iglesia Católica. En 1888, además del Código, se produjeron la secularización de los cementerios, la eliminación de la enseñanza religiosa en las escuelas, la prohibición de las procesiones públicas, y como se estimaran que ellos eran quienes dirigían la resistencia de los católicos, la expulsión del Obispo Thiel y de los jesuitas. Pasada la efervescencia, se inició la campaña política para el reemplazo del Presidente Soto. El candidato liberal fue Ascensión Esquivel y por los opositores fue José Joaquín Rodríguez, quien recibió fuerte apoyo de la iglesia y triunfó en la primera elección. Los liberales contemplaron la posibilidad de usar el ejército, en vista que se produjo un acercamiento pacífico de la ciudad de San José por los partidarios de Rodríguez, pero el Presidente Soto prefirió entregar el poder al tercer Designado a la Presidencia, don Carlos Durán y llamar a las segundas elecciones, donde triunfó Rodríguez. Fueron las primeras elecciones disputadas, triunfó la oposición y el Gobierno aceptó la derrota. El 7 de noviembre de 1889, día en que ello ocurrió, es considerado por eso el día oficial del nacimiento de la democracia costarricense.

3. El contrato-ley

Dentro de la regulación jurídica de la vida económica, si bien los casos que fueron estudiados durante el primer período continuaron operando, aparece una nueva figura que adquiere una enorme importancia: el contrato-ley.

La aparición de esa figura es circunstancial: Tomás Guardia, el dictador de los doce años, se propuso darle al país una comunicación segura y rápida con la Costa Atlántica. Siendo como era el ferrocarril el medio de transporte de mayor posibilidad, busca construir uno que conecte el Valle Central con la costa que permite el acceso a Europa y al Este norteamericano. Para ello contacta a Henry Meiggs, quien había desarrollado recientemente los ferrocarriles peruanos y chilenos. Se firma un contrato en Lima, el 20 de junio de 1871, que fue luego aprobado en San José, el 18 de agosto de ese año.⁽¹³⁾ En dicho contrato Meiggs se

(13) En toda la referencia a la relación entre Minor C. Keith y sus familiares con el Gobierno de Costa Rica seguiré la excelente biografía de STWEWART, Watt: *Keith and Costa Rica* (The University of New Mexico Press, Albuquerque, 1964).

comprometía a construir el ferrocarril para el Gobierno que pagaría el precio de la obra. Dado que a la sazón no había Congreso, el General Guardia no necesitó que el contrato fuera ratificado por nadie. Sin embargo, lo importante es que Henry Meiggs cedió el contrato a su sobrino, Henry Meiggs Keith quien puso la operación en manos de su hermano Minor C. Keith. Este último, se transformó en una de las fuerzas económicas más importantes de Costa Rica primero y de la América tropical después. No solo construyó los ferrocarriles de la zona Atlántica costarricense, sino que aprovechó las tierras con que el Gobierno le pagó por los ferrocarriles para sembrarlas de banano y organizó una compañía para el transporte naviero hacia los mercados norteamericanos y su comercialización. Dicha compañía, la United Fruit Company, se extendió por todo el Caribe y a su poder económico, unió un creciente poder político.

La celebración de contratos con el Estado se consideró como necesaria para la actividad ferrocarrilera y luego para las grandes plantaciones de banano. Con la justificación de las grandes inversiones se pedían tratamientos especiales del Estado, como exoneraciones de impuestos o garantías de que los existentes o fijados no se elevarían durante la vigencia del contrato. Por ello se estimó necesario que dichos contratos fueran aprobados por el Poder Legislativo. Dicho criterio se generalizó luego para otras actividades de inversión extranjera como la electricidad. Se sostuvo que siendo contratos consensuales, para modificarlos era necesario tener el consentimiento de la compañía contratante, lo que suponía una limitación a la posibilidad de acción legislativa. Dicha tesis todavía se sostuvo en 1960, en un juicio sobre la posibilidad de aplicar la Ley de creación del Aguinaldo a la Compañía Bananera de Costa Rica en virtud de las exoneraciones contenidas en los contratos bananeros.⁽¹⁴⁾ Puede tenerse dicho criterio como muestra de la primacía del Derecho Civil sobre materias de Derecho Público, que no comenzó a ser modificado sino hasta muy avanzado el desarrollo del Estado Benefactor.

4. El Estado benefactor

En la década de 1940 a 1950 muchas cosas cambiaron en Costa Rica. Tantas que debe hablarse de una época diferente. Como en el resto del mundo, el liberalismo mostró sus inconveniencias y debilidades, en

(14) WOODBRIDGE, Paul: *El Contrato Ley* (Editorial Costa Rica, San José, 1972), p. 158-161.

las épocas de crisis. En el siglo XX, fueron tres: la Primera Guerra Mundial, 1914-1918, la Gran Depresión, 1929-1932, y la Segunda Guerra Mundial, 1939-1945. Costa Rica sufrió los efectos de todas esas crisis. La última de ellas señaló la muerte del liberalismo y estuvo marcada por la aprobación de la legislación social (título de Garantías Sociales en la Constitución, Seguro Social, y Código del Trabajo). Aprobadas esas leyes, el gobierno de entonces trató de usarlas como justificación para suprimir la libertad electoral, anulando las elecciones de 1948, después de que en 1944 se había cometido un fraude. Ello provocó en 1948 una Guerra Civil, después de la cual se convocó a una Asamblea Nacional Constituyente, que promulgó una Carta, que ha regido a Costa Rica durante los últimos cincuenta años.

a) La nueva fórmula constitucional

La Asamblea Constituyente rechazó el proyecto presentado por la Junta de Gobierno presidida por José Figueres, el jefe del movimiento revolucionario triunfador, por considerarlo "socialista", pero los diputados social-demócratas lo transformaron en mociones que obligaron a la Constituyente a discutir tanto el proyecto de la Junta como el texto de 1871, que la mayoría había decidido fuera la base de los debates. Surgió, como resultado, una Constitución de compromiso de las ideas políticas en juego, sean el liberalismo y los planteamientos socialdemócratas.

Hubo muchas novedades: como la Revolución se había hecho en defensa de la libertad de sufragio, se independizó la administración de las elecciones del Legislativo y el Ejecutivo y se le otorgó a un ente nuevo, el Tribunal Supremo de Elecciones, al que se dotó de todos los atributos de un poder de Estado. El Ejecutivo dejó de ser unipersonal para considerarse integrado por el Presidente de la República y sus Ministros, teniendo además dos Vicepresidentes elegidos junto con el Presidente. Se introdujo el Servicio Civil. Se dictaron una serie de disposiciones sobre Hacienda Pública y se creó una Contraloría General de la República para vigilarla. Se confirmó la eliminación del Ejército como institución permanente, que había decretado la Junta de Gobierno. Se incluyó además un régimen de especial estabilidad para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y se constitucionalizó la facultad de ésta para ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes. Finalmente, se crearon las bases para las instituciones autónomas del Estado que iban a caracterizar la nueva estructura gubernamental.

Por la vía de las reformas parciales, se produjeron después nuevos avances: en 1975 se eliminó la disposición que permitía eliminar la

participación en los procesos electorales de los partidos que fueran calificados de antidemocráticos, se disminuyó la mayoría de edad de los veinte a los dieciocho años, se estableció la contribución adelantada del Estado a los gastos de los partidos políticos, se estableció y se utilizó cada vez con mayor frecuencia la investigación por comisiones parlamentarias de toda clase de actos de gobierno, se eliminó toda posibilidad de que quienes hubieran servido la Presidencia de la República pudieran ser candidatos a ella nuevamente. Los esfuerzos para debilitar la figura del Presidente de la República fueron abandonados cuando se sintió la necesidad de crear un régimen de planificación para el sector público y se sometió a éste a todas las instituciones autónomas del Estado. Se le otorgó al Poder Judicial, un porcentaje constitucional que permitió dotarlo de mejores medios e instalaciones. Sin embargo, la modificación más importante de la estructura del Estado costarricense se dio en 1988, cuando se creó, como parte de la Corte Suprema de Justicia, una Sala Constitucional, que asumió tanto el control de la constitucionalidad de todos los actos del Estado, así como las acciones de habeas corpus y de amparo. Si hasta entonces, esas funciones se habían cumplido con timidez o conservatismo, la Sala Constitucional asumió sus tareas con un activismo, que la convirtió en poco tiempo en una de las piezas centrales del régimen jurídico actual.

Sin duda alguna, la mayor virtud de la Constitución es su estabilidad. Ya tiene la vigencia ininterrumpida más larga de la historia de Costa Rica. La de 1871 tuvo tres interrupciones por lo que restándoles al período 1871-1948, años de su inicio y derogación, dan sesenta y seis años de vigencia total pero sin que nunca alcanzara treinta continuos, frente a los cuarenta y nueve que lleva la actual. En América Latina, de las constituciones vigentes, solo la de Argentina, promulgada por primera vez en 1851, y la de México, de 1917, tienen una fecha anterior de inicio. Sin embargo, ambas han tenido épocas de menor positividad. Han habido doce elecciones populares y sólo en dos de ellas, el partido en el poder ganó dos procesos sucesivos. El eliminar la prohibición de que participaran partidos totalitarios, léase el Partido Comunista, no significó ningún problema y produjo un aumento de legitimidad de las administraciones subsiguientes. Con ellas, se afirmó la estabilidad del sistema democrático.

b) Más y nuevos códigos

La utilización del nombre de código que había estado reservada para el grupo de leyes básicas del ejemplo napoleónico, se amplió a una

serie de nuevas materias. Algunas fueron modernizaciones de los códigos tradicionales, como el Código de Comercio de 1964, que fue redactado por una comisión, siguiendo el Código de Honduras pero dejando por fuera la ley marítima que iba a ser materia de una Ley Uniforme Centroamericana, que todavía no se ha producido. Dicho código, correspondiendo a la ideología de sus redactores, fue un código plenamente liberal.

En agudo contraste con la ley comercial, el Código de Trabajo se promulgó en 1943, con un carácter altamente intervencionista. Su fundamento es la legislación mexicana, especialmente el artículo 123 de la Constitución, aunque tomó bases de otras legislaciones y refundió en él, la Ley de Accidentes de Trabajo y un proyecto de legislación cooperativa. Atacado inicialmente como un proyecto comunista, el Código adquirió estabilidad en el período posterior, tanta que después han existido tres proyectos para sustituirlos, ninguno de ellos haya logrado siquiera ser discutido por la Asamblea.

En materia penal se ha producido un avance, tanto en materia sustantiva como procesal, que ha tenido una orientación latinoamericana. El Código Penal de 1924 había sido sustituido por el de 1941, al que siguió otro de 1971, que ha sido objeto de sustanciales reformas. La reforma más importante se ha dado en el campo procesal, donde en 1975 se sustituyó el sistema escrito por el juicio verbal, teniendo como modelo el Código de la provincia argentina de Córdoba, y en 1996, se produjo un nuevo Código cuya aplicación apenas se ha iniciado.

Hay una serie de leyes, que llevan el nombre de códigos, como el de la Infancia, el Electoral, el de Educación, el Municipal, el de Minería, el Tributario. De importancia frente a la legislación anterior, es el de Familia, de 1971, porque representa una separación del Libro I del Código Civil, que adquirió una fisonomía totalmente distinta, al servir para marcar la debida igualdad entre los sexos.

La conclusión que se impone es que la mayor complejidad de la legislación corresponde a una sociedad cada vez más grande y diversificada. Sin embargo, lo que no cambia es la utilización de modelos extraños, y la poca tarea de preparación de los textos para que se conformen a la realidad.

c) La regulación económica

Como prueba de una mayor madurez del régimen jurídico, éste eliminó los contratos leyes, sin tener que decretar expropiaciones, por la vía de las reformas regales y los pronunciamientos judiciales.

En 1966, con base en un estudio sobre los contratos bananeros realizado por el Lic. Carlos Manuel Coto Albán, el Poder Ejecutivo realizó una modificación al contrato Soto-Keith en el cual se aumentó el tributo que debía pagar la Compañía Bananera, monto que se dedujo del impuesto de la renta que debía pagar en los Estados Unidos, cuyo Gobierno colaboró para hacerla posible. Obtenida una mayor participación del Gobierno en los resultados del negocio bananero, se produjo una revisión similar en relación con el ferrocarril y finalmente una venta de las acciones de Compañía Nacional de Fuerza y Luz, a una institución del Estado. Finalmente, al tramitarse en 1969-1970 un contrato-ley con la Compañía Alcoa para una explotación de alúmina en el Valle del General, que produjo por un lado una protesta estudiantil que constituyó la versión costarricense de los movimientos de la época, y haber decidido la compañía concesionaria que las prestaciones otorgadas por sus negociadores hacían poco rentable el contrato, dadas las condiciones del mercado, se decretó la invalidez del contrato y se llevó a cabo una reforma constitucional que hizo imposible que volvieran a aprobarse esos contratos.⁽¹⁵⁾

d) Las instituciones autónomas

Sin embargo, el cambio más importante en la regulación económica, es la fórmula usada para la participación ampliada del Estado en la actividad económica: el crecimiento de las instituciones autónomas.

La primera de ellas fue creada, no por coincidencia ni fortuitamente, por Alfredo González Flores, en su gobierno de 1913-1917. Al negarle los bancos privados un préstamo al Gobierno, éste fundó el Banco Internacional de Costa Rica, al que se le dieron capacidad de emisión y poderes para la solución de los problemas fiscales, financiar a los pequeños agricultores y defender la pequeña propiedad cafetalera, a la que luego se agregó la organización de Juntas Rurales de Crédito, para ampliar el crédito a nivel cantonal.⁽¹⁶⁾

(15) La reforma consistió en agregar un párrafo 6 al artículo 124 de la Constitución con el siguiente texto: "La aprobación legislativa de contratos, convenios y otros actos de naturaleza administrativa, no dará a esos actos carácter de leyes, aunque se haga a través de los trámites ordinarios de éstos". La ley se aprobó en 1975 y en su aprobación, tuvo un importante papel la obra mencionada en la nota anterior.

(16) La creación se hizo por Decreto Nº 16 de 9 de octubre de 1914. Las funciones de las Juntas Rurales se le encomendaron por Decreto Nº 33 de

La segunda se llevó a cabo en 1924, en plena época liberal, cuando se decretó el monopolio de los seguros como respuesta a una corriente de incendios para solventar la mala situación de los comerciantes, la necesidad de mantener las reservas formadas para responder a los seguros y la creación de un seguro de riesgos profesionales. Lo novedoso de un monopolio estatal de seguros hizo necesaria una batalla internacional para lograr programas de reaseguro.⁽¹⁷⁾

Ya la tercera institución es creada al inicio de la época del Estado Benefactor. Se denomina Caja Costarricense de Seguro Social, creada para administrar los seguros de enfermedad, vejez, invalidez y muerte, como parte del desarrollo realizado en virtud del acuerdo celebrado entre el Presidente Rafael Angel Calderón Guardia (1940-1944) y el Partido Comunista.⁽¹⁸⁾

El grupo de instituciones anteriores a la Guerra Civil de 1948 se completa con la Universidad de Costa Rica, establecida el 26 de agosto de 1941 para reportar la Universidad de Santo Tomás, cerrada durante la reforma educativa de finales del siglo XIX. La creación de la nueva universidad resulta de la tarea realizada por Luis Demetrio Tinoco, Ministro de Educación del gobierno de Calderón Guardia, con fundamento en el estudio preparado por el chileno Luis Galdames, de la Misión Educativa enviada al principio de la década de los treinta.⁽¹⁹⁾

Como puede verse, antes de 1948, ya se había utilizado la fórmula de encomendar funciones estatales a organismos descentralizados, a los que se dotaba de autonomía de funcionamiento y se les asignaban recursos propios. Sin embargo, no se les había concebido como una fórmula generalizada de organización de un sector de la Administración Pública. Ello solo se hace por la Comisión Redactora del proyecto de nueva Constitución Política, nombrada por la Junta de Gobierno que

30 de diciembre de 1914. Sobre la creación véase GIL, Rufino: *Ciento cinco años de vida bancaria en Costa Rica y algunos hechos sobresalientes de nuestra economía* (San José, 1858), p. 79-117.

- (17) MONGE, Carlos: *Nuestra historia y los seguros* (Editorial Costa Rica, San José, 1974).
- (18) Creada inicialmente por Ley Nº 17 de 1º de noviembre de 1941, antes del pacto, adquiere su fisonomía por Ley Nº 17 de 22 de octubre de 1943.
- (19) TINOCO, Luis Demetrio: *La Universidad de Costa Rica: trayectoria de su creación* (Editorial Costa Rica, San José, 1983). GALDAMES, Luis: *La universidad autónoma* (Editorial Borrásé, San José, 1935).

asume el poder, después del triunfo en la guerra civil de 1948. El principal defensor de esa tesis, Rodrigo Facio, hizo varias explicaciones de los fines perseguidos. Puede considerarse como una de las más suscintas, la hecha en 1956, en los siguientes términos: "lo que se busca con ellas es igualmente claro: es permitir la ampliación administrativa del Estado en una época que requiere cada vez más la intervención de éste en lo económico y lo social, pero evitando que tal ampliación se traduzca en un acrecentamiento de la autoridad política del Poder Ejecutivo".⁽²⁰⁾

El rechazo del proyecto de la Junta no fue obstáculo para que se dejara en el texto definitivo una base para las instituciones autónomas, autorizándose su creación por ley aprobada por dos tercios del total de Diputados. Los gobiernos posteriores, fundamentalmente los del Partido Liberación Nacional, procedieron a crear un número importante de ellos. Se le dio ese carácter a los bancos que fueron nacionalizados, otorgándoseles además el monopolio de recibir depósitos del público.⁽²¹⁾ Para completar la estructuración de la banca nacional, se promulgó luego la Ley del Sistema Bancario Nacional y se creó el Banco Central, separándolo del Banco Nacional.⁽²²⁾

Se crearon el Consejo Nacional de Producción para garantizar precios mínimos a los productos agrícolas de consumo básico y el Instituto Costarricense de Electricidad para asumir la generación eléctrica y ejecutar programas de electrificación que sustituyeran los programas de escasez mantenida por el consorcio norteamericano que controlaba la energía de la zona central del país.⁽²³⁾

El desarrollo institucional permitió un más rápido crecimiento del país. Sin embargo, al destinarse muchos recursos a las nuevas entidades, se debilitó el Poder Ejecutivo y se sintió la necesidad de balancear el proceso de descentralización con el inicio de políticas de planificación central. El mismo padre del programa de instituciones autónomas, Rodrigo Facio, fue el primero en hablar, después de repetir

(20) *La Constitución Política de 1949 y la Tendencia Institucional*. En Revista de la Universidad de Costa Rica, año 1956, p. 109.

(21) Decreto-Ley Nº 71 de 21 de junio de 1948.

(22) Ley Nº 1552 de 23 de abril de 1953 y Ley Nº 1644 de 26 de setiembre de 1953.

(23) Decreto-Ley Nº 22-160 de 10 de setiembre de 1948 y Decreto-Ley Nº 449 de 8 de abril de 1949.

la anteriormente citada observación, de que "en este recomendable proceso de descentralización de la función pública, se ha echado un poco al olvido la necesidad de coordinación y especialmente, cuando se piensa en términos de planificación, este aspecto del régimen autonómico se revela con caracteres de verdadera seriedad".⁽²⁴⁾ Con base en esas ideas, se reformó la Constitución para establecer que por ley se podían diferenciar distintos grados de autonomía y se inició el nuevo fortalecimiento del Poder Ejecutivo. Dentro de los programas de la última década, se habla de eliminación de instituciones autónomas, aunque los esfuerzos hasta ahora han estado limitados a entidades pequeñas y a la eliminación del monopolio de los depósitos del público, obligando a los bancos del estado a competir con bancos particulares, nacionales y extranjeros.

El desarrollo institucional produjo un necesario crecimiento del derecho administrativo y su importancia. Se expresó éste, tanto en el crecimiento de la legislación (Ley General de la Administración Pública, Ley de la Contratación Administrativa y nueva Ley del Juicio Contencioso Administrativo) como de la actividad judicial en ese campo, que desplaza el derecho privado como centro de la actividad jurídica.

e) **La multiplicación docente**

Desde 1841 hasta 1970, por ciento treinta años, la formación de abogados estuvo concentrada en una sola institución, la Escuela de Derecho, que fue pieza central de la Universidad de Santo Tomás, sobrevivió al cierre de ésta, gracias al patrocinio del Colegio de Abogados de Costa Rica, y entró en 1943 a formar parte de la Universidad de Costa Rica. Durante la época liberal fue el centro de la vida académica del país y el vivero de la clase gobernante. La diversificación educativa que produjo el rápido y vigoroso desarrollo de la Universidad de Costa Rica disminuyó la importancia de la profesión jurídica y de su institución formadora.

Sin embargo, el crecimiento económico significó en primer término, el aumento considerable de la matrícula estudiantil en sus aulas, y llevó luego al reconocimiento de la imposibilidad del Estado de mantener el monopolio de la enseñanza superior, dando nacimiento a la educación superior privada, en todos los campos y dentro de ellos, en la

(24) *Planificación Económica en un Régimen Democrático*. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica, Nº 4, setiembre de 1959.

formación de abogados. En 1986 abrió sus puertas la primera escuela de derecho privada y doce años después ya hay diez. Ello ha producido un incremento considerable de abogados que en 1990 eran 5.221 y en 1998 llegan a los 10.000.

El crecimiento en el número de profesionales ha coincidido con un proceso de expansión del Poder Judicial y un aumento de la actividad económica, lo que ha disminuido el superávit que se hace cada vez más sensible, sin que ello signifique una mejora de la calidad profesional. Más bien, puede hablarse de un deterioro.

Por otro lado, se ha dado un absoluto descuido de la obligación estatal de garantizar la calidad de la educación universitaria privada y exigir programas mínimos de estudio. Por el contrario, se ha extendido a la educación privada, la misma liberalidad que se hizo regla con la educación superior pública, la cual ha disfrutado siempre de la más absoluta autonomía. Por ello, han fracasado una y otra vez los esfuerzos para exigir un examen de incorporación al Colegio de Abogados, que signifique el cumplimiento del deber estatal de garantizar a la comunidad la competencia de los profesionales a quienes se autoriza para el ejercicio liberal. Ello hace temer un deterioro profesional, cuyas consecuencias resultan difíciles de prever.

Conclusiones

Desde luego, hacer conclusiones en materia como la presente resulta difícil. Se ha presentado, de manera esquemática, el desarrollo de un sistema jurídico, en un estado que fue primero una provincia de un estado global como el imperio español, pero en el cual, doscientos años de actividad jurídica, determinaron una más clara fisonomía, producto de factores tanto externos como internos, con respuestas propias a circunstancias particulares pero con mantenimiento de influencias exteriores, tanto en la materia de las leyes como en los desarrollos particulares.

Lo propio tiene una manifestación más clara en el campo público, donde la implantación temprana de la democracia determina una búsqueda de instituciones jurídicas compatibles con la sociedad democrática. Por ello, aunque indudablemente existen copias, lo cierto es que buena parte de las instituciones son propias y ello produce la circunstancia de que se inicien o adquieran especial fuerza, instituciones que luego van a extenderse por el resto de la región. La autonomía o independencia de la función electoral y el reforzado papel de la función constitucional son tal vez los más claros ejemplos.

BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO

En cambio, en manera de leyes generales, como los códigos, no se ha logrado salir del campo de las copias. Cada vez se busca una mayor adaptación pero todavía estamos lejos de una completa independencia.

BIBLIOGRAFIA

En el presente trabajo he seguido la norma de no hacer citas de trabajos parciales o generales míos. Sin embargo, quiero dejar constancia de haber utilizado los siguientes:

1. *"El Desarrollo del Sistema Jurídico"*. En Revista Judicial.
2. *"El Funcionamiento del Sistema Jurídico"*. (Editorial Juricentro San José, 1986).
3. *"Libertad, Derecho y Desarrollo Político. Tres Reflexiones sobre el artículo primero de la Constitución Política"*. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica. También en Revista del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado, No. 3-4, Tegucigalpa, Honduras, 1967.
4. *"Una Convergencia de Iusnaturalismos. El sustrato filosófico de la Constitución de 1825"*. En Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica. No. VI, noviembre de 1965. También en Estudios Jurídicos. Universidad de Chihuahua. Noviembre-diciembre 1965.
5. Alberto Brenes Córdoba. En *Tratado de los Bienes*, de dicho autor, anotado por Rogelio Sotela Montagné, (Editorial Costa Rica, San José, 1964).
6. *"La Constitución Norteamericana como Ley Importada"*. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica. No. 53, mayo de 1988.
7. Santa Cruz y Carrillo. *Opinión sobre una Vieja Polémica*. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica. No. 69, mayo 1990.
8. *"Derecho Privado y Modernización. El Esfuerzo Latinoamericano"*. Anuario Jurídico de la Escuela de Derecho. Universidad de los Andes. Mérida, Venezuela, No. 17, 1992.
9. *Prólogo, y "42 Años. Realidad de la Constitución Política"*. En Jiménez, Mario Alberto: *Desarrollo Constitucional de Costa Rica* (Editorial Juricentro, San José, 1992). 4a. edición con un prólogo un capítulo adicional por Carlos José Gutiérrez.

10. *"El Poder Conservador. Inicio del Control de Constitucionalidad en Costa Rica"*. (Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica. No. 74, Enero de 1993).
11. "Evolución de la Justicia Constitucional en Costa Rica". En Seminario de Justicia Constitucional (Editorial Juricentro, San José, 1993).
12. *"Las Constituciones Legitimadoras"*. En Revista de Derecho Público. Universidad Autónoma de Centro América, No. 1, 1996.

LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA Y SUS R
PRINCIPIOS EN LOS PROYECTOS DE "LEY GENERAL
DE ELECTRICIDAD" Y DE "MODERNIZACION
Y FORTALECIMIENTO DE LA LEY DE CREACION
DEL I.C.E."

Lic. Hubert Fernández Argüello
Abogado costarricense



SUMARIO:

Introducción

- I. El Proyecto de "Ley General de Electricidad"
 - A) El objeto de la reforma y elementos básicos
 - B) Disposiciones concretas del Proyecto. Análisis constitucional
- II. El Proyecto de "Ley de Modernización y fortalecimiento de la Ley de Creación del Instituto Costarricense de Electricidad"

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCION

Actualmente se tramitan en el seno de nuestra Asamblea Legislativa, varios proyectos de ley, relacionados con el Instituto Costarricense de Electricidad, cuyo objeto es aprobar importantes modificaciones en su estructura y organización interna, sus potestades, y fundamentalmente en materia de generación eléctrica y telecomunicaciones.

Dos de esos proyectos son el de "Ley General de Electricidad" (expediente legislativo #12.693), y el de "Ley de Modernización y Fortalecimiento de la Ley de Creación del Instituto Costarricense de Electricidad (expediente legislativo #12.695), los cuales contienen interesantes disposiciones en materia de contratación administrativa, algunas de las cuales resultan bastante cuestionables, especialmente a la luz de los principios que derivan de los más recientes fallos de la Sala Constitucional, sobre esta delicada materia. Valga decir que el primero de dichos proyectos fue dictaminado afirmativamente el 18 de noviembre pasado, por la Comisión Permanente de Gobierno y Administración, en tanto el segundo aún se encuentra en estudio, en una subcomisión designada para su conocimiento.

La finalidad de este breve ensayo, es pues la de determinar cuál es la regulación que pretende instaurarse en ambos proyectos, pero únicamente en lo referente a la materia de contratación administrativa, por lo cual —ha de advertirse desde ahora— se dejarán de lado aspectos de carácter organizacional y técnicos; no sólo porque dichos extremos exceden el tema que nos hemos propuesto desarrollar —y el propio de la cátedra dentro del que éste se elabora— sino porque su complejidad en algunos casos, rebasa el campo de lo puramente jurídico, para incursionar en áreas técnicas especializadas, cuyo análisis y desarrollo corresponde obviamente, a profesionales de esas áreas.

En ambos casos, lo pretendido es confrontar separadamente, el contenido de las disposiciones concretas que se proponen, con la más reciente jurisprudencia constitucional y alguna de la doctrina más autorizada, poner de manifiesto las inconsistencias que contiene y proponer, cuando ello sea posible, las modificaciones pertinentes, para ajustarlos a los mandatos constitucionales que rigen los contratos del Estado.

Para el análisis ha sido de fundamental importancia, la colaboración de la Asamblea Legislativa, especialmente del Departamento de Servicios Técnicos y de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración, quienes me permitieron el acceso a la información más novedosa, al punto de que se analizan los últimos textos vigentes en

discusión: del proyecto de Ley General de Electricidad, se estudia el último texto disponible, que es el del pasado 12 de noviembre (el dictamen de la comisión aún no se ha redactado); y el de Modificaciones a la Ley de Creación del ICE, la última versión, que es del mes de setiembre. Igualmente, se contó con el valioso aporte de la Dirección General de Contratación Administrativa, de la Contraloría General de la República, cuyos abogados me concedieron una entrevista, y me brindaron los elementos básicos que integran la opinión de ese órgano contralor, en relación con ambas iniciativas.

D) EL PROYECTO DE "LEY GENERAL DE ELECTRICIDAD" **Expediente Legislativo #12.693**

A) El objeto de la reforma y elementos básicos

De acuerdo con la exposición de motivos del proyecto, éste tiene como objetivos básicos, atraer capital privado para futuras inversiones, lograr la eficiencia en el sector, garantizar el suministro de electricidad, la solidaridad con los consumidores de menores ingresos y la sostenibilidad en el uso de los recursos; así como lograr compatibilizar la legislación nacional con el Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central, a fin de que la industria eléctrica del país pueda proyectarse a dicho mercado.

Con esos objetivos en mente, y partiendo de la necesidad de modernizar la organización de la industria eléctrica costarricense, se propone un modelo que tiende, en primer término, a ordenar integralmente la legislación existente y a crear un marco general que regule las actividades de prestación del servicio eléctrico; en concreto, se propone modificar la forma de llevar a cabo las relaciones comerciales, la estructura institucional y las empresas prestatarias del servicio.

Para abordar el tema de la contratación administrativa, es necesario señalar cuál es la estructura institucional que se propone: Son tres las entidades que integrarán el sector: el Ministerio de Ambiente y Energía (en adelante MINAE), la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), y el Centro Nacional de Planificación y Operación de Electricidad (CENPO), este último se crea como un órgano de máxima desconcentración, adscrito al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) con personería jurídica instrumental.

Al MINAE le corresponde la dirección y coordinación del sector eléctrico; a la ARESEP la regulación de la industria, y a CENPO, le compete la planificación del sector, y además es el comprador principal.

Ya en materia de concesiones, se requiere una para la explotación de fuentes hidráulicas para generación eléctrica, que la otorga el MINAE, y otra para la prestación del servicio de generación, transmisión y distribución, que debe ser otorgada por la ARESEP. Además es a CENPO a quien corresponde realizar los procedimientos de contratación, para lo cual debe respetar la libre participación de los oferentes; no en vano, uno de los fines del proyecto es el de abrir la competencia de los generadores para entrar en el mercado.

B) Disposiciones concretas del Proyecto. Análisis constitucional

i) La primera observación, obligada por los términos en que está redactado el proyecto, debe referirse al hecho de que son muy pocas las normas que, en concreto, se refieren a los procedimientos de contratación de servicios de generación eléctrica. En realidad, no se indican cuáles son los procedimientos que deberán utilizarse para el otorgamiento de las concesiones y para hacer las contrataciones de electricidad. Consecuencia normal de lo dicho, parece ser entonces que, a falta de regulaciones expresas en contrario, resultan aplicables los procedimientos de la Ley de Contratación Administrativa, a tenor de la disposición general establecida en su artículo 1º.⁽¹⁾ Sin embargo, ese no parece ser el criterio de la Dirección General de Contratación Administrativa, de la Contraloría General de la República, para cuyos abogados, "ante la necesidad imperiosa de garantizar el suministro de electricidad en el país, no es conveniente utilizar el procedimiento de la licitación pública. Lo que corresponde, es establecer un procedimiento sustitutivo, que garantice eso sí, los principios constitucionales de la contratación".⁽²⁾

(1) El párrafo primero de esa norma dispone: "Esta ley regirá la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas...". En el mismo sentido, véase el artículo 1º del Reglamento General de la Contratación Administrativa. Icará en la revista siguiente Nº 89.

(2) De la O Castro, Marco y Mora Calderón Jesús. Entrevista efectuada en la Dirección General de Contratación Administrativa, el 18 de noviembre de 1998.

El proyecto de ley sin embargo, ya fue dictaminado, y pronto engrosará la lista de primeros debates en la Asamblea, sin que se haya establecido ningún procedimiento especial para la compra de energía, lo cual tampoco puede establecerse vía reglamentaria, en detrimento de la obligación constitucional y legal, de acudir a la licitación pública y sus principios, como el medio más idóneo con que cuenta la Administración -lato censu- para realizar su actividad contractual.⁽³⁾

ii) Sí merecen especial comentario las disposiciones contenidas en los artículos 35 y 36 del proyecto, que de paso son las únicas que hacen alguna referencia expresa a los mecanismos de contratación, que debe utilizar CENPO. El siguiente es su contenido textual:

“Artículo 35.-El CENPO deberá comprar en forma económica la electricidad requerida para atender la demanda de los clientes regulados por el Sistema Eléctrico Nacional. Para tal efecto, establecerá los requerimientos de suministro de energía con base en el Programa de Desarrollo Eléctrico Nacional y realizará las compras de electricidad utilizando procedimientos de contratación que promuevan la libre participación de oferentes.

Las condiciones de contratación y las fórmulas de remuneración de la potencia y energía en los contratos de suministro deberán ser diseñadas de tal manera que incentiven a las empresas de generación para realizar en la forma más económica para el Sistema Eléctrico Nacional la selección, diseño, construcción, operación y mantenimiento de la planta de generación correspondiente.

El proceso de compra y venta de electricidad constituye actividad ordinaria del CENPO, quien actuará únicamente como intermediario y no obtendrá ningún beneficio neto, ni asumirá costo alguno o riesgo como resultado de la suscripción de los contratos de suministro de energía, pues simplemente trasladará en promedio a las empresas

(3) Sobre el tema véanse, entre otras, las sentencias de la Sala Constitucional #1205-96, de las 9 horas del 15-3-96; 1490-92, de las 16:09 horas del 3-6-92; 1633-93, de las 16:03 horas del 9-6-93; y, más recientemente, la #998-98, de las 11:30 horas del 16-2-98.

distribuidoras todos los costos asociados con estos contratos. En los procedimientos de compra de electricidad deberá llamar a los posibles generadores interesados para que hagan sus ofertas, las cuales serán analizadas para su escogencia final con aplicación de los principios de igualdad de participación, eficiencia y libre concurrencia”.

“Artículo 36.—En casos de excepción, ya sea por falta de interés de los posibles generadores o por una justificada probabilidad de racionamiento del servicio eléctrico, cuando se requiera la contratación en forma inmediata, de modo que resulte imposible seguir el procedimiento indicado en el artículo anterior sin arriesgar la satisfacción de la demanda, el CENPO podrá contratar directamente la compra de electricidad, a fin de asegurar la continuidad del abastecimiento de energía del Sistema Eléctrico Nacional. Esta potestad la conservará el CENPO aún cuando haya desaparecido la figura del comprador principal”.

Así, los elementos esenciales previstos en esas dos normas, son los siguientes:

1) Principio de economía, que significa, según la propia norma, abaratar los costos para la compra de la electricidad.

2) Deber de utilizar procedimientos de contratación que promuevan la libre participación de oferentes.

Como ya se señaló, el proyecto no hace referencia a cuáles son esos procedimientos. Por supuesto, es claro que el que garantiza de la mejor forma, la libre participación es la licitación pública, como lo reconoce unánimemente la doctrina y la jurisprudencia.

3) Deber de establecer condiciones atractivas de contratación para incentivar a las empresas de generación eléctrica a participar.

Esta norma no puede entenderse, en el sentido de que se refiere a hacer atractivos los procedimientos de contratación, pues los que deben aplicarse son los de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, sino más bien, a la forma de remuneración y condiciones para la ejecución del contrato. Lo contrario implicaría sostener que CENPO tiene una potestad general para modificar el procedimiento contractual legalmente establecido, lo cual no es de recibo.

4) El proceso de compra y venta de electricidad **constituye actividad ordinaria del CENPO.**

En primer lugar, es mi criterio que no estamos en presencia de actividad ordinaria, ni en los términos definidos en la Ley de Contratación, ni en la sentencia de la Sala Constitucional #6574-98, de las 15:36 horas del 22 de setiembre de 1998. Esta última señaló con toda claridad que:

“Debe definirse el contenido del concepto de “actividad ordinaria”, como motivo para excepcionar de los procedimientos ordinarios de la contratación Administrativa. En este sentido, es precisamente el artículo 96 inciso a) punto 1) de la Ley de la Administración Financiera de la República –impugnado en esta gestión de inconstitucionalidad–, la disposición normativa que definía los alcances de ese concepto, remitiéndose a lo dispuesto en el artículo 199 del Reglamento de la Contratación Administrativa (Decreto Ejecutivo número 7576-H, de veintitrés de setiembre de mil novecientos setenta y siete) –también impugnado en esta acción– en cuanto decía: “Para los efectos indicados se entiende como actividad ordinaria, sólo la que realiza la Administración Pública dentro del ámbito de su competencia a través de una actividad o servicio (prestación última para el cumplimiento de sus cometidos) cuya relación contractual constante o frecuente con los usuarios, tanto como el dinamismo que la naturaleza de su tráfico le impone, resultan incompatibles con el procedimiento usual de concurso. No se tienen por incluidos, en consecuencia, en la definición anterior, entre otros, los contratos que las administraciones estatales celebren para su instalación (compra o arrendamiento de edificios, construcción de obras, etc.); para su funcionamiento (arrendamiento o compra de equipos, vehículos, materiales, útiles, combustibles, etc.), para el transporte de productos para su uso o comercio; ni la transformación y prestación ajenas a la finalidad inmediata de su servicio. La Contraloría General precisará de oficio o a solicitud y cuando lo estime oportuno y mediante acuerdo que deberá

publicarse en el Diario Oficial, la actividad ordinaria correspondiente a determinados entes públicos”; lo que coincide con la definición que en el voto salvado del Magistrado Piza Escalante, a la sentencia número 1683-91 de las dieciséis horas treinta minutos del veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y uno, al expresar que “La actividad ordinaria está definida y prevista en el artículo 96.a1. de la Ley de la Administración Financiera de la República, y, con detalle y con sus excepciones, en el 199 del Reglamento de la Contratación Administrativa, por cierto que de manera coincidente con la previsión de las llamadas “sujeciones especiales” contenida en el 14.1 de la Ley General de Administración Pública”. Se trata, en general, de una circunstancia especial en la que, por el tipo de negociación que se realiza, se justifica plenamente la excepción a los procedimientos ordinarios de contratación administrativa, en tanto la prestación del servicio o actividad a brindar constituye el fin último de la respectiva institución. Desde esta perspectiva, la Sala coincide con el desarrollo que de la institución hizo la Contraloría General de la República, con el fin de evitar su desbordamiento hacia aspectos que claramente resultan medios para alcanzar los fines de cada Administración, por lo que en oficio de la Dirección General de Contratación Administrativa de ese Órgano, número 7433 de veinticinco de junio de mil novecientos noventa y seis, y reiterado en el oficio número 7818 de diecinueve de julio de ese mismo año –según se cita en escrito de interposición de la acción que se tramita en expediente número 96-004753-007-CO-P-, promovida por la Contraloría General de la República, visible a folios 8 y 9– cuando precisó “*Actividad Ordinaria*: [...] Desde esta perspectiva, la *actividad ordinaria*”, comprende la actividad contractual de la Administración, que por su constante y frecuente tráfico y su relación inmediata con los usuarios resulta claramente incompatible con los procedimientos concursales de contratación. Esta excepción a los procedimientos concursales, salvo que por ley expresa se disponga

otra cosa, debemos entender que se limita a la actividad contractual que la Administración realiza con sus usuarios, para brindarles bienes o servicios estrechamente relacionados con la prestación última que la ley le asignó al crearla, de modo que, insistimos, la actividad ordinaria de un ente u órgano de la Administración comprende aquélla que éstos realicen, dentro del ámbito de su competencia, por medio de una actividad o servicio que *constituye la prestación última o final que ésta efectúe de frente a usuarios, y cuya frecuencia, tráfico y dinamismo, justifican o imponen apartarse de los procedimientos usuales de concurso.* [...]” Nótese que este concepto no comprende la actividad propia que desempeña cada institución u oficina pública, entendida como los medios necesarios para el cumplimiento de los fines legales asignados a cada institución y oficina pública, ni de su funcionamiento, en tanto todas y cada una tiene encomendados fines específicos, por cuanto esto implicaría hacer nugatorio el régimen de la contratación administrativa (licitación pública). Pero a modo de ejemplo, es actividad ordinaria la venta de contratos de seguros por el Instituto Nacional de Seguros, los contratos de cuenta corriente con los bancos públicos, los contratos de servicios de telefonía con el Instituto Costarricense de Electricidad. Pero sí es relevante resaltar lo que entendió el órgano Contralor en el citado oficio; en que citó: “Al señalarse que la actividad ordinaria “se identifica con la prestación del servicio y el cumplimiento de los fines de la Administración respectiva”, es necesario recalcar que si bien toda la actividad que realice la Administración debe imperiosamente enmarcarse dentro de los fines que le han sido señalados por el legislador y ajustada al principio de legalidad (art. 11 de la Constitución Política), no toda la actividad que realiza la Administración cumple de manera inmediata los fines, sino de manera inmediata. En tal sentido, debemos afirmar que si bien **“toda actividad ordinaria debe enmarcarse en las competencias del ente y por ende, en los fines**

enmarcados por el legislador, no toda actividad que comprende la competencia debe ser conceptualada como ordinaria"; lo que coincide con el voto salvado antes citado del Magistrado Piza, en sentencia 1683-91, al afirmar que: *"Además, la Contraloría General de la República ha venido precisando aún más qué es esa actividad ordinaria, y nunca se le ha ocurrido que lo sea el compromiso contractual de realizar obras públicas, ni siquiera la realización de estas últimas con o sin contrato: si construir obras públicas fuera una actividad ordinaria, ¿por qué se exige hacerlo por licitación? El Reglamento de la Contratación Administrativa, la Ley de la Administración Financiera de la República y el artículo 182 de la Constitución Política, obligan a los Poderes del Estado, municipalidades e instituciones autónomas a realizar los contratos para la ejecución de obras públicas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de sus bienes mediante licitación, la cual será pública o privada, según el monto respectivo. No se puede afirmar que ni los compromisos ni las obras sean actividades dentro del límite de competencia del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, porque eso sólo sería cierto si entendiéramos la competencia como una esfera muy amplia, sin calificar su ejecución, o sea que, dentro de esa esfera general de competencia, el Ministro puede llevar a cabo muchas actividades, pero no todas, porque siempre estará atado por el principio fundamental de adhesión al fin público, por el bloque de la legalidad constitucional (artículos 15 a 18, Ley General de la Administración Pública: el Ministerio puede decidir qué caminos hace, más o menos parejamente necesarios, siempre que al hacerlo no viole los límites de proporcionalidad, razonabilidad, utilidad, justicia, y muy importante, de igualdad y no discriminación; pero, de todos modos, una cosa es decidir, diseñar, dirigir o ejecutar obras, unilateralmente, y otra muy diferente obligarse a*

construirlas, o construirlas en cumplimiento de esa obligación.” Sentencia de la Sala Constitucional #6754-98, de las 15:36 horas del 22-9-98.

Evidentemente, la compra de electricidad a las empresas generadoras, no constituye la prestación última del servicio al usuario; por el contrario, la compra de electricidad es el medio por el cual se podrá satisfacer la demanda de los clientes, y por eso resulta impropio hablar en este supuesto de actividad ordinaria. A mi juicio, esa norma lo único que pretende es excepcionar la compra de electricidad de los procedimientos de contratación administrativa y utilizar regularmente la contratación directa, lo cual es totalmente inconstitucional, en atención al precedente judicial citado.

5) Deber de llamar a los posibles generadores interesados para que hagan sus ofertas, las cuales serán analizadas para su escogencia final con aplicación de los principios de igualdad de participación, eficiencia y libre concurrencia.

Al margen de lo dicho sobre la definición de la compra de electricidad como actividad ordinaria de CENPO, el proyecto contiene una contradicción en el mismo párrafo, pues señala el deber de llamar a los posibles oferentes. Una cosa sí es clara: tanto en el primer caso, como en éste, existe una clara intención de no utilizar nunca el procedimiento de la licitación pública, pues al decirse que la Administración llamará a los posibles interesados para que presenten sus ofertas, se está refiriendo, en opinión del suscrito, a las contrataciones por registro o restringidas; valga decir, privadas.

6) “Excepcionalmente”, para asegurar la continuidad del servicio –a juicio de CENPO–, cuando haya desinterés de los posibles generadores, o por la probabilidad de racionamiento del servicio eléctrico, CENPO puede contratar directamente la electricidad, para asegurar la continuidad del abastecimiento (artículo 36).

La norma parece innecesaria a la luz de lo que regula el artículo 35, dado que si se declare actividad ordinaria la compra de electricidad, ello basta para poder contratar directamente siempre. Pero acá –y evidentemente los redactores de la norma no manejan el concepto de “actividad ordinaria”– se dice que no obstante lo anterior, la contratación directa es excepcional y establece una serie de requisitos para que ello se autorice. Se advierte igualmente, que queda en manos de CENPO, determinar si se dan las circunstancias especiales que lo facultan para

contratar directamente la compra, sin ningún control de legalidad. En los términos de la sentencia 998-98, debería contarse con autorización de la Contraloría General de la República para ello, y en segundo lugar, si es que se está declarando como infructuoso el procedimiento licitatorio que se intentó, se requiere no sólo de dicha autorización, sino además, no podría en mi criterio utilizarse de una vez la contratación directa, sino que deben irse aliviando gradualmente los procedimientos, de forma que si la infructuosa fue una licitación pública, debe intentarse una licitación por registro y así sucesivamente, dado el carácter excepcional de la contratación directa.

II) EL PROYECTO DE "LEY DE MODERNIZACION Y FORTALECIMIENTO DE LA LEY DE CREACION DEL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD". EXPEDIENTE LEGISLATIVO #12.695

Este proyecto contiene, como su nombre lo indica, una serie de disposiciones, cuya pretensión no es otra que modernizar la estructura organizacional del ICE, y agilizar los procedimientos por ella utilizados con frecuencia, entre los cuales están por supuesto, los de contratación administrativa.

Las normas del proyecto que serán objeto de comentarios en este trabajo, son los artículos 23 y 25 propuestos, que señalan lo siguiente:

"Artículo 23.—El Instituto Costarricense de Electricidad estará sujeto al siguiente régimen licitatorio de adjudicación de bienes y servicios, así como para la celebración de contratos de colaboración empresarial:

En materia de contratación, cualquiera que sea su naturaleza, el ICE queda autorizado para contratar en forma directa hasta por la suma de cincuenta millones de colones; mediante licitación privada cuando el monto exceda de esa suma y sea inferior o igual a quinientos millones de colones y mediante licitación pública cuando la contratación exceda de esta última suma.

La Contraloría General de la República actualizará los citados montos cada año, de oficio o a solicitud del ICE, mediante acuerdo que publicará en La Gaceta. Para ello, deberá sustentar las disposiciones en las variaciones de los índices de inflación del período y en la devaluación del colón con respecto al dólar de los Estados Unidos, según datos que

al efecto suministre el Banco Central de Costa Rica. Igualmente podrá autorizar, por medio de contratación directa, la celebración de contratos de colaboración empresarial, en los casos debidamente justificados.

La adjudicación de licitaciones tendrá recurso de revocatoria ante la Gerencia del Sector que emita las adjudicaciones en primera instancia, y recurso de apelación ante el Consejo Directivo de la Institución. En la tramitación de los recursos de aplicarán en lo que corresponda las normas procesales y los principios que contiene la Ley de Contratación Administrativa.

Es obligación del Consejo Directivo, verificar el cumplimiento de las normas formales y sustanciales que deberán observarse en el trámite de las licitaciones. Lo anterior, sin demérito de las facultades de control que en materia de Hacienda Pública otorga la Constitución Política a la Contraloría General de la República”.

“Artículo 25.—A partir de la vigencia de esta ley **no aplicarán al Instituto Costarricense de Electricidad** las siguientes leyes: Ley No. 6955 Ley de Equilibrio Financiero del Sector Público y sus reformas. Ley No. 1279 Ley de Administración Financiera de la República y sus reformas, Ley No. 5225 Ley de Planificación Nacional y sus Reformas. Ley No. 7558 Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica y sus Reformas. Ley No. 7010 Ley sobre Requisitos para contratar créditos internos y externos. Ley No. 7494 Ley de Contratación Administrativa. Ley No. 4646 Integración de las Juntas Directivas y Gerencias de las Instituciones Autónomas y Ley No. 5507 Modificación a la Integración de las Juntas Directivas y Gerencias de Instituciones Autónomas y Ley No. 6821 de Creación de la Autoridad Presupuestaria, la entrada en vigencia de la no aplicación de cada una de estas leyes será reglamentada por el Poder Ejecutivo.”

¿Cuáles son, en resumen, los principios que derivan de ambas normas? Veamos:

1) Se excluye expresamente al ICE de la aplicación, entre otras, de la Ley de Contratación Administrativa vigente.

Conforme a esta regla, cabe preguntarse entonces, ¿que procedimientos va a seguir el ICE en materia de contratación? ¿Es acaso que la licitación pública o privada se llevarán a cabo mediante reglas distintas?

El proyecto no establece nada al respecto, ni tampoco se prevé ninguna regla especial. Además, y paradójicamente, como veremos de seguido, el artículo 23 remite justamente a la Ley de Contratación Administrativa, para la realización de los trámites. ¿Cuál es entonces el sentido de la norma?

2) Independientemente de la naturaleza de la contratación, el proyecto establece las siguientes bandas: contratación directa, hasta cincuenta millones de colones (¢50.000.000); licitación privada, cuando el monto sea mayor a cincuenta millones, pero menor a quinientos millones; y la licitación pública cuando la contratación exceda de quinientos millones.

No puede haber inconstitucionalidad más evidente: ni siquiera el artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa, que fue anulado por la Sala Constitucional establecía montos tan altos, por lo que el proyecto es total y absolutamente irrazonable, al excluir prácticamente de toda contratación el procedimiento de licitación pública, a contrapelo del contenido del artículo 182 de la Constitución Política. Recuérdese que el artículo 27 en mención, establecía que la licitación pública, en el caso de instituciones como el ICE, debía llevarse a cabo cuando la contratación sobrepasara los cuatrocientos cincuenta millones, esto es cincuenta millones menos de lo que el proyecto pretende. No está de más transcribir los principales argumentos expresados por la Sala Constitucional, en la sentencia 0998-98:

“Los límites económicos fijados para que proceda la licitación pública, tal y como se dispone en el artículo 27 de la Ley de la Contratación Administrativa, en los seis grupos establecidos con fundamento en los montos de los presupuestos de los entes públicos, efectivamente resultan excesivos, desproporcionados e irrazonables a criterio de esta Sala, en cuya fijación o determinación se omitieron estudios técnicos que respalden la elección escogida, como se evidencia de los informes rendidos por la Contraloría General de la República. Como en esencia el sistema de contratación administrativa, tanto el anterior como el que ahora se examina, se trata de organizar divisiones del todo para que, partiendo de la licitación pública, se descienda a subdivisiones atenuadas en sus requisitos; la razonabilidad de la norma debe estar informada por estudios económicos generales y por el examen de los rangos usuales por los que las distintas instituciones administrativas adquieren compro-

misos (bienes y servicios) para establecer sobre esas bases, las conclusiones y límites correspondientes para los distintos procedimientos licitatorios, en procura de la prevalencia de los principios y controles ya referidos. La Sala no deja de advertir que la determinación por vía legal de los límites económicos, dificultan la necesidad de actualizarlos, cuando la variación de las condiciones económicas del país varían; pero tampoco ignora que jurídicamente es posible que la norma jurídica de base, tenga, como en el anterior, una remisión a una facultad para que un órgano objetivo —como lo es la Contraloría General de la República, por ejemplo— haga la determinación de los límites. Pero en lo que atañe al caso concreto que se analiza, la omisión en la determinación razonable se constata con solo verificar que en un primer momento se dispuso la licitación pública para contrataciones superiores a los seiscientos millones de colones en relación con el primer grupo de instituciones públicas, límite que se bajó posteriormente a partir de los cuatrocientos cincuenta millones de colones, sin que mediara ninguna discusión ni estudio al respecto. De tal suerte que en el sistema que se acusa inconstitucional, la licitación pública se limita únicamente: 1.- a las **contrataciones superiores a los cuatrocientos cincuenta millones de colones** para las instituciones con un presupuesto anual de más de cuarenta mil millones de colones; 2.- a las **contrataciones superiores a los trescientos millones de colones** para las instituciones con un presupuesto anual que va de veinte mil millones de colones a cuarenta mil millones de colones; 3.- a las **contrataciones superiores a los ciento cincuenta millones de colones** para las instituciones con un presupuesto anual de diez mil millones de colones a veinte mil millones de colones; 4.- a las **contrataciones comprendidas entre diez millones de colones y cien millones de colones**, para las instituciones con un presupuesto anual entre cinco mil millones de colones y diez mil millones de colones; 5.- a las **contrataciones superiores a los setenta y cinco millones de colones** para las instituciones con un presupuesto anual entre cinco mil millones de colones y mil millones de colones; 6.- a las **contrataciones superiores a los cincuenta millones de colones** para las instituciones con un presupuesto anual entre quinientos millones de colones y mil millones de

colones; y 7.- en las instituciones en que el presupuesto sea inferior a los quinientos millones de colones, se remite a la tabla que dicte la Contraloría General de la República al efecto. Sobre estos límites ha dicho la Contraloría General de la República que olvidan los legisladores y la propia Procuraduría General de la República, que aún cuando las instituciones administrativas tienen un presupuesto asignado, el mismo no se dedica en su totalidad a la contratación de bienes y servicios durante el ejercicio fiscal respectivo; sus presupuestos contemplan provisiones económicas para enfrentar también a otro tipo de responsabilidades, como lo son la obligación de pagar cargas sociales —salarios, incapacidades—, los gastos personales y administrativos, así como las partidas para atender los “servicios de deuda”, entre otros; y la suma que queda disponible para la contratación administrativa es solamente un porcentaje de dicho presupuesto total, siempre minoritario. Lo anterior se constata con el Anexo 3 aportado por la Contraloría General de la República (en memorial visible a folios 435 a 489) en que se enlistan los presupuestos ordinarios para el año de mil novecientos noventa y siete, de varias instituciones del Estado, así por ejemplo, el Instituto Costarricense de Electricidad, que se ubica entre las que tienen un presupuesto de más de cuarenta mil millones de colones (primer grupo) por tener asignado un presupuesto total de doscientos dos mil millones trescientos dieciocho millones quinientos cincuenta y ocho mil colones, en el que la licitación pública procede para las contrataciones de más de cuatrocientos cincuenta millones de colones, en la partida de materiales y suministros, tienen presupuestado cuarenta y nueve mil seiscientos cinco millones quinientos dieciséis mil colones, en la partida de maquinaria y equipo, se les asignó una partida de ocho mil ochocientos cincuenta millones setenta y siete mil colones, en la partida de construcción, adiciones y mejoras, el presupuesto asignado es de cuatro mil ochenta y siete millones seiscientos treinta y un mil colones. Al Ministerio de Educación Pública, otra institución ubicada en el primer grupo por tener un presupuesto total de ciento doce mil setenta millones veinte mil quinientos colones, se le asignó un presupuesto de doscientos ochenta y cinco millones quinientos ochenta mil cien colones para la partida de materiales y suministros, un presupuesto de ciento

cincuenta y nueve millones ciento cincuenta mil colones para la partida de maquinaria y equipo, y un presupuesto de veinte millones de colones para la partida de construcción, adiciones y mejoras. Y se confirma la anterior consideración con lo expresado en memorial visible a folios 261 a 285 del expediente, en tanto señala que *"el procedimiento de la licitación pública se está reservando para las contrataciones de gran envergadura de cada ente"*, en virtud de lo cual, *"la licitación pública deja de ser el procedimiento de contratación por excelencia"*, de manera que *"los procedimientos más numerosos sean los que se tramitan a través de las licitaciones por registro y las restringidas, en los que se garantizan "plenamente", la publicidad e igualdad de participación"*, concluyendo, que en consecuencia, *"no resulta válido pregonar la idoneidad de la licitación pública como único medio para contratar, ya que no se puede establecer como regla universal"* (folios 272 y 273). Debe tenerse en cuenta que mediante Ley número 7612, de veintidós de julio de mil novecientos noventa y seis se reformaron los incisos c) y d) de la norma, pero manteniendo los elevados montos impugnados, inclusive, en la tercera categoría —en las administraciones cuyo presupuesto ordinario es inferior a veinte mil millones de colones pero superior a diez mil millones de colones, los montos previstos para la licitación por registro se elevaron, ya que habiéndola previsto para contrataciones que van de los veinte millones a los cincuenta millones de colones, se reformó de tal manera que se establece para las contrataciones que van de los veinte a los ciento cincuenta millones de colones, con lo que se limita aún más la posibilidad de que las contrataciones administrativas se celebren mediante el procedimiento de la licitación pública. En virtud de lo anterior, es que dentro de las competencias que tiene asignada esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se debe declarar la inconstitucionalidad de ambos textos, tanto del original del artículo 27 de la Ley de la Contratación Administrativa, número 7494, de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, como el de la reforma introducida por Ley número 7612, de veintidós de julio de mil novecientos noventa y seis. En virtud de esta declaratoria de inconstitucionalidad y a los efectos de evitar una grave dislocación de la seguridad y la justicia

administrativas, de conformidad con lo que dispone el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, procede graduar en el tiempo los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, y por ello, deben quedar vigentes las normas reformadas, sean los artículos 93, 94 y 95 de la Ley de la Administración Financiera de la República, número 1279, de dos de mayo de mil novecientos cincuenta y uno y sus reformas, para que sea la Contraloría General de la República la que adecúe esos sistemas de contratación a los de la ley vigente y regule el funcionamiento de los límites que permiten el recurso de apelación, hasta tanto no proceda el legislador ordinario a dictar las normas sustitutivas con observancia de los principios que en esta sentencia se desarrollan...”.

De manera que a partir de lo dispuesto por la Sala, debe estarse a los montos establecidos por los artículos 93 y siguientes de la Ley de la Administración Financiera de la República, sin que pueda pretenderse restaurar mediante este proyecto, los montos excesivos ya declarados contrarios al Derecho de la Constitución.

3) Se establece expresamente la facultad de la Contraloría General de la República para actualizar los montos de las contrataciones cada año. Esto resulta válido, pero por supuesto, que el ejercicio de esa facultad no podría darse nunca, a partir de los montos desproporcionados que se pretenden establecer.

4) La Contraloría General de la República puede autorizar la celebración de contratos de colaboración empresarial por medio de contratación directa, en los casos “debidamente justificados”.

De nuevo, cabe preguntarse, ¿qué es un caso debidamente justificado? ¿quien determina esa circunstancia y bajo qué parámetros? ¿Es el ICE quien propone, o la Contraloría de oficio? Es evidente que la norma es demasiado amplia y faculta para prescindir de los procedimientos ordinarios de contratación, por cualquier causa, que pueda más o menos fundamentarse, lo cual no parece ni conveniente, ni constitucionalmente posible.

5) En materia recursiva, existe revocatoria ante la gerencia del sector que emita las adjudicaciones, y apelación ante el Consejo Directivo de la Institución, órgano este último que debe verificar el cumplimiento

de los requisitos formales y sustanciales que deberán observarse en las licitaciones, sin perjuicio de las facultades que en materia de Hacienda Pública tiene la Contraloría General de la República.

Se elimina entonces del todo, la apelación ante la Contraloría, lo cual no es posible (ver al efecto, la sentencia #998-98 de la Sala Constitucional y artículo 183 de la Constitución Política). Pero además, adviértase la contradicción en que se incurre, pues de conformidad con el artículo 25 del proyecto –ya comentado– la aplicación de la Ley de Contratación Administrativa está excluida de la aplicación al ICE. ¿Es general esa desaplicación?, más aún ¿es posible disponerla?... Si no hay recurso de apelación ante la Contraloría General de la República en materia de contratación, y la propia LCA está excluida para el ICE, ¿cómo debe ejercer la Contraloría la fiscalización de los fondos públicos involucrados? En mi criterio es una manera subrepticia de impedir los controles de ese órgano, lo que convierte toda la regulación en inconstitucional.

CONCLUSIONES

El estudio normativo, doctrinal y jurisprudencial precedente, permite arribar a las siguientes conclusiones generales, en punto al contenido de los proyectos de ley objeto de este trabajo. Por estar íntimamente ligadas entre sí, se formulan en forma conjunta:

- i) En ambas iniciativas, es evidente el desconocimiento de la jurisprudencia emitida por la Sala Constitucional, que definió con absoluta claridad las reglas y principios de orden fundamental que deben orientar los procedimientos de contratación en el seno del Estado.
- ii) Ambas pretenden utilizar sólo excepcionalmente, la licitación pública, y como regla general la contratación directa. Ejemplos de ello lo constituyen por ejemplo, el definir como actividad ordinaria la compra de electricidad a las empresas generadoras, por un lado, y establecer topes altísimos para la realización de las licitaciones públicas, por el otro.
- iii) Existen en ambos casos serias omisiones en punto a los procedimientos de contratación que deben utilizarse, lo que podría generar, de aprobarse por la Asamblea Legislativa, serios problemas de interpretación y gran inseguridad

jurídica, lo que sería contraproducente, en atención a la importancia de la materia regulada.

- iv) Se pretender limitar irrazonablemente –y porqué no decirlo eliminarlas– las potestades de control que debe ejercer por mandato constitucional, la Contraloría General de la República; y
- v) Se pretende otorgar amplias potestades a la Administración –CENPO, o en su caso, el Consejo Directivo del ICE– para determinar, nin ningún control de legalidad, cundo hacer contrataciones directas, independientemente del monto de las contrataciones.

En tales términos, no queda otro camino que hacer las modificaciones pertinentes en este momento, en que aún es posible corregir las deficiencias apuntadas; dado que todas ellas, involucran cuestiones de orden constitucional, que pueden dar lugar a la anulación de la ley. En este sentido, no cabe duda, ante la consistencia de las decisiones de la Sala Constitucional en estos temas, que todo el esfuerzo legislativo y de la comunidad en general por la modernización de una institución como el Instituto Costarricense de Electricidad, podría tornarse nugatorio, con las graves consecuencias que para la seguridad jurídica y el desarrollo nacional, ello implicaría.

BIBLIOGRAFIA

Asamblea Legislativa. *Expediente Legislativo #12.693*. "Proyecto de Ley General de Electricidad". Actualizado hasta el 12-11-1998. San José, 1998.

Asamblea Legislativa. *Expediente Legislativo #12695*. "Proyecto de Ley de Modernización y Fortalecimiento del Instituto Costarricense de Electricidad". Actualizado hasta agosto de 1998. San José, 1998.

Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia 0243-93, de las 15:45 horas del 19-01-93.

Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #3348-95, de las 08:30 horas del 28-6-95.

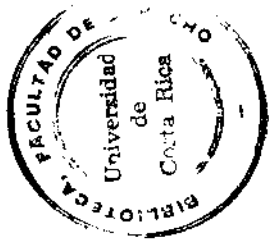
Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #5985-93, de las 14:18 horas del 17-11-93.

Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #3410-92, de las 14:45 horas del 10-11-92).

- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #0787-94 de las 15:21 horas del 8-2-94.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #6114-96, de las 15:15 horas del 12-11-96.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #1420-91, de las 09:00 horas del 24-7-91.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #1205-96 de las 09:00 horas del 15-3-96.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #3607-94, de las 15:15 horas del 19-7-94.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #0998-98, de las 11:30 horas del 16-2-98.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #6432-98, de las 10:30 horas del 4-9-98.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #6754-98, de las 15:36 horas del 22-9-98.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #496-91, de las 14:50 horas del 1-3-91.
- Corte Suprema de Justicia Sala Constitucional. Sentencia #0752-93 de las 16:18 horas del 15-2-93.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #2101-91, de las 08:40 horas del 18-10-91.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #5386-93, de las 16:00 horas del 26-10-93.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #2633-93 de las 16:03 horas del 9-6-93.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #8320-97, de las 12:12 horas del 05-12-97.
- Dromi, José Roberto. *Licitación Pública*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 2ª ed. 1995, p. 710.
- Escola. Héctor Jorge. *Tratado integral de los Contratos Administrativos*. Vols. I y II. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1977.

- Rey Méndez, Renato. *Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, concordada con comentarios y pronunciamientos de la Dirección General de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República*. IJSA. 1ª de San José, Costa Rica. 1997, p. 279.
- Romero Pérez, Jorge Enrique. *El Proyecto de Ley de Contratación Administrativa (1994). Comentarios*. San José, Revista de Ciencias Jurídicas No. 78, mayo-agosto, 1994, págs. 97 a 136.
- Romero Pérez, Jorge Enrique. *La Ley de Contratación Administrativa, su reglamento y la Sala Constitucional*. San José, Revista de Ciencias Jurídicas No. 83, enero-abril, 1997, págs. 65 a 111.
- Romero Pérez, Jorge Enrique. *Los Contratos del Estado: medios de selección del contratista*. EUNED, 2ª ed., San José, Costa Rica, p. 229.





DELITO INFORMATICO⁽¹⁾ R
(Análisis comparativo con el delito de daños y otros tipos
del Código Penal costarricense)

Alonso Salazar^(*)
Licenciado en Derecho
Especialista en Ciencias Penales
Profesor Asociado de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

(1) En el sistema jurídico costarricense, no se puede hablar del delito informático en sentido estricto, pues la legislación penal costarricense adolece de normativa en este campo. Igual situación se presenta en otros sistemas jurídicos, como por ejemplo el español. No obstante, se utiliza la terminología delito "informático" simplemente por conveniencia, pues casualmente uno de los objetivos del presente artículo es precisamente hacer conciencia de la necesidad de regularlo. Al respecto y en relación con el estado de la situación en España, se recomienda la lectura de la obra de Miguel Angel Devara Rodríguez, *Manual de Derecho Informático*, Aranzandi Editorial, 1997.

(*) Dirección: Herr Salazar. Erwin Straße 13. Appartement Nr. 7. 79102 Freiburg im Breisgau. Deutschland.

SUMARIO:

- A) Introducción
- B) Algunos casos de criminalidad por computadora
- C) Resumen
- D) Regulación de la criminalidad por computadoras en la República Federal de Alemania
- E) Síntesis

A) INTRODUCCION

Desde hace muchos años, se habla de la necesidad de regular algunas conductas que hasta el momento permanecen impunes, conductas que se vinculan de una u otra forma con el abuso, la destrucción, variación, modificación o utilización fraudulenta de programas o paquetes de cómputo (*Software*) o bien bases de datos, cuya información se encuentra protegida por leyes especiales o simplemente su acceso es restringido, sea por razones de privacidad, protección de los derechos individuales (*habeas data*), o que por cualquier otro motivo, como por ejemplo, fines comerciales, se desea proteger.⁽²⁾ Los tipos penales tradicionales resultan inadecuados para encuadrar las nuevas formas delictivas,⁽³⁾ la tecnología avanza a pasos agigantados, mientras las leyes penales se estancan y no dan respuesta a las nuevas formas de criminalidad que con ocasión de la utilización de los avances tecnológicos del mundo moderno, se encuentran a

-
- (2) Es una idea difundida entre quienes se ocupan del tratamiento del derecho penal, que "en nuestros días, la criminalidad económica que tiene mayor trascendencia es aquella que se apoya en medios fraudulentos. Estos se han ido adaptando paulatinamente a las nuevas formas de delinquir que han surgido con los avances técnicos, de forma particular de los que se deben a la informática". BERDUGO Gómez de la Torre, Ignacio en GUTIERREZ Francés, María Luz, *Fraude Informático y estafa* (Aptitud del tipo de estafa en el Derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos), Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, centro de publicaciones, Madrid, 1991, p. 11.
- (3) Ver CORREA y otros, *Derecho Informático*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 295. Cfr. con DEVARA, p. 287. También TIEDEMANN: "El concepto de criminalidad mediante computadoras, descrito sintéticamente en los párrafos precedentes, resume una nueva categoría de comportamientos punibles desde la perspectiva del medio empleado. Esa delincuencia opera a menudo sobre objetos intangibles, como activo en los bancos, secretos comerciales, como *know how* y otras informaciones. Por lo tanto, no debe sorprender que las normas penales existentes solo logren abarcar aquellos comportamientos en forma parcial y más bien casual, aunque con diferentes resultados en los diversos sistemas jurídicos", p. 129. Para el autor "con la expresión criminalidad mediante computadoras se alude a todos los actos, antijurídicos según la ley penal vigente (o socialmente perjudiciales y por eso penalizados en el futuro), realizados con el empleo de un equipo automático de procesamiento de datos, p. 122. Así TIEDEMANN, Klaus, *Poder Económico y Delito*, Ariel, 1985. Cfr. con GUTIERREZ, p. 598 sptes.

disposición de criminales que se sirven de ellas. Estas formas de criminalidad por lo general tienen un carácter transfronterizo, por lo que el Comité de Ministros del Consejo de Europa, ha recomendado la armonización de manera intensa, tanto de la legislación como de la práctica en todos los países miembros, con el propósito de poder dar una respuesta adecuada al problema.⁽⁴⁾ La pregunta que surge en este momento es: ¿ha sido el problema correctamente entendido?

De la respuesta que se dé a dicha pregunta, dependerá la o las soluciones que se puedan plantear al problema.

El presente artículo, no pretende de manera alguna, dar respuesta a la interrogante planteada, para ello se requiere una profunda y pormenorizada investigación, solo se pretende demostrar, por medio de la experiencia acumulada en otros sistemas jurídicos específicamente el Alemán, y unas pocas referencias a los sistemas español, italiano y estadounidense,⁽⁵⁾ que en definitiva se requiere de regulaciones especiales, las cuales permitan sancionar a los infractores y que el tipo penal contemplado en el artículo 228 del Código Penal,⁽⁶⁾ se encuentra muy lejos de ser la panacea al problema señalado.⁽⁷⁾

Para lograr el objetivo propuesto, en la primera parte del artículo se plantean 10 ejemplos de casos que se encuentran fuera del tipo de daños, y que han sido recogidos y documentados en otros países. En la segunda parte, se aportan algunos de los tipos penales, que en la materia existen en Alemania,⁽⁸⁾ a efectos de que el lector, pueda tener una idea del tipo de regulación que existe en dicho país.

(4) Ver en este sentido la Recomendación R (89) 9, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros del 13 de septiembre de 1989, durante la sesión 428ª, reunión de los Delegados de los Ministros, aparece citada por DEVARA, p. 284, nota Nr. 4.

(5) Otros países que contienen legislación en esta materia son la Nueva Federación Rusa de 1996 y el Código Penal Francés, que fue modificado mediante la Ley 19/1988 de 5 de enero, publicada en el Boletín Oficial del 6 de enero de 1988, que añadió los artículos 462.2 y 462.9. citado por DEVARA, p. 289, nota 10.

(6) Ley 4573 del 8 de noviembre de 1971.

(7) Posición que al parecer y según el diario *La Nación*, en su artículo del 30 de agosto de 1998 titulado *Vándalos informáticos actúan aquí*, es la de algunos profesionales en derecho, conocedores del tema. El artículo también se encuentra por medio de Internet en: <http://www.nacion.co.cr/In ee/1998/agosto/30/paisl.html>.

(8) Con algunas referencias al Código Penal italiano (Codice Penale).

B) Algunos casos de criminalidad por computadora

Los siguientes son casos y/o hipótesis de delitos cometidos por medio de la utilización de computadoras.⁽⁹⁾ Para su identificación, han sido titulados y numerados, lo cual permitirá un adecuado manejo. Para cada caso, se presenta un pequeño comentario y explicación del por qué no se encuentra dentro de la regulación del delito de daños.

Caso Nr. 1. Manipulación en el ingreso de los datos a la computadora

El procesamiento de datos por medio de computadoras, supone en primera instancia la introducción y almacenamiento de los mismos. Se parte en este supuesto de una realidad, documentos, fichas, hojas de trabajo, etc., que contienen la información. Esta información será luego ingresada a la computadora,⁽¹⁰⁾ y éste por medio de los programas respectivos, procederá a ordenarla, archivarla, clasificarla y/o realizar operaciones aritméticas, mediciones, etc. Surge entonces aquí el problema de que en este supuesto, no se produce un daño en sentido estricto tal y como lo plantea el artículo 228 del CP (Código Penal), sino que por el contrario, si el autor altera la información que ingresa a la computadora y de esta forma obtiene un beneficio económico para sí o bien un perjuicio para un tercero, en el primer caso nos encontramos frente a una hipótesis de hurto (art. 208 del CP), pero nunca de daños. Tampoco sería posible sancionar por medio del art. 216 del CP (estafa), pues el tipo de estafa supone el engaño al sujeto pasivo, que realiza un acto dispositivo perjudicial para sí o para un tercero, y ese sujeto pasivo no puede ser una computadora. Si por el contrario, quien realiza la manipulación, no obtiene un beneficio con la conducta, no podría ni siquiera pensarse en la hipótesis de hurto, sino que la misma es impune.

(9) La mayoría de los casos han sido tomados de *Sieber, Ulrich, Computerkriminalität und Strafrecht, 2., um einen Nachtrag ergänzte Auflage 1980, Carl Heymanns Verlag KG, Köln Berlin Bonn München.*

(10) En cuanto al uso del término pareciera que se acepta tanto computador como computadora o bien ordenador, este último que se utiliza particularmente en España, no obstante, para nuestros efectos se seguirá empleando computadora, por ser el más comúnmente utilizado en Costa Rica. Al respecto puede consultarse Rothe, Martín, *Rechtswörterbuch Spanisch-Deutsch 1996.*

Este caso ya se ha vivido en Costa Rica. El sujeto A, quien labora en una dependencia estatal, manipula los datos y por medio de dicha manipulación, logra que el Sistema de pago de pensiones, todos los meses transfiera a la cuenta de su esposa una pensión a la que ella no tenía derecho alguno.⁽¹¹⁾

Caso Nr. 2. Manipulación de datos ingresados a la computadora

En este supuesto, el autor manipula los datos de la computadora. Por ejemplo manipula la información de la cuenta de impuestos de un contribuyente, de manera tal que obligue a la Administración Tributaria a pagarle el contribuyente (devolución de los impuestos pagados), así se genera un beneficio para quien se encuentra obligado al pago de tributos. La manipulación se puede hacer al menos de dos formas, introduciendo información falsa a la computadora (ya tratado en el caso anterior) o bien, alterando los datos una vez que éstos han sido correctamente introducidos al sistema o bien eliminando información. En ninguno de estos supuestos se puede hablar de daños, por el contrario, la hipótesis se asemeja más a la estafa, con la salvedad ya apuntada de ausencia de agente pasivo (conducta atípica en nuestro sistema). Tampoco se podría hablar en sentido estricto de falsificación de documento art. 357 y siguiente del CP, pues el documento en sentido penal se define como "una idea aclaratoria incorporada" esto es, unida con una cosa, en general o así entendida, en sentido humano, apropiada y determinada, para dar seguridad en el tráfico y que deja reconocer a quien lo emite".⁽¹²⁾ En este sentido, el documento como tal está compuesto por un elemento subjetivo, concepto o "idea aclaratoria" y un elemento material, "papel, cartón, etc." que permite transmitir la idea, más, aún, pareciera que la posibilidad de conocer al emisor es un elemento constitutivo del documento, con lo cual un anónimo estaría fuera del concepto. De esta forma, no podría admitirse que la base de datos de una computadora, pueda encajar dentro de la idea de documento. De tal forma, la manipulación de los datos ingresados a la

(11) El caso está a la espera de resolución judicial. Vgl. Fall Nr. 1, Kindergeld, en SIEBER, p. 47 y sgtes.

(12) Es la definición del Tribunal Supremo Federal Alemán, BGH 3, 85, 4, 285, 13, 239, 16, 96, 18, 66. Vgl. en ese sentido Dreher/Tröndle, StGB und Nebengesetze, 46 Aufl., § 267, Rdn. 2., S. 1596, también Lackner StGB, 20 Aufl., § 267, Rdn. 2, S. 1315.

computadora, no podría sancionarse como daños en sentido estricto, aun y cuando en realidad produzca un daño en términos económicos, pues en realidad la base de datos sigue intacta, solo que contiene datos alterados. Por otra parte, los datos contenidos en la base, no encajan en el concepto de cosa contenido en el tipo del art. 228 del CP.

Caso Nr. 3. Manipulación de Programas. (Técnica del Salami)⁽¹³⁾

En este caso, el autor no manipula ni altera los datos de la computadora, sino que por el contrario, la manipulación y/o alteración se genera en el programa. Un ejemplo de este caso, relativamente sencillo es el del empleado bancario, que altera el programa de cálculo de intereses de las cuentas de ahorro, de manera tal que solo los dos primeros dígitos de los decimales, se tomen como intereses y los restantes dígitos se transfieran a una cuenta, por él controlada. De esta manera tan simple, es posible obtener grandes sumas de dinero, pues los cuentahabientes no lo pueden detectar. Por otra parte, se puede aplicar a programas de redondeo, pensiones, amortizaciones, etc., es decir, se presenta para el inescrupuloso, una gama de posibilidades muy amplias. El problema al igual que en el caso anterior, es que el programa de cómputo como tal, no encuadra dentro del concepto de cosa en sentido estricto, con lo cual queda fuera del artículo 228 del CP. En todo caso, la alteración no está contemplada dentro de dicho artículo como uno de los verbos típicos. Por otra parte, no solo en los cálculos se puede alterar el programa, sino que es perfectamente posible lograr transferencias de fondos por medio de rutinas programadas, esto es, se puede programar una transferencia de fondos automática, de manera que en el programa se convierta en una rutina.⁽¹⁴⁾

Caso Nr. 4. Manipulación en los datos que salen de la Computadora. (Caballo de Troya)⁽¹⁵⁾

Cuando los datos se transfieren a otra computadora, en los programas de impresión (*output*), o en programas de actualización, es

(13) Así denominada por PARKER, D. *Computer Crimes*, Editorial Scribners, New York, 1980. Citado por DAVARA, p. 290, nota 13.

(14) Puede confrontarse en este sentido Sieber, *op. cit.*, Fall Nr. 4: Kontoüziehungs-Fall. El caso sucedió en el City Bank of Minneapolis, USA, 1966.

(15) Así, PARKER, *op. cit.*

decir, una vez que los datos son ingresados, ordenados y los procesos de cálculo elaborados, la información final, por lo general se imprime y almacena. Es posible manipular la información que se imprime y almacena, de manera tal que la alteración no pueda detectarse, durante el procesamiento de datos. Esta forma de comisión es una de las más complejas de detectar, pues por lo general se realiza en la etapa final de proceso. En programas de contabilidad, para citar un ejemplo, una vez que los datos del período son procesados, revisados contra los comprobantes y verificados, los mismos pasan a un proceso de actualización de saldos de cuentas, con lo cual se borran los movimientos del período y los saldos al final del período anterior se acumulan con los movimientos de ese período, generando un saldo inicial para el período siguiente. Esto es lo que se denomina *feedback* o retroalimentación, que es cuando la computadora asume, y aprovecha los resultados de un proceso, como fuente de información para otro nuevo tratamiento.⁽¹⁶⁾ Si el programa es alterado en el momento en que los datos se actualizan, es muy difícil determinar la alteración, pues en la práctica se parte de la base, de que los cálculos de la computadora son los correctos y que el cuidado debe tenerse, precisamente cuando se introducen los datos al mismo. Esta forma de manipulación es prácticamente impensable en condiciones normales de trabajo y por eso suele pasar inadvertida, por lo general se descubre mediante la realización de un procedimiento de auditoría, por lo demás caro, lento, complejo y muchas veces tardío.

Caso Nr. 5. Intromisión en bases de datos

Otra hipótesis de criminalidad electrónica, constituye en la mera intromisión en bases de datos, las cuales contienen información no disponible al público, por ejemplo archivos médicos, criminales, de bancos, etc. Este tipo de información en manos de personas inescrupulosas genera, un alto riesgo pues con ella se pueden cometer una gran cantidad de conductas criminales. Piénsese solo en un caso: un delincuente o una banda de delincuentes, logra acceder la base de datos de un banco, por medio de la cual determina la frecuencia de los depósitos en la cuenta corriente de una empresa, de igual forma determina qué porcentaje de dichos depósitos se realiza en efectivo y qué porcentaje en otros valores, determina la hora del depósito y la agencia bancaria en la que los mismos se realizan. Con todos esos datos,

(16) Así, DAVARA, *op. cit.*, 293 sgts.

solo requerirán identificar al depositante y con seguridad darán un buen golpe. El simple acceso a la base de datos no genera por sí solo, un daño, pues más bien, las bases de datos estan diseñadas para ser accedidas, con lo cual se requiere de tipos penales especificos que sancionen la conducta.

Caso Nr. 6. Sabotaje de Computadoras (Bombas lógicas)

En 1973 en Estados Unidos de Norteamérica, cerca del 18% de los casos de criminalidad por computadora se encontraba en esta categoría.⁽¹⁷⁾ Esta forma de criminalidad tiene por objeto la afectación o destrucción tanto del programa, como de los datos almacenados en la computadora, bien puede provocarse un daño al *hardware* o disco duro (en cuyo caso se podría hablar de daños en sentido del art. 228 del CP), pero la forma más común de comisión es a través del deterioro de los datos almacenados y los programas. En ausencia de archivos de respaldo y programas para la reinstalación y restitución del sistema, este tipo de criminalidad genera pérdidas enormes tanto para particulares, como para empresas o instituciones. La forma de comisión más común es la intromisión de los denominados virus, que son programas que se almacenan o instalan en determinados sectores del *hardware* y/o programas de la computadora y que se encargan de destruir la información, inutilizarla o bien producir daños al mismo disco duro, que lo hacen inaccesable y/o inservible. Normalmente consisten estos virus en rutinas, instrucciones o partes de programas que se introducen a través de un soporte físico que los contiene, o a través de la red de comunicaciones, que pueden actuar en el momento o incluso con efecto retardado.⁽¹⁸⁾

Caso Nr. 7. Espionaje por Computadoras

Se puede afirmar que una de las mayores ventajas que el uso de computadores ha producido, es precisamente el poder almacenar, clasificar, ordenar y disponer de grandes cantidades de información en

(17) Así Parker, Don B./Nycum, Susan/O'ura, S. Stephen: Computer Abuse. Hgs., 1973, vom Stanford Research Institute, Menlo Park California 94025, citado por Sieber op. cit. 93 y sgtes.

(18) Más sobre el tema se puede encontrar en DAVARA, p. 294 y sgtes.

un reducido espacio y de manera inmediata. De igual forma, para muchas empresas, la información es uno de sus principales activos, que dicho sea de paso, no se encuentra valorado en libros y no existe en Costa Rica, la posibilidad de cuantificarla y dotarla de valor contable,⁽¹⁹⁾ situación que desde el punto de vista legal, genera un problema de grandes magnitudes en cuanto a la determinación no solo del daño, sino de un posible resarcimiento. La forma posible de determinar el monto del daño causado, sería entonces por medio de la determinación de lo gastado en el restablecimiento de la información, no obstante, al restablecerse la información ésta se actualiza, y el valor de la actualización debe restarse al valor original de la información, esto pues, la información desactualizada no sirve y consecuentemente no tiene valor o por lo menos el que originalmente tuvo (se encuentra depreciada), pero no cabe duda que como un todo, la información antes del daño era útil para su tenedor, con lo que no podría negársele un valor. Basta por ahora lo dicho, por no ser el objeto de este comentario, sin embargo se deja planteada la interrogante, para despertar el interés del lector en ese tema. De tal forma, por ejemplo, para una empresa, la información correspondiente a sus clientes, es quizás la más valiosa, esta información en manos de la competencia podría irrogarle pérdidas cuantiosas. Otra hipótesis, es el caso de empresas que invierten en el desarrollo de programas para hacer más eficiente su labor y obtener mayores ganancias, sin embargo, los programas e investigaciones, son transferidos a sus competidores de manera fraudulenta, así obtienen aquellas ganancias enormes al aprovechar la inversión de un tercero y disfrutan de sus beneficios. Ejemplos de este tipo de criminalidad es el caso de la British Overseas Airlines Corporation (BOAC) que en el año de

(19) Técnicamente es posible, pues se puede determinar el costo de la información, sin embargo las leyes fiscales no permiten registrarla como activos de la empresa, con significación contable, por lo que la elaboración de la información desde el punto de vista contable, se trata como un gasto de operación, pues se contabiliza como activos el equipo de cómputo como tal y los programas adquiridos, no obstante, en el levantamiento de la información y la elaboración de las bases de datos, tanto la mano de obra, energía eléctrica, depreciación del equipo de cómputo y demás gastos que se generan, se contabilizan como gastos de operación, que afectan de manera directa la Renta Bruta y por lo tanto, se reducen de impuestos para efectos de determinar la Renta Líquida Gravable, de tal suerte, que si se genera una destrucción de los datos contenidos en una base determinada, no existe por lo general, la posibilidad de determinar el valor de la información y el mismo solo se puede estimar.

1968 invirtió cerca de 43 millones de libras esterlinas para desarrollar un programa que permitiera controlar en todas sus agencias alrededor del mundo, el itinerario de sus vuelos, conexiones, etc. Al poco tiempo de haberlo desarrollado, uno o varios de sus empleados le hicieron una copia y la vendieron a la competencia obteniendo ganancias de aproximadamente 2 millones de libras esterlinas.⁽²⁰⁾ De igual forma existen muchos otros casos en este mismo sentido.

Caso Nr. 8. "Estafa" Electrónica

Técnicamente no es ninguna estafa, por ausencia de un sujeto pasivo que realice el acto dispositivo, sin embargo, se asemeja a la hipótesis de la estafa triangular, la cual supone que el "engañado" y el estafado son personas diferentes. Sin embargo, en la estafa triangular el engañado tiene la facultad de realizar un acto dispositivo perjudicial para el estafado, de manera que el autor le produce a través de ese engaño, una lesión a su patrimonio y obtiene para sí o para un tercero un beneficio patrimonial antijurídico.⁽²¹⁾ En el caso de la aquí denominada "estafa electrónica" lo que el autor hace es engañar a la computadora (que sustituye al sujeto pasivo), y produce con esto que la computadora realice un acto dispositivo perjudicial para un tercero, desde luego, pues para la computadora no puede existir un perjuicio patrimonial en ningún supuesto. El caso ya se conoce en Costa Rica: el acusado A formó una banda para la comisión de este tipo de fraudes. En asociación con B, logró instalar en un Club Nocturno (*Night Club*), una máquina capaz de copiar la información contenida en la banda magnética de determinadas tarjetas de crédito (de alto límite) seleccionadas por B (cajero del *Night Club*). Esa información era almacenada en la memoria de la máquina, luego transferida a una computadora, por medio del cual A, lograría transferir esa misma información a otras tarjetas de crédito, robadas por C y D, de manera tal que las tarjetas de crédito robadas (debidamente reportadas como tales) no serían determinadas por la computadora al ser utilizadas, toda vez que la información que contenían, era la de otras cuentas, de tarjetahabientes que tenían en su poder sus tarjetas y no habían advertido la copia de la información. De esta forma, al solicitar los

(20) Vgl. Sieber, *op. cit.*, pág. 101.

(21) Sobre la construcción dogmática de la estafa triangular, véase por ejemplo SCHROTH, Ulrich, *Strafrecht Besonderer Teil*, 2. Auflage, 1998.

dueños de negocios la autorización para la aceptación de la tarjeta cuando los delincuentes las utilizaban para comprar artículos de alto valor, las mismas eran aprobadas, pues la autorización se hace en la mayoría del los casos por medios electrónicos o telemáticos sin la intervención de personas. Los delincuentes fueron descubiertos por dos razones. Primero, por la reincidencia en la utilización de tarjetas adulteradas en un mismo establecimiento, en el que los propietarios habían sido advertidos del fraude después de la primera vez por las compañías administradoras de tarjetas y colaboraron para la detención de la banda. Segundo, por el hecho de que todos los supuestos perjudicados⁽²²⁾ habían asistido al mismo Club Nocturno, lo que permitió iniciar las investigaciones, de otra forma hubiese sido casi imposible dar con el paradero de la banda. En este caso solo se puede hablar, de una eventual falsificación de documento y uso de documento falso, para lo cual debería entenderse que la información contenida en la banda magnética es parte integral del documento, lo cual trae sus problemas, pues no encaja dentro de la definición de documento en sentido penal, claro es sin embargo, que no existe un delito de daños ni una estafa.

Caso Nr. 9. Compras por Internet

Hoy día existe en la Red Internet, una gama muy amplia de posibilidades de adquirir bienes y servicios, los cuales por lo general se pagan a través de tarjetas de crédito. Para pagar y ordenar el servicio, quienes ofrecen servicios o bienes por este medio, solicitan únicamente los datos del tarjetahabiente, nombre, número de tarjeta, fecha de vencimiento y tipo de tarjeta, si todos esos datos coinciden, por lo general, sin ninguna otra verificación el producto se adquiere o se despacha. Desde luego el tarjetahabiente no advierte el hecho, sino hasta que el estado de cuenta es recibido y aparece el cargo hecho por la compañía administradora de la tarjeta. La situación se dificulta aún más, cuando existen tarjetas adicionales, o bien, el estado de cuenta es recibido por una persona distinta del tenedor de la tarjeta, pues muchas veces escapan al control, sobre todo cuanto el monto de los cargos no es muy elevado como por ejemplo, suscripciones a revistas, periódicos, programas de cómputo (*software*), etc.

(22) Una vez descubierta la manipulación, resultaron perjudicadas las compañías administradoras de tarjetas y no sus tenedores.

Caso Nr. 10. Divulgación de información y/o imágenes

En este caso, no se trata del daño o intromisión en bases de datos privadas, sino por el contrario, la utilización de bases de datos abiertas⁽²³⁾ con fines criminales. Por esa vía se pueden hacer circular a nivel mundial datos e imágenes, sin autorización de quien legítimamente puede darla, o bien como ha sucedido y que recientemente ha sido objeto de persecución policial a nivel mundial,⁽²⁴⁾ se hace circular pornografía. Desde luego en este caso, quedan a salvo los derechos de las víctimas en relación con los delitos contra el honor, sin embargo, es claro que la pena establecida en el CP es mínima en relación con el daño que se puede causar.⁽²⁵⁾

C) RESUMEN

Como puede apreciarse, los casos planteados no son más que ejemplos de la gran variedad de formas de comisión y conductas eventualmente punibles, que como producto del avance tecnológico, son necesarias en nuestro sistema jurídico. En este sentido, de cara a la reforma del Código Penal Costarricense, es el momento de empezar a

(23) Para nuestros efectos, se denominarán bases de datos abiertas, aquellas que se encuentran a disposición de los usuarios por medio de las denominadas páginas World Wide Web (www) o Red Mundial, a las que se tiene acceso con solo establecer la conexión con un proveedor de Internet, o bien aquellas que como el Registro Público de la Propiedad, permiten su acceso a todos, siendo esa su función, o la base de datos de la Sala Constitucional, etc.

(24) Vgr. la así denominada, "Operación Catedral", con la cual se trató de desarticular una banda de pedófilos que actuaba a nivel mundial, la cual divulgaba imágenes pornográficas infantiles. En esta operación intervinieron entre otros: Gran Bretaña, Australia, Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, Alemania, Italia, Noruega, Portugal, Suecia, Estados Unidos, Brasil, Dinamarca, España, Rusia, Canadá, Israel, Chile y Japón. Así *La Nación Digital*, "Golpe a red de pedófilos" en http://www.nacion.co.cr/In_ee/septiembre/03/mundo4.html y "Más arrestos en Alemania" en http://h-ww.nacion.co.cr/ln_ee/septiembre/04/mundo4.html.

(25) El art. 146 del Código Penal señala una pena de 20 a 60 días multa al que deshonrarse a otro o propalare especies idóneas para afectar su reputación.

estudiar y discutir, acerca de la necesidad de tipificar estas nuevas formas de criminalidad.⁽²⁶⁾

D) REGULACION DE LA CRIMINALIDAD POR COMPUTADORA Y ELECTRONICA EN LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

Para nuestros efectos, todas las normas citadas pertenecen al Código Penal Alemán (Strafgesetzbuch, por sus siglas en alemán StGB, los artículos se citan con el símbolo de artículo §).

§ 152 a Falsificación de tarjetas de pago o formularios impresos de Eurocheques.

(1) Quien para engañar en el comercio o, para posibilitar un engaño de este tipo,

1. Copia o falsifica tarjetas de pago nacionales o extranjeras o formularios impresos de Eurocheques.
2. Proporciona para sí o para un tercero una de esas tarjetas de pago o formulario, la ofrezca para la venta, la ceda a otro o abuse de ella, será sancionado con pena privativa de libertad de un año hasta diez años.

(2) Si el autor actúa profesionalmente o como miembro de una Banda, que se ha constituido para la acción continua de delitos contenidos en el inciso 1, será la pena no menor a dos años.

(3) En los casos menos graves del inciso 1 será la pena de tres meses hasta cinco años, en casos menos graves del inciso 2 la pena privativa de libertad será de un año hasta diez años.

(4) Tarjetas de pago en el sentido del inciso 1 son tarjetas de crédito, tarjetas Eurocheques y otras tarjetas.

(26) "Si se concluye que es necesario definir nuevos tipos, este es el momento para hacerlo, pues durante los próximos meses se discutirá la Reforma al Código Penal y podrían introducirse, a través de mociones, normas sobre el tema". Otto Guevara, Diputado de la Asamblea Legislativa por el Partido Movimiento Libertario e integrante de la Comisión de Asuntos Jurídicos, citado por el Diario *La Nación Digital* en http://www.nacion.co.cr/ln_ee/1998/agosto/30/paisl.html.

1. Que hacen posible, al librador garantizar el pago en el comercio y,
2. A través del perfeccionamiento o codificación se encuentran protegidas particularmente contra la falsificación.

(5) El artículo 149, en tanto se refiere a la falsificación de dinero y el 150 párrafo segundo se aplican correspondientemente.⁽²⁷⁾

§ 202 a Espionaje de Datos

(1) Quien ilícitamente se percibe de datos, los cuales no han sido para él determinados y que han sido protegidos contra el desautorizado acceso, por sí o por medio de un tercero, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

(2) Datos en el sentido del inciso (1) son solo semejantes, los que electrónicamente, magnéticamente o sino los que indirectamente perceptibles son almacenados o se transmiten.

§ 263 a Estafa por computadora⁽²⁸⁾

(1) Quien con la intención de obtener para sí o para un tercero, una ventaja patrimonial antijurídica, para ello lesiona el patrimonio de otro, influyendo sobre el resultado de un procesamiento de datos por medio de una incorrecta organización del programa,⁽²⁹⁾ por medio de la

(27) Se refiere a la confiscación del dinero falso, en este caso las tarjetas adulteradas o falsificadas.

(28) El art. 640 ter. Codice Penale sanciona el fraude informático, el cual de acuerdo con la legislación italiana se puede producir alterando o modificando el funcionamiento del sistema informático o telemático, alterando de cualquier forma sus datos, informaciones o programas, permitiendo para sí o un tercero un injusto a través del daño. Cfr. PALIERO, Carlo Enrico, Codice Penale e Normativa Complementare, Rafelo Cortina Editore, 1998 (en adelante citado como Codice Penale y el número de artículo).

(29) El Código Penal italiano sanciona con multa de hasta un millón de liras la alteración, modificación, cancelación en todo o en parte, así como impedir o entorpecer el funcionamiento de un programa de cómputo, como propiedad privada y se procede solo a instancia de la parte ofendida.

utilización de datos incorrectos o incompletos, por medio de la utilización no autorizada de datos o sino por medio de la influencia sobre la salida de los datos, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

(2) Son aplicables los incisos 2 a 7 del artículo 263.⁽³⁰⁾

§ 263 Estafa...

(2) La tentativa es punible.

(3) En casos especialmente graves la pena privativa de libertad será de seis meses hasta diez años. Un caso especialmente grave por regla general ocurre, cuando el Autor:

1. Actúa profesionalmente o como miembro de una banda, y ésta ha sido constituida para la comisión continua de falsificaciones de documento o de estafas.
2. Provoca una pérdida económica de grandes magnitudes y actúa con la intención, de provocar un peligro para una gran cantidad de personas en el sentido de pérdida de valor económico a través de la acción continua de estafar.
3. Provoca a otra persona un estado de miseria.
4. Abusa de capacidad o posición como empleado público, o
5. Manipula un caso de seguros, a través del cual él o un tercero con esa intención destruye total o parcialmente una cosa con valor económico en el sentido de la ley de incendios o por medio de su incendio o el hundimiento de un barco o su encayamiento.⁽³¹⁾

Mientras que en el art. 420 protege los bienes de utilidad pública y protege tanto el programa como los datos contenidos en una base, sancionando en tal caso con prisión de trece a ocho años. Ver art. 392 Codice Penale.

(30) Se acompaña la traducción de dichos incisos para mayor claridad del lector.

(31) El inciso 4, hace referencia al delito de robo en relación con cosas que se encuentran protegidas especialmente contra robos, así como al robo en la

§ 269 Falsificación de datos de considerable valor probatorio⁽³²⁾

(1) Quien para engañar en el comercio, almacena o modifica datos de considerable valor probatorio, los que de acuerdo con su percepción hicieran existir un documento no auténtico o falsificado, o utiliza este tipo de datos almacenados o modificados, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

(2) La tentativa es punible.

(3) Son aplicables el inciso tercero y cuarto del artículo 267.⁽³³⁾

§ 267 Falsificación de documento.

(3) En casos especialmente graves la pena privativa de libertad será de seis meses hasta diez años. Un caso especialmente grave por regla general ocurre, cuando el autor:

1. Actúa profesionalmente o como miembro de una banda, y ésta ha sido constituida para la comisión continua de estafas o falsificaciones de documento.
2. Provoca una pérdida económica de grandes magnitudes.
3. A través de una gran cantidad de documentos no auténticos o falsificados pone en peligro la seguridad en el comercio, o
4. Abusa de su capacidad o posición de funcionario público.

casa de habitación y/o familia y la utilización no autorizada de un vehículo. Los incisos 6 y 7 hacen referencia a normas que contemplan la posibilidad de imponer una pena de multa y ampliación de la caducidad de la acción y el inciso 5 es exactamente igual al inciso 4 del art. 267 que se traduce más adelante.

- (32) El artículo 491-bis del Codice Penale contiene una definición del documento electrónico, a diferencia de Strafgesetzbuch (StGB), el cual no contempla dicho concepto: "por documento electrónico se entiende cualquier soporte electrónico que contiene datos o información de eficacia probatoria o programas específicamente destinados a elaborarlos".
- (33) Se acompaña la traducción de dichos incisos para mayor claridad del rector.

(4) Con pena privativa de libertad de un año hasta diez años, en casos menos graves con pena privativa de libertad de seis meses hasta cinco años será sancionado, quien actúa profesionalmente en la falsificación de documentos como miembro de una Banda, la cual ha sido constituida para la comisión continuada de delitos sancionados en los artículos 263 a 264 ó 267 a 269.⁽³⁴⁾

§ 270 Engaño en el comercio por medio del procesamiento de datos. En el engaño en el Comercio se incluye igualmente la influencia en un procesamiento de datos en el comercio.

§ 303 a Modificación de datos.

(1) Quien ilegalmente (§ 202 a inciso 2) borre, suprima, inutilice o modifique datos, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

(2) La tentativa es punible.

§ 303 b Sabotaje de computadoras.

(1) Quien debido a que perturba un procesamiento⁽³⁵⁾ de datos con un significado esencial para una Empresa o una Compañía ajenas a la Administración Pública,

1. Él comete un delito de acuerdo con el artículo 303 inciso 1.
2. Un centro de procesamiento de datos o un almacenador de datos, deteriore, haga inservible, elimine o modifique, será sancionado pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

(2) La tentativa es punible.

(34) Artículo 263 estafa, 263 a estafa por computadora (el tipo completo se traduce más adelante), 264 estafa de subvención, 264 a estafa en la inversión de capital, 267 falsificación de documento, 268 falsificación de grabaciones técnicas y 269 falsificación de datos de considerable valor probatorio.

(35) El Codice Penale, en el art. 615 ter, sanciona el acceso abusivo a un sistema informático o telemático con una pena de uno a cinco años, dependiendo de si media la afectación de un servicio público, si se produce utilizando violencia sobre la persona o cosa, si del hecho se derive la destrucción,

E) SINTESIS

Como puede apreciarse, existen en la República Federal de Alemania, varios tipos penales que de una u otra manera protegen el procesamiento electrónico de datos, su manipulación, programas, bases de datos, e información. Particularmente importantes, resultan las regulaciones del Codice Penale, con el propósito de obtener una idea clara del camino a seguir. No se propone en nuestro caso, una copia directa de las normas citadas, y por el contrario, se propone la introducción en nuestra legislación, de normas que hagan posible un adecuado tratamiento del problema, sobre todo, teniendo presente el Legislador, que en esta materia, día con día se avanza en el plano tecnológico y se requiere de normas que brinden una correcta protección. En este sentido, se hace la observación a manera de conclusión de que el delito electrónico responde por lo general a tres características, que deben ser tomadas en cuenta como fundamentales, si se pretende elaborar una legislación apropiada:

- a) Los delitos electrónicos, no responden en cuanto a su comisión, tentativa, consumación y agotamiento, con los delitos convencionales. Es perfectamente posible realizar una conducta de este tipo a distancia, por vías y canales electrónicos, traspasando las fronteras naturales, incluso continentales, utilizando la comuni-

tanto del sistema como de los datos, o si quien lo comete se encuentra en una posición de garante del sistema en relación con su resguardo o custodia. En el art. 615 quater, se sanciona la retención y difusión abusiva del código de acceso a un sistema informático o telemático (en este caso la pena puede ser desde uno hasta dos años o incluso desde 10 hasta 20 millones de Liras, en el caso de que se produzca un daño a un sistema utilizado por el Estado o un alto ente público esencial en el servicio público o de necesidad pública, o bien si es cometido por un empleado público, encargado del servicio con abuso de su cargo, violación inherente a sus funciones, circunstancias reguladas en los incisos 1 y 2 del párrafo 4º, art. 617 quater. Por su parte, el art. 615 quinquies con pena de hasta dos años o con multa de hasta 20 millones de Liras, a quien difunda programas tendientes a producir daño o interrumpir el funcionamiento de un sistema informático o telemático. Otras regulaciones en la materia se encuentran en los numerales 617 quinquies y sexies, así como en los art. 621 y 623 del Codice Penale, en relación con la interceptación y difusión de comunicaciones telemáticas e informáticas, de igual forma se sanciona su alteración y/o falsificación. El mero daño del sistema informático o telemático es sancionado por el art. 635 Codice Penale.

cación por satélite, etc. Se pueden programar rutinas a plazo, suspenderse, hacerse intermitentes, etc., es decir, la gama de posibilidades es muy amplia.

- b) Existe una enorme facilidad para encubrir el hecho cometido, pues se puede actuar a través de seudónimos, usurpar cuentas ajenas, utilizar códigos de acceso no previstos. Por lo general no existen, desde el punto de vista probatorio, más elementos que los registros electrónicos. Los rastreos e intervenciones en las comunicaciones, son indispensables si se quiere combatir este tipo de criminalidad, además de que la acción inmediata de las autoridades debe estar prevista, puesto que un autor puede desplazarse muy fácilmente de un lugar a otro, sin ser sorprendido, por lo que la demora en trámites judiciales puede hacer ilusoria su captura.
- c) Es muy fácil eliminar toda clase de pruebas de los delitos cometidos, por lo tanto, las reglas en cuanto a la apreciación de la prueba en este campo, requieren de una adecuada amplitud, no desde el punto de vista jurídico sino mental, así como su tratamiento, pues debe preverse la incorporación de todo tipo de elementos probatorios.⁽³⁶⁾ No obstante, la naturaleza de la materia electrónica, hace necesario prever como conducta punible de manera individual, el borrado de las huellas de una intromisión o comisión de un delito electrónico, hecho que cometido de manera dolosa, hace presumir la comisión del delito original o al menos su participación en él. El problema entonces es, cómo hacer coincidir esa presunción, por lo demás lógica, con el principio de inocencia consagrado en el art. 39 de nuestra Constitución Política. Vuelvo en este punto al inicio. No se pretende brindar una solución al problema, es de por sí imposible en un corto análisis como éste, solo pretendo llamar la atención acerca de la ausencia normativa en este campo. Tiene la palabra el legislador.

(36) Situación que al menos de manera general se encuentra prevista en el art. 182 del Código Procesal Penal, al otorgar libertad probatoria en materia penal.

CONTRATACION PUBLICA *R* .
(Sala Constitucional, proyecto de reforma)

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^(*)
Catedrático de Derecho Administrativo;
y, Contratación Pública
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

(**) Telefax (00-506) 259-4844. Apartado postal (P.O. Box) 944, Y Griega 1011.
SAN JOSE, COSTA RICA
E-mail: jorger@hotmail.com

SUMARIO:

Presentación

Introducción

A. *Temas de la contratación administrativa indicados en la jurisprudencia de la Sala Constitucional*

1. Definición del contrato administrativo
2. Competencia de la Sala Cuarta
3. Los principios constitucionales de la contratación administrativa
4. La presencia de los intereses difusos para legitimar la acción
5. Elementos que componen la libre contratación
6. Definición de la licitación pública
7. La licitación pública es la regla y el medio idóneo para contratar
8. Contraloría General de la República y la fiscalización
9. Requisitos que deben cumplir las ofertas
10. Oferta inelegible y apelación
11. Reglamentos ejecutivos
12. Garantía de participación
13. Definición de adjudicación
14. Sanciones solo por ley se pueden establecer
15. Reajuste de precios
16. Apelación ante la Contraloría General de la República
17. Derecho de apelación
18. La Contraloría debe resolver en el plazo dado
19. Funciones de la Contraloría
20. Facturas caducas
21. Reconocimiento de intereses
22. Definición de actividad ordinaria

B. Votos de la Sala Constitucional relativos a la Ley de Contratación Administrativa, su reglamento y la Ley del Banco Central

1. Artículos anulados de la Ley de contratación administrativa:

18

19

27

30

33, párrafo dos

84

87

89

109, párrafo final

2. Artículos anulados del reglamento de la Ley de contratación administrativa:

33.7

34

50.5

56.1

56.1.2.1.

56.1.2.3

59.11

76

99.3

99.4

C. Ley del Banco Central

1. Artículo anulado

a) 171, párrafos segundo, tercero, quinto y sexto

D. Aspectos que se pueden incorporar al proyecto de reforma parcial a la Ley de Contratación Administrativa

1. Ausencia de timbres

2. Nomenclatura de los medios de selección del contratista pública

3. Bandas para contratar e impugnar

4. Configuración de instituciones por bloques afines
5. La Contraloría podrá elevar montos de las bandas
6. Cobertura de la Ley
7. Procedencia del *leasing*
8. Plazos razonables para presentar ofertas
9. Claridad en cuanto a la definición de "entrega inmediata"
10. Pautas razonables para presentar impugnaciones a las adjudicaciones al pliego de condiciones
11. Normas prudentes en la ejecución del presupuesto
12. Representante de Casas Extranjeras
13. Oferente extranjero
14. Contratos típicos y atípicos
15. Principios constitucionales claramente indicados
16. Contratación directa
17. Actividad ordinaria
18. Claridad en cuanto que la licitación pública es la regla
19. Impugnación del cartel ante la Contraloría
20. Concurso de antecedentes profesionales y técnicos
21. Eliminación de la adjudicación a la baja

Conclusiones

Bibliografía de referencia

INTRODUCCION

En este ensayo se analizarán algunos votos de la Sala Constitucional que tienen relación con la contratación administrativa de derecho público.

Agradezco al letrado de la Sala Constitucional, abogado Hubert Fernández Argüello, el haberme facilitado la compilación de votos de la Sala que realizó con el título de *La contratación administrativa en la jurisprudencia constitucional costarricense* (San José: IJSA, 1998).

He dividido este trabajo en cuatro secciones:

A. Aquí presento algunos de los temas importantes en materia de contratación administrativa que han sido señalados por la Sala Constitucional en sus diversos y numerosos votos.

B. Presento los votos de la Sala Cuarta que tienen relación con la Ley de contratación administrativa y su reglamento

C. Se analiza la anulación de los párrafos primero, segundo, tercero, quinto y sexto del artículo 171 de la Ley del Banco Central.

D. Debido a que se anularon, por la Sala Cuarta, varios numerales de la Ley y el reglamento de la contratación administrativa, se hace necesaria una reforma parcial de ambos cuerpos jurídicos, por lo que —con la experiencia que tuve de integrar la comisión dirigida por el diputado abogado Ovidio Pacheco Salazar, durante los meses de octubre a diciembre de 1998, elaboré una lista de temas que considero necesario incluir en esa reforma parcial congruente con los criterios de la Sala Constitucional.

Hago la observación que en el Alcance No. 1 a La Gaceta No. 13 del miércoles 19 de enero de 1994, publicó el proyecto de ley de contratación administrativa, expediente No. 11.840, del diputado Pacheco Salazar —al finalizar su gestión como diputado— 1999 a 1994. Este proyecto fue desechado por la legislatura que se inició en 1994, aprobando la ley de 1995, que impugné con éxito —junto con la Cámara de Representantes de Casas Extranjeras. Actitud que mantuvimos respecto del artículo 171 de la Ley del Banco Central, que estimamos, al igual que la Sala Cuarta que era inconstitucional.

Agregar aquí que la experiencia citada facilitó que escribiera antes una crítica al proyecto de 1995 y luego a la ley vigente a partir de 1996.

A. TEMAS DE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA INDICADOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

1. Definición del contrato administrativo

El contrato administrativo es distinto al contrato civil. Su naturaleza responde a la concepción de ser un acto de colaboración voluntaria con la Administración Pública, destinado a satisfacer funciones esenciales del Estado, es decir, fines públicos; disfrutando la Administración de prerrogativas que se concretan en facultades (dirección, modificación, resolución, ejecución, etc.) llamadas cláusulas exorbitantes, que se fundan en el interés público (**voto 6432-98**).

Este convenio es un acuerdo de voluntades generador de obligaciones y por ello sinalagmático, celebrado entre un órgano del Estado —en ejercicio de las funciones administrativas que le competen— con otro órgano administrativo, un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas (**voto 1205-96**).

2. Competencia de la Sala

La Sala Constitucional tiene competencia en esta materia cuando está de por medio derechos y libertades fundamentales (**voto 1205-96**).

3. Los principios de la contratación administrativa constitucional tienen rango constitucional

Los principios que regulan la contratación administrativa tienen rango constitucional.

Esos principios, *numerus apertus*, son: competencia, seguridad, igualdad, transparencia, libre, abierta y amplia participación; eficiencia, publicidad, equidad, reajuste de precios, igualdad de oportunidades, control de los procedimientos, buena fe, mutabilidad del contrato, intangibilidad patrimonial, disponibilidad presupuestaria, equilibrio de intereses, libertad de concurrencia, formalismo de los procedimientos licitatorios (**votos 3348-95, 8320-97 y 998-98**).

4. La presencia de los intereses difusos para legitimar la acción

Al comprometerse fondos públicos, el control que se ejerza sobre ellos, sin lugar a dudas, es un asunto de orden público, por tanto en el presente asunto se está en presencia de los llamados intereses difusos (**voto 998-98**).

5. Elementos que componen la libre contratación

Los elementos que componen la libre contratación son:

Libertades en la escogencia del objeto del contrato, pare elegir al co-contratante con la Administración, de la determinación del precio y el equilibrio de las posiciones de ambas partes (**voto 1205-96**).

6. Definición de la licitación pública

Es el medio idóneo para la selección del co-contratante de la Administración y un procedimiento para garantizar el interés público (**votos 1205-96 y 998-98**).

7. La licitación pública es la regla y el medio idóneo para celebrar la contratación administrativa, al tenor del artículo 182 de la Carta Magna

Siendo la licitación la regla y el medio idóneo para realizar la contratación administrativa, al seleccionar al adjudicatario de un contrato administrativo, la licitación privada –en sus acepciones actuales de licitación restringida y por registro– y la contratación directa son medios excepcionales como mecanismos de selección del contratista público (**votos 3348-95, 1205-96, 1490-92, 998-98 y 6754-98**).

8. Contraloría General de la República y una de sus facetas de fiscalización

Al tenor del artículo 30 de la Ley de contratación administrativa, si la Administración prefiere usar un mecanismo menos riguroso para seleccionar el contratista público, tiene que contar con la autorización de la Contraloría General de la República (**voto 998-98**).

9. Requisitos que deben cumplir las ofertas, plicas o propuestas

Formales: Por ejemplo, la comprobación de personerías de los firmantes, declaraciones juradas, certificaciones, poderes.

Comerciales: Por ejemplo, validez y presentación de los precios, plazos de entrega, forma de pago, descuentos, seguros, transporte.

Técnicos: Por ejemplo, descripción del objeto cotizado.

Referencias: Por ejemplo, catálogos, literatura, atestados del oferente, historial del cotizante (**voto 1420-91 y 998-98**).

10. Oferta inelegible y apelación

También el que presenta una oferta inelegible puede apelar el acto de adjudicación (**voto 787-94**).

11. Reglamentos ejecutivos

Solo el Poder Ejecutivo (Presidente y el Ministro del ramo respectivo, artículo 140, inciso 3 de la Carta Magna) tiene la potestad de reglamentar las leyes (**voto 998-98**).

12. Garantía de participación

La garantía o caución de participación por el hecho de que sea aceptada por la Administración no legitima la oferta; a la vez, que es inconstitucional la existencia de ofertas flotantes (**voto 998-98**).

Esta garantía avala la solemnidad de la oferta, es una señal precontractual destinada a asegurar la celebración del contrato o su cumplimiento, como medida cautelar de la responsabilidad del oferente, es un presupuesto de la oferta (**voto 998-98**).

13. Definición de la adjudicación

La adjudicación es el acto de la Administración Pública, por el cual decide cuál es la oferta más conveniente y la acepta, dándose acuerdo de voluntades de la cual 3344 nace el contrato administrativo (**voto 1205-96**).

14. Sanciones solo por ley se pueden establecer

Mediante reglamento no se pueden establecer sanciones, ya que viola el principio de reserva de ley y constituye una restricción ilegítima a la libertad de contratación (**voto 6114-96**).

15. Reajuste de precios

El contratista tiene derecho a la realización íntegra del objeto del contrato y a recibir las compensaciones (precios y demás beneficios acordados).

El reajuste de precios no constituye una indemnización que reconoce el Estado voluntariamente y paga al contratista, sino más bien, un mecanismo jurídico de restitución del valor real de la obligación, de la restitución del equilibrio financiero del contrato, de manera que se pague lo que previamente se convino, es decir, el pago integral del precio, para que no exista ni perjuicio para el contratista ni un enriquecimiento indebido de parte del Estado (**voto 6432-98**).

El reajuste de precios proceden aún sin la existencia de una norma legal que les dé contenido: y, si ésta existiera, pero no llena las aspiraciones de equidad y de justicia, las partes están autorizadas para sustituir el sistema, sin que por ello, se quebrante el llamado principio de legalidad, en aras de obtener esos valores.

La confusión radica en querer pretender que el Estado pueda manejar antojadiza o discrecionalmente la institución de los reajustes de precios, creando leyes, decretos, reglamentos, y fórmulas, libremente, sin sujetarse a los principios esenciales que la informan y reconociéndole a la contraparte, sólo y solamente lo que él estima debe pagarle.

Es ésta una concepción equivocada del principio de intangibilidad patrimonial y de su desarrollo por medio de los reajustes de precios. Los mayores costos deben reconocerse íntegramente, son irrenunciables y no requieren desarrollo legislativo **(voto 6432-98)**.

La paralización por falta de contenido económico, por parte de la Administración, de la ejecución del contrato, sería deshonesto, falta de ética y de fundamento legal.

La Administración debe soportar las consecuencias de su propia conducta negligente o culposa, liberando al co-contratante de su responsabilidad.

La Administración puede autorizar la reanudación del contrato, actualizando plenamente el nivel financiero pactado, para readecuarlo a la nueva situación económica.

Los costos fijos y los de administración, los directos e indirectos son parte integrante del precio y están sujetos a los reajustes, siendo inconstitucionales las normas que los excluyen de la revisión de precios **(voto 6432-98)**.

Todo lo anterior es derivación lógica y jurídica de la responsabilidad conjunta de la Administración y del servidor público, en razón de que no es constitucionalmente posible que se celebren contratos administrativos sin el respectivo contenido financiero **(voto 6432-98)**.

16. Apelación ante la Contraloría

Los montos elevadísimos de la Ley de contratación administrativa para interponer apelaciones de los actos de adjudicación, constituye un límite irrazonable y conculcatorio del derecho de defensa y de acceso a la justicia pronta, cumplida y sin denegación **(voto 998- 98)**.

17. Derecho a la apelación

El establecer la pérdida de la garantía de participación como sanción por que no prospere el recurso de apelación, es inconstitucional (**voto 998-98**).

18. La Contraloría debe resolver en el plazo dado

Es inconstitucional establecer que si la Contraloría no resuelve la apelación en el plazo dado, el efecto es que se mantiene la adjudicación, rechazándose la impugnación al acto de adjudicación (**voto 998-98**).

19. Funciones de la Contraloría

La Contraloría General de la República, con rango constitucional, tiene una relación con los fondos públicos, de fiscalización superior, jurídica y financiera; ejerce el control superior de la hacienda pública y la dirección sistema de fiscalización (**votos 2398-91, 2340-94, 5119-95, 2632-95 y 998-98**).

20. Facturas caducas

Es inconstitucional lo que establece el artículo 18 de la Ley de contratación administrativa: tener como caducas aquellas facturas de reajustes presentadas después tres meses de presentada la factura de la obra, servicio o suministro respectivo. Ninguna obligación civil o mercantil está sujeta a un plazo, como tampoco lo existe en relación con las deudas del contratista con la Administración (**voto 6432-98**).

21. Reconocimiento de intereses

Es inconstitucional lo que dispone el artículo 19 de la Ley de contratación administrativa: por atrasos en el pago de sus obligaciones, la Administración reconocerá intereses cuando la mora exceda de los noventa días naturales.

Es inconstitucional porque confisca la renta por tres meses y le da un trato diferenciado al Estado en relación con las obligaciones tributarias (**voto 6432-98**).

22. Definición de actividad ordinaria

Es la actividad contractual de la Administración, que por su constante y frecuente tráfico y su relación inmediata con los usuarios resulta claramente incompatible con los procedimientos concursales de la contratación. Constituye la prestación o final que la Administración hace frente a los usuarios (**voto 8320-97**).

B. VOTOS DE LA SALA CONSTITUCIONAL RELATIVOS A LA LEY DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA, SU REGLAMENTO Y LA LEY DEL BANCO CENTRAL

1. Ley de contratación administrativa

La Sala Constitucional anuló varios artículos de esta ley, ellos los siguientes:

Artículo 18.—Anulado en cuanto indicaba que no se admitirán para su trámite y se tendrán por caducas las facturas por reajustes de precios, después de tres meses de presentada la factura de obra, servicio o suministro correspondiente.

La Sala consideró que esta norma es inconstitucional, ya que ninguna obligación civil o mercantil está sujeta a un plazo, como tampoco lo existe en relación con las deudas del contratista con la Administración (**voto 6432-98**).

Y, además que el derecho a los reajustes de precios no es una concesión de la Administración, sino un derecho del contratista, que no requiere de una ley que se lo concede porque es un derecho constitucional que está inserto en el artículo 182 de la Carta Magna (*véase los puntos 16 y 21 sobre reajustes de precios y facturas caducas de la parte A de este ensayo, voto 6432-98*).

Artículo 19.—La Sala también anuló este numeral por inconstitucional, que desconocía el pago de intereses durante un plazo de 90 días naturales, lo que significaba un enriquecimiento ilícito para el Estado y un daño para el contratista, violando el principio de igualdad que el Estado no le concedía al administrado ninguna prórroga en los pagos que le debía hacer (*ver el punto 22 de la parte A de este ensayo, voto 6432-98*).

Artículo 27.—Establecía los montos para efectuar las contrataciones, al tenor de la cuantía de los presupuestos de las instituciones estatales.

La Sala remitió a la escala de la anterior Ley de administración financiera de la República y autorizó a la Contraloría General de la República para que publicara en La Gaceta la nueva escala de contrataciones, lo cual se hizo en la Gaceta del 1° de setiembre de 1998.

Esta anulación la hizo la Sala bajo el criterio de que los montos tan altos para realizar la licitación pública, la convertían en la excepción, privilegiando el uso de la licitación privada (restringida y por registro) y la contratación directa; con lo cual invertía el mandato constitucional del

numeral 182 que obliga a contratar, como regla y medio idóneo, a través de la licitación pública (**voto 998-98**).

Así, la Sala restituyó a la licitación pública en su lugar de ser el medio frecuente, idóneo, genérico y la regla para seleccionar el contratista público.

De este modo, la licitación privada (restringida y por registro) y la contratación directa, como medios de selección del contratista público, excepcionales y para montos económicos menores que los que se tramitan por el concurso público.

Artículo 84.—Con ese criterio, la Sala anuló este numeral, ya que impedía presentar apelaciones de las adjudicaciones de licitaciones públicas ante la Contraloría General de la República, por los montos financieros tan altos, que daba una realidad en la cual pocas de esas adjudicaciones podían ser impugnadas ante el ente fiscalizador (**voto 998-98**).

En la citada escala publicada por la Contraloría en La Gaceta del 1º de setiembre de 1998, ya se pueden impugnar más adjudicaciones de licitaciones públicas ante la Contraloría, para darle así una dimensión constitucional a esta situación y a la vez proteger los derechos de los oferentes ante el acceso a la justicia y la protección de los fondos públicos.

Artículo 30.—Este numeral dice se puede modificar el procedimiento de una licitación para realizarlo por otro medio menos riguroso.

La Sala afirmó que esa modificación, requiere necesariamente la autorización de la Contraloría General de la República (recordemos que la **autorización** siempre es previa y que la **aprobación** es posterior a la vigencia del acto administrativo). (Ver **Boletín de la Sala Constitucional** de setiembre de 1998, pág. 11, **voto 998-98**).

En este aspecto hay que hacer la indicación de que la letra de este numeral es omisa en cuanto a la indicación que hace la Sala de la necesaria intervención de la Contraloría. En este punto concuerdo con el criterio de la Sala: es necesario la autorización (que siempre es previa; la aprobación es posterior) de la Contraloría para "aliviar" los procedimientos licitacionales (o -degradación-) (**voto 998-98 y voto interlocutorio 565-98**).

Artículo 33, párrafo dos.—Quedó anulada la disposición que decía que la oferta se legitimará por la garantía de participación, aceptada por la Administración.

La Sala consideró que esta caución o garantía de participación no podía legitimar toda la oferta cotizada, ya que la propuesta o plica tiene muchos aspectos además de esta caución, que no pueden quedar convalidados por esa aceptación de la citada garantía (**voto 998-98**).

Artículo 87.—Esta norma decía que la garantía de participación se ejecutará en beneficio de la Administración licitante, si la Contraloría General de la República resuelve que no hubo motivo suficiente para apelar.

La Sala consideró que no podía castigarse económicamente a quien ejercía —jurídicamente— el derecho a impugnar.

Resulta inconstitucional esta disposición al constituir una verdadera sanción económica al ejercicio de un derecho fundamental, misma que resulta desproporcionada e irrazonable al limitar el acceso a la justicia administrativa y a que un órgano imparcial —la Contraloría General de la República— revise los actos de adjudicación de la Administración activa, derechos que encuentran fundamento en lo dispuesto en los artículos 39 y 41 constitucionales (**votos 1420-91 y 998-98**).

Artículo 89, párrafo final.—Esta norma decía que si la Contraloría General de la República no resolvía en el plazo de ley, la apelación a una adjudicación de una licitación pública, el acto adjudicatario se tendría por confirmado automáticamente.

La Sala estimó que esta norma es inconstitucional porque es una denegación de justicia, viola el deber de la Contraloría de resolver la impugnación y perjudica arbitrariamente al que presentó la apelación, que tiene derecho a que sea analizada y resuelta (**voto 998-98**).

De acuerdo con el *artículo 89* de la **Ley de la jurisdicción constitucional** que manda:

La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma o ley o disposición general, declarará también la de los demás preceptos de ella, o de cualquier otra disposición cuya anulación resulte evidentemente necesaria por reflexión o consecuencia, así como la de los actos de aplicación cuestionados.

Los **votos** de la Sala Constitucional (**S.C.**) **687-91, 989-93 y 2478-94** así lo ratifican.

Por esta razón, el *artículo 30, párrafo dos*, de la **Ley de la Contraloría General** está declarado inconstitucional.

Artículo 30, párrafo segundo:

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

Esta norma es la misma del artículo 89, párrafo final expresamente derogado por este **voto 998-98 (S.C.)**

En el mismo sentido, el **voto 1561-99 (S.C.)**, consulta de la Sala Segunda respecto del artículo 18, ch, del estatuto del Servicio Judicial.

En el sentido siguiente: cuando la Sala Cuarta declara inconstitucional una norma, queda derogada para todo el ordenamiento jurídico.

Artículo 109, párrafo final.—Se ratifica por la Sala, el mandato constitucional de que la reglamentación de las leyes solo la podrá hacer el Poder Ejecutivo (artículo 140, inciso tercero de la Carta Magna), quedando anulado este párrafo final que pretendía dar lugar a que las administraciones reglamentaran esta ley.

Y, en cuanto al párrafo segundo de este numeral que atañe a la emisión de reglamentos complementarios, la Sala precisa que sólo y nada más se refieren a los reglamentos de organización y servicios; y, no, a los reglamentos ejecutivos (**voto 998-98**).

2. **Reglamento de la Ley de contratación administrativa**

La Sala Constitucional anuló varios artículos del reglamento, ellos son los que se indican a continuación:

Artículo 33.7.—*Cuando se hubiere pedido, la garantía de participación aceptada por la Administración legitimará la oferta presentada.*

El **voto 998-98** consideró que la garantía, aval o caución de participación es uno de los elementos que integran la oferta. De tal modo que su aceptación por la Administración NO legitima la oferta en su totalidad, ya que pueden existir vicios graves en otros factores o elementos de la propuesta.

Artículo 34.—Garantía flotante

Esta norma daba la posibilidad de que la *Administración reglamentara esta clase de garantías para que respaldaran la participación de un mismo oferente en distintos concursos.*

La Sala anuló esta norma por considerar que:

- Cada concurso debe tener su propia garantía de participación.
- Es inconstitucional que la Administración reglamente esta situación, ya que solo el Poder Ejecutivo puede reglamentar las leyes (norma 140, incisos 3 y 18 de la Carta Magna).
- No puede existir una sola garantía de participación que cubra una diversidad de concursos indeterminados.

Artículo 50.5.—Ofertas sin firma o firmada por persona legalmente para ello no facultada

La Sala consideró que esta norma es nula porque viola los principios constitucionales de la contratación administrativa insertos en el artículo 182 de la Carta Magna (**voto 998-98**).

Artículo 56.1.—Inmutabilidad de la oferta

La Sala consideró que los defectos sustanciales, materiales o de fondo no pueden ser saneados, porque ello vulnera el principio de la inmutabilidad de la oferta en aspectos esenciales o fundamentales (**voto 998-98**).

Artículo 56.1.2.1.—Plazo garantía de participación

La Sala indicó que esta norma es nula, ya que no se puede subsanar el plazo de vigencia de la garantía de participación, porque es un aspecto substancial de la propuesta; además de que esa garantía avala la solemnidad de la oferta, constituye su presupuesto; del mantenimiento de la garantía depende la validez de la plica o propuesta. Por vía reglamentaria no puede darse esta subsanación (**voto 998-98**).

Artículo 56.1.2.3.—Plazo de vigencia de la oferta

La Sala afirmó que el plazo de vigencia de la oferta no se puede sanear, por ser un elemento esencial e invariable de la plica u oferta. Mediante la vía reglamentaria no puede darse este saneamiento (**voto 998-98**).

Ambas disposiciones (*artículo 56.1.2.1 y 56.1.2.3.*) violan los principios constitucionales rectores de la contratación administrativa (**voto 998-98**).

Artículo 59.11.—Impugnación de la apelación (*in fine*).

La Sala afirmó (**voto 998-98**) que esta norma es nula:

Cuando la adjudicación se comuniqué por notificación, se deberá realizar a todos los interesados dentro de los tres días hábiles siguientes a la firmeza de la adjudicación.

Es nula esta disposición porque viola los numerales 27 (libertad de petición) y 41 (libertad de acceso a la justicia) de la Carta Fundamental, pues permite la notificación de la selección del contratista una vez que ella se encuentra firme; es decir, cuando ya no tiene posibilidad de ser impugnada.

Lo jurídico, es que a partir de la notificación empieza a correr el plazo para su impugnación y por tanto no está firme esa selección. La redacción de esa disposición era un absurdo y manifestaba un error grave en el conocimiento de la preclusión o proceso pre-contractual administrativo.

Primero debe ser entendido de manera que NO obstaculice ni impida la impugnación de la adjudicación en las licitaciones, en

aplicación de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política (**voto intercolutorio 565-98**).

Artículo 76.—Actividad ordinaria

La Sala (**voto 6754-98**) *anuló el numeral 76.2.2* que calificaba como actividad ordinaria la venta de bienes adjudicados por la Administración como consecuencia de la ejecución de garantías o el pago de obligaciones.

A la vez que, respecto del *numeral 76.1 y 76.2.1* afirmó que actividad ordinaria es el servicio o actividad que constituye la prestación última o final de la Administración que realiza frente al usuario o destinatario final. Actividad o servicio que deben estar definidos previamente en la Ley.

En este caso concreto, la Sala estableció que no es posible excepcionar la impresión de billetes o de otros valores o la acuñación de monedas de los procedimientos ordinarios de la contratación administrativa por constituir actividad ordinaria del Banco Central, porque no lo es. Eso sí, es posible que este banco haga una **contratación directa** en esos casos por razones de seguridad pública e interés público.

De acuerdo con el **artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional** (téngase presente lo escrito en relación con el artículo 89, in fine de la L.C.A., 30 de la Ley de la Contraloría General de República manda:

La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma o ley o disposición general, declarará también la de los demás preceptos de ella, o de cualquier otra ley o disposición cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexión o consecuencia, así como la de los actos de aplicación cuestionados.

Los **votos** de la Sala Constitucional **687-91- 989-93 y 2478-94** así lo ratifican; especialmente el **voto 1561-99**, tal y como se indicó.

Por esta razón, el **artículo 72 de la Ley del Sistema Bancario Nacional**, está declarado inconstitucional:

Artículo 72

La venta de los bienes y valores que fueren transferidos a un banco en pago de obligaciones a su favor, o que le fueren adjudicados en remates judiciales, será considerada como actividad ordinaria del ente.

De acuerdo al **voto 6754-98**, es probable que la acción de inconstitucionalidad presentada por la Contraloría General de la República contra el decreto ejecutivo ejecutivo No. 25311-MOP (expediente de la Sala Constitucional No. 4753-96) sea declarado con lugar, ya que la Administración abusó del concepto de **actividad ordinaria**, al calificar así el arreglo de calles, corta de maleza, etc.

En igual sentido, dicha Contraloría presentó una acción de inconstitucionalidad contra decretos ejecutivos que abusaron del concepto de **urgencia o emergencia** para evadir los controles y los procedimientos de la Ley de contratación administrativa, como en el caso anterior del decreto ejecutivo No. 25311-MOPT. La Sala Cuarta anuló esos decretos (**voto 3410-92**).

Cabe aquí informar que por oficio No. 107 del 7 de enero de 1998, la Dirección General de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República hizo un análisis de la procedencia de los casos establecidos por la Ley de la materia, en torno al tema de la **contratación directa**.

Artículo 99.3.—Resolución de la Contraloría

Esta norma fue declarada nula por la Sala (**voto 998-98**) ya que consideró violatorio de los numerales 27 (libertad de petición) y del 41 (acceso a la justicia) el castigar a un apelante al hacer uso de su derecho constitucional de impugnar. La Contraloría podía estimar que una apelación era temeraria o antojadiza y en consecuencia indicar que el apelante perdía por ello su garantía de participación.

La Sala estima que la pérdida de esa garantía, es una sanción económica al ejercicio de un derecho fundamental, misma que resulta desproporcionada e irrazonable al limitar el acceso a la justicia administrativa y a que un órgano imparcial —la Contraloría General de la República— revise los actos de adjudicación de la Administración activa, derechos que encuentran fundamento en lo dispuesto en los artículos 39 y 41 constitucionales. Mediante **voto 1420-91**, ya la Sala afirmó que es inconstitucional imponer sanciones de orden patrimonial en lo que se refiere al acceso a la justicia administrativa.

Artículo 99.4.—Contraloría y plazo para resolver (del reglamento) y numeral 89 de la Ley de contratación administrativa

La Sala declaró nula (**voto 998-98**) la disposición que establecía que si la Contraloría no resolvía en tiempo una apelación, la respectiva adjudicación impugnada, quedaba automáticamente firme.

La Sala afirmó que esa disposición es inconstitucional porque viola los artículos 27 (libertad de petición) y 41 (acceso a la justicia) de la Carta Magna, porque aquella norma implica una denegación de justicia, ya que permite que la Contraloría no resuelva; y, por otro lado, sanciona al apelante, pues se le rechaza su apelación y se da por confirmada la adjudicación que impugnó, dándose una burla a la justicia (**votos 1206-96, 7277-94**, de los muchos votos que se citan en esta resolución **998-98**).

ARTICULO 171 DE LA LEY DEL BANCO CENTRAL

La Sala Constitucional anuló, por inconstitucionales los párrafos primero, segundo, tercero, quinto y sexto del **artículo 171 de la Ley del Banco Central (voto 5947-98)**. Este voto no ha sido notificado al momento de escribir este ensayo.

Este **artículo 171**, era el marco legal de los bancos públicos para realizar la contratación administrativa.

Ahora, el marco legal citado es la ley de contratación administrativo, su reglamento y las bandas contractuales que publicó la Contraloría General de la República en La Gaceta del 1° de setiembre de 1998.

Párrafos anulados

Primero

En materia de contratación, cualquiera que sea la naturaleza, los bancos de derecho público, quedan autorizados para contratar:

- *En forma directa hasta por la suma de 40 millones de colones.*
- *Mediante licitación privada o licitación por registro, cuando el monto exceda esa suma y hasta 300 millones inclusive.*
- *Por licitación pública cuando la contratación exceda esa última suma.*

Segundo

La Superintendencia general de entidades financieras (Sugef) podrá elevar esos montos, cada año, de oficio o a instancia de cualquiera de los bancos estatales, mediante acuerdo que publicará La Gaceta.

Para ello, deberá sustentar la disposición en las variaciones de los índices de inflación del período, según los datos que al efecto, le suministre el Banco Central de Costa Rica.

Los procedimientos establecidos en la normativa de contratación, no serán de aplicación para estas entidades, pero sí lo serán sus principios.

Tercero

El acto administrativo de adjudicación en licitación pública tendrá recurso de apelación ante el Consejo de la Superintendencia general de entidades financieras y el acto recaído en la licitación restringida sólo tendrá recurso ante el banco que promueve el concurso.

Quinto

Los contratos que celebren los bancos estatales en materia de contratación administrativa deberán ser refrendados por el auditor interno de cada banco.

Sexto

Cada banco emitirá su propio reglamento, por medio de su Junta Directiva. Cada reglamento deberá ser aprobado por la Superintendencia general de entidades financieras (Sugef).

De conformidad con el conocimiento de los más de 50 votos de la Sala Constitucional en materia de contratación administrativa, podría dar un razonamiento de por qué esta Sala declaró inconstitucionales esos párrafos del numeral 171 de la Ley del Banco Central.

Respecto del párrafo primero:

Es el mismo que dio la Sala (**voto 998-98**) para declarar inconstitucionales los artículos 27 y 84 de la Ley de contratación administrativa: los topes financieros para realizar la licitación pública e impugnar sus actos de adjudicación, son tan altos que convierten a la licitación pública de la regla —al tenor del *artículo 182 de la Carta Magna*— en la excepción, ya que es una minoría de negocios del Estado, que se efectuarían mediante ese concurso público. En la práctica se eliminaría la licitación pública para favorecer la licitación privada (por registro o restringida) y la contratación directa, que carecen de impugnación ante la Contaduría General de la República, que es el órgano constitucional encargado de la fiscalización jurídico-contable de los fondos públicos (*artículos 183 y 184 de la Carta Magna*).

Respecto del párrafo segundo:

Nada tiene que hacer *la Sugef* en materia de contratación administrativa y la fiscalización de los fondos públicos, pues esta tarea constitucional se le asigna a la Contraloría General de la República (*numerales citados 183 y 184*).

Respecto del párrafo tercero:

Se violan con ello los principios constitucionales de la contratación administrativa insertos en el *artículo 182 de la Carta Fundamental* y los numerales indicados *183 y 184 de esta Carta*, pues marginan a la Contraloría General de la República en sus funciones de control y fiscalización de los fondos públicos (hacienda pública), siendo de relevancia indicar que las apelaciones de los actos de adjudicación de las licitaciones públicas corresponde presentarlas ante la Contraloría citada.

Respecto del párrafo quinto:

Igualmente se marginan las funciones constitucionales de la indicada Contraloría, la cual es a la que le corresponde otorgar o no el mencionado refrendo a los contratos administrativos.

D. TEMAS QUE SE PUEDEN INCORPORAR AL PROYECTO DE REFORMA A LA LEY DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA

- 1) Eliminación de toda clase de **timbres** en los trámites de presentar oferta y en la presentación de recursos o impugnaciones, ya sea al cartel o al acto de adjudicación.
- 2) En cuanto a la **nomenclatura** de los medios de selección de contratista pública, usar el lenguaje de:
 - a) Licitación pública
 - b) Licitación privada
 - c) Concurso de antecedentes (para personal profesional o técnico, en donde no exista una relación laboral jerárquica propia).
 - d) Contratación directa

- 3) Establecer las **bandas para contratar**; y, para **impugnar los actos de adjudicación**, con base en los porcentajes de los presupuestos de las instituciones que se dedican efectivamente a la contratación administrativa.
- 4) Se podrían fijar bloques de instituciones afines, como es el caso de los bancos estatales, para los efectos de establecer esas bandas, de modo complementario al criterio puramente presupuestario arriba citado (punto 3).
- 5) **La Contraloría podrá elevar esas bandas**, en sus montos, de acuerdo al porcentaje de la devaluación acumulada al 31 de diciembre de cada año.
- 6) En cuanto al **artículo primero de la ley** se debe establecer claramente si Refinadora Costarricense de Petróleo (Recope), el Banco Popular, el ICE, los bancos estatales, por ejemplo, están incluidos en la cobertura de esta ley, bajo la expresión:

Todas las instituciones públicas, estatales y no estatales deben ajustarse a esta ley.

Breve excursus sobre la huida del Derecho Público

Cabalmente, existe una presión fuerte de estas instituciones para salirse de la Ley de contratación administrativa, con el argumento de la modernización, la competencia del sector privado, la eficiencia, etc. Esta **privatización** de sectores regidos por el Derecho Público, es lo que se conoce hace varios años como la huida del derecho administrativo hacia el derecho privado, dejando a los fondos públicos sin controles efectivos y quitándole ese régimen de derecho público a esas instituciones cuyos fines son generales, sociales, públicos y de interés social o colectivo.

Esta **privatización** y des-publicitación (la palabra cliché que usan los neoliberales, es la de "desregulación") de entidades públicas se ha dado en correos, mediante la **Ley de correos** No. 7763 del 24 de abril de 1998, que ahora están administrados por una empresa privada sociedad anónima.

El Sindicato Nacional de Comunicaciones presentó una acción de inconstitucionalidad ante la Sala respectiva, la cual fue rechazada mediante el **voto 517-I-98**, aduciendo la Sala (Considerando VII) que la fiscalización de la Contraloría General de la República se ejercerá. Este aspecto la Sala lo trata respecto de una fiscalización general sobre esta empresa privada (correos SA), pero **ausente** en lo que se trata —cabalmente— de todo el régimen de contratación de esta sociedad

anónima, que ya no se hace mediante la ley de contratación administrativa (ya que son **fondos públicos** los que se invierten, por millones al año), sino mediante el Código Civil o el Comercial.

Por ese **voto** interlocutorio **517-98**, la **Sala Cuarta** admitió el análisis de la acción de inconstitucionalidad en lo referente a que la ley manda que un representante de la Cámara de Comercio tiene su asiento en la Junta Directiva de Correos S.A. (*Considerando X*), en detrimento del principio de igualdad consagrado en el artículo 33 de la Carta Magna, pues las otras cámaras patronales, sindicatos, cooperativas, etc., quedan excluidos de formar parte de esa Junta Directiva (artículo 7 de la **Ley de Correos de Costa Rica S.A., No. 7768-98**).

En ese mismo **voto 517-98**, la indicada Sala afirma que en lo referente al artículo 16 de esa **Ley No. 6678-98**, en cuanto a los controles de Correos de Costa Rica, S.A., ésta queda sometida a la supervisión que ejerce la Contraloría General de la República sobre la hacienda pública en general, permitiendo controles de aprobación y fiscalización de la ejecución y liquidación presupuestaria. Además el control anual, como mínimo; y, la posibilidad de vigilar todos los actos y gestión de la empresa Correos de Costa Rica, S.A., en cualquier momento, usando los cualquiera de los instrumentos de vigilancia con que cuenta esa Contraloría (*Considerando VII*).

Otro aspecto importante en este asunto, está representado por la **Resolución 77-99** (8 de marzo de 1999) de la **Contraloría General de la República**, por la cual se afirma:

A) La Contraloría tiene competencia para conocer el recurso presentado por Motocicletas del Futuro S.A., contra la adjudicación de motos hecha por la empresa pública de derecho privado **Correos de Costa Rica S.A.** [se aclara aquí que es empresa pública porque pertenece al Estado; y, en cuanto a su régimen jurídico, atañe al derecho privado] ya que el artículo 183 de la Carta Fundamental así lo faculta por ser un órgano constitucional fundamental del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa, en el control superior de la hacienda pública; y, rector del sistema de fiscalización al tenor de la Ley de la propia Contraloría, sistema que incluye la facultad de intervenir en los procedimientos de contratación administrativa, como así lo confirman los **votos de la Sala Constitucional 998-98, 2398-91, 4013-92, 2633-93, 5386-93, 1205-92, 3495-92**, entre otros.

La Contraloría anuló la adjudicación efectuada a favor de SAVA, mediante contratación directa 8-98, entre otros aspectos, por violar reiteradamente el cartel y atropellar los principios de igualdad de trato, legalidad, transparencia de los procedimientos y de seguridad jurídica.

Lo importante de esta **Resolución 77-79 del 8 de marzo de 1999**, es que la Contraloría General de la República, afirmó que tiene competencia para conocer de los recursos, denuncias o quejas se presenten (y, aún de oficio), contra actos de adjudicación en materia de contratación administrativa, aunque se trate de empresas públicas sujetas al derecho privado, ya que los fondos que manejan estas empresas son públicos, a pesar de que el artículo 16, a) de la Ley de Correos de Costa Rica S.A., indica que este ente no está sujeto a la Ley de la contratación administrativa.

Se pueden consultar también las Resoluciones de esa Contraloría **50-97 y 277-97**.

Para el 1° de abril de este año se informó que Correos de Costa Rica S.A. readjudicó solo 47 motos a la apelante exitosa (Motocicletas del Futuro) de las 150 que había adjudicado a SAVA, decidiendo realizar otra contratación posteriormente sobre motos de más cilindrada (*La Nación* de esa fecha).

Otro sector público privatizado fue la transformación de la empresa de servicios públicos de Heredia en una empresa privada, en una sociedad anónima, por medio de la Ley No. 7789, publicada en La Gaceta No. 100 del 26 de mayo de 1998, la cual derogó la Ley constitutiva de esa empresa pública, No. 5889 del 8 de mayo de 1976.

En esta lista que pretende ser larga para ir ocupando una zona cada vez mayor de las entidades de derecho público, está el ICE.

Así se lee en el proyecto de modificaciones parciales a la Ley de creación del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) ley que mandó el Poder Ejecutivo al Poder Legislativo, en setiembre de 1998, lo siguiente:

Se adicionan cuatro nuevos artículos:

Artículo 23

El ICE estará sujeto al siguiente régimen licitatorio de adjudicación de bienes y servicios, así como a la celebración de contratos de colaboración empresarial.

En materia de contratación, cualquiera que sea su naturaleza, el ICE queda autorizado para contratar en forma directa hasta por la suma de 50 millones de colones, por licitación privada cuando el monto exceda de esa suma y sea inferior o igual a 500 millones de colones; y, por licitación pública cuando la contratación exceda a esos 500 millones.

Violación manifiesta a lo establecido en el **voto** analizado **998-98** de la Sala Cuarta. Esta proyectada norma es abiertamente inconstitucional.

Párrafo tercero de ese numeral 23:

La adjudicación de las licitaciones tendrá recurso de revocatoria ante la Gerencia del Sector que emita las adjudicaciones en primera instancia, y recurso de apelación ante el Consejo Directivo del ICE.

El ICE podrá autorizar por medio de la contratación directa, aquellos contratos de colaboración empresarial.

Se tiene que recordar el voto 998-98, respecto de que las licitaciones públicas tienen apelación ante la Contraloría General de la República y de la *conditio sine qua non* de la autorización de contrataciones directas a cargo de esta Contraloría; nunca, a merced de la propia institución interesada (ICE).

Por ello, el **artículo 25 nuevo**, pretende eliminar —entre otras— de la aplicación al ICE, la Ley de Contratación administrativa.

En este clima y signo de los tiempos de la corrupción galopante y sin freno, medida ni sanción, ¿cuál es el afán de eliminar los débiles, pocos y deficientes controles sobre los fondos públicos? Pues sin duda, para facilitar la velocidad y eficiencia de la corrupción.

Por ello, la huida del derecho administrativo hacia la privatización del sector público y su entrega al derecho privado (civil y mercantil), cuando hay fondos y funcionarios públicos de por medio, rompe las reglas de la sociedad democrática y del Estado de Derecho. Se trata de un golpe de Estado pacífico y desde el seno mismo del aparato estatal para consolidar el Estado de bienestar de los que tiene el Poder, en perjuicio directo e inmediato de las clases sociales subalternas (ver, por todos, J.M. Sala Arquer **Huida al derecho privado y huida del derecho**, Madrid: Reda, No. 75, 1992; I. Borrajo Iniesta, **El intento de huir del derecho administrativo**, Madrid: Reda No. 78, 1993; J.C. Laguna de Paz, **La renuncia de la Administración pública al derecho administrativo**, Madrid: RAP, No. 136, 1955).

Así, la huida al derecho privado es la huida del derecho. No se pretende un nuevo modelo de sumisión de la Administración al Derecho, sino la libertad de movimientos, con la consiguiente disminución de garantías jurídicas (Ricardo de Vicente Domingo, **Los entes instrumentales en las leyes de procedimiento y de contratos de las administraciones públicas**, Madrid: Civitas, 1996, págs. 26 y 27).

Esa privatización del Estado, de los entes regidos por el derecho público, viola la garantía constitucional de la reserva de Derecho Administrativo. En otras palabras, el régimen jurídico público para regular las entidades públicas, (el Estado en su acepción total y amplia y los entes públicos menores) tiene su garantía en la Constitución Política y *tiene una reserva constitucional* (de Vicente, *cit.*, pág. 28), por consiguiente. No es ni puede ser por ley emanada del Poder Legislativo que se le quite el régimen de derecho público a los entes estatales (regulados por el derecho administrativo).

Lo anterior es inconstitucional y es precisamente lo que se está haciendo a nivel internacional, no solo en nuestro país. Los ejemplos de la empresa de servicios públicos de Heredia, el servicio público de correos, las sociedades anónimas establecidas de los bancos estatales, los proyectos de ley del ICE para privatizarlo, fundaciones manejando fondos públicos, etc., son una cadena prolongada de privatizar al Estado —en su acepción amplia— costarricense a favor del levantamiento de los escuálidos controles de los fondos públicos y la mano libre a la corrupción que ya ha hecho estragos (casos del Banco Anglo, Aviación Civil, fondos públicos destinados a programas para los pobres, etc.).

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, lo dicen de esta manera:

Ultimamente el legislador ha comenzado a privatizar (por ejemplo Correos y telégrafos). Bajo el pretexto de "flexibilizar" la acción administrativa, se está articulando una acción deliberada de "buida del derecho público".

Silvia Del Saz, llama a esto la violación del Derecho Constitucional, porque existe en la Constitución Política una reserva de Administración o del derecho administrativo, que no permite que entes públicos sean casados de la esfera de este derecho, para ser incorporados a un régimen de derecho privado, evadiendo los controles públicos (legalidad de la Administración, contratación administrativa, interdicción de la arbitrariedad, régimen de presupuestos públicos, control a cargo del Tribunal de Cuentas, fiscalización en sede de los tribunales Contencioso Administrativos, etc.). ¿Cómo se van a privatizar (quitarle los controles ex- ante y ex -post) los fondos que son públicos, de la comunidad y darles un tratamiento como si pertenecieran a particulares? (Curso de derecho administrativo, T. I, Madrid: Cívitas, 1994, págs. 388 a 391).

Ramón Parada lo afirma de este modo:

El desplazamiento del derecho administrativo por el derecho privado. Se opta por el derecho privado y se buye de su propio derecho, el administrativo, considerado poco dúctil y eficaz, por sus excesivas suspicacias y controles, para las cada vez más numerosas actividades públicas.

Esta huida del derecho administrativo es dudosamente constitucional; y, sí de seguro un terreno más abonado a la corrupción.

Cuando la Administración escape al derecho administrativo, distrazándose de sociedad anónima o de ente público sujeto al derecho privado, no deja de ser Administración Pública y por tanto sujeta los principios constitucionales que la rigen.

En el fondo, la huida al derecho privado de la Administración Pública es la huida de todo derecho y de toda jurisdicción, en suma, de todo control (Derecho Administrativo, T. I, Madrid: Marcial Pons, 1992, págs. 28 a 31).

(Se retorna a la numeración de temas que se pueden incorporar al proyecto de ley respectivo, cuyo punto 6, está en página anterior 103).

- o -

- 7) Permitir que el Estado puede contratar bajo la modalidad de **leasing** (arrendamiento).
- 8) Establecer **plazos para recibir ofertas**, de acuerdo a la naturaleza del contrato, de la manera mas razonable y adecuada.
- 9) Que se defina claramente lo que se entiende por **entrega inmediata**, ya que la experiencia enseña que ha existido abuso en este concepto, pues se permiten entregas de hasta 15 días después del día de la adjudicación.
- 10) En lo que atañe a los **recursos de impugnación del cartel y de los actos de adjudicación**, las pautas deben ser razonables, proporcionadoras de seguridad jurídica y que tutelen los principios constitucionales de la contratación administrativa.
- 11) Establecer pautas flexibles y seguras en cuanto a la relación de la **ejecución del presupuesto con los trámites de la contratación administrativa**.

*Por ejemplo, en lo que toca a la **solicitud de mercancía**, esta pasa por estos escritorios o pasos: jefe de programa, departamento financiero, departamento de presupuesto nacional, contabilidad nacional, Contraloría, Proveduría, Tesorería nacionales.*

12) Representante de casas extranjeras

Cuando el oferente concurra a través de apoderado o representante de casas extranjeras, así se debe hacer constar, de manera que quede claramente establecida la identidad de la casa o persona que propone y la del agente por medio de quien se hace (art. 97 del derogado reglamento de la contratación administrativa).

En el caso de intervención a nombre y por cuenta propia de distribuidores exclusivos, será necesaria la presentación a precios de catálogo o proformas recibidas del fabricante o exportador, según corresponda. Cuando se trata de intervención de representante de casas extranjeras, éste se concretará a cotizar la oferta proveniente del principal. Todo sin perjuicio de la presentación de ofertas conjuntas (artículo 98 del derogado reglamento de la contratación administrativa).

13) Oferente extranjero

El oferente extranjero se entiende sometido a las leyes y tribunales de Costa Rica, en todo lo concerniente a los trámites y ejecución del contrato, por el solo hecho de presentar su oferta a la Administración y sin necesidad de manifestación expresa de su parte. Quedan a salvo exigencias en contrario del Código de Comercio y de cualquier otra norma de similar naturaleza (artículo 99 del derogado reglamento de la contratación administrativa).

14) Indicar la posibilidad del Estado de efectuar contratos típicos y atípicos

La Administración Pública podrá celebrar los contratos o convenios que tenga a bien por necesarios, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de la buena y sana administración; y, deberá cumplirlos al tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas —en su caso— a favor de la Administración

15) Principios que rigen la contratación administrativa

Los principios que rigen la contratación administrativa son, entre otros: buena fe, equidad, seguridad, eficiencia, competencia, igualdad de trato, transparencia, publicidad, impugnabilidad, razonabilidad, proporcionalidad, justicia, legalidad, formalismo de los procedimientos, equilibrio de intereses, reajuste de precios, equivalente financiero, mutabilidad del contrato, control de los procedimientos, existencia del financiamiento previo, responsabilidad e interés público. (Sala Constitucional, votos 998-98, 5947-98 y 6432-98).

- 16) Establecer clara y expresamente en qué casos procede la **contratación directa**.
- 17) Definir lo que es la **actividad ordinaria** de la Administración Pública, para los efectos de que sea equiparable a un caso de **contratación directa**, congruente con el voto **6754-98**, citado.
- 18) Dejar expresa indicación de que la **licitación pública** es el procedimiento idóneo, ordinario y la regla para el trámite de la contratación administrativa (votos de la Sala Constitucional ya citados).
- 19) El **cartel** de la licitación pública será impugnabile ante la Contraloría General de la República.
- 20) **Concurso de antecedentes**

Este aspecto se debe regular como concurso de antecedentes de profesionales y técnicos.

Tanto el cartel como el acto de adjudicación, sin importar el monto de la contratación, deben ser impugnados ante la Contraloría General de la República.

Además, el cartel debe publicar los rubros, renglones o items que se consideran para seleccionar al profesional, indicando –claramente– la ponderación porcentual de cada rubro, de tal modo que el oferente con más puntaje debe ser el adjudicado por la institución, siendo el precio de la oferta secundario, ya que prevalece la oferta técnica.

Esto es importante, ya que se ha hecho costumbre en la Administración Pública (en los pocos casos en que publican estos “concursos”) adjudicar a la baja, es decir, a la oferta más barata, con lo cual lesionan la dignidad del profesional, pues lo obligan a venderse barato para optar el contrato, haciendo a un lado la conveniencia y bondades de la oferta técnica.

21) **Adjudicación a la baja**

El *numeral 51* de la actual ley afirma:

La Administración podrá incorporar, entre los procedimientos, las modalidades de precalificación, la adjudicación por subasta a la baja y licitación con financiamiento.

El *artículo 54* de la Ley indica que cuando se requiera adquirir productos genéricos, la Administración podrá emplear la adjudicación por subasta a la baja.

Y, el *artículo 64* del reglamento a esta ley de contratación administrativa manda:

1. El procedimiento por subasta a la baja podrá ser usado por la Administración para adquirir productos genéricos.
2. Por producto genérico se entenderá todo aquel que se produzca con sujeción a patrones generales de fabricación.
3. Los oferentes no incluirán una cotización de precios.
4. Las cotizaciones se formularán verbalmente en presencia de todos los participantes debidamente acreditados, quienes podrán aclararlas, ampliarlas y mejorarlas en el mismo acto de la comparacencia.
5. La respectiva contratación se adjudicará al postor que otrezca el precio más ventajoso.

De los muchos problemas que presenta esta norma, se pueden indicar:

- Los oferentes que lleguen al acto de apertura de las ofertas, deben ser apoderados de su respectiva empresa, para poder obligarse frente a la Administración.
- ¿Cuántas “rondas” de bajonazos de precios (en la subasta), en el acto mismo de la apertura de ofertas técnicas, se deben hacer y por cuánto tiempo hasta llegar a la oferta de más bajo precio (la más barata)?

Lo recomendable es eliminar esa figura de la adjudicación por subasta a la baja del precio, ya que de todos modos en la licitación se presentan ofertas con sus correspondientes precios, pudiendo la Administración adjudicar aquella de más bajo precio (bajo el supuesto de que cumpla con el cartel) siendo esta situación –por sí misma– la que le da legitimidad a la selección de la propuesta o plica.

Esperaremos atentos a ver qué sucede en la Asamblea Legislativa con el proyecto de reforma parcial a la Ley de contratación administrativa.

BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

- Abreu, Adilson. **Aspectos jurídicos da licitação** (Sao Paulo. Ed. Saraiva, 1992).
- Alvarado, Myrna. **Los contratos de emergencia** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público, 1998).
- Arrieta, Adonay. **Reajustes de precio** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público. 1998).
- Audy, Jean Marie; Ducos, Robert. **Droit Administratif** (Paris: Dalloz, 1986).
- Bancomext. **Cómo participar en una licitación pública en América Latina** (México: Bancomext, 1997).
- Barbe, José et al. **Contratación administrativa** (Montevideo: FCU, 1989).
- Barletta, José. **Derechos y obligaciones de la Administración en la contratación administrativa** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Barquero, Arlette. **El cartel de licitación** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público, 1998).
- Bendeck, Jorge et al. **Comentarios al nuevo régimen de contratación Administrativa** (Medellín: Eds. Dike, 1994).
- Berrocal, Carlos. **Concurso de antecedentes** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Betancurt, Jaime. **Nuevo estatuto general de la Contratación Administrativa** (Medellín: Dike, 1997).
- Betancur, Jaime. **Los contratos estatales** (Bogotá: Ed. G. Ibáñez, 1996).
- Nieves, Julio. **La gestión interesada en el Derecho Administrativo Español** (Madrid: revista RAP, No. 26, 1958).
- Blanc, Joan et al. **Introducción a la ley de contratos de las administraciones públicas** (Madrid: Marcial Pons, 1995).
- Blanco, Héctor. **Prerrogativas del Estado en la ejecución del contrato administrativo** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público, 1998).
- Borrajo, Ignacio. **El intento de huir del Derecho Administrativo** (Madrid: revista REDA, No. 78, 1993).

Borrego, Julio. **La gestión interesada en el Derecho Administrativo Español** (Madrid: Revista de Administración Pública Nº 26, 1958).

Buslema, A.; y, S. **I contratti della pubblica amministrazione** (Padova: Cedam, 1987).

Chapus, René. **Droit Administratif** (Paris: Montchrestien, 1988).

Chavarría, Norma. **La revisión de precios** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

Cianflone, Antonio. **L'Appalto di opere pubbliche** (Milano. Giuffré, 1988).

Coase, Ronald H. **The firm, The Marquet and The Law** (Chicago: The University of Chicago Press, 1988).

Essays on Economics and Economists (Chicago: The University of Chicago Press, 1994).

Cobrero, Eduardo. **La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia** (Madrid: Civitas, 1998).

Correa-Freitas, Rubén. **La reforma del régimen de compras del Estado** (Montevideo: Eds. Amalio Fernández, 1991).

Cortiñas-Peláez, León (coordinador). **Introducción al derecho administrativo** (México: Porrúa, 1994).

Fundamentos del Derecho Económico (México: Ed. Porrúa. 1998).

Coscolluela, Luis. **Manual de derecho administrativo** (Madrid: Civitas, 1966).

De Carrera, Francisca. **El Estado de derecho como sistema** (Madrid: Instituto de Estudios Constitucionales, 1996).

Del Saz, Silvia. **La huida del derecho administrativo** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 133, 1994).

De Vicente, Ricardo. **Los entes intermedios en las leyes de procedimiento y de contratos de las administraciones públicas** (Madrid: Civitas, 1996).

Dromi, José R. **Derecho administrativo** (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997).

La licitación pública (Buenos Aires: Astrea, 1985).

Escola, Héctor. **Tratado de los contratos administrativos** (Buenos Aires: Depalma, 1977).

Esquivel, Pablo. **Inconstitucionalidad por montos excesivos en la Ley de contratación administrativa** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

Fernández, Hubert. **Proyecto de reforma a la Ley del ICE** (San José: Universidad de Costa Rica. Revista de Ciencias Jurídicas Nº 88. 1999).

La contratación administrativa en la jurisprudencia constitucional costarricense (San José: IJSA, 1998).

Fernández, Tomás Ramón. **De la arbitrariedad de la Administración** (Madrid: Civitas, 1997).

Flores, Allan. **La licitación pública como parámetro en la Ley de contratación administrativa** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

Franco, Omar. **La contratación administrativa** (Bogotá: Eds. Abogados librería, 1994).

Fuertes, Mercedes. **El contratista y el subcontratista ante las administraciones públicas** (Madrid: Marcial Pons, 1997).

Gamboa, María Luisa. **Objeción al cartel** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

García de Enterría; Eduardo Tomás Ramón Fernández. **Curso de derecho administrativo** (Madrid: Civitas, 1994).

García-Trevijano, Ernesto. **El régimen de las garantías en la contratación administrativa** (Madrid: Civitas, 1997).

Giannini, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo** (Milano: Giuffré, 1988).

Gimeno, José. **El control de la contratación pública** (Madrid: Civitas, 1995).

Gómez-Ferrer, Rafael et al. **Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas** (Madrid: Civitas, 1996).

González M, Gerardo. **El cartel** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

González R, Danilo. **Los contratos de la Administración con las ONG's** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

Guerrero, Omar. **Privatización de la administración pública** (Bruxelles: Revista internacional de ciencias administrativas, vol. 57, No. 1, 1990).

Hernández, Magaly. **El proyecto de ley de administración financiera y presupuestos públicos** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público, 1998).

Herrera M, Bethmann. **La garantía de participación** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

Herrera M, Roy. **La actividad ordinaria de la Administración** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

Herrera V, Mario. **Procedimientos de urgencia en la Ley de contratación administrativa** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

Laguna de Paz, J.C. **La renuncia de la Administración Pública al Derecho administrativo** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 136, 1995).

Laubadere, André de et al. **Traité des contracts administratifs** (París: LGDJ, 1983).

López-Elías, Pedro. **Aspectos jurídicos de la licitación pública en México** (México: UNAM, tesis de doctorado en Derecho, 1998).

El contrato administrativo de compraventa internacional de alimentos (México: UNAM, tesis de licenciatura en Derecho, 1985).

Lucero, Manuel. **La licitación pública** (México: Porrúa, 1993).

Luhmann, Niklas. **Poder** (Barcelona Anthropos, 1995).

Justen Filho, Marcial **Comentarios a lei de licitacoes e contratos** (Rio de Janeiro. Ed. Aide, 1994).

Marienhoff, Miguel. **Tratado de derecho administrativo** (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, T. III, 1983).

Martín-Retortillo, Sebastián. **Reflexiones sobre las privatizaciones** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 144, 1997).

Reflexiones sobre la "huida" del derecho administrativo (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 140, 1996).

Martínez, José. **¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas?** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 144, 1997).

- Mc Rae, Ana P. **Marco jurídico e institucional de la Ley general de concesión de obra pública con servicios públicos** (San José: Universidad de Costa Rica, Maestría de Derecho Público, 1998).
- Medauar, Odete. **Direito administrativo moderno** (Sao Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998).
- Melgarejo, Pedro. **Compendio de contratos públicos** (Madrid: Imprenta Antonio Mayoral, 1764).
- Monedero, José. **Doctrina del contrato de Estado** (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1977).
- Ministerio de Comunicaciones. **Thesaurus de contratos del Estado** (Bogotá: Telecom, 1990).
- Murillo, Mauro. **La contratación administrativa en el voto 998-98 de la Sala Constitucional** (San José: revista Iustitia, Nos. 141-142, 1998).
- Navarro, Patricia. **La licitación pública en la jurisprudencia de la Sala Constitucional** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público, 1998).
- Nieto, Alejandro. **Corrupción en la España democrática** (Barcelona: Ariel, 1997).
- Ortega, Luis. **El reto dogmático del principio de eficacia** (Madrid: Revista de Administración pública, No. 133, 1994).
- Ortiz, Eduardo. **Tesis de derecho administrativo** (San José: Ed. Stradtmann, 1998).
- Palacio, Juan. **La contratación de las entidades estatales** (Medellín: Ed. Sánchez R., 1997).
- Palma G, Zeidy. **La nulidad del acto de adjudicación** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Palma S., Ana. **El registro de proveedores** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Paniagua, Luis. **Potestad de recesión y resolución en la Ley de Contratación administrativa** (San José: Universidad de Costa Rica, tesis de licenciatura en Derecho, 1998).
- Parada, Ramón. **Derecho administrativo** (Madrid: Marcial Pons, 1990).

Parejo, Luciano et al. **Manual de derecho administrativo** (Barcelona: Ariel, 1998).

y Juan Santamaría. **Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo** (Madrid: ed. Ramón Areces, 1989).

Parra, William. **Las contrataciones estatales** (Bogotá: Ed. G. Ibáñez, 1996).

Pérez, Teresa. **Los contratos típicos administrativos** (San José: Universidad de Costa Rica, Maestría de Derecho Público, 1998).

Pinar, José L. **Privatización de las empresas públicas** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 133, 1994).

Porras, Rolando. **El proyecto turístico de Papagayo** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

Pouyand, Dominique. **La nullité des contrats administratifs** (Paris: LGD), 1991).

Ribeiro, Roberto. **Contratos administrativos** (Sao Paulo: Malheiros, 1996).

Rodríguez, Gustavo. **Nuevos contratos estatales** (Bogotá. Ed. Willaes, 1994).

Rodríguez, Katty. **El contrato de concesión de gestión de servicios públicos** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

Romero-Pérez, Jorge Enrique. **La licitación pública en Costa Rica** (San José: Universidad de Costa Rica, 1975).

Los contratos del Estado (San José: Universidad Estatal a Distancia, 1993).

Documentos de trabajo para una reforma parcial a la Ley de contratación administrativa (San José: comisión coordinada por el diputado Lic. Ovidio Pacheco, 1998).

Acción de inconstitucionalidad contra la Ley de contratación administrativa y su reglamento (San José: Sala Constitucional, voto 998-98).

El proyecto de Ley de contratación administrativa (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 78, 1994).

La Ley de contratación administrativa, su reglamento y la Sala Constitucional (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 83, 1997).

Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 171 de la Ley del Banco Central (San José: Sala Constitucional. Voto 5947-98).

- Sáenz, Randall. **Reconocimiento de intereses** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Salas, Eugenie. **La garantía de participación** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público, 1998).
- Sánchez, Ileana. **Competencia de la Contraloría General de la República en la Contratación administrativa** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público, 1998).
- Sánchez, Juan. **La oferta** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Sánchez, Miguel. **Discrecionalidad administrativa y control judicial** (Madrid: Tecnos, 1995).
- Sandoval, Marleny. **Nuevo régimen de contratación estatal** (Bogotá: Eds. Doctrina y ley, 1994).
- Santamaría Pastor, Juan. **Fundamentos del Derecho administrativo** (Madrid: Ed. Ramón Areces, 1991).
- Sayagues Laso, Enrique. **La licitación pública**. (Montevideo: Acali, 1978).
- Solano, Javio. **Contratación administrativa** (Bogotá Ed. Librería del profesional, 1997).
- Solas, José. **Contratos administrativos y contratos privados de la administración** (Madrid: Tecnos, 1990).
- Sosa, Francisco. **El contrato público de suministro** (Madrid: Civitas, 1996).
- Soto, Minor. **El inicio del procedimiento de la contratación administrativa** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Villalta, Francisca. **Garantías para contratar con la administración pública** (Granada: Cemci, 1996).
- Vinyoles, Miguel. **La adjudicación de los contratos públicos** (Madrid: Civitas, 1995).
- Zanobini, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo** (Milano: Giuffée, 1958).

LA NULIDAD DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES POR DESVIACION DE COMPETENCIAS (I)^(*)

Lic. César Hines Céspedes
Abogado costarricense



(*) La segunda parte y final se publicará en la revista siguiente N° 89.

SUMARIO:

Introito

1. La justicia constitucional
2. Razón de ser de la justicia constitucional
3. El Tribunal Constitucional
 - a) Breves aspectos históricos
 - b) La conceptualización actual de la justicia constitucional desde el punto de vista orgánico
4. La justicia constitucional en el derecho comparado
 - a) Alemania
 - b) Austria
 - c) Francia
 - d) Italia
 - e) Suiza
5. Las competencias de la justicia constitucional
 - a) Recurso de hábeas corpus
 - b) Recurso de amparo
 - c) Amparo contra resoluciones judiciales
6. La contradicción del inciso b) del artículo 30 con los artículos 3 y 29 de la LJC

INTROITO

La teoría jurídica moderna está en una encrucijada, pues este siglo de filosofía social occidental, en donde el determinismo de los textos legales, la inteligibilidad de las intenciones o los fines de los legisladores y el logro de un consenso nacional acerca de los valores políticos fundamentales, aparecen como ingenuas fantasías. Jueces con metas y valores políticos diferentes, probablemente utilicen las mismas normas legales y técnicas de razonamiento para justificar, en un caso, diferentes conclusiones de las cuales ninguna es necesariamente errónea.

Las normas son, por supuesto, abstracciones, y la fe en su poder y en su inteligibilidad depende de los rituales, acciones y representaciones públicas que recrean el vínculo entre abstracciones y conductas. La Constitución, desde esa perspectiva, nos ordena comprometernos en ciertas acciones políticas que justifican esa convicción, más específicamente, ordena a los tribunales que lleve a cabo acciones que vinculen normas y acción.

Los Tribunales Constitucionales en los ordenamientos jurídicos occidentales, se han constituido en una suerte de órgano jurisdiccional todopoderoso, e independiente del Poder Judicial o de los otros tres poderes históricamente reconocidos dentro de un Estado Democrático de Derecho. Salvo en algunos casos que como en el nuestro, se le creó como una Sala más de las que ocupan la cúpula de nuestro Poder Judicial, pero con poderes extraordinarios con respecto a las otras tres, que prácticamente hace de sus resoluciones, las de mayor jerarquía jurisdiccional.

Las razones para considerarlos así son muchas y no vamos a esgrimir las ni a tratarlas todas, pero permítasenos entonar la razón preponderante en cualquiera de todas las que pudieran darse, y es que son ellos los únicos constitucional y legalmente llamados a interpretar la Constitución, con la idea fundamental y de principio de mantener una interpretación armónica, que se ajuste a los requerimientos históricos, políticos, sociales, jurídicos y culturales de un pueblo, de tal forma que aquella —la Constitución— cumpla con la función para la que existe: instituirse en un atalaya desde el cual se divisen y sanen las heridas del ordenamiento jurídico, que por supuesto, deberá ajustarse e integrarse según los postulados que por su contenido expreso e implícito ella imponga.

Esa función de rancio abolengo judicial, transfiere un sentimiento de poder al órgano que en muchas ocasiones lo lleva a perder la perspectiva real de las competencias que tiene a su cargo, para desviarse de sus exclusivas potestades, incursionando en áreas ordinamentalmente

vedadas que llevan a una peligrosa interpretación extensiva de los poderes reales de los que fueron dotados para el ejercicio de esas competencias. Si bien es cierto que el sistema judicial costarricense, como la mayoría de los existentes, ha pretendido fundarse en una apoliticidad de los administradores de justicia, suponer que estos sean ajenos a las corrientes políticas que mueven la sociedad, es una simple ficción creada con propósitos de dotar sus tareas de mayor respetabilidad y aceptación. Para hacer verdaderamente real ese objetivo, habría que pensar en ellos no como seres humanos concretos, inmersos en las actividades sociales, sino como una raza aparte, totalmente ajena a la interrelación humana.⁽¹⁾

La interpretación del derecho varía según sus ramas, y así en el Derecho Privado, en el que las definiciones jurídicas fueron fijadas desde largo tiempo y en el que se tiene una mayor costumbre del razonamiento escolástico, se halla menos desarrollada. En el Derecho Constitucional, por el contrario, se encuentra desarrollada hasta el máximo, porque en esta rama del derecho, el análisis propiamente jurídico queda en la superficie de los textos, y el contenido político es fundamental. Hoy en día es imposible, en la práctica, estudiar seriamente el derecho constitucional aislándolo de la ciencia política.⁽²⁾ Eso nos obliga a plantearnos las labores de un Tribunal Constitucional desde la doble óptica del jurista y el sociólogo, donde para el primero los textos e instituciones expresan las reglas del derecho positivo, cuya significación y alcance se trata de determinar mediante un análisis riguroso fundado sobre bases precisas, así se puede decir el derecho, o sea fijar las obligaciones y los derechos de cada miembro de la sociedad. Por su parte el sociólogo estudia las reglas de derecho en cuanto expresan un determinado estado social; pues, en efecto, toda sociedad queda reflejada en su sistema jurídico.

La idea de la excelencia en la interpretación constitucional, no se ajusta a lo que cada uno quisiéramos que fuese, sino que es un nexo espiritual que se relaciona en forma espontánea entre quienes la reconocen, al igual que un público estalla espontáneamente en una cerrada ovación al final de una obra. En ambos casos se produjo en la gente, individual y colectivamente, la común apreciación de que se logró la excelencia.

(1) Gutiérrez, Carlos José. *El funcionamiento del sistema jurídico*. (San José: Editorial Juricentro, 1979, página 196.

(2) Duverger, Maurice. *Métodos de las Ciencias Sociales*. Barcelona: Editorial Ariel, novena edición 1976, página 75.

El arte de la política tiene que ver con la reconciliación de un amplio espectro de reclamos válidos, y hace aparecer momentáneamente lo incompleto como completo, que es lo mismo que hace la interpretación, pero la moderna teoría constitucional se ha basado en reglas y procedimientos hasta excluir virtualmente el arte de la política, de modo que ya no se imponen las interpretaciones según el público que las escuche, sino que están en función de esas reglas.

Ante la presencia de situaciones en la jurisdicción constitucional, de mera equivocidad en la interpretación y/o ejercicio de sus facultades, cabría preguntarse, ¿Qué valor podría tener una sentencia de un Tribunal Constitucional que no se encuentre expresada dentro de los parámetros constitucionales en cuanto a los límites de la competencia atribuida, y consecuentemente su contenido se extralimite en relación con los obstáculos competenciales establecidos en la Constitución y en su propia Ley Orgánica? Ensayaremos algo al respecto, aclarando que utilizaremos indistintamente el término Tribunal Constitucional con cualquier otro asimilable, para referirnos a los órganos llamados a interpretar la Carta, dado que el presente artículo no se está refiriendo a ninguno en particular, aunque se esgriman como parte de la argumentación, ejemplos de resoluciones emitidas por nuestra Sala Constitucional, utilizados solamente para reforzar nuestros argumentos y como base central del análisis.

La crítica —si cabe aquí utilizar el término por la naturaleza del ensayo— siempre con el máximo respeto, se dirige sin embargo, a la falta de sentido ordinamental y de conjunto que en general presenta nuestra jurisprudencia; caminos abiertos y que en ocasiones —usando la expresión de García de Enterría⁽³⁾—, han supuesto incluso auténticos hitos en la historia de nuestra justicia constitucional, no han cuajado en una auténtica y verdadera actitud seguida sin desfallecimiento, quedándose con frecuencia solo en simples fallos ocasionales y aislados.

Sólo quiero pensar qué no pueden hacer los jueces para afianzar un Estado de Derecho, para hacer realidad un ordenamiento cuya integración, cuya existencia misma, comprende ni más ni menos que la propia normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones.

1. La Justicia Constitucional

Se define la Justicia Constitucional, como el conjunto de formas de la Administración de Justicia que tienen por objeto actuar el Derecho de

(3) García de Enterría, Eduardo. *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*. (Madrid: Revista de Administración Pública número 30, página 132).

la Constitución. Para que haya pues, Justicia Constitucional, basta con que el objeto o el resultado de la actividad jurisdiccional sea la interpretación y aplicación del Derecho de la Constitución, independientemente de si se lleva a cabo por órganos especializados o por los mismos de la Jurisdicción Común, e indiferentemente de si ese resultado se alcanza en procesos y conforme a procedimientos específicamente constitucionales, o a través del ejercicio de acciones previamente instituidas y mediante los procedimientos del orden común.⁽⁴⁾

Es entonces, la Justicia Constitucional, cualquier medio procesal por el cual se busque la armonización de las conductas con los preceptos de una Constitución; entendido el término conducta, como todo acto que pueda ser fiscalizado dentro de un contexto normativo de su contenido por la trascendencia externa que tenga para la sociedad en general o para algún sujeto en particular. No toma en consideración la Justicia Constitucional, a los órganos encargados de cumplirla, lo que es materia de la Jurisdicción Constitucional, que como veremos, no descalifica en forma absoluta, a los demás órganos jurisdiccionales para que, al igual que aquélla, puedan hacer justicia a través de la actuación de la Constitución, siempre y cuando el Ordenamiento se los permita, ya sea por una expresa atribución, o bien porque esa autorización se encuentra implícita en algún texto legal. Efectivamente, de la lectura del inciso 1) del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se infiere que todos los órganos jurisdiccionales, tienen la obligación de hacer justicia constitucional pues la norma los autoriza a desaplicar leyes u otras normas o actos de cualquier naturaleza que sean contrarios a la Constitución. No existe ninguna duda pues, que cuando para un caso concreto desconocen una norma para su aplicación al caso, por considerarla contraria a la Carta, están realizando justicia constitucional.⁽⁵⁾ Claro está, que esa desaplicación normativa que puede hacer el

(4) Piza E., Rodolfo. *Justicia Constitucional y Derecho de la Constitución*, en Seminario de sobre Justicia Constitucional. (San José: Editorial Juricentro, 1993, páginas 17-19).

(5) Dice el artículo 8: "Los funcionarios que administran justicia no podrán: 1) Aplicar leyes u otras normas o actos de cualquier naturaleza que sean contrarios a la Constitución Política. Si tuvieren duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, deberán hacer la consulta correspondiente a la jurisdicción constitucional". Significa meridianamente claro, que no existir duda en el juzgador sobre la inconstitucionalidad, simplemente desaplica la norma o acto, sin necesidad de la consulta.

Juzgador común en la resolución de los conflictos sometidos a su consideración, no tiene los mismos efectos de la declaratoria de una inconstitucionalidad, pues la desaplicación en referencia solamente tendrá efectos entre las partes, y la norma o acto seguirá desplegando todos sus efectos fuera de esa específica situación.

2. Razón de ser de la Justicia Constitucional

Se debe contemplar la Justicia Constitucional, reparando en el vínculo que tiene el concepto de Jurisdicción desde el ámbito del Derecho Privado, al campo del Derecho Público, pues en ese tránsito se ha de ver uno de los progresos más importantes de la construcción del Estado moderno en el curso del siglo XIX.⁽⁶⁾ Se entiende partiendo de la hipótesis anterior, que han sido cuatro los institutos de singular relieve que son la consecuencia del tránsito del concepto de Jurisdicción al Derecho Público.

- a) *El recurso de casación, como medio idóneo de control de la legalidad de las sentencias de los Tribunales, dando fin al libre arbitrio de los órganos jurisdiccionales de l'ancien régime.*
- b) *El recurso contencioso-administrativo, como forma de garantizar la sumisión de la Administración a la Ley y de combatir sus decisiones antijurídicas.*
- c) *La inserción del derecho de acceso a los Tribunales, del derecho a la tutela jurisdiccional, la acción, en suma, en los Ordenamientos constitucionales, trascendiendo de lo meramente privado para trocarse en público.*
- d) *De modo especialísimo, la Justicia constitucional, la organización de los Tribunales constitucionales: control de la constitucionalidad de las leyes, garantía de superioridad y hegemonía de la Constitución, con la inaplicación o derogación —según los casos y*

(6) Jellinek, G. *Teoría General del Estado*, (traducción de F. de los Ríos Urruti), segunda impresión en Castellano, Buenos Aires, 1943, página 187.

sistemas de control constitucional— de las leyes elaboradas por el Parlamento en disidencia con la Constitución, en oposición a los prevalecientes principios de ésta.⁽⁷⁾

Como señala Legaz,⁽⁸⁾ a veces la política ha perturbado el libre juego de la ciencia jurídica. La Administración o Gobierno y los Tribunales de Justicia, considerados como residuos del Antiguo Régimen —el anterior a 1789— ha sido objeto de desconfianza, sin embargo, el Poder Legislativo ha sido baneficiario de una confianza ilimitada, pero la lógica y la justicia aconsejan de consuno pensar en el posible mal uso de las funciones legislativas, en la contradicción entre el espíritu y la letra de la Constitución, de una parte, y la promulgación de una ley inconstitucional de otra. Por ello, la Justicia Constitucional significa un proceso creciente de racionalización del Poder. Y, en opinión de Sánchez Agesta, si la Constitución es el Derecho fundamental en la organización de la Comunidad Política, el Derecho que contiene valores y ordena poderes, es preciso tutelar esta superlegalidad mediante la defensa de los principios de la Constitución frente a las posibles desviaciones de la Ley o del Derecho ordinario a través de un procedimiento de declaración de inconstitucionalidad de las leyes que la contradigan.⁽⁹⁾

3. El Tribunal Constitucional

Hoy en día son ya bastantes los sistemas políticos que están dotados de instituciones de Justicia Constitucional. Sin embargo, no todos ellos responden a los mismos esquemas y planteamientos teóricos; ni siquiera en todos existen estructuras propias de la justicia constitucional, ya que pueden responder a principios no jurisdiccionales. Resulta difícil generalizar los distintos modelos, que dentro de cada uno de ellos se pueden apreciar características propias que les hacen apartarse de los grandes sistemas generales establecidos.

(7) Nicolás González-Deleito y Domingo. *Tribunales Constitucionales, Organización y Funcionamiento*, Editorial Tecnos, Madrid, 1980, página 14.

(8) Legaz Lacambra, Luis. *Filosofía del Derecho*. Segunda edición, Barcelona, 1961, 98.

(9) Sánchez Agesta, G. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid, 1963, pág.

a) Breves aspectos históricos

Normalmente, las primeras manifestaciones de la justicia constitucional suelen situarse en la célebre sentencia que pronunciara el juez Marshall en 1803, aunque ya existían importantes decisiones en la década que media entre la aprobación de las constituciones de los Estados y la Constitución Federal. En 1786 en el caso "Bayard vs Singleton" se declaró la inconstitucionalidad de una ley de Carolina del Norte que suprimía el juicio por jurados; en 1783 el juez William Cushing de Massachusetts, declaró que la esclavitud era incompatible con la Constitución. Sin embargo, hay que afirmar que la construcción efectuada por Marshall, tiene sus precedentes en Inglaterra, pudiendo considerarse el "Agreement of the People" y el "Instrument of Government" como verdaderos antecedentes del control de constitucionalidad de las leyes, aunque pronto se restauraría el principio de la soberanía parlamentaria. Lo que sí es cierto es que a partir de este momento se produce una construcción racional del control constitucional de las leyes, que dará origen al llamado sistema del "Judicial Review" y que influirá decisivamente en la configuración de los demás sistemas.⁽¹⁰⁾

La jurisdicción constitucional es la organización que se establece para la administración de la justicia constitucional, la cual puede tener varias formas de darse; a través de órganos especializados y dedicados exclusivamente a esa tarea o, a través de la jurisdicción común, en la que no se rige por principios procesales ni procedimientos diferenciados, específicamente constitucionales que marquen una pauta común al proceso constitucional como juicio de constitucionalidad, sino por reglas comunes, en la que la fiscalización constitucional no tenía sentido, valor ni consecuencias diversas a los de la simple ilegalidad.⁽¹¹⁾ Aunque ciertamente, en apariencia la Constitución norteamericana no parecía permitir las conclusiones a las que llegó Marshall, de atribuir el control judicial de las leyes a los Tribunales de Justicia, se hizo como una autoapropiación de competencias de parte de los Tribunales.

b) La conceptualización actual de la justicia constitucional desde el punto de vista orgánico

Con la evolución normal que siempre está inmanente en las cosas, así también las instituciones del Derecho, y la materia constitucional no

(10) Alvarez Conde, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos, Madrid, volumen II, 1993, página 269.

(11) Piza, *ibidem*, página 20.

- c) *Litigios entre la Federación y los Estados.*
- d) *Revisión en materia electoral.*
- e) *Comprobación de las normas jurídicas.*
- f) *Recursos de Inconstitucionalidad.*⁽¹⁴⁾

El prestigio del Tribunal Constitucional alemán sobre su imparcialidad, se afianzó a partir de dos sentencias, sobre partidos políticos inconstitucionales: la del 23 de octubre de 1952 que declaró la inconstitucionalidad del Partido Socialista del Reich de inspiración hitleriana y la del 17 de octubre de 1956 formuladora de igual declaración de inconstitucionalidad del Partido Comunista de inspiración staliniana. En ellas se dijo que, los dos partidos, a tenor del artículo 21 de la Constitución Federal, son declarados inconstitucionales, por cuanto tienden a desvirtuar o destruir el régimen fundamental de libertad y democracia.

b) Austria

Bajo la inspiración de Kelsen, Austria, en su Constitución de 1° de octubre de 1920, instauró un sistema de Justicia Constitucional diferente al norteamericano —que era el único conocido antes de la Gran Guerra 1914-18—. Por lo general, se ha hecho mención de un sistema austriaco, aunque Legaz Lacambra prefiere denominarlo “germano-austriaco”, ya que la Constitución alemana de 1919 también creó un Tribunal de Justicia Constitucional, fuera del ámbito de la Jurisdicción ordinaria y con los mismos efectos derogatorios de la ley declarada inconstitucional.

Siendo Austria una República Federal y existiendo Parlamentos regionales autónomos, con facultades legislativas, la Justicia Constitucional ha de pronunciarse sobre la constitucionalidad de leyes federales y de leyes de países confederados. También se prevén pronunciamientos sobre violaciones de Derecho Internacional. El Tribunal Constitucional conoce, a instancia de un Gobierno “de País” —Gobierno regional o provincial— de la inconstitucionalidad de una ley federal, y, a instancia del Gobierno Federal, de la inconstitucionalidad de

(14) En el denominado recurso de inconstitucionalidad, se está refiriendo al “recurso de amparo” propiamente dicho y no a la Acción de Inconstitucionalidad, la cual está comprendida en el inciso e) denominada “Comprobación de normas jurídicas”.

una Ley "de País". En ambos supuestos, la jurisdicción es rogada, a instancia de parte. Además puede conocer *ex officio* si una ley ha de constituir la base de un fallo del Tribunal Constitucional y éste entiende que es inconstitucional, puede pronunciarse sobre la cuestión, sin necesidad de impetración de parte. Cualquier reclamación contra la Federación, contra los países federados y contra las Comunidades beneficiarias de autonomía, si no puede ser fallada en vía judicial ordinaria, puede interponerse ante el Tribunal Constitucional, que impartirá la decisión procedente.

c) Francia

En este país, el Tribunal Constitucional, denominado Consejo Constitucional, tiene confiado:

- a) *El control preventivo de la constitucionalidad de las leyes, las cuales pueden ser sometidas a su conocimiento por el Presidente de la República, el Primer Ministro o los Presidentes de la Asamblea Nacional y del Senado. Las leyes orgánicas y los Reglamentos de las Asambleas parlamentarias deben ser sometidas siempre al estudio del Consejo, y si éste se pronuncia en el sentido de considerar inconstitucionales las normas consultadas, éstas no se promulgan, no se ponen en vigor. El Jefe de Estado no las firma, no las sanciona.*
- b) *Pronunciarse sobre la regularidad o irregularidad de las elecciones presidenciales y parlamentarias, así como sobre la validez de cualquier referéndum.*

d) Italia

Con una composición muy especial, —15 jueces nombrados por diferentes órganos públicos— el Tribunal Constitucional italiano creado por los artículos 135, 136 y 137 de la Constitución Política italiana, tiene competencia para conocer de las siguientes materias:

- a) *De las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las Regiones.*

- b) *De los conflictos de atribución entre Poderes del Estado entre el Estado y las Regiones, y entre estas últimas.*
- c) *De las acusaciones promovidas contra el Presidente de la República y los Ministros, con arreglo a las normas de la Constitución.⁽¹⁵⁾*

e) Suiza

Muy diferente a la composición orgánica de otros Tribunales Constitucionales, en este país no se puede hablar de una jurisdicción constitucional individualizada, sino que dentro de un esquema estructural compuesto, se crea una Sala de Derecho Público como titular de la jurisdicción constitucional, que conoce de las siguientes materias:

- a) *Conflictos de competencia entre autoridades federales y cantonales.*
- b) *Litigios de Derecho Público entre cantones, básicamente relacionados con asuntos de demarcación territorial, servidumbres públicas, régimen de los ríos que atraviesan más de un cantón, y similares.*
- c) *Cuestiones de competencia entre cantones.*
- d) *Litigios sobre validez, aplicación e interpretación de concordatos o tratados entre diversos cantones.*
- e) *Recursos de Derecho Público sobre violación de derechos constitucionales de los ciudadanos, violación de concordatos, violación de los Tratados Internacionales y violación del Derecho Federal en materia de delimitación de la esfera de competencias.*
- f) *Recursos concernientes al derecho de voto.*

(15) Hasta 1980, el Tribunal Constitucional no conocía de los recursos de amparo ni de hábeas corpus, por expresa exclusión que de ellos hacía el artículo 111 de la Constitución, y nos declaramos desconocedores de la existencia de alguna reforma constitucional que los haya incorporado como asuntos cuyo conocimiento debe ser del resorte de este Tribunal.

Ampara muy especialmente este Tribunal, asuntos relacionados con la libertad de creencia, de conciencia, de cultos, de comercio, industria, emisión del pensamiento, de asociación de Prensa y enseñanza y los derechos inherentes a la dignidad de la persona individual, como los de petición, inviolabilidad de domicilio, igualdad ante la ley y la propiedad privada. En algunos supuestos, es preciso el agotamiento de las instancias cantonales, salvo si se trata de la violación de la libertad de residencia, del derecho al juez natural, de igualdad de trato de los ciudadanos o el derecho a la asistencia jurídica, entre otros.

Es interesante acotar, que en este país, pueden ser objeto de recurso de Derecho público, las resoluciones o disposiciones cantonales, –leyes, actos, sentencias– siempre que se trate de norma cantonal inconstitucional, “*que no tenga carácter preceptivo para el Tribunal*” como tampoco puede éste conocer recursos contra preceptos de una Constitución cantonal que estén en contradicción con la Constitución Federal. Se estima, en tales supuestos que el examen comprobatorio que hace la Asamblea federal sobre la concordancia o disidencia entre las Constituciones, es suficiente. El propio Tribunal Federal ha considerado que el examen comprobatorio ejercido por la Asamblea no constituye un género distinto del que pudiera desempeñar el Tribunal en el mismo asunto.⁽¹⁶⁾

Delimitadas las situaciones que nuestra Sala Constitucional podrá entrar a conocer, de acuerdo al contenido del artículo 2 de la LJC que transcribimos supra, nos abocaremos al estudio del punto fundamental del ensayo, en el sentido de determinar las consecuencias de una intromisión de ese órgano en otras jurisdicciones por desviación de sus competencias. En esa perspectiva académica –pues no le cabe otra posibilidad al presente documento, a falta de una solución normativa en el Ordenamiento nuestro– debemos enmendar las competencias de los Tribunales Constitucionales, como aquella porción de la jurisdicción que le es atribuida para enmendar los vicios de constitucionalidad que pudiesen emanar del ejercicio del poder público, incluida en esta identificación subjetiva de los potencialmente capaces de violentar la Constitución, a los mismos órganos pertenecientes al Poder Judicial incluidos, por supuesto los mismos Tribunales Constitucionales se encuentren o no incardinados en su estructura.

Es interesante notar –como punto de ignición en nuestra tesis– que dentro del cúmulo de atribuciones que la Constitución Española de 1978 le confiere al Tribunal Constitucional, está la facultad de declarar la

(16) Nicolás González-Deleito Domingo, *op. cit.*, páginas 66-80.

inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia; atribución que necesariamente afectará la estela jurisprudencial nacida de esa interpretación, pero que no tiene la virtud de modificar las situaciones jurídicas consolidadas con las reiteradas resoluciones de origen.⁽¹⁷⁾ A pesar que expresamente esa potestad no se encuentra dentro de las competencias de nuestra Sala Constitucional, pues el artículo 74 de la LJC dispone que:

“No cabrá la acción de inconstitucionalidad contra los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, ni contra los actos y disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones relativos al ejercicio de la junción electoral”.

Esa posibilidad se colige y extrae del contenido del inciso b) del artículo 73 de la misma Ley, en cuanto dispone que cabrá la acción de inconstitucionalidad:

“Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo”.

Lo que equivale a decir, que se pueden establecer acciones de inconstitucionalidad por la errónea interpretación de una norma jurídica por los órganos jurisdiccionales o administrativos⁽¹⁸⁾ cuando en la resolución de un conflicto incurren en una interpretación contraria a la Constitución o a sus principios, creándose con esa reiterada interpretación una norma no escrita que está contrapuesta a la Constitución.

(17) Dice en forma expresa el inciso a) del artículo 161 de la Constitución española al delimitar las materias de las que se ocupará el Tribunal Constitucional: “Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de la cosa juzgada”.

(18) Ha sido requisito esencial para el acceso a la acción de inconstitucionalidad, que la errónea o la inconstitucional interpretación sea reiterada. Ello lo ha interpretado la Sala a pesar que la norma no lo dice ni lo exige expresamente como condición de ingreso.

Debe quedar claro, eso sí, que lo que abre el portillo a la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, no es la existencia de una reiterada jurisprudencia, sino la interpretación errónea que por arbitraria o por equivocada viola la Constitución.⁽¹⁹⁾ Es decir, no es el considerable número de asuntos resueltos de una misma manera sino la interpretación inconstitucional de la norma, lo que es lo mismo decir, que en la aplicación concreta del precepto normativo se violenta la Constitución.

Es meridianamente claro que fuera de las facultades constitucionales y legales puntualmente expresadas en las normas relacionadas, le está absolutamente vedado al Organismo jurisdiccional, pronunciarse sobre otras materias no incluidas en ellas, ni expresa ni implícitamente, en razón que al igual que toda autoridad pública, se encuentra sometido al principio de legalidad, lo que no genera ningún tipo de controversia ni académica ni práctica, sino que la contrariedad surge cuando en conocimiento y solución de los asuntos para los que sí tiene competencias, se introduce a campos que le corresponden a otras jurisdicciones o a otros poderes, o bien hace introducciones normativas no comprendidas en la Constitución haciendo unas veces de Constituyente y otras de Legislador ordinario en franca violación a sus propias competencias.

5. Las Competencias de la Jurisdicción Constitucional

La justicia constitucional debe ser englobada dentro de la defensa constitucional entendiendo por tal el conjunto de instituciones y medidas mediante las cuales el Estado resguarda su existencia y ordenamiento frente a los peligros que le amenazan desde dentro. Por tanto, la justicia

(19) Gonzalo Facio Segreda lo expresa así: "En buena doctrina, lo que debiera abrir el camino para la acción de inconstitucionalidad en éstos, es que en una resolución jurisdiccional de un tribunal del Poder Judicial se haya cometido una interpretación errónea de la ley que produzca violación de una o más normas de la Constitución o de los principios constitucionales implícitos en ella. Es esa interpretación errónea por arbitraria o por equivocada la que viola la Constitución, y no el hecho de que esa interpretación errónea dé nacimiento a una jurisprudencia reiterada". *La Acción de Inconstitucionalidad contra jurisprudencia sentada por sentencias judiciales que han incurrido en interpretación errónea de las normas legales aplicadas*. (San José: **Revista Iustitia** número 132, página 13, 1997).

constitucional o jurisdicción constitucional, que no es más que uno de los mecanismos de defensa de la Constitución, tiene por objeto resolver los problemas planteados por la observancia de las normas constitucionales; es, todo procedimiento jurisdiccional que tiene como fin directo la observancia de la Constitución.

Los especiales cometidos del Tribunal Constitucional frente a los del Juez Ordinario, que podrían concretarse no sólo en que aquél no persigue exclusiva ni principalmente decidir una controversia jurídica concreta para restaurarle al ofendido el orden jurídico de sus individuales derechos que considera conculcado —antes bien, y de modo muy especial, tiene como fin teleológico actuar pacificadoramente hacia el futuro, creando claridad jurídica eliminando material litigioso y por supuesto, impedir la repetición sucesiva e interminable de las mismas controversias —sino también que tiene los singulares deberes de protección e interpretación de la Constitución, para mantener e imponer el principio de la supremacía constitucional, prioritaria en un Estado Democrático de Derecho, que le otorgan ciertamente un papel especial, una posición singular dotada de especial responsabilidad. El Tribunal Constitucional tiene un campo de juego interpretativo amplísimo, que tiene la misma medida de la insuficiencia de la Constitución para regular pormenorizadamente la mayor cantidad de situaciones controversiales posibles, lo que priva de agudeza y de perfiles netos y claros a los conceptos jurídico-constitucionales, forzando a ese órgano a una tarea especialmente delicada, con la obligación inherente a todo Tribunal de analizar previamente a su emisión, las consecuencias jurídicas de sus interpretaciones en relación con el resto del Ordenamiento, y se concreta, por lo que se refiere al Tribunal Constitucional, en la necesidad de tener en cuenta todas o al menos la mayoría, de las repercusiones jurídico-político-sociales que sus decisiones pueden provocar, en ocasiones, extremadamente graves, lo que sitúa sin ninguna duda a este Tribunal en un plano esencialmente distinto al de los Tribunales Ordinarios de la República.⁽²⁰⁾

Habiéndolas enumerado puntualmente, comentaremos las dos primeras áreas de competencia, que son las únicas con interés para este ensayo en afinidad con su relevancia jurídica, política y social de la que venimos hablando con profusión.⁽²¹⁾

(20) Bocanegra Sierra, Raúl. *El Valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional*. Estudios de Derecho Público, página 18.

(21) A pesar de la importancia que puedan tener las acciones de inconstitucionalidad, en esa área no es posible achacarle a un Tribunal

a) El recurso de hábeas corpus

El recurso de hábeas corpus es quizás una de las acciones de más arraigo en el mundo jurídico, contemplado en gran cantidad de Cartas Políticas, donde América ocupa un lugar preponderante con respecto a él. En la Constitución de los Estados Unidos se encuentra en el artículo 1, Sección 9 en el sentido que el Congreso no podrá suspender el privilegio del auto de hábeas corpus, sino en caso de rebelión o invasión, en que la seguridad pública lo exija, la Constitución de Haití de 1957 en su artículo 57 explica que dicho recurso se resolverá en audiencia extraordinaria, inmediata sin atraso ni turno, dejándolo todo de lado, sobre la legalidad del arresto. Brasil lo contempla en su actual Constitución en el artículo 153 inciso 20, México en el artículo 103, al expresar que todos los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen garantías individuales. Cuba lo tenía en el artículo 29 de su Constitución de 1958, Honduras en su artículo 68 de la Constitución de 1957, Nicaragua artículo 41, Panamá en la Carta de 1946 en su artículo 24, Uruguay en la Constitución de 1951, artículo 17 y Ecuador en el artículo 19 inciso 16, entre muchos más.⁽²²⁾

Reconocido en el artículo 48 de la Carta, y bien tratado por muchísimos y congratulados tratadistas, nuestras observaciones se inclinan hacia el vínculo que lo une jurídica y socialmente con las competencias jurisdiccionales de la Sala Constitucional recibidas por mandato constitucional y legal, en cuanto al contenido de las resoluciones emanadas de esos Tribunales. En ese sentido, débese tener claro, que las sentencias constitucionales que resuelvan sobre dichos recursos deben estar limitadas por los postulados que las normas constitucionales y los principios incardinados en ellas determinan, es decir, no cabe actuar más allá de los elementos sustanciales que le den fundamento y reconocimiento al recurso mencionado. Anteriormente a la reforma constitucional de 1989, el recurso de hábeas corpus era del resorte de la Corte Suprema de Justicia, como órgano máximo en la cúpula del Poder Judicial.

Constitucional intromisión en otra jurisdicción, toda vez que es una competencia única y exclusiva de interpretación de la Constitución, sobre todo en aquellos casos que como el nuestro, el control de la Constitución es centralizado.

(22) Sagües, Néstor Pedro. *El Hábeas Corpus*. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1981, páginas 34-37.

Queda dicho entonces, que en una solicitud al Tribunal Constitucional para hacer valer derechos reconocidos como fundamentales y que tratándose del hábeas corpus están limitados a la libertad de tránsito y a la integridad de la persona, le está totalmente vedado al Tribunal pronunciarse sobre cualquier otro elemento distinto a aquéllos que la norma ampara. Significa lo anterior que, las consideraciones constitucionales para declarar con lugar o la desestimación de un recurso de esta naturaleza, están circunscritas a determinar la violación de esa libertad o de esa integridad sin ninguna causa legal o constitucional que justifique la actuación del recurrido. En otras palabras, la libertad de tránsito deberá serle restablecida al quejoso, cuando no existan razones legales o constitucionales que impongan a la Administración o al Juez Ordinario, una conducta o decisión contraria o diferente, amparada en la defensa efectiva de los intereses públicos como en Derecho le corresponde al Estado, máxime tratándose de la seguridad individual o colectiva. Así la Corte Plena de Justicia en funciones de Tribunal Constitucional dijo que:

“El recurso de Hábeas Corpus es declarado con lugar en consideración a que no existe prueba de que a la perjudicada le haya sido cancelado el permiso que se le concedió para permanecer en territorio nacional. La Corte Plena puntualiza que la detención, tratándose de extranjeros que ingresan ilegalmente o cuya permanencia se torna ilegítima después del ingreso, constituye el medio físico de asegurar y ejecutar la expulsión, de manera que si el extranjero debe ser expulsado la detención no puede considerarse indebida, mientras no sobrepase un término razonable. Pero se sobreentiende que esto es así cuando la permanencia de la persona extranjera resulta ilegal, porque de lo contrario, si no existe ilegalidad, la detención no encuentra justificación alguna e infringe la garantía que otorga el artículo 37 de la Constitución Política, a más de que la permanencia ilegal no es un hecho sino el resultado de una calificación o conclusión jurídica y la Corte Plena necesita conocer los hechos para calificarlos en la forma que corresponda y resolver luego si las autoridades tuvieron o no motivo para ordenar la privación de la libertad”. (Sesión de Corte Plena del 10 de abril de 1979, art. 1).

La anterior resolución relacionada con las competencias que sobre Hábeas Corpus se le otorgan a un determinado órgano jurisdiccional para conocerlo, es clara al dejar sentado que la única cuestión que tiene trascendencia formal en ese proceso, es la legitimidad o ilegitimidad de una detención o privación de libertad, y ello es así por la vinculación que existe entre esas potestades y las demás competencias que la misma Constitución le ha encomendado a los otros poderes del Estado; así pues, si la Asamblea Legislativa con la potestad constitucional que le otorga el artículo 121 inciso 1), dicta las leyes que a su libre y soberana decisión, considera que sean necesarias para el mantenimiento de la paz social, y en ejercicio de esa competencia constitucional se dictan normas represivas para quienes infrinjan ciertos cánones de conducta social, a través del recurso de Hábeas Corpus no podrían dejarse sin eficacia ni las normas legislativas sancionatorias de la mala conducta, ni el espíritu protector del que se nutren, cuyos principios deben ser extraídos por el Juez, para llegar al objetivo perseguido por el legislador, cual es el de dotar a la sociedad de remedios civilizados para la protección de sus más preciados haberes. Es evidente que una interpretación o solución contraria, no sería consecuente con el procedimiento constitucional del que aquí hablamos, y por otro lado, no es el Tribunal Constitucional el llamado a determinar la conveniencia o inconveniencia social o jurídica de una decisión penalizante, que impide el libre tránsito a una persona procesada por violar aquellas normas de conducta que el legislador consideró debían de respetarse. Si el criterio de los Juzgadores ordinarios, dentro de cuya competencia está precisamente la de calificar la conducta delictuosa que se le atribuye a un sujeto, es que a la persona se le deben imponer, razonablemente, ciertas restricciones a su libertad, en aras de hacer valer las normas positivas que sancionan la conducta anormal ejecutada por el recurrente, en protección de la seguridad de la colectividad, esa decisión debe ser repelida única y exclusivamente por los remedios procesales ordinarios que el Ordenamiento Jurídico aplicable contempla, pues son esos juzgadores quienes en el ejercicio de sus funciones han logrado llegar a un conocimiento profundo de la situación jurídica investigada y con ello, serían los únicos jurídicamente capaces para determinar la necesidad o no de una determinada medida. Tampoco compartimos el criterio que alguna vez esgrimió la Corte Plena en funciones de Tribunal Constitucional, en el cual se sobrepasó al denegar una petición de Hábeas Corpus por considerar que esa no era la vía procesal, —que a nuestro modo de interpretar la Norma Superior sí lo era—, pues no se trata tampoco de formalizar tanto la acción que se le vacía totalmente de contenido a la protección, sino que se deben de ponderar no sólo los intereses en juego, sino determinar la existencia o

no de una violación constitucional y resolver conforme a ella, sin mayores interpretaciones alejadas del contexto. Dijo la Corte en esa ocasión:

"El recurrente pide revisión del acuerdo dictado por Corte Plena en sesión celebrada el veintiséis de marzo de 1981, artículo 11, en que se dispuso rechazar de plano el Hábeas Corpus que él había planteado en favor de un ciudadano detenido, que fue sometido a una incomunicación que excede el máximo de diez días en que es lícito mantenerla, todo ello con quebranto del artículo 44 de la Constitución Política.

En aquella oportunidad la Corte rechazó el recurso por considerar que de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política y el artículo 1 de la Ley número 36 de 24 de noviembre de 1932, el Hábeas Corpus sólo procede contra la detención ilegal que imponga una autoridad de cualquier orden y contra toda restricción ilegítima de la facultad de ir y venir y trasladarse a cualquier parte, que garantiza a las personas el artículo 22 de la Constitución Política, y el recurrente fundamenta su recurso en la incomunicación prolongada de que ha sido objeto su defendido, cuestión que debe resolverse en otra vía y no en la de Hábeas Corpus.

En esta ocasión, el recurrente alega en favor de su petición de revisión que la libertad personal tiene diversas manifestaciones, y una de las formas de limitar o restringir esa libertad es mediante la detención (en sentido lato), la cual puede realizarse de dos maneras: a) Detención simple, que es el acto de recluir a un sujeto, pudiendo éste tener contacto con todas las demás personas, en las horas y en los lugares debidamente reglamentados; y b) Detención agravada, que consiste no solo en recluir a la persona sino en impedirle tener contacto con los demás. Si se priva ilegítimamente de la libertad a un individuo, con o sin incomunicación, el recurso de Hábeas Corpus debe prosperar, pero también es posible admitir que exista una detención legal con incomunicación legal o ilegal, como ocurrió en el

presente caso, en que se decretó una incomunicación por diez días más, excediendo así el límite impuesto por el artículo 44 de la Constitución Política y el artículo 197 del Código de Procedimientos Penales.

La Corte resolvió por quince votos, denegar la revisión solicitada, pues contra los acuerdos de Corte Plena no cabe recurso alguno, pero el Presidente de la Corte consideró oportuno dejar constancia de que con el objeto de que se eviten incomunicaciones por más de diez días, en la Sesión del diez de abril de 1981 se ordenó publicar una Circular dirigida a las autoridades de la materia penal, para recordarles que la incomunicación, sumada a la que hubiere decretado el Organismo de Investigación Judicial, no puede exceder de diez días, por expresa disposición del artículo 44 de la Constitución Política" (Sesión del 29 de abril de 1981 art. I y del 26 de marzo de 1981 art. II).

En la supra transcrita resolución hubo un exceso de celo y si se quiere aceptar, hasta un exceso de poder, de parte del Tribunal Constitucional representado por la Corte Plena, pues aún reconociendo la violación constitucional, se inclinó por la denegación de la petición sustentado en un aspecto de forma y no de fondo en el recurso, lo que es evidentemente violatorio del espíritu que impregna la figura constitucional del Hábeas Corpus. Es claro que si se interpone un recurso de Hábeas Corpus porque se denegó una excarcelación, el estudio constitucional debe versar sobre la existencia o inexistencia de violaciones constitucionales tanto en la detención del recurrente como en el procedimiento utilizado para la toma de esa decisión, de donde se colige que la libertad de tránsito reconocida por el artículo 48 constitucional y amparada por el recurso de Hábeas Corpus, es aquélla que ha sido desconocida ilegítimamente por la autoridad, sin razones válidas que justifiquen ese proceder.

En cuanto al Hábeas Corpus por violaciones comprobadas a la integridad personal, no existe la menor duda ni controversia que el mismo es procedente en todas las circunstancias, y el Tribunal Constitucional tiene competencia para pronunciarse en razón del Derecho Fundamental a la Vida, a la integridad, a la salud y otros de la misma clase, consagrados la totalidad de ellos como Derechos Humanos, se encuentren o no nominados en una norma jurídica de un determinado ordenamiento, partiendo del principio universal antes mencionado.

Corolario de lo anterior es que los Tribunales Constitucionales al conocer de ese recurso, están vedados para resolver sobre cuestiones de menor rango, pues por el principio de hermenéutica jurídica, el ordenamiento contiene los remedios procesales para situaciones que se presenten en el ámbito del derecho común cuando no medien razones de ilegitimidad constitucional.

b. El recurso de amparo

Instaurado para la protección de los otros derechos y libertades fundamentales distintos a la libertad de tránsito y a la integridad personal, también tiene su especial connotación constitucional, como lo es la utilización de parámetros de constitucionalidad de la situación amparada para proceder a su conocimiento. Se ha dicho por la jurisprudencia constitucional, que también procede el amparo cuando los remedios jurisdiccionales comunes no son suficientes para garantizar el pleno disfrute de esos derechos fundamentales. Entonces, en materia de amparo, cualquiera que sean las razones esgrimidas por el recurrente, corresponderá al Tribunal Constitucional determinar si la actuación de la autoridad recurrida se ajustó a aquellos parámetros de constitucionalidad a los que hicimos alusión supra. Valga reseñar el contenido del párrafo segundo del artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC) que dice:

“Procede el recurso contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos”.

Destacamos, de lo supra transcrito, dos situaciones llamativas. En primer lugar, la norma le reconoce procedencia al amparo contra toda *disposición, acuerdo o resolución*, que de acuerdo con el lenguaje jurídico administrativo, son denominaciones que están dentro de la categoría de actos administrativos, y en segundo lugar, le da ese mismo reconocimiento cuando la *acción, omisión o actuación material no está fundada en un acto administrativo eficaz*.

Tal redacción no se ajusta a una buena nomenclatura ius administrativista, pues si hay omisión administrativa o actuación material

de la Administración, obviamente no hay acto administrativo en ninguna de sus formas, ya que la segunda –actuación material– sustentada en un acto administrativo, no sería una actuación material sino la ejecución de un acto administrativo previo.⁽²³⁾ Pero más importante es la connotación sobre la eficacia del acto administrativo, a que hace referencia la norma. Es importante porque la eficacia del acto administrativo está delimitada a su capacidad de surtir efectos jurídicos, y en nuestro ordenamiento normativo público, se reconoce ésta a partir de la previa comunicación, publicación o notificación del acuerdo al (los) destinatario (s), con lo que la eficacia mencionada por la norma, debemos remitirla a la violación del debido proceso establecido en el artículo 39 constitucional, porque la falta de notificación constituye una “indefensión” pero no tiene ni puede tener relación con la validez del acto administrativo como tal, que posiblemente era lo que el legislador quiso decir en la redacción del numeral 29 antes citado. Ello se colige del hecho que existe una vinculación gramatical entre las frases “*contra toda acción, omisión o simple actuación material*” y “*no fundada en un acto administrativo eficaz*”, pues un acto ineficaz no pierde su condición de válido, pero no producirá o no debe producir los efectos jurídicos buscados, hasta tanto no se cumpla con el requisito de su comunicación, por los medios que correspondan a la naturaleza jurídica del acto y que la legislación común impone, en cuyo caso contrario se violaría la garantía del debido proceso en perjuicio del administrado.

Se entiende entonces, que la procedencia del amparo según la redacción de la norma, está referida a la eficacia del acto, sin tomar en consideración su validez jurídica, y así la frase “*actuación material*” debe ser entendida y aplicable a todo acto administrativo, que a pesar de cumplir con los requisitos esenciales para su emisión, adolece del vicio de la publicación, comunicación o notificación según corresponda a su naturaleza.

Pero cualquiera sea la interpretación que se quiera darle, lo cierto es que el amparo es un remedio procesal constitucional contra toda actuación administrativa no sustentada en un acto legítimo y eficaz, o si estándolo, se excede en el ejercicio de las facultades que se le conceden constituyendo la actuación una extralimitación de competencias. En la

(23) Debemos salvar con respecto a esta aseveración, los casos en los que precisamente la forma de expresarse la Administración es a través de actos administrativos materiales, tales como las señales físicas o verbales que realice un inspector de tránsito, la conducción de un vehículo o similares.

jurisprudencia de la Corte Plena en funciones de Tribunal Constitucional dicha situación estaba bien arraigada. Dice así:

"El Recurso de Amparo no se da para resolver problemas sobre la validez o eficacia legal, que deben ventilarse en otra vía, porque de lo contrario sería desnaturalizar el recurso y convertirlo en un contralor de legalidad y no de constitucionalidad. De ahí que el Recurso de Amparo únicamente procede tratándose de actos arbitrarios o de cualquier autoridad, funcionario o empleado, que violen o amenacen violar los derechos consagrados en la Constitución Política, y para este efecto se considera que es arbitrario un acto u omisión cuando es cometido por pura voluntad o capricho, sin poder invocar justificadamente ninguna norma jurídica en apoyo de su acción." (Sala Primera de la Corte, número 96 del 1 de setiembre de 1981).

"Reitera esta Sala, una vez más, que la Constitución Política, con el objeto de proteger los derechos que consagra y tutela en favor de las personas, establece una doble garantía en el artículo 48: la de Hábeas Corpus, para cuando se consideran ilegítimamente privadas de su libertad, derecho éste cuyos alcances viene a establecer el artículo 1 de dicha Ley número 35 de 24 de noviembre de 1932; y la de Amparo, para mantener y restablecer el goce de las demás garantías que ella establece y regula la Ley de Amparo número 1161 de 2 de junio de 1950. Si bien es cierto que conforme a nuestro sistema institucional esas dos garantías difieren en cuanto a los derechos que protegen, ambas coinciden en cuanto tienden a custodiar derechos en favor de las personas que reconoce la Constitución Política. Por lo mismo conviene tener presente que el Recurso de Amparo no se da para resolver problemas sobre eficacia legal, los que deben ventilarse por otra vía, pues de lo contrario se desnaturalizaría el recurso y se convertiría en un simple contralor de legalidad y no de constitucionalidad. De ahí que la vía del amparo procede únicamente tratándose de actos ilegítimos de cualquier autoridad, funcionario o

empleado, cuando violen o amenacen violar los derechos consagrados en la Constitución Política"
(Sala Primera de la Corte, del 6 de enero de 1984).

Es claro pues, que la inconstitucionalidad de los efectos del acto amparable debe ser requisito *sine qua non* para su estimatoria en razón de los elevados intereses que está llamado a proteger. Esto nos lleva a otro punto de interés en esta disquisición, y es la reforma introducida por la jurisprudencia constitucional de la Sala, de permitir el acceso al amparo cuando los remedios jurisdiccionales comunes sean insuficientes para salvaguardar el derecho del administrado. Interesante e importante por cuanto existen gran cantidad de actos u omisiones administrativas que no se incardinan en forma clara y concisa en ninguno de los textos constitucionales que consagran los derechos fundamentales, pero que generan un claro inmedato en cuya reparación los medios procesales normales no permitirían salvar la situación con la premura que el caso amerita, quedando subsanada esa laguna normativa con una interpretación extensiva de los artículos 11, 33 y 41 de la Carta Política, todo lo cual debe ser ordinamentalmente satisfactorio.

c) Amparo contra resoluciones judiciales

El artículo 30 de la LJC dice que no procede el amparo:

"Contra las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial".

En ello vemos una notoria discriminación procesal que puede degenerar en una violación constitucional, que a la vez, e independientemente de la potencial inconstitucionalidad de la que pueda adolecer, existe, en apariencia, una contradicción entre normas del mismo rango legal como lo es el conflicto interpretativo que se genera entre el artículo 30 inciso b) LJC en relación con los artículos 3 y 29 ibídem, lo cual será analizado infra.

La discriminación a la que hacemos referencia, la encontramos en el hecho que siendo el amparo un recurso instituido para la defensa de Derechos de la misma jerarquía constitucional que los protegidos por el recurso de Hábeas Corpus, no encontramos razón lógica ni legal que justifique que las actuaciones judiciales de algunas autoridades sí puedan ser cuestionadas ante la Sala Constitucional por la violación a un derecho fundamental, y las de otras jurisdicciones gocen del privilegio de la

intangibilidad, partiendo como única razón discriminatoria, de una calificación de la competencia de esas autoridades en el ejercicio de la jurisdicción en relación con el tipo de derecho protegido, cuando en ambos casos se pueden presentar flagrantes violaciones a esos derechos constitucionales. Es decir, la norma en cuestión hace una jerarquización de los Derechos Fundamentales, y asienta —dicha jerarquización— en los diferentes órganos jurisdiccionales con potencia suficiente para conculcarlos, lo que obviamente no encuentra respaldo en la norma Superior porque fue esa no la intención del constituyente. No olvidemos que en el recurso de Hábeas Corpus se cuestionan las actuaciones de los Tribunales represivos, que a través de sus resoluciones puedan causar violaciones a la libertad o integridad del individuo, dos libertades o principios consagrados en la Carta Política. Es decir, se permite el cuestionamiento de las resoluciones judiciales provenientes de los órganos represivos del Poder Judicial para ante el Tribunal Constitucional, quien luego de analizarlas, determine la procedencia o improcedencia de su contenido por irrespetar o no aquellos derechos superiores que está llamado a proteger.

Pero al igual que la libertad o la integridad de la persona, los otros derechos fundamentales también gozan del privilegio que da la supremacía constitucional y como tales merecen y deben ser protegidos por ese Tribunal, en virtud que también pueden ser violados por otros órganos jurisdiccionales en el ejercicio de sus competencias, distintas a las del orden represivo, de ahí que no se encuentra a simple vista, una razón para que procesalmente se les excluya del proceso de amparo. No encontramos justificación legal o doctrinaria que le concede a las resoluciones de las demás jurisdicciones el privilegio de la infabilidad constitucional y consecuentemente hacerlas intangibles⁽²⁴⁾ ante ese órgano superior, aun cuando hayan violentado con sus actuaciones derechos fundamentales, y que por la índole del proceso, son resoluciones que no tienen ulterior recurso y que eventualmente, teniéndolo, se mantenga el vicio de parte de los superiores. Las resoluciones judiciales de otras sedes distintas a la represiva, gozan de un privilegio contrario a la propia Carta, que contempla el derecho de todo ciudadano para que:⁽²⁵⁾

(24) Obviamente de ese privilegio gozan las resoluciones que tienen la calidad de cosa juzgada material, por lo que no hacemos referencia a ellas, sino que ese privilegio debería ser rebatido por otros medios, sobre los que hablaremos infra.

(25) Véase el artículo 41 constitucional.

"Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales" (art. 41).

Esa discriminación injustificable que hicieron los legisladores sobre los derechos sujetos a la protección Constitucional, nos deja en presencia de una potencial inconstitucionalidad del inciso b) del artículo 30 de la LJC.

No obstante entendemos, que quizás el espíritu de la norma que crea esa intangibilidad de las resoluciones jurisdiccionales de las sedes distintas a la penal, obedece a una necesidad procesal y orgánica de evitar que la Sala Constitucional se convierta en una instancia más del proceso común, como lo llegaría a ser si se instituyera la posibilidad de combatir resoluciones por la vía del amparo. Pero no es prohibiendo el ingreso a ese importante remedio procesal, como se logra el objetivo, sino regulando procesalmente el ingreso a esa acción, cuya procedencia estaría limitada a violaciones constitucionales específicas, básicamente de forma en relación con los derechos fundamentales, sin extenderlo a razones de fondo que son el quid del conflicto de intereses que se discute en el proceso. Es decir, solamente cuando en la actuación jurisdiccional se constituya una afrenta a un específico derecho fundamental, en cuanto a la rigurosidad del procedimiento que ocasione un desequilibrio procesal que sea causa de indefensión a alguna de las partes, o deniegue el acceso a la Justicia, le corresponde a la Sala restaurar la normalidad, pero no sería el acceso a esa instancia judicial, para entrar a conocer los hechos del proceso que constituyen el súplico. Esa actividad le está vedada al Tribunal Constitucional, que, en ningún caso, debe de entrar a conocer de los hechos probados que se consignan en las resoluciones judiciales, y si lo hiciera, excedería del marco procesal constitucional, en el que le está vedado cualquier intento de reconducir el análisis de los elementos probatorios incorporados al proceso para posibilitar una base fáctica que fuese discrepante de la resultancia judicial de los hechos probados.⁽²⁶⁾

Es reconocido en los círculos forenses, la gran cantidad de resoluciones que contrarían derechos fundamentales, sin que el usuario de la justicia tenga un remedio procesal para combatirlos, y si no estamos

(26) Pérez Gordo, *op. cit.*, página 117, haciendo referencia a una confrontación específica en el Tribunal Constitucional español.

transcrita, pues el Poder Judicial forma parte de la estructura del Estado. Significa lo anterior que las actuaciones de estos funcionarios en el ejercicio de sus competencias, interpretando las normas o aplicándolas, quedan sujetas al juicio de constitucionalidad, bajo la premisa que las violaciones constitucionales son de carácter objetivo no subjetivo, por lo que la Norma se tendrá por infringida cuando las actuaciones de los funcionarios públicos en forma de resoluciones, contengan desaguizados jurídicos, independientemente de quién sea el sujeto responsable de dichos actos.

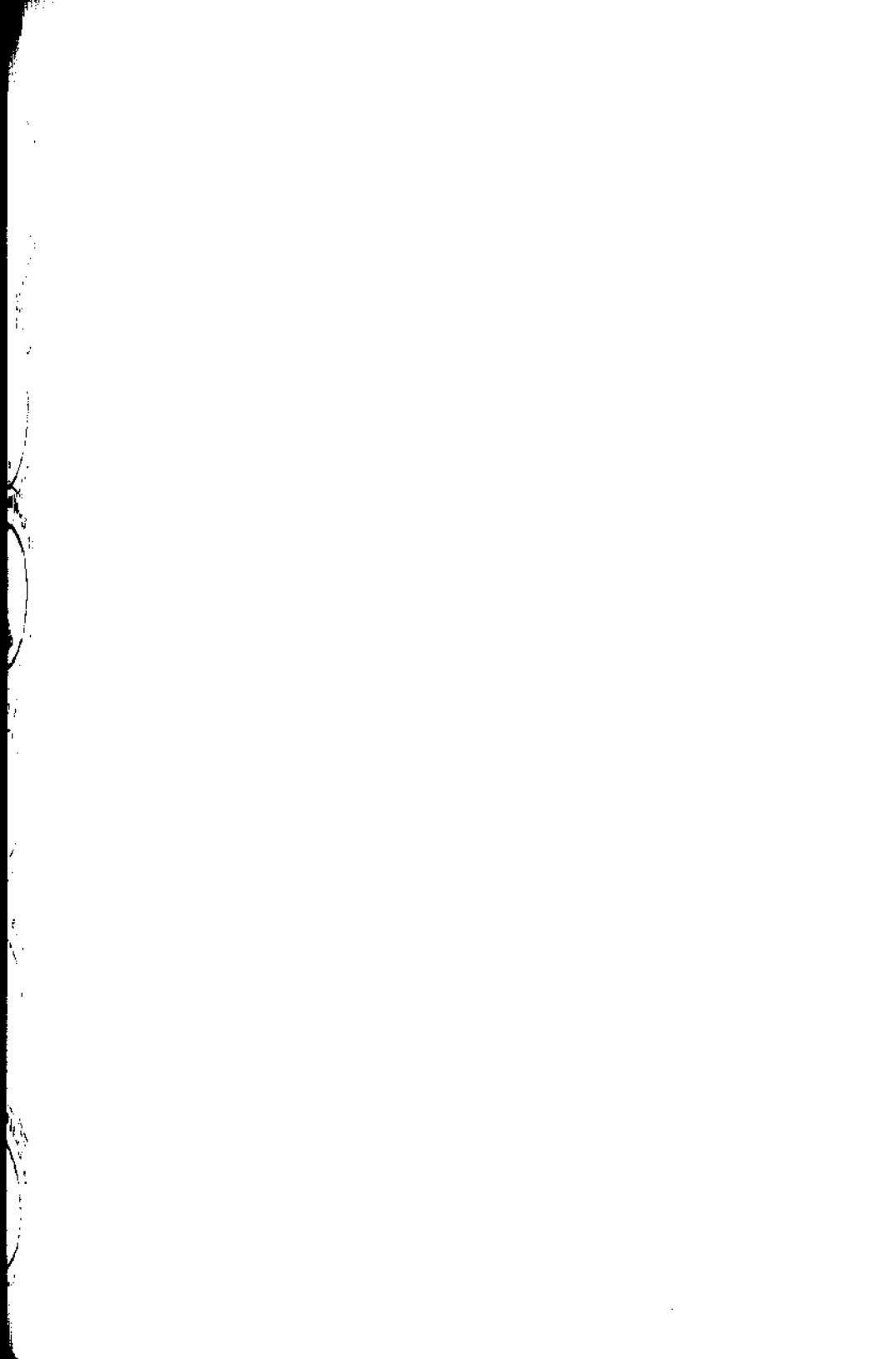
Esa norma —el artículo 3— está estrechamente vinculada al párrafo final del artículo 29 *ibídem*, que amplía las razones tomadas en consideración para abrir el acceso al Tribunal Constitucional. Dice el numeral mencionado en lo que interesa:

“El amparo procederá no sólo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas.”

Como se lee, no existe en el texto excepción alguna sobre la potencial capacidad de violación de un derecho fundamental, referente a los sujetos que están en posición de ejecutarla, sino que está redactada en sentido genérico, y se asienta sobre el principio de la supremacía de la Norma base y no sobre las personas que la pueden infringir por las posibilidades que el cargo les confiere.

Al impedir el inciso b) del artículo 30 la posibilidad de discutir por la vía del amparo, el contenido de una resolución judicial que violenta un derecho fundamental, pareciera colegirse de ello, que el Poder Judicial en el ejercicio de sus competencias, diferentes a la jurisdicción penal, *“no está en posibilidad de violar derechos fundamentales”* y consecuentemente sus actuaciones no pueden ser cuestionadas, aunque sí se considera la posibilidad de esa potencial violación en cuanto a la libertad de tránsito y la integridad personales. Eso es una jerarquización legal improcedente de los derechos fundamentales de la persona.

Tal fórmula procedimental le estaría vaciando el contenido a los artículos 11 y 41 de la Carta, pues si se ejecuta por un órgano jurisdiccional una violación constitucional a un derecho fundamental, diferente a los cubiertos por el recurso de hábeas corpus, no existe ningún remedio que resuelva el entuerto. Reiteramos entonces, que existe en apariencia una inconstitucionalidad del inciso b) del artículo 30 de la LJC.



Reseñas bibliográficas a cargo de Jorge Enrique Romero Pérez

Ortiz Ortiz, Eduardo. **Tesis de Derecho Administrativo** (San José: Ed. Stradtman, T. I, 1998, 404 páginas, edición bajo el cuidado y actualización de Aldo Milano S.)

En el **Prólogo** a esta obra el jurista italiano *Massimo Severo Giannini* nos dice, entre otras cosas, las siguientes:

El sistema seguido por Eduardo Ortiz, catedrático de la Universidad de Costa Rica, recientemente desaparecido, se encuentra plenamente adecuado al principio de la precisión y de la claridad, ofreciéndonos un texto de derecho idóneo para conjugar la dignidad y la precisión científica con la simplificación didáctica.

Obviamente, el profundo conocimiento del profesor Ortiz de toda la elaboración científica del derecho público y administrativo, sobre todo de los países europeos, hace que el sistema expositivo sea plenamente capaz de explicar el fenómeno de la Administración, llamando la atención en torno a los principios que son una constante, la relación entre los aspectos objetivos y subjetivos, además de la existente entre Política y Administración en un momento histórico en el cual la intervención pública es siempre más frecuente y mutante, diferenciándose continuamente con aspectos de derecho privado: el esquema organizacional tradicional viene siendo superado y se confunde con la desvalorización de la fuerza intrínseca de las normas.

El mundo jurídico latinoamericano tiene los mismos problemas de los países europeos en los cuales, el derecho público cada día se acerca y confunde más con el derecho denominado común.

Toda la obra del Profesor Ortiz está influida por este doble espíritu de precisión y simplicidad que hace posible no solo conocer, sino entender, la compleja Administración de nuestro tiempo, en una sociedad en continua transformación, expresa Massimo Severo Giannini.

El que hace esta reseña bibliográfica fue alumno directo del maestro Ortiz, acercándome al Derecho Administrativo de la mano con este profesor sugerente e invitador a la reflexión. Por ello estas **Tesis** me son muy cercanas y conocidas.

La temática de este primer tomo abarca 10 tesis:

- I. La Administración y las funciones del Estado
- II. Derecho Administrativo

- III. La actividad privada de la Administración
- IV. El acto de Gobierno y la urgencia en el Derecho Administrativo
- V. Fuentes
- VI. Actos con valor de ley
- VII. El reglamento
- VIII. La costumbre y la jurisprudencia como fuentes no escritas
- IX. Los principios generales del derecho y la doctrina como fuentes no escritas
- X. Los sujetos del Derecho Administrativo

Como bien lo indica el maestro Ortiz la Administración es la actividad del Estado sometida al Derecho Público; y, la Administración, como sujeto, es el conjunto de centros encargados del ejercicio de esa actividad.

Así, el Estado y concretamente la Administración existen para satisfacer necesidades de la comunidad, por ello se dice que el Derecho Administrativo tiene un carácter teleológico (pág. 35).

- o -

Cortés Coto, Ronald. **La etapa preparatoria en el nuevo proceso penal** (San José: IJSA, 1998, 132 páginas).

En la **Introducción**, el autor nos dice que la nueva normativa procesal penal que entró en vigencia el primero de enero de 1998, confiere la investigación al Ministerio Público; separándose en forma definitiva las funciones de investigar y de juzgar.

Este libro pretende dar una visión amplia de la etapa preparatoria, desde la denuncia, pasando por la investigación fiscal, su informalidad y celeridad, la participación del juez como garante de legalidad en la investigación, finalizando con los actos conclusivos propios de esta etapa.

Esta obra analiza cada una de las instituciones relacionadas con esta etapa, enmarcándolas e interpretándolas dentro de un proceso marcadamente acusatorio.

El **índice** de esta investigación se presenta en varios capítulos:

- I. La investigación fiscal
- II. La prueba en la etapa preparatoria
- III. Límites a la actuación de las partes en la etapa preparatoria

- IV. Las medidas cautelares
- V. La acción civil en la etapa preparatoria
- VI. Actos conclusivos

Conclusiones

Bibliografía

En las **conclusiones** el autor nos informa que la etapa preparatoria tiene como fin la investigación de la noticia criminis por parte del Ministerio Público. En esta etapa la Fiscalía recabará los elementos de convicción que le sirvan para dar fundamento a sus requerimientos.

En esa etapa, la actividad del juez es pasiva. Se limita a controlar la actividad del Fiscal, a resguardar los derechos fundamentales de las partes, y a hacer valer los principios de igualdad procesal y lealtad. Sólo actuará a solicitud de partes (pág. 125).

- o -

Rotman, Edgardo. **La prevención del delito** (San José: IJSA, 1998; 137 páginas).

En el *Prólogo*, el Dr. Javier Llobet Rodríguez nos señala que **este** libro tiene su origen en la conferencia pronunciada en Berlín (1996), *El concepto de la prevención del delito* por el profesor Edgardo Rotman. Posteriormente, en 1997 este docente dio esta conferencia en nuestro país, la cual provocó mucha aceptación, razón por la cual se consideró oportuno editarla (pág. 7).

El *Dr. Llobet* afirma que el aumento de la delincuencia en América Latina tiene como base problemas sociales no solucionados y más bien agravados con los procesos actuales de liberalización y globalización de la época del postcomunismo (pág. 63).

La globalización ha llevado no sólo al aumento de los problemas sociales en Latinoamérica, sino también a una pérdida de valores como el de la solidaridad, al fortalecimiento del individualismo (pág. 64).

En este aspecto, el prologista hace una cita (pág. 67) del Dr. Juan Marcos Rivero en el sentido de que las campañas de ley y orden no persiguen otra cosa, además de desviar la atención de las causas socioeconómicas de aquellos comportamientos que atentan contra los valores de la cultura oficial al empeoramiento de las condiciones mínimas de existencia de amplios sectores de la población, se responde con un aumento de la represión (*El derecho penal como tecnología social*, Revista de Informação Legislativa, Brasil, No. 32, 1995, pág. 172).

El **Índice** de esta obra es:

- I. Homenaje a Franz von Liszt
- II. El diseño del modelo democrático de prevención del delito
- III. Metodología del diseño
- IV. Prevención represiva del delito
- V. Prevención no represiva
- VI. La prevención del delito en el nivel internacional

El profesor Rotman señala que el aparente fracaso de la justicia penal en lograr reducciones significativas en las cifras de la delincuencia, ha llevado en esta década a imprimir mayor énfasis a métodos de prevención del delito distintos de la amenaza o del uso efectivo de la fuerza estatal (pág. 104).

- o -

Zeledón Zeledón, Ricardo y Romano Orlando, Pietro, **El renacimiento del derecho agrario** (San José: Ed. Guayacán, 1998, 270 páginas).

El embajador Bernardino Osio, Secretario General del Instituto Italo-latinoamericano, en la Presentación a esta obra indica que este Instituto ha impulsado la publicación de este importante libro, con el afán de continuar subrayando la estrecha vinculación cultural existente en el ámbito jurídico entre los países miembros del Instituto. Se trata de una obra visionaria y futurista.

El Dr. Ricardo Zeledón ha escrito los capítulos I, II, VI, VII, IX, X y XII.

El Dr. Pietro Romano Orlando ha redactado los capítulos III, IV, V, VIII, y XI.

- I. El renacimiento del derecho agrario
- I. Las nuevas dimensiones del derecho agrario
- III. El derecho agrario comunitario europeo y el derecho internacional
- IV. La nueva dimensión del derecho agrario: el proceso de su internacionalización
- V. Las organizaciones de mercado de la Unión Europea frente a la comercialización de los productos agropecuarios y al desafío de los mercados internacionales
- VI. La dimensión ambiental del derecho agrario

- VII. El principio de la responsabilidad ambiental en el derecho agrario
- VIII. El impacto ambiental en el medio rural: hacia una agricultura sostenible
- IX. Derecho agrario y desarrollo
- X. La modernización de la justicia agraria y ambiental
- XI. Las peculiares conexiones de la agricultura con los derechos humanos
- XII. El dilema de la codificación en el derecho agrario

Esta valiosa obra es una invitación relevante a la comprensión del Derecho Agrario en el mundo moderno.

- o -

Zeledón Zeledón, Ricardo. **¡Salvemos a la justicia!** *Humanización y oralidad en el Siglo XXI*. (San José: Ed. Guayacán, 1998, 229 páginas).

El Dr. Ricardo Zeledón en la **Introducción** nos dice que al concluir el Siglo XXI y avanzar por el umbral hacia el feliz encuentro del nuevo milenio, la sociedad civil del derecho privado y del derecho público están urgiendo del Estado, de la sociedad, de sus gobernantes, una sólida reforma estructural, legislativa y judicial, profundamente más humana.

Agregando el Magistrado Zeledón, que una reforma estructural y profunda del sistema de administración de justicia para el derecho privado y el derecho público debe dirigirse a la consecución de dos ideas fundamentales impuestas por el derecho procesal comparado a tdo tipo de modernización procesal.

La primera consiste en abandonar el ineficaz sistema de la escritura para vincularse más a la oralidad, para humanizar más los procesos; y, la segunda idea de la modernización se orienta a superar la multiplicidad de los sistemas procesales y a eliminar la infinidad de procedimientos especiales. Se aspira a promulgar un Código General del Proceso. Debe ser concebido para ubicar en un solo sistema procesal todas las disciplinas del derecho privado y público.

El **Índice** de esta sugerente y estimulante obra es:

- I. Necesidad de unificación del sistema procesal para el Derecho privado y público
- II. Aspiraciones y principios de un nuevo sistema procesal
- III. Fuente de inspiración

- A) El origen remoto en el derecho romano y germano
- B) La Revolución Francesa
- VI. Dogmas cómplices del atraso procesal
- VII. Propuesta para la superación de los dogmas del atraso procesal
- VIII. Propuesta de una nueva clasificación procesal
- IX. Los nuevos procesos ordinarios y abreviados en el sistema de oralidad
- X. Las fases procesales de los ordinarios y abreviados
- XI. El sistema de oralidad por audiencias en los ordinarios abreviados
- XII. La sentencia en los procesos orales
- XIII. El nuevo recurso de casación
- XIV. Necesidad de discutir la institucionalización de nuevas formas casacionales
- XV. El recurso de revisión
- XVI. Particularidades de los nuevos procesos sustitutivos de los procedimientos especiales
- XVII. Los recursos
- XVIII. El sistema de las pruebas en la oralidad
- XIX. La reorganización de los órganos jurisdiccionales para la nueva clasificación procesal de la oralidad
- XX. La estrategia de la conciliación
- XXI. Los poderes del juez en la oralidad
- XXII. El papel de los abogados en el nuevo proceso
- XXIII. El Código General del Proceso y la sobrevivencia de las jurisdicciones especializadas
- XXIV. La técnica de la reforma procesal. Propuesta de estructura del Código General del Proceso
- XXV. La *vacatio legis*
- XXVI. Reforma procesal y democracia

Sin duda se trata de un conjunto de temas que forman una importante propuesta para el debate fructífero que requiere nuestro país.

- o -

Trejos, Gerardo y Ramírez, Marina. **Derecho de familia costarricense** (San José: Editorial Juricentro, 1998, 5a. ed., T. I, 440 páginas).

El **Prólogo** de esta edición, lo hace el Dr. José María Castán Vázquez, profesor de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid.

El prologuista de esta edición, reitera lo que el Dr. Carlos José Gutiérrez, prologuista de la primera edición dijo en su oportunidad: este libro representa el primer esfuerzo sistemático destinado a comentar, analizar y criticar esta nueva legislación.

El profesor Castán afirma que libros como el presente pueden contribuir eficazmente a dar una buena y exacta imagen en Europa de lo que es hoy la doctrina jurídica iberoamericana.

El **índice** de esta obra está dispuesto por capítulos:

- I. Caracteres generales
 - II. Aplicación e interpretación
 - III. Los esponsales
 - IV. El derecho a contraer matrimonio y sus limitaciones
 - IV. Celebración del matrimonio
 - V. Derechos y deberes
 - VII. El complejo de uxorius
 - VIII. Las capitulaciones matrimoniales
 - IX. Los regímenes matrimoniales y la participación diferida en los gananciales
 - X. El patrimonio familiar
 - XI. El divorcio
 - XII. El divorcio por mutuo consentimiento
 - XIII. La separación judicial
 - XIV. La unión de hecho
 - XV. La separación de hecho
- Bibliografía general

Este libro es una contribución decisiva en la construcción del Derecho de Familia de Costa Rica.

Van Der Laat, Bernardo; y, Godínez, Alexander **Protección de la libertad sindical** (San José: Editorial Juricentro, 1998, 135 páginas).

Este libro presenta dos ensayos, el primero del Dr. van Der Laat sobre *Las prácticas laborales desleales* y el segundo del abogado Alexander Godínez acerca del *Fuero sindical: límites a su protección*.

Los temas del primer ensayo son:

1. Las prácticas laborales desleales en el derecho americano
2. Antecedentes de las prácticas laborales desleales en Costa Rica
3. Algunas características de la regulación de las prácticas desleales en la Ley No. 7360 del 4 de noviembre de 1993
4. Prácticas laborales desleales. Su tipificación de acuerdo al artículo 363 del Código de Trabajo
5. Bien jurídico protegido
6. Sujeto que puede incurrir en la práctica laboral desleal
7. Límite a la protección
8. Titularidad para accionar contra la práctica laboral desleal
9. Los mecanismos de protección contra las prácticas laborales desleales
10. Procedimientos contra las prácticas laborales desleales
11. Prescripción

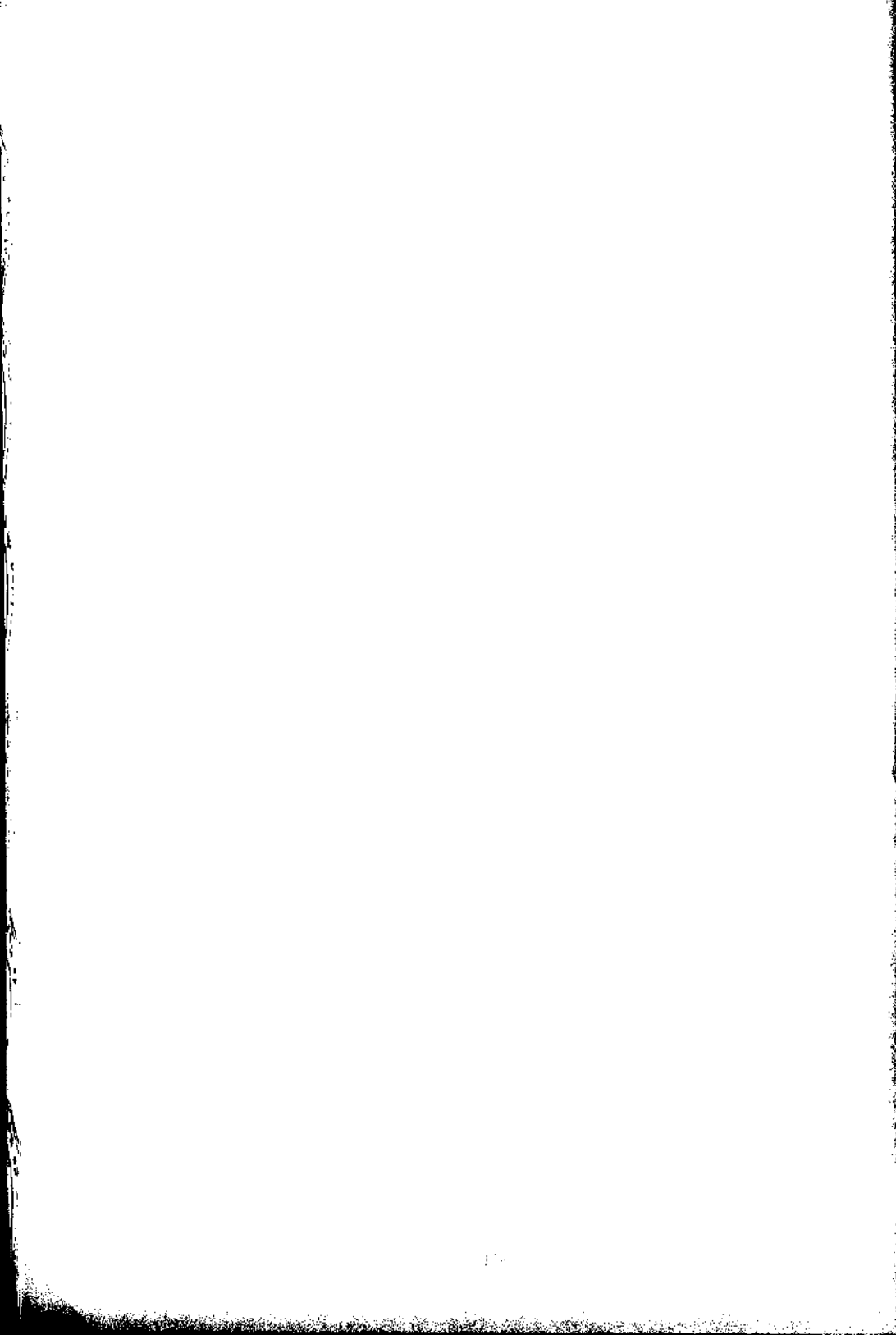
El segundo ensayo, contempla estos aspectos:

1. Los antecedentes
2. La reforma legal y la incorporación de un capítulo de "fuero sindical".
3. Conclusión

El Dr. van Der Laat señala que el año de 1993, cincuentenario del Código de Trabajo vino a marcar para el Derecho laboral nacional, una fecha tan importante casi como la misma promulgación del Código. Lo dispuesto por la Sala Constitucional en el voto 5000 y la reforma legislativa plasmada en la Ley 7360, sin duda va a tener un impacto en las relaciones laborales en Costa Rica (pág. 9).

Por su parte, el abogado Godínez apunta que el “fuero sindical”, desde una perspectiva amplia, como la ha utilizado nuestro legislador en los artículos 363 y 367 del Código de Trabajo, es un régimen de protección contra todo acto que perjudique el ejercicio de los derechos colectivos de trabajo, por parte no solo del dirigente sindical, sino también de cualquier otro trabajador; y, en un sentido restringido ese “fuero” es aquel conjunto de medidas que se adoptan para la protección del dirigente sindical contra el acto de despido incausado (pág. 67).

Se trata de una seria y profunda reflexión sobre nuestro Derecho del trabajo.



INDICE



	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	8
Ensayos:	
Doscientos años de evolución: el desarrollo del sistema jurídico costarricense <i>Dr. Carlos José Gutiérrez</i>	9
La contratación administrativa y sus principios en los proyectos de "Ley general de electricidad" y de "Modernización y fortalecimiento de la ley de creación del I.C.E." <i>Lic. Hubert Fernández Argüello</i>	39
Delito informático <i>Lic. Alonso Salazar</i>	63
Contratación pública (Sala Constitucional y proyecto de reforma) <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	83
La nulidad de sentencias constitucionales por desviación de competencias <i>Lic. César Hines Céspedes</i>	119
Reseñas bibliográficas <i>J.E. Romero-Pérez</i>	151