

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

86

SAN JOSE, COSTA RICA
1998
ENERO-ABRIL

340-R
C.5



JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

1998
4 DIAS

Presidente:

Lic. Juan José Delgado Zúñiga

Vicepresidente:

Lic. Marco Antonio Jiménez Carmiol

Secretario:

Lic. Luis Alberto Guillén Downing

Prosecretario:

Lic. Paulo André Alonso Soto

Tesorero:

Lic. Gastón Peralta Volio

Fiscal:

Lic. Giovanni Varela Dijeres

Vocal 1:

Licda. Luz María B...

Vocal 2:

Lic. Hubert May Ca...

Vocal 3:

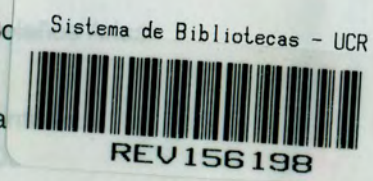
Lic. Joaquín Picado González

Vocal 4:

Licda. Eugenia Arias Solé

Vocal 5:

Julio César Mesén Montoya



AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Gabriel Macaya Trejos

Director Consejo Universitario:

Dr. Luis Estrada Navas

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

Se publica ahora ensayos sobre las áreas del Derecho Constitucional, Internacional, Administrativo, Civil y Comercial.

Asimismo, se editan varias reseñas bibliográficas sobre importantes libros jurídicos.

El director y editor

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN AMERICA LATINA (Con especial énfasis en Costa Rica)

Dr. Luis Paulino Mora Mora
Presidente de la Sala Constitucional
Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

SUMARIO:

- I. INTRODUCCION
- II. SISTEMAS DE PROTECCION
 1. El "modelo norteamericano" o "difuso"
 2. El "modelo concentrado"
- III. LA SALA DE CONSTITUCION DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA
 1. Antecedentes
 2. La Sala Constitucional por dentro
 3. Innovaciones de la ley:
 - A. El Amparo contra sujetos de derecho privado
 - B. El derecho de rectificación y respuesta
 - C. Las consultas de constitucionalidad
 - a) Consultas legislativas
 - b) Consultas judiciales de constitucionalidad
 4. Los conflictos constitucionales
 5. El hábeas corpus
 6. El amparo
 7. La acción de inconstitucionalidad
- IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCION

Toda constitución política es una declaración de la voluntad popular —soberana— que recoge dos pilares fundamentales de toda sociedad políticamente organizada: una declaración de los derechos fundamentales que esa sociedad reconoce como legítimos a quienes en ella conviven y una declaración de la forma de organización política que ha escogido para regirse. Así, las constituciones políticas del mundo moderno contienen siempre una columna vertebral de derechos o libertades públicas, a cuyo respeto se obliga el Estado para con todos los habitantes de su territorio y, otra con la estructura del poder legítimo, que se organiza y distribuye en primer lugar, para delimitar sus actuaciones e impedir que éstas lesionen los derechos mencionados y, en segundo lugar, para regular las funciones vitales de los órganos estatales.

En el Derecho Constitucional Moderno, no podemos reconocer la existencia material de una carta magna que carezca de esas columnas, al grado tal que la Constitución Política de los Estados Unidos de América, primera constitución escrita del mundo moderno, que contenía una declaración inicial referida básicamente a la estructura de los órganos estatales, fue duramente criticada por su ambigüedad respecto de los derechos fundamentales y no pudo entrar en vigencia, hasta tanto no se le incluyeron las 10 primeras enmiendas, detallando esos derechos. El caso francés operó a la inversa, en él primero se dio una declaración de los derechos del hombre y del ciudadano y, con posterioridad, la elaboración de las constituciones que debieron enfrentarse a la regulación de los órganos estatales.

Una Constitución entonces, no sólo debe contener la organización del Estado sino también el marco de desarrollo de la sociedad a la que está dirigida y, dentro de él, como condición importante para que se realicen aquellas aspiraciones y valores supremos de los seres humanos que la conforman, el reconocimiento a la dignidad y la libertad de estos, dentro de un plano de absoluta igualdad. Cuando se viola la Constitución, no se viola la voluntad del pueblo pura y nuda, expresada a nivel constituyente, sino que se hieren los contenidos más caros de esa voluntad popular, los rasgos políticos y sociales más importantes de la sociedad que esa voluntad quiere construir. No se trata, entonces, solamente de un problema jurídico, sino de que el irrespeto al orden de las normas conduce directamente al de los valores que ellas protegen, a la frustración de las aspiraciones más legítimas e importantes de la comunidad y del individuo.

Históricamente la Constitución ha sido el marco normativo por el que se han preocupado los políticos como forjadores de una nacionalidad —que a su vez ha suscitado baños de sangre en los pueblos—

al contener el marco de desarrollo de la sociedad y el ámbito de libertad de los individuos dentro de ella. Su importancia nos obliga a tenerla como el máximo instrumento jurídico de una Nación, de allí la visión de Kelsen sobre la pirámide del ordenamiento jurídico, con la Constitución a la cabeza como orden supremo que las demás normas de inferior rango están obligadas a desarrollar y respetar. Según esta noción, base del derecho procesal constitucional moderno, la constitución es la normativa primigenia, de la cual deriva y en la cual se sostiene el orden jurídico como estructura jerárquicamente escalonada. En consecuencia, el orden jurídico "debe estar" de acuerdo con la constitución y no debe transgredirla⁽¹⁾ (principio de supremacía constitucional).

La protección de esa Ley Suprema cobra una importancia capital en la medida en que de su respeto depende la congruencia y efectividad del sistema mismo a nivel jurídico, social y político, protección de la que tradicionalmente han surgido instrumentos procesales de garantía, precisamente con el objeto de reintegrar el orden constitucional violado, o bien de armonizar los órganos de poder para que guarden el equilibrio apropiado, es decir un derecho justicial⁽²⁾, estimado como aquel que señala a los órganos del Estado la conducta que deben seguir, para imponer, si es preciso coactivamente, los mandamientos jurídicos, cuando no son observados voluntariamente por los destinatarios. Así pues, la justicia constitucional es concebida como el conjunto de procedimientos de carácter procesal, por medio de los cuales se encomienda a determinados órganos del Estado, la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos, a aquellos otros organismos de carácter público que han desbordado las limitaciones, que para su actividad se establecen en la misma Carta Fundamental.⁽³⁾

Aunque en forma rudimentaria, Grecia y Roma estructuraron sistemas de protección de la justicia constitucional, pero no es sino hasta que los principios fundamentales del orden jurídico se consagran en un

(1) Las siguientes son las consecuencias de este principio, reconocidas por la doctrina: a) la constitución es la fuente primaria de validez positiva del orden jurídico; b) la constitución habilita la creación sucesiva y descendente de ese mismo orden en cuanto a la forma y en cuanto al contenido del sistema normativo; c) la constitución obliga a que el orden jurídico sea congruente y compatible con ella; d) la constitución descalifica e invalida cualquier infracción a ella.

(2) Fix Zamudio Héctor "La Justicia Constitucional", en Revista de Derecho Constitucional # 1. San José, Costa Rica, 1991, pág. 20.

(3) *Ibid.*, pág. 21.

340-R
0-5 BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO
REV 1561 98

documento escrito, en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en 1787, que se empieza a precisar –aunque en forma empírica–, un sistema jurisdiccional de control constitucional, desarrollado principalmente por la jurisprudencia de la Corte Suprema en los fallos de los conocidos juristas Marshall, Story y Oliver Wendell Holmes.

La Constitución Austriaca de 1920, sistematizada por Kelsen, divulgó con mayor profundidad la idea sobre la necesidad de establecer verdaderos tribunales constitucionales, cuando en Europa predominaba la corriente –que aún impera en Francia–, de confiar la tutela constitucional a un órgano político especial como lo fue el Senado Conservador establecido en la Constitución francesa del 13 de diciembre de 1799. El pensamiento Europeo se ha inclinado principalmente por la existencia de un poder neutro, que intervenga con su arbitraje para resolver los conflictos entre el Parlamento y el Gabinete, sistema consagrado en varias Constituciones nacidas con posterioridad al año 1945, en países de corte parlamentario.

II. Sistemas de Protección

El reconocido tratadista constitucional mexicano, Héctor Fix Zamudio, clasifica los sistemas de protección de la justicia constitucional en tres clases: el Americano, el Europeo y el Socialista⁽⁴⁾, considera al primero como aquél que surge formalmente con la consagración de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, influencia gran parte del continente americano desde Canadá hasta Argentina, y tiene como uno de sus mayores aportes el atribuir a los tribunales de justicia –a todos los tribunales de justicia– la protección de la supremacía constitucional. Frente a este sistema, está el que el autor llama Europeo, por haber nacido en ese continente, partidario de confiar la tutela –aunque no unánimemente–, de la Ley Suprema a un órgano político, o más recientemente a un tribunal constitucional específico, diverso de los

(4) El Dr. Rodolfo Piza Escalante, considera que también existe un sistema constitucional "iberoamericano", que reconoce una tendencia ideológica común en las naciones americanas de ascendencia hispánica y portuguesa, que consisten en una serie de soluciones propias, que aunque con algunos rasgos de los sistemas mencionados, contienen ideas independientes a ellos, con fines comunes básicamente compartidos. Ver. "Legitimación Democrática en la nueva justicia constitucional de Costa Rica", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1a edición, 1995, pág. 139.

órganos judiciales ordinarios, con efecto erga omnes de las declaraciones de inconstitucionalidad. Por último, tenemos el sistema soviético, que deposita en los órganos legislativos la tutela de la supremacía constitucional, como es el caso de Cuba que en la Constitución de 1976 le otorgó a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado el control constitucional⁽⁵⁾.

En América Latina, ha existido una importante influencia de los dos primeros sistemas: el Americano y el Europeo. La influencia Americana se impuso de manera paulatina, pero firme, de allí que la mayoría de nuestros países encargaran la protección constitucional a los jueces (judicial review). Aunque se debe reconocer que durante mucho tiempo el sistema se atascó en varios de los países, debido a factores como la inestabilidad política, la limitada cultura sobre los derechos humanos y la proliferación de los gobiernos de carácter militar, tendencia que en los últimos años ha sido superada en gran parte, debido al restablecimiento de gobiernos democráticos que se han comprometido en respetar los derechos fundamentales de las personas y propiciado el reforzamiento de los sistemas e instrumentos protectores de esos derechos.

Existe también influencia del sistema Europeo en algunas figuras de protección, predominando los sistemas mixtos que combinan la tradición norteamericana con la europea, sistemas estos en los que se hace posible la participación de los jueces ordinarios con la función de tribunales constitucionales especializados.

1. El “modelo norteamericano” o “difuso”⁽⁶⁾

El sistema difuso de control constitucional, faculta a todos los jueces y cortes de un determinado país para que actúen como jueces constitucionales. Al igual que el concentrado, el difuso se origina como consecuencia del principio de supremacía constitucional, sólo que en éste caso la tarea de velar por el respeto y preponderancia de la Constitución, está asignada también a los jueces comunes, para que

(5) Ver arts. 78 inciso c) y 88 incisos ñ) y o). Aunque la Constitución de 1976 sufrió una reforma en 1992, éstas no alteraron el sistema de justicia constitucional.

(6) Este capítulo está basado en la clasificación y estudio del tratadista Allan Brewer Carías, “Judicial Review in Comparative Law”, Cambridge University Press, 1989.

determinen en cada caso, cuál es la mejor justicia a la luz de la Constitución. Los Estados Unidos de América son el ejemplo típico de este sistema de control constitucional; el artículo 6 inciso 2 de la Constitución Norte Americana y la resolución del Juez Marshall en el caso Marbury vs Madison de 1803,⁽⁷⁾ son los pilares sobre los cuales se apoya el modelo de justicia constitucional de ese país. Este sistema de control constitucional, aún cuando comúnmente se considera propio de los países con influencia del common law, es compatible con los de influencia romana. Así por ejemplo, México, Argentina y Brasil lo han adoptado, siendo países cuyos sistemas legales fueron formados e influenciados por el sistema romano. No obstante, algunos autores como Hans Kelsen, sostienen que el sistema difuso en un país de influencia romano-civil presenta serios problemas para su adopción, pues se pierde la unidad de criterios sobre temas fundamentales, en razón de que una corte puede interpretar de una manera una norma constitucional, mientras que otra concluye lo contrario sobre el mismo punto, sin que se pueda, si son de igual rango, hacer valer uno u otro criterio como prevalente, porque en el sistema romano civil, al no existir el “stare decisis” es muy difícil establecer cuál es el criterio vinculante, circunstancia que no se presenta en el *sistema concentrado*, en el que un tribunal de rango superior es el que decide en forma vinculante, “erga omnes”, sobre la empatía o no de la norma o el acto con lo dispuesto por la constitución. Para superar estos problemas, países como México, han adoptado algo parecido al “stare decís”, de tal forma que los antecedentes de las cortes federales en materia de amparo deben ser tomados como precedentes vinculantes por los tribunales inferiores. El obligado acatamiento se da después de que cinco veces se ha mantenido una tesis en relación con un determinado punto. Varios países Europeos, con influencia romana, han adoptado otros mecanismos para resolver el problema de las contradicciones en las resoluciones, creando Tribunales Constitucionales con rango de Tribunal Superior, así Grecia.

(7) Marbury vs Madison. 1 Cranch 137, 2L Ed. 60 1803.

“La doctrina sentada por Marshall en el caso Marbury vs Madison puede resumirse diciendo que cuando una ley se encuentra en contradicción con la Constitución al Juez le queda una alternativa: o se aplica la ley, en cuyo caso se inaplica la Constitución, o bien se aplica la Constitución, lo que obliga a inaplicar la ley. Marshall optó por la segunda opción, que juzga “the very essence of duty of the judicial duty”; pues de lo contrario las Constituciones escritas serían absurdos intentos, de parte del pueblo, de limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable”, párrafo extraído de la obra de Hernández Valle Rubén, *La Tutela de los Derechos fundamentales*, pág. 125, Editorial Juricentro 1990.

El sistema concentrado de control constitucional tiene su origen en Europa como resultado de las teorías de Hans Kelsen sobre la norma superior o Constitución, ideas que se reflejaron inicialmente en la Constitución Austríaca para luego extenderse en Europa y algunas partes de América. Como consecuencia de la influencia kelseniana, Austria y Checoslovaquia fueron los primeros países en instaurar Tribunales Constitucionales bajo el sistema concentrado. Actualmente Alemania, España, Italia y Portugal son ejemplos de este sistema, aunque con algunas variantes entre sí, pero siempre con las características propias del mismo. Dentro de la tendencia a la incorporación en los ordenamientos latinoamericanos de características del modelo austríaco, se pueden señalar los sistemas que regulan la jurisdicción y competencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (1965-1985); del Tribunal Constitucional Chileno (1970-1980); del Tribunal Ecuatoriano de Garantías Constitucionales (1978-1983); del Tribunal Peruano de Garantías Constitucionales (1979), ahora Tribunal Constitucional según la Constitución de 1993; y la creación de la Corte Constitucional Colombiana de 1991. Además debe destacarse la creación de salas constitucionales autónomas en las Cortes Supremas de Justicia de El Salvador (1983-1991); Costa Rica (según reforma constitucional de 1989); Paraguay (1992) y Ecuador (1993).

A pesar de que como se mencionó supra, el sistema austriaco tuvo gran influencia en el área después de la segunda guerra mundial, éste no afectó la preeminencia del sistema americano, de tal forma que en América Latina se ha combinado la desaplicación de las normas legislativas en los casos concretos y la declaratoria general de inconstitucionalidad encomendada a tribunales o salas especiales en materia constitucional (sistema mixto), este es precisamente el caso de Costa Rica.

III. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

Nuestro país, se ha caracterizado a través de su historia por tener un sistema concentrado de Constitucionalidad en donde el poder de declarar la inconstitucionalidad de una norma o acto, le había sido otorgado en forma exclusiva a la Corte Suprema de Justicia. En 1989 se promovió una reforma constitucional y legal de gran relevancia, que otorga el poder de control Constitucional a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, la que por mayoría absoluta de sus miembros puede declarar la inconstitucionalidad de las normas de cualquier

naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, según la nueva redacción que esta reforma dio al artículo 10 de la Constitución, norma que establece que es a esta Sala a la que le corresponde dirimir los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, así como de las demás entidades u órganos que indique la ley; y, conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, según se disponga en la ley que regula su competencia y establece los procedimientos a aplicar. También conoce la Sala, por así regularlo el artículo 48 de la Constitución, de los recursos de amparo y hábeas corpus, figuras que se explicarán más adelante con mayor detalle.⁽¹⁰⁾ En el citado artículo 10 se dispone sobre una importante reserva relativa a la revisión de constitucionalidad, en cuanto a los actos jurisdiccionales del Poder Judicial⁽¹¹⁾, y de la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones, pronunciamientos que no pueden ser conocidos en la Sala Constitucional mediante una acción de inconstitucionalidad.

Como se puede observar, aún con la reforma, al reservar la Constitución el conocimiento de las materias relativas a la Constitución a una Sala especializada dentro de la Corte Suprema de Justicia, parece que el sistema concentrado que venía rigiendo y que lo ejercía la Corte Plena, se mantiene⁽¹²⁾. No obstante, la Sala consideró en su sentencia número 1185-95, que el principio de supremacía de la Constitución, en relación

(10) Al respecto ver artículo 48 de la Constitución Política Costarricense y artículos 15 a 28 y 29 a 56 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional Costarricense.

(11) En el inciso b del artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se dispone que no procede el amparo, contra las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial, norma que ha sido tachada de inconstitucional en varias acciones que por mayoría a declarado sin lugar. Si en algún momento se reconoce que efectivamente la disposición contradice el marco constitucional, ello conlleva que no se pueda alegar la inconstitucionalidad de los pronunciamientos de los tribunales de justicia por medio de una acción, pero sí por medio de un amparo.

(12) El artículo 70 de la Ley Orgánica del Poder Judicial da el calificativo de Corte Plena a la reunión de todos los Magistrados que conforman las Salas, incluyendo a las Suplentes que temporalmente repongan a propietarios o que sustituyan a cualquiera de éstos que estuviere impedido para resolver el caso.

con lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 11 y 194 de la Constitución Política, facultan al Juez común a aplicar directamente la Constitución en los procesos sometidos a su conocimiento, con efecto inter partes por supuesto, cuando ya existiere precedente de la Sala, lo cual convierte a nuestro sistema, a mi juicio, en un sistema de control constitucional mixto, en donde sistema concentrado y difuso funcionan en forma paralela.⁽¹³⁾

1. Antecedentes

La Sala Constitucional costarricense fue creada por reforma del dieciocho de junio de 1989 a los artículos 10 y 48 de la Constitución Política de 1949, de acuerdo con los cuales corresponde, como se dijo, a la propia Sala la declaración de inconstitucionalidad, con efectos generales, de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos a derecho público, pero además, el conocimiento de los recursos de amparo y hábeas corpus, que proceden para la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la propia Constitución o en instrumentos internacionales aplicables en Costa Rica. Lo fundamental en la reforma es la creación de una Sala especializada dentro de la Corte Suprema de Justicia⁽¹⁴⁾, esto porque a ese momento se consideró que no

- (13) Junto con el Magistrado Piza salve el voto al considerar que la norma impugnada es constitucional y que establece una justicia difusa y paralela concurrente con la concentrada.
- (14) La competencia propia de la Sala según los términos de la Constitución, se encuentra establecida en los artículos 10 y 48 de la Carta Magna. Dispone el artículo 10, según los términos de la reforma:
- “Artículo 10.- Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley. Le corresponderá además:
- a) Dirimir los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, así como en las demás entidades u órganos que indique la ley.
- b) Conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, según se disponga en la ley.”

estaban dadas las condiciones necesarias para pretender la creación de una Corte Constitucional, siguiendo el camino ya recorrido en Guatemala y Colombia, en donde —en el marco continental americano— si se dio el paso definitivo, creándose Cortes propias para la materia constitucional⁽¹⁵⁾.

Importante también ha resultado el cambio en cuanto a la exigencia de una mayoría calificada para el reconocimiento de la inconstitucionalidad de una norma de cualquier naturaleza, pues conforme al texto original del artículo 10, esa declaratoria sólo podía ser acordada por los dos tercios del total de los miembros de la Corte Suprema de Justicia, exigencia que también contenía el artículo 967 del Código de Procedimientos Civiles. Ahora en el señalado artículo 10 se dispone expresamente que la inconstitucionalidad puede ser reconocida por la mayoría absoluta de los miembros de la Sala. Ocurrió en innumerables ocasiones que no obstante que la mayoría de los Magistrados estimaron que una norma era contraria a la Constitución, por no lograrse doce votos en ese sentido, la norma se mantuvo vigente, con el agravante de que el caso no podía ser nuevamente planteado⁽¹⁶⁾.

Al establecerse la competencia de la Sala, el constituyente fijó dos innovaciones más, la posibilidad de consulta preceptiva y voluntaria

Y el 48:

“Artículo 48.- Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.”

- (15) Estimo que el funcionamiento de la Sala en sus primeros ocho años ha dejado ver que la solución fue correcta para nuestro medio, pues no se han dado en el ámbito jurisdiccional las fricciones que si se han presentado en otras latitudes —España y Guatemala, por ejemplo—, en cuanto al ámbito de competencia de los tribunales comunes y el constitucional. Además el estar establecida la competencia de la Sala en la propia Constitución le ha permitido cumplir con su cometido con gran independencia frente a los Poderes del Estado, aún la propia Corte Suprema de Justicia —de la que forma parte, pero tiene competencia para revisar sus pronunciamientos en materia administrativa—.
- (16) En varias ocasiones la Sala ha reconocido la inconstitucionalidad de normas que habían sido impugnadas ante la Corte Suprema de Justicia y que por la exigencia de las dos terceras partes del total del número de Magistrados para declarar la inconstitucionalidad, no obstante que la mayoría reconoció el vicio, se mantuvieron vigentes.

sobre proyectos de reforma constitucional, aprobación de convenios o tratados internacionales y otros proyectos de ley y la facultad de dirimir conflictos de competencia entre los poderes del Estado.

2. La Sala Constitucional por dentro

La Sala Constitucional costarricense está formada por siete Magistrados propietarios y doce suplentes, todos elegidos por la Asamblea Legislativa por votación no menor de los dos tercios de sus miembros.⁽¹⁷⁾ El período de nombramiento es de ocho años, para los propietarios, considerándose reelegidos para períodos iguales, salvo que en votación no menor de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa se acuerde lo contrario⁽¹⁸⁾ y el de los suplentes de cuatro años⁽¹⁹⁾.

Requerida legalmente la intervención de la Sala, es su deber actuar de oficio y con la mayor celeridad, sin que pueda invocarse la inercia de las partes para retardar el procedimiento.

A efecto de garantizar al ciudadano el acceso a la jurisdicción constitucional, en todo momento, después de las horas ordinarias de trabajo, en días feriados o de asueto, actúa un magistrado de turno, a quien corresponde dar el curso inicial a los asuntos que sean presentados.

Entratándose de los recursos de hábeas corpus y de amparo, su interposición no exige mayores formalidades, pudiéndose presentar aún por medio de telegrama, o cualquier otro medio de comunicación escrito, sin que sea requerida autenticación de la firma por parte de un abogado, esto tiende también a hacer la justicia constitucional más asequible para el administrado.

Generalmente la Sala Constitucional se reúne en pleno tres veces por semana, aunque en algunas oportunidades, por así requerirlo los asuntos planteados, se han realizado mayor número de sesiones. La votación de los martes se dedica principalmente a cuestiones de constitucionalidad (acciones, consultas y conflictos), mientras que las de

(17) Al momento la Asamblea Legislativa se compone de cincuenta y siete Diputados, según se dispone en el artículo 106 de la Constitución Política.

(18) Artículo 158 de la Constitución Política.

(19) Artículo 74 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

los miércoles y viernes se dedican principalmente a hábeas corpus y amparos.

Cada uno de los Magistrados cuenta con dos Letrados que le asisten en el estudio de los expedientes que tienen a su cargo.⁽²⁰⁾

3. Innovaciones de la ley

La nueva Ley viene a poner a la Constitución Política, como consecuencia de la apertura respecto a los motivos de interposición de los recursos y acciones y a las nuevas posibilidades de análisis constitucional que crea, como verdadera norma superior del ordenamiento jurídico costarricense, de aplicación normal y positiva, y no como criterio negativo de interpretación y validez de ese ordenamiento⁽²¹⁾. El artículo primero en forma clara indica que el objeto de la ley es "garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y los del derecho internacional o comunitario vigente en la República, la uniforme interpretación y aplicación de los mismos, y los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica".

Esta legislación permite la oralidad como medio de actuación de la Sala, pues se estima que el procedimiento escrito en algunos casos retarda la administración de justicia y dificulta al juez el esclarecimiento total de sus dudas en relación con el caso planteado, estableciéndose en el artículo 10 la posibilidad de ordenar una comparecencia oral para que los interesados formulen conclusiones antes del pronunciamiento de la Sala.

Es importante destacar como un principio fundamental de la Ley, el que la jurisprudencia y los precedentes de la Sala Constitucional son vinculantes para todos, excepto para la propia Sala, con lo que se garantiza la prelación de las normas constitucionales y el necesario acatamiento por las autoridades y ciudadanos de sus pronunciamientos, así como la adaptación de la Constitución a las cambiantes situaciones de una sociedad moderna.⁽²²⁾ Comprendo plenamente la tesis aceptada por

(20) Esto con excepción del Presidente que tiene 11 por tener a su cargo la admisibilidad de todos los asuntos y la atención de las funciones administrativas.

(21) Cfr. Néstor Pedro Sagüez. La Jurisdicción Constitucional En Costa Rica. En Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Octubre-Diciembre 1991, pág. 494.

(22) Al respecto indica textualmente el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional: "La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción Constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma."

el legislador para receptar este principio, sin embargo no comparto plenamente el criterio sobre su necesidad, pues si bien es incuestionable que lo resuelto debe ser aceptado por todos en los casos en que la Sala reconoce la inconstitucionalidad de una norma o acto de derecho público, o señala la forma de interpretarlas según los términos de la Constitución, no en todos los restantes casos en que tiene competencia la Jurisdicción Constitucional, resulta necesaria, y en tal razón justificada esa obligatoriedad, que puede lesionar el principio de independencia de que deben gozar los jueces. Desde mi punto de vista el juez al que se le impone un criterio no es independiente, y si esta es una condición indispensable para una sana administración de justicia, la jurisprudencia vinculante, de alguna forma atenta contra la señalada independencia y en tal razón contra uno de los principios que informan la administración de justicia en un sistema democrático.

Esta Ley aparte de ampliar los poderes de intervención del órgano constitucional en materia de hábeas corpus y amparo, y regular en forma más amplia el recurso de inconstitucionalidad, introduce en nuestro sistema una serie de figuras que al no existir con anterioridad y ser reflejo de las doctrinas más modernas en esta materia, se consideran verdaderas innovaciones. Dentro de éstas tenemos el amparo contra sujetos de derecho privado, el derecho de rectificación y respuesta; y, las consultas Legislativa y Judicial.

A. El amparo contra sujetos de derecho privado

Hoy en día se acepta que los derechos públicos subjetivos se ejercitan no sólo frente al Estado sino también frente a los particulares, especialmente los organizados en asociaciones, corporaciones empresariales o sindicatos. Por ello, la Ley de la Jurisdicción Constitucional costarricense en sus artículos 57 y siguientes regula la figura del amparo contra sujetos de derecho privado para autorizarlo contra las actuaciones u omisiones de sujetos de esa condición, cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales que tutela la ley. La expresión "sujetos de derecho privado" comprende a todas las personas con capacidad jurídica conforme a la determinación del derecho privado y por lo tanto, el recurso puede interponerse tanto contra personas físicas, como colectivas (vgr. cooperativas, sindicatos, asociaciones, fundaciones privadas), así como contra personas jurídicas

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

de hecho.⁽²³⁾ Este recurso puede interponerlo cualquier persona a su favor o en favor de otro⁽²⁴⁾, deberá ser dirigido contra el presunto autor del agravio si se tratare de persona física, o si se tratare de persona jurídica, contra su representante legal; y si lo fuere de una empresa, grupo o colectividad organizados, contra su personero aparente o el responsable individual.⁽²⁵⁾ El recurso debe ser promovido dentro de los dos meses siguientes de producido el acto que se considera violatorio si ya hubiesen cesado los efectos, o en cualquier momento mientras subsista la violación o amenaza. Igual que en el amparo común, el plazo que se da al demandado para responder, es de tres días, aunque podrá aumentarse si la distancia lo requiere. La notificación del traslado de la demanda se practicará en el lugar de trabajo o en la casa de habitación del presunto autor del agravio, si se tratare de personas físicas; si fuere de personas jurídicas, una empresa o colectividad organizados, se hará al representante o personero en su casa de habitación o en la sede de la sociedad empresa o corporación.⁽²⁶⁾ Si se concede el amparo, la sentencia declarará ilegítima la acción u omisión que dio lugar al recurso y ordenará que se cumpla lo que dispone la respectiva norma, dentro del término que se señale en el fallo y se condenará a la persona o entidad responsable al pago de los costas, daños y perjuicios, extremos que se liquidarán en ejecución de sentencia en la vía civil. Si al declararse con lugar el amparo hubieren cesado los efectos del acto reclamado de tal forma que no se puede restablecer al agraviado en el goce de su derecho, la sentencia prevendrá al agravante el deber de no incurrir en actos u omisiones iguales o semejantes a los que dieron mérito para acoger el recurso y lo condenará al pago de las costas, daños y perjuicios causados.⁽²⁷⁾ Si la Sala decide rechazar de plano el recurso por considerar que no se dan los requisitos que menciona el artículo 57, deberá indicar al accionante cuál es el procedimiento idóneo para tutelar el derecho lesionado.

Llama la atención que esta figura tan necesaria para proteger los derechos públicos subjetivos, ya había sido concebida en Argentina desde los años cincuenta, cuando en el célebre caso Kot, la Corte

(23) Hernández Valle Rubén, "El amparo contra particulares en Costa Rica", Revista de Ciencias Jurídicas # 60, pág. 145.

(24) Ver art. 58 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

(25) Ver art. 59 ibídem.

(26) Ver art. 61 ibídem.

(27) Ver art. 63 ibídem.

Suprema de Justicia reconoció el amparo contra particulares. En una de sus partes más interesantes dice la sentencia:

“Si en presencia de estas condiciones de la sociedad contemporánea los jueces tuvieran que declarar que no hay protección constitucional de los derechos humanos frente a tales organizaciones colectivas nadie puede engañarse de que tal declaración comportaría la de la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución, y con ella del orden jurídico fundamental del país. Evidentemente, eso no es así. La Constitución no desampara a los ciudadanos ante tales peligros ni los impone necesariamente recurrir a la defensa lenta y costosa de los procedimientos ordinarios”.⁽²⁸⁾

Costa Rica, recogiendo ese sentimiento y la necesidad de proteger en forma amplia los derechos constitucionales, regula esta novedosa figura en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en la forma expuesta supra, para poder hacerle frente a las necesidades de la sociedad contemporánea con mejores instrumentos de protección ciudadana.

B. El derecho de rectificación y respuesta

Otra de las figuras novedosas que contempla la legislación costarricense es el derecho de rectificación y respuesta. La Ley de la Jurisdicción Constitucional, en su artículo 66 permite el amparo para garantizar este derecho derivado de los artículos 29 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio, por medios de difusión que se dirijan al público en general, y consecuentemente, para efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta.⁽²⁹⁾ Para ejercer este derecho, el agraviado

(28) Caso Samuel Kot, Corte Suprema de Justicia, Buenos Aires, 1958, citado por Bidart Campos “Derecho de Amparo”, Buenos Aires, 1960.

(29) Artículo 66: El recurso de amparo garantiza el derecho de rectificación o respuesta que se deriva de los artículos 29 de la Constitución Política y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio, por medios de difusión que se dirijan al público en general, y, consecuentemente, para efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establece esta Ley.

En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirá de otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

deberá formular solicitud escrita al dueño o director del órgano informativo dentro de los cinco días naturales siguientes a la publicación o difusión que se pretende rectificar o contestar y deberá acompañar el texto de su rectificación o respuesta, redactada en la forma más concisa posible. Esta rectificación deberá publicarse o difundirse en condiciones equivalentes a las de la publicación que la motiva, dentro de los tres días siguientes, si se tratare de órganos de difusión diaria, y en los demás casos, en la próxima edición. Si el órgano de comunicación se negare a publicar el texto a él sometido, el interesado puede promover amparo ante la Sala, quien dará audiencia por veinticuatro horas al órgano de comunicación demandado, y una vez recibido el informe resolverá el recurso sin más trámite dentro de los tres días siguientes.

Si el recurso es declarado con lugar, en la misma sentencia se aprobará el texto de la publicación o difusión, y se ordenará publicarla o difundirla dentro de los tres días siguientes a la notificación y se determinará, además, la forma y condiciones en que debe hacerse esa difusión o publicación (tamaño, ubicación, etc.). Las responsabilidades que se deriven de la rectificación o respuesta recaerán exclusivamente sobre sus autores y no sobre el medio de comunicación o personeros, salvo la negativa injustificada de éstos últimos a publicarla.⁽³⁰⁾ Si la publicación no fuere diaria, la obligación del medio de información se cumple con publicar la rectificación o respuesta en el siguiente número.

Algunos consideran que el plazo de cinco días que se establece entre la fecha de la entrega de la rectificación y el día de su publicación efectiva es muy amplio, dado que durante ese lapso perfectamente puede ocurrir que el efecto nocivo de la información inexacta se haya dejado de sentir, de manera que cuando se publique la rectificación ya el agravio sea irreparable.⁽³¹⁾

C. Las consultas de constitucionalidad⁽³²⁾

Nuestro ordenamiento consagra dos modalidades de consultas de constitucionalidad: las consultas sobre proyectos y actos sujetos a aprobación de la Asamblea Legislativa y las consultas judiciales.

(30) Ver arts. 68 y 69 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

(31) Cfr. Hernández Valle, Rubén, *El amparo...*, pág. 148.

(32) Basado en la exposición de Hernández Valle Rubén en su obra *La Tutela de los Derechos Fundamentales*, supra citada, págs. 228 y ss.

a) Consultas Legislativas

i) Proyectos de reforma constitucional

La Asamblea Legislativa está obligada a consultar a la Sala Constitucional los proyectos de reforma a la Constitución Política. La consulta deberá formularla el Directorio de la Asamblea Legislativa después de su aprobación en primer debate en primera legislatura y antes de la definitiva en segunda legislatura.⁽³³⁾

La consulta no interrumpe ningún trámite, salvo el de aprobación del proyecto en tercer debate, luego de evacuada se podrá continuar con su discusión.

La resolución que evacua la consulta, sólo tendrá carácter vinculante cuando establezca la existencia de trámites inconstitucionales del proyecto consultado. Por ejemplo, si se aprueba la reforma consultada mediante una mayoría diferente a la fijada constitucionalmente o con violación de un trámite sustancial previsto en el texto constitucional o en el Reglamento de la Asamblea Legislativa.⁽³⁴⁾

El dictamen no obsta para que posteriormente la norma o normas cuestionadas una vez adoptadas puedan ser impugnadas por otras vías de control constitucional.

Este tipo de consulta preceptiva es importante pues, a través de ella se posibilita evitar se introduzca normas al texto constitucional que vayan a producir antinomias innecesarias, y se logra mejorar la técnica de la reforma constitucional.⁽³⁵⁾

ii) Proyectos de ley de reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional

El artículo 96 inciso a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional obliga a la Asamblea Legislativa a consultar a la Sala sobre todo proyecto de reforma a la Ley que rige esta jurisdicción y en este caso al igual que en el anterior, la consulta la formula el Directorio de la Asamblea Legislativa y su dictamen sólo es vinculante cuando establezca la

(33) Ver art. 98 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

(34) Hernández Valle Rubén, *Ibid.*, pág. 228.

(35) Hernández Valle Rubén, *Ibid.*, pág. 228.

existencia de trámites inconstitucionales del proyecto consultado. La consulta debe formularse después de aprobado el proyecto en primer debate.

No necesita formularse en memorial razonado e interrumpe el procedimiento legislativo durante el mes que tiene la Sala para contestar la consulta.

Este tipo de control previo es importante pues permite que la Sala Constitucional, encargada de aplicar en forma exclusiva la Ley de la Jurisdicción Constitucional, pueda rendir un dictamen técnico sobre la conveniencia o inconveniencia de la reforma propuesta.

iii) Aprobación de convenios o tratados internacionales

Según señala Rubén Hernández en su obra *La Tutela de los Derechos Fundamentales*, esta figura sigue el modelo francés, según el cual el Consejo Constitucional ejerce el control previo de constitucionalidad sobre los tratados internacionales y los proyectos de Leyes Orgánicas. En Francia están legitimados para plantear ese control preventivo el Presidente de la República, el Primer Ministro y los Presidentes de las dos Cámaras Legislativas⁽³⁶⁾. En Costa Rica, la consulta sigue el mismo trámite expuesto en el aparte anterior en relación con la reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, tampoco es necesario que se formule en memorial razonado; ni el pronunciamiento es vinculante, salvo en cuanto establezca la existencia de trámites inconstitucionales en el proyecto.

iv) Proyectos de Ley Ordinarios

En este caso, contrario a los anteriores, la consulta es facultativa y debe formularse por al menos 10 diputados⁽³⁷⁾, en memorial razonado, con expresión de los aspectos cuestionados del proyecto, así como de los motivos de duda u objeciones de constitucionalidad. Las demás características son iguales que las anteriores consultas expuestas, es decir, en cuanto a la oportunidad de interponerla y al efecto del fallo.

(36) Hernández Valle Rubén, *Ibid.*, pág. 229.

(37) Ver art. 96 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

En todos los casos de consulta obligatoria o no, el dictamen emitido por la Sala, como ya se explicó, no precluye la posibilidad de que posteriormente la norma o normas cuestionadas puedan ser impugnadas por las otras vías de control constitucional establecidas en la ley. Un aspecto importante de resaltar es que en todos los casos expuestos, en que el proyecto pueda resultar violatorio de los derechos fundamentales de las personas, el Defensor de los Habitantes puede plantear la consulta⁽³⁸⁾. En caso de que ello suceda, se aplican las mismas reglas descritas, con la salvedad de que el único legitimado para hacer la consulta lo es dicho funcionario⁽³⁹⁾.

b) Consultas judiciales de constitucionalidad

Bajo este tipo de figura de control constitucional, todos los jueces de la República cuando tengan dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deban aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deban juzgar en un caso sometido a su conocimiento, pueden efectuar la consulta. Los jueces tienen el derecho de consultar a la Sala cada vez que consideren que una norma o acto que deben aplicar en la resolución de un caso sometido a su jurisdicción puede rozar con la Constitución, sin perjuicio de consultas anteriores de otros jueces o de la existencia de acciones de inconstitucionalidad pendientes sobre el punto consultado.

La consulta judicial de constitucionalidad permite que el principio del debido proceso, recogido por el artículo 39 de la Constitución y desarrollado por el artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, se aplique debidamente, de tal forma que no sea distorsionado por los jueces comunes a la hora de aplicarlo en sus casos.

El trámite de la consulta es muy sencillo; la consulta se formula mediante resolución en la que se indican las normas actos o conductas cuestionadas y los motivos de duda del tribunal sobre su validez o interpretación constitucional. El tribunal suspende el trámite del expediente hasta tanto la Sala no resuelva la consulta y junto con ésta envía el expediente y los antecedentes pertinentes. De la consulta se otorga audiencia a la Procuraduría General de la República.

(38) Este defensor fue creado por Ley N° 7319 del 27 de noviembre de 1992. (La Gaceta N° 237 del jueves 10 de diciembre de 1992).

(39) Idem.

La Sala tiene la potestad discrecional de evacuar la consulta en cualquier momento, aún desde su inicio, cuando considere que está suficientemente claro el punto en sus antecedentes jurisprudenciales, sin perjuicio que en ese caso los varíe atendiendo a razones de interés público que justifiquen reconsiderar el punto en discusión.⁽⁴⁰⁾

Esta institución resulta un complemento necesario a la parcial desconcentración de la jurisdicción constitucional, que se señaló supra como tesis de la Sala y pretensión aceptada en la reforma que aprobara la Asamblea Legislativa a la Ley Orgánica del Poder Judicial según ley número 7333 de 5 de mayo de 1993, pues si los jueces deben desaplicar las normas que estimen contrarias a la Constitución, resulta conveniente permitirles que consulten al órgano especializado de interpretación, cuando tengan duda sobre la debida adecuación de la norma con el marco constitucional.

4. Los conflictos constitucionales

Los conflictos entre órganos supremos o constitucionales del Estado, tienen su precedente más directo, y su propia génesis, en los litigios acaecidos entre los poderes de los Estados miembros de una Federación. Ya en 1919 la Constitución de Weimar había creado un Tribunal de conflictos de los Estados, encargado de aquellos asuntos que "ningún tribunal fuera competente para su resolución" y que no versaren sobre litigios de derecho privado. Después de la Segunda Guerra Mundial, la Ley Fundamental de Bonn y la Ley B.V.G. proveen una regulación más técnica de este instituto.⁽⁴¹⁾ En otros países con sistema federal como Italia y España, también se ha desarrollado esta figura en los últimos tiempos. Pese a que en Costa Rica no tenemos un sistema federal, se hacía indispensable que un Tribunal pudiera conocer de los conflictos de competencia que se suscitaren entre órganos del Estado, de Instituciones Descentralizadas o de éstos entre sí, pues no existía un mecanismo expedito e imparcial para resolver esa clase de conflictos, surgidos a raíz de la interpretación de la Constitución, en cuanto a la asignación de poderes y competencias.

(40) Ver arts. 102 a 108 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

(41) García Roca Javier, *El Conflicto entre Organos Constitucionales*, Editorial Tecnos S.A. 1987, pág. 19 a 40.

ningún caso podrá exceder de tres días. Al mismo tiempo se previene a la autoridad se abstenga de ejecutar, respecto del ofendido, acto alguno que pudiere dar como resultado el incumplimiento de lo que en definitiva resuelva la Sala. Si se ignorare la identidad del presunto infractor, el recurso se tendrá por establecido contra el jerarca del órgano respectivo. Al solicitar el informe, la Sala puede pedir los antecedentes y hasta ordenar la comparecencia del ofendido; éste último tiene particular importancia para determinar si las autoridades están torturando física o mentalmente al detenido, o para evitar su desaparición temporal o definitiva. Además, el artículo 20 faculta a la Sala para ordenar en cualquier momento, medidas provisionales en protección de los derechos tutelados por esta figura.

Si vencido el plazo otorgado por la Sala la autoridad no hubiere rendido el informe, se podrán tener por ciertos los hechos y declarar con lugar el recurso, si en derecho procediere. Por el contrario, si el informe fuere rendido, la Sala debe resolver dentro de los cinco días siguientes, excepto cuando estimare que debe realizar alguna diligencia probatoria, caso en el cual el término correrá a partir del recibo de la prueba.

6. El Amparo

Esta institución cuyos antecedentes en Latinoamérica nos vienen heredados de México, fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico en la Constitución de 1949 que es la que actualmente nos rige, quedando regulada en el artículo 48, para mantener o restablecer el goce de los derechos fundamentales no protegidos por el hábeas corpus.

El amparo en mi país tiene por objeto principal, tutelar los derechos fundamentales de la persona, frente a las lesiones que provengan del poder público, estén éstos derechos tutelados en la Constitución o en los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica. Procede 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 u órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos, y contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas.⁽⁴⁵⁾

(45) Ver art. 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

No procede el amparo contra:⁽⁴⁶⁾

- a) Las Leyes u otras disposiciones normativas, salvo cuando se impugnen conjuntamente con actos de aplicación individual de aquellas, o cuando se trate de normas de acción automática, de manera que sus preceptos resulten obligatorios inmediatamente por su sola promulgación, sin necesidad de otras normas o actos que los desarrollen o los hagan aplicables al perjudicado.
- b) Contra las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial.⁽⁴⁷⁾
- c) Contra los actos que realicen las autoridades administrativas al ejecutar resoluciones judiciales, siempre que esos actos se efectúen con sujeción a lo que fue recomendado por la respectiva autoridad judicial.
- ch) Cuando la acción u omisión hubiere sido legítimamente consentida por la persona agraviada.
- d) Contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral.

El recurso es considerado de acción popular porque lo puede interponer cualquier persona, a su favor o de otro⁽⁴⁸⁾, debe dirigirse contra el servidor o el titular del órgano que aparezca como presunto autor del agravio, o en caso de ignorarse, contra el titular del órgano⁽⁴⁹⁾. El amparo podrá interponerse en cualquier tiempo mientras subsista la violación, amenaza, perturbación o restricción, y hasta dos meses después de que hayan cesado totalmente sus efectos directos sobre el perjudicado. Sin embargo, cuando se trate de derechos puramente patrimoniales u otros cuya violación pueda ser válidamente consentida, deberá interponerse dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que el perjudicado tuvo noticia fehaciente de la violación y estuvo en

(46) Ver art. 30 ibídem.

(47) Si procede contra las actuaciones administrativas como lo son los asuntos laborales y disciplinarios.

(48) Ver art. 33 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

(49) Ver art. 34 ibídem.

posibilidad legal de interponerlo. Hay que aclarar que la caducidad de la acción –por no haberse interpuesto en tiempo– no es obstáculo para impugnar la actuación en otra vía, si fuere posible hacerlo conforme a la ley.⁽⁵⁰⁾

El amparo debe expresar, con la mayor claridad posible, el hecho o la omisión que lo motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el servidor público o el órgano autor de la amenaza o del agravio, y las pruebas de cargo.⁽⁵¹⁾ No es necesario citar las normas constitucionales infringidas, siempre que se determine claramente el derecho lesionado. El recurso no está sujeto a formalidades ni requiere autenticación, puede interponerse por memorial, telegrama u otro medio de comunicación escrito y goza de franquicia telegráfica.

Al igual que en el hábeas corpus lo tramita un Magistrado Instructor, a la parte demandada se le concede de uno a tres días para que conteste las alegaciones del amparado. El informe del demandado se considerará dado bajo juramento, de tal forma que cualquier inexactitud o falsedad hará incurrir al funcionario en las penas del perjurio o del falso testimonio, según sea la naturaleza de los hechos contenidos en el informe⁽⁵²⁾. Si éste no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver el recurso sin más trámite, salvo que la Sala estime necesaria alguna averiguación previa.⁽⁵³⁾

El amparo en Costa Rica no requiere del agotamiento de la vía administrativa, ni de la realización de acto alguno previo a su interposición, requisito que si existía con la anterior ley de amparo que regía esta materia.

Una de las novedades que se incluyen en la nueva ley a este instituto –aparte de las ya mencionadas– es la posibilidad de tomar medidas precautorias, incluso desde la presentación del amparo. Una de ellas es la posibilidad de, en casos de excepcional gravedad, disponer la ejecución o continuidad de la ejecución del acto impugnado, a solicitud de la parte, o aún de oficio, cuando se considere, que la suspensión –que opera de pleno derecho desde la interposición del recurso–, cause o

(50) Ver art. 36 ibídem.

(51) Ver art. 38 ibídem.

(52) Ver art. 44 ibídem.

(53) Ver art. 45 ibídem.

pueda causar perjuicios ciertos e inminentes a los intereses públicos, mayores que los que la ejecución causaría al agraviado. Asimismo, el Presidente o el Magistrado Instructor, pueden dictar cualquier medida de conservación o seguridad que la prudencia aconseje, para prevenir riesgos materiales o evitar que se produzcan otros daños a consecuencia de los hechos realizados, todo conforme a las circunstancias del asunto planteado⁽⁵⁴⁾.

En caso de que la sentencia de un recurso de amparo resulte estimatoria, su efecto principal será el de restituir al agraviado en el pleno goce de sus derechos, y si ello no fuere posible condenar en abstracto al Estado, al pago de las costas, daños y perjuicios, los cuales se liquidarán en ejecución de sentencia en la vía contenciosa administrativa.⁽⁵⁵⁾

7. La Acción de Inconstitucionalidad

La acción de inconstitucionalidad costarricense, como ya se explicó antes, es resuelta por la Sala Constitucional, como especializada dentro de la Corte Suprema de Justicia, por mayoría de votos –por ser siete sus miembros, cuatro votos constituyen mayoría–, y procede, según lo establece la Ley⁽⁵⁶⁾:

- a) Contra las leyes u otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional.
- b) 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.

(54) Al dar trámite a varios amparos planteados por personas que padecen de sida y que la Caja Costarricense del Seguro Social, no obstante que eran asegurados, no les proporcionaba los medicamentos que el médico tratante les recetó –antirretrovirales–, se ordenó –como medida precautoria de inicio– al Presidente Ejecutivo de la Institución, girar a los Jefes de las Farmacias de la Caja las instrucciones correspondientes para que se entregaran a los enfermos los medicamentos recetados.

(55) Ver arts. 51 y 56 ibídem.

(56) Ver art. 73 ibídem.

- c) Cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.
- ch) Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento.
- d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7o, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional.
- e) Cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, o en su contenido o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional o, en su caso, del Reglamento de Orden Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. En este evento, la declaratoria se hará solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desapplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia.
- f) Contra la inercia, omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas.⁽⁵⁷⁾

Para interponer esta acción, es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales⁽⁵⁸⁾, en que se haya invocado la inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado. No obstante, la ley hace la salvedad de que cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto, no será necesario el asunto previo para ejercer la acción, sino que se puede hacer directamente.⁽⁵⁹⁾

(57) No cabe la acción de inconstitucionalidad contra los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, ni contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones, relativos al ejercicio de la función electoral (ver art 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

(58) Puede ser inclusive de amparo, hábeas corpus o el procedimiento para agotar la vía administrativa.

(59) Mucho debate han suscitado en nuestro país estas excepciones, sobre todo porque según se entiendan los conceptos "interés difuso" o "intereses colectivos", así será la mayor o menor apertura que se dará a la hora de revisar la admisibilidad de las acciones. Para una explicación más elaborada del tema, ver Hernández Rubén, *La Tutela de los Derechos Fundamentales*, págs. 203 a 210 y 213.

Una vez interpuesta la acción, el Presidente de la Sala analizará la admisibilidad por la forma y el fondo. Si el escrito en que se interpone la acción no llena los requisitos formales que indica la ley⁽⁶⁰⁾, señalará por resolución cuáles son los defectos, y ordenará corregirlos dentro de tercero día. Si no se diere cumplimiento a o ordenado, se denegará el trámite a acción. De ésta resolución, el recurrente puede pedir revocatoria dentro de tercero día, en cuyo caso el Presidente elevará el asunto a conocimiento de la Sala para que ésta decida.

El artículo 9 de la Ley, le otorga a la Sala la potestad de rechazar cualquier gestión manifiestamente improcedente o infundada. También puede rechazarla por el fondo, en cualquier momento, inclusive desde su presentación, cuando considere que existen elementos de juicio suficientes, o que se trata de la simple reiteración de una gestión igual o similar anterior ya rechazada, siempre que no encontrare motivos para variar de criterio o razones de interés público que justifiquen reconsiderar la cuestión.⁽⁶¹⁾

Si el Presidente considera cumplidos los requisitos formales, conferirá audiencia a la Procuraduría General de la República y a la contraparte que figura en el asunto principal –que sirve de "juicio previo a la acción"–, por un plazo de quince días a fin de que manifiesten lo que estimen pertinente. Al mismo tiempo, envía nota al tribunal u órgano que conozca del asunto, para que no dicte resolución final antes de que la Sala se haya pronunciado sobre la acción, y ordenará que se publique un aviso en el Boletín Oficial⁽⁶²⁾ por tres veces consecutivas, en el que se hace saber a los tribunales u órganos que agoten la vía administrativa, que la demanda ha sido establecida a efecto de que en los procesos o procedimientos en que se discuta la aplicación de la ley, decreto, disposición o acuerdo, no se dicte resolución final mientras la Sala no haya hecho el pronunciamiento del caso.⁽⁶³⁾

(60) Ver arts. 75 y ss de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

(61) El rechazo de plano de una acción de inconstitucionalidad debe ser una resolución de Sala y no de Presidente como ocurre con los defectos de forma.

(62) Diario Oficial del Estado.

(63) En los procesos y procedimientos en trámite, no se suspende ninguna etapa diferente a la de dictar la resolución final, salvo que la acción de inconstitucionalidad promovida se refiera a normas que deban aplicarse durante la tramitación.

LOS CRITERIOS JURIDICOS DE APLICACION MATERIAL DEL PROTOCOLO ADICIONAL II DE 1977

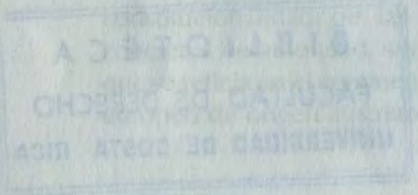
Tathiana Flores Acuña, Ph.D.^(*)

The International Community, the Protocol Additional to the Geneva Convention of 1949... The Protocol provides a higher protection for the civilian population... The criteria established in the Protocol concerning the material application of the Protocol II should be considered as being of an objective nature... The international armed conflicts have demonstrated the existence of the criteria in the determination of the fulfillment of the applicability of Protocol II. The study aims to interpret the criteria as well as analyze their objective nature and implications derived from them.

RESUMEN

Los Convenios de Ginebra de 1949 prevén en su artículo 3... El Protocolo Adicional II de 1977... El Protocolo Adicional II de 1977... El Protocolo Adicional II de 1977...

(*) La autora obtuvo su doctorado en Derecho Internacional en el Instituto Universitario Europeo, sito en Florencia, Italia. En 1994 la casa editorial Kluwer Law International publicó su libro intitulado *La misión de las Naciones Unidas en El Salvador desde la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario* (The United Nations Mission in El Salvador: A Humanitarian Law Perspective, ISBN 90-411-0123-3). Actualmente es Profesora de Derecho Internacional Público en la Escuela de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional y Presidenta Ejecutiva de la Asociación Costarricense para las Naciones Unidas. Su correo electrónico es: aschram@cariari.ucr.ac.cr.



SUMARIO:

Abstract

Sumario

1. Introducción
2. Los criterios enunciados en el artículo 1.1 del Protocolo II
3. Conclusiones
4. Bibliografía

ABSTRACT

Article 3 common to the Geneva Conventions of 1949 contains provisions regarding due protection of individuals required in non-international armed conflicts. In a later stage, as a result of the interest of the international community, the Protocols Additional to these Conventions came into effect. The Protocol Additional relating to the protection of victims of non-international armed conflicts –better known as Protocol II– provide a larger protection for dissident and regular forces, as well as for the civilian population. The criteria contained in Article 1.1 of the Protocol concerning its material field of application have been considered as being of an objective nature. Nevertheless, many non-international armed conflicts have demonstrated the existence of *de facto* problems in the determination of the fulfillment of the applicability conditions of Protocol II. This study aims to interpret each of these criteria, as well as analyze their “objective” nature and the implications derived from them.

RESUMEN

Los Convenios de Ginebra de 1949 proveen, en su artículo 3 común, una serie de disposiciones relativas a la protección debida en caso de conflicto armado de carácter no internacional. En un período posterior, y como resultado de esfuerzos de la comunidad internacional, entran en vigor los Protocolos adicionales a dichos convenios. El Protocolo adicional relativo a los conflictos armados de índole no internacional de 1977 –conocido como Protocolo II– tiene dentro de sus objetivos principales otorgar una mayor protección a la población civil, e incluye normas referentes a la protección jurídica y trato de los miembros de las fuerzas disidentes y regulares. Las disposiciones relativas al ámbito de aplicación material del Protocolo –contenidas en el artículo 1 inciso 1– han sido calificadas como criterios de carácter objetivo, no obstante algunos sean de una tal naturaleza que han sido convertidos en obstáculos a la aplicación *de facto* del Protocolo. En este estudio se pretende interpretar cada uno de los criterios jurídicos previstos en el artículo 1.1 así como analizar su carácter objetivo y las implicaciones que de este carácter se derivan.

1. INTRODUCCION

La definición de conflicto armado no internacional, así como los criterios objetivos de aplicación material del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949,⁽¹⁾ enumerados en el artículo 1.1, fueron las principales causas de discusión durante todo el proceso de elaboración de dicho Protocolo.⁽²⁾ La razón básica de esta situación reside en la oposición de los Estados de normar una situación que, a su entender, entraba en su esfera de poder y de soberanía.⁽³⁾ Con el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales, conocido como Protocolo adicional II o Protocolo II, el Comité Internacional de la Cruz Roja⁽⁴⁾ buscaba extender los campos de aplicación material y personal del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949⁽⁵⁾ con el fin de ampliar en lo posible, la protección humanitaria en los conflictos armados no internacionales.⁽⁶⁾

- (1) Los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 fueron firmados en esa ciudad en el año de 1977 y por ello son conocidos como "Protocolos adicionales de 1977".
- (2) Ver en este sentido, ABI-SAAB, Rosemary, *Droit Humanitaire et conflits internes: Origines et évolution de la réglementation internationale*, Instituto Henry-Dunant, París, Pédone, 1986, p. 143.
- (3) Para un estudio más profundo sobre las discusiones relativas a los *travaux préparatoires* del Protocolo II, ver entre otros: ABI-SAAB, Rosemary, *Droit Humanitaire et conflits internes: Origines et évolution de la réglementation internationale*, op. cit., pp. 261-264; BENVENUTTI, Paolo, "Movimenti insurrezionali", en: *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, tomo IV, Milán, Giuffrè, 1983, pp. 86-90.
- (4) En adelante el CICR.
- (5) Dichos Convenios de Ginebra de 1949 son cuatro: el primero es el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el segundo es el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el tercero es el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra y el cuarto es el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. En adelante entiéndase los Convenios de Ginebra de 1949 o los Convenios de Ginebra.
- (6) Sobre el proyecto de Protocolo II del CICR, ver: ABI-SAAB, Rosemary, *Droit Humanitaire et conflits internes: Origines et évolution de la réglementation internationale*, op. cit., p. 118 y ss.

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

El resultado de esta dicotomía se refleja en el texto del artículo 1.1 del Protocolo, que enuncia los criterios de aplicación pero que, a pesar de ello, no define parámetros de interpretación precisos. Así, el Protocolo adicional II enuncia en su artículo 1.1 su campo de aplicación material de la siguiente forma: "[el] presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo".⁽⁷⁾

Una adecuada interpretación de los criterios contenidos en el artículo 1.1 requiere el recurso a las fuentes del Derecho internacional contenidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia —en especial a los principios generales del derecho y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia—,⁽⁸⁾ así como al estudio de los

- (7) El texto del Protocolo adicional II de 1977, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, artículo 1.1.
- (8) El Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia enuncia de la siguiente manera las fuentes del Derecho internacional:
 - "1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar

travaux préparatoires del Protocolo II y del espíritu de las disposiciones relativas a su campo de aplicación material.⁽⁹⁾

2. LOS CRITERIOS ENUNCIADOS EN EL ARTICULO 1.1 DEL PROTOCOLO II

De acuerdo a las disposiciones de este artículo, el Protocolo II es aplicable a un conflicto armado no internacional a partir del momento en el cual los criterios enunciados sean satisfechos. La ausencia, en el sistema del derecho humanitario, de una entidad susceptible de determinar primero, el preciso momento en que un determinado conflicto armado no internacional reúne las condiciones estipuladas en el artículo 1.1 y segundo, el momento a partir del cual el Protocolo II comienza a aplicarse, es causa de ciertas dificultades de orden práctico.⁽¹⁰⁾

para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren”.

(9) Un estudio sobre la aplicación práctica de los criterios contenidos en el artículo 1.1 del Protocolo adicional II será publicado en un próximo número de esta revista bajo el título: FLORES ACUÑA, Tathiana, “La aplicación del Protocolo adicional II de 1977 al conflicto armado no internacional en El Salvador”.

(10) Ver en este sentido, FORSYTHE, David P., “Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non International Armed Conflicts”, en: *American Journal of International Law (AJIL)*, 1978, vol. 72, No. 2, abril, 1978, pp. 286-287. En cuanto a la existencia de una entidad en el campo del derecho internacional humanitario responsable de determinar la aplicabilidad del Protocolo II, el grupo de expertos italianos propuso en la Conferencia de Expertos de 1972 abogaron por la inserción del siguiente texto como el nuevo artículo 36(a) del Protocolo adicional en discusión: “[e]l Comité Internacional de la Cruz Roja podrá determinar la existencia de un conflicto que no es de carácter internacional de acuerdo a la definición del artículo 1 del presente Protocolo al emitir una opinión que no tendrá carácter obligatorio” “[t]he International Committee of the Red Cross may determine the existence of a conflict which is not of an international character within the meaning of Article 1 of the present Protocol by issuing an opinion that will not have obligatory import”].

Algunos afirman, en cuanto al problema invocado, que la determinación de la aplicación del Protocolo II le incumbe al gobierno legal.⁽¹¹⁾ Una parte de la doctrina rebate esta posición al sostener que ni el proyecto del CICR, ni el artículo adoptado por *consensus* en la Comisión I prevén en forma expresa que el Protocolo deba aplicarse a condición de que el gobierno legal reconozca la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional en su propio territorio.⁽¹²⁾

En relación con el artículo 1.1, en el Comentario de los Protocolos adicionales de 1977 elaborado por el CICR se sostiene que dicho inciso enuncia un cierto número de criterios *objetivos* con el fin de determinar el campo de aplicación del Protocolo y que, por lo tanto, esta aplicación no debe depender de la apreciación de las partes, pues el Protocolo entra en vigor automáticamente desde que las condiciones materiales, tal y como se encuentran definidas en el artículo, se reúnen en una determinada situación. El CICR sostiene que este sistema tiene como

Nuestra traducción. Conferencia de expertos representantes de gobiernos de 1972, citado por CIOBANU, Dan, “The Concept and the Determination of the Existence of Armed Conflicts not of an International Character”, en: *Rivista di Diritto Internazionale*, 1975, No. 58, p. 74. En su informe, el Secretario general de las Naciones Unidas sostuvo al respecto: “Interesante como parece, la propuesta de la delegación italiana toca aspectos sensibles, por lo que no sorprende que el mismo CICR no desee asumir dicho papel” [“Attractive as it may be, the Italian proposal touches on sensitive points, and it is not surprising that the ICRC itself does not wish to assume this role”]. Nuestra traducción. Doc. de las Naciones Unidas A/ 8370, 2 setiembre 1971, p. 58.

(11) KOOIJMANS, Peter H., “In the Shadowland between Civil War and Internal Strife: Some Reflections on the Standard-setting Process”, en: *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalsboven*, DELISSEN, A. y TANJA, A. (eds.), Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff, 1991, p. 231, va más allá al afirmar: “a pesar de la notable objetividad de los criterios de aplicabilidad de las disposiciones del Protocolo, su valor operacional depende todavía de la decisión de una de las partes del conflicto” [“in spite of the increased objectivity of the criteria for the applicability of the provisions of the Protocol their operational value is still dependent upon the decision of one of the parties to the conflict”]. Nuestra traducción.

(12) Ver, entre otros, DUPUY, R.J. y LEONETTI A., “La notion de conflit armé à caractère non international”, en: *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, CASSESE, A. (ed.), Nápoles, Editoriale Scientifica, 1979, p. 267.

finalidad el no hacer depender la protección de las víctimas de los conflictos armados de una decisión arbitraria de las autoridades concernientes, y que es uno de los fundamentos del derecho internacional humanitario que se aplica de igual forma a los artículos 2 y 3 comunes a los Convenios de Ginebra.⁽¹³⁾

Es nuestro criterio que las discusiones doctrinales posteriores buscan explicar la situación *de facto* relativas a la determinación y reconocimiento, por parte de los Estados, de la aplicación del Protocolo II a los conflictos armados no internacionales que se desarrollan actualmente en el mundo. El marco jurídico de la norma está bien determinado pues el artículo 1.1 enumera una lista de criterios *objetivos* para la aplicación las disposiciones contenidas en el Protocolo II. El problema se presenta en el momento de precisar el carácter "objetivo" de todos los criterios enunciados en el artículo primero, en particular el relativo al control territorial. Analicemos en detalle cada uno de los criterios enumerados.

Con respecto a las partes del conflicto, el Protocolo prevé su aplicación en los casos de insurrección de grupos armados organizados o de fuerzas armadas disidentes contra las fuerzas del Estado. El Protocolo II no es aplicable por tanto en el caso en que varias facciones disidentes se enfrenten sin la intervención de las fuerzas armadas del gobierno.⁽¹⁴⁾ En el proyecto preparado por el CICR para ser estudiado en

(13) ["le présent paragraphe énonce un certain nombre de critères objectifs pour déterminer le champ d'application du Protocole. L'application ne doit pas dépendre de l'appréciation des parties. Le Protocole entre en vigueur automatiquement dès que les conditions matérielles, telles que définies par l'article, sont remplies. Ce système, qui a pour but de ne pas faire dépendre la protection des victimes des conflits armés d'une décision arbitraire des autorités concernées, est l'un des fondements du droit international humanitaire et vaut déjà aux articles 2 et 3 commun aux Conventions de 1949"]. Nuestra traducción. SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. y ZIMMERMANN, B. (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels de 8 juin 1977 aux Conventions de Genève de 12 août 1949*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1986, p. 1375.

(14) Ver SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. y ZIMMERMANN, B. (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels*, op. cit., pp. 1375-1376. Ver además, DUPUY, R.J. y LEONETTI A., "La notion de conflit armé à caractère non international", en: *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, op. cit., p. 268, en donde se evoca, a partir de La Reunión del Grupo de Expertos, la posibilidad de sustituir el empleo de "fuerzas armadas" por "grupos armados".

la Conferencia internacional, se había previsto esta posibilidad en el caso en que el gobierno hubiese desaparecido o fuese muy débil. La restricción de aplicación del Protocolo II a que las fuerzas armadas gubernamentales constituyan una de las partes del conflicto armado no internacional implicó la no aplicabilidad de las normas contenidas en el Protocolo II al reciente conflicto en Somalia.

En relación con este vacío jurídico del campo de aplicación del Protocolo II citamos la resolución 814 (1993) del Consejo de seguridad de las Naciones Unidas,⁽¹⁵⁾ en la que el Consejo reitera a las partes del conflicto en Somalia su deber de respetar las normas de Derecho humanitario e incluye dentro de éstas a los diversos movimientos y facciones existentes. En esta célebre resolución, el Consejo solicita a estos movimientos y facciones cumplir a cabalidad con los compromisos por ellos adquiridos en dicha materia.⁽¹⁶⁾ Es evidente que en esta resolución el Consejo de seguridad refleja una posición innovadora en relación con las características específicas que un conflicto armado no internacional puede presentar en una situación determinada.

a. Mando responsable

El criterio relativo al mando responsable tiene como fin principal exigir de las fuerzas disidentes una "cierta organización",⁽¹⁷⁾ sin que obligatoriamente requiera la creación de un sistema de organización militar jerárquico similar a aquel de las fuerzas armadas regulares.⁽¹⁸⁾ La condición de que exista un cierto grado de disciplina entre las fuerzas rebeldes explica la inclusión del criterio estudiado en el artículo primero, criterio que debe interpretarse siempre tomando en consideración las

(15) Resolución del Consejo de Seguridad 814 (1993) de 26 de marzo de 1993, párr. 8.

(16) Para un análisis más profundo sobre el tema ver FLORES ACUÑA, Tathiana, *The United Nations Mission in El Salvador: A Humanitarian Law Perspective*, La Haya, Kluwer Law International, 1995, pp. 10 y ss.

(17) SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. y ZIMMERMANN, B. (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels*, op. cit., p. 1376.

(18) *Ibid.*

características propias de las fuerzas disidentes.⁽¹⁹⁾ El requisito de un mando responsable permite además distinguir la insurrección de un acto de violencia esporádico y sin propósito definido.⁽²⁰⁾

b. Operaciones militares sostenidas y concertadas

El artículo primero enuncia el carácter sostenido y concertado de las operaciones militares como otro de los criterios objetivos de aplicación del Protocolo II.⁽²¹⁾ La condición de continuidad se opone al carácter “esporádico” de ciertas operaciones militares llevadas a cabo por las fuerzas disidentes. Por otra parte, con el término “concertadas” se hace referencia a “operaciones militares concebidas y preparadas por grupos organizados”.⁽²²⁾

(19) *Ibidem*. Esta posición debe compararse con la siguiente afirmación hecha por el CICR durante las negociaciones en los grupos de trabajo: “dichos grupos armados deben tener una estructura de poder y una organización, y deben por tanto, tener un sistema de distribución de la autoridad y la responsabilidad: deben ser también sujetos un *régimen disciplinario interno*. En consecuencia, la expresión “grupos armados organizados” no implica una diferencia notoria con el grado de organización de las fuerzas armadas regulares” [“such armed groups must be structured and possess organs, and must therefore have a system for allocating authority and responsibility: they must also be subject to rules of *internal discipline*. Consequently the expression “organized armed groups” does not imply any appreciable difference on degree of organization from that of regular armed forces”]. Nuestra traducción. Ver CICR citado por BOTHE, M.; PARTSCH, K. y SOLF, W., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1982, p. 626. (El destacado es nuestro).

(20) DUPUY, R.J. y LEONETTI A., “La notion de conflit armé à caractère non international”, en: *The New Humanitarian Law of Armed Conflicts*, op. cit., p. 269. Ver además BOTHE, M.; PARTSCH, K. y SOLF, W., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, op. cit., p. 627.

(21) El criterio relativo al control sobre una parte del territorio será analizado *infra*.

(22) Ver SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. y ZIMMERMANN, B. (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels*, op. cit., p. 1377.

Los criterios citados referentes a las operaciones militares pueden, de acuerdo al CICR, constatarse objetivamente, contrariamente a los criterios discutidos en la fase preparatoria del Protocolo II relativos a la duración y a la intensidad de las operaciones militares.⁽²³⁾ En nuestra opinión, sin embargo, el criterio relativo al carácter sostenido y concertado de las operaciones militares presenta ciertas dificultades al momento de su determinación, en razón de las características intrínsecas de las operaciones de guerrilla. Es por otra parte difícil de precisar el momento a partir del cual las operaciones militares presentan un carácter de “continuidad”.

Al respecto el CICR sostiene, en su Comentario de los Protocolos adicionales, que al principio de un conflicto las operaciones militares pueden rara vez corresponder a las condiciones enunciadas en el artículo primero, lo que implica la sola aplicación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. El CICR se refiere así al primer estadio de las hostilidades.⁽²⁴⁾ Es evidente que el problema de la determinación del principio del segundo estadio de las hostilidades persiste. Queda a cargo de las fuerzas disidentes y de los agentes internacionales el determinar en forma más precisa cuándo se satisface, en una determinada situación, el criterio en estudio, de acuerdo con el desarrollo de las hostilidades.

c. Capacidad de los disidentes de aplicar el Protocolo II

El aporte de la doctrina respecto al criterio jurídico del artículo primero relativo a la capacidad de las fuerzas disidentes de aplicar el Protocolo II no es esclarecedor. Algunos autores sostienen que este criterio deja entrever un carácter de reciprocidad, carácter que se encuentra en contradicción con la naturaleza misma del Derecho internacional humanitario.⁽²⁵⁾

(23) *Ibid.*

(24) *Ibidem*.

(25) En este sentido, DUPUY, R.J. y LEONETTI A., “La notion de conflit armé à caractère non international”, en: *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, op. cit., p. 270. Aquí los autores añaden “nadie puede sustraerse a una obligación humanitaria bajo el pretexto de que la parte adversa no respeta dicha obligación” [“[n]ul ne peut se soustraire à une obligation humanitaire sous prétexte que la partie adverse ne s’y soumet pas”]. Nuestra traducción. *Ibid.*

En su Comentario de los Protocolos adicionales, el CICR afirma que éste es el criterio fundamental que justifica los otros elementos de la definición y que al tener un mando responsable y al controlar una parte del territorio, los insurgentes deben estar en grado de aplicar el Protocolo II.⁽²⁶⁾ De conformidad con la posición del CICR, esta "infraestructura mínima indispensable"⁽²⁷⁾ permite a las fuerzas disidentes aplicar las normas del Protocolo y puede ser percibida como la consecuencia del respeto de los otros criterios enunciados en el artículo 1.1 de dicho Protocolo.⁽²⁸⁾

A nuestro parecer, podría tratarse de una cierta forma de reciprocidad, a pesar de que este principio, como se sostuvo anteriormente, entre en contradicción con la naturaleza misma de las normas del Derecho humanitario. Para comprender mejor este criterio, es conveniente analizar el grado de reciprocidad contenido en el artículo primero así como su propósito fundamental.

Si las fuerzas disidentes siguen las disposiciones del artículo primero y aplican el Protocolo II, las condiciones enunciadas en el artículo serán satisfechas y el Protocolo será aplicable al conflicto armado en cuestión. La aplicación de las normas del Protocolo II por las fuerzas rebeldes reviste un doble interés, primero porque sus normas confieren una mejor protección durante el desarrollo de las hostilidades que aquella otorgada por el artículo 3 común y, segundo, la aplicación del Protocolo II a los rebeldes los designa como la otra parte del conflicto

(26) "le critère fondamental qui justifie les autres éléments de la définition: ayant à leur tête un commandement responsable et contrôlant une portion du territoire, les insurgés doivent être à même d'appliquer le Protocole." *Commentaire des Protocoles Additionnels*, op. cit., p. 1377. KOOIJMANS afirma además que "la reciprocidad de las obligaciones parece, por lo tanto, ser un elemento intrínseco para la aplicabilidad del Protocolo II" ["reciprocity of obligations, therefore, seems to be an in-built element for the applicability of Protocol II". KOOIJMANS, Peter H., "In the Shadowland between Civil War and Internal Strife: Some Reflections on the Standard-setting Process", en: *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead, Essays in honour of Frits Kalsboven*, op. cit., p. 231.

(27) SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. y ZIMMERMANN, B. (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels*, op. cit., p. 1378.

(28) *Ibid.*

armado.⁽²⁹⁾ Así las fuerzas disidentes serán consideradas como la otra parte del conflicto que se obliga a respetar las normas del Derecho humanitario.⁽³⁰⁾

La situación expuesta anteriormente es resumida claramente por BOTHE, quien afirma que "a pesar de que el derecho humanitario no se basa sobre un principio de reciprocidad, un cierto grado de reciprocidad es indispensable para su buen funcionamiento".⁽³¹⁾

d. Control territorial

El último criterio concierne el control de las fuerzas disidentes sobre una parte del territorio. De conformidad con las disposiciones del artículo 1.1 del Protocolo II, las fuerzas disidentes deben ejercer sobre una parte del territorio "un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo".⁽³²⁾

(29) ZORGBIBE añade al respecto "es evidente que entre más los guerrilleros respeten las normas y costumbres de la guerra, más tendrán posibilidad de ser reconocidos como individuos beligerantes" ["il est évident que plus les guérilleros respecteront les lois et coutumes de la guerre, plus ils risqueront d'être reconnus comme individus belligérants"]. Nuestra traducción. Ver ZORGBIBE, Charles, *La guerre civile*, París, Presses Universitaires de France, 1975, p. 122.

(30) El interés de las fuerzas disidentes es mencionado por HERCZEGH Géza "estudiando este asunto desde un punto de vista práctico, podemos afirmar sin temor que los insurgentes tienen un interés elemental en la aceptación y la aplicación de las más importantes normas como una condición para ser reconocidos como combatientes" ["approaching the issue from the side of practice, we can safely say that the insurgents have elementary interests in the acceptance and application of the relevant rules as a precondition for their being recognized as combatants"]. Nuestra traducción. Ver HERCZEGH, Géza, *The Development and Recent Problems of the International Humanitarian Law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1984, p. 179.

(31) "[q]uoi que le droit humanitaire ne repose pas sur un principe de réciprocité, un certain degré de réciprocité est néanmoins indispensable pour son bon fonctionnement". Nuestra traducción. BOTHE, Michael "Conflits armés internes et Droit international humanitaire", en: *Revue Générale de Droit International Public (RGDIP)*, 1978, Tomo 82, p. 93.

(32) Históricamente, el artículo 2 del Proyecto inicial del CICR adoptado en Estocolmo, conocido como Proyecto de Estocolmo, suscitó críticas

Es evidente que el artículo primero fue redactado con el fin de establecer una relación estrecha entre el criterio relativo al control territorial y los otros criterios mencionados *supra*.⁽³³⁾ El control que las fuerzas disidentes deben ejercer se traduce en el dominio de una parte del territorio, lo que requiere una organización de los grupos insurgentes. Este control puede revestir “*un carácter relativo*”, debido a que, en la mayoría de los conflictos armados no internacionales, los centros urbanos quedan en manos del gobierno mientras que las zonas rurales escapan a su autoridad.⁽³⁴⁾

A pesar de que el artículo 1.1 del Protocolo II no prevé en sus disposiciones elementos objetivos que permitan precisar la proporción o parte del territorio que debe estar bajo control de las fuerzas disidentes —razón por la cual una parte de la doctrina discute su carácter objetivo—,⁽³⁵⁾ a nuestro parecer existen elementos de carácter objetivo que

severas que implicaron su estudio en un Comité especial. Un grupo de trabajo fue encargado de elaborar dos proyectos. El elemento correspondiente al territorio nacional encuentra su origen en el texto del segundo proyecto que requiere a la parte adversa tener “una autoridad civil organizada que ejerza de hecho funciones gubernamentales sobre la población de una parte del territorio nacional” [“une autorité civile organisée exerçant en fait des fonctions gouvernementales sur la population d’une partie déterminée du territoire national”]. Nuestra traducción. Citado por PICTET, Jean, *Commentaire des Conventions de Genève du 12 août 1949*, Ginebra, CICR, 1952, p. 48.

(33) SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. y ZIMMERMANN, B. (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels*, op. cit., p. 1376.

(34) Ver en este sentido SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. y ZIMMERMANN, B. (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels*, op. cit., p. 1377. (El destacado es nuestro). Al respecto, HERCZEGH sostiene que “el poder del gobierno puede ser relegado a las ciudades con bases militares y a las autopistas, en tanto que los insurgentes pueden controlar las áreas provinciales, de modo tal que el territorio llegue a tener una forma de ‘manchas de leopardo’” [“government power may be confined to towns which are military stations and to the highways, while insurgents may control provincial areas so that their territory may take a form reminiscent of ‘leopard spots’”]. Nuestra traducción. Ver HERCZEGH, Géza, *The Development and Recent Problems of the International Humanitarian Law*, op. cit., p. 208.

(35) Ver en este sentido: SUTER, Keith, *An International Law of Guerrilla Warfare: the Global Politics of Law Making*, Londres, Frances Pinter, 1984, p. 173; y FORSYTHE, David P., *Legal Management of Internal War*:

pueden llevar a una interpretación de este criterio. Dicha interpretación debe, como requisito *sine qua non*, estar en concordancia con la naturaleza misma de los conflictos armados no internacionales.⁽³⁶⁾

El Comentario de los Protocolos adicionales, al seguir una interpretación del espíritu del artículo 1.1 del Protocolo II, subraya que el territorio debe ser “suficiente para poder llevar a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas y de aplicar el Protocolo. El control territorial de las fuerzas rebeldes debe permitir, además, la asistencia de

The 1977 Protocol on Non International Armed Conflicts, op. cit., p. 286. Este es uno de los problemas del Protocolo II que lleva a KILGORE a sostener “como en la doctrina del reconocimiento de beligerancia, el Protocolo II será tema de mucha discusión doctrinal y de retórica exhortatoria, pero será invocado, si eso llega a suceder, sólo en el caso excepcional en el que el gobierno en relación encuentre que la “internacionalización” del conflicto sería de su interés desde la perspectiva política” [“like the doctrine of belligerent recognition, Protocol II will be the subject of much scholarly discussion and exhortatory rhetoric, but will be invoked, if at all, only in that exceptional situation where the incumbent government finds the “internationalization” of the conflict to be in its political self-interest”]. Nuestra traducción. KILGORE, Edwin, “Recent Developments”, en *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1978, vol. 8, p. 948. En cuanto a la “objetividad” del control territorial KILGORE afirma que “el elemento más importante es, sin embargo, la calificación adicional de control y es que debe ser un control de una clase particular, el control sobre una parte del territorio de la Alta Parte Contratante” [“the most important element, however, was the additional qualification of control and control of a particular kind, over a part of the territory of the High Contracting Party”]. Nuestra traducción. Al mismo tiempo en New Rules, BOTHE, PARTSCH y SOLF subrayan que “no fue ya posible determinar objetivamente la aplicación de este criterio a partir de la definición dada en el mismo artículo primero” [“it was no longer possible to determine this threshold objectively from the definition given in Art. 1 itself”]. Nuestra traducción. Ver BOTHE, M.; PARTSCH, K. y SOLF, W., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, op. cit., p. 625.

(36) Una posición restrictiva podría exigir de parte de las fuerzas rebeldes que reúnan todos los elementos constitutivos de un Estado, a saber, organización, población, territorio; lo que haría pensar que las reglas relativas a los conflictos armados no internacionales no se aplicarían salvo en la hipótesis en que dicho conflicto presente en realidad características de un conflicto interestatal. Ver en este sentido DUPUY, R.J. y LEONETTI A., “La notion de conflit armé à caractère non international”, en: *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, op. cit., p. 269.

los heridos y de los enfermos, así como la detención y el tratamiento humano de los detenidos.⁽³⁷⁾

Abogar por la aplicación del Protocolo II en situaciones en las que el control territorial cambia —a veces día a día— entre las fuerzas gubernamentales y las fuerzas disidentes es sumamente delicado. El hecho de que personas que trabajan en el campo durante el día sean miembros activos de la guerrilla durante la noche, controlando el territorio que conocen, revela la coyuntura compleja *de facto* de los conflictos armados no internacionales. Dicha coyuntura es *per se* poco conciliable con la normativa general del Protocolo II.⁽³⁸⁾ ¿Es en este caso posible calificar el territorio en cuestión como “territorio controlado” de conformidad con el artículo 1.1 del Protocolo II?

En resumen, el criterio relativo al control territorial se encuentra estrechamente relacionado con la satisfacción de los demás criterios en un conflicto y debe ser entonces interpretado en una forma integral. No obstante, para determinar la aplicabilidad del Protocolo II a un conflicto armado no internacional es preciso tener presente que el fin principal del Protocolo adicional II es otorgar una mayor protección humanitaria tanto a las fuerzas militares, sean disidentes o gubernamentales, como a la población civil.

Recordemos para terminar que la determinación de la presencia de los criterios objetivos enunciados en el artículo primero del Protocolo II no está en manos del poder discrecional del gobierno, ni de la apreciación de las fuerzas disidentes. De acuerdo a HERCZEGH

(37) SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. y ZIMMERMANN, B. (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels*, op. cit., p. 1377. En el Comentario del CICR se añade además que “[l]a porción de territorio no fue cuantificada” [“[l]a portion du territoire n’a pas été quantifiée”]. Nuestra traducción. *Ibid.*, p. 1376.

(38) En este sentido, ABI-SAAB, R. sostiene que “el requisito del control territorial excluye del campo de aplicación la mayoría de los conflictos armados internos que conocemos, y en todo caso, todos aquellos de baja intensidad, característica de los conflictos asimétricos, tales como la guerrilla urbana y otras formas de guerrilla altamente móvil” [“[c]ette exigence d’un contrôle territorial exclut du champ d’application la plupart des conflits armés internes que nous connaissons aujourd’hui et, en tous cas, tous ceux de faible intensité, caractéristique des conflits asymétriques, telles la guérilla urbaine et les autres formes de guérilla hautement mobiles”]. Nuestra traducción. Ver ABI-SAAB, Rosemary, *Droit Humanitaire et conflits internes: Origines et évolution de la réglementation internationale*, op. cit., p. 266.

“la idea de hacer que el reconocimiento de la existencia de los criterios arriba mencionados sea sujeta a la decisión del gobierno concernido no fue aprobada por la Conferencia”.⁽³⁹⁾ De este modo, el Protocolo entra en vigor “*automáticamente*” desde que las condiciones materiales, tal y como están definidas por el artículo, sean satisfechas en un conflicto armado no internacional determinado.⁽⁴⁰⁾ En la práctica, el reconocimiento de la aplicabilidad de las normas contenidas en el Protocolo II a un cierto conflicto queda a cargo de los estudios académicos y a las declaraciones que de la aplicación de dichas normas se haga por parte de las instituciones que velan por el respeto del derecho humanitario.

3. CONCLUSIONES

Las disposiciones relativas al campo de aplicación material contenidas en el artículo 1.1 del Protocolo II reflejan la distensión que, en el proceso de una Conferencia Diplomática, se presenta entre el concepto clásico de soberanía del Estado y la protección del individuo en una situación de conflicto armado no internacional, sea éste combatiente o forme parte de la población civil. Así, a pesar de que los criterios jurídicos de aplicación del Protocolo hayan sido concebidos como “criterios objetivos de aplicación automática”, la determinación de la presencia de algunos de dichos criterios se convierte en una difícil tarea debido a las consecuencias políticas inherentes a una tal acción.

Es indudable que el reconocimiento de aplicación del Protocolo II a un determinado conflicto armado no internacional se convierte *per se* en un hecho que comporta una serie de implicaciones tanto a nivel nacional como internacional. Desde la perspectiva estatal, dicha aceptación podría conllevar a un reconocimiento tácito de las fuerzas disidentes como sujeto de Derecho internacional. Por otra parte, podría aducirse que los rebeldes buscan aplicar el Protocolo con el fin último de ser considerados la otra parte del conflicto, lo que implicaría *ipso facto* el reconocer la existencia de un conflicto armado no internacional en el territorio de ese Estado.

(39) [“the idea of making the ascertainment of the existence of the above criteria subject to a decision of the central government concerned was not endorsed by the Conference”]. Nuestra traducción. Ver HERCZEGH, Géza, *The Development and Recent Problems of the International Humanitarian Law*, op. cit., p. 208.

(40) Ver en este sentido, SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. y ZIMMERMANN, B. (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels*, op. cit., p. 1375.

En efecto, el estudio de las disposiciones contenidas en el artículo 1.1, y sobretodo aquella concerniente al requerimiento a las fuerzas disidentes de aplicar las normas de derecho humanitario previstas en el Protocolo, nos lleva a sostener que las fuerzas disidentes adquieren un estatuto *sui generis* dentro del Derecho internacional. No ocurre en este momento discurrir sobre la naturaleza de dicho estatuto ni tampoco sobre sus implicaciones en el marco de la comunidad internacional. Sin embargo, una referencia a los problemas y consecuencias de orden político es imprescindible para comprender los obstáculos que se presentan al momento de determinar la presencia de los criterios enunciados en el artículo 1.1 del Protocolo II.

En este estudio se ha pretendido exponer los instrumentos de interpretación con los cuales se puede determinar la aplicación del Protocolo II a un conflicto armado no internacional. Un análisis fáctico de los elementos presentes en el terreno, un examen minucioso de las condiciones existentes en una situación de conflicto dada se tornan indispensables para demostrar la presencia de los criterios previstos en el artículo primero. En última instancia, la responsabilidad de determinar y demostrar la aplicabilidad del Protocolo adicional II en un conflicto determinado queda a cargo de los diversos agentes humanitarios así como de la comunidad internacional.

BIBLIOGRAFIA

ARTICULOS Y LIBROS

- ABI-SAAB, Rosemary, *Droit Humanitaire et conflits internes: Origines et évolution de la réglementation internationale*, París, Pédone, 1986.
- BENVENENUTI Paolo, "Movimenti insurezzionali", en: *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, Milán, Giuffré, 1983, pp. 16-121.
- BERNHARDT, R. (ed.), *Encyclopedia of International Law*, La Haya, North-Holland, 1982.
- BOTHE, Michael "Conflits armés internes et Droit international humanitaire", *Revue Générale de Droit International Public*, 82, 1978, pp. 82-102.
- BOTHE, M., PARTSCH, K.J. y SOLF, W.A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1982.
- CASSESE, Antonio, *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 1979.

- CASSESE, Antonio, "Respect des normes humanitaires dans les conflits armés non-internationaux", en: *La guerre aujourd'hui: Défi humanitaire, Rapport à la Commission indépendante sur les questions humanitaires internationales*, CASSESE, A. (ed.), París, Berger Levrault, 1986.
- CIOBANU, Dan, "The Concept and the Determination of the Existence of Armed Conflicts not of an International Character", *Rivista di Diritto Internazionale*, 58, 1975, pp. 43-79.
- DUPUY, R.J. y LEONETTI, A., "La notion de conflit armé à caractère non international", en: *New Humanitarian Law of Armed Conflict*, CASSESE, A. (ed.), Nápoles, Editoriale Scientifica, 1979, pp. 258-276.
- FLORES ACUÑA, Tathiana, "Application du Protocole Additionnel II de 1977 au conflit armé non-international en El Salvador", *Revista Româna de Drept Umanitar*, 4 (6), 1994, pp. 16-19.
- FLORES ACUÑA, Tathiana, *The United Nations Mission in El Salvador: A Humanitarian Law Perspective*, La Haya, Kluwer Law International, 1995.
- FORSYTHE, David P., "Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non International Armed Conflicts", *American Journal of International Law*, 72 (2), 1978, pp. 272-289.
- HERCZEGH, Géza, *The Development and Recent Problems of the International Humanitarian Law*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1984.
- HICKS, P.L. y WEISSBRODT, D., "Mise en oeuvre des Droits de l'homme et du droit humanitaire dans les situations de conflit armé", *International Review of the Red Cross*, (800), 1993, pp. 129-150.
- KALSHOVEN, Frits, "Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: The Conference of Government Experts, 24 May-12 June 1971", *Netherlands Yearbook of International Law*, 2, 1971, pp. 68-90.
- KALSHOVEN, Frits, "Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: The Conference of Government Experts, Second Session, 3 May-2 June 1972", *Netherlands Yearbook of International Law*, 3, 1972, pp. 18-61.
- KALSHOVEN, Frits, "Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: The First Session of the Diplomatic Conference, Geneva, 20 February-29 March, 1974", *Netherlands Yearbook of International Law*, 5, 1974, pp. 3-34.

- KALSHOVEN, Frits, "Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: The Diplomatic Conference, Geneva, 1974-1977, Part II", *Netherlands Yearbook of International Law*, 9, 1978, pp. 107-171.
- KILGORE, Edwin, "Recent Developments", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 8, 1978, pp. 941-949.
- KOOIJMANS, Peter H., "In the Shadowland between Civil War and Internal Strife: Some Reflections on the Standard-setting Process", en: *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalsboven*, DELISSEN, A. y TANJA, A. (eds.), Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff, 1991, pp. 225-248.
- LYSAGHT, Charles, "The Scope of Protocol II and its Relation to Common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949 and Other Human Rights Instruments", *Australian University Law Review*, 33 (1), 1983, pp. 9-27.
- PICTET, Jean, *Commentaire des Conventions de Genève du 12 août 1949*, Ginebra, CICR, 1952.
- ROBERTS, A. y GUELFF, R., *Documents on the Laws of War*, Segunda Ed., Oxford, Clarendon Press, 1989.
- SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. y ZIMMERMANN, B. (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels de 8 juin 1977 aux Conventions de Genève de 12 août 1949*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1986.
- SCHINDLER, Dietrich, "L'évolution du Droit de la Guerre des Conventions de La Haye aux Protocoles Additionnels aux Conventions de Genève", *Revue de Droit Pénal Militaire et Droit de la Guerre*, 21, 1982, pp. 23-33.
- SCHINDLER, D. y TOMAN, J., *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Alphen aan de Rijn-Ginebra, Sijthoff and Noordhoff-Instituto Henry Dunant, 1988.
- SUTER, Keith, *An International Law of Guerrilla Warfare: The Global Politics of Law Making*, Londres, Frances Pinter, 1984.
- VEUTHEY, Michel "Règles et principes de droit international humanitaire applicables dans la guérilla", *Revue Belge de Droit International*, 7 (2), 1971, pp. 505-539.
- VEUTHEY, Michel "A Survey of International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts: 1949-1974", en: *International Terrorism*

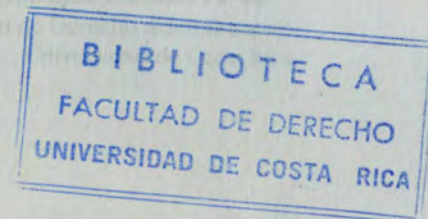
and *Political Crimes*, BASSIOUNI, M. (ed.), Springfield, Ch. Thomas, 1978, pp. 86-97.

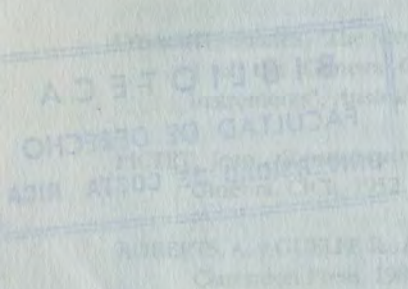
ZORGBIBE, Charles, *La guerre civile*, París, Presses Universitaires de France, 1975.

Documentos de Naciones Unidas

Secretario general de las Naciones Unidas
UN Doc. A/ 8370, 2 setiembre 1971.

Consejo de Seguridad
Resolución 814 (1993) de 26 de marzo de 1993, párr. 8.





Documentos de Naciones Unidas
Resolución 814 (1993) de 16 de marzo de 1993

RESUMEN
ABSTRACT

Evolución del sistema de empleo público
Principales desarrollos de empleo público

EMPLEO PUBLICO(*)

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

RESUMEN

El empleo público constituye un fenómeno complejo y diverso que ha experimentado importantes cambios en los últimos años. Este artículo analiza el desarrollo del empleo público en Costa Rica y el impacto de la reforma constitucional en este sistema.

ABSTRACT

(*) Ponencia al XIII Congreso Iberoamericano del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Panamá, 27 al 30 de abril de 1998.
(**) Telefax (00-506) 259-4844. Apartado postal (P.O. Box) 944, Y Griega 1011. SAN JOSE, COSTA RICA
E-Mail:jromero@cariari.ucr.ac.cr.

SUMARIO:

RESUMEN

ABSTRACT

- I. Introducción
- II. Definición
- III. Evolución del régimen de empleo público
- IV. Principios del régimen de empleo público
- V. Derechos y deberes de la función pública
- VI. Burocracia pública
- VII. Convenciones colectivas en el sector público
- VIII. Conclusión
- IX. Bibliografía

RESUMEN

El empleo público también se le conoce como función pública y se refiere al régimen jurídico que regula las relaciones del Estado, como patrono, y sus empleados, bajo el marco del derecho administrativo. En este ensayo se analizará su situación en Costa Rica y el impacto de sentencias de la Sala Constitucional en esta materia.

ABSTRACT

The public employment also knows you like public function and refers to the juridical regimen that it regulate the relationships of the State, like boss, and their employees, under the frame of the administrative law. In this rehearsal their situation will be analyzed in Costa Rica and the impact of sentences of the Constitutional Rooms in this material.

I. INTRODUCCION

El empleo público está referido a las relaciones que se establecen entre los trabajadores de la Administración Pública y el Estado, en cuanto que patrono.

En este escrito daremos los aspectos más relevantes de esta relación laboral regulada por el Derecho Administrativo.

II. DEFINICION

El empleo público es un concepto jurídico que atañe a las relaciones laborales establecidas entre dos partes: el Estado, como patrono; y, los agentes públicos, en tanto empleados o trabajadores de la Administración Pública.

III. EVOLUCION DEL REGIMEN DEL EMPLEO PUBLICO

La evolución de este régimen laboral antes de la promulgación del Código de Trabajo en 1943, fue regulada –como la mayoría de las relaciones jurídicas– por el Código Civil. Por ello, es a partir de 1943, cuando se promulga aquel código que se da una regulación específica del mundo de los asalariados, tanto en el sector privado como en el público.

1. Código de Trabajo (1943)

Artículo 2:

Patrono es toda persona física o jurídica, particular o de derecho público, que emplea los servicios de otra u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo.

Artículo 14:

Esta ley de orden público y a sus disposiciones se sujetarán todas las empresas, explotaciones o establecimientos, de cualquier naturaleza que sean, públicos o privados (...).

Artículo 585:

Trabajador del Estado o de sus instituciones es toda persona que preste a aquél o a éstas un servicio material, intelectual o de ambos géneros en virtud del nombramiento que le fuere expedido por autoridad o funcionario competente (...).

2. Constitución Política (1949)

Artículo 191:

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

Artículo 192:

Con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determinen, los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada y sólo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que exprese la legislación, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos. (cf. Eduardo Ortiz, *La municipalidad en Costa Rica*, Madrid: Instituto de estudios de administración local, 1987, págs. 192 a 194).

En este aspecto, indiquemos que las discusiones sobre el servicio civil como un instrumento para nombrar el personal del Estado a base de capacidad y no como parte del botín político del grupo que detentaba el Poder Político antes de la Carta Magna de 1949, se remontan a principios del siglo XX en nuestro país, en los pequeños círculos de reformistas y progresistas ilustrados (al respecto ver mis libros *La social democracia en Costa Rica*, San José: Uned, 1982; *Notas sobre el problema de la Constitución Política*, San José. Uned, 1991; *Acción Demócrata*, San José: Nueva Década, 1983 y *Partidos políticos, poder y derecho*, San José: UCR, 1985).

3. Estatuto de servicio civil (1953)

Artículo 1:

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

Artículo 2:

Para los efectos de este estatuto se considerarán servidores del Poder Ejecutivo, los trabajadores a su servicio remunerados por el erario público y nombrados por acuerdo formal publicado en el Diario Oficial.

Habrá que señalar que este régimen de servicio civil no ha funcionado bien y que los embates políticos los han reducido a su mínima expresión. No hay voluntad en la cúpula de "los que mandan" para modernizar este régimen.

En otros sectores de la Administración Política, se promulgaron estas leyes, entre otras:

- Ley de salarios de la Contraloría General de la República, 1966.
- Ley de salarios del Tribunal Supremo de Elecciones y del registro civil 1969.
- Ley de personal de la Asamblea Legislativa, 1970.
- Estatuto del servicio judicial, 1973.

Cabe señalar que antes de la vigencia de la Ley de Administración Pública, las instituciones descentralizadas, se regían por el derecho laboral (Ortiz, id., pág. 194).

4. Ley de la jurisdicción contencioso administrativa (1964)

Esta ley no aclaró la naturaleza del régimen jurídico laboral de los trabajadores del Estado, ya que no existía preocupación prioritaria por este tema, por cuanto la debacle de los laudos y las convenciones colectivas se dio posteriormente a su emisión (Mauro Murillo, *Ensayos de derecho público*, T. II, pág. 101).

5. Administración Pública (1978)

Artículo 111:

1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.

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

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

Artículo 112:

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

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

3. Sin embargo, se aplicarán también a estos últimos las disposiciones legales o reglamentarias de derecho público que resulten necesarias para garantizar la legalidad y moralidad administrativas, conforme lo determine por *Decreto* el Poder Ejecutivo.

(Hay que señalar que este decreto sigue sin promulgarse).

4. Para efectos penales, dichos servidores se reputarán como públicos.

De acuerdo con estas normas legales queda claro que:

- El derecho administrativo rige el empleo público,
- Se da una equivalencia de nombres para el el trabajador del Estado que podría ser denominado técnicamente agente público (ya se trate de empleado –subordinado a un jefe– o funcionario –con potestades de jerarca–).
- El derecho laboral se aplicaría supletoriamente al agente público; siendo de aplicación prioritaria la del derecho administrativo.

6. Laudo arbitral del 14 de junio de 1984

La Corte Suprema de Justicia, en un laudo arbitral para solucionar un conflicto contencioso administrativo entre la autoridad presupuestaria (el Estado); y, el Banco Nacional de Costa Rica –entidad estatal– y el sindicato de este banco, motivado por la aplicación de una convención colectiva de trabajo, votó mayoritariamente que el Código de Trabajo es aplicable por igual a todos los servidores públicos, sin distinciones, y con independencia de la naturaleza y del régimen de los ingresos y de la actividad del ente público empleador.

Este laudo del Poder Judicial, se dio luego de la vigencia de la Ley de Administración Pública y por lo tanto se equivocó al aplicar el Código de Trabajo a relaciones laborales entre el Estado-patrono y sus empleados bancarios.

Recuérdese que el ordenamiento jurídico privado solo puede tener vigencia en el ámbito de las relaciones de esas partes, cuando –como lo afirma el artículo 9 de la Ley de Administración Pública–:

No haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita; o en el caso de integración, por alguna del ordenamiento administrativo escrito. (Ortiz, ib., pág. 196).

7. Voto No. 1696-92 de la Sala Constitucional

Este voto enmendó el error del citado laudo de 1984, pues afirmó que de los artículos 140, incisos 1 y 2 y su transitorio; 191 y 192 de la Carta Magna, se deduce que el régimen de empleo público que rige a los servidores públicos es administrativo; y, no privado.

Con referencia en este tema se puede consultar, por ejemplo a :

Eduardo Ortiz, *Convenciones colectivas y módulos convencionales en la Administración Pública* (San José: Iustitia, 1992), *La municipalidad en Costa Rica* (Madrid: Instituto de estudios de administración local, 1987); Mario Blanco Vado, *Comentarios a la sentencia No. 1696-92 de la Sala Constitucional* (San José: revista Iustitia No. 70, 1992), Mauro Murillo: *¿Existe en Costa Rica un derecho público de empleo?*, (San José: revista Iustitia, No. 63, 1992), *Laudos: epílogo de una historia*, (San José: revista Iustitia, No. 70, 1992), Fernando Bolaños Céspedes, *Estado social de derecho y negociación colectiva en el sector público* (San José: Centro de formación costarricense, 1987), *Las relaciones de servicio en el empleo público* (San José: revista Iustitia,

No. 101-102, 1996), Ricardo Vargas Hidalgo, *Sentencia de la Sala Constitucional sobre laudos*, (San José: revista Iustitia, No. 71, 1992) Luz Marina Gutiérrez Porras, *Notas esenciales del régimen de empleo público costarricense*, (San José: inédito, 1997), Joaquín Rodríguez, *Los derechos económicos de los funcionarios públicos*, Caracas: Jurídica venezolana, 1977.

Fernando Bolaños (1996) comparte el criterio del Profesor Ortiz (1992) de que se debe separar a los funcionarios propiamente tales, regidos fundamentalmente, por el derecho público, con aplicaciones supletorias del derecho laboral, de la gran masa de trabajadores de servicios económicos del Estado, regidos por el derecho laboral, pero limitados por el principio de adherencia al fin público (pág. 47).

En lo que respecta a este *voto No. 1696-92* (unánime) también afirmó que los procedimientos de *arbitraje* previstos en el Código de Trabajo para solucionar conflictos colectivos fueron dados para las relaciones laborales privadas y son incompatibles con un régimen de empleo público (Mauro Murillo, *Ensayos de derecho público*, San José: Juritexto, T. II, 1995, pág. 129 a 136).

Como dice Murillo, a partir de ese momento (1992) ya no podrá dudarse de que existe un derecho público de empleo, distinto, separado del derecho laboral o de trabajo. Esto permitirá su desarrollo, el que nunca tuvo (Murillo, 1995, pág. 137).

Por este *voto 1696-92* se declararon inconstitucionales los siguientes artículos del *Código de Trabajo*: 368 –parte segunda– y 497 a 553, respecto de las administraciones públicas con régimen de naturaleza pública, cual es el caso del Instituto de Desarrollo Agrario; además de los 398 a 404 y 525 de ese código, –en cuanto que contempla la posibilidad de un fallo en conciencia, no sujeto a las leyes, reglamentos y directrices gubernamentales– respecto de las administraciones públicas no sujetas legalmente a un régimen público de empleo.

8. Voto No. 3285-92 de la Sala Constitucional

Mediante este voto se aclaró la anterior sentencia *No. 1696-92* respecto de algunos aspectos solicitados por el Instituto de Desarrollo Agrario (IDA).

Este voto provocó un voto de minoría de tres magistrados –la Sala cuenta con siete magistrados– en cuanto al punto b) del “Por tanto”.

Punto a): En cuanto a los laudos sin plazo, con prórrogas automáticas o prorrogados de hecho, las cláusulas que reconozcan derechos directamente en favor de los servidores o de sus organizaciones

sociales, se mantendrán vigentes hasta el 31 de diciembre de 1993, por razones de equidad, las restantes cláusulas se tendrán por fenecidas a la fecha de publicación del fallo de la sala.

Punto b): Al vencer los laudos conforme a su plazo, o según la regla del apartado anterior a), se mantendrán los derechos adquiridos y las situaciones consolidadas al amparo de los laudos celebrados por los trabajadores protegidos actualmente por ellos. En lo demás, se deniegan las solicitudes de adición y aclaración planteadas.

Vargas Hidalgo, indica que los derechos adquiridos y las situaciones consolidadas al amparo de los laudos, en beneficio de los trabajadores públicos quedan vigentes y sin límite en el tiempo hacia el futuro. Agregando que quedan suprimidos los conflictos colectivos, los tribunales de conciliación y de arbitraje laborales y los laudos o sentencias colectivas de trabajo para el sector público; pero, se mantienen para el sector privado (*idem.*, pág. 17).

Los tres magistrados, en su voto de minoría –entre otras cosas dicen– que mantener los derechos adquiridos más allá de la sentencia que se aclara es una modificación del fallo 1696-92, no una aclaración, lo que desborda las atribuciones de esta sala (voto –salvado– 3285-92).

9. Voto No. 3053-94 de la Sala Constitucional

Este voto del 24 de junio de 1994 afirma lo siguiente:

- a. Por el voto 3285-92 del 23 de agosto de 1992, esta Sala resolvió que los obreros, trabajadores o empleados que NO participan de la gestión pública de la Administración, pueden acudir a los procedimientos de resolución de los conflictos colectivos de carácter económico y social previstos en los artículos 497 y siguientes del Código de Trabajo.
- b. De este modo, el régimen es administrativo, estatutario para los “servidores públicos”; o sea, para quienes prestan servicios a la Administración a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura.
- c. La propia Ley general de administración pública establece que “las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que NO participan de la gestión pública de la Administración, de conformidad con el párrafo tres del artículo 111, se regirán por el Derecho laboral o mercantil, según los casos” (artículo 112, inciso 2).
- d. La resolución del 24 de junio de 1993, de la Procuraduría General de la República, debió reconsiderar de oficio el dictamen rendido por ella el 12 de diciembre de 1985 (inciso b del artículo 3 de la Ley Orgánica de esa Procuraduría) y distinguir entre:

- Funcionarios públicos y
- Trabajadores que NO participan de la gestión pública de la Administración.

Ello es así, porque someter a todos los empleados de la Administración Pública a la prohibición aludida contradice el fallo No. 3285-92 citado, y la garantía prevista por el artículo 62 de la Constitución Política (**Considerando segundo**).

El **Por Tanto** de este **voto No. 3053-94** afirmó:

Se declara con lugar parcialmente este recurso de amparo, en cuanto a que la Procuraduría citada debió de oficio hacer la distinción indicada, y en consecuencia se reconoce a aquellos *trabajadores de JASEC* (Junta administrativa del servicio eléctrico de Cartago) *que NO participen de la gestión pública de la Administración*, el derecho a los procedimientos de resolución de conflictos colectivos de carácter económico-social. Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios causados.

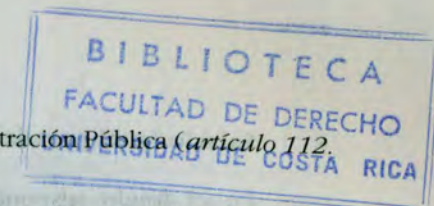
De acuerdo con el criterio de Celín Arce (**Los derechos de estabilidad y trabajo en el empleo público**, San José: Revista Judicial No. 69, 1998), al ser las relaciones entre el Estado y los "servidores públicos" de carácter estatutario o de Derecho Público, no pueden suscribir convenciones colectivas de trabajo (colofón - comentario a dicho **voto No. 3053-94**, pág. 36).

Me parece que este criterio del abogado Arce es congruente con lo que los **votos Nos. 1696-92, 3285-92 y 3053-94** de la Sala Constitucional han afirmado.

Sin embargo, no comparto la tesis de la Sala Constitucional en este punto concreto por lo siguiente:

- a. La Constitución Política en su artículo 62 manda:

Tendrán fuerza de ley las convenciones colectivas de trabajo que, con arreglo a la ley, se concierten entre patronos o sindicatos de patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados.
- b. Este mandato constitucional está vigente y se debe aplicar tanto al ámbito privado como al sector público, sin hacer distinciones que la Carta Magna no hace.



- c. Además, la Ley general de la Administración Pública (**artículo 112**, 1, 2) hace esa distinción entre:

Servidores públicos, sometidos al Derecho Administrativo y las relaciones de servicio con obreros, trabajadores o empleados que NO participan de la gestión pública de la Administración al tenor del *numeral 111, párrafo tres* de esta ley (no se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común).

- d) Está claro que la Ley está subordinada a la Constitución Política y no se puede aplicar la Ley en contra de lo que manda la Carta Fundamental. Menos aún utilizando la letra de la Ley de administración pública para quitarle garantías y derechos a los empleados del patrono Estado. (*En el aparte VII de este ensayo se hace referencia expresa a tales convenciones*).

IV. PRINCIPIOS DEL REGIMEN DE EMPLEO PUBLICO

- **Idoneidad para el desempeño del cargo:**

La persona nombrada en el puesto debe tener la capacidad y los requisitos técnicos, profesionales y éticos que el cargo requiere.

- **Desarrollar una carrera administrativa**

La estructura organizacional estatal o del sector público llamada burocracia establece la necesidad de hacer carrera, es decir, dedicar la vida al trabajo con el fin de ir ganando derechos y consolidarse como agente público.

- **Estabilidad:**

El puesto debe darle estabilidad al agente público o burócrata, con los efectos de seguridad, confianza, permanencia y la forja de la carrera administrativa.

- **Salario igual para la función o tarea igual:**

En el fondo responde al criterio de igualdad constitucional (artículo 33), de tal modo que los trabajos iguales implican salarios o pagas iguales. Esto es un problema fuerte en el Estado de este país, por cuanto existen muchas diferencias de sueldos y regímenes globales laborales en el seno de la entera administración pública costarricense. Se dan muchos intereses creados para que no se emita una ley general de empleo público y se uniforme el tratamiento laboral administrativo. Hay argumentos de todo tipo para impedir que esa ley se dé, como por ejemplo, enunciar la existencia de entes públicos muy ricos y otros pobres, de tal que los salarios deben ir parejos con la capacidad económica de cada entidad estatal.

- **Legalidad y debido proceso:**

Una vez que la persona es nombrada en el puesto, adquiere el derecho a la estabilidad o inamovilidad en él, lo que a su vez implica la garantía de un adecuado procedimiento administrativo en el caso de que se le quiere remover de su trabajo, con el imprescindible debido proceso y el cumplimiento del principio de legalidad (votos de la Sala Constitucional Nos. 189- 92 y 1739-92).

- **Irrenunciabilidad de los derechos laborales:**

Garantizado por el numeral 74 de la Constitución Política, ubicado en el capítulo de derechos y garantías sociales. (*Voto 5969-93* de la Sala Constitucional).

- **Igualdad del agente público ante el entero ordenamiento jurídico:**

También responde al numeral constitucional 33 que establece la igualdad dentro del global sistema de derecho (voto de la Sala Constitucional 3769-96): igualdad de los derechos fundamentales de las personas como corolario de la dignidad humana.

- **Imparcialidad, independencia y objetividad en el desempeño de sus labores públicas:**

Voto 2883-96: Este principio responde a la responsabilidad, eficiencia e idoneidad en el desempeño de las tareas a cargo del agente público.

- **Honestidad, dignidad, discreción:**

El agente debe realizar su trabajo bajo la orientación de estos principios éticos del desempeño de la función pública. (Cf. Gutiérrez Porras, 1997, págs. 9 a 19).

V. DERECHOS Y DEBERES DE LA FUNCION PUBLICA

De acuerdo con la presentación que hace Aracelly Pacheco (*Derechos, deberes y responsabilidades de los funcionarios públicos*. San José: Revista de la Contraloría General de la República No. 36, 1983, págs. 14 a 28) se indican derechos y deberes en el desempeño de la función pública.

DERECHOS

- Estabilidad en el cargo
- Al ascenso
- Al sueldo
- A viáticos y sobresueldos
- A la pensión
- Al aguinaldo
- A las vacaciones

DEBERES

- Cumplir con el cargo
- Deber de urbanidad y eficiencia
- Dedicación al trabajo
- Obediencia legal y ética
- Dignidad y probidad
- Secreto funcional
- Actitud de servicio

VI. BUROCRACIA PUBLICA

Definición

En general la burocracia, tanto del sector público como del privado, se origina en su acepción literal de "gobierno, poder o mando de la oficina"; lo que se conoce como el poder de los escritorios o de las ventanillas.

Designa el conjunto de oficinas públicas o privadas, y de los empleados asignados en ellas a quienes se les pide la ejecución operativa y el control administrativo, llevados a cabo impersonalmente, con base en criterios unitarios y prefijados, a cargo de todos los sujetos que entran en determinadas categorías generales (Cf. Luciano Gallino, *Diccionario de sociología*, México, Siglo XXI, 1995, pág. 81; David & Julia Jary,

Dictionary of Sociology, New York: Harper Collins, 1991, págs. 38, 39) Raymond Boudon & François Bourricaud, *A Critical Dictionary of Sociology*, The University of Chicago Press, 1986, págs. 49 a 53).

Como la burocracia es una manifestación de poder jurídico, se habla de una dominación legal, aquella que funciona por medio de un aparato administrativo burocrático, formado por cargos de competencia predeterminada y que se articulan de acuerdo con el principio de la jerarquía (cf. Alejandro Nieto, *La burocracia*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1976, pág. 488).

El esquema de la burocracia en Weber

Las funciones específicas de la burocracia son:

1. Rige el principio de las atribuciones oficiales fijas, ordenadas, por lo general, mediante reglas o disposiciones del reglamento administrativo, lo cual implica:

- i) La distribución exacta de las actividades;
- ii) Los poderes de mando están determinados para que se ejecuten las órdenes; y,
- iii) Un procedimiento para el nombramiento.

2. Rige el principio de la jerarquía funcional y de la tramitación.

La Administración se basa en expedientes y en un cuerpo jerárquico de todo tipo.

La actividad burocrática supone un concienzudo aprendizaje profesional.

Se exige del funcionario todo el rendimiento en el ejercicio del cargo. El desempeño del cargo, por parte del funcionario, se realiza según normas generales susceptibles de aprendizaje.

Por lo que concierne a la posición interior y exterior de los funcionarios, lo anterior tiene sus consecuencias, a saber:

3. El cargo es una profesión, porque se requieren conocimientos y experiencias para ocupar los respectivos puestos de la Administración. La ocupación de un cargo, no es, de hecho ni de derecho, considerada como la posesión de una fuente de emolumentos o rentas producidos por el cumplimiento de ciertas funciones como en la Edad Media y el Siglo XVI. Tampoco es estudiada como un intercambio remunerado de funciones como en el contrato libre de trabajo.

Eso sí, la ocupación al puesto es estimada, inclusive en la empresa privada, como la aceptación de un deber específico de fidelidad al cargo a cambio de la garantía de una existencia asegurada. La lealtad es hacia una finalidad objetiva, impersonal y no a una persona.

4. La posición personal del funcionario resulta configurada de acuerdo con los siguientes principios:

- i) El funcionario moderno pretende siempre, y disfruta casi siempre, frente al dominado (o cliente) de una estimación social estamental (estamento o grupo social específico) especialmente realzada. El respeto al funcionario está contemplado en las normas.
- ii) Los funcionarios son nombrados por una autoridad superior.
- iii) Existe una cierta perpetuidad en el cargo.
- iv) El funcionario percibe, normalmente, una remuneración en forma de un estipendio fijo, así como un retiro de vejez por medio de una pensión. El salario no queda determinado, en principio, de acuerdo con el trabajo realizado, sino más bien con las funciones desempeñadas, con el "rango", y eventualmente, según la duración del tiempo de servicios.
- v) Existe un escalafón relativo a la jerarquía y órganos de poder, además de lo concerniente al sueldo por categorías.

5. Los supuestos sociales y económicos de la moderna configuración del cargo son:

- a) El desarrollo de la economía monetaria, lo cual implica el pago del salario a los funcionarios por medio de la moneda.
- b) El desarrollo de la maquinaria estatal, del ejército profesional y de los políticos, dentro del contexto del Estado moderno.
- c) La creciente burocratización se explica por la ampliación intensiva y cualitativa, y el desarrollo interno de las tareas administrativas.

6. Lo que puede explicar el uso intenso de la organización burocrática es:

- a) El Estado moderno.
- b) El ejército profesional
- c) Las vías de comunicación administradas burocráticamente.

6. La razón decisiva que explica el progreso de la organización burocrática ha sido su superioridad técnica sobre cualquier otra forma de organización de la actividad humana, en la medida en que la estructura burocrática da lugar a la precisión, rapidez, univocidad, oficialidad, continuidad, discreción, uniformidad y subordinación en el ejercicio de las tareas y funciones de la organización.

7. Como grupo secundario que es, la estructura burocrática se presenta como un tinglado en el cual prevalecen la impersonalidad, la objetividad, la sujeción a reglas, las relaciones "funcionario-cliente", la distancia social de la "frialidad relacional", etc. (cf. WEBER, Max. *Economía y sociedad* T. I. México: Fondo de Cultura Económica, 1964, págs. 174 a 180.)

8. Los atributos de este sistema organizativo (*burocracia*) son los siguientes:

- a) La superioridad técnica de la administración burocrática depende de su orientación hacia reglas impersonales, que favorecen una confiabilidad uniforme y por ende la calculabilidad de su funcionamiento.
- b) Concentra los medios de administración con el fin de que el burócrata y la burocracia tengan a su disposición los medios necesarios para realizar su labor. Así se han separado el hogar y la oficina.
- c) Tiene un efecto, relativamente nivelador de las diferencias sociales y económicas, en el sentido de que el acceso a la organización presenta reglas impersonales y el cumplimiento de los requisitos para optar por una candidatura al puesto, llámense "concursos", "llamamiento por atestados", "oposiciones", etc.
- d) Un sistema burocrático desarrollado instrumenta una organización prácticamente indestructible de relaciones de autoridad, en las que el burócrata se identifica con la organización y hace de la vida burocrática su vida interior. (Cf. mi libro sobre *La sociología del derecho en Max Weber*, cit., págs. 63 a 69. Dejemos señalado que este modelo clásico de Weber ha sido enriquecido posteriormente por una serie de pensadores).

9. Finalmente, indiquemos que la organización burocrática nos acompaña desde el nacimiento hasta la muerte (iglesias y registros civiles). Por ello es permeable y penetrante en todas nuestras vidas y

mueres (herencias) (cf. David Beetham, *Bureaucracy*, University of Minnesota Press, 1987), lo cual puede darnos una visión social de las dictaduras de las burocracias (cf. Bertha Lerner, *Democracia política o dictadura de las burocracias*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993).

VII. CONVENCIONES COLECTIVAS EN EL SECTOR PÚBLICO

Definición

De acuerdo con el *Código de Trabajo*, numeral 54, la *convención colectiva*, es un convenio laboral que se celebra entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos, con el objeto de reglamentar las condiciones en que el trabajo deba prestarse y las demás materias relativas a éste.

La convención colectiva tiene carácter de ley profesional y a sus normas deben adaptarse todos los contratos individuales o colectivos, existentes o que luego se realicen en las empresas, industrias o regiones que afecte.

Por su parte, *la Carta Magna*, en su artículo 62 establece que tendrán fuerza de ley las *convenciones colectivas* de trabajo que, con arreglo a la ley, se concierten entre patronos o sindicatos de patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados.

De acuerdo con el mandato constitucional, *las convenciones colectivas de trabajo rigen para el sector público y el privado*, ya que no cabe hacer distinciones o diferencias cuando la norma no las indica ni leer lo que la norma no dice (cf., Vittorio Frosini, *La letra y el espíritu de la ley*, Barcelona: Ariel, 1995; Jesús Prieto de Pedro, *Lenguas, lenguaje y derecho*, Madrid: Civitas, 1991; Hugo Muñoz Quesada y Enrique Haba, *Elementos de la técnica legislativa*: San José, Prodel, 1996; Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos*, Madrid: Alianza, 1994).

Vigencia

En nuestro criterio el Estado puede firmar convenciones colectivas con los sindicatos de la Administración Pública, al amparo del artículo

constitucional 62. Esta es la *tesis jurídica*. Pero, hay otra posición, la *política*. Esta afirma que no hay que pactar esas convenciones en el sector público, porque el Estado: —no tiene dinero para hacerle frente a esos gastos—, se deben debilitar los sindicatos estatales, dentro de los efectos del neoliberalismo jurídico, está la desaparición de sindicatos, colegios profesionales y otros grupos organizados de las clases subalternas. Esta *tesis política*, en favor de las clases dominantes, no la lanzan a la publicidad de modo tan directo y claro, sino que sus ideólogos la disfrazan y la llena de eufemismos, a veces, envuelta en un lenguaje jurídico.

Se debe tener presente aquí lo indicado *supra* - aparte III. 9 - de este ensayo sobre **el voto No. 3053-94 de la Sala Constitucional**.

En este momento histórico, el Estado (en una tradición de política anti-sindical que arranca en 1978 con el Gobierno de Carazo Odio, directrices del Consejo de Gobierno anticonvenciones colectivas en el sector público de 1979 y 1980) sostiene una postura negativa a las convenciones colectivas de trabajo dentro de la Administración Pública, lo cual se ha fortalecido en la medida en que los sindicatos públicos se han debilitado, dentro del marco de las acciones neoliberales como tesis conservadora, que no analizaremos aquí, pero que sí deseamos dejar constancia que no es por mera inercia de los hechos sociales o por situaciones ignoradas (cf. Fernando Bolaños Céspedes, *Estado social...*, idem., págs. 74 a 123).

De lo recientemente publicado sobre esta temática están los libros de Oscar Bautista Vivas (*Las convenciones colectivas de trabajo en el sector público*, San José: Ijsa, 1997; y, *El sindicato*: Ijsa, 1997), en los cuales se puede leer un punto de vista diferente al que sostengo.

Por su lado, *Eduardo Ortiz* sostuvo (criterio que compartimos) que la convención colectiva es un acto mixto, que genera, aparte de las obligaciones y derechos laborales comunes, un conjunto de obligaciones reglamentarias, oponibles a terceros e invocables por ellos ante los tribunales, con un contenido que es laboral, no obstante superar en beneficio de los servidores públicos los mínimos legales existentes; y con un régimen, como acto o contrato, que es de Derecho Público, por estar la convención orientada hacia fines legales, para cuya satisfacción estos exigen potestades administrativas que funcionan, frente a los servidores públicos, unilateral e imperativamente, cuando así resulte justificado por el interés público que sustenta, como su razón de ser, tanto la convención como las normas reglamentarias creadas por ésta. La convención

colectiva cumple bien en Costa Rica —en tanto tiene efecto imperativo frente a terceros— con el principio de legalidad, al tiempo que da origen a una reglamentación de Derecho Laboral Colectivo, enmarcada por un régimen administrativo, en honor al artículo 112.1 de la Ley de administración pública, con el que también cumple a cabalidad.

Puntualizando, *Ortiz* la *convención colectiva en el sector público es no sólo constitucionalmente posible sino también deseable, como la forma más democrática y participativa de regular las condiciones de trabajo, poniendo en comunión y comunicación a la Administración y a sus servidores*. (cf. *Convenciones colectivas y...*, cit., pág. 75). *Cuando se lee este criterio se recuerda que el Derecho y sin duda el Constitucional y el Administrativo, expresa relaciones de poder entre sus actores: es política manifestada en normas jurídicas*. Y, ello es así porque el Ordenamiento Jurídico es parte del *control social* sobre las personas (a la par de los folkways y las mores).

Pueden consultarse, también, estos otros estudios: Bernardo Van Der Laet, *La libertad sindical de los funcionarios públicos*, San José, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 56, 1986; Luis Herrera Castro, *El derecho de trabajo y los regímenes estatutarios, en especial la Ley general de administración pública*, San José: Revista Judicial, No. 16, 1980; Ricardo Vargas Hidalgo y Rolando Vega Robert, *La relación empleo público y sus consecuencias prácticas en la jurisprudencia costarricense*, San José: Revista Judicial, No. 52, 1990; Ricardo Vargas Hidalgo, *La negociación colectiva en el sector público*, San José: Revista Judicial, No. 53, 1991; Guillermo Haro Bélchez, *El derecho de la función pública*, México: Ecasa, 1993, *La función pública en el proceso de la modernización nacional*, México: Iapem, 1991, *Aportaciones para la reforma de la función pública en México*, Madrid: Inap, 1987; Enrique Marín Quijada, *La negociación colectiva*, Bogotá: Temis, 1978; Diego Younes Moreno, *Derecho Administrativo Laboral*, Bogotá: Temis, 1981; Mauro Murillo, *Ensayos de derecho público*, vol. I, San José: Uned, 1988, Vol. II; San José: Juritexto, 1995).

VIII. CONCLUSION

1. En este aparte se puede indicar que la función pública o el régimen de empleo público está regido por el Derecho administrativo; y, supletoriamente por el Código de Trabajo.

2. De conformidad con el criterio de la Sala Constitucional, en sus votos Nos. 1696-92, 3285-92 y 3053-94, no hay convenciones colectivas entre el Estado y sus empleados que participen de la gestión pública de la Administración, de acuerdo a lo que manda el artículo 112 de la Ley general de la administración pública.

3. Personalmente, considero que las convenciones colectivas en el sector público están vigentes, al amparo del artículo 62 de la Carta Magna.

4. Por el predominio de las políticas neoliberales, ejecutadas en la década pasada y en la presente, la tesis del Estado –con el apoyo de los empresarios– contraria a las convenciones colectivas en el ámbito público, por un lado y por el otro, el debilitamiento de los sindicatos de la administración gubernamental, explica que esos convenios estén en crisis. Solo la fuerza de negociación de los sindicatos estatales podrá decidir la sobrevivencia o liquidación de esas convenciones.

5. Ya desde 1981, habíamos sostenido que las convenciones colectivas de trabajo tanto en el sector privado como en el público, constituyen un derecho constitucional. Esta es una garantía democrática tanto en el marco del derecho interno como en el internacional. (cf. nuestra ponencia al Seminario Internacional de Derecho Administrativo, pronunciada el 2 de setiembre de 1981 con el nombre de *Convenciones colectivas de trabajo en el sector público*, en el Colegio de Abogados y publicada por éste en el libro que editó –en 1981– las ponencias presentadas en este seminario, pág. 210).

IX. BIBLIOGRAFIA

Aguirre, Rodolfo. *Convenciones colectivas en el sector público* (San José: Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1983).

Arce, Celín. *Los derechos de estabilidad y trabajo en el empleo público* (San José: Revista Judicial, No. 69, 1998).

Avellán, Edgar et al. *Los convenios de la OIT en la escala jerárquica de las normas de nuestro Ordenamiento Jurídico* (San José: Tesis de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, 1981).

Beetham, David. *Bureaucracy* (Minneapolis: University of Minnesota, 1987).

Blanco Vado, Mario. *Comentarios a la sentencia No. 1696-92 de la Sala constitucional* (San José: revista Iustitia No. 70, 1992).
La negociación colectiva de facto en la Administración Pública Costarricense (San José: Revista Debate Laboral No. 6, 1990).

Bolaños, Fernando. *Estado social de derecho y negociación colectiva en el sector público* (San José: Centro de formación costarricense, 1987).

Las relaciones de servicio en el empleo público (San José: revista Iustitia, No. 101-102, 1996).

Código de Trabajo. Anotado y concordado (San José: Juricentro. 1998).

Boudon, Raymond & Bourricaud, François. *A critical Dictionary of Sociology* (Chicago: The University of Chicago Press 1986).

Chaves, Manuel. *El ius variandi en el contrato individual del trabajo, con énfasis en el sector público* (San José: Tesis de Licenciatura, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1990).

Cascante, German. *Regímenes de empleo y procesos de despido en la administración pública* (San José: IJSA. 1997).

Castro, Abel. *Convenciones colectivas celebradas en Costa Rica (1968-1974)* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas No. 35, 1978).

De Laubadere, André. *Traité Élémentaire de Droit Administratif* (Paris: LGDJ, T. II, 1970).

Fernández, Pastorino. *Convenciones colectivas de trabajo* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962).

Flores, Mayela y Sandoval, Victoria. *Los principios de derecho público y privado, aplicables al derecho de la función pública* (San José: Tesis de grado. 2 Tomos, Licenciatura en Derecho, 1991).

Frosini, Vittorio. *La letra y el espíritu de la ley* (Barcelona: Ariel, 1995).

Gallino, Luciano. *Diccionario de sociología* (México: Siglo XXI, 1995).

García, José María. *Teoría de la organización y sociedad contemporánea* (Barcelona: Ariel, 1985).

García de Enterría, Eduardo. *La lengua de los derechos* (Madrid: Alianza, 1994).

Guerrero, Omar. *La administración pública del Estado capitalista* (México: Fontamara, 1981).

Gutiérrez, Luz Marina. *Notas esenciales del régimen de empleo público costarricense* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas No. 87, 1998).

Haro, Guillermo. *El derecho de la función pública* (México: Ecasa, 1993).

La función pública en el proceso de la modernización nacional (México: Iapem, 1991).

Aportes a la reforma de la función pública en México (Madrid: Inap, 1987).

Hernández, Oscar. *Reflexiones sobre las relaciones de los conflictos laborales en el sector público* (San José: Revista Debate Laboral No. 7, 1991).

Herrera, Luis Gmo. *El derecho del trabajo y los regímenes estatutarios* (San José: Revista Judicial, No. 16, 1980).

Jary, David & Julia. *Dictionary of Sociology* (New York: Harper Collins, 1991).

Lerner, Bertha. *Democracia política o dictadura de las burocracias* (México: Fondo de Cultura Económica, 1993).

Manzana, Rafael. *Derechos y deberes de los funcionarios públicos* (Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1996).

Marín, Enrique. *La negociación colectiva* (Bogotá: Temis, 1978).

Moya, Carlos. *Burocracia y sociedad industrial* (Madrid: Cuadernos para el Diálogo, 1972).

Muñoz, Hugo & Haba, Enrique. *Elementos de técnica legislativa* (San José: Prodel, 1996).

Murillo, Mauro. *Ensayos de derecho público* (San José: Uned, T. I, 1988; Iuritexto, T. II, 1995).

¿Existe en Costa Rica un derecho público de empleo? (San José: revista Iustitia, No. 63, 1992).

Laudos: epílogo de una historia (San José: revista Justitia, No. 70, 1992).

Ortiz Ortiz, Eduardo. *Convenciones colectivas y módulos convencionales en la Administración Pública* (San José: Iustitia, 1992).

La municipalidad en Costa Rica (Madrid: Instituto de Administración Local, 1987).

Oviedo, Ana; Vázquez, Marisela. *La relación de empleo público a la luz de la jurisprudencia constitucional* (San José: Tesis de licenciatura en elaboración. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1998).

Pacheco, Aracelly. *Derechos, deberes y responsabilidades de los funcionarios públicos* (San José: revista de la Contraloría General de la República, No. 36, 1983).

Parra Gutiérrez, William. *Derecho administrativo laboral y seguridad social* (Bogotá: Ediciones Librería el Profesional, 1996).

Prieto, Jesús. *Lengua, lenguaje y derecho* (Madrid: Civitas, 1991).

Rivero, Juan. *Las ideologías jurídicas y la empresa* (Madrid: Revista "Relaciones laborales", No. 18. Setiembre de 1998).

Rodríguez, Joaquín. *Los derechos económicos de los funcionarios públicos* (Caracas: Jurídica Venezolana, 1977).

Romero-Pérez, Jorge Enrique. *Derecho Administrativo y Estado costarricense* (San José: Universidad de Costa Rica, 1984).

La sociología del derecho en Max Weber (San José: Universidad de Costa Rica, 1980).

Partidos políticos, poder y derecho (San José: Universidad de Costa Rica, 1985).

La social democracia en Costa Rica (San José: Uned, 1982).

El Acción Demócrata (Costa Rica) (San José: Nueva Década, 1983).

Notas sobre el problema de la Constitución Política (San José: Uned, 1993).

Derecho Administrativo. Ensayos (San José: Uned, 1993).

Convenciones colectivas de trabajo en el sector público (San José: Colegio de Abogados, 1981).

Rusciano, Mario. *Relación pública y privada en Italia* (San José: Revista Debate Laboral Nº 7, 1991).

Van Der Laat, Bernardo. *La libertad sindical de los funcionarios públicos* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 56, 1986).

El debido proceso en casos de destitución de trabajadores públicos en Costa Rica (San José: Ponencia al V Congreso Centroamericano y del Caribe de derecho del trabajo y de la seguridad social. San Salvador, del 18 al 22 de abril de 1988).

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

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

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

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

Vivas, Oscar. *El sindicato* (San José: Ijsa, 1997).

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

Weber, Max. *Economía y sociedad* (México: Fondo de Cultura Económica, 1964).

¿Qué es la democracia? (Buenos Aires: La pléyade. 1977).

Sociología del trabajo industrial (Madrid: Trotta, 1994).

Yates, Douglas. *Análisis de la burocracia* (Buenos Aires: Ed. Fraternal, 1985).

Younes, Diego. *Derecho Administrativo Laboral* (Bogotá: Temis, 1981).

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE PROPIEDAD

Lic. Héctor Edo. Miranda Fonseca

Profesor Universidad de Costa Rica

Abogado y Notario

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. El concepto de hombre del Siglo XXI
- III. El concepto jurídico de la propiedad en función de la humanidad
- IV. Conclusión

I. INTRODUCCION

Costa Rica desde el año de mil novecientos setenta y cuatro viene oyendo de la necesidad de una Asamblea Nacional Constituyente. Dentro de los temas mas álgidos por los cuales unos quieren y otros no, la reforma total de nuestra constitución está la posible reforma del artículo cuarenta y cinco. Sin embargo, es mi propósito en este artículo estructurar cuáles podrían ser los principios rectores para una futura reforma del artículo cuarenta y cinco.

Muchos hoy afirman que el mundo ha cambiado, que estamos en la época de la globalización y del libre-mercado, pero aparejado a lo anterior cuando analizamos profundamente sus postulados teóricos encontramos que dicho cambio es sostenido en postulados retocados del liberalismo del siglo diecinueve, que hoy con unos retoques quieren hacerlos pasar por novedosas ideas modernas. Con respecto a la propiedad se hace lo mismo, especialmente por la importancia que hoy tiene la propiedad intelectual, que claramente sigue los lineamientos del Código de Napoleón de 1804 en su artículo trescientos.

Volviendo al tema de nuestra investigación, antes de esclarecer cuáles deberían ser los nuevos postulados, es necesario saber si estos existen, y si fuera así cuáles son las causas y procesos que los crean. Asimismo es nuestra firme convicción, en razón de un rápido análisis de la realidad actual, que de primera entrada no son ni por asomo los que sostenía el liberalismo del siglo diecinueve, tal como algunos hoy día intentan sostener.

Partiendo de la premisa de que el derecho y la historia son producto exclusivo del hombre; y que esta última tiene una relación directa con el derecho. Por lo cual, cualquier cambio en la historia implica un cambio en el derecho, tal como muchos estudiosos lo han documentado. Bastará encontrar cuáles cambios históricos se han dado en el mundo y como estos afectan al derecho y en especial a la figura jurídica de la propiedad.

Uno de los aspectos relevantes que los historiadores modernos nos aclaran es que hoy por los cambios que ha tenido el mundo, se puede hablar por primera vez de HISTORIA MUNDIAL.⁽¹⁾

Hace doscientos años por más trascendental que fuera un hecho histórico acaecido en una parte del mundo, tenía muy ligeras y lejanas repercusiones en el resto del planeta, si es que acaso tenía algún efecto.

(1) THOMSON (David), "¿Qué es la historia mundial?", en *Historia Mundial*, México, Fondo de Cultura Económica, No. 142, 1974, págs. 11-21.

Era natural que hasta hace poco, se considerara la historia mundial como la simple suma de historias particulares. Aún hoy en algunos libros de historia universal se maneja este tipo de concepción.

Un rasgo importante del mundo actual consiste en la expansión del poderío e influencia europea por todo el mundo, y las consecuencias de ese hecho. Entendiendo esta influencia no como poderío militar o económico, sino por el ideológico. Occidente y su cultura se universalizan, e incluso se modifican por esa expansión. Así tenemos la Revolución Rusa como uno de los acontecimientos que tiene una repercusión mundial. Luego en 1929 la depresión en USA afecta la vida y conmueve los sistemas políticos de todos los estados europeos.

Todos los historiadores actualmente deben cambiar o han cambiado su forma de trabajo. Cada hecho histórico local tiene un entretejido global, el cual ilumina, por lo general el significado de éste.

Ahora bien esta historia mundial se ha fortalecido, de modo que en lo sustantivo ha surgido una situación novedosa. Ninguno de los seis continentes pueden subsistir el uno sin los otros, en tal sentido, viven sujetos a una interdependencia nunca antes vista. La economía y los enlaces que han logrado los capitales transnacionales son una de las causas de este fenómeno, para lo anterior basta ver el ejemplo de las transnacionales de NESTLE o la PHILLIP MORRIS en Costa Rica. El coloniaje y expansión europea fue también la otra causa que ha contribuido en ese sentido.

La historia mundial puede ser remitida como a la fecha clave del año de 1914, pues es en ese año que surgen todas las fuerzas que desencadenan en una forma clara esta interdependencia mundial. A la par del hecho de la Guerra que va del 14 al 18 hay que agregar que el capitalismo del siglo XIX es fundamental en la creación de la infraestructura de la historia mundial. Sin embargo, a los dos puntos dichos anteriormente no puede dejar de mencionarse como un hecho coadyuvante la Revolución Industrial que se inicia alrededor de 1750, pues la liberación de las fuerzas productivas que produce la máquina de vapor son las que permitirán la acumulación de capital y la consecuente internacionalización de éste, así como la interdependencia de las naciones a través de los lazos comerciales. Por ello no es de extrañar que la economía europea se manifieste como suprema y tenga la capacidad de expansión, que ya la Primera Guerra Mundial afirma como existente.⁽²⁾

(2) COSTAS (Axelos), *El Pensamiento Planetario*, Venezuela, Monte Avila Editores, 1969, págs. 11-43 y THOMSON, *Op. cit.*, pág. 15.

No hay duda que la economía es parte de la integración o como diría el estudioso McLuhan "la aldea global". Sin embargo, hay otro acontecimiento que es de vital importancia en la llegada de esta interconexión mundial. A partir de 1945 surge en el mundo una transformación sin precedentes. El fin de la Segunda Guerra Mundial especialmente por el uso de la ciencia y la tecnología en las dos bombas atómicas lanzadas en Japón, manifiesta sin lugar a duda, la importancia del saber científico en la nueva coyuntura mundial.

La humanidad por esos acontecimientos se encuentra sufriendo los efectos de una revolución que se le puede llamar la Revolución Científica y Tecnológica, por el contenido científico de los aparatos técnicos que produce y que la caracterizan. Antes de esta revolución hubo dos procesos con las características de cambios profundos y revolucionarios de gran trascendencia para la humanidad, como fueron el descubrimiento de la agricultura y la ganadería y la Revolución Industrial.

Hace alrededor de 10.000 años con el paso del hombre de la vida nómada a la sedentaria, producto indudablemente del descubrimiento de la agricultura, y también de la domesticación y pastoreo de ganado se produce el primer proceso de cambio en el concepto de propiedad. En la agricultura se podía cultivar usando únicamente la fuerza manual o introduciendo elementos artesanales. El arado fue uno de ellos, y es el gestor de fuertes cambios en la sociedad y el derecho. Primero lo encontramos de madera, siendo altamente ineficiente, pero con la introducción del hierro su papel va a ser fundamental.

El cambio más importante que produce la revolución agrícola y ganadera, consiste en la posibilidad de la raza humana de aumentar su producción de alimentos, lo cual redundará en la posibilidad real de aumentar su población. Antes de esta época el hombre estaba controlado en su crecimiento como especie en una forma exactamente igual al control que reciben los animales. Luego del descubrimiento de la agricultura dicha circunstancia varía.⁽³⁾

La segunda revolución que sigue a la agricultura es la Industrial cuyo aporte primordial es a nivel energético. Se cambia la energía muscular y artesanal por la mecánica. La creación de máquinas y fábricas es lo que caracteriza esta época. Al igual que en la anterior aumenta la

(3) TORRES MARTINEZ (Raúl) y CHAVARRIA LOPEZ (Mayra). *La Revolución Científica y Tecnológica: una introducción para su estudio*, Sección de Historia de la Cultura, Escuela de Estudios Generales, U.C.R., San José, Imprenta LIL, 1990, págs. 13-14.

producción y el número de seres humanos en el planeta. Acelera la aparición de la propiedad tal como la conocerá el siglo diecinueve (individual y privada), esto por cuanto el individuo llega a su total expresión, y con él se conforman los derechos que le hacen acreedor de un "status" jurídico en la sociedad, como lo es la propiedad privada inmueble.⁽⁴⁾

La revolución industrial acarrea la más profunda e impresionante secuela de efectos en toda la existencia humana, aparece el artesano como el encargado de dar el mayor aporte en los cambios en las máquinas. Aparejado a lo anterior surge la real posibilidad de satisfacer en una forma clara las necesidades de vestido y comida de los seres humanos, especialmente con el descubrimiento de los abonos químicos en Alemania. Además con esta revolución surge también en una forma clara y contundente el deterioro de la naturaleza por causa de la acción del hombre y sus máquinas.

La Revolución Científica y Tecnológica que seguiremos llamando RCT, es la última revolución que el hombre ha experimentado. El efecto más contundente que esta revolución ha tenido es la disolución por primera vez en la historia de la concepción del hombre de ciencia y artesano. Antes los grandes avances en la inventiva humana los hacían los artesanos; o sea los inventores no eran necesariamente hombres de ciencia en el sentido estricto. Hoy día en cambio el científico es inventor y artesano, la maquinización y complejidad de los aparatos en la RCT,⁽⁵⁾ obligan a los usuarios, a ser hombres de ciencia para su correcto y mayor aprovechamiento.

La rapidez de la ciencia y el conocimiento de la humanidad han hecho imposible que el proceso del artesano inventor siguiera prevaleciendo. También es importante destacar que la calidad y complejidad ha llevado a la especialización, pero no sólo eso, sino a la ultra especialización. Antes el biólogo era generalista de todo lo vivo que existía, no discriminaba. Hoy el biólogo debe especializarse, como es el caso del biólogo marino e incluso ultra especializarse en una rama específica de peces ante la gran cantidad de conocimientos, frente a las

(4) VAN DER LAAT ULLOA (Hernán), *La Revolución Industrial: una Revolución Técnica*, en **Revista de Estudios Generales** de la Sección de Historia de la Cultura, Escuela de Estudios Generales, U.C.R., San José, No. 9, 1991, págs. 73-74.

(5) Las siglas R.C.T. se usarán en el resto del trabajo en el sentido de Revolución Científica y Tecnológica.

necesidades de la humanidad. Aparejado a esta especialización intelectual, existe la especialización en el trabajo fabril. Con la división del trabajo y la maquinización cada obrero se especializa, pues realiza tareas parcelarias.

El trabajo en esta nueva modalidad de producción deja de ser en la mayoría de los casos un elemento atractivo dentro de la vida del hombre el cual se siente ajeno a su trabajo.⁽⁶⁾

En la R.C.T., este proceso tiende a revertirse, el trabajo repetitivo puede eliminarse a través de la automatización, aumentando la productividad —pues la máquina no se cansa— y a la vez permitiendo un desvío de la gente hacia la producción de más ciencia y tecnología.⁽⁷⁾

De igual manera se elimina la concepción del trabajo manual como inferior al intelectual. El avance de la máquina y la ciencia unida a ella, obliga a todos los hombres a realizar un trabajo intelectual. El obrero que no necesitaba ningún conocimiento para ejecutar una labor ha desaparecido. Cualquier trabajo que debamos realizar hoy demanda una dosis de preparación intelectual.

El descubrimiento del transistor en 1960, producto ya no de un sólo inventor, sino de un grupo de investigadores de la BELL, hace posible el avance de las computadoras, las telecomunicaciones y de la electrónica en General.

No hay duda de que la información es uno de los factores culpables en gran manera de lo que se entiende hoy por historia mundial, así como de que ya no vivamos en países; la gran "aldea global" es una realidad.

La radio y la televisión han interconectado el mundo logrando con ello cosas que eran inimaginables antes. Entre los efectos más importantes está la uniformización de la cultura. Los patrones culturales están cambiando; cada día es más difícil conservar una cultura y patrones de conducta autóctonas; las modas, formas estéticas, gusto culinarios, y el asumir costumbres de distintas culturas a la nuestra se ha acelerado gracias a las comunicaciones.

Aunque no sólo ese tipo de efectos causa. Por ejemplo, cuando se descubrió cianuro en uvas chilenas, el comercio de este producto es

(6) TORRES MARTINEZ (Raúl) y CHINCHILLA GUTIERREZ (Sara), ¿Crisis o progreso cultural?, *Antología Seminario, Efectos humanos del avance científico y tecnológico*, Escuela de Estudios Generales, UCR, 1979, pág. III.

(7) *Ibid.*, pág. IV.

suspendido casi instantáneamente, pues los medios informativos transmitieron la noticia y casi de inmediato, el comercio y economía chilenas fueron afectadas.

La interconexión mundial entonces es acelerada y fortalecida con la R.C.T., los conceptos, por ende, de espacio y tiempo cambian. Las comunicaciones achican tanto el espacio como el tiempo.⁽⁸⁾

Sin embargo, debe buscarse caracterizar más a la R.C.T., así es importante decir algunas otras particularidades de ella. Proporciona al hombre una nueva forma de energía. Antes de 1945 el mundo conocía la energía mecánica, térmica, eléctrica y química. Luego de los avances científicos aparece la energía atómica que primeramente utilizada con fines bélicos, pero a su vez ha tenido un gran desarrollo para fines pacíficos (medicina, industria, etc).⁽⁹⁾

Antes de proseguir es necesario aclarar que tecnología está referido a aparatos concretos, pero en contraposición con la técnica que crea objetos sin necesidad de ciencia previa, es imposible crear tecnología sin ciencia.

Así vemos que la R.C.T. no solo crea ciencia, sino también tecnología que alimenta la ciencia, existiendo un proceso dialéctico entre la ciencia y la tecnología.

Esta nueva forma de energía posee además la virtud de obligar al hombre a mayor investigación, no sólo por los usos a que se destina, sino también por causa de los contaminantes que despide. Estos desechos a la vez crean un nuevo campo de estudio, pues se empieza a observar cambios en el medio ambiente que sólo pueden ser explicados a la luz de estos factores residuales. Lo anterior conlleva la ventaja de alertarnos sobre desechos de las otras fuentes energéticas ya utilizadas por los hombres. Los efectos desconocidos, o mejor dicho desapercibidos, cobran importancia. El hombre al usarlos –piensan algunos– debe saber resolver sus efectos nocivos.

Si bien la ciencia era una actividad que se realizaba en las universidades, casas de enseñanza o institutos de investigación, hoy en día trasciende a otros niveles.

(8) WHITE (Lynn), Los cánones cambiantes de nuestra cultura, *Fronteras del conocimiento*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1968, págs. 305-320.

(9) VANDER LAAT ULLOA (Hernán), *El desarrollo tecno-científico: algunas consideraciones para su comprensión*, San Pedro, Escuela de Estudios Generales, UCR, 1992, págs. 1-14.

La vinculación entre la ciencia y la tecnología va a producir irremediamente que se trastoque el sistema hasta ese entonces conocido. La ciencia que en un sentido marxista era super estructural, o sea una forma de la llamada conciencia social, deja ese lugar, aunque no del todo, pues ahora la encontraremos allí, y en lo que se conoce como infraestructura o formas materiales de producción.

Las fábricas ya no tendrán obreros solamente, en ellas encontraremos un alto contingente de científicos que al igual que el obrero, venden su trabajo. La ciencia claramente se convierte en medio de producción directo, tal y como lo reseñan los historiadores John Bernal y Radovan Richta.⁽¹⁰⁾

El avance prodigioso en la producción en los últimos años, así como la calidad y cantidad de productos, consideran los entendidos, es muestra clara de este fenómeno.

Los recientes hechos ocurridos en Europa del Este, especialmente en la fenecida URSS, son impensables sin este factor. No hay duda de que a pesar de los grandes logros de la Unión Soviética, convirtiéndose en cincuenta años en una potencia mundial, no hubo una puesta al día en las exigencias del mundo actual. Podríamos decir que la Revolución Científica y Tecnológica superó en su avance a Rusia.

El rezago en esta área, siendo la ciencia un factor productivo, provocó la caída y disolución de la Unión Soviética. Las crecientes necesidades, carencia de productos, así como la comparación con la productividad de naciones altamente científicas llevó al proceso observado en los últimos años.⁽¹¹⁾

Otro aspecto por destacar de la R.C.T. puede ser apreciado en la nueva ciencia que aparece gracias a ella: la cibernética. La creación de robots necesita por un lado del desarrollo de la transmisión y mecanismos de acumulación de datos, lo cual implica la computación y los sistemas de almacenamiento de datos –diskettes, etc.– A la vez por otro lado demanda alta tecnología que imite acciones mecánicas a través de circuitos electrónicos que semejan las humanas.

(10) Véase BERNAL (John), *Historia Social de la Ciencia*, Barcelona, Editorial Península, tomo II, 1967, y RICHTA (Radovan), *La civilización en la encrucijada*, Madrid, Editorial Ayuso, 2da. Edición, 1978, pág. 7.

(11) CONTRERAS (Gerardo), *La Perestroika*, Un nuevo enfoque de la Revolución Mundial, San José, Escuela de Estudios Generales, UCR, 1991, pág. 6.

Esta ciencia unida al aparato productivo muestra claramente y sin mucho esfuerzo especulativo los cambios que ya se empiezan a visluzar.

Las fábricas japonesas de automóviles en los Estados Unidos de Norteamérica, trabajan con robots en algunas partes del proceso. Esto les ha producido mayor número de vehículos por hora, así como la reducción de personal cercana a los dos mil operarios.

La competitividad en la economía mundial, por lo tanto, hoy día no se puede hacer al margen de este fenómeno.

El descubrimiento del transistor en 1960 y luego la micropastilla o "chip" son los pasos indispensables para la concreción de la computadora necesaria para esta ciencia.

Cómo último punto de la R.C.T., hay un cambio en la estructura de la información. Ya habíamos visto como a través de ella se captan los aspectos de la aldea global, uniformización de la cultura y otros efectos conexos. No obstante lo anterior, se produce un hecho inexistente antes, nosotros le hemos llamado el nuevo orden informativo mundial, que hegemoniza la visión de mundo, la cultura, valores de un determinado grupo social o nación.

El capitalismo especialmente manifiesto en U.S.A. y las demás potencias mundiales pone como resultado la búsqueda del alto beneficio, productividad y en alguna medida desperdicio. Esta forma de producción con la R.C.T., se magnifica y universaliza.

Así, ahora luego de ver todos estos hechos acaecidos en la historia podemos afirmar que habiendo cambios en el hombre y su historia, debe haber modificaciones en el derecho propietario mundial y costarricense.

El primero que encontramos es la fuerte relevancia que a partir de 1945 va a tener el derecho de autor o de invención. La propiedad intelectual por sus vinculaciones productivas se espera que cada vez reciba mayor protección y produzca una legislación más profusa en relación a ella. Aunque cabe destacar que tal vez ese instituto sea el que veamos variar más en los próximos años, no es el tema de esta investigación que se ubica en la propiedad inmueble.

Como hemos dicho a lo largo del trabajo la propiedad privada se modificará esencialmente por los efectos de la R.C.T., positivos, pero en especial por los negativos. Viendo las dificultades que produce en la tierra deduciremos los principios rectores de la reforma que se perfila a partir de ellos y que serán base de nuestra posición teórica.

La interconexión mundial, la alta productividad, así como la abundancia de desechos que causa la moderna industria comienzan a

colapsar el medio ambiente. Biólogos, ecologistas, físicos, químicos y en general la comunidad de científicos, empiezan a alertar al mundo, ya no sólo de una nación, de los efectos destructivos del actuar productivo.

El ver al mundo como una inmensa aldea induce a que los efectos nocivos de la producción no sólo se analicen localmente, sino que se use el marco de referencia global al hacerlo.

La ecología es la ciencia que ha marcado la pauta en este despertar de las implicaciones destructivas de la R.C.T., por ejemplo, un quinto del oxígeno mundial lo produce la selva amazónica, y mucho de él es quemado por la industria norteamericana.⁽¹²⁾

No obstante, al considerar que la industria busca levantar el nivel productivo de todos los bienes que están a disposición del hombre, la propiedad conllevará una función que cumplir en este mismo sentido.

La R.C.T., es tan importante que a la par del fortalecimiento de la propiedad intelectual, crea nuevas propiedades. El caso del material genético es un ejemplo. La revolución en la biotecnología producto de esta revolución provoca que hoy este tipo de material sea algo valioso. En el siglo XIX y aún en una gran parte del XX, este objeto era imposible de manipular. No estaba en el mundo de las cosas que el hombre podía usar. Hoy es claramente posible su uso.⁽¹³⁾

A partir de la R.C.T. la propiedad privada inmueble necesita, según las transformaciones que el sistema exige, una nueva conceptualización. De allí que en el presente ensayo intentemos encontrar cuáles serían los principios rectores de este nuevo concepto de propiedad para el siglo XXI. Por conveniencia metodológica haremos dos subdivisiones. La primera corresponderá a la faceta filosófica que origina y fundamenta los principios jurídicos que analizaremos en la segunda.

El rastreo en nuestro ordenamiento de incipientes manifestaciones de estos principios será un paso básico que también se llevará a cabo.

Actualmente Costa Rica y en general América Latina, vive una revitalización del liberalismo. Esta nueva arremetida ideológica se conoce como neoliberalismo. La tesis de esta vertiente se basa en que el sistema capitalista no ha fallado; son los conductores los que tienen la

(12) VITALE (Luis), *Hacia una historia del ambiente en América Latina*, México, Editorial Nueva Imagen, 1983, pág. 90.

(13) CHARLES (Gilbert), *Mercaderes de genes*, en **Esta semana** (Semana) del 17 al 23 de marzo de 1992, pág. 9.

culpa. Ellos sostienen que el peso que ha ido teniendo el Estado y su intervención, son las causas de los problemas actuales. Se pone en tela de juicio la teoría social keynesiana, diciendo que ha llevado a la ineficiencia, al estancamiento y a la inflación.⁽¹⁴⁾

El neoliberalismo en el aspecto propietario es una vuelta al concepto liberal. Nosotros creemos que este renacer liberal es momentáneo y que la doctrina jurídica seguirá su avance social que comenzó a principios de siglo. La razón de nuestra afirmación se justifica a partir del rumbo que la R.C.T. ha exigido para la humanidad, en la que el Estado tiene y debe jugar un papel predominante, en donde el afán de lucro individual no permite suficiente garantía para el futuro de la humanidad que predice la ciencia, especialmente a raíz de los excesos en la producción usando los conceptos de bajo costo y alta rentabilidad.⁽¹⁵⁾

El asegurar la supervivencia de la humanidad dicen los científicos, depende de la forma en que produzcamos, e incluso en aumentar costos y disminuir la rentabilidad. La razón de este proceder radica en los cambios irreversibles que el hombre en un actuar irreflexivo, pero con el poder de la ciencia actual, puede hacer.

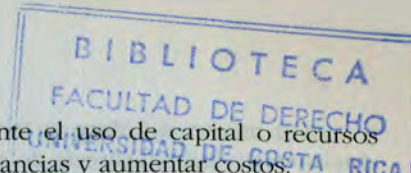
La protección del medio ambiente es un ejemplo de esta faceta. El usar mecanismos que eviten los excesos contaminantes de la gran

(14) JIMENEZ (Edgar), *Bases del pensamiento neoliberal*, en **Revista de Ciencias Sociales**, No. 51-52, San José, marzo-junio de 1991, págs. 113-120. No se entra a ver las especificaciones de este pensamiento por ser irrelevantes para nuestros propósitos.

(15) En cuanto al futuro de la humanidad, este se vislumbra en dos sentidos, o fructífero si se usa la ciencia y tecnología correctamente o de desaparición de la humanidad si no se hace.

Al respecto recuérdese los efectos sociales, económicos y ecológicos de la R.C.T. que se deducen de lo dicho en la justificación teórica de esta sección.

El alto poder destructivo (energía atómica), la alta contaminación ambiental, el manejo de material genético, la cibernética como ciencia nueva, pueden ser causas de la desaparición humana. De allí que el Estado deba regular e intervenir. Un ejemplo de esta necesidad lo encontramos en el uso de la energía atómica para producir electricidad. El reciente escape radioactivo de otra planta nuclear igual o peor que la de Chernobyl en Rusia, implica que la ubicación, medidas de seguridad y otras cosas son limitaciones necesarias que este tipo de eventos exige, y que el Estado debe legislar, lo cual trae como consecuencia una afectación a la Propiedad Privada Inmueble.



industria, sólo se puede hacer mediante el uso de capital o recursos monetarios, lo cual implica reducir ganancias y aumentar costos.

El sujeto individual para cumplir con esta premisa, necesita de un Estado interventor que asegure su cumplimiento, pues lo común será que por el afán de lucro obvie, por ejemplo, medidas caras para reducir costos, pero que redundan en un daño para la humanidad y la sociedad en general.

Así las cosas, el debilitamiento estatal que procura el neoliberalismo por la empresa futura que le debe tocar, será momentáneo.

Por ello, consideramos que debemos hacer caso omiso de este interludio ideológico y que debemos mirar al futuro en relación a la conceptualización propietaria que está acorde con la altura de los tiempos.

Los principios rectores de la propiedad privada inmueble, surgen entonces de una proyección al futuro que realizamos, usando como sustento la justificación teórica esbozada en la primera parte de este ensayo.

El cambio cualitativo visto en la historia, permite sostener a partir de allí un cambio en la noción propietaria. El concepto que a nuestro juicio surge es la FUNCION DE LA HUMANIDAD. Antes de entrar al análisis del concepto jurídico que postulamos, es menester primeramente desarrollar algunas ideas filosóficas que también aparecen como sustento teórico de esa noción jurídica.

II. EL CONCEPTO DE HOMBRE DEL SIGLO XXI

A partir de la R.C.T., y en alguna medida ya esbozada por Marx. El hombre es concebido en forma total. El concepto o noción totalista aunque existía en la metafísica, especialmente referido al ser, no había sido empleado en relación al hombre. La visión respecto a él y la sociedad era siempre de parte en relación a un todo.⁽¹⁶⁾ Baste recordar al respecto la idea de Hegel de totalidad cósmica en el Espíritu Absoluto, del cual éste era una parte del proceso de autoconciencia.⁽¹⁷⁾

(16) MOLINA GONZALEZ (Rolando), *Consideraciones generales sobre diversas concepciones históricas de humanismo*, en **Revista Estudios de la Sección de Historia de la Cultura**, Escuela de Estudios Generales, UCR, San José, No. 8, 1990, pág.12.

(17) HEGEL (Federico), *Fenomenología del espíritu*, México, Fondo de Cultura económica, 6ta. edición, 1985, págs. 461-471.

El mérito de Marx se encuentra en haber demostrado que el dualismo tradicional carecía de sentido y en señalar continuamente que existe una unidad dialéctica hombre-naturaleza y aunque hay lucha entre ambos no hay una separación real. El hombre se transforma cuando cambia la naturaleza, pues es parte de ella y tienen una unión indisoluble. Así el trabajo humano adquiere coherencia solo en una concepción totalista.⁽¹⁸⁾ La R.C.T. impulsa esta visión global o total del hombre. El individuo que creía que su destino era enseñorearse de la naturaleza con un poder absoluto, ha tenido en la presente época que replantearse esta posición. La destrucción de una parte de la naturaleza siempre lleva consigo una consecuente eliminación de una porción de las potencialidades humanas relativas a esa parte del hábitat que desaparece. Así pueden entenderse teóricos actuales que digan cosas como éstas:

La tecnología de la producción masiva es inherentemente violenta, ecológicamente, dañina, autodestructiva, en términos de recursos renovables y embrutecedora para la persona humana. Es deshumanizadora, por cuanto el hombre pierde con ella los valores de la conservación.⁽¹⁹⁾

En relación a esta noción, la doctrina social de la iglesia no ha sido indiferente. El Papa Juan Pablo II en su Encíclica Centesimus Annus, hace mención o eco de esta idea. Al capítulo que habla de la propiedad lo designa: "La propiedad Privada y el destino universal de los bienes".⁽²⁰⁾ El uso del término universal nos induce a pensar ya no en una sociedad específica que los utiliza, sino en toda la humanidad.

El Papa nos dice que los bienes son creados por Dios y dados al hombre, entendiéndosele en el contexto de la encíclica como humanidad.⁽²¹⁾ Recalca incluso, que es a todo el género humano, para evitar cualquier duda.⁽²²⁾

(18) MARX (Carlos), *Crítica a la filosofía del Derecho de Hegel*, Barcelona, Ediciones Grijalbo, 1974, pág. 17.

(19) SIERRA DE LAIGNELET (Lucía), *La tecnología como factor de deshumanización*, **Revista del Colegio Mayor de Nuestra Sra. del Rosario**, No. 522, Colombia, octubre de 1983, pág. 54.

(20) JUAN PABLO II, *Encíclica Centésimus Annus*, San José, Asociación Libro Libre, 1991, pág. 223.

(21) *Ibid.*, pag. 225.

(22) Idem.

Reconoce la influencia de la R.C.T., especialmente en cuanto al conocimiento, la técnica y el saber como una nueva propiedad.⁽²³⁾

El aceptar que en la producción actual lo más importante es el hombre, es también muestra de un cambio en la Iglesia en relación a su concepción anterior. Así aparece la concepción totalista en forma expresa.

El hombre, impulsado por el deseo de tener y gozar más que de ser y de crecer, consume de manera excesiva y desordenada los recursos de la tierra y su misma vida.⁽²⁴⁾

Veamos detenidamente la cita. "El hombre impulsado por el deseo de tener y gozar" hace referencia al afán de lucro y su consecuente proceso de falta de límites. Esta actitud produce lo que el Papa resume en "consume de manera excesiva y desordenada los recursos de la tierra". Este actuar se manifiesta en ocasiones por el abaratamiento de costos, que redundan en un desperdicio de riqueza. Ejemplo de ello en Costa Rica aparece en la explotación forestal, en donde se pierde una gran cantidad de madera por la forma barata de explotación. También sucede en la Amazonia brasileña con compañías transnacionales, que gastan poco en realmente hacer un uso racional que permita el renuevo del bosque, a la postre acaba con un recurso renovable convirtiéndolo en irrenovable. Por último cierra la cita con "y su misma vida". En nuestro esfuerzo anterior habíamos dicho que aparece una visión totalista del hombre. En la frase final de Juan Pablo yace esta idea. La vida del hombre está unida a la de la naturaleza. Sus destinos están entrelazados.

El apóstol San Pablo en el conjunto de los escritores bíblicos es el único que expresamente manifiesta esta noción.⁽²⁵⁾

La Encíclica cuestiona el señorío absoluto del hombre sobre la naturaleza, en donde una total escisión hombre-naturaleza la sustenta. Aquel asume una absoluta libertad en el uso de la tierra, y así no reflexiona que existe un límite impuesto por la misma naturaleza.

(23) *Ibid.*, pág. 227.

(24) *Ibid.*, pág. 239.

(25) Romanos 8:21-23.

III. EL CONCEPTO JURIDICO DE LA PROPIEDAD EN FUNCION DE LA HUMANIDAD

Como habíamos dicho en la justificación teórica, el mundo actual se caracteriza por un ensanchamiento de las ideas y realidades. El concepto que postulamos se ajusta a ello al convertir la función social de la propiedad en especie.

Al igual que en la función social lo colectivo privaba sobre lo individual, exigiendo que a la par del beneficio particular que se extraía de la tierra hubiera también una ramificación social en ella. El mismo proceso sucede con este nuevo concepto, pero ya no con una sociedad nacional, sino con referencia a la humanidad. Ello es así porque hoy hemos comprendido que lo que hace una nación implica efectos en *toda la tierra*. Es imprescindible considerar la propiedad ahora, tanto al servicio del individuo como también al de la nueva colectividad mundial. La interconexión de la economía, cultura, historia y ecología hacen posible este cambio o noción.

La función de la humanidad también exige los aspectos subjetivo y objetivo que aparecen en la función social. Por un lado hay una serie de limitaciones y obligaciones que el propietario debe cumplir frente a la humanidad.

Entre algunos deberes nuevos, pues los de la función social tales como la producción racional y otros,⁽³⁰⁾ continúan vigentes, están los de usar adecuadamente los recursos renovables, ya no de la nación, sino del mundo, por ejemplo, el aire respirable, que viene a tener relación directa con la explotación del bosque. También hay limitaciones urbanísticas en relación a la instalación de fábricas contaminantes en ciudades, que en las legislaciones de países industrializados comienzan a surgir.

El derecho absoluto sobre la cosa que se postulaba en el siglo pasado, que implicaba destruirla inclusive, hoy desaparece, dando paso a la exigencia de conservarla.⁽³¹⁾

La propiedad según esta nueva concepción conserva su ordenamiento a cumplir fines públicos, en coordinación a intereses del dueño. Al respecto el papel del Estado principalmente en las facultades administrativas de control y de dirección tienen una función crucial. En la Encíclica Centesimus Annus, el Papa nos dice:

(30) Véase el análisis jurídico sobre las leyes en el período 194-1990.

(31) BALLARIN MARCIAL (Alberto), *Estudios de Derecho Agrario y Política Agraria*, Zaragoza, Imprenta Tipo-Línea S.A., 1975, pág. 566.

Veamos al respecto:

El hombre que descubre su capacidad de transformar y, en cierto sentido, de "crear" el mundo con el propio trabajo, olvida que este se desarrolla siempre sobre la base de la primera y originaria donación de las cosas por Dios. Cree que puede disponer arbitrariamente de la tierra, sometiéndola sin reservas a su voluntad como si ella no tuviese una fisonomía propia y un destino anterior dados por Dios, y que el hombre puede desarrollar ciertamente, pero que no debe traicionar. En vez de desempeñar su papel de colaborador de Dios en la obra de creación, el hombre suplanta a Dios y con ello provoca la rebelión de la naturaleza, más bien tiranizada que gobernada por él.⁽²⁶⁾

Se ve la naturaleza como un "tu", en la cual debe verse a un ser que quiere ser bien gobernado. Ella impone un límite a la libertad humana. Se concibe esa visión totalista de la que hablamos ya no en el plano del ser sino en el funcional. Son dos máquinas o entes que se necesitan mutuamente. Es una sola estructura: el hombre y la naturaleza.

Lynn White en su Antología: "Las fronteras del Conocimiento" nos habla acerca de cambios en los cánones heredados de los griegos, y que asumió la cultura occidental. Al llegar la historia y cultura mundial se sustituyen por unos más englobantes. Aparece una visión del hombre que concuerda con esta idea, ya no es sólo el blanco y europeo. La cita que White hace con respecto a un sermón de un pastor cristiano ilustra la idea. El pastor hablando de un misionero que fue a Africa, relataba que "llegó donde la planta del hombre no había pisado".⁽²⁷⁾ Los negros africanos no eran hombres para el pastor. Su inconciente posiblemente lo traicionó, pero esa idea predominó desde los griegos. Hombre era el griego, el bárbaro no lo era. La idea de servidumbre natural aristotélica surge de esta concepción.⁽²⁸⁾

El hombre total por pertenecerle en alguna manera a la naturaleza la humaniza. El haber salido del polvo según el relato de Génesis, muestra ese cordón umbilical con la naturaleza.⁽²⁹⁾

(26) JUAN PABLO II, *Op. cit.*, pág. 239.

(27) WHITE, *Op. cit.*, págs. 305- 320.

(28) ARISTOTELES, *La Política*, Madrid, Editorial Aguilar, 1967, págs. 1424-1426.

(29) Génesis 2:7.

Es deber del Estado proveer a la defensa y tutela de los bienes colectivos, como son el ambiente natural y el ambiente humano, cuya salvaguardia no puede estar asegurada por los simples mecanismos del mercado. Así como en tiempos del viejo capitalismo el Estado tenía el deber de defender los derechos fundamentales del trabajo, así ahora con el nuevo capitalismo el Estado y la sociedad tiene el deber de defender los bienes colectivos...⁽³²⁾

Siguiendo la idea en relación a los cambios de la R.C.T. se fortalece la noción sostenida por nosotros del papel del Estado.

El mercado es incapaz de asegurar los bienes colectivos, que nosotros llamamos ahora de la humanidad.

Al igual que lo plantea Ortiz Ortiz⁽³³⁾ con respecto a la función social, el carácter funcional de la propiedad en relación a la humanidad es intrínseco. En este sentido es interno y propio del objeto que la posee. Esta idea es justificada por el Papa en la creación específica de Dios. La naturaleza o todo lo creado tiene una fisonomía propia, que debe ser respetada para que realmente sustente la existencia del hombre.⁽³⁴⁾

En cuanto al término "humanidad", se refiere a la ampliación de los intereses de la colectividad más allá de las fronteras nacionales. El uso de la propiedad puede implicar efectos en un país y en el mundo, permitiendo a la colectividad externa a la nacional el interferir y obligar a un uso limitado de los recursos, en la medida en que resultan directamente afectados.

El Estado en esta función viene a participar solamente cuando ésta no se cumpla, así el actuar de su propietario en forma consciente bastaría, entendiéndose que para que esto suceda se necesita la enseñanza acerca del uso de los recursos, que la ciencia prescribe para no perjudicarlos; labor que debe ser continua, pues ésta cada día descubre cómo cumplir con un uso adecuado de la naturaleza. El uso de la biotecnología es un ejemplo, especialmente en relación al control de plagas en forma biológica y no química.⁽³⁵⁾

(32) JUAN PABLO II, *op. cit.*, págs. 245-246.

(33) ORTIZ ORTIZ (Eduardo), Expropiación, Limitaciones de Interés Social y Sacrificio Indemnizable de la Propiedad Privada, *La Propiedad*, Ensayos Fidac, San José, Editorial Juricentro, 1983, pág. 28.

(34) JUAN PABLO II, *op. cit.*, pág. 239.

(35) VITALE, *op. cit.*, págs. 90-91.

Asimismo, el convenio para eliminar los gases que afectan el ozono, y la exigencia a las empresas para que dejen de producirlos, es un ejemplo adicional de limitación a la propiedad y su respectiva libertad empresarial.

Esta nueva concepción también está surgiendo en Costa Rica. La R.C.T. no pasa inadvertida: desde 1982 comienza a hablarse de ella, y se empiezan a buscar formas de asumirla. Aparecen los proyectos de ley acerca del desarrollo científico y tecnológico. Uno de ellos presentado por el ex diputado Javier Solís del Partido Pueblo Unido en la administración Arias, y el otro enviado al plenario por el Ministerio de Ciencia y Tecnología en el mismo período, que dicho sea de paso, como dependencia gubernativa surge como respuesta a la Revolución Científica y Tecnológica, para el desarrollo de estas materias. El proyecto ministerial fue el que finalmente se aprobó.⁽³⁶⁾

Los proyectos intentan que el Estado juegue un papel incentivador. En su articulado encontramos que se le asignan roles a las universidades estatales y se espera del Estado el otorgamiento de incentivos fiscales a la labor investigativa, en las figuras individuales que las realizan.⁽³⁷⁾

Nuestras leyes incorporan esencialmente las ideas referidas a la función social. Al ser este concepto obligado a englobar cada vez más aspectos, conforme pasaba el tiempo, provoca que algunas ideas de nuestra función de la humanidad aparezcan. Sin embargo, hay que aclarar que el concepto en sí ni siquiera se piensa en Costa Rica. El proceso de incorporación es más por las exigencias del medio histórico que se vive, que por causa de una reflexión seria y reposada.

Las expresiones que encontramos son muy generales, y por ello es que sostenemos que predicen el concepto más general de la propiedad en función de la humanidad.

Empezaremos nuestro rastreo en las leyes del nuevo concepto con la de Tierras y Colonización y la del IDA. Conste que lo único que pretendemos es mostrar la noción, al menos en germen, en sólo algunas de las leyes actuales. No pretendemos, por los mismos objetivos del trabajo e imposibilidad temporal, hacer un análisis exhaustivo.

La Ley de Tierras y Colonización de 1961 en su artículo uno, inciso cuarto establece: "*Contribuir a la conservación y uso adecuados de las*

(36) Proyecto de Ley de Incentivos al Desarrollo Científico y Tecnológico, presentado por el diputado de Pueblo Unido Javier Solís.

(37) Véase Ley.

reservas de recursos naturales renovables de la nación". La idea implica el deber del Estado de conservar los recursos no necesariamente deriva de la falta de explotación de esos recursos. El término conservar nos conduce a explotarlos de acuerdo con un uso racional, y que no imposibilite su supervivencia. En este sentido, perfectamente calza con nuestro concepto, que busca un desarrollo en armonía con la naturaleza. El hombre debe respetar el entorno que le rodea de modo que éste pueda sostenerse juntamente con él.

Sabemos que la explotación de la tierra cultivable debe hacerse bien, pues aún este recurso que consideramos totalmente renovable puede desaparecer. El uso de químicos, especialmente plaguicidas, han llegado a esterilizarla. Recuérdese por ejemplo el alto contenido de cobre en las tierras de las bananeras del sur de Costa Rica, que impiden la agricultura de ciertos productos: aquella que fue apta para una gran variedad hoy no lo es. La tierra para cultivar es indispensable en un mundo que necesita alimentos, por lo tanto, es un derecho de todo ser humano que ésta se mantenga conservada, pues su futuro depende de ella.

En cuanto al IDA, es una institución autónoma que ayuda al Estado a proteger y conservar los recursos naturales, y a ejecutar la Ley de Tierras y Colonización.

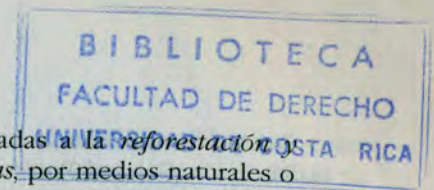
El Estado dijimos antes, necesita intervenir para hacer cumplir la función de la humanidad cuando ésta no se esté llevando a cabo, así una dependencia como el IDA posee esta característica, especialmente cuando vemos el artículo 3, inciso c), en el cual se le asigna promover y ejercitar las medidas legales pertinentes, para hacer efectivo el principio de función social, que al ensancharse comienza a vislumbrar la función de la humanidad.

Otra ley importante que presenta gérmenes de nuestra noción es la Ley Forestal. En ella encontramos el artículo 1, el 3, el 8 y el 10 que dicen lo siguiente:

Ley Forestal No. 7174:

Art. 1. La presente ley establece como función esencial y prioridad del Estado, velar por la protección, la conservación, el aprovechamiento, la industrialización, la administración y el fomento de los recursos forestales del país, de acuerdo con el principio de *uso racional de los recursos naturales renovables*.

Art. 3. La Dirección General Forestal establecerá periódicamente un plan nacional de desarrollo forestal, por lo que considerará de carácter prioritario y recomendará o *concederá los incentivos* establecidos en la presente ley,



para aquellas acciones encaminadas a la *reforestación y regeneración de especies arbóreas*, por medios naturales o artificiales que están contemplados en el respectivo plan de manejo forestal.

Art. 8. Defínese el plan de manejo forestal como el conjunto de normas técnicas que regularán las acciones ejecutadas en un bosque en los terrenos de aptitud forestal de un predio o parte del predio, con el *fin de conservar, desarrollar y mejorar la vegetación arbórea* que en él exista o se pretenda establecer, de acuerdo con el principio del *uso racional de los recursos naturales renovables*.

Art. 10. Es competencia de la Dirección General Forestal lo siguiente:

- A) *Crear, mejorar, desarrollar* y administrar los recursos forestales...
- B) *Conservar y mejorar* suelos forestales.
- C) *Proteger, conservar e incrementar* la fauna silvestre (lo destacado en letra cursiva es nuestro).

Aprobada en 1990 y pese al neoliberalismo y a la idea de no intervención estatal, posee un carácter realmente interventor. La razón de ello probablemente, se encuentre en la abundante información científica de la importancia del bosque, no sólo por el oxígeno, sino por el agua dulce, la madera, la fauna, flora, etc.⁽³⁸⁾

Hoy la biotecnología (ciencia que usa el material biológico para su desarrollo) necesita de la flora y fauna abundante para crear nuevos productos. Esto influyó a que se promulgara, luego de la derogatoria de la anterior por inconstitucional. Esta se tramitó en tiempo record, lo cual indica un país consciente de la importancia de este recurso.

Nuevamente, encontramos ideas como uso racional, conservar, desarrollar, mejorar e incluso crear.

La R.C.T. y sus avances deben ser tomados en cuenta para lograr los objetivos mencionados. Esta obligatoriedad acerca de la ciencia y la tecnología indica que el proceso de mundialización de esos conceptos que tiene la ley, lleva indefectiblemente implícita nuestra idea de la propiedad en función de la humanidad. El conservar y usar racionalmente se hace mediante métodos científicos hoy día, de allí nuestra afirmación, que incluso recibe un refuerzo cuando en el artículo 10 inciso a) se exige crear recursos forestales.

(38) VITALE, *Op. cit.*, págs. 90-91.

La ley además contiene un inciso que deja abierta la competencia de la Dirección General Forestal de modo que pueda cumplir con las funciones encomendadas por ella y haciendo posible el efectivo ejercicio de la función de la humanidad.

La ley de la zona marítimo terrestre en su artículo 14 al igual que la forestal exige la protección y conservación. En las anteriores leyes, el lograr este objetivo no está tampoco al margen de la ciencia y la tecnología en el campo marítimo, lo cual va a llevar a la exigencia de la globalidad, pues como dijimos la ciencia se convierte en el impulsor de la noción mundial en todo lo que toca. El convenio sobre las doscientas millas de mar patrimonial que exigió la concertación del mundo entero (a pesar de que haya algunas naciones que no lo han firmado) es otra muestra del germen de nuestro principio.

Debemos mencionar el proyecto de Código Ambiental presentado a la Asamblea Legislativa el 26 de Noviembre de 1989, así como hacer referencia a convenios que ha suscrito Costa Rica sobre temas ambientales.

Nuestro concepto sobre la propiedad en función de la humanidad no se agota en los problemas ambientales, sin embargo, para nosotros ha sido la faceta donde más claramente permite visualizar el futuro cambio conceptual que proponemos. Los efectos de la R.C.T. en el medio ambiente, han llevado a que la humanidad comprenda su interacción a nivel global, sin importar las barreras nacionales.

El Código Ambiental que aparece consignado en el expediente No. 10.435 posee un dictamen *unánime* afirmativo. En su exposición de motivos dice:

Ahora se reconoce que un crecimiento económico sólido y duradero y una protección eficaz del medio no son objetivos conflictivos, sino que, en realidad son interdependientes. El futuro desarrollo económico depende de la administración regional de los recursos naturales, pues éstos constituyen al mismo tiempo las bases y los límites del desarrollo económico.⁽³⁹⁾

Es interesante hacer notar en la cita la fuerza que se le da a la idea de *no* oposición entre la naturaleza y el hombre. Recuérdese que en el siglo XIX y principios del XX se consideraba el dominio del hombre irrestricto frente a la naturaleza, explicamos el énfasis puesto en

(39) Proyecto Código Ambiental, expediente No.10435, pág. 2.

“...protección eficaz del medio no son objetivos conflictivos” como recapitulación ante las ideas del pasado. Nótese que se busca la producción a partir de la naturaleza, no es posible en alguna medida evitar transformarla, pero debe ser en forma racional, para que permita su supervivencia.

Siguiendo el análisis de la exposición de motivos del proyecto de marras encontramos que se afirma la existencia de un nuevo pensamiento político mundial, que asombrosamente concuerda con nuestro principio rector principal de la propiedad. El texto al que nos referimos aparece en la página cinco en el quinto párrafo y dice:

*Este ordenamiento legal será el instrumento jurídico eficaz que ayude a resolver los problemas ambientales actuales y futuros y tratando de ir haciendo real la aplicación de los principios y prescripciones mediante la observancia voluntaria e institucional, hasta transformarse en una costumbre, la ética en la utilización racional de los recursos de la naturaleza y el ambiente, consolidando la normativa ambiental como uno de los principios rectores de la democracia, dentro del **nuevo pensamiento político mundial** que busca la protección del ambiente, y la paz como derecho de todo ser humano a vivir en un ambiente sano.* (lo destacado en letra negrita es nuestro).⁽⁴⁰⁾

La función de la propiedad, en relación a la humanidad parte de un concepto internista. Al respecto nos dice Platón: “la función de una cosa es lo que sólo ella puede hacer”. Es en sus palabras una virtud que le es propia. Así como el oír le pertenece a la oreja y la vista al ojo.⁽⁴¹⁾ La naturaleza fue hecha para el hombre, pero él debe respetar su función natural. La conservación y la interacción del ecosistema humano, al igual que hoy se habla de la historia mundial provoca un ecosistema mundial. Por ello no es extraño que sea en la ecología donde primero se aprecia nuestro concepto.

El proyecto de ley de hidrocarburos, que tuvo dictamen afirmativo de mayoría según el expediente 9573 es otro ejemplo similar al Código

(40) *Ibid.*, pág. 5, artículos 2 y 3.

(41) PLATON, *La República*, México, Editores Mexicanos Unidos, 2da. Edición, 1991, pág. 71.

Ambiental, así en la página cuatro de exposición de motivos aparece la protección del ambiente, que nos lleva a nuestra visión holística porque para hacerlo se demanda una concertación mundial. No es posible proteger recursos cuando económicamente nos obligan a destruirlos. Así las cosas volvemos a encontrar nuestra noción en este proyecto. Se refuerza la protección estipulándola en el artículo 2 y 3.⁽⁴²⁾

Por otra parte el Derecho Internacional va a irse reforzando. La razón de esto radica en nuestra creencia de que la unificación del mundo, obliga a *un solo marco jurídico*, que permita el uso de los recursos naturales y la propiedad de modo que la humanidad como un todo sobreviva. Hoy más que nunca, por causa de la R.C.T. sabemos que no es posible la sobrevivencia de unos humanos y la muerte de otros. El asunto de vivir en el futuro es una tarea *común* y no regional.

En vista de lo anterior encontramos ya convenios internacionales con esta perspectiva. Entre los que ha firmado Costa Rica están: Convención para la Protección de la Flora, Fauna y belleza escénica de los países de América.⁽⁴³⁾ Nótese que al igual que el Código Ambiental marca un hito, se comienza con el ambiente y no con una elaboración específica de la propiedad, porque es en él que se ven claramente los efectos de la R.C.T. Otro Convenio similar es la Convención sobre la pesca y conservación de los recursos vivos en alta mar.

El proceso de mundialización como dice Costas Axelos, es irreversible. En vista de ello, creemos que en Costa Rica y en el mundo se impondrá esta visión de la propiedad humana en el sentido de SERES HUMANOS SIN DISTINCION DE RAZA. El pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 3 de Enero de 1976,⁽⁴⁴⁾ elimina el concepto de propiedad privada en pro de la propiedad humana o derecho de los pueblos a gozar de las riquezas de la naturaleza. Afirma la idea de la Encíclica Centesimus Annus de que la propiedad del mundo es del hombre como SER HUMANO. Así el concepto analizado comienza ya desde 1976 y seguirá su curso de fortalecimiento.

(42) Proyecto de Ley de Hidrocarburos, Expediente 9573, del 17 de Octubre de 1990.

(43) Ley No. 3763 del 19 de Octubre de 1966.

(44) DE CASTRO CID (Benito), *El reconocimiento de los Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Tecnos, 1982, págs. 163 ss.

IV. CONCLUSION

Aparejado a este concepto de la propiedad juntamente con la nueva concepción de función de la humanidad proponemos: Que si se quiere elevarlo a nivel constitucional, debe tenerse en cuenta los siguientes principios que derivan de los problemas actuales que sufre nuestro artículo cuarenta y cinco, que es el que regula en ese rango nuestra propiedad.

Así una reforma de dicho artículo debe considerar lo siguiente:

1. En ella deben evitarse los términos jurídicos indeterminados, que actualmente posee ese texto constitucional, que provocan confusión e interpretaciones contradictorias del instituto jurídico.

Como es el caso de "inviolabilidad" que como ya han dicho muchos estudiosos, es un concepto obsoleto e inadaptable a las exigencias de la realidad, asimismo presenta una contradicción en él mismo, que lleva a desarticular lógicamente el artículo actual.

Segundo, utilizar expresamente el término "Derecho de Propiedad Privada", con lo cual el Estado estaría garantizando la existencia de la propiedad como un derecho individual, omitido en el artículo actual.

Tercero, los conceptos de "necesidad pública" e "interés social" deberían ser definidos en una ley específica (como sucede con el término utilizado para la Expropiación en la Ley de Expropiación Forzosa de 1896) o en su defecto, sustituidos por otros que tengan una concepción jurídica concreta y unívoca.

2. Que se reconozca expresamente la existencia de un contenido mínimo del Derecho a nivel constitucional, y al mismo tiempo, que la legislación sólo podrá delimitarlo, es decir, definir las "fronteras" dentro del cual se ejercerá el derecho, de manera que la ley (por política estatal) no pueda eliminarlo.

De esta forma se terminaría la discusión que desde hace mucho tiempo existe entre nuestros juristas sobre si la disposición constitucional actual consagra un contenido mínimo, y los problemas que de ello se derivan.

3. Que se reconozca formalmente a nivel constitucional la doble faceta del derecho de Propiedad Privada: la individual y la social o de la humanidad.

4. Que el elemento social se trate como intrínseco al derecho; es decir, garantizar que el bien cumpla la función que le otorgan sus

características naturales, en beneficio de la humanidad. En este sentido, las limitaciones serán parte del derecho, estableciendo los requisitos formales (legales) para su imposición.

La propiedad por lo tanto, sí debe seguir su evolución y Costa Rica en nuestra opinión debe continuar en ese camino.

Por todo lo anterior, lo dicho en el presente ensayo puede servir como punto de partida a la urgente reforma no sólo del artículo cuarenta y cinco, sino de TODA la Constitución.

ALCANCES DE LA FRASE "NO SON APLICABLES A LOS PAGARES LAS DISPOSICIONES DE LAS LETRAS DE CAMBIO REFERENTES... A LAS EXIGENCIAS DEL PROTESTO" CONTENIDA EN EL PARRAFO FINAL DEL ARTICULO 802 DEL CODIGO DE COMERCIO

Prof. Dr. Gastón Certad M. ()*

- A) Concepto
- B) Protestos tipificados en nuestro Código de Comercio a propósito de la letra de cambio:
 - i) Protesto por falta de aceptación o aceptación parcial
 - ii) Protesto por falta de fecha (sólo en las letras emitidas a plazo cierto desde la vista)
 - iii) Protesto por falta de pago o pago parcial

3. DE LOS PROTESTOS Y EL PAGARE

- A) El principio general contenido en el párrafo 1.º del artículo 802 de nuestro Código de Comercio y su relación con el párrafo final de este misma norma
- B) El regno y el proceso por falta de aceptación o aceptación parcial, facultad

(*) Catedrático de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y en el Collegium Academicum de la Universidad Autónoma de Centro América.

SUMARIO:

1. DEL PAGARE

- A) Concepto
- B) Elementos
- C) Diferencias con la letra de cambio

2. DEL PROTESTO

- A) Concepto
- B) Protestos tipificados en nuestro Código de Comercio a propósito de la letra de cambio:
 - i) Protesto por falta de aceptación o aceptación parcial;
 - ii) Protesto por falta de fecha (sólo en las letras emitidas a plazo cierto desde la vista); e
 - iii) Protesto por falta de pago o pago parcial.

3. DE LOS PROTESTOS Y EL PAGARE

- A) El principio general contenido en el párrafo 1o. del artículo 802 de nuestro Código de Comercio y su relación con el párrafo final de esa misma norma
- B) El pagaré y el protesto por falta de aceptación o aceptación parcial. Incompatibilidad
- C) El pagaré emitido a plazo cierto desde la vista y el protesto por falta de fecha. Compatibilidad.
- D) El pagaré y el protesto por falta de pago o pago parcial. Compatibilidad

- E) El párrafo final del artículo 802 del Código de Comercio. Alcances e interpretación
 - i) Antecedentes históricos de la norma
 - ii) Derecho comparado
- F) La presentación al Tribunal del testimonio del protesto por falta de pago y del protesto por falta de fecha (en los pagarés librados a plazo cierto desde la vista), es requisito sine qua non de la ejecutividad del pagaré, cuando la acción cobratoria se dirige contra los demás obligados al pago
- G) La cláusula de “devolución sin gastos” o “sin protesto” o cualquier otra equivalente escrita en el pagaré.

1. EL PAGARE

A) Concepto

Nuestro actual Código de Comercio define el pagaré como:

“...Un documento por el cual la persona que lo suscribe promete incondicionalmente pagar a otra una cierta cantidad de dinero dentro de un determinado plazo” (artículo 799).⁽¹⁾

El conocido comercialista argentino Carlos Malagarriga nos dice que “el pagaré a la orden, que los franceses llaman *billet a ordre*, los italianos *cambiale propria* o *vaglia cambiario* y los ingleses *promissory note*, es un título de crédito de la categoría de los abstractos, que contiene la promesa de pagar a una persona o a su orden, sin contraprestación, cierta cantidad de dinero, a un vencimiento en él fijado o a su presentación”.⁽²⁾

Para el tratadista colombiano Rodrigo Becerra Toro “el pagaré es un título-valor contentivo de una promesa incondicional de pagar una suma de dinero, emitida directamente por quien la acepta, en beneficio de otra persona, o a su orden, o del tenedor que lo exhiba, una vez se extinga el plazo convenido”.⁽³⁾

Para el comercialista francés Jean Guyenot “el pagaré es un título escrito por el cual una persona, denominada el suscriptor, se compromete pagar a otra, llamada beneficiario, cierta suma de dinero, en una fecha determinada”.⁽⁴⁾

(1) En este trabajo cuando se cite un artículo sin indicar el Código o ley de procedencia se entenderá que corresponde al Código de Comercio vigente.

(2) *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, II, Tipografía Editora Argentina, S.A., 3a. edición, Buenos Aires, 1963, p. 747.

(3) “*Teoría general de los títulos-valores*”, Editorial Temis, Bogotá, 1984, p. 122.

(4) “*Curso de Derecho Mercantil*”, II, Ediciones Jurídicas Europa América, 1a. edición, Buenos Aires, 1975, p. 103.

El connotado profesor italiano Federico Martorano, después de recalcar que el *Codice Civile* no define ni la letra de cambio ni el pagaré, pero que ello no obsta para reconstruir la estructura de tales títulos con fundamento en las normas que indican sus requisitos esenciales, define al pagaré como “una promesa, incondicional, dirigida de un sujeto a otro, de pagar una suma determinada”, afirmando más adelante que en el pagaré existe un verdadero empeño cartular.⁽⁵⁾

“La ley ...denomina “*vaglia cambiario*” a la cambial que contiene una *promesa de pago*, admitiendo que puede denominarse también “*pagheró cambiario*” o “*cambiale*”.”⁽⁶⁾

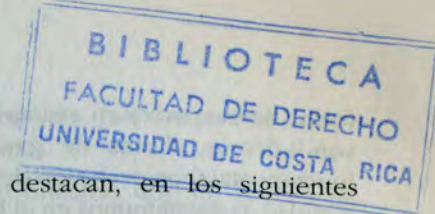
Para nuestros Tribunales de Alzada, el pagaré “...es un título de valor de contenido crediticio de dinero y por consiguiente un negocio jurídico unilateral y acto de comercio que documenta una sola declaración de contenido volitivo, vinculante, recepticia, dirigida a persona incierta en su creación y que como título valor es probatorio, constitutivo y dispositivo, que reúne los caracteres de literal, autónomo, abstracto, completo, y con poder de legitimación, en virtud del cual una parte, librador, girador o deudor se obliga por escrito, pura y simplemente, esto es, incondicionalmente, a pagar al primer tomador, o al portador o nuevo tenedor legitimado del título, una suma de dinero determinada, puesto que el derecho del acreedor queda también incorporado al título al igual que la obligación correlativa...”⁽⁷⁾

(5) “*Lineamenti generali dei titoli di credito e titoli cambiari*”, Morano Editore, Napoli, 1979, pp. 257-258.

(6) PAVONE LA ROSA, Antonio. “*Cambiale; b) Diritto sostanziale*” en Enciclopedia del Diritto, V, Giuffré Editore, Milano, 1959, p. 840.

(7) TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, sentencia No. 182 de las 10:15 hrs. del 30 de abril de 1991. Proceso ejecutivo de B.N. de C.R. contra C.N. de G.B., en Revista Judicial No. 61, Año XIX, San José, abril de 1995, p. 254, n. 273.

“La doctrina exige que la obligación que se incorpora en un pagaré, debe ser una promesa incondicional de pagar una suma determinada de



B. Elementos

De las anteriores nociones se destacan, en los siguientes elementos, propios del pagaré:

- a) Es un título-valor o, más exactamente, un título cambiario;
- b) Que contiene una promesa incondicional de pago;
- c) Que la prestación es en dinero;
- d) Que el suscriptor crea el título y se obliga directamente al momento mismo de la emisión;
- e) Que su beneficiario es nominado (a la orden); y
- f) Que la promesa es exigible a su vencimiento.

C) Diferencias con la letra de cambio

Nuestros autores Gómez y Gutiérrez afirman que “el pagaré y la letra son los documentos cambiarios por excelencia, afines en su naturaleza jurídica de títulos-valores a la orden, en su génesis, en su

dinero, en la época convenida y en el lugar que se indique, y nuestro Código de Comercio en su artículo 800 recoge ese concepto de la doctrina y entre los requisitos del pagaré esta blece que debe contener la promesa pura y simple de pagar una cantidad de dinero determinada, refiriéndose también a la incondicionalidad y al pago en dinero, el artículo 799 del mismo cuerpo de leyes”.

TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, sentencia No. 540 de las 8:50 hrs. del 4 de mayo de 1983. Ejecutivo de J.P.C. c/ S.S.A. y otro, en Revista Judicial No. 35, Año X, San José, diciembre 1985, p. 202, n. 848.

“Para que un documento tenga la naturaleza jurídica del pagaré necesariamente ha de contener una promesa pura y simple, incondicional, de pagar una cierta o determinada cantidad de dinero...”. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, sentencia No. 808 de las 14:30 hrs. del 11 de octubre de 1977. Ejecutivo de M.R.M. y otro c/ V.M.R.M. y otro, en Revista Judicial No. 11, Año III, San José, marzo 1979, p. 160, n. 2867.

forma de traspaso y en una casi homogénea regulación positiva. Ambos son además, títulos de garantía y en realidad el único aspecto fundamental (con exclusión de aquellos formales) que viene a alterar esa afinidad lo encontramos en el hecho de ser el primero, como su nombre lo indica, “una promesa de pago” y el segundo en ser “una orden de pago”. De este hecho, de esta distinta concepción de ambos títulos, derivan todas las diferencias que entre el pagaré y la letra de cambio tiene lugar”.⁽⁸⁾

La diferencia esencial entre ambos títulos cambiarios es, en efecto, la condición de *orden de pago* que contiene la letra frente a la condición de *promesa de pago* que incorpora el pagaré; de ella descienden, entre otras, la necesaria presencia de tres posiciones subjetivas distintas en la cambial (librador, librado y tomador) y de dos en el pagaré (librador y tomador).

Además, la promesa contenida en el pagaré tiene su “causa” en la relación jurídica en virtud de la cual el emisor suscribe el título y emite el documento a favor del tomador. La letra de cambio, que contiene una orden de pago, presupone, por el contrario, desde el momento mismo de su emisión, la existencia de dos relaciones subyacentes: la *relación de provisión*, o sea la relación de la que se deriva para el librador un crédito frente al librado y que por ello justifica, en las relaciones entre ellos, la orden de pago que con la emisión del título el primero dirige al segundo; y la *relación de valor*, o sea la relación en base a la cual el librador promete frente al tomador de pagar la suma indicada en el título.⁽⁹⁾

Sobre el particular la Sección Segunda de nuestro Tribunal Superior Contencioso Administrativo, ha dicho: “... Si bien existe similitud entre ambos al pagaré no son de aplicación algunas disposiciones especiales de la letra de cambio, por una serie de circunstancias, dentro de las que se pueden enumerar las siguientes:

- a) Las personas que intervienen en la letra de cambio se obligan en momentos diferentes, lo que no ocurre en el pagaré, en donde todos –deudores y fiadores– se obligan en forma simultánea;

(8) GOMEZ R., Carlos-GUTIERREZ C., Alfonso, “*El pagaré sujeto a tractos sucesivos y su nulidad en el derecho positivo costarricense*”, en Revista Judicial, número 46, junio de 1989, San José, p. 78.

(9) PAVONE LA ROSA, Antonio, *op. cit.*, en nota 6, p. 840(10) Sentencia No. 45 de las 10 hrs. del 28 de febrero de 1981. Ejecutivo de B.A.C. c/ I.R.S.A. y otra, en Revista Judicial No. 60, Año XIX, San José, octubre 1994, p. 287, n. 268.

- b) En el pagaré no existe la figura del girado, mientras que en la letra de cambio resulta indispensable;
- c) El pagaré no puede ser aceptado mientras que en la letra de cambio el girado puede pedir la aceptación en los casos preceptuados en la ley; y
- ch) En la letra de cambio se pueden hacer duplicados, lo que no puede hacerse en el título base de esta acción...”.⁽¹⁰⁾

2. DEL PROTESTO

A) Concepto

Determinar lo que es el protesto requiere de la emisión de un juicio valorativo de las normas que sobre el mismo, limitadamente a la letra de cambio, contempla nuestro Código de Comercio.

Los artículos 745, 750, 760, 776, 780, 781, 782, 783, 786, 791, 793 y 794 aluden al protesto (por falta de aceptación, por falta de fecha –en las letras a plazo cierto desde la vista o aquellas que deban presentarse para su aceptación en un plazo fijado por estipulación especial del librador o de algún endosante– y por falta de pago) como acta notarial; mientras los artículos 777, 778, 779 y 784 se refieren “al acta de protesto”, los tres primeros, y al “documento del protesto”, el último. Se aprecia entonces que no contiene nuestro Código –y nos parece correcto que así sea– un concepto de protesto.

Lo cierto es que la palabra “protestar” deriva del término latino *protestari*, declarar el ánimo que uno tiene en orden a ejecutar una cosa.⁽¹¹⁾ No nos parece que el protesto, tal y como está configurado en nuestros días, responda a una aplicación literal del significado de la voz latina, ni tampoco al que le da el Diccionario de la Real Academia, aunque esta última, al definir el término “protesto” lo califica, en su primera acepción, como una “diligencia”, lo que sí se acerca más a la verdadera naturaleza de este instituto, y en su segunda acepción, como el “testimonio por escrito de ese mismo requerimiento”.

(10) Sentencia No. 45 de las 10 hrs. del 28 de febrero de 1981. Ejecutivo de B.A.C. c/ I.R.S.A. y otra, en Revista Judicial No. 60, Año XIX, San José, octubre 1994, p. 287, n. 268.

(11) “*Diccionario de la Lengua Española*”, II, Real Academia Española, 20a. edición, Madrid, 1984.

Ahora bien; la doctrina cartular mayoritaria define al protesto, en general, como el acto auténtico (en cuanto efectuado, generalmente, por un funcionario público) y formal o solemne mediante el cual se hace constar un hecho de importancia (presentación para la aceptación y declaratoria de no aceptación total o parcial de la orden por parte del librado o fijación de la fecha de presentación de una letra con vencimiento a plazo cierto desde la vista o sometida por estipulación del librador o de algún endosante a un plazo para su aceptación; presentación para el pago y declaratoria de no pago total o parcial del título por parte del obligado) en relación con el título cambiario. Como común denominador de todos esos conceptos doctrinales encontramos que se dirigen fundamentalmente al acto del protesto realizado, normalmente –aunque no exclusivamente– por un Notario Público, olvidando lo que el protesto significa para el interesado.

Nos parece entonces que debe definirse el protesto como el conjunto de diligencias realizadas por el tenedor de una letra de cambio y por un Notario Público, o a falta de éste, por una autoridad administrativa o dos personas del lugar –debiendo en estos dos últimos casos protocolizarse el acta ante un Notario dentro de los ocho días naturales siguientes– para que quede constancia auténtica de que la letra no ha sido aceptada, total o parcialmente, o siendo emitida a plazo cierto desde la vista, quede especificada la fecha de la aceptación, o de que no ha sido pagada, total o parcialmente, con la finalidad, bien de conservar las acciones de regreso y las garantías de los demás signatarios del título (en los protestos por falta de aceptación y por falta de pago), bien para determinar el momento de vencimiento de la obligación cartular (en el protesto por falta de fecha).

Así las cosas, para el portador de la letra protestarla será, entonces, conseguir que se haga constar fehacientemente, en las formas y dentro de los plazos exigidos por la ley, la negativa (total o parcial) de la aceptación por parte del librado o la fecha de presentación o de aceptación en un letra emitida a plazo cierto desde la vista o la negativa (total o parcial) de pago de la obligación cambiaria. Por el contrario, para el Notario Público, o quien o quienes hagan sus veces, protestar una letra será levantar el acta respectiva con los requisitos y en los términos legalmente establecidos.⁽¹²⁾

(12) En el mismo sentido del texto véase CASTRO, B.R., "Ley de cambio de Costa Rica", tesis para optar al grado de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1956, pp. 81-82; y ESPINOZA B., Ana Lucía, "El protesto de la letra de cambio", tesis para optar al grado de licenciada en Derecho, Universidad de Costa Rica, San Pedro, 1988, pp. 325-327.

Lo anterior es conteste con nuestra legislación, pues la norma que regula la cláusula de devolución sin gastos o sin protesto, como se verá más adelante, afirma que mediante ella se dispensa "al tenedor de hacer que se levante protesto por falta de aceptación o por falta de pago para poder ejercer sus acciones" (artículo 786).

B) Protestos tipificados en nuestro Código de Comercio a propósito de la letra de cambio

La abogada Espinoza Blanco afirma que "...dentro de nuestro ordenamiento jurídico existen tres tipos de protestos: por falta de aceptación o aceptación parcial (art. 766 inc. a) y 776, párrafo 1, C. Com.); por falta de pago o pago parcial (art. 766, párrafo 1 e incs. b) y c) y 776, párrafo 1, C. Com.); y por falta de fecha de la aceptación (art. 750, párrafo 2, C. Com.).

El primero y el tercero se puede realizar antes del vencimiento y el segundo, antes o al vencimiento, según el caso. Asimismo, los dos primeros serían los ordinarios y el tercero, extraordinario".⁽¹³⁾

i. Protesto por falta de aceptación o aceptación parcial

Como la letra de cambio es un título cambiario que incorpora la orden, pura y simple, que el librador dirige al librado, para que éste pague al tomador una determinada cantidad de dinero, resulta siempre beneficioso, y en algunos casos indispensable, que el tenedor de la letra se la presente al librado para que éste manifieste si acepta o no la orden que le gira el librador. Las razones por las cuales el librador gira la orden de pago al librado son totalmente irrelevantes y pueden ser de la más variada naturaleza –desde una relación comercial u obligatoria entre ellos hasta la simple amistad–. La abstracción que caracteriza a este documento hace que esa causa sea totalmente intrascendente.

Negándose a aceptar la orden de pago, total o parcialmente, el librado no incurre en ningún tipo de responsabilidad frente al tenedor del título, pero este último tiene acción de regreso contra el librador, pues

(13) *Op. cit.* en nota anterior, pp. 331-332; en el mismo sentido véase LACHNER G., Ronald, "El protesto en el pagaré", tesis para optar al grado de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, San Pedro de Montes de Oca, 1996, pp. 104-113.

su responsabilidad es garantizar la aceptación y el pago de la letra por parte del librado.⁽¹⁴⁾

En todo lo concerniente a la presentación de la letra para que sea aceptada y a la aceptación misma nos permitimos remitir al paciente lector a nuestro trabajo publicado en el número 8 de la Revista Judicial.⁽¹⁵⁾

Es necesario aclarar que de esta materia se exceptúan las letras libradas a la vista, porque ellas vencen con la presentación misma (artículo 759, párrafo 1o.), presentación que entonces se hace con el objeto de requerir el pago de la cambial.

La falta de aceptación (que no solo comprende la negativa total de aceptar, sino la aceptación parcial, pues en este caso faltaría aceptación respecto a una porción de la suma cambiaria) le da derecho al tenedor a ejercer acción de regreso contra los obligados cambiarios que le garantizaron la aceptación (artículo 766, inciso a), produciendo un debilitamiento del crédito cartular, ya que el designado para cumplir la obligación no ha querido comprometerse a ello.

La negativa de aceptación, total o parcial, deberá hacerse constar por acta notarial (protesto por falta de aceptación) (artículo 776). El protesto consiste en prueba pública de que el tenedor cumplió con su obligación de presentar la letra para su aceptación y que la misma fue denegada, total o parcialmente por el librado. "Este protesto revierte la obligación de pago sobre el librador de la letra y sobre los endosantes de la misma, así como sobre un eventual avalista. El protesto por falta de aceptación es muy importante para que el tenedor tenga acción de regreso contra el librador y demás firmantes de la letra que han garantizado dicha aceptación".⁽¹⁶⁾ El levantamiento del protesto por falta de aceptación no releva al tenedor de la letra de su presentación al pago y, eventualmente, del levantamiento del protesto por falta de pago (artículo 776, párrafo 50).

Tenemos entonces que el protesto por falta de aceptación es fundamento para la acción ejecutiva de regreso que tiene su tenedor contra todos los obligados en la letra de cambio. La falta de protesto por no aceptación total o parcial, perjudica la letra sólo en lo relativo al librador, sus garantes y endosantes, pues su tenedor todavía puede

esperar el vencimiento del título, con la fe de que el librado pague espontáneamente, en cuyo caso, al mismo tiempo en que se cumple con la obligación cartular habría una aceptación implícita de la orden.⁽¹⁷⁾

ii. Protesto por falta de fecha en las letras emitidas a plazo cierto desde la vista

Estatuye el párrafo segundo del artículo 750 que:

"Cuando la letra sea pagadera a plazo cierto desde la vista, o cuando deba presentarse para su aceptación en un plazo fijado por estipulación especial, la aceptación deberá llevar la fecha del día en que se haya dado, salvo que el portador exija que se ponga la fecha en que fue presentada. A falta de fecha, el portador, para conservar sus derechos recurrir contra los endosantes y contra el librador, hará constar la omisión mediante un protesto, levantado en tiempo hábil".⁽¹⁸⁾

Las letras a las que se refiere esta norma –letras en que la presentación para su aceptación es obligatoria, según se enseña– vencerán, o serán exigibles, dentro de ciertos días, semanas, meses o años –según se haya estipulado– contados a partir de la fecha en que el documento se le presenta al librado para su aceptación (es decir, en el término de un año a partir de su fecha, artículo 748). Nótese que en estas letras, si no consta la fecha en que se presentaron para su aceptación o la fecha en que la aceptación efectivamente se dio, es imposible saber cuándo vencen; también es imposible saber si el título fue presentado para su aceptación en tiempo hábil.

Se trata éste, sin duda, de un requisito de ejecutividad de la letra de cambio, pues sirve para determinar la exigibilidad de la obligación cartular en él incorporada. En caso de no pago al vencimiento, para plantear la acción ejecutiva contra el deudor principal y los garantes, este protesto debe acompañar a la letra como prueba de la exigibilidad de la obligación cartular.⁽¹⁹⁾

(14) LACHNER G., Ronald, *op. cit.* en nota anterior, p. 105.

(15) "La aceptación de la letra de cambio", San José, junio de 1978, pp. 69 ss.

(16) LACHNER G., Ronald, *op. cit.* en nota 13, p. 106.

(17) LACHNER G., Ronald, *op. cit.* en nota 13, p. 107.

(18) Para nosotros "levantado en tiempo hábil" se refiere al mismo plazo dado para levantar el protesto por falta de aceptación.

(19) LACHNER G., Ronald, *op. cit.* en nota 13, p. 119.

En nuestro Código de Comercio de 1853, la situación se resolvía, sin que fuera necesario acudir al levantamiento de un protesto, de la siguiente manera:

“Artículo 404.-Si la letra estuviere girada a uno o muchos días o meses vista, pondrá el aceptante la fecha de la aceptación; y si rehusare hacerlo, correrá el plazo desde el día en que el tenedor pudo presentar la letra sin atraso de correo. Si bajo este concepto se computare vencida la letra, es cobrable el día después de la presentación”.

En forma similar resolvía el problema nuestra Ley de Cambio de 1902:

“Artículo 77.- La aceptación debe fecharse cuando el plazo haya de contarse desde la aceptación. Si el aceptante omitiere consignar la fecha, cualquier tenedor de la letra puede poner la fecha verdadera de la aceptación; y caso de que por error u otra causa se pusiere una fecha inexacta, ello no perjudica al portador de buena fe”.

De lo dicho se colige que antes de 1964, nuestra legislación cambiaría no contemplaba el protesto por falta de fecha en las letras libradas a plazo cierto desde la vista.

iii. Protesto por falta de pago o pago parcial

La letra de cambio, por ser un título de presentación, se libra para ser pagada a quien resulte ser su acreedor el día de su vencimiento; no tiene el deudor, entonces, al producirse la exhibibilidad de la obligación, que buscar a un acreedor probable y generalmente desconocido; es su tenedor quien tiene la obligación de presentar el título al deudor, requiriéndole su cancelación (artículo 762, párrafo 1º).

En este título cambiario pueden existir varias personas que garantizan su pago (el librador, el avalista, el fiador y el endosante); todos ellos responden, *in solidum*, en última instancia, del no pago de la letra; sin embargo, para que se vean obligados a responder, debe primero producirse una negativa de pago por parte del librado.

En las letras a la vista, la presentación de la letra para su pago debe efectuarse en el plazo fijado legalmente, en el diferente fijado por su librador o en el menor fijado por algún endosante (artículo 759, párrafos 1º y 2º; las letras emitidas con las restantes formas de vencimientos

legalmente admitidas, deben presentarse para su pago el día fijado, es decir, el día de vencimiento (artículo 762, párrafo 1º) o al día siguiente, si éste no fuere hábil (artículo 797, párrafo 1º), o bien dentro del plazo legalmente fijado para levantar el protesto por falta de pago (dentro de los ocho días siguientes al de su vencimiento, artículo 776, párrafo 4º); en este último caso, el tenedor deberá responder ante el deudor por los daños y perjuicios causados con su incumplimiento (artículo 762, párrafo 2º, norma que tutela el interés del deudor de pagar el día fijado). Claro que el portador del título y el deudor cartular pueden pactar una prórroga para el pago, o acordar una renovación de la letra, acuerdos que surtirán efectos sólo entre ellos, sin afectar o favorecer a los demás signatarios del título.⁽²⁰⁾

La presentación para el pago de la letra de cambio debe hacerla su tenedor en el domicilio del deudor, pues éste ignora quién vaya a ser, al momento del vencimiento, su acreedor; por ello es requisito formal de la letra la indicación del lugar de pago (artículo 727, inciso e), que de no hacerse será el lugar que aparezca junto al nombre del librado (artículo 728, párrafo 3º). Sin embargo, la letra de cambio puede ser pagadera en el domicilio de un tercero, coincida o no éste con el del librado (artículo 730, párrafo 1º, la denominada “letra domiciliada”), caso en el cual allí presentará la letra el tenedor.

La presentación para el pago debe hacerse mediante la exhibición material del título (artículos 672 y 762) por el sujeto legitimado activamente (portador legítimo del documento, esto es, la persona a cuya orden el título se emitió o que lo posea como consecuencia de una serie ininterrumpida de endosos traslativos de dominio) a exigir el pago del sujeto legitimado pasivamente (el librado o el domiciliado, si se trata de una letra domiciliada).

La falta de presentación de la letra de cambio para su pago, los términos ahora indicados, tiene nefastas consecuencias para portador de la letra en lo tocante a la acción de regreso, lo que la configura como una verdadera carga (salvo en los taxativos casos en que la ley la dispensa, elencados en el artículo 776 *in fine*).

Sobre el particular, nuestra distinguida colega Espinoza Blanco dice en su tesis: “En línea de principio puede asegurarse entonces que la falta de presentación de la letra en los plazos respectivos hace que se extinga el crédito contra los obligados de regreso, o sea, decae la acción de regreso salvo al librador que no puede haber hecho provisión.

(20) ESPINOZA B., Ana Lucía, *op. cit.* en nota 12, p. 182.

Recordemos aquí que en las letras que contengan la cláusula sin protesto no se exonera al portador de la presentación dentro de los plazos correspondientes (art. 786, párrafo 2, C. Com.), y por ello en las letras que contengan la cláusula "sin protesto" o "sin gastos" la falta de presentación al pago origina la decadencia de la acción de regreso frente al librador que pruebe haber hecho provisión de fondos, endosantes y las demás personas obligadas, y se excluyen además aquellas obligadas en vía directa (art. 793, párrafo 1 y 757, párrafo 1, C. Com.)

En las que *no contengan la cláusula "sin protesto"*, la presentación sigue siendo necesaria y dentro del plazo dicho (...), pero en ellas es más bien la falta de pago la que origina la decadencia de la acción de regreso según se especifica en el art. 793, párrafo 1, C. Com.; aunque es obvio que sin presentación no puede haber un protesto válidamente levantado.

Ahora bien, la posición del portador frente al aceptante no se ve perjudicada por la falta de presentación al pago, pues conserva frente a él y su avalista la correspondiente acción directa (art. 753, párrafo 2 y 757, párrafo 1, C. Com.)⁽²¹⁾

La negativa de pago debe hacerse constar por acta notarial (protesto por falta de pago (art. 776, párrafo 1º).

Este protesto no es un acto de intimación para constituir en mora al deudor, no es un requerimiento formal de pago; tiene efectos probatorios, demostrativos de que el tenedor fue diligente, que no omitió el cobro de la obligación cambiaria y de que, al hacerlo, se topó con una negativa por parte del deudor.⁽²²⁾ Con esta prueba en su poder, el tenedor podrá, sin más trámite, dirigir sus acciones cobratorias cambiarias contra los garantes solidarios de la obligación, quienes se verán compelidos a saldar el débito con la prueba del no pago del deudor principal.

Si la letra de cambio fuere emitida a la vista, el protesto deberá extenderse dentro del mismo plazo en que una letra de este tipo debe presentarse para su pago, es decir, un año a partir de su fecha (artículo 776, párrafo 4º).

En lo tocante a las letras con las restantes formas de vencimiento legal y taxativamente admitidas, el protesto deberá hacerse dentro de los ocho días siguientes a aquel en que la letra sea pagadera (artículo 776, párrafo 4º). "La razón por la cual pese a poderse requerir el pago no

(21) *Op. cit.* en nota 12, pp. 191-192.

(22) GUYENOT, Jean, *op. cit.* en nota 4, p. 70.

puede levantarse protesto el día del vencimiento (art. 762 párrafo 1 y 776 párrafo 4 C. Com.) la encontramos en el principio general de la "*favor debitoris*", ya que teniendo estas letras (a fecha fija, a plazo cierto desde la fecha o desde la vista) un vencimiento predeterminado, se ha preferido dejar todo el día disponible al deudor cartular para que cancele, pues se supone que él se preparará para pagar a lo largo del mismo o bien para procurarse los medios necesarios a tal fin; todo esto antes de "golpearlo" con un protesto.⁽²³⁾ Estos plazos de presentación son de *caducidad*, pues la contravención a los mismos implicará la *preclusión de la acción* contra los garantes de la obligación cartular para siempre.

Las diligencias de protesto por falta de pago deben practicarse "en el domicilio designado en la letra; en su defecto, en el que tenga actualmente el pagador, y a falta de ambos, en el último que se le hubiere conocido" (artículo 777, inciso c). Entre los requisitos formales de la letra aparece, bajo el inciso e) del artículo 727, la "indicación del lugar en que se ha de hacer el pago"; ahora bien, si éste se omitiese, "el lugar designado junto al nombre del librado se considerará domicilio de éste y *como lugar del pago*" (artículo 728, párrafo 3º); pero si junto al nombre del librado no hay ningún lugar designado "el documento no valdrá como letra de cambio" (artículo 728, párrafo 1º).⁽²⁴⁾ Parece así existir abierta contraposición entre ambas normas; ante esto, ¿cómo ha de interpretarse lo dicho en el inciso 3) del artículo 777? ¿Qué debe entenderse por las frases "en su defecto" y "a falta de ambos" contenidas en esta última norma? Consideramos que, *prima facie*, el protesto debe hacerse en el lugar indicado en la letra o bien, de no haber indicación, en el lugar designado junto al nombre del librado, pero si ese no fuere ya el domicilio del pagador, se deberá levantar entonces en su domicilio actual y, a falta de éste, en el último que se le hubiere conocido.

El protesto por falta de pago debe levantarse contra todos aquellos que hayan recibido la orden de pago, salvo en las letras no aceptables o en las que se hubiere producido ya una aceptación por intervención (el librado, aceptante o no y el domiciliado, en el caso de las cambiales domiciliadas) y contra quienes, no habiéndola recibido, hayan de hecho

(23) ESPINOZA B., Ana Lucía, *op. cit.* en nota 12, p. 355.

(24) Así lo ha establecido, pero a propósito de la falta de indicación del lugar de emisión sin que exista un lugar junto al nomador, la jurisprudencia del Tribunal Superior Primero Civil en sentencia No. 968 de las 8:15 hrs. del 14 de junio de 1988, en Revista Judicial No. 54, Año XVI, San José, junio 1991, p. 232, n. 367.

asumido la obligación (el aceptante por intervención y el designado a intervenir en caso de necesidad). Son estos los legitimados pasivos.

Si alguno de esos sujetos no se encontrare en el lugar en que debe levantarse el protesto, las diligencias se entenderán con sus mandatarios o dependientes. Si tampoco estos estuvieren, el protesto deberá efectuarse con cualquier persona que allí se hallare. Si no se encontrare nadie, se hará constar así en el acta, bajo la responsabilidad del Notario, y se tendrá por válido y formalizado el protesto (artículo 777, inciso b).

El requirente es aquel sujeto por cuya cuenta se realiza el protesto, esto es, quien directamente, o al través de su representante o mandatario con poder suficiente, dirige el encargo al oficial público, esto es, el portador legítimo de la letra, el cesionario y el adquirente *mortis causa* del título. También pueden ser requirentes los endosatarios en virtud de endosos no traslativos de dominio (para el cobro, en comisión de cobro, para el cobro judicial y en garantía o en prenda), pues por expresa disposición legal están autorizados "...para llevar a cabo todas las diligencias necesarias para conservar los derechos inherentes al título..." (artículo 701), lo que incluye el encargo de realizar el protesto; y el gestor de negocios.⁽²⁵⁾ Son estos los legitimados activos.

El efecto más importante del protesto por falta de pago es que por su medio se hace constar de manera indubitable, no sólo el cumplimiento de la carga que representa, para efectos del derecho de regreso, la presentación de la letra para requerir el pago, sino también la negativa, total o parcial, al requerimiento hecho, con lo que se evita la caducidad cambiaria. Además, mediante el acta de protesto, se genera la prueba de la efectiva existencia de la letra en la fecha en que la misma se levantó, así como su contenido y descripción; sirve también de punto de partida desde el cual se computa el plazo para enviar el aviso de la falta de pago (artículo 785, párrafo 1º). Aun en los casos en que el protesto sea tardío, y no tenga ya la posibilidad que caduque el derecho de regreso, puede servir, dado el requerimiento que involucra y la exigencia de hacer constar la negativa o la falta de respuesta recibida (artículo 778), como plena prueba de la falta de pago para efectos, por ejemplo, de la acción causal (artículo 683). Además, en las letras emitidas a la vista (artículo

759, párrafo 1º), y en los casos de regreso anticipado por falta de pago en que sean necesarias la presentación y el protesto (artículos 766, incisos b y c y 776, párrafos 6º y 7º), el protesto por falta de pago tiene el efecto de determinar con autenticidad el momento final de su vencimiento.

Otro efecto del protesto por falta de pago es que fija el momento desde el cual la transmisión de la letra por endoso produce los efectos de una cesión ordinaria (artículo 745, párrafo 1º).

El protesto por falta de pago tiene además la virtud de interrumpir la prescripción de la acción directa (artículo 796).

Desde el punto de vista procesal nos encontramos con que el protesto por falta de pago, juntamente con la letra, formarán el título ejecutivo contra cualquiera de los obligados en ella; salvo cuando la ejecución se dirija contra el aceptante en que no será necesario presentar el protesto (artículo 783).

En nuestra legislación tenemos dos casos de dispensa ex-legé de la carga de presentar la letra para su pago y de tener que levantar protesto por falta de pago total o parcial: la fuerza mayor (artículo 794) y la quiebra declarada, suspensión de pagos o concurso civil de acreedores del librado, aceptante o no, y la quiebra declarada del librador de una letra no sometida a aceptación (artículo 776), pues cuando eso sucede, por efectos legales, todas las deudas de la persona se consideran vencidas (artículos 885 y 917, este último del Código Civil).

Existe en nuestro Código, además, un caso de dispensa unilateral de levantar protesto por falta de pago, que se presenta cuando, por disposición escrita en la letra, o en documento unido materialmente a ella, el librador, el endosante o un avalista incluyen la denominada cláusula de "devolución sin gastos", "sin protesto" o cualquier otra indicación equivalente, que releva al tenedor del título de la obligación de tener que levantar protesto por falta de pago total o parcial del mismo (artículo 786), esto con el afán de reducir gastos o evitar el descrédito que surge del protesto o bien de allanar el camino de regreso.

Habida cuenta de estas hipótesis de dispensa, frente a lo establecido en el artículo 783, cabe preguntarse si en esos casos la letra de cambio pierde su condición de título ejecutivo. La respuesta negativa nos parece la más correcta, porque sería ilógico que por un lado se permitieran las dispensas de levantar protesto y por el otro se le negara la fuerza ejecutiva al título.

Si el protesto por falta de pago no se levanta, se producen los mismos efectos de la falta de protesto por no aceptación de la cambial.

"Entre el protesto por falta de pago y el protesto por falta de aceptación existen *diferencias prácticas* muy importantes. La falta de protesto por falta de aceptación, *no perjudica* el derecho del tenedor, ya

(25) Esta hipótesis fue admitida por la jurisprudencia italiana en Appello Firenze del 12 de diciembre de 1959, citada por MARTORANO, Federico, *op. cit.* en nota 5, p. 284, solución que nos parece justa y arreglada a derecho si consideramos que la gestión de negocios está prevista precisamente para que los derechos de una persona no se vean perjudicados por falta de un representante.

que, aunque no tiene acción de regreso inmediata por falta de aceptación, aún puede esperar el vencimiento de la letra con la esperanza de que, siendo exigible, el librado pague, y en caso de que ello no suceda, puede todavía levantar el protesto por falta de pago y tener derecho a accionar contra los garantes.

El caso del protesto por falta de pago es diferente. El mismo artículo 776 estipula que el protesto por falta de aceptación no exime al tenedor del deber de presentar el título para su pago ni de la obligación de levantar el protesto en caso de negativa por parte del deudor. El deber de protestar por falta de pago se mantiene *siempre* y como se ha visto, es *condición necesaria para el ejercicio de las acciones* por parte del tenedor del título impagado. La omisión del protesto *acarrea el perjuicio del derecho del poseedor del título de ser pagado por los garantes del mismo*.⁽²⁶⁾ Es decir que sin protesto por falta de pago, o realizado fuera de los plazos legalmente establecidos, *perece por caducidad* el derecho del tenedor de accionar contra los garantes de la letra.

3. DE LOS PROTESTOS Y EL PAGARE

A) El principio general contenido en el párrafo final del artículo 802 de nuestro Código de Comercio y su relación con el párrafo final de esa misma norma

Utilizando una técnica legislativa muy generalizada en esta materia, nuestro Código de Comercio establece que se le aplicarán al pagaré todas las disposiciones relativas a la letra de cambio, *mientras ello no sea incompatible con su naturaleza* (artículo 802, párrafo 1º).⁽²⁷⁾

(26) LACHNER G., Ronald, *op. cit.* en nota 13, pp. 111 y 112.

(27) Doctrinariamente se dice del pagaré que es un título estrechamente emparentado con la letra de cambio, cuyas características salientes jurídicas y económicas reúne; por tal motivo al pagaré se le aplican la mayor parte de los principios doctrinales que regulan las letras de cambio, salvo por supuesto, aquellos que sean absolutamente incompatibles con su misma naturaleza...". TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, sentencia No. 263 de las 9:40 hrs. del 2 de mayo de 1977. Ejecutivo de E.F.S.A. c/ B.R.G.G. y otros, en Revista Judicial No. 9, año III, San José, setiembre de 1978, pp. 194-195, n. 862.

Conclusiones:

1) Frente a esta disposición se debe entonces analizar cuáles normas e institutos de la letra de cambio no le son aplicables al pagaré por impedirlo su distinta naturaleza jurídica. Ya vimos líneas atrás que mientras la letra de cambio incorpora una orden incondicional de pago, el pagaré incorpora una promesa de pago; en ello descansa, precisa y primordialmente, la distinta naturaleza jurídica de ambos títulos cambiarios. Así las cosas, no serían aplicables al pagaré debido a su distinta naturaleza jurídica (de promesa y no de orden) todas aquellas normas de la letra de cambio que vayan destinadas a regular la relación librador-librado, sujeto o posición subjetiva esta última que no existe en el pagaré, precisamente por consistir en una promesa.

Concomitante e innecesariamente, el párrafo final del artículo 802 establece que "no son aplicables a los pagarés las disposiciones de las letras de cambio referentes a la presentación, para que sean aceptadas, a la aceptación, a la aceptación por intervención y a las exigencias del protesto".

¿Qué quiere decir esta última norma con "las exigencias del protesto"? ¿Será que no se aplica al pagaré el protesto, como institución cambiaria en general, es decir, ninguno de "los tres protestos" contemplados dentro de la letra de cambio? ¿O será más bien que no se aplican el pagaré el o los protestos de letras de cambio que sean incompatibles con su distinta naturaleza jurídica? A nosotros nos parece más bien, y acto seguido pasaremos a demostrarlo, esto último -pues ese es el condicionamiento general de todo el artículo 802.

B) El pagaré y el protesto por falta de aceptación o aceptación parcial Incompatibilidad

"El suscriptor del pagaré -nos dice Ripert- es al mismo tiempo librador y girado, por lo que deben suprimirse en la teoría del pagaré todas las cuestiones que se refieren a las relaciones entre el librador y el girado".⁽²⁸⁾ Por su parte, Messineo afirma que "...puede decirse que resultan inaplicables como absolutamente incompatibles con la naturaleza del pagaré...; casi todas las concernientes a la aceptación

(28) "Tratado Elemental de Derecho Comercial", 1a. edición, Tipografía Editora Argentina, S.A., Buenos Aires, 1954, p. 253.

ordinaria... por cuanto en él no funciona el instituto de la aceptación".⁽²⁹⁾ Por su parte, el jurista colombiano Becerra Toro afirma: "En cuanto toca a la presentación para la aceptación, a este documento no le son aplicables las reglas de la letra de cambio porque el creador del pagaré se obliga directamente a firmarlo, no así el librador de la letra que expide una orden que debe ser presentada a otro (librado) para que la acepte o la rechace...".⁽³⁰⁾

Y es lógico que en el pagaré no exista aceptación, ya que éste es una simple promesa de pago que hace el emisor al tomador. No existe, en el pagaré, ese juego de regresos, propio de la letra, donde el tenedor de la misma debe presentarse ante el librado para solicitar la "aceptación" de la orden de pago emitida por el librador. Como de todos es sabido, la aceptación constituye al librado de la letra de cambio en deudor principal de la obligación cambiaria, y por medio de ella se obliga, frente al tenedor, al pago del título. En el pagaré, el emisor se está obligando frente a su tenedor desde que suscribe la promesa de pago en que este título consiste: absurdo sería pretender que el tenedor tuviera, en acto posterior, que presentar el pagaré al librador solicitándole la aceptación de lo que ya, de por sí, prometió pagar.⁽³¹⁾

Si en el pagaré no hay aceptación porque es promesa y no orden de pago, entonces, por resultar incompatibles con su distinta naturaleza jurídica, no se le aplican a este título las normas de las letras de cambio relativas a la presentación para que sean aceptadas y de la aceptación.

Y si al pagaré no se le aplican las normas de la aceptación de la letra de cambio; si en el pagaré no hay aceptación porque no hay librado, porque no hay destinatario de una orden de pago que no existe, ergo, tampoco se le aplican las normas que regulan el protesto por falta de aceptación, pues no puede protestarse lo que no existe. Es ésta una verdad de perogrullo.

En síntesis; el protesto por falta de aceptación contemplado por nuestro Código de Comercio respecto a la letra de cambio NO se aplica al pagaré por ser incompatible con la naturaleza de este título.

(29) Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial", Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1955, p. 385.

(30) *Op. cit.* en nota 3, p. 125.

(31) LACHNER G., Ronald, *op. cit.* en nota 13, pp. 115 y 116, quien a su vez en nota 2 cita a GUYENOT, Jean, *op. cit.* en nota 4, p. 107.

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

C) El pagaré emitido a plazo cierto desde la vista y el protesto por falta de fecha. Compatibilidad

Al pagaré se aplican, entre otras, las normas de las letras de cambio referentes al vencimiento, con la salvedad o excepción de que el pagaré puede ser emitido válidamente a tractos (artículo 802, inciso b).⁽³²⁾ Ello quiere decir que el pagaré puede emitirse a la vista, a plazo cierto desde la vista, a plazo cierto desde su fecha y a fecha fija (artículo 758).

Ahora bien; cuando una letra de cambio ha sido emitida a plazo cierto desde la vista, su tenedor debe presentarla al librado *para su aceptación* en el término de un año a partir de su fecha, o en el término fijado por el librador o en el menor fijado por el endosante (artículo 748). Si aplicamos esta norma al pagaré, que no tiene aceptación, el término del año —o el fijado por el librador o el menor fijado por el endosante— *para su visa*, esto es, para que comience a correr el plazo *desde la vista* que se ha establecido para determinar el vencimiento de la obligación cambiaria. Tenemos entonces que esta norma, no obstante encontrarse dentro de las disposiciones de la aceptación de letras de cambio, no es incompatible con la naturaleza del pagaré con esa forma de vencimiento. "El pagaré cambiario pagadero a cierto tiempo vista —nos dice Messineo—, debe ser presentado al visto del emitente en el término que se indica en el artículo 28 de la Ley Cambiaria; o sea, dentro de un año a contar del visto puesto por el emitente en el título... Si el emitente se niega a poner el visto, fechado, debe ello hacerse constar mediante protesto; la fecha de éste sirve para fijar el inicio del término de la vista".⁽³³⁾

Además, en estos casos es imperioso, y por ende una obligación para el tenedor del pagaré, hacer constar en el título la fecha en que el documento se presentó para su vista, pues resulta de vital importancia para determinar cuándo será exigible la obligación incorporada. Y si la fecha de presentación del pagaré para su vista no se anotare por

(32) Esta reciente reforma (Ley No. 7558 del 3 de noviembre de 1995) al inciso b) del artículo 802 nos parece del todo infeliz, pues no existe *ratio legis* para admitir como válido un pagaré emitido a tractos mientras que se considera nula la letra emitida bajo esa misma forma de vencimiento; o ambos son válidos —y en ese sentido nos parece debió haberse hecho la reforma— o ambos son nulos situación existente antes de la reforma, de mayor coherencia, sin duda, que la actual.

(33) *Op. cit.* en nota 29, p. 386.

Y
las
otras
formas
?

cualquier razón, "el tenedor, para conservar su derecho a recurrir contra los endosantes, deberá hacer constar la omisión mediante un protesto, levantado en tiempo hábil" (artículo 750, párrafo 2º), norma ésta que tampoco es incompatible con la naturaleza del pagaré a plazo cierto desde la vista, a pesar de encontrarse dentro de los artículos destinados a regular la aceptación en la letra de cambio. Sin esa fecha, el pagaré (la letra tampoco) no podrá ser cobrado cambiariamente, pues resultaría imposible saber cuándo empezó a correr el plazo cierto para determinar su vencimiento.

"Ahora bien; en el caso del pagaré, ¿se podrá admitir que el ordenamiento jurídico es tan incoherente como para, por un lado admitir el vencimiento a plazo cierto desde la vista, y, por otro, denegar el medio demostrativo de la presentación al no admitir el protesto por falta de fecha?"⁽³⁴⁾ No.

Tenemos así, con meridiana claridad, que el protesto por falta de fecha no sólo es aplicable a los pagarés librados a plazo cierto desde la vista sino que es una condición indispensable para demostrar su exigibilidad.

En síntesis; el protesto por falta de fecha concebido para las letras de cambio libradas a plazo cierto desde la vista es aplicable a los pagarés emitidos con esa misma forma de vencimiento por no ser incompatible con la naturaleza intrínseca de éste, pues es parte vital de la mecánica misma de su funcionamiento.

D) El pagaré y el protesto por falta de pago y pago parcial. Compatibilidad

Dejamos claramente sentado, líneas atrás, en cuanto a la presentación para el pago y el protesto por falta de pago de la letra de cambio, cuanto sigue:

- a. Que se libra, por ser un título de presentación, para ser pagada a quien resulte ser su acreedor el día de su vencimiento;
- b. Que las distintas personas que en ella intervienen como garantes solidarios de la obligación cartular (librador, endosantes, avalistas, fiadores), para que se vean obligadas a responder, debe ante todo producirse una negativa de pago, total o parcial, por parte del librado;

- c. Que la presentación para el pago debe hacerla el tenedor en el domicilio del deudor o del domiciliario (en la letra domiciliada) mediante la exhibición material del documento y dentro de los distintos plazos fijados por ley según los distintos tipos de vencimiento, aunque la letra contenga la cláusula de devolución sin gastos;
- d. Que la falta de presentación para el pago, en estos términos, hace decaer para el tenedor la acción de regreso, salvo en las poquísimas excepciones legalmente admitidas;
- e. Que la negativa de pago debe hacerse constar por acta notarial denominada protesto por falta de pago, levantado dentro de los plazos y en el lugar legalmente establecidos y sin el cual se produce la preclusión de la acción contra los garantes de la obligación cartular para siempre;
- f. Que este protesto no es un acto de intimación para constituir en mora al deudor sino medio de prueba fehaciente de la existencia de la cambial en ese momento, su contenido y descripción y de la diligencia del tenedor en presentarla oportunamente para su pago y de la negativa de pago (total o parcial) del deudor;
- g. Que este protesto, aunque tardío, sirve de plena prueba del incumplimiento del deudor para los efectos de la acción causal;
- h. Que este protesto sirve también para determinar auténticamente el momento final del vencimiento en las letras emitidas a la vista y en los casos de regreso anticipado por falta de pago en que sean necesarias la presentación y el protesto;
- i. Que este protesto es útil, además, para fijar fehacientemente, el momento desde el cual la transmisión de la letra por endoso produce los efectos de una cesión ordinaria;
- j. Que este protesto, *in fine*, tiene la virtud de interrumpir la prescripción de la acción directa.

Pues bien; ninguna de las anteriores características y efectos de la presentación para el pago y del protesto por falta de pago de la letra de cambio son incompatibles con la naturaleza del pagaré.

Y es que la presentación para el pago del pagaré es importante para que el deudor cartular verifique la legitimación activa de su tenedor (que el título haya sido emitido a su nombre o que haya llegado a sus manos mediante una cadena ininterrumpida de endosos traslativos de dominio) y determinar así quién es su acreedor.

(34) LACHNER G., Ronald, *op. cit.* en nota 13, p. 119.

Así tenemos que el cumplimiento de la obligación del tenedor del pagaré de presentárselo al deudor cartular para su pago debe poder ser demostrado. Para eso está el protesto.

Sin embargo, el objetivo más importante de la presentación para el pago del pagaré es la conservación, por parte de su tenedor, del derecho de accionar en vía de regreso contra los endosantes, fiadores y avalistas del título, cuando no haya sido cancelado totalmente. Estas personas, que son garantes solidarias de la obligación cartular incorporada en el pagaré frente a su tenedor, sólo están obligadas a pagar cuando se produzca y constate la negativa de pago del librador (artículo 766), pues en esta materia el hecho de que esos sujetos sean garantes solidarios no da derecho al portador del título a solicitar directamente de ellos, sin más, el cumplimiento de la obligación cartular. Y esto debe ser demostrado. Para ello está el protesto. Así las cosas, nos parece lógico concluir, que siendo el protesto por falta de pago un acto necesario para conservar las acciones en vía de regreso, este instituto no atenta contra la naturaleza del pagaré, tornándose más bien en requisito indispensable para su ejecutividad.⁽³⁵⁾

Así lo han reconocido algunos autores: "...el protesto no es aplicable al pagaré, en estricto sentido jurídico, sólo cuando se levanta para dejar constancia de una negativa de aceptación. Pero no desvirtúa su naturaleza el protesto que surge del no pago del título".⁽³⁶⁾

"Los pagarés pueden también perjudicarse por falta de protesto en tiempo y forma, pero con una diferencia con las letras de cambio. La letra no se perjudica con respecto al aceptante y sólo se perjudica con respecto al librador cuando éste ha hecho oportunamente provisión de fondos; en cambio, en los pagarés el protesto no es necesario para conservar las acciones con respecto al suscriptor y puede decirse entonces que los pagarés no se perjudican por falta de protesto con respecto al portador, y que sólo es necesario el protesto para conservar las acciones con respecto a los deudores por garantía, como son, por ejemplo, los endosantes".⁽³⁷⁾

(35) LACHNER G., Ronald, *op. cit.* en nota 13, pp. 123-124.

(36) GOMEZ R., Carlos-GUTIERREZ C., Alfonso, *op. cit.* en nota 8, p. 80.

(37) PALMA ROGERS, Gabriel, "Derecho Comercial", II, 1ª edición, Editorial Nascimento, Santiago, 1941, cit. por LACHNER G., Ronald, *op. cit.* en nota 13, p. 125, nota 2.

De estas palabras del profesor chileno se desprende que el emisor del pagaré no puede alegar caducidad por falta de protesto, caducidad que sólo puede ser alegada por los garantes en vía de regreso.

"En cambio, las disposiciones normativas sobre el pago (C. de Co., arts. 691 a 696) propias de la letra son plenamente aplicables al pagaré, tales como la necesidad de la presentación al pago, las oportunidades para ello, la aceptación de pago parcial, el beneficio del plazo y sus efectos frente al pago antes de tiempo, y el pago de lo debido mediante la modalidad del depósito.

En lo relativo al protesto por falta de pago es aplicable lo dispuesto en los artículos 697 y ss. del C. de Co. para el caso de la letra...

Como ocurre en la letra de cambio, si en el pagaré no se hace la presentación para el pago o se omite la diligencia del protesto, obra la caducidad de la acción cambiaria por vía de regreso, o sea, contra los secundariamente obligados".⁽³⁸⁾

En síntesis, las disposiciones normativas de la letra de cambio que establecen todo lo concerniente a la obligación del tenedor de presentarla para el pago y de levantar protesto por falta de pago en caso de negativa total o parcial del mismo son plenamente aplicables al pagaré por no ser incompatibles con la naturaleza jurídica de este título y constituir más bien una parte trascendental de su régimen funcional.

E) El párrafo final del artículo 802 del Código de Comercio. Interpretación y alcances

Habiendo quedado demostrado que el único de los tres protestos concebidos a propósito de la letra de cambio que no es aplicable al pagaré, por ser incompatible con la naturaleza de este título, es el protesto por falta de aceptación, volvamos ahora al texto del párrafo final del artículo 802, en lo que aquí interesa:

"...No son aplicables a los pagarés las disposiciones de las letras de cambio referentes... a las exigencias del protesto".

Nos resulta claro ahora que el legislador del 64 se refería al protesto por falta de aceptación (por eso, precisamente por eso, se habla en esta norma del protesto

(38) BECERRA TORO, Rodrigo, *op. cit.* en nota 3, p. 125.

al singular y no “de los protestos”), porque es el único, de los tres concebidos para la letra de cambio, que es incompatible con su naturaleza jurídica de ser una promesa de pago.

Y no se nos diga que no es posible distinguir allí donde la ley no distingue, porque, pura y simplemente, la ley *sí* distingue: interpretada la norma de comentario tomando en consideración lo establecido en el párrafo primero de ese mismo artículo y, en general, el resto de las disposiciones normativas que regulan la presentación para el pago y el protesto por falta de pago en las letras de cambio, resulta claro, como creemos haberlo demostrado líneas atrás, que la inaplicabilidad de las exigencias del protesto de letras de cambio a los pagarés se refiere única y exclusivamente al protesto por falta de aceptación. Además, si se viene discutiendo en el párrafo sub examine de la no aplicación al pagaré del instituto de la aceptación; si todo este párrafo se refiere a ese instituto (“a la presentación para que sean aceptadas, a la aceptación, a la aceptación por intervención”); si en este párrafo no se habla más que de aceptación, parece lógico concluir que la única exigencia que resulta inaplicable al pagaré es la del protesto por falta de aceptación.

Nuestro querido y distinguido colega y discípulo Ronald Lachner afirma sobre la norma de comentario:

“Este último párrafo, que se ha querido resaltar, es el que ha traído más problemas para la aceptación del protesto en el pagaré. Su infeliz redacción, ha dado lugar a una interpretación errónea del verdadero sentido del mismo. Así, la doctrina nacional, los jueces, los abogados y comerciantes en general, atendiendo a la redacción del mismo han sentenciado: El protesto, sea del tipo que sea, no es aplicable al pagaré por expresa disposición de Ley”.⁽³⁹⁾ Pero semejante interpretación, si es que la hay, no sólo surge de una mala técnica hermenéutica sino de un desconocimiento total de las características y de los efectos de la presentación para el pago y del protesto por falta de pago en los títulos cambiarios de garantía.

(39) *Op. cit.* en pág. 13, p. 137. No tenemos conocimiento de que nuestros Tribunales se hayan pronunciado expresamente de esa manera; tampoco lo ha hecho la doctrina nacional; pero lo que sí parece ser cierto, dado la falta de jurisprudencia sobre este punto, es que ha habido una interpretación tácita de nuestros operadores de derecho cartular en ese sentido.

i) Antecedentes históricos

La primera regulación que se dio en nuestro país a los títulos-valores fue en el Código de Comercio del 22 de junio de 1853 (Libro II, Títulos IX y X). Bajo el Título X del Libro II de ese cuerpo de leyes se regulaban las libranzas y los vales o pagarés a la orden; allí se establecía, con disposición parecida a nuestro numeral 802, que las libranzas y los vales o pagarés a la orden producirán las mismas obligaciones y efectos que las letras de cambio, *menos en cuanto a la aceptación* (art. 505); y se agregaba que “el tenedor no tiene derecho a exigir la aceptación de las libranzas a plazo, ni puede ejercer repetición alguna contra el librador y endosantes, *hasta que se protesten por falta de pago*” (artículo 507), protesto al que hacían alusión también los artículos 509 y 515, en cuanto a los vales y pagarés, 514, en cuanto a las libranzas y 515 y 512.

Resulta claro entonces que el Código de Comercio de 1853 establecía la obligación del protesto por falta de pago para los pagarés, dándosele la categoría de requisito indispensable para que su tenedor pudiera ejercer la acción de regreso contra los garantes de la obligación cambiaria.

Estas disposiciones cartulares del Código de Comercio de 1853 fueron derogadas con la promulgación de la Ley de Cambio del 25 de noviembre de 1902. En lo tocante a la regulación del pagaré en esta Ley nos parece importante transcribir el texto del artículo 181, cuya redacción es muy similar a la del párrafo final de nuestro actual artículo 802, del que parece ser su fuente:

“A más de las anteriores disposiciones, estarán sujetos los vales o pagarés a la orden a las que rigen las letras de cambio, con las necesarias modificaciones. *Pero no se aplicarán a los vales las disposiciones de las letras referentes a la presentación para que sean aceptadas, a la aceptación, a la aceptación por intervención, a la expedición de varios ejemplareres y a la exigencia del protesto*”.

La conclusión no puede ser otra que en nuestro país, desde los inicios de su historia normativa cartular hasta nuestros días, el pagaré debe ser presentado por su tenedor para su pago y, de la negativa total o parcial del mismo, debe levantarse protesto en tiempo hábil. No vemos la razón porqué, luego de más de cien años de admitirse normativamente esos institutos en el pagaré, deba interpretarse la actual disposición de nuestro Código como excluyente de esos institutos.

ii) Derecho comparado

La Ley Uniforme concerniente a la Letra de Cambio y Pagaré a la orden (Convención de Ginebra), promulgada en Ginebra, Suiza, el 7 de junio de 1930, que es fuente inspiradora de muchas leyes cambiarias y Códigos de Comercio en sus aspectos cartulares, incluido en nuestro, regula al pagaré por referencia a la letra de cambio. Su artículo 77, con una redacción casi idéntica al primer párrafo de nuestro 802, del que parece ser su fuente, establece, en lo que aquí interesa:

“Serán aplicables al pagaré, en tanto que no sean incompatibles con la naturaleza de este título, las disposiciones relativas a la letra de cambio y referentes:

...A las acciones por falta de pago...”.

Por su lado el artículo 44 estatuye que la negativa de pago se deberá hacer constar por un acto auténtico (protesto por falta de pago); mientras que su artículo 78 dispone:

“Los pagarés pagaderos a cierto plazo de la vista deberán presentarse para la visa del suscriptor, en los plazos fijados en el artículo 23. El plazo de la vista se contará desde la fecha de la visa puesta por el suscriptor sobre el pagaré. *La negativa del suscriptor de dar su visa fechada, se hará constar mediante un protesto (artículo 25) cuya fecha servirá de punto de partida para el plazo a contar desde la vista*”.

Con la transcripción de estas disposiciones queda demostrado que, al igual que en nuestro ordenamiento jurídico, también para los signatarios de la Convención de Ginebra, el protesto por falta de fecha en los pagarés emitidos a plazo cierto desde la vista y el protesto por falta de pago son perfectamente compatibles con este título cambiario.

En México, cuya legislación mercantil es considerado por algunos fuente inspiradora, conjuntamente con la hondureña, de nuestro actual Código de Comercio, la situación se presenta con mucho más claridad.

El artículo 172 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito Mercantiles de 1932 dice:

“Los pagarés exigibles a cierto plazo de la vista deben ser presentados dentro de los seis meses que sigan a su fecha. La presentación sólo tendrá el efecto de fijar la fecha de vencimiento y se comprobará en los términos del párrafo

final del artículo 82”. (por visa suscrita por el girador de la letra misma o, en su defecto, por acta ante notario o corredor).

Concomitantemente, el artículo 174 *ejusdem* enumera los artículos de la letra de cambio que son aplicables al pagaré, incluyendo dentro de ellos los numerales 139, 140, 142, 143, 144, 148 y 149, todos relativos al protesto y a la forma de levantarlo.

El Código de Comercio de Honduras de 1950, de clara inspiración mexicana, sigue puntualmente a dicha ley en sus artículos 592 y 594, mientras que en el párrafo segundo del artículo 593 regula expresamente dónde debe levantarse el protesto por falta de pago del pagaré y los efectos de su omisión.

“Incluso el proyecto de la Ley Uniforme Centroamericana de Títulos-valores (LUCA) de 1963, regula al pagaré por referencia general, de la misma manera que el Código Guatemalteco y que el Código Argentino”.⁽⁴⁰⁾

La conclusión no puede ser otra: legislaciones conexas a la nuestra, como las aquí revisadas, admiten la necesidad de la presentación del pagaré para su pago, del protesto por falta de pago y del protesto por falta de fecha (en los pagarés librados a plazo cierto desde la vista) y, al mismo tiempo, que el único protesto incompatible con la naturaleza jurídica de este título es el protesto por falta de aceptación. Si eso es así, ¿será posible que el Código de Comercio de Costa Rica sea el único por estos lares que prohíba todo tipo de protesto en el pagaré? ¿o será más bien que los operadores del Derecho Comercial costarricense han malinterpretado tácitamente el párrafo final del artículo 802?

F) La presentación al Tribunal del testimonio del protesto por falta de pago, y del protesto por falta de fecha (en los pagarés librados a plazo cierto desde la vista), es requisito *sine qua non* para la ejecutividad del pagaré, cuando la acción cobratoria se dirige contra los demás obligados al pago

“Para que un documento constituya título ejecutivo, debe referirse a una deuda cierta, líquida y exigible, y que además debe resultar del título mismo, puesto que si su existencia depende de otras circunstancias

(40) LACHNER G., Ronald, *op. cit.* en nota 13, p. 135.

ajenas al documento como sería que para conocer de la exigencia de la obligación se remitiera a lo alegado y probado en otro juicio, el título deja de ser suficiente por sí mismo y carece por lo tanto de la idoneidad necesaria para apoyar en él una ejecución".⁽⁴¹⁾

"Sólo pueden fundamentar un proceso ejecutivo, ha reiterado el Tribunal, los títulos ejecutivos creados por la Ley, no siendo posible su creación por interpretación de la Ley, ni paridad de razón, pues el privilegio de ser base de un proceso sumario de este tipo tiene que dársele al legislador".⁽⁴²⁾

Así tenemos que es nuestro Código Procesal Civil, en última instancia, el que concede la facultad, o no, de acceder al proceso ejecutivo, enumerando taxativamente, en su artículo 438, los documentos que tienen fuerza ejecutiva y que, por ende, conceden el acceso a esa vía sumaria de cobro.

Pues bien; a pesar de que en ninguna de los cuatro artículos que regulan el pagaré en nuestro Código de Comercio se dice que este documento es título ejecutivo,⁽⁴³⁾ nuestros Tribunales lo han considerado tal desde su vigencia en 1964.⁽⁴⁴⁾ La ejecutividad del pagaré se ha sustentado en la norma que sanciona la ejecutividad de la letra de cambio;⁽⁴⁵⁾ y dicha norma establece que cuando la ejecución se dirija contra el obligado directo (aceptante, en el caso de la letra, librador en el

caso del pagaré; la llamada acción cambiaria directa) no será necesario presentar el protesto (obviamente por falta de pago) y el tribunal despachará embargo y ejecución, si así se pide, con vista del título;⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾ pero en la medida en que la acción ejecutiva se enderece contra algún otro obligado en el título (acción de regreso), *éste juntamente con el protesto* (obviamente por falta de pago), formarán el título ejecutivo contra cualesquiera de los obligados en él (artículo 783 por remisión del inciso d) del artículo 802).⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾

Nótese que esta norma, en lo que a la ejecución dirigida sólo contra el obligado directo respecta, no exime al tenedor de la letra o del pagaré de la obligación de presentarlo para su pago, ni tampoco de levantar el protesto por falta de pago, en caso de negativa total o parcial del mismo; lo único que establece para este caso concreto es la autosuficiencia del título cambiario como título ejecutivo para que el Tribunal dicte el auto precepto solvendo sólo con vista en él, independientemente de la presentación del testimonio del protesto.

(46) Pues resultaría ilógico que la ley le exigiera al ejecutante demostrarle al mismo deudor directo que ya ha rehusado el pago, que efectivamente lo rehusó.

(47) MESSINEO se refiere a esta situación cuando nos habla del denominado "pagaré seco" (pagaré que no ha circulado y carece de avalistas y fiadores) en donde sólo existe un deudor (el girador), por lo que no es posible ninguna acción en vía de regreso y, por ende no es necesario levantar el protesto por falta de pago, pudiendo demostrarse la falta de pago con medios probatorios distintos al protesto; *op. cit.* en nota 29, p. 383.

(48) Precisamente porque los demás signatarios del título cambiario responden del pago de la obligación cartular en la medida en que el obligado directo no lo haya hecho. Una norma similar la encontramos en el Código de Comercio de 1853 (artículos 490 y 491) y en la Ley de Cambio de 1902 (artículos 150 y 151).

(49) Nuestro TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, en sentencia No. 65 de las 9:05 hrs. del 14 de enero de 1992, a propósito de una ejecución dirigida contra los garantes de una letra de cambio en donde se omitió levantar protesto por falta de pago, dijo: "Como el documento dicho no tiene protesto... no existe la ejecutividad que establece la norma consagrada en el artículo 783 antes mencionado, por cuya razón, no queda otro camino que acoger la excepción de falta de derecho y en relación con ésta la de *sine actione agit*, para declarar sin lugar la demanda, revocar la ejecución y levantar los embargos decretados".

(41) TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL DE ALAJUELA, sentencia No. 570 de las 8:05 hrs. del 7 de mayo de 1974. Ejecutivo de W.F.F. c/ I.R.R.

(42) TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, sentencia No. 30-E de las 9:40 hrs. del 8 de enero de 1992.

(43) Al igual que en nuestra Ley de Cambio de 1902; sin embargo, esto no sucedía en el Código de Comercio de 1853, cuyo artículo 513 le reconocía expresamente fuerza ejecutiva a los vales y libranzas.

(44) "En nuestra legislación, para que un título-valor tenga rango de ejecutivo, debe estar expresamente erigido como tal por la ley, y tienen ese carácter la letra de cambio, el pagaré y el cheque...". TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, sentencia No. 40 de las 15:30 hrs. del 14 de enero de 1975, en Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia, No. 222, Año XIX, San José, 1974-1975, p. 233, Véase, además, la sentencia citada en nota 42.

(45) Lo que no parece correcto de acuerdo a lo dicho por el Tribunal Superior Primero Civil en el fallo citado en nota 42.

Lo mismo, nos parece a nosotros, sucede con el protesto por falta de fecha que ha debido levantarse en un pagaré librado a plazo cierto desde la vista por no haberlo querido visar el deudor principal, pues este protesto es esencial para comprobar la exigibilidad de la obligación cambiaria. Entonces, en tratándose de esta clase de pagarés, diríase contra quien se dirija la acción ejecutiva, deberá siempre presentarse a estrados judiciales, además del título original (y del testimonio del protesto por falta de pago, sólo si la acción se enderezara contra los demás obligados al pago), el testimonio en donde conste el protesto por falta de fecha.

G) La cláusula de “devolución sin gastos” o “sin protesto” o cualquier otra equivalente escrita en el pagaré

Si resultan aplicables al pagaré, como hasta aquí hemos demostrado, las normas que regulan su presentación para el pago y el levantamiento del protesto por falta de pago en caso de negativa total o parcial del mismo por parte del deudor cartular, también es de aplicación al pagaré, por no ser incompatible con la naturaleza de este título, la renuncia al protesto por falta de pago que se hace mediante la inclusión en el pagaré, o en hoja adherido al mismo de manera fija, de la denominada cláusula de “devolución sin gastos”.⁽⁵⁰⁾ O “sin protesto” o cualquier otra equivalente que acredite por sí misma que ambos protestos, o alguno de ellos, han sido dispensados, suscrita por el librador, el endosante o un avalista del librador o del endosante (artículo 786, párrafo 1º).⁽⁵¹⁾

(50) Cláusula que recibe este nombre porque el protesto le “impone a la persona que hubiere dado lugar al mismo, la obligación de pagar los gastos más los daños y perjuicios” (artículo 782).

(51) No estaba previsto, en nuestro Código de Comercio de 1853, que pudiera dispensarse unilateralmente al tenedor de una letra de cambio de tener que levantar protesto por falta de aceptación y por falta de pago. Por el contrario, la figura sí aparece en nuestra Ley de Cambio de 1902, cuyo artículo 130 disponía:

“El protesto o el documento dicho no pueden suplirse con ninguna otra prueba.

Esto no obsta a que el librador o los endosantes estipulen la dispensa de la formalidad del protesto, ni a que se prescinda del protesto en los casos en que la ley dispensa de la obligación de presentar la letra para su aceptación o pago”.

Mediante esta cláusula, que no es una prohibición sino una dispensa –por eso el portador puede, siempre que lo desee y a pesar de la cláusula, mandar a levantar el protesto– el derecho cartular se agiliza, al desaparecer la obligación del tenedor de tener que levantar el protesto por falta de pago, y se “abarata”, al no generarse los gastos que conlleva el levantamiento del protesto. Y no se piense que los garantes de la obligación quedan desprotegidos con esta cláusula, pues ellos han asumido sus respectivas obligaciones a sabiendas de la existencia de la misma.

Ello no obstante, el tenedor no quedará dispensado de la obligación de presentar el título para su pago dentro de los plazos correspondientes, invirtiéndose, eso sí, la carga de la prueba, pues en vez de que sea el tenedor quien deba demostrar que presentó en tiempo el título al deudor para su pago, es el garante, para oponerse al cobro, quien deberá probar que el documento no se presentó oportunamente para tal efecto (artículo 786, párrafo 2º).

Cuando la cláusula fuere suscrita por el librador, de cuya manifestación dependen formalmente las demás, por haber sido incluida *ab origine*, producirá sus efectos con relación a todos los signatarios del título; cuando hubiere sido firmada por un endosante o avalista del librador o del endosante, por ser posterior al libramiento de la cambial, sólo causará efectos con relación a estos (artículo 786, párrafo 3º), de donde se deriva que el protesto seguirá siendo presupuesto formal para el ejercicio del regreso contra los demás obligados que no hubiesen puesto una cláusula similar.

Reseñas bibliográficas a cargo de Jorge Enrique Romero Pérez

Edgar Gutiérrez et al. **Diccionario Tributario Costarricense.** (San José: editado por E. Gutiérrez y Asociados, 1997, 6 tomos, 1554 páginas, prólogo de Eric Thompson Chacón).

La presentación de este importante Diccionario, indica el abogado *Eric Thompson* en su prólogo, nos brinda la oportunidad de reflexionar sobre la importancia estratégica que tiene el acceso a la jurisprudencia tributaria por parte del contribuyente y los diversos profesionales que lo asesoran en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales.

El contenido de este valioso Diccionario de 6 tomos, está compuesto por cerca de 2.300 términos, leyes tributarias vigentes, jurisprudencia de esta materia, oficios de la Dirección General de la Tributación Directa y resoluciones del Tribunal Fiscal Administrativo.

Las normas jurídicas que incluye este Diccionario son:

- Ley de impuesto de venta, renta, consumo y sus reglamentos,
- Ley de justicia y ajuste tributario,
- Código de normas y procedimientos tributarios,
- Ley y reglamento de bienes inmuebles,
- Ley reguladora de todas las exoneraciones vigentes, su derogatoria y sus excepciones,
- Ley forestal,
- Ley general de aduanas,
- Ley de incentivos para el desarrollo turístico,
- Ley del impuesto territorial,
- Ley de registro, secuestro y examen de documentos,
- Ley y reglamento de zonas francas,
- Leyes tributarias conexas, y
- Leyes relacionadas con la Caja Costarricense de Seguro Social.

Anuncia esta obra un sistema de actualización que le da una gran funcionalidad y utilidad, lo cual lo constituye en una excelente fuente de información y de consulta obligada.

Hernández Valle, Rubén. **Escritos sobre justicia constitucional.** (Medellín: Diké. 1997, 125 páginas).

Como bien lo informa el Dr. Hernández Valle, este libro nace de un curso que debió impartir en el Centro de Estudios Constitucionales (Madrid) durante el mes de enero de 1995 y que por razones ajenas a su voluntad no pudo cumplir con ese compromiso; pero, eso sí le interesó publicar este material de cuatro temas de teoría general sobre la justicia constitucional.

Su contenido es el siguiente:

Capítulo I: El Derecho procesal constitucional como categoría autónoma y sus problemas.

Capítulo II: La admisibilidad en los procesos constitucionales.

Capítulo III: La naturaleza jurídica de la cosa juzgada en los procesos constitucionales.

Capítulo IV: La problemática de las sentencias normativas.

Es una obra relevante que complementa sus anteriores libros en el campo del Derecho Constitucional.

— o —

Sáenz Elizondo, María Antonieta, **Una nueva visión del proceso civil** (San José: Comisión Nacional para el mejoramiento de la administración de justicia, 1997, 118 páginas).

Como bien expresan en el Prólogo el Lic. Rodrigo Montenegro Trejos, Magistrado del Poder Judicial y Presidente de la Comisión Nacional para el mejoramiento de la administración de justicia; y, la Licda. Sara Castillo Vargas, Directora Ejecutiva de esta Comisión, la Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo, actual Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, es una de las más preclaras juristas de nuestro país. Especialista sobresaliente en materia procesal penal y procesal civil. Posee una sólida formación producto de su dedicación, tanto durante sus estudios de Derecho en la Universidad de Costa Rica cuanto de los realizados en Italia en la Universidad degli Studi di Pisa, donde se especializó en Derecho Procesal Civil en 1978 y en Derecho Procesal Penal en 1979. Catedrática de larga trayectoria académica, sus numerosas publicaciones en distintos temas del Derecho la han destacado como investigadora, siendo una de las fuertes

impulsoras de reformas procesales, sobre todo, propugnando por el derecho a la oralidad en nuestro sistema de procedimientos civiles, para ponerlo a tono con los requerimientos del presente.

El contenido de este valioso libro es:

- A. Síntesis histórica del derecho procesal civil
- B. Problemática actual
- C. Problemática del proceso civil y algunas soluciones

Conclusiones

Bibliografía

— o —

Milano Sánchez, Aldo. **Ensayos de derecho procesal administrativo** (San José: ed. Universidad de San José, 1997, 272 páginas).

En la *Introducción* de este importante libro, su autor señala que la iniciativa para la redacción de estos ensayos recogidos en una sola publicación, nace como producto de dos necesidades: la publicación de escritos dirigidos a la enseñanza del derecho procesal administrativo y postular algunas ideas que de alguna forma logren contribuir en una eventual reforma del actual modelo de justicia administrativa nacional.

El índice que nos presenta esta sugestiva publicación es:

- I. El concepto del procedimiento administrativo. Confrontación con la jurisprudencia de la Sala Constitucional.
- II. La evolución de los criterios de legitimación en el derecho procesal administrativo costarricense.
- III. El agotamiento de la vía en la justicia administrativa costarricense. Crítica y perspectivas.
- IV. La jurisdicción contencioso administrativa costarricense y la tutela judicial efectiva como garantía constitucional. Análisis de los cambios necesarios para su ajuste constitucional.
- V. Medidas cautelares y contencioso administrativo.

Esta obra es un relevante aporte al campo de su especialidad.

— o —

Torrealba Navas, Adrián. **Los hechos ilícitos tributarios en el Derecho costarricense**. (San José: editado por el autor, 1997; 495 páginas, prólogo del Dr. Gabriel Casado Ollero).

El Dr. Gabriel Casado Ollero, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, afirma en el **prólogo** a esta sistemática obra, que el *resultado de toda esta labor es un denso y casuístico horizonte problemático, sazonado con abundantes pero bien seleccionadas citas y referencias doctrinales y jurisprudenciales, algunas de ellas sorprendentes tanto por su recentísima factura como por la diversidad de su origen, y cimentado todo ello en los tres sólidos pilares que, sin duda, avalan al Dr. Torrealba: el conocimiento profundo del material doctrinal y jurisprudencial que con tanta soltura y solvencia científica maneja en la obra; la experiencia que su condición de abogado le brinda de cuanto acaece en la práctica administrativa y forense; y, en fin, la reflexión de quien por sus funciones docentes e investigadoras está habituado a transmitir opiniones fundadas en la reflexión y en la experiencia, ayudando a otros a desvelar los entresijos de la compleja realidad jurídica.*

Este libro del Dr. Torrealba se inserta en un medio jurídico que lo recibe muy bien, dado que se han promulgado varias leyes en materia tributaria, siendo esta obra de una trascendental valía para entender y comprender esta nueva realidad de la normativa impositiva.

— o —

Rivero Sánchez, Juan Marcos. **Derecho del consumidor** (Medellín: Diké, 1997, 181 páginas).

El autor señala que hay cinco preguntas al problema epistemológico del derecho del consumidor:

¿Qué es el derecho del consumidor?

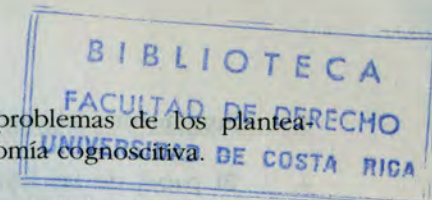
¿Quién es el consumidor?

¿De qué se protege el consumidor?

¿Cómo se debe proteger al consumidor?

¿Porqué se debe proteger al consumidor?

Estas preguntas tienen una pertinente respuesta en este relevante libro del Dr. Rivero, a lo largo de su formativo contenido:



1. Planteamiento de los problemas y problemas de los planteamientos: tensiones a nivel de la autonomía cognoscitiva.
2. El derecho del consumidor en la tenaza de la legitimación.
3. En busca de nuevos enfoques: la teoría de la diferencia estructural entre individuo y la organización.
4. La teoría de las situaciones "objetivas" de desigualdad o injusticia.
5. ¿Gritos de batalla en el quehacer legislativo?

Bibliografía

Sin duda en estos momentos la temática del derecho del consumidor tiene una enorme importancia en un medio en el cual la persona, en su rol de consumidor en el mercado, es víctima del peso y funcionamiento de este espacio mercantil.

— o —

Chirino Sánchez, Alfredo. **Autodeterminación informativa y Estado de Derecho en la sociedad tecnológica**. (San José: Comisión nacional para el mejoramiento de la administración de justicia, 1997, 71 páginas).

Esta obra es una contribución al estudio de los retos y problemas existentes para alcanzar la protección del ciudadano frente al tratamiento electrónico de los datos.

En su **prólogo** la Magistrada del Poder Judicial, la Licda. Ana Virginia Calzada, VicePresidenta de la Comisión nacional para el mejoramiento de la administración de justicia, y la Licda. Sara Castillo Vargas, Directora Ejecutiva de esta Comisión, expresan que el tema de este libro es la protección del ámbito de la intimidad y la autodeterminación informativa, siendo su autor Máster en Derecho de la Universidad de Francfort del Meno (Alemania) y doctorante en ella.

El contenido de esta investigación es:

1. Rasgos particulares del actual ambiente de la información.
2. Peligros provenientes del procesamiento de datos.

3. Surgimiento del derecho a la autodeterminación informativa.
4. El papel de las leyes de protección de datos en la evolución jurídica de la tutela de la persona frente al procesamiento de datos personales.
5. La introducción del "habeas data" como una forma de tutela de la autodeterminación informativa en Costa Rica y sus problemas.
6. Conclusiones generales.
7. Apéndice con la modificación al proyecto de ley que tiende a introducir el habeas data en Costa Rica.
8. Bibliografía.

Este ensayo es un aporte pionero en esta novedosa materia del habeas data.

— o —

Dr. León Cortiñaz Peláez, **Fundamentos del derecho económico** (México: Editorial Porrúa, 1998, 158 páginas).

Esta importante obra en el campo del Derecho Económico, presenta el siguiente sumario:

- I. La Constitución Federal (originalidades, aportación y valores jurídico - culturales),
- II. Empresas públicas (cometidos, génesis y multiformidad estructural),
- III. Hacia una nueva relación entre los cometidos del poder público y los cuatro poderes de la Unión: estructura y funcionamiento confrontados por el control,
- IV. Perspectivas; y,
- V. Bibliografía.

Precisa este autor que el poder público no es una colección de prerrogativas para su ejercicio abusivo por los titulares de sus órganos, sino que los gobernantes son los eficientes ejecutantes de los cometidos asignados a la Administración por el orden jurídico objetivo (págs. 36 y 37).

— o —

Dr. José Ramón Cabello Romero, **Derecho Bancario** (Jalisco, México: Editorial Amate, 1997, 175 págs.).

El Índice este importante libro es el siguiente:

- I. El ámbito del derecho bancario
 - II. El sistema bancario
 - III. Operaciones de banca y crédito
 - IV. El contrato de depósito
 - V. El depósito a la vista en cuenta corriente
 - VI. Depósitos a plazo
 - VII. Obligaciones bancarias
 - VIII. Certificados de participación
 - IX. Depósitos regulares
 - X. La apertura de crédito
 - XI. El crédito de descuento
 - XII. Crédito documentario
 - XIII. Créditos a la producción
 - XIV. El contrato de reporto
 - XV. El fideicomiso
 - XVI. Servicio de cajas de seguridad
 - XVII. La bolsa de valores
- Apéndice: modelos de contratos

Bibliografía

En los tiempos actuales el conocimiento sobre la actividad económica en general y en particular sobre el Derecho Bancario, es de suma relevancia para comprender los fenómenos en la realidad de la vida financiera y bancaria. Por ello, esta obra es de suyo muy estratégica para el conocimiento de la relación entre el Derecho y la Banca, no sólo en México, sino en toda América Latina.

— o —

Lic. Fernando Bolaños Céspedes. **Código de Trabajo. Anotado y concordado.** (San José: Juricentro, 1998, 502 páginas).

El abogado Bolaños Céspedes ha hecho un excelente trabajo de anotar y concordar el vigente Código de Trabajo de nuestro país.

Bien expresa este jurista que “hemos recogido, para incorporar a este Código anotado, no sólo la Jurisprudencia de la jurisdicción laboral que hemos considerado más oportuna, sino también Jurisprudencia de la Sala Constitucional, posiblemente en este último caso, no con la abundancia con que hubiéramos querido, pero sí cubriendo aquellos temas en que las resoluciones de nuestro Tribunal Constitucional han tenido mayores repercusiones”, (*Presentación*, pág. 9).

Se incluye en esta valiosa publicación, la referencia al importante voto Nº 1317-98 del 27 de febrero de 1998, de la Sala Constitucional.

Sin duda este Código de Trabajo será de mucha utilidad para estudiantes, profesores y operadores interesados en esta rama del Derecho.

La cuidadosa tarea de anotación y concordancia, se ve complementada con la indicación de la jurisprudencia del Poder Judicial pertinente, lo cual le da un valor relevante a esta obra.

INDICE

| | <i>Pág.</i> |
|---|-------------|
| <i>Presentación</i> | 8 |
| Ensayos: | |
| La justicia constitucional en América Latina <i>Dr. Luis Paulino Mora Mora</i> | 9 |
| Los criterios jurídicos de aplicación material del protocolo adicional II de 1977 <i>Dra. Tathiana Flores Acuña</i> | 43 |
| Empleo público <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i> | 65 |
| Hacia un nuevo concepto de propiedad <i>Licdo. Héctor Edo. Miranda Fonseca</i> | 89 |
| Alcances de la frase “No son aplicables a los pagarés las disposiciones de las letras de cambio referentes... a las exigencias del prototexto” contenida en el párrafo final del Artículo 802 del Código de Comercio <i>Prof. Dr. Gastón Certad M.</i> | 115 |
| Reseñas bibliográficas <i>J.E. Romero-Pérez</i> | 151 |