

Director y Editor

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez*

BIBLIOTECA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA  
DE  
CIENCIAS JURIDICAS

85

SAN JOSE, COSTA RICA

1997

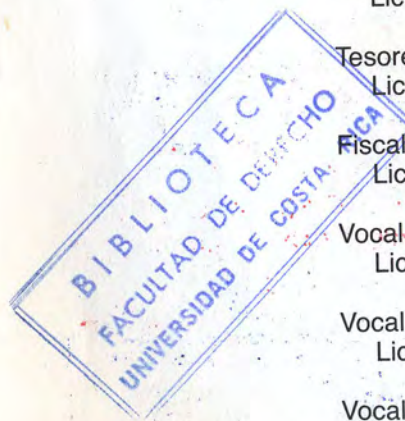
SETIEMBRE-DICIEMBRE

340-R

C.5



4 DIAS



JUNTA DIRECTIVA  
COLEGIO DE ABOGADOS

1997

- Presidente:  
Lic. Horacio González Quiroga
- Vicepresidenta:  
Licda. Roxana Pujol Sobalvarro
- Secretaria:  
Licda. Carmen Aguilar Mora
- Prosecretario:  
Lic. Paulo André Alonso Soto
- Tesorera:  
Licda. Maritza Blanco Vargas
- Fiscal:  
Licda. Carmen Blanco Meléndez
- Vocal 1:  
Lic. Pedro Bernal Chávez Corrales
- Vocal 2:  
Lic. Hubert May Cantillano
- 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:  
Ing. Salomón Lechtman Burztyñ
- Decana Facultad de Derecho:  
Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo
- Vice-Decano Facultad de Derecho:  
Dr. Luis Baudrit Carrillo
- Directora Instituto de Investigaciones Jurídicas:  
Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza
- Decana Sistema de Estudios de Posgrado:  
Dra. María Pérez Yglesias
- Coordinador de la Comisión Editorial:  
Ing. Mario Murillo Rodríguez

## PRESENTACION

En este número de la revista se publican ensayos en los campos del Derecho penal, económico, administrativo y penal internacional, agregando varias reseñas bibliográficas sobre importantes libros jurídicos; y, los índices de esta revista a partir del número 61 al presente, dado que ya fue publicado en su oportunidad lo relativo a los comprendidos entre el número 1 y el 60.

*El director y editor*

## LA VICTIMA EN LOS DELITOS SEXUALES

*Prof. Alvaro A. Burgos Mata*  
Abogado costarricense  
Especialista en Ciencias Penales

## SUMARIO:

### Introducción

- I. Ubicación Espacial de los Delitos Sexuales
- II. Ubicación Típica de los Delitos Sexuales
- III. La Violación
- IV. El Incesto
- V. El Estupro
- VI. Las Consecuencias Psicológicas del delito sexual
- VII. La Reparación dentro de los Delitos contra la Libertad Sexual

## INTRODUCCION

En el presente trabajo, expondremos generalidades de la víctima dentro de los delitos sexuales, o más específicamente hablando, sobre algunos de los crímenes más relevantes en doctrina que tiene como objeto de afectación el bien jurídico tutelado "libertad sexual": la Violación, el Incesto y el Estupro.

Posteriormente, analizaremos brevemente las consecuencias psicológicas del delito sexual.

Finalmente nos avocaremos al polémico tema de la posibilidad de reparación en los delitos contra la libertad sexual.

### I. UBICACION ESPACIAL DE LOS DELITOS SEXUALES

Al referirnos a los "delitos sexuales" propiamente dichos, debemos aclarar que bajo dicha categoría incluiremos a aquellos actos delictivos que violentan un determinado tipo de bien jurídico tutelado, el que en este caso es la "libertad sexual",<sup>(1)</sup> siendo que además el código penal vigente de 1995 así los contempla con dicha nomenclatura.

Es interesante el percatarse de que la concepción del bien jurídico tutelado en cuanto a los delitos sexuales ha venido evolucionando, así, anteriormente no era la libertad sexual, sino la "honestidad", otro concepto jurídico indeterminado, lo que se consideraba como el bien jurídico afectado con la transgresión de la norma en tales delitos.

Debemos empezar por establecer que el delito sexual es uno de los que se ve más afectados por la cifra negra, al existir múltiples elementos tanto intrínsecos como extrínsecos a la víctima, que imposibilitan o dificultan la decisión de la interposición de la denuncia correspondiente ante el órgano judicial o policial correspondiente.

---

(1) Díez-Ripollés, José Luis. *Las últimas reformas en el Derecho Penal sexual*. Estudios Penales y Criminológicos XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, págs. 57-108.

Díez-Ripollés, José Luis, y otros. *Delincuencia y Víctimas*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1976, pág. 99.

El delito sexual es un problema no sólo personal, pero también social de gran significancia. En algunas investigaciones, utilizando el sistema de cuestionarios a diferentes sectores de la población en U.S.A., se ha establecido que entre un 13% y un 44% de mujeres han sufrido algún tipo de ataque sexual.<sup>(2)</sup>

El delito sexual es además, un problema que impacta o afecta tanto física como psicológicamente el funcionamiento normal de las víctimas.<sup>(3)</sup>

Incluso un dato muy ilustrativo de lo anteriormente expuesto es que, según datos de estudios realizados en USA, cerca del 20% de las víctimas de violación han tenido comportamientos autodestructivos o al menos han considerado en algún momento de su vida posterior al haber sufrido el ataque sexual el cometer suicidio.<sup>(4)</sup>

(2) Kilpatrick, D.G., y otros. *Mental health correlates of criminal victimization: A random community survey*. Journal of Consulting and Clinical Psychology, New York, USA, número 53, 1985, págs. 873-886.

Koss, M.P., y otros. *The scope of rape: Incidence and prevalence of sexual aggression and victimization in a national sample of higher education students*. Journal of Consulting and Clinical Psychology, New York, USA, número 55, 1987, págs. 162-170.

Russell, D.E. *Sexual exploitation: Rape, child sexual abuse, and workplace harassment*. Beverly Hills, California, USA, 1984.

(3) Golding, J.M., y otros. *Sexual assault history and use of health and mental health services*. American Journal of Community Psychology, USA, número 16, 1988, págs. 625-644.

Koss, M.P. *Criminal victimization among women: Impact on health status and medical services usage*. Trabajo presentado a la reunión anual de la Asociación Americana de Psicología, Atlanta, USA, 1988.

(4) Kilpatrick, D.G., y otros. *The psychological impact of crime: A study of randomly surveyed crime victims*. Informe final presentado al Instituto Nacional de Justicia, USA, marzo, 1987.

Riger, S., y otro. *The fear of rape: A study in social control*. Journal of Social Issues, USA, número 37, 1981, págs. 71-92.

Resick, P.A., y otros. *A comparative outcome study of behavioral group therapy for sexual assault victims*. Behavior Therapy, USA, número 19, 1988, págs. 385-401.

Por otra parte, la cuestión de qué tipo de ofensas sexuales deben ser perseguidas, está estrechamente ligada al tipo de cultura de la que hablamos, lo cual incidirá a su vez en la concepción de víctima que pueda existir o no conforme a la sociedad en que el sujeto se encuentre.

Así, por ejemplo, a finales de los años 30 en USA algunos movimientos religiosos llegaban a considerar que cualquier otra expresión sexual diferente del "cara a cara", o también llamada "posición de misionero", era considerada un "pecado" ante los ojos de la iglesia cristiana.<sup>(5)</sup>

Asimismo, las enseñanzas católicas, reforzadas por una manifestación papal en junio de 1976, declaran la masturbación como un pecado, e incluso algunas autoridades científicas del siglo XIX estaban convencidos de que tal práctica sexual podría recaer en "degeneración moral e insanidad",<sup>(6)</sup> e incluso, hasta hace poco tiempo fue considerada la masturbación como un "delito" en el estado de Nebraska, USA.<sup>(7)</sup>

En el caso de nuestro estudio, analizaremos 3 de los delitos sexuales con más incidencia tanto en la doctrina como en la realidad criminológica, y que han sido y siguen siendo reconocidos como tales dentro de las diferentes legislaciones occidentales: la violación, el incesto y el estupro.

## II. UBICACION TIPICA DE LOS DELITOS SEXUALES

El código penal español anterior (de 1973), tipificaba los denominados "delitos contra la libertad sexual", dentro del Título IX, Capítulo I, artículos 429-452 bis 9), en donde se contemplaban la violación, la agresión sexual (que es también conocida por la doctrina como abusos deshonestos), el exhibicionismo, la provocación sexual, el estupro, el rapto, y los delitos relativos a la prostitución.

(5) Mortimer, R.C. *Western Canon Law*. Croom Helm, Londres, GB, 1953.

Taylor, G.R. *Sex in History*. Thamesand Hudson, Londres, GB, 1953.

Westermarch, E. *Christianity and Morals*. Degan Paul, Londres, GB, 1939.

(6) Hare, E.H. *Masturbatory insanity: The history of an idea*. Journal of Mental Science, USA, número 108, págs. 2-25.

(7) West, D.J. *Sexual crimes and confrontations*. Cambridge studies in criminology, Gower Publishing Company, England, número 57, págs. 1-39.

En el nuevo código español de 1995, los delitos contra la libertad sexual son ubicados en el Título VIII, Capítulo I, artículos 178-194, los cuales contienen las agresiones sexuales, abusos sexuales, acoso sexual, exhibicionismo, provocación sexual, y los relativos a la prostitución.

En el caso de la República de Costa Rica, el código penal vigente de 1970 (Ley número 4573, de 30 de abril), tipifica dentro del Título III, artículos 156-175 en tres secciones: I. Violación, estupro y abuso deshonesto, II. Rapto, y III. Corrupción, proxenetismo y rufianería, lo atinente a los crímenes cometidos en contra de la libertad sexual.

### III. LA VIOLACION

La violación es considerada como el acceso carnal ejecutado en contra de la voluntad de la víctima, la cual puede ser tanto un hombre como una mujer.

Desde el punto de vista jurídico es claro que la jurisprudencia ha sido prácticamente unánime en admitir como único sujeto activo posible al hombre, puesto que el "acceso carnal" está referido a la introducción del pene en el ano o la vagina del sujeto pasivo. Así entonces, la introducción de instrumentos (por ejemplo vibradores, frutas, etc), o bien otras partes del cuerpo (por ejemplo los dedos) diferentes del miembro viril masculino no podrían dar paso a la imputación efectiva del delito de violación, sino que a lo más que podrían aspirar en convertirse sería en abusos deshonestos.

Algún grupo de la doctrina también sostiene que la mujer podría ser sujeto activo del delito de violación en supuestos en que la víctima era un menor o un incapaz, los cuales por su propia condición estaban incapacitados para impedir la agresión sexual cometida en su contra.

También se discute en doctrina y se ha establecido jurisprudencialmente el límite de que la resistencia ofrecida por la víctima deba ser "seria y constante", conceptos ambos en que no existe unanimidad, puesto que tan válida es la actitud de la víctima que ofrece una resistencia directa y se enfrasca en un forcejeo cara a cara con su agresor, como la que, resignada a su destino, y en vista de la diferencia notoria de capacidad físico-motora entre el/ella y el ofensor, opta por ofrecerle a este último incluso un condón para tratar de evitar un contagio viral, o bien, la muerte u otro tipo de lesiones derivadas del enojo del victimario causado por la misma resistencia del ofendido. Evidentemente, lo que sí está claro, es que la exigencia de resistencia por parte de la víctima nunca puede ser llevada a un plano de un nivel casi "heroico" en el cual se ponga en riesgo algo más que incluso la misma ofensa sexual de la que está siendo objeto.

Otro aspecto importante para la violación es el concepto de "víctima legítima,"<sup>(8)</sup> dentro del cual se incluyen a personas como las esposas, prostitutas, ciertos tipos de transvestistas, homosexuales, toxicómanos, bailarines(as) exóticos(as), los cuales por su misma actividad o tipo de relación con el victimario, tienen grandes problemas en el momento de decidir el denunciar a su ofensor, o bien, se les hace prácticamente imposible en contar con pruebas o evidencias directas del delito que se ha perpetrado en su contra.<sup>(9)</sup>

Indudablemente que en el caso de los incapaces o de los menores de 12 años, la voluntad expresa es intrascendente, por lo que ningún ofensor podría alegar válidamente que su supuesta víctima estuvo de acuerdo con el acceso carnal efectuado entre ambos, o incluso, que la misma idea de la relación sexual sostenida nació o fue estimulada precisamente por la víctima, por cuanto, ni el menor de 12 años, ni el incapaz mental se consideran aptos de haber podido otorgar un consentimiento jurídicamente válido.<sup>(10)</sup>

### IV. EL INCESTO

El incesto es el delito contra la libertad cometido por alguien que tiene una relación de parentesco directa con la víctima.

En algunas civilizaciones de aborígenes ha sido una práctica tradicional el que los patriarcas o jefes de familia "iniciaran" sexualmente a sus hijas. Igualmente en la época feudal, algunos señores feudales tenían una especie de "derecho de prioridad" en la primera noche sobre las doncellas vírgenes que se casaran dentro de su feudo.

El incesto puede ser catalogado como una especie de pedofilia que se desarrolla en el seno intrafamiliar.<sup>(11)</sup>

- (8) Jensen, S.H., y otro. *The sex offender experts. The Prosecutor*. Journal of the National District Attorneys Association, USA, número 22, 1988, págs. 13-20.
- (9) Russel, D.E. *The secret trauma*. Basic Books, New York, USA, 1989.
- Silbert, M.H., y otro. *Sexual child abuse as an antecedent to prostitution*. Child Abuse and Neglect, USA, número 5, págs. 407-411.
- (10) Finkelhor, D., y otros. *The traumatic impact of child sexual abuse: A conceptualization*. American Journal of Orthopsychiatry, USA, número 55, 1985, págs. 530-541.
- (11) Quinsey, V.L., y otros. *Sexual preferences among incestuous and nonincestuous child molesters*. Behavior Therapy, USA, número 10, 1979, págs. 562-565.

De acuerdo a un estudio realizado en San Francisco, California, USA, una de cada seis mujeres cuya figura paternal había sido asumida por un padrastro había sido abusada sexualmente por este último, en contraposición con únicamente un porcentaje de una entre 40 mujeres que había sido abusada por su padre biológico.<sup>(12)</sup>

Es claro, que es en el marco familiar en donde se producen mayormente los contactos repetitivos con el mismo ofensor de este tipo de delitos, puesto que los contactos con el victimario son mucho más cercanos, y las oportunidades de cercanía e intimidación entre ambos se acrecentan.

En casa el niño tiene pocas oportunidades de evitar el contacto con su victimario, o bien, puede encontrarse en tal posición de dependencia con respecto de éste, que lo hace pensar que es imposible llegarlo a desobedecer.<sup>(13)</sup>

Por otra parte, los encuentros infantiles de tipo sexual entre niños no son infrecuentes, y lo difícil está en determinar según la opinión de los expertos, si aquellas conductas tempranas pudieron haber favorecido de alguna manera la aparición de desviaciones sexuales futuras en el futuro adulto.<sup>(14)</sup>

Evidentemente la cifra negra en cuanto al incesto es tal vez incluso, mayor que la existente en el mismo delito de violación, debido a la estrecha relación existente entre víctima y victimario, y a la inmensa dificultad probatoria para quien se atreviere a denunciar, siendo que en la mayoría de los casos, las víctimas aparecen ante el resto de la sociedad como padres ideales y cariñosos con sus hijos o hijastros.<sup>(15)</sup>

Según se ha establecido por algunos autores, cuando el comportamiento incestuoso aparece como secundario o consecuencia de un deterioro de alcoholismo o drogas, o bien como producto de una enfermedad mental, las tendencias desviadas pueden aparecer estrictamente limitadas a un solo ofensor en la familia.<sup>(16)</sup>

(12) Rusell, D.E. *The prevalence and seriousness of sexual abuse: Stepfathers versus biological fathers*. Child Abuse and Neglect, USA, número 8, 1984.

(13) Browne, A., y otro. *Impact of child sexual abuse: A review of the research*. Psychological Bulletin, USA, número 99, págs. 66-77.

(14) Kempe, R.S., y otro. *The Common Secret: Sexual Abuse of Children and Adolescents*. Freeman, New York, USA, 1984.

(15) Mrazek, P.B., y otro. *Incest and the dysfunctional family system*. Sexually Abused Children and their Families, Pergamon, Oxford, 1981.

(16) Bluglass, R. *Incest*. British Journal of Hospital Medicine, GB, 1979, págs. 152-157.

Por otro lado, el incesto puede ocurrir también en familias caóticas, en donde todos los miembros contribuyen a los bajos estándares de comportamiento, ausencia de reglas, y confusión de roles.<sup>(17)</sup>

## V. EL ESTUPRO

El delito de estupro, anteriormente contemplado en el numeral 434 del anterior código penal español, estaba referido al acceso carnal con una persona mayor de 12 y menor de 18 años. Cabe hacer mención que no se hacía ninguna mención directa a la calidad genérica de la víctima, por lo cual, podía ser tanto el sujeto pasivo un hombre como una mujer. En el caso del código penal de Costa Rica, el artículo 159 establece la edad para la víctima del delito de estupro entre 12 y 15 años, y además lo refiere a "quien tenga acceso carnal con mujer honesta, aun con su consentimiento", por lo que el concepto jurídico indeterminado de "mujer honesta" se presume, salvo prueba en contrario, y el consentimiento se considera intrascendente por tratarse de una menor de edad. Además, el artículo 160 del código penal costarricense, dispone una agravante para las circunstancias de parentesco, graves daños a la salud de la víctima, o bien cuando el delito sea realizado por el encargado de la educación, guarda, o custodia de aquella, o cuando el hecho se cometiere con el concurso de una o más personas, o lo realizaren los ministros religiosos, profesionales, o cualquier miembro de la fuerza pública, prevaleciéndose del ejercicio de su cargo.

El nuevo código español de 1995 en su artículo 183 *in fine*, limita el antiguo estupro del código anterior a un espacio temporal entre los doce y dieciséis años, pero en dicho acceso carnal tuvo que haber mediado el engaño, y lo castiga con una pena de únicamente 6 meses a tres años.

En relación al estupro, es criticable el caso de legislaciones como la de Costa Rica, en las cuales todavía, independientemente de la voluntad de la menor de 15 años, pero mayor de 12 opera la normativa penal vigente. Es indudable que en nuestros días, los medios de comunicación colectiva, la mayor industrialización y nivel cultural de la población, hacen que muchas chicas de menos de 15 años ya no sean tan ingenuas y aisladas de todo contenido sexual, como sí ocurría en el

(17) Will, D. *Approaching the incestuous and sexually abusive family*. Journal of Adolescence, USA, número 6, 1983, págs. 229-246.

pasado, por lo que no pareciera lógico, que en el caso de una menor que no sólo ha consentido, pero que incluso pudo haber solicitado o propiciado de alguna forma el encuentro sexual con el adulto, tenga este último que sufrir posteriormente las consecuencias penales de su aventura amorosa. Por otra parte, no hay duda que la apariencia física de algunas chicas de menos de 15 años motivaría a duda o a error al más experto, por lo que lo aconsejable sería no condenar en abstracto, independientemente de la voluntad expresada por la menor, sino que el asunto debería de ser analizado conforme a cada caso concreto para determinar posteriormente la eventual responsabilidad del autor.

Neuman, narra la ironía de la penalización del estupro en ciertos casos,<sup>(18)</sup> y describe la situación de un hecho real, en el cual un joven es apresado en una zona rural de un país latinoamericano, y dice que prefiere estar en la cárcel antes de casarse y utilizar una eximiente por el contraer nupcias con su aparente víctima, pues como señala: "...nos queremos sin necesidad de libreta...", e incluso de la relación estupral previa entre ambos había nacido una hija, y juntas madre e hija lo visitaban los fines de semana y le llevaban comida a la cárcel del lugar, a donde llegaban a ver al compañero y padre, respectivamente, apresado por el único delito de no haber querido someterse a la formalidad del matrimonio...

## VI. LAS CONSECUENCIAS PSICOLOGICAS DEL DELITO SEXUAL

Es importante primeramente, el poner de manifiesto el olvido tradicional que se ha tenido por la víctima en general, y en especial por la de los delitos sexuales por parte del Derecho Penal.<sup>(19)</sup>

La ciencia jurídica tradicional, se ha preocupado por la etiología del delito, el porqué se produce el delito y otros medios de prevención. Al jurista tradicional le ha interesado básicamente el determinar si un hecho podría ser antijurídico (que se atente contra el orden jurídico, contra el estado de derecho vigente), típico (que se violentara una norma o ley concreta, previamente vigente a la realización del hecho punible), y/o culpable (que el acto fuese imputable al sujeto que lo realizó, ya fuera por dolo, es decir con conocimiento de la ilicitud y voluntad de

(18) Neuman, Elías. *Victimología*. Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1984.

(19) Larrauri, Elena. *Victimología*. De los delitos y de las víctimas. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1992.



realizarlo, o bien, por culpa, sea por imprudencia, impericia, y/o negligencia de quien lo realizó).

El otro gran campo que ha sido objeto de interés por el derecho penal tradicional, ha sido el de la prevención y persecución del delito, la represión del crimen y el tratamiento del ofensor.

Frente a la posición anteriormente expuesta, la victimología ha desarrollado su foco de atención primordial sobre 3 aspectos claves de conocimiento:

1. Las encuestas de victimización. Es decir toda la información pertinente acerca de las víctimas;<sup>(20)</sup>
2. La posición de la víctima en el proceso penal, es decir, lo relativo a los derechos de la víctima;<sup>(21)</sup>
3. La atención económica y asistencial a la víctima.<sup>(22)</sup>

## VII. LA REPARACION DENTRO DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

En algunos casos resulta adecuado no criminalizar determinadas conductas irrelevantes, desde el punto de vista penal, y que únicamente generan responsabilidad civil. En los delitos de escasa gravedad puede tener más eficacia intimidatoria la responsabilidad civil que la penal. No cabe duda de que el resarcimiento puede ser eficaz en este sentido.

Posturas recientes tienden a reforzar el papel de la indemnización, más aún cuando se pone en cuestión la eficacia de la pena, ya que en opinión de Beristain,<sup>(23)</sup> la misma indemnización puede incluso

(20) Stangeland, Per. *The Crime Puzzle*. Miguel Gómez, Ediciones, Málaga, España, 1995, págs. 70-81.

Ver Anexos I y II.

(21) Peters, T. *Criminología y Victimología*, Universidad del País Vasco, España, 1990.

(22) Popiel, D.A. *The impact of rape*. American Journal of Community Psychology, USA, número 13, 1985, págs. 645-676.

(23) Beristain, A. *Un derecho de la víctima: El proceso en conviction-sentencing*. Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1994, págs. 212 y siguientes.



constituirse en un medio de aproximación de la víctima al delincuente o, en ocasiones, en un eficaz y no marginalizador sustitutivo de la pena. Pero esto no da pie para afirmar que la indemnización pueda sustituir a la pena.

Hay que reconocer que la política criminal moderna ha experimentado un notable giro hacia la víctima, pero de ahí a que la indemnización pueda ser una consecuencia jurídico-penal, media una gran distancia, especialmente en el tipo de bien jurídico que nos ocupa: la libertad sexual.

La reparación puede ser tenida en cuenta, como ocurre en el caso del artículo 21 quinto del código penal español, en el proceso de individualización. La Política Criminal debe ocuparse del delincuente y de dar satisfacción a la víctima. Quizás tenga razón Mir Puig,<sup>(24)</sup> cuando afirma que puede resultar oportuno contemplar la responsabilidad civil desde el prisma de los intereses de la Política Criminal, como un arma civil a utilizar en el tratamiento del delito.

La Ley federal para la protección de víctimas y testigos de USA, de 12 de octubre de 1982, permite a los tribunales el imponer como sanción independiente la reparación del daño que haya sufrido la víctima. En Alemania, la Ley de Protección de la víctima, de 16 de diciembre de 1986, trata de facilitar que la responsabilidad sea determinada por el juez penal a través del proceso de adhesión.

En los últimos años se ha querido atribuir un papel importante a la reparación de la víctima del delito a nivel global. Esta orientación ya había sido adoptada por el positivismo criminológico, que pretendía superar el Derecho Penal clásico, y que la consideraba una medida eficaz y ejemplificadora en el caso de sujetos no necesitados de rehabilitación.

Ultimamente, el debate político-criminal, se ha centrado mucho en la necesidad de volver la mirada hacia la víctima. Se apela al carácter de "ultima ratio" del Derecho Penal, y se aboga por la sustitución de penas tradicionales por una intervención menos agresiva, cual es la reparación a la víctima. Sin duda, la reparación a la víctima ejerce un poderoso efecto preventivo especial sobre el autor del delito, haciéndole comprender mejor el alcance de su comportamiento. Este debate ha tenido gran relevancia en Alemania, país en el que en 1992 se elaboró un Proyecto Alternativo sobre la reparación. Esta propuesta, sin embargo, no está exenta de inconvenientes, confundiendo ambas clases de responsabilidad.

Si la reparación a la víctima se sostiene como pena aplicable (principal o alternativa) al delito es porque se parte de la base de que el

(24) Mir Puig, S. *Derecho Penal, Parte General*. Reimpresión de la 3a. edición, editorial PPU, Barcelona, España, 1995, pág. 16.

Derecho Penal debe ocuparse de la víctima, y este punto ha sido y sigue siendo discutido y será siempre discutible.

El proyecto de código penal español de 1992 establecía la reparación como condición para suspender la pena privativa de libertad. Discutible resulta también, ya que condiciona la decisión judicial a las posibilidades económicas de resarcimiento.

El Derecho Penal no está presidido por una finalidad compensatoria de los males infligidos a las víctimas, sino más bien, por fines preventivos y de regulación. Muñoz Conde<sup>(25)</sup> afirma, que la responsabilidad penal es responsabilidad frente al Estado, y no una forma de resolver conflictos entre sujetos privados (el autor y la víctima). Eso no obsta para que de la responsabilidad penal se deriven obligaciones civiles y que el Estado venga obligado a establecer mecanismos para hacerlas efectivas. En esa línea se puede decir que el mismo Estado debe constituirse en responsable civil subsidiario en casos de insolvencia o imposibilidad de resarcimiento, de conformidad con el Real Decreto 1311/1988 de 28 de octubre por la que se regulan los resarcimientos a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas). La relación jurídico-penal tiene un carácter eminentemente público. La mercantilización de la responsabilidad penal supondría un retroceso hacia etapas históricas superadas por el Derecho Penal moderno y favorecería a quienes disponen de medios económicos. Como todas las sanciones económicas, la pena consistente en la reparación sería una pena desigual.

Existen argumentos más que suficientes para la separación de los respectivos ámbitos de las responsabilidades civil y penal. La responsabilidad civil debe ser equivalente al daño o perjuicio, que puede ser inferior o superior a la gravedad del delito. La Ley Orgánica 4/1992 de reforma de la legislación de menores ha establecido la posibilidad de utilizar la reparación a la víctima del delito como medida alternativa.

Otros autores han hablado de la neutralización de la víctima, tratando de evitar a toda costa la venganza privada como solución del delito.<sup>(26)</sup>

(25) Muñoz Conde, Francisco, y otro. *Derecho Penal, Parte General*. Editorial Tirant lo blanch, Valencia, España, 1990.

(26) Landrove Díaz, G. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Editorial Tecnos, Madrid, España, 1991.

Morillas Cueva, L. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*. Editorial Tecnos, Madrid, 1991.

Pascual Estevill, L. *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*. Editorial Bosch, Barcelona, 1990.

Quintero Olivares, G. *La reparación del perjuicio en la política criminal*. Cuadernos Jurídicos, España, número 21, julio-agosto, 1994.

Podemos decir que, de un tiempo a esta parte, existe una mayor preocupación por la víctima del delito y la situación en la que ésta queda. El Estado debe procurar, en lo posible el reparar el daño padecido por la víctima. Estos términos se expresan en la exposición de motivos de la Ley de 11 de diciembre de 1995 de Ayuda y Asistencia a las víctimas de delitos violentos. Esta ley se ocupa, de un lado, de las ayudas de contenido económico a las víctimas de delitos violentos, y, de otro, de la asistencia a las víctimas de todo tipo de delitos. No se puede entender que la prestación económica que el Estado asume sea una indemnización, puesto que el Estado no está para asumir subsidiariamente las indemnizaciones debidas por el culpable del delito, ni es razonable incluir el daño moral provocado por el delito. Como señala la exposición de motivos aludida, la "ley se construye sobre el concepto de ayudas públicas". Se contemplan únicamente en esta ley los delitos dolosos, ya que incluir los impudentes sería inviable para las arcas del Estado.

Estas ayudas son incompatibles con la percepción de las indemnizaciones de los perjuicios y daños causados por el delito que se establezcan mediante sentencia judicial.

Esta preocupación tuvo antes su plasmación normativa en convenios y recomendaciones de organismos internacionales como en la legislación comparada. Así, cabe señalar la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas, número 34 de 29 de noviembre de 1985, sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, y el convenio número 116 del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983, sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos. Entró en vigor en 1988, y aunque no firmado aún por España, constituye un referente jurídico importantísimo al abordar esta materia. Junto a él, se debe citar la recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los estados miembros, de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal.

Por tanto, podemos decir que estamos ante una de las cuestiones de más difícil tratamiento doctrinario jurídico-criminal, porque como se ha establecido anteriormente, la indemnización de los perjuicios y de las secuelas de los delitos sexuales nos introduce en el ámbito de los sentimientos más íntimos del individuo, que seguramente dejarán marcada a la víctima con una marca indeleble en lo más profundo de su ser para el resto de sus días, y que no tienen traducción posible en términos económicos por ser de valor inestimable.

No puede, sin embargo, aceptarse que los reparos en poner precio a tales sentimientos impidan compensar a las víctimas de delitos de la magnitud de los que atentan contra la libertad sexual, quienes han sufrido un verdadero "empobrecimiento" en un derecho inherente a su personalidad, por el mismo hecho de ser hombre, algo que aparece resumido de una forma muy significativa en las palabras de Shakespeare (tercera escena del acto III de Otelo), cuando dice: "...el que hurta mi bolsa, me roba únicamente una vil mercancía... pero el que roba la honra de mi nombre me empobrece de veras..."

#### BIBLIOGRAFIA

BIBLIOTECA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

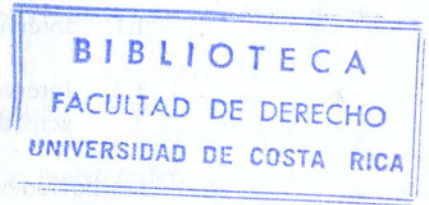
- Beristain, A. *Un derecho de la víctima: El proceso en conviction-sentencing*. Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1994.
- Bluglass, R. *Incest*. Brithish Journal of Hospital Medicine, GB, 1979.
- Browne, A., y otro. *Impact of child sexual abuse: A review of the research*. Psychological Bulletin, USA, número 99.
- Díez-Ripollés, José Luis, y otros. *Delincuencia y Víctimas*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- Díez-Ripollés, José Luis. *Las últimas reformas en el Derecho Penal sexual*. Estudios Penales y Criminológicos XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991.
- Finkelhor, D., y otros. *The traumatic impact of child sexual abuse: A conceptualization*. American Journal of Orthopsychiatry, USA, número 55, 1985.
- Golding, J.M., y otros *Sexual assault history and use of health and mental health services*. American Journal of Community Psychology, USA, número 16, 1988.
- Hare, E.H. *Masturbatory insanity: The history of an idea*. Journal of Mental Science, USA, número 108.
- Jensen, S.H., y otro. *The sex offender experts. The Prosecutor*. Journal of the National District Attorneys Association, USA, número 22, 1988.
- Kempe, R.S., y otro. *The Common Secret: Sexual Abuse of Children and Adolescents*. Freeman, New York, USA, 1984.

- Kilpatrick, D.G., y otros. *Mental health correlates of criminal victimization: A random community survey*. Journal of Consulting and Clinical Psychology, New York, USA, número 53, 1985.
- Kilpatrick, D.G., y otros. *The psychological impact of crime: A study of randomly surveyed crime victims*. Informe final presentado al Instituto Nacional de Justicia, USA., marzo, 1987.
- Koss, M.P. *Criminal victimization among women: Impact on health status and medical services usage*. Trabajo presentado a la reunión anual de la Asociación Americana de Psicología, Atlanta, USA, 1988.
- Koss, M.P., y otros. *The scope of rape: Incidence and prevalence of sexual aggression and victimization in a national sample of higher education students*. Journal of Consulting and Clinical Psychology, New York, USA, número 55, 1987.
- Landrove Díaz, G. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Editorial Tecnos, Madrid, España, 1991.
- Larrauri, Elena. *Victimología. De los delitos y de las víctimas*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- Mrazek, P.B., y otro. *Incest and the dysfunctional family system*. Sexually Abused Children and their Families, Pergamon, Oxford, 1981.
- Mir Puig, S. *Derecho Penal, Parte General*. Reimpresión de la 3a. edición, editorial PPU, Barcelona, España, 1995.
- Mortimer, R.C. *Western Canon Law*. Croom Helm, Londres, GB, 1953.
- Morillas Cueva, L. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*. Editorial Tecnos, Madrid, 1991.
- Muñoz Conde, Francisco, y otro. *Derecho Penal, Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1990.
- Neuman, Elías. *Victimología*. Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1984.
- Pascual Estevill, L. *La responsabilidad extracontractual, auiliana o delictual*. Editorial Bosch, Barcelona, 1990.
- Peters, T. *Criminología y Victimología*, Universidad del País Vasco, España, 1990.
- Popiel, D.A. *The impact of rape*. American Journal of Community Psychology, USA, número 13, 1985.

- Quinsey, V.L., y otros. *Sexual preferences among incestuous and nonincestuous child molesters*. Behavior Therapy, USA, número 10, 1979.
- Quintero Olivares, G. *La reparación del perjuicio en la política criminal*. Cuadernos Jurídicos, España, número 21, julio-agosto, 1994.
- Resick, P.A., y otros. *A comparative outcome study of behavioral group therapy for sexual assault victims*. Behavior Therapy, USA, número 19, 1988.
- Riger, S., y otro. *The fear of rape: A study in social control*. Journal of Social Issues, USA, número 37, 1981.
- Rusell, D.E. *Sexual exploitation: Rape, child sexual abuse, and workplace harassment*. Beverly Hills, California, USA, 1984.
- Rusell, D.E. *The prevalence and seriousness of sexual abuse: Steppathers versus biological fathers*. Child Abuse and Neglect, USA, número 8, 1984.
- Russel, D.E. *The secret trauma*. Basic Books, New York, USA, 1989.
- Silbert, M.H., y otro. *Sexual child abuse as an antecedent to prostitution*. Child Abuse and Neglect, USA, número 5.
- Stangeland, Per. *The Crime Puzzle*. Miguel Gómez, Ediciones, Málaga, España, 1995.
- Taylor, G.R. *Sex in History*. Thamesand Hudson, Londres, GB, 1953.
- West, D.J. *Sexual crimes and confrontations*. Cambridge studies in criminology, Gower Publishing Company, England, número 57.
- Will, D. *Approaching the incestuous and sexually abusive family*. Journal of Adolescence, USA, número 6, 1983.

# INTERVENCION PUBLICA EN LA ECONOMIA, PRIVATIZACION Y REFORMA DEL ESTADO

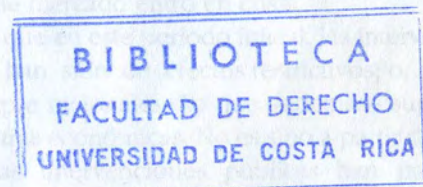
*Dr. Virgilio Calvo Murillo*  
Profesor Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica



SUMARIO:

- I. Intervención en la economía
  - A. Fundamentos, motivos y gradualización
  - B. Intervención de las actividades económicas
    - 1. La Presión sobre la economía por restablecer el orden
      - 1.1. Intervención previa al inicio de actividades
      - 1.2. Intervención durante la realización de actividades
    - 2. Las nociones de orden público económico, policía, servicio público y actividad de fomento
  - C. Realización directa por el Estado de la administración de los medios de producción y los servicios
    - 1. Generalidades
    - 2. La Empresa Pública
    - 3. Crisis del fenómeno empresarial de tipo público
- II. El proceso de privatización y de reforma del Estado
  - A. El proceso de privatización
    - 1. Generalidades
    - 2. Concepto
    - 3. Actuación del proceso

- 4. El principio de su subsidiariedad
  - 4.1. Nota introductoria
  - 4.2. Intervención subsidiaria
- 5. Logros que se pretenden obtener con la privatización
- B. La reforma del Estado
  - 1. Nota introductoria
  - 2. El informe Giannini al Parlamento italiano
- III. Perspectivas del Estado y del derecho administrativo a la luz de los nuevos conceptos
  - A. La nueva orientación del Estado
  - B. El derecho administrativo del nuevo orden
- IV. Conclusiones



## I. INTERVENCIÓN EN LA ECONOMÍA

## A. Fundamentos, motivos y gradualización de la misma

La doctrina respectiva ha estado de acuerdo en que –fundamentalmente– dos han sido los motivos que dieron lugar a la intervención estatal en el campo económico: a) la necesidad de que se diera un reparto distinto de la renta, originado en los movimientos obreros surgidos de la revolución industrial; y b) la inidoneidad de los mecanismos espontáneos de reequilibrio de la economía capitalista.<sup>(1)</sup>

El juego de la libre competencia se había deteriorado a raíz del proceso tecnológico y, en su lugar apareció el proteccionismo estatal; lo que sirvió no sólo para proteger las industrias nuevas, sino también, las posiciones adquiridas por los grupos económicamente fuertes. Todo lo cual, frenó la competencia, el progreso técnico y el desarrollo de las fuerzas productivas.

Esto dio lugar a una desocupación masiva, reducción mundial del ritmo de industrialización y, con la intensificación de las crisis económicas, la economía de mercado entró en crisis.

Es necesario indicar que en este período inicial, las intervenciones públicas en la economía han sido de efectos restrictivos; o, han dado lugar a directrices no siempre racionales. Lo que –además– supuso una deformación de las estructuras económicas. No es sino a partir de la crisis del año 1929, en que las intervenciones públicas han pasado de episódicas a sistemáticas.

Se argumenta que como los mecanismos de mercado están sometidos a fricciones derivadas de las condiciones efectivas de funcionamiento; y, de deformaciones relacionadas con las repercusiones que se ejercitan sobre la estructura del mismo, se producen una serie de desequilibrios, para hacer frente a los cuales el mercado es impotente. Por tanto, desde el punto de vista teórico el mercado es el mecanismo

(1) Baena del Alcázar M. *Régimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía*, Madrid, 1966, p. 34, el cual señala además la defensa de los países occidentales frente al comunismo y, la necesidad de remediar las contradicciones del sistema capitalista.

que regula y mide las elecciones de los sujetos; pero en la realidad cada vez orienta menos la conducta de estos.

Desde este punto de vista se indica que los empresarios en lugar de ser dominados por el mercado resultan sus dominadores; y los consumidores se muestran demasiado condicionados, porque les crean necesidades artificiales que obedecen a la fuerza persuasiva de los primeros.

Como consecuencia, los principios que se mantenían en relación con el mercado y su función reguladora natural, se consideraron un capítulo definitivamente concluido.

Tanto los expositores jurídicos como económicos coincidieron en que los objetivos de la intervención debían estar subordinados a la finalidad de maximización de la renta nacional.

La doctrina en general aceptó la distinción entre intervención legislativa y administrativa;<sup>(2)</sup> aunque otros<sup>(3)</sup> indican que es poco importante, en cuanto la primera se refiere únicamente a los supuestos en que el Estado no actúa directamente a través de la Administración para ejecutar lo dispuesto por una ley.

No se dio un concepto unitario de intervención<sup>(4)</sup> ni se establecieron claramente grados específicos de la misma. Al contrario, un distinguido tratadista italiano, el profesor Massimo Severo Giannini<sup>(5)</sup> manifestaba que la disputa terminológica se tornaba inútil.

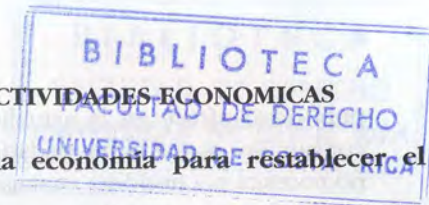
Sin embargo, se dio una gradualización, desde una primera etapa en que para mantener la competencia se imprimió un sentido determinado a actividades específicas, a una segunda de clara limitación de derechos específicos en aras de mantener el orden público económico y finalmente a una tercera, en que el Poder Público asumió totalmente en algunos casos y parcialmente en otros, los medios de producción y cambio. (Baena, 1966, pág. 73).

(2) Zanobini, G. *Corso di Diritto Administrativo*, Milano, 1959, p. 411.

(3) Baena, M. *Op. cit.*, p. 43.

(4) Spagnuolo Vigorita, V. *Attivira Economica Privata e Potere Amministrativo*. Napoli, 1962, p. 70 quien indica que son las medidas que limitan la autonomía económica individual.

(5) Giannini, M. S. *Sull' Azione dei Pubblici Poteri nel Campo Dell'Economia*. R.D.C., Roma, 1959, p. 316.



## B. INTERVENCION DE LAS ACTIVIDADES ECONOMICAS

### 1. La presión sobre la economía para restablecer el orden

#### 1.1. Intervención previa al inicio de las actividades

Las intervenciones iniciales de las actividades económicas son de tipo general, con el fin de velar por finalidades comunes a todas las ramas de la Administración, o los intereses del conglomerado social como un todo (por ejemplo de tipo sanitario), o de tipo específico o técnico, con el fin de lograr la eficacia o rentabilidad (controles ejercidos para la apertura de un banco privado).

Se trata de estimular el desarrollo económico, mediante el establecimiento de requisitos de menor o mayor envergadura, según se trate de empresas más o menos importantes para el desarrollo del país, que supongan apoyo técnico para la actividad que se va a iniciar y que den lugar a menores costos de operación; para que se dé un aprovechamiento correcto y ordenado de bienes aprovechables (caso de explotaciones en materia de hidrocarburos), o para evitar situaciones competitivas que pudieran resultar perjudiciales, con lo que se trata de garantizar una explotación racional (sobre todo referido a explotación de bienes del dominio público), entre otros.

Los mecanismos jurídicos comúnmente utilizados han sido la autorización desde el punto de vista de su concepto tradicional (remoción de un obstáculo para ejercitar un derecho en que sólo se comprueba la idoneidad para el inicio de la actividad de producción o de servicio); la autorización denominada "constitutiva" (que supone no sólo un control de inicio sino durante todo el tiempo que una actividad se realice, en materia de precios, calidad del servicio que se presta o sistema de fabricación que se usa).<sup>(6)</sup> Finalmente la concesión, caso en que se le reconoce al particular una situación especial de ventaja.

#### 1.2. Intervención durante la realización de las actividades

Se presenta sobre todo en la hipótesis de producción de artículos y, en los casos en que por la amplia gama de posibilidades que la

(6) Giannini, N.S. *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970, T. II, p. 1105.

publicidad ofrece en la actualidad, puede dar como resultado que el consumidor sienta la necesidad artificial de un producto que en verdad no necesita o, considere ventajas en el mismo que en realidad no tiene.

En tales casos, los controles van dirigidos a velar por la salud y seguridad de los usuarios, con el fin de que se aclare convenientemente qué clase de producto es el que se ofrece, sus cualidades reales, fecha de vencimiento si el mismo es de tipo alimenticio y enlatado, etc.<sup>(7)</sup>

## 2. Las nociones orden público económico, policía, servicio público y actividad estimuladora o incentivadora (Fomento)

A pesar de que el particular conserva la libertad económica, el Estado echa mano de una amplia gama de medidas, que implican un necesario estrechamiento de aquélla, aunque no su supresión.

Al concepto original de "orden público económico", se le ha agregado un nuevo elemento que le permite tutelar las condiciones de funcionamiento normal de una economía de mercado, con lo que al poder variar el curso de la economía, altera la espontaneidad del mercado, fundamentalmente a través de la fijación de precios.

En tal sentido, se ha indicado<sup>(8)</sup> que resulta paradójico que la Administración que quiebra a través de sus propias empresas o por vía de estímulos o coacciones el curso normal de la economía, no tolere que los sujetos particulares por propia iniciativa adquieran una posición de prevalencia o dominio, que impida la libre competitividad de las ofertas y demandas, alterando las reglas clásicas de la formación de precios.

En cuanto a la noción de "policía", el concepto original de actividad administrativa dirigida a limitar la actividad de los particulares, para tutelar el orden público, sufre una deformación mediante la creación de policías especiales en el campo económico, como son las fijaciones de precios, de producción y, en general una variada gama de restricciones a la libertad de industria y comercio.<sup>(9)</sup>

(7) Un ejemplo en nuestro país es la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7472 de 20 de diciembre de 1994.

(8) Martín Mateo, R. y otro. *Derecho Administrativo Económico*, Madrid, 1977, p. 234.

(9) Giannini, M. S. *Op. cit.*, nota 5, p. 37.

La noción de "servicio público" en su concepción original permitía a la Administración prestar servicios asistenciales. Se transforma en que permite a ésta ser titular de servicios de carácter económico; o sea, servicios públicos industriales y comerciales, lo que dio lugar al nacimiento de establecimientos públicos de ese tipo, que no podrían funcionar en un régimen clásico de tutela estatal, porque realizan en forma habitual actos de comercio, sin adquirir la calidad de comerciantes del derecho privado. Esto -por tanto- dio lugar a que la Administración adquiriera una función interventora.

La actividad "incentivadora" se propone provocar, con miras a beneficiar el interés colectivo, el cumplimiento de una actividad específica por parte de los particulares. Sus caracteres, en criterio del Profesor de la Universidad de Roma Giuseppe Guarino<sup>(10)</sup> son: a) el destinatario del beneficio es siempre un particular que desarrolla una determinada actividad económica en modo igualmente determinado; b) con tal fin, se dispone una ventaja para el particular que opera como contraprestación; c) si no existiera ley, la actividad o no la desarrollaría el particular, lo haría en modo distinto o no lo haría del todo. Por tanto, el Estado acuerda un beneficio especial al particular, con el fin de que éste realice la actividad que se le indica, porque conviene a la economía nacional y, siempre y cuando exista ley respectiva que así lo permita.

Es claro, en consecuencia, que la actividad de fomento permite al Estado (administración) ser cogestora o contralora de la actividad económica subvencionada. Es por tanto, una forma como la administración rompe el esquema de la libertad individual en la vida económica, porque la encauza y controla.<sup>(11)</sup> En Costa Rica, puede citarse el caso de los contratos de exportación como un claro ejemplo.

## C. Asunción por el Estado de la administración de medios de producción y servicios

### 1. Generalidades

En esta situación el Estado es protagonista en el mercado y, si bien no suprime en su totalidad la libertad de comercio, si da lugar a

(10) Guarino, Giuseppe. *Scritti di Diritto Pubblico Dell' Economia e Diritto Dell'Energia*, Milano, 1962, p. 131.

(11) Baena, M. *Op. cit.*, p. 18.



enfrentamientos con grupos monopolísticos o, evita desequilibrios.<sup>(12)</sup> Esta asunción se materializa, por adquisición de entidades ya existentes (hipótesis de nacionalización) o, por la constitución de otras empresas denominadas *públicas*. Por la importancia de la segunda opción, haré una descripción de tal fenómeno únicamente.

## 2. La Empresa Pública

Hasta finales del siglo pasado, privó el fenómeno de la concepción pública a ultranza; esto es, que todas las actividades económicas en que el Estado tuviera que ver eran de tipo público. Sin embargo, el abandono de tal concepto se dio por obra de la propia realidad de las cosas y, el derecho privado retornó nuevamente al protagonismo en la regulación de algunas relaciones jurídicas en las que el Estado intervenía. Es el caso de entidades estatales que prestaban un servicio a un particular por medio de la actividad contractual respectiva, lo que también era un modo de velar por el interés público.

Los primeros casos en que actividades de los poderes públicos adquirieron carácter de empresa, se trató –justamente– de la prestación de servicios públicos esenciales: ferrocarriles, telecomunicaciones. En tal contexto, las jurisprudencias de los países europeos, iniciaron la aplicación de instituciones del derecho privado (como la resolución por incumplimiento) y, concluyeron en que la actividad realizada por administraciones públicas que gestionaran tales servicios, eran de tipo empresarial.

Se llegó de ese modo a la concepción de la empresa pública, como un medio idóneo para el Estado de intervenir en la economía, ya sea para neutralizar en forma rápida tendencias monopolísticas en sectores determinados, iniciar proyectos de inversión que requerían una suma cuantiosa de capital inicial o, industrializar y desarrollar ciertas regiones que no tenían condiciones favorables para atraer la iniciativa privada.<sup>(13)</sup>

(12) Baena, M. *Op. cit.*, p. 101.

(13) El profesor español Fernando Garrido Falla, *Privatización y Reprivatización*, R. A. P. número 126, Madrid, 1991, p. 16 indica que el nacimiento y multiplicación de las empresas públicas tiene dos orígenes paralelos y diferenciados: las nacionalizaciones y la creación de empresas ex novo.

Fue en los años 30, que dio inicio la corriente que pregonaba que el Estado debía recurrir a una política económica fundada en la demanda agregada y la intervención redistributiva. Así, el denominado Estado de Bienestar intervenía para que los ciudadanos tuvieran solución a sus problemas fundamentales de la vida. Esta corriente se incrementó después de la Segunda Guerra Mundial, (1945) hasta constituirse en una forma de distribuir la riqueza en sustitución del mercado, lo que dio como resultado un intenso protagonismo estatal en la economía. Todo lo cual significa una clara expansión del Estado en la actividad económica y social y, como lógica consecuencia una declinación de la ideología liberal, por el auge de las ideas interventoras.

A partir de entonces, la protección del individuo ya no se basó en la limitación del Estado, sino en su fortalecimiento.

Originalmente se consideró que el carácter 'público' lo daba el titular de la empresa; posteriormente se amplió a cuando se daba una participación mayoritaria de los poderes públicos en el capital social. Finalmente se consideró que tal carácter se daba por la nota de control que los poderes públicos ejercían sobre la empresa; el que podía ser directo o indirecto.

Es fácil establecer una diferencia entre una empresa privada y una pública. En la primera, la maximización de las ganancias es connatural a la noción de equilibrio; mientras que en la segunda, es cómo debe comportarse para conseguir la máxima renta para la colectividad. O sea en ésta, el beneficio es un elemento condicionado a la consecución de los fines asumidas por la entidad en el marco de la política económica concreta y, a la vez, es la medida de su eficiencia. Las decisiones de inversión son adoptadas teniendo en cuenta la maximización del beneficio y la vida de la empresa, pero sobre todo, el desarrollo del país. En consecuencia, si bien pueden perseguir un fin lucrativo, también pueden ser instrumentos de una política de desarrollo económico. De este modo, han surgido en las más variadas circunstancias, con base en necesidades no siempre individualizadas.

Sin embargo, es de aceptación unánime, que se rigen por el derecho privado.<sup>(14)</sup>

De la variada gama de clasificaciones de las empresas considero que la que mejor da una idea del fenómeno empresarial público, es la siguiente:

(14) Una interesante y completa obra sobre el tema de las Empresas Públicas, es: *La Empresa Pública*, varios autores, Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1970, 2 tomos.

- BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO
1. Las que gestionan servicios públicos por motivos sociales o económicos;
  2. Las que operan con el fin de contribuir al desarrollo económico (evitando distorsiones, desarrollando zonas atrasadas o sectores neurálgicos de la economía);
  3. Las que actúan con el fin de regular la estructura del mercado (evitando monopolios, oligopolios, operando sobre el mecanismo de los precios);
  4. Las que actúan con fines político-sociales (empleo de recursos naturales o mano de obra);
  5. Las que operan para garantizar una equilibrada disponibilidad de bienes y servicios en diversas regiones y, para elevar las condiciones económicas en áreas en depresión.

La empresa pública marcó el apogeo y, a la vez la caída del Estado Empresario tanto por razones intrínsecas como extrínsecas.

### 3. Crisis del fenómeno empresarial de tipo público

La crisis de la empresa pública obedeció a factores externos e internos. Dentro de los primeros, es de citar en forma principal, la pérdida de fundamento que llegó a darse en determinada etapa de la existencia de la misma.

En efecto, en los años setenta, se generalizó la inflación como fenómeno a nivel mundial; se agudizó la crisis fiscal en la gran mayoría de los países del orbe y, se dio también un desarrollo tecnológico especialmente importante. Unido a la idea tendiente a consagrar un capitalismo de Estado y, a la creencia de que todo debía esperarse del Estado, hizo que la Administración se convirtiera en soporte de prestaciones.<sup>(15)</sup>

En consecuencia, la crisis del planteamiento empresarial público generó problemas económicos, desempleo, incremento del déficit

(15) Martín Retortillo, S. *Derecho Administrativo Económico*, Madrid, 1988, Vol. I, p. 40.

presupuestario. Aunque existe unanimidad doctrinal en que el punto álgido de los problemas del Estado Empresarial o de Bienestar fue el de la crisis fiscal generalizada. Además, tomó fuerza la tesis de que resultaba más conveniente y generaría mejores resultados para el Estado, intervenciones que afectaran menos la libertad económica de los particulares.

Debe citarse, de igual manera, que no parece lo más conveniente que la intervención adquiere forma empresarial; porque ante la eventual existencia de acuerdos colusorios que puedan afectar la libre competencia, medidas como la eliminación de barreras arancelarias o la apertura del mercado y, por supuesto un control efectivo que evite tales acuerdos, resultan mucho más efectivos y afectan menos las libertades económicas de los particulares.

Se llega por esa vía, a la convicción que es necesario detener el crecimiento del sector público empresarial y, que se debe establecer un criterio claro que permita saber cuándo su existencia es absolutamente necesaria.

Dentro de los motivos internos, son de citar, la vinculación política que las empresas tuvieron con los gobiernos de turno, lo que generó privilegios especiales y abrió un camino de ventajas como subvenciones, garantía contra la quiebra, etc, y dio lugar a que por no existir presión competitiva, desapareciera el interés por una actuación eficiente. De igual manera la inexistencia de un grupo dirigente con preparación idónea y estabilidad en el cargo, ya que la dirección de esas empresas fue ocupada por personas vinculadas al gobierno de turno, todo lo cual llevó a un estudioso de la materia<sup>(16)</sup> a decir que la empresa pública es "como una casa sin amo". Tales motivos, que son citados por la doctrina, tienen coincidencia plena en nuestro medio y, significaron la finalización de la época de las participaciones estatales en la economía.

Todo el cuadro descrito, que marcó una época, trajo como consecuencia un cambio de orientación en la política económica y en el papel del Estado mismo y, dio paso a una nueva corriente denominada privatizadora que es parte y supone también, la reforma o transformación del Estado.

(16) Ariño Ortiz, G. *La Empresa Pública en El Modelo Económico de la Constitución Española*, Madrid, 1981, Vol. I, p. 70.

## II. EL PROCESO DE PRIVATIZACION Y LA REFORMA O TRANSFORMACION DEL ESTADO

### A. El Proceso de Privatización

#### 1. Generalidades

La privatización es un proceso realizado por el Estado a partir de los años 80 cuya problemática no sólo es jurídica, sino también económica, sociológica y política. Si bien es muy importante el traspaso de la propiedad estatal, no consiste sólo en eso. Son igualmente importantes, la necesidad de obtener fondos, mejorar la eficiencia y eficacia del servicio o actividad y difundir el capital accionario entre la población. Desde el punto de vista jurídico el proceso en comentario se presenta desde tres planos distintos: a) en cuanto a la forma (organizativa y funcional) cómo el Estado desarrolla actividades industriales y mercantiles; b) en cuanto al modo de gestionar servicios públicos tradicionales y, c) en cuanto a la actividad.<sup>(17)</sup> Por tanto, cobra importancia decisiva el desarrollo de un nuevo régimen jurídico que regule la actividad privatizada. Aparecen así, instituciones típicas del derecho privado, (como el contrato-programa) que permiten acordar con la empresa privatizada el mejoramiento de la gestión y los objetivos concertados con el Estado relativas a producción, productividad de la gestión tanto económica como técnica.

#### 2. Concepto

Desde una perspectiva general, el término privatizar hace referencia al abandono por el Estado de sus intervenciones en la economía, tanto en lo que a la prestación de servicios se refiere, como a la actividad ordenadora de la economía. Se hace hincapié en la desestatización de las actividades, sin que ello signifique la transferencia de la titularidad pública de la empresa, ni tampoco que tal transferencia se haga al sector privado.

Desde un punto de vista restringido, privatizar es transferir al sector privado, la gestión y titularidad de actividades; con lo que están

(17) Donahue, J. *La Decisión de Privatizar*, Barcelona, 1991, p. 207.

incluidas dentro de este concepto, la desnacionalización de empresas y la despublificación de actividades o servicios.<sup>(18)</sup>

El concepto mencionado difiere del seguido en Italia, porque en este país adquiere connotaciones especiales que merecen analizarse. En primer lugar, la privatización se considera parte de la política económica del Estado. Por lo que se ha aceptado sólo en casos, cuya decisión se derive de lineamientos estratégicos de decisiones políticas conectadas al fin público de la actividad específica donde se encuentra la entidad privatizada. Una empresa estatal –según el concepto dominante en ese país– con independencia en sus decisiones, que tenga adecuada estructura orgánica y exista suficiente control sobre ella y, se encuentre sometida a las normas del derecho privado, no se justifica su traspaso a particulares. La doctrina estima que la intervención en la economía debe darse para que la industria se adecúe a estándares internacionales; y, que la posibilidad de financiar con fondos públicos empresas dedicadas a tal actividad no debe considerarse subvenciones, sino sumas aplicadas al desarrollo de una actividad con rentabilidad futura.<sup>(19)</sup> Incluso, el concepto seguido en los demás países, se considera en Italia según la ley 48 de 27 de febrero de 1967, un proceso de excepción y no se aconseja su masiva adopción.

En consecuencia, dos han sido los fines de las privatizaciones realizadas en Italia:

1. Traspasar al sector privado actividades empresariales consideradas no estratégicas;
2. Obtener recursos para financiar el IRI (holding dueño de empresas públicas.)

#### 3. Actuación del proceso privatizador

La privatización se realiza mediante la liberalización de actividades y, el traspaso al sector privado de empresas ya sea de servicio público o de las que operan en el régimen de mercado propiamente tal.

(18) Barra, R. *La Concesión de Obras y Servicios en el Proceso de Privatización*, R.D.A, Buenos Aires, 1991, p.17 y, Garrido, F., *op. cit.*, p. 17 y 23.

(19) Del Casale, E. *La Privatizzazione in Europa*, Roma, 1989, p. 17.

La liberalización de actividades permite al Estado disminuir su poder interventor, con el fin de lograr mercados competitivos.

Esto se obtiene mediante la desregulación (abandono del control estatal sobre actividades que antes estaban reguladas para permitir la libre competencia, lo que se hace mediante la derogación de privilegios, la liberalización de precios, la libertad en la repatriación de capitales y estableciendo libre ingreso de inversiones extranjeras en el sector); y, la despublificación de actividades (que eran de titularidad pública o sea, sirven para desarrollar un servicio público y la consiguiente apertura de la actividad para que haya libertad de ejercicio. Un ejemplo en nuestro país es la denominada "venta de activos".)

En este caso interesa distinguir entre la titularidad de la actividad y la titularidad de la empresa. La primera incide sobre la segunda, en el sentido que la transferencia al sector privado de la empresa, se realiza normalmente con una modificación en el régimen jurídico que regula la actividad.<sup>(20)</sup>

La privatización de empresas de servicio público, se ha referido sobre todo, al caso de los servicios públicos económicos. Se trata de empresas con un claro carácter público, que operan con precios inferiores al costo real (aunque podría hacerlo conforme a la regla del equilibrio), que prestan servicios esenciales por su regularidad, continuidad, eficiencia, calidad), por lo que se adopta una forma jurídica pública. En este punto, conviene establecer si se transfiere sólo la empresa (hipótesis de la despublificación); o si también se privatiza la actividad que desarrolla (hipótesis de la desregulación). Porque de mantenerse el carácter público de la actividad, habría que echar mano de la concesión de servicio público y no a la privatización, para que la actividad pueda ser desarrollada por particulares y así configurar en forma adecuada –desde el punto de vista jurídico– la nueva situación.

En cuanto a las empresas que operan en régimen de mercado, la experiencia privatizadora actual (en España el Instituto Nacional de Industria –INI– ha transferido empresas de sectores como el textil y hasta una agencia de viajes y, en Francia las empresas privatizadas han sido de sectores de libre competencia como seguros) ha hecho ver que este tipo ha sido más proclive a su privatización que el de las empresas de servicio público. No obstante lo cual, un sector de la doctrina argentina<sup>(21)</sup>

(20) Cassese, S. y otro. *Deregulation, La Deregolamentazione Amministrativa e Legislativa*, Milano, 1985, p. 56.

(21) Graham, C. *La Relación entre el Gobierno y las Industrias Privatizadas*, Buenos Aires, 1989, p. 159.

ha hecho ver que un mercado privatizado, si bien es más eficiente para la prestación del servicio, disminuye el precio global de la empresa a privatizar; lo que obliga al Estado a escoger entre obtener un mayor precio por la transferencia o, un mejoramiento del servicio en cuanto a calidad y precio para los usuarios. Se trata de empresas con finalidades privadas más claramente definidas que las públicas, que actúan con espíritu empresarial o comercial, sin posibilidad de financiamiento estatal, con obligaciones tributarias bien definidas y, sujetas al derecho privado.

#### 4. La Subsidiariedad del Estado y de la Intervención

##### 4.1. Nota Introductoria

Toda persona se impone la obtención de finalidades determinadas que se refieren a la obtención del bienestar y que obedecen a factores de diversa índole. Cada uno –en consecuencia– debe establecer los medios idóneos para la consecución del o los objetivos previstos. Incluso desde el punto de vista filosófico, dicha elección de medios y fines es determinante para la caracterización existencial de la persona.

Esta situación apuntada es lo que configura lo que se denomina la *libertad*. La que, de acuerdo a lo dicho supone una previa determinación de objetivos a cumplir y, de conductas a desarrollar; y, como posterior paso la obtención efectiva y verdadera de los mismos.

Pero es importante desde ya indicar que, ese actuar de la persona no puede ser irrestricto ni absolutamente libre; al contrario, existen *limitaciones* que obedecen a un principio de orden que da fundamento a la convivencia en comunidad y que se actúa a través del *derecho*.

Puede decirse que, tanto los hechos políticos arbitrarios, como las corrientes filosóficas iusnaturalistas, fueron los que permitieron plasmar la *libertad jurídica* no ya como un simple atributo de la actuación civil de un individuo; sino como un *derecho público subjetivo*; lo que permite, que no sólo el resto de la colectividad deba respetar la actuación del individuo; sino también y, es lo principal del desarrollo del concepto, *debe recibir la protección y respeto por parte del Estado*.

Los ordenamientos constitucionales modernos consagran un principio de *libertad* de la iniciativa económica privada. En el caso de nuestro ordenamiento constitucional (artículos 28 y 46) esa libertad se presenta en una primera fase de la misma. De tal modo, el empresario puede escoger libremente y desarrollar la actividad a dedicarse, siempre y cuando la misma sea "*legalmente permitida*". Esta última acepción, se

refiere a la concordancia de la actividad con el modelo y el orden público económico, que contiene la Constitución. Además de otros derechos que se derivan de esa libertad constitucionalmente reconocida (programar las actividades de la empresa, obtener un beneficio, libertad de precio) tienen relevancia fundamental para el caso en examen, *la libertad y derecho al acceso al mercado y a la libre competencia*. Ambas libertades forman parte de un “núcleo pétreo”, que se deriva de la historia de la institución, su doctrina, el derecho comparado y la conciencia valorativa de la comunidad.<sup>(22)</sup> Ambos conceptos conforman parcialmente un concepto importante y que a veces resulta falto de precisión, como es el de *orden público en general y el de orden público económico*.

El concepto de *orden público* se refiere a los principios fundamentales de diversa índole (económico, político, social, etc), que se encuentran aceptados y vigentes en el sustrato social o, comunidad que subyace al ordenamiento jurídico. Sirve de marco o parámetro a la interpretación constitucional, la que debe reflejar la realidad existente en el contexto social al que esa constitución se le aplica.

Más allá de sus diferencias de tipo axiológico, es su naturaleza jurídica lo que le da la fuerza directriz y reguladora al ordenamiento constitucional y al ordenamiento jurídico en general; que son los medios por los que se establecen directrices y se imponen reglas jurídicas necesarias al mantenimiento de la armonía social.<sup>(23)</sup> La diversidad de elementos que lo conforman, determinan a su vez, un diverso tipo de orden público. Así, se habla de orden público, político, social o económico. Me interesa referirme en forma específica al citado en último término.

El *orden público económico* se refiere a los principios que determinan el modelo económico que se quiere alcanzar. Y, obtiene carácter de *concepto jurídico*, cuando el derecho atribuye a esos principios la función de parámetro de validez de las relaciones jurídicas.

Designa, en síntesis, las reglas mínimas que se consideran esenciales para el desarrollo de la vida económica del país en un contexto de espacio y tiempo determinados. El hecho de ser un concepto que se nutre de la realidad que refleja la sociedad de base, permite decir

que sólo debe variar, en el tanto se dé un cambio en la concepción de la sociedad misma, en el sentido que la variación debe haber tenido un grado suficiente de fijeza y aceptación. Dentro del mismo orden de ideas, doctrinariamente se acepta en forma unánime que no pueden los particulares perturbarlo a través de pactos privados.<sup>(24)</sup>

El *principio de libre competencia* es el modo normal de manifestarse la libertad económica y la iniciativa del empresario. La competencia supone la actuación de varias empresas, para conseguir cada una en el mercado el mayor número de posibilidades con la misma clientela, ofreciendo las condiciones más favorables.

Su base es la libertad de actuación económica, tanto para los empresarios, como para los adquirentes, los que deben gozar de una *libertad elección*, respeto de los productos ofrecidos. Puede decirse, usando las palabras de Joaquín Garríguez<sup>(25)</sup> *que es un fenómeno jurídico, aunque los móviles sean económicos*. Los competidores deben organizar y promover su competencia, en base a la mejora de la oportunidad y calidad de sus prestaciones. Tiene como objetivo fundamental, hacer viable el principio de iniciativa privada e impedir que la competencia se produzca por la vía del daño.<sup>(26)</sup> Determina –en consecuencia– igualdad de los competidores ante las oportunidades que el ordenamiento ofrece o sea, ante las normas de Derecho. *Libre competencia desde el punto de vista jurídico, es la igualdad de los competidores ante el Derecho*. Están íntimamente ligadas al concepto de examen, dos tipos de normas que lo delimitan: las normas relativas a las restricciones *legítimas* de la competencia; y, las relativas a la competencia desleal o ilícita.

Es desde el primer tipo de las normas citadas, como debe entenderse la norma del párrafo primero del artículo 46 de la Constitución, cuando establece que “*Son prohibidos los monopolios y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley que amenace o restrinja la libertad de comercio...*”. En tal sentido debe entenderse que no se puede por medio de ley imponer restricciones irracionales o discriminatorias a la libertad de comercio; por lo que debe existir relación entre el beneficio que se obtiene con la medida en cuanto garantía del

(22) Ortiz, E. *Estado, Empresa e Intervención*, R.C.J. número 35, San José, 1978, p. 194.

(23) Bucheli, H y otro. *El Orden Público*, Buenos Aires, 1991, p. 64.

(24) Farjat, G.L. *Ordre Publique Economique*, Paris, 1983, p. 50.

(25) Garríguez, J. *Curso de Derecho Mercantil*, México, 1984, p. 223.

(26) Saíenz Moreno, F. *Orden Público Económico y Restricciones a la Competencia*, R.A.P., Madrid, 1977, p. 597.

orden público económico y, el perjuicio o disminución para el particular en su *libertad*. Sin embargo, el particular, como contrapartida tiene *derecho* a que se desarrolle en su favor una función administrativa, que se da como ejecución de la libertad constitucional en comentario. Me refiero al *mantenimiento de la normalidad del mercado*, que significa decir que se den las circunstancias de hecho y de derecho idóneas para que todos los competidores en un ramo de negocios o "segmento de mercado" gocen de posibilidades jurídicas y de hecho iguales o similares que les permitan en paridad de condiciones participar en el mismo. En tal contexto, la *prohibición constitucional de la existencia de monopolios particulares y declarar de interés público la acción del estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora* cobra vida realidad dentro de la esencia misma de la libertad empresarial que consagra la Constitución, y supone una *verdadera e ineludible obligación para el Estado de impedir no solo los monopolios, sino toda práctica o tendencia encaminada al establecimiento de un monopolio. Porque configuran casos de situaciones anómalas que alteran las condiciones de normalidad del mercado en detrimento o perjuicio de uno o varios competidores.*

Consecuencia de todo lo anterior, es la circunstancia de que los particulares *no pueden pactar válidamente convenios que infrinjan el principio de libre competencia, pues supondría violentar gravemente el orden público económico.* En tal sentido existe acuerdo doctrinal, en considerar *nulos de pleno derecho los actos contrarios al principio de libre competencia.*<sup>(27)</sup>

La doctrina jurídica correspondiente ha enfocado el punto, desde dos vertientes o criterios, a saber: a) posición dominante y, b) abuso de dicha posición dominante.

- a) *Supone una violación al principio en comentario*, cuando una empresa es la única oferente del servicio o, sin ser la única no está expuesta a una competencia sustancial en sí misma;
- b) Es igualmente violatoria del principio que comento, el caso de la injustificada explotación de una empresa de una posición de

(27) Saíenz Moreno, F., *op. cit.*, p. 639 quien cita jurisprudencia en tal sentido del Tribunal Supremo. El Tribunal de Defensa de la Competencia, ambos de España, ha mantenido igual criterio, según lo indica Garríguez J., *op. cit.*, p. 227.

dominio, que resulta lesiva a la economía nacional, los intereses de los competidores y, de los consumidores. Este abuso, se produce *-precisamente-* a través de *instrumentos jurídicos, como es el caso de los acuerdos o pactos entre empresas.*<sup>(28)</sup>

Otro elemento importante del contenido de la libertad de empresa es el de *libre acceso al mercado*. Significa que las unidades económicas en general (personas físicas o jurídicas tienen la posibilidad libre de acceso al mercado; salvo, las restricciones *legítimas* que se establezcan, justamente en garantía y beneficio del *orden público económico*. Obviamente, las restricciones deberán estar proporcionadas al mantenimiento de ese orden y, en consecuencia ser generales y no específicas racionales y no discriminatorias. La doctrina jurídica es unánime en entender como *obligación primigenia del Estado de establecer "condiciones razonables que permitan un general acceso al mercado"*.<sup>(29)</sup> En consecuencia, el Estado no puede eludir la responsabilidad de *actuar cuando se alteren en forma peligrosa y en perjuicio de uno o varios competidores esta libertad constitucional que es garantía que se deriva de la esencia misma del artículo 46 de la Constitución Política.*

#### 4.2. Intervención subsidiaria

Dado que la libertad de empresa permite usar y combinar medios de producción para producir, transformar o distribuir bienes y servicios con base en una organización y dirección, lo que supone el derecho de acceso al mercado y al inicio de las actividades económicas lícitas, ese derecho se materializa en la libre creación de empresas o en la adquisición de la titularidad de las ya creadas, en el libre ejercicio de las actividades, libre dirección de las mismas y libre competencia.<sup>(30)</sup> No obstante que ese derecho no es absoluto, sino sujeto a limitaciones

(28) Garríguez, J., *op. cit.*, p. 229.

(29) Entre R. *El Principio de Libertad de Empresa en el Modelo Económico en la Constitución Española*, Madrid, 1981, p. 50.

(30) Laguna de Paz, J. *Las Empresas Públicas de Promoción Económica*, Madrid, 1991, p. 137.



dadas por la propia Constitución, por otro lado como lo ha afirmado la Sala Constitucional, se violenta el contenido esencial del derecho, cuando se adopta un sistema económico que no se ajusta a los parámetros constitucionales<sup>(31)</sup> de razonabilidad y proporcionalidad.

El principio de subsidiariedad piedra angular del proceso de privatización, indica que el fundamento para la actuación del Estado es la exigencia del interés general. Por lo que si la actividad privada no se da o no se encuentra protegida a efectos de lograr una libre competencia, debe el Estado actuar para que la libertad empresarial no sea eliminada. La actuación estatal, por tanto, debe ser para facilitar y complementar a la iniciativa privada.

Del mismo modo, el principio en comentario referido a la forma de intervención, indica que debe usarse la que restrinja menos la libertad económica a la de los particulares o, que debe haber proporcionalidad en el uso de potestades públicas.<sup>(32)</sup>

El hecho que la actividad empresarial pública deba estar ordenada, conforme al impulso de la actividad privada y de acuerdo a niveles de subsidiariedad, es el pivote o sustrato de la privatización de empresas públicas.

## 5. Logros que se pretenden obtener con el proceso privatizador

La doctrina coincide en que el proceso privatizador se propone lograr:

1. La actuación subsidiaria del Estado empresario y un mercado más claro desde el punto de vista de la competitividad y el funcionamiento mismo; y,
2. El acceso de los estratos sociales más bajos a la propiedad del capital, a través de la diseminación de las acciones de empresas.

(31) Sala Constitucional, voto N° 1925-91.

(32) Laguna de Paz, J., *op. cit.*, p. 189.

La doctrina española<sup>(33)</sup> señala los límites del proceso en comentario e indica, que en la medida en que la gestión privada de un servicio público asegure en mejor forma las exigencias del interés general, la actuación estatal resulta inoportuna y desproporcionada. Porque grava innecesariamente la libertad de los particulares y no resulta congruente con criterios de economicidad y eficiencia. Al contrario, la empresa pública se encontraría suficientemente justificada, cuando la prestación de los particulares no asegure una prestación regular y continua o, revele insuficiencia o incapacidad en la actuación. Pero en este caso, debe someterse a las reglas del mercado en igualdad de condiciones que los particulares.

En cuanto a la difusión del denominado accionariado popular, (acceso de estratos sociales bajos al capital de las empresas), es no sólo un medio para obtener una participación más directa de nuevos estratos sociales en el proceso productivo; sino también contribuye a la proyección de un nuevo orden socio-político,<sup>(34)</sup> ya que se trata de extenderlo al mayor número de individuos. Adicionalmente, las constituciones modernas y la nuestra en particular, contemplan la extensión del capital como una exigencia derivada de los imperativos de promover la igualdad real (art. 33), y el progreso económico y social de los individuos (art. 50).

Se citan –igualmente– otros logros que el proceso privatizador pretende conseguir; los cuales únicamente enumeraré, en razón de que su análisis particularizado excedería los objetivos de este trabajo. Se trataría de:

- Reducir el endeudamiento público y el déficit fiscal;
- Generar mayor liquidez a la economía;
- Atraer nuevos capitales al mercado;

(33) Martínez López-Muñiz, J. *Poderes de Ordenación Económica en el Principado de Asturias*, Oviedo, 1982, p. 150 y, Garrido, F., *op. cit.*, p. 23 quien afirma que la privatización no se trata de una opción entre lo deficitario y lo rentable, ya que el Estado debe prestar los servicios esenciales, sin son intransferibles. No debe proporcionar, aun con superávit, los servicios que pueden prestar los particulares. Tampoco puede haber privatización en las actividades estratégicas del Estado, sin reserva de los poderes de policía (control) y planificación (orientación).

(34) Martínez López-Muñiz, J., *op. cit.*, p. 150.

- Desarrollar el mercado de capitales;
- Evitar la influencia política en la gestión de empresas;
- lograr un equipo directivo más profesional y estable;
- Permitir a los empleados invertir en su propia empresa.

## B. La reforma o transformación del Estado

### 1. Nota introductoria

Como consecuencia de los problemas generados por el proceso estatal interventor en la economía y, en vista de las consecuencias que el mismo produjo, a partir de la década anterior, los Estados sintieron la necesidad de enfrentarlas mediante mecanismos jurídicos idóneos que sirvieran para modernizar los sistemas jurídico-administrativos. Estos, sin embargo, han variado de país a país, sobre la base de los elementos propios de cada ordenamiento y, en vista de sus propias necesidades. No obstante lo cual, el proceso de reforma acusa la presencia de elementos comunes a la mayoría de los Estados, cuyo estudio resulta interesante al tratar el tema.

Conviene indicar, que uno de los medios o formas de llevar el cabo el proceso de reforma del Estado es el de privatización. En consecuencia todo lo dicho al respecto, debe incorporarse como parte de este tema.

Al abordar su desarrollo, salta a la vista que es posible hacerlo desde la vertiente jurídico-administrativa, política y, por supuesto legislativa. No obstante lo cual, el desarrollo de todos supondría un exiguo trabajo que además, excede claramente las connotaciones jurídicas. Por tanto, el desarrollo que se hará de seguido lo será únicamente desde el ángulo jurídico administrativo.

En consecuencia, se trata de establecer nuevas relaciones de poder entre el Estado y, más propiamente de la administración con los administrados, que supone –necesariamente– racionalización en el ejercicio del poder, reestructuración y atribución de competencias administrativas a los administrados por un lado; y, por otro, robustecer y mejorar las competencias y entidades administrativas y, como consecuencia mejorar el control sobre ellas. Todo lo cual deberá realizarse a la luz de los principios en boga y, sobre la base de que el Estado ha adquirido un gran tamaño, lo que ha debilitado su actuación en las áreas más importantes, le ha creado graves distorsiones financieras

y, lo ha tornado ineficiente en la prestación de los servicios públicos esenciales.

Merece mencionarse el importante esfuerzo hecho en mejorar el medio ambiente, evitar la contaminación y mejorar la calidad de vida, lo que en nuestro medio se concretó con la reforma constitucional del artículo 50 de la Carta Magna.

La crisis económica, que ha sido el detonante principal del nuevo proceso, ha dado lugar al reto para la administración de ser más eficiente, eficaz, económica y coordinada y, sobre todo implica la necesidad de adoptar nuevos instrumentos jurídicos de regulación.

Un hecho importante que merece destacarse, es el acercamiento, si así pudiera definirse, entre las esferas pública y privada, que han estado alejadas y han sido casi antagónicas en la teoría y práctica de las administraciones públicas. Este hecho ha llevado que se hable de una función administrativa privatizada; esto es, regida por el derecho privado y con caracteres específicos que constituye un nuevo ejemplo de las reformas a que ha dado lugar el proceso en comentario. Ya sea privatización de lo público o publicización de lo privado, lo cierto es que se asiste a una relativización de la distancia entre las dos áreas, lo que causará consecuencias en el derecho administrativo y, dentro de éste, en la actividad discrecional.<sup>(35)</sup>

### 2. El informe Giannini al Parlamento Italiano

El distinguido profesor de derecho administrativo de la Universidad de Roma, Massimo Severo Giannini, cuando ocupó el Ministerio de la Función Pública, presentó al Parlamento italiano una propuesta de reforma coherente, homogénea, integral y sistemática de la Administración Pública italiana, el 16 de noviembre de 1979.<sup>(36)</sup> No obstante que no todas sus propuestas merecieron su ascenso a categoría de leyes por el Parlamento, sí tuvieron una importante influencia en las que se aprobaron en la primera etapa del período de reforma que se siguió en Italia. Pero es lo cierto que generó un gran debate nacional en ese país europeo, por tratarse de una conocida e importante figura, con una multiplicidad impresionante de obras doctrinarias publicadas.

(35) Sesín, J. *Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica*, Buenos Aires, 1994, p. 50.

(36) Una relación detallada del mismo se encuentra en *Rivista di Diritto Pubblico*, Roma, 1982, p. 315 y siguientes.



En nuestro medio la mayoría de los problemas detectados resultan comunes por lo que me parece importante consignar las principales propuestas hechas por Giannini para la solución de los mismos.

Giannini parte de la base que, por definición el Estado genera disfunciones; que no pueden ser totalmente eliminadas aunque sí reducidas. Si el poder público establece un diseño preciso de acción política de compromiso y actúa de modo coherente, traerá como consecuencia que las disfunciones se tornen tolerables.

Dos son las condiciones que se ponen como necesarias para la modernización y reestructuración de la administración pública:

- a. Amplia revisión de las leyes que regulan la actividad administrativa;
- b. Actuación conjunta, tanto del personal de la administración, como de los administrados.

El informe plantea tres tipos de problemas:

- a. Los que atañen a la Administración del Estado;
- b. Los que se refieren a las administraciones públicas periféricas.
- c. Los que se derivan de la falta de directivas políticas coherentes de parte del Parlamento Asamblea.

A continuación, consigno los puntos cuya problemática es más cercana a nuestra situación actual, con la indicación de la solución propuesta por Giannini en cada caso.

### **Reordenamiento de la Administración del Estado**

Se apunta una inconveniente conducción centralizada de las finanzas públicas, a pesar de que existe una nueva normativa sobre presupuesto estatal. Se sugiere: simplificar las normas de contabilidad y adoptar procedimientos internos de tipo privado; revisar los procedimientos contractuales y, un análisis de los gastos desde el punto de vista económico financiero y no en relación con los órganos de los que los mismos provienen.

### **Reestructuración del Poder Central**

Se observa que los ministerios no tienen claras sus funciones (dimensión de su ámbito funcional); lo que hace que se den

superposición en las mismas, órganos sobredimensionados y funciones ocultas (las que no se contemplan en leyes, pero en la realidad existen.)

### **Controles de Eficiencia**

Sugiere dar un nuevo enfoque al Tribunal de Cuentas; en el sentido de que el mismo sea no sólo de legitimidad, sino de oportunidad (productividad, buena administración, etc.) y pueda evaluar los resultados de la gestión.) De modo que la evaluación se haga por medio de la confrontación de lo programado, los costos inherentes y los resultados obtenidos.

### **Técnicas de Administración**

Sobre la base de la actualización necesaria de la organización administrativa y para lograr hacer más simple y efectiva la prestación de servicios públicos, dado que el tiempo empleado por la administración para actuar es tres veces más prolongado que el empleado en la empresa privada y, que la administración pública no conoce este hecho, se proponen modos diversos de medir la eficiencia administrativa, a saber:

- a) Sustituir las regulaciones de orden administrativo interno (de cada unidad de organización en particular) por actos administrativos generales, que denomina "reglamentos de servicio" (manuales de actuación uniforme);
- b) Crear pequeñas unidades de organización, que evaluarían mediante indicadores de productividad y el estudio de la organización interna del área respectiva; a la vez intervendrían a nivel consultivo en la elaboración de los reglamentos de servicio.
- c) Estudiar los "costos ocultos" (costo económico adicional que tiene la actividad administrativa en razón de su excesivo procedimentalismo, participación de más órganos de los necesarios y tramitaciones demasiado extensas). En este sentido, sugiere como solución los puntos marcados con las letras a y b.

### **Organización de la justicia administrativa**

Dado el incremento en la actividad jurisdiccional y, el atraso en la resolución de controversias por parte del Consejo de Estado y los

Tribunales Regionales Administrativos, propone cuotas mínimas de productividad. Estas se fijarán en relación con cada magistrado, con base en la cantidad de trabajo que anualmente se le asigne; lo que además da lugar a compensar trabajo entre los jueces, para que se dé una distribución equitativa, tanto en cuanto al trabajo en sí, como a las tareas de adaptación a la nueva normativa procesal.

### Relación de Empleo en el ámbito público

Giannini propone en forma novedosa, que esta relación sea regulada por normas del derecho privado, ya que en su criterio se da una gran semejanza entre los principios de la relación de empleo en el ámbito público y el privado. Deja fuera de la propuesta, la regulación de los funcionarios que desarrollan una potestad pública.

Es importante acotar que este campo es el que en los procesos de reforma del Estado ha tenido más modificaciones en los países que han iniciado los mismos. Ejemplos claros son los casos de Inglaterra y Francia. En el primero, se ha distinguido entre los contratos a tiempo parcial y a plazo, y se ha dado una flexibilidad mayor en cuanto a horario; los fondos de pensiones se incrementan conforme a las variaciones del costo de la vida. Los estudios referentes al tema, indican que las personas que han desempeñado los cargos más importantes en el aparato administrativo han sido los más idóneos para los mismos. Con el fin de reducir el número de empleados públicos, (que en la década de los 80 ascendió a un veinte por ciento de la planilla pública), se han congelado cargos vacantes y se ha dado la transferencia a otros entes del sector público o a la empresa privada.

En el caso de Francia, en la década de los ochentas se aprobó una ley que instituyó todo un programa de adiestramiento del personal de la administración local. En la misma época se operó un aumento salarial a los trabajadores del sector educativo. Todo lo cual ha repercutido en un aumento de la productividad y la eficiencia.

Con motivo de la propuesta de Giannini en este sentido, se dio en Italia la ley 93 del 29 de mayo de 1993, llamada "Ley Marco sobre el Empleo Público", con la finalidad de lograr eficiencia en la prestación del servicio, transparencia e igualdad en los salarios y en las situaciones jurídicas laborales de los empleados. Sirvieron de fundamento los principios constitucionales (igualdad de trato, buen funcionamiento, cumplimiento cabal, retribución equitativa, límites en la jornada, vacaciones, sumisión a la ley en cuanto a la creación de oficinas y atribución de competencias, organización sindical, promoción

profesional, etc). Estableció el sistema de selección y, en tal caso derogó la obligación del concurso público en casos de aspirantes para cargos de nivel medio y bajo. Creó la denominada "Contratación Colectiva"; a través de organizaciones sindicales y con efectos entre las partes, llevada a cabo a través de un procedimiento de tipo reglamentario. En estos se discuten las cuestiones salariales y demás aspectos de la relación de empleo.<sup>(37)</sup>

Se dispone la existencia de un registro del personal de las oficinas, en el que se consignan los cargos vacantes de acuerdo al nivel del escalafón; adicionalmente, se establece un número máximo de cargos que pueden cubrirse, por lo que el jerarca no puede libremente realizar nombramientos. Todo lo cual ha hecho que se dé una distribución conveniente del personal y se haya limitado ingreso del no necesario.

Es importante recalcar que la normativa indicada trata de lograr la eficiencia, a través de un control de productividad, mediante un sistema de retribución adecuado a las previsiones de tipo general y especial, que se valoran con base en las circunstancias propias de prestación del servicio (asistencia regular, cumplimiento del horario, etc.). De igual manera, el rendimiento inadecuado es causal de despido sin responsabilidad patronal.

Se permite el acuerdo vía sindicato, para efectos de movilidad del personal que signifique una distribución racional. Se da la libre movilidad para el personal de un mismo ente, salvo casos de preparación profesional especializada de un empleado; y, se aplican al respecto parámetros como situación familiar, antigüedad en el puesto, necesidad de estudio, etc. Si el empleado no acepta el cambio puede ser declarado en condición de disponibilidad.

### III. PERSPECTIVAS DEL ESTADO Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DE LOS NUEVOS CONCEPTOS

#### A. La Nueva Orientación del Estado

Es claro que los nuevos planteamientos de que se ha dado cuenta en este trabajo, implican un nuevo derrotero en la relación que se da entre Estado y sociedad civil, en primer lugar.

(37) Marino, C. *Il Pubblico Impiego*, Napoli, 1989, p. 146.

Es importante de igual manera acotar, que el nuevo Estado apuesta por la iniciativa privada más que por la intervención Estatal, como consecuencia da un incremento importante en la idea de que el mercado debe ser instrumento regulador por sí. En tal perspectiva, se presenta un cambio en la estructura de la administración central, con servicios que desaparecen y otros que se transfieren a la actividad privada.

Se aboga por la reducción del aparato estatal, para que sólo permanezcan las instituciones que se consideren como necesarias, luego de una valoración de carácter político que cuente con el consenso de una parte importante de la población representada por los partidos políticos; necesaria reducción del gasto público, abolición del déficit presupuestario, reducción del Estado en la prestación de servicios públicos y prestación óptima de actividades que se consideren esenciales y que eleven el nivel de vida de los particulares; incluso se tiende a un análisis costo-beneficio en la valoración de las actividades públicas; mayor profesionalización y mejor remuneración de la burocracia estatal, con un régimen jurídico de derecho privado regulatorio de la prestación del servicio; amplia disposición a que organizaciones privadas sean las que presten determinados servicios como es el caso de los seguros. En este punto, resulta interesante destacar como ejemplo, que la Ley de Presupuesto de España para el año 1991, creó la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se descentraliza y privatiza la recaudación de impuestos. Tiene la doble condición de persona jurídica pública y privada. Es lo primero en cuanto a las actividades de gestión, inspección y recaudación; y, lo segundo, en materia de retribución al personal.

No obstante que se rechaza la intervención del Estado en la economía, se acepta la función reguladora u ordenadora del mismo, aunque con modulaciones especiales, fundamentalmente encaminadas a promover la competencia y mayor libertad económica y donde esto no sea posible, para ejercer un conveniente control sobre situaciones que pudieran desmejorar aún más ese anhelo. Debe realizarse de acuerdo al mercado y en modo independiente; esto es, separada de presiones de tipo político, sobre todo si se refiere a actividades de mercado y no servicios públicos, donde la aplicación del control es más penetrante. Debe derogarse toda medida de control que resulte demasiado general e indiscriminada y, preferirse la que se dirige a regulaciones selectivas. El denominado proceso de "liberalización" va de la mano con un nuevo concepto de la idea reguladora, (que se ha denominado re-regulación) que difiere de como tradicionalmente se aceptaba y entendía: hoy se concibe en cuanto garantice una economía más libre y competitiva.

Desde el ángulo de la actividad económica, priva la tesis de la no intervención del Estado a través de empresas públicas; de la distribución de los recursos sociales a través de los mecanismos propios del mercado; del mayor impulso a la existencia de pequeñas empresas, sobre todo las de tipo familiar.

## **B. El Derecho Administrativo del nuevo modelo**

Tradicionalmente se concibió al Derecho Administrativo como desvinculado a la idea de mercado, justamente por tratarse de principios que implicaban un enfoque distinto, que son los que estructuran el derecho público.

Se trata de las normas que regulan la organización y actividad (estructura, competencias, régimen de empleo público y, en forma especial lo atinente al acto administrativo); normas que regulan o inciden en el desarrollo de la economía (proceso productivo) servicio público, empresa pública, contrato administrativo, policía administrativa, fomento o actividad incentivadora). Todas ellas, en mayor o menor grado, orientadas dentro de un régimen de derecho público o de autoridad a la regulación de conductas y actividades, tanto públicas como privadas.

Esa perspectiva denota, sin necesidad de mucho argumento, que no existía afinidad o relación estrecha entre el tradicional derecho administrativo y la idea de mercado, en la forma como ahora se concibe y acepta.<sup>(38)</sup> Fundamentalmente, porque como ese Derecho es el que regula la actividad de la administración, es por tanto la cercanía de ésta con el mercado, lo que podía o no acercar a aquél con éste.

Si bien los temas de estudio dentro del derecho administrativo hoy son los mismos que antes, es lo cierto que sí han variado los contenidos de los mismos por obra de las nuevas ideas surgidas.

En primer lugar, me parece importante establecer que pese a todos los cambios habidos, el derecho administrativo no debe perder su papel garante del orden público (protector de las mayorías); por lo que deberá

(38) El tratadista español Garrido Falla, *op. cit.*, p. 18 es del criterio que lo que ahora se produce es una verdadera apostasía del derecho administrativo, ya que invocando el principio de eficacia se termina por enfrentarlo con el sistema mismo del derecho administrativo; pues lo que ahora se quiere no es un régimen jurídico administrativo singular, sino un sometimiento casi total al derecho privado.

ser imperativo, lo que significa decir que continuará gozando de las prerrogativas o potestades públicas, que le permiten ser el medio de obtención del interés público involucrado en toda actividad que afecta a la comunidad; con la particularidad de que sus intervenciones en relación con la economía, deberán realizarse con apego al principio de subsidiariedad; y, la aplicación de las ideas que implican delegación en favor de la comunidad de actividades o servicios que entonces signifiquen una prestación más eficiente.

En tal tesitura, la nueva idea de la noción de policía administrativa irá proyectada en un doble sentido: el de protección tanto del orden público como del privado (protección del consumidor, calidad de los productos, iniciativa privada).

El nuevo concepto de la actividad de fomento evitará que se otorguen incentivos a empresas ineficientes o innecesarias, porque ahora se entiende que eso representa una equivocada asignación de recursos sociales.

El criterio actual del servicio público, deberá entenderse como técnica que permita transferir a la actividad privada servicios económicos relacionados en alto grado con el funcionamiento del mercado; de modo que sólo se conserven los servicios con una óptima prestación y que se consideren esenciales porque eleven el nivel de vida de los particulares.

Deberán emplearse mecanismos que permitan una descentralización y descentralización de actividades, que den como consecuencia una administración más ágil, competitiva y eficiente (que aplique la relación costo-beneficio como parámetro de su utilidad). Vale en este caso todo lo apuntado en cuanto al personal y la necesidad de su mejoramiento mediante su tecnificación, mejor preparación, remuneración, etc.

Se trataría de lograr una administración fuerte en cuanto garante del interés público, reducida, ágil, competitiva y eficiente que le permita ser un instrumento válido que cumpla las finalidades que el ordenamiento le encomienda e impone.

Como contrapartida de lo anterior, debe reafirmarse nuevamente la necesidad de un control que se ajuste a las nuevas perspectivas del Estado moderno en general y de la Administración en particular.

Cada vez son más comunes los lazos de interrelación entre lo público y lo privado, en que organismos públicos realizan acuerdos consensuales con miras a realizar objetivos comunes, en donde no se dan en modo alguno las notas típicas de los actos públicos de imperio. Ejemplo de esto son los consorcios (que permiten a una o varias entes locales gestionar uno o varios servicios en conjunto; es una técnica de descentralización de funciones y de coordinación para la prestación

conjunta de intereses homogéneos); los actos unilaterales de coordinación no imperativos (que son financiamientos condicionales a una municipalidad, siempre que se incorpore a un programa y cumpla con prestaciones determinadas); los acuerdos-programas (que permiten la construcción de grandes obras y servicios públicos entre entidades descentralizadas y el poder central, cada uno con diferentes atribuciones y con un interés común) y, las relaciones de auto y heterocoordinación (en los que los diversos sujetos que suscriben el acuerdo, armonizan los intereses sin que existan coordinantes y coordinados, en el primer caso; y, en el segundo aunque se da un coordinante y un coordinado, éste es jurídicamente libre para cumplir con la actividad operativa deseada por el primero.) Todos estos supuestos, han sido creación de la ley italiana número 142 del 8 de junio de 1990 sobre Reforma del Estado.

Deberán implementarse reformas en los procedimientos administrativos del sector financiero que tiendan a reordenar las finanzas, contener el gasto y en cuanto a la materia presupuestaria, que frenen los déficits presupuestarios.

En cuanto a los procedimientos administrativos en general, las reformas deberán encaminarse entre otras, a la obligación de motivar los actos administrativos definitivos; que se dé la participación no sólo de los interesados, sino de todos los que pudieran resultar afectados (cualquier sujeto que tenga un interés público o privado), que se pueda concluir por acuerdo entre los interesados; posibilidad de que si no se hubiere emitido una valoración técnica en el término respectivo, pueda pedirse la misma a algún otro organismo con especialidad equivalente, salvo casos determinados que por su complejidad no sea aconsejable esa prescindencia. En fin, corresponderá realizar las modificaciones pertinentes que permitan agilizar la resolución final, asegurar la eficiencia administrativa, y mejorar las relaciones administración-administrado.

Las nuevas conexiones entre lo público y lo privado supondrán una ampliación sustancial del ámbito de la discrecionalidad, por la necesaria consideración de los más diversos intereses secundarios convergentes y, donde cada vez más se vea una armoniosa interrelación entre la actividad administrativa discrecional con la económica individual en la libre autonomía privada.<sup>(39)</sup>

En este proceso nuevo, debe fortalecerse en forma importante el control técnico; sobre todo si se trata de privatización, descentralización y delegación de funciones y servicios.

(39) Sesín, J. *Op. cit.*, p. 49 y 141.

Para concluir y, en el afán de síntesis, el derecho administrativo debe ser un instrumento eficaz en el control de la eficacia y la eficiencia de la actividad técnico-administrativa de prestación, organización y ejecución operativa, más que en la pura formalidad extrínseca del acto administrativo.

#### IV. CONCLUSIONES

La necesidad de que se diera un reparto distinto en la renta (con la finalidad de obtener su maximización) y la inidoneidad de los mecanismos de reequilibrio en la economía capitalista, son las principales razones que dieron lugar a la intervención pública en la economía.

Con la intervención previa al inicio y durante la realización de las actividades, se trata de estimular el desarrollo económico, mediante el establecimiento de requisitos de mayor o menor envergadura, según se trate de empresas más o menos importantes para el desarrollo del país; y, velar por la salud y seguridad de los usuarios.

Se deforma la noción de policía, mediante la creación de policías especiales en el campo económico; la noción de servicio público en que permite a la administración ser titular de servicios públicos de carácter económico; y, la de fomento, en cuanto permite a la administración controlar y romper el esquema de la libertad económica individual en la vida económica.

La intervención propiamente tal, se materializa por la adquisición de entidades ya existentes (nacionalización de empresas) o, la creación de otras nuevas (empresas públicas).

La empresa pública se ideó como un medio de frenar tendencias monopolísticas en sectores determinados, iniciar proyectos de inversión que requerían una suma importante de capital inicial; y, para industrializar y desarrollar zonas que no eran atractivas para la iniciativa privada.

En la década del setenta se generalizó la inflación como fenómeno a nivel mundial, se agudizó la crisis fiscal (incremento del déficit presupuestario) y a la vez se dio un desarrollo tecnológico importante. Del mismo modo cobró fuerza la idea de que convenía más, intervenciones que afectaran menos la libertad económica de los particulares.

La privatización como proceso se desarrolló a partir de los años 80 y, tiene connotaciones jurídicas, políticas, económicas y sociológicas. Pretende lograr la actuación subsidiaria del Estado empresario, (debe ser

para facilitar y complementar la iniciativa privada), para obtener un mercado más competitivo; complementar el acceso de estratos sociales bajos a la propiedad del capital de las empresas. Desde el punto de vista jurídico, es la transferencia del sector público al privado, la gestión y titularidad de actividades. La desregulación, es el abandono del Estado de actividades que antes estaban reguladas y, la despublicación de actividades, cambio de régimen en cuanto que antes eran de titularidad pública y se da la apertura para que haya libre ejercicio.

La Reforma del Estado es un proceso que trata de establecer nuevas relaciones de poder entre el Estado y los particulares o sociedad civil, racionalizar el ejercicio del poder, delegar funciones administrativas, competencias administrativas en los administrados, mejorar las competencias administrativas y el control sobre ellas. La crisis económica, que ha sido el detonante de la crisis, ha servido para diseñar un Estado más eficiente, eficaz y ha hecho ver la necesidad de adoptar nuevos instrumentos jurídicos de regulación; donde debe dejarse de lado las medidas de control generales e indiscriminadas y, preferirse las selectivas. El denominado "Informe Giannini", parte de la base que el Estado genera disfunciones, que si bien no pueden ser totalmente eliminadas sí pueden ser reducidas; de modo que un diseño de acción política de compromiso y actuación coherentes, hará que las disfunciones se tornen tolerables. La nueva orientación apuesta más por la iniciativa privada que por la intervención estatal, con base en la idea del mercado como mecanismo regulador.

Deberá darse una nueva orientación del derecho administrativo, en el sentido que sus intervenciones deben estar de acuerdo al principio de subsidiariedad, ser medio que permita evitar subvenciones a empresas ineficientes, conservar sólo los servicios que se consideren esenciales y transferir a los particulares los que se refieren propiamente al funcionamiento del mercado. Debe prohibirse una administración más eficiente, reducida, ágil y competitiva, en la que prive más el control de resultados de la actividad técnico-administrativa de prestación, organización y ejecución operativa, que en la formalidad extrínseca del acto administrativo.

El que la empresa privada tienda a realizar sus actividades mejor que lo que lo hacen los organismos públicos, no significa -necesariamente- que aquélla deba realizar la función de éstos. Tampoco procede rechazar la privatización por el hecho que para fundamentarla se den razones no válidas. Una apertura hacia la privatización no implica dejar de lado totalmente la actuación del Estado.

Debe preferirse la actuación estatal, donde se deban realizar actividades relacionadas con un número importante del conglomerado

social, y la actuación de la empresa privada donde se requiera un alto grado de eficiencia productiva (mejores tecnologías y técnicas empresariales, lo que significa una operación más razonable). Si la empresa privada puede realizar una actividad mejor o más barata, produciendo menos efectos colaterales que la pública, debe preferirse la primera, de lo contrario no.

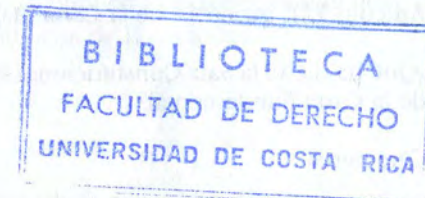
El interés público involucrado en la actividades que benefician o afectan a un grupo importante del grupo social, exige que los que actúan en su nombre tengan una estructura debidamente organizada y responsable. En mercados competitivos la empresa privada si lo es, aunque no siempre en otros campos sucede lo mismo.

Debemos sopesar y medir el alcance y magnitud que se quiere dar a la privatización y reforma del Estado; para no caer en un punto en que pudieran darse vicios o defectos mayores a los que el desmedido aumento del aparato estatal nos ha llevado, como la falta de mando y dirección apropiados (problemas de gobernabilidad).

En unos veinte años aproximadamente, tendremos la oportunidad de valorar si el camino que nuevo rumbo impone seguir, ha sido el correcto en calidad y en cantidad.

## DOMINIO PUBLICO. ALGUNAS NOTAS

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

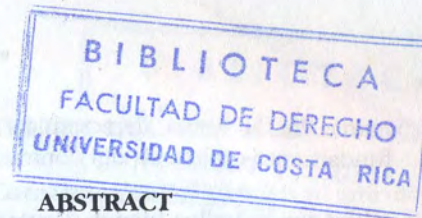


(\*) Telefax (00-506) 259-4844. Apartado postal (P.O. Box) 944, Y Griega 1011.  
E-Mail: Romero @ucr.ac.cr. SAN JOSE, COSTA RICA.

## SUMARIO:

### Abstract

1. Introducción
2. Concepto
3. Elementos
4. Dominio público y bienes patrimoniales
5. Artículo 121, inciso 14 de la Carta Magna
6. ¿Qué ha dicho la Sala Constitucional sobre el artículo 121, inciso 14 de la Carta Fundamental?
7. Caracteres
8. ¿Qué dice el Código Civil en relación con las "cosas públicas"?
9. Derechos reales y derechos personales
10. De las cosas en relación con las personas
11. Origen en Roma
12. Tutela y protección
13. Aguas
14. Minas
15. Dominio aéreo
16. Soberanía y dominio público
17. Calles y caminos
18. Zona marítimo terrestre
19. Dominio público en la propiedad intelectual e industrial
20. Afectación y desafectación
21. Conclusiones



### ABSTRACT

The Public Dominion is the State Property over public goods of society usufruct.

## 1. INTRODUCCION

El tema del dominio público es clave para entender la acción del Estado y los intereses públicos de la sociedad.

## 2. CONCEPTO

Conjunto de bienes (de la naturaleza que sean) subordinado a un régimen jurídico especial de derecho público, sustraídos al comercio privado y destinados al uso de la colectividad. Se trata de un tipo de propiedad estatal regulada por este derecho.

Para el jurista **Gayo**, las cosas públicas eran aquellas que le pertenecían a la comunidad política, abarcando las cosas del "Poder Político" **romano**, propias de lo que **hoy** llamamos dominio público y dominio privado del Estado.

## 3. ELEMENTOS DEL DOMINIO PUBLICO

*En el concepto de dominio público se dan cuatro elementos:*

- a) subjetivo
- b) objetivo
- c) teleológico
- d) normativo

Explicuemos en qué consiste cada uno de ellos:

- a) **Subjetivo:** se refiere al titular del derecho sobre ese dominio público. El Estado actúa como propietario de estos bienes a nombre del pueblo como concepto político y jurídico, dentro del

marco de la teoría democrática del ejercicio del poder y con fundamento en la tesis del contrato social.

- b) + **Objetivo:** (aquellos bienes o cosas que integran ese dominio.) Ha existido debate acerca de si se incluyen los bienes inmuebles, muebles y los que ahora llamamos de propiedad intelectual e industrial. Lo cierto es que ya hay consenso en el sentido de que (bienes de dominio público por naturaleza, ontológicos, no existen.) De ahí, que se admita, por razones prácticas; y, para no caer en discusiones bizantinas, que (será la Ley la que defina cuando se está en presencia de ese "dominio público".) Es decir, cuando existe voluntad política en la Asamblea Legislativa para hacer esto.
- c) + **Teleológico:** el fin público, el uso y utilidad de todas las personas de ese dominio.)
- d) + **Normativo:** (es la Ley la que define cuáles cosas o bienes pertenecen al dominio público.)

#### 4. DOMINIO PÚBLICO Y BIENES PATRIMONIALES

Este último elemento tiene relevancia ya que (no existe una frontera clara que divida los bienes que pertenecen al **dominio privado (bienes patrimoniales) del Estado** de aquellos que pertenecen a su **dominio público (bienes demaniales)**.) Por ello, se ha admitido, desde una perspectiva pragmática, luego de un siglo de discusiones doctrinarias, que será la Ley la que defina qué bienes se ubican en cuál dominio o propiedad estatal.

*Es el Estado (mediante el Poder Legislativo) –reserva de ley– el que establece el carácter público de las "cosas".*

Claro que aquí cobra relevancia un aspecto controversial y que no tiene una solución pacífica; si bien la Ley puede calificar (**afectar**) una cosa como de "dominio público", igualmente se puede **desafectar**. Es decir, sacarla de la esfera de ese dominio público para pasarlo al dominio privado o patrimonio regulado por el derecho privado, siendo el titular de esa propiedad el Estado, en representación de la sociedad entera; o, el particular que adquiere esos bienes desafectados.)

#### 5. ARTICULO 121, INCISO 14 DE LA CARTA MAGNA

Por supuesto que es la **Constitución Política**, en su artículo 121, inciso 14, *in fine* la que define que los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales –estos últimos mientras se encuentren en servicio– no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado.

Pero, ¿podrá una Asamblea Nacional Constituyente modificar (**desafectar**) ese régimen de dominio público (Derecho Administrativo), para trasladarlo al dominio patrimonial del Estado (Derecho Privado) y con ello venderlo, arrendarlo a la empresa privada?

La Asamblea Legislativa no puede modificar o reformar aspectos vitales o esenciales de la Carta Magna, aunque sea solo un artículo de ella. Esto es así porque el Poder Constituyente de alterar la médula del sistema institucional del país NO lo tiene el Poder Legislativo.

Este es un aspecto crucial en una democracia y en un Estado de Derecho: ni siquiera una Asamblea Nacional Constituyente tiene un cheque en blanco para modificar o cambiar elementos vitales de la estructura institucional de nuestra sociedad. Se requerirá efectuar un **plebiscito o referéndum** (democracia participativa y efectiva) para consultar la voluntad popular, aunque se corra el riesgo de que sea susceptible de manipulación por los medios de comunicación colectiva y la propaganda respectiva de los grupos de presión y de interés.

**Respecto del artículo 121, inciso 14 existe un proyecto de ley para reformarlo** en el sentido de eliminar la afectación dentro del dominio público que tienen los ferrocarriles, aeropuertos y muelles, según el expediente No. 12389, que dice:

*Los bienes que se mencionan en este inciso y los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales, sólo podrán ser explotados por la Administración Pública o por los particulares o por concesión otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la ley.*

**En torno a este tema Eduardo Ortiz Ortiz, –fundador del Derecho Público costarricense, 1932-1995–, había señalado lo siguiente:**



(Los servicios inalámbricos son del dominio exclusivo del Estado, no pueden ser enajenados por éste y solo pueden explotarse por otros sujetos —públicos o privados— mediante concesión administrativa fundada en una ley general previa o por medio de una concesión legislativa, consistente en una ley especial para el caso concreto, dictada por la Asamblea Legislativa) (*dictamen inédito sobre frecuencias radiales. s.f.*).

La concesión es el contrato por el cual una persona pública administrativa, llamada **concedente**, encarga a otra persona —**concesionario**—, gestionar un servicio público por su cuenta y riesgo, a cambio de un precio cobrado a los usuarios —Jean de Soto, *Droit Administratif, Theorie Generale du Service Public*, Eds. Montchrestien, París, 1981, p. 335).

**Las concesiones administrativas sobre servicios inalámbricos otorgadas** por el Poder Ejecutivo, —mediante el Ministerio de Gobernación y previa consulta al departamento de control nacional de radio— con base en la Ley de radio y televisión (No. 1758 del 19 de junio de 1954 y sus reformas), **son inconstitucionales**, por cuanto solo la Asamblea Legislativa puede dar esas concesiones relativas a telex, radio, televisión, radiotelefonía, ya que usan la energía —ondas electromagnéticas) que se encuentra bajo su titularidad.

#### Recordemos lo que manda este artículo 121, inciso 14:

No podrán salir definitivamente del dominio del Estado: **a)** las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas el dominio público en el territorio nacional, **b)** los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo y cualesquiera otras sustancias hidrocarburadas, así como los depósitos de minerales radiactivos existentes en el territorio nacional, **c)** los servicios inalámbricos.

**Ortiz**, señala que se trata —en el caso subexamine— de una concesión administrativa (**contrato administrativo de concesión**) del Poder Legislativo, hecha por acuerdo adoptado en una sola sesión. Se trata de la voluntad de la Carta Magna de darle el monopolio a la Asamblea Legislativa del otorgamiento de esas concesiones inalámbricas.

En este sentido, el ex-Presidente de la República, **Rodrigo Carazo Odio** manifestó su oposición a esa reforma constitucional porque le cercena al Poder Legislativo facultades constitucionales (carta al diputado **Walter Coto Molina** del 12 de agosto de 1996).

Nuestro criterio es que se proyectó de reforma al artículo 121, inciso 14 de la Carta Fundamental, es improcedente, ya que solo una Asamblea Nacional Constituyente puede **desafectar** ese régimen de dominio público especial de esos bienes propios del Estado.

#### 6. ¿QUE HA DICHO LA SALA CONSTITUCIONAL SOBRE ESTE ARTICULO 121, INCISO 14 DE LA CARTA MAGNA?

Los bienes demaniales son diversos de la propiedad privada en razón de que la naturaleza y régimen jurídicos son diferentes tratándose de propiedad privada o de propiedad pública del Estado; (ello, por cuanto la primera (privada) es regulada de conformidad con el artículo 45 constitucional y la normativa del Código Civil pertinente (...)) La regulación de la propiedad demanial se fundamenta en el artículo 121, inciso 14 constitucional (así) (el dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público. Son llamados bienes dominicales, demaniales, cosas públicas que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a un uso público y sometidos a un régimen especial, fuera del comercio de los hombres. Es decir, afectados por su naturaleza y vocación. En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto; están afectados al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en virtud de norma expresa.)

Notas características de estos bienes es que son inalienables, imprescriptibles, inembargables, no pueden hipotecarse ni ser susceptibles de gravamen en los términos del Código Civil; y, la acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar el dominio. Como están fuera del comercio, estos bienes no pueden ser objeto de posesión (...) El Estado tiene el dominio directo sobre la cosa o bien. (**Votos Nos. 3272-95, 3-67-95, 3793-94, 5976-93 y 2306-91**).

El dominio público es una suma de bienes, sujeto a un régimen jurídico especial en razón de la afectación de esos bienes a un fin de utilidad pública que impone reglas distintas a las que regulan la propiedad privada, llamándose derechos reales administrativos (**Votos Nos. 5789-94 y 893-93**).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 121, inciso 14 constitucional, el vocablo "enajenación" importa la transmisión del dominio o propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho a otra persona.

Las obras construidas por concesión serán siempre del Estado; siendo un bien de dominio público y con ello: imprescriptible, inalienable e inembargable. Por ello, no puede salir —ese bien— del dominio y control del Estado. (**Voto 3789-92**).

La zona marítimo terrestre es un bien de dominio público, que está fuera del comercio de los hombres. (**Voto 1385-91, 447-91**).

Esta zona tiene una franja de 200 metros de los que 50 metros son *zona estrictamente pública*, mientras que los restantes 150 metros son una *zona restringida*, en la que se permite cierta y condicionada posesión por los particulares, lo cual es prueba de una desafectación legal (**Voto 447-91**).

## 7. CARACTERES DEL DOMINIO PUBLICO

Siendo el **dominio público** un conjunto de bienes de cualquier naturaleza que, de conformidad con el Ordenamiento Jurídico, pertenecen a la comunidad política –pueblo– hallándose destinados al uso público –directo o indirecto– de los habitantes del país, se puede indicar que tiene estas características:

- a) inalienable
- b) imprescriptible
- c) inembargable

*¿Lo anterior qué significa?*

- a) **Inalienable:** (que no puede ser alienado, enajenado (calidad jurídica del bien que NO puede ser transmitido a título gratuito u oneroso), viene del latín jurídico *alienare*, que significa transmitir a otro –*alienus*–; sacar algo fuera de sí).
- b) **Imprescriptible:** (que no puede prescribir, es decir, que otra persona no puede adquirir esos bienes por la mera prescripción) (del latín *praescriptio* –de *praescribere*–: escribir en cabeza, al principio o en el encabezado) = modo de extinguirse los derechos y las obligaciones, derivado del no uso o ejercicio de los mismos durante el plazo señalado por ley. (Por *usucapion* (prescripción adquisitiva) no se pueden adquirir bienes públicos) Ello daría lugar al delito de *usurpación*, artículo 227 del **Código Penal**).
- c) **Inembargable:** que no puede ser embargado ni proceder a la ejecución ni de despojo de esos bienes del dominio público.

## 8. ¿QUE DICE EL CODIGO CIVIL RESPECTO DE LAS “COSAS PÚBLICAS”?

El **artículo 261** define como “*cosas públicas*” aquellas que:

por ley están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público.

Su párrafo segundo manda que *todas las demás “cosas” (bienes), son privadas* y objeto de propiedad particular, *aunque pertenezcan al Estado* o a los municipios, quienes para el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona.

*Observación:* este numeral hace la diferencia entre bienes –cosas– públicas (dominio o demanio público) y los bienes patrimoniales (propiedad privada) del Estado.

### Artículo 262:

Las cosas públicas están fuera del comercio; y, no podrán entrar en él, mientras legalmente no se disponga así, separándolas del uso público a que estaban destinadas.

*Observación:* como decían los romanos, las “cosas públicas” están fuera del comercio (*extra commercium*).

No pueden ser objeto de venta las cosas que por naturaleza, derecho de gentes o costumbre de la ciudad, dejaron de estar en el comercio.

**Paulo** –*Digesto 18.1, 34, 1*–: earum rerum quas natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, nulla venditio est.

Por derecho natural unas cosas son comunes a todos, otras son públicas; las más son de los individuos, las que se adquieren por cada cual de varias maneras.

*Instituta 2, 1:* quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam pública, pleraque singulorum quae variis ex causis cuique adquiruntur.

### Artículo 263:

El modo de usar y de aprovecharse de las **cosas públicas** se rige por los respectivos reglamentos administrativos, pero las cuestiones que surjan entre particulares, sobre mejor derecho o preferencia al uso y aprovechamiento de las **cosas públicas**, serán resueltas por los Tribunales.

*Observación:* este numeral se refiere a "reglamentos administrativos", lo cual hoy se traduce por Derecho Administrativo.

Por su parte el jurista *Salvador Jiménez Blanco* (1835-1883), fundador del Derecho Civil de nuestro país señala que las *cosas públicas* pertenecen al Estado y están destinadas al uso público y se pueden citar, entre ellas: el mar litoral, caminos, plazas, ríos, cosas municipales o comunes de uso común a los vecinos o de propiedad de la Municipalidad (*Elementos de derecho civil y penal de Costa Rica*, T. II, Bienes, San José: Imprenta de Guillermo Molina, 1874, págs. 239-241).

## 9. DERECHOS REALES Y DERECHOS PERSONALES

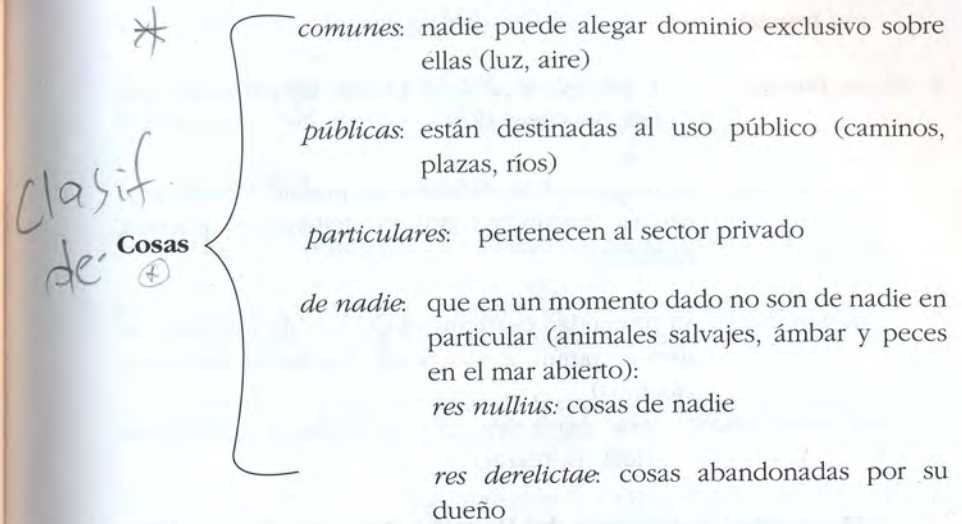
De acuerdo al **Tratado de los Bienes** (1906, primera edición) de *Alberto Brenes Córdoba* (abogado costarricense, sistematizador del Derecho Privado, 1858-1942), se indica que:

**Derecho real:** es el que se tiene sobre una cosa.  
Derecho real principal: el de propiedad  
Derecho real secundario: hipoteca, prenda

**Derecho personal:** es el que se tiene contra una persona determinada (el acreedor contra el deudor)

## 10. DE LAS COSAS EN RELACION CON LAS PERSONAS

De acuerdo al dominio que las personas pueden tener sobre las cosas, éstas son: comunes, públicas, particulares y de nadie.



(Alberto Brenes Córdoba, **Tratado de los bienes**, San José: Editorial Costa Rica, 1963, pp. 4 a 15).

## 11. ORIGEN EN ROMA

Fue en la **Roma** antigua, en donde se elaboró la tesis jurídicas sobre las cosas en relación a las personas.

El jurista **Gayo** clasificó las cosas en:

**res divini iuris** (cosas de derecho divino), dedicadas a los dioses y custodiadas por los sacerdotes, son *extra commercium* (fuera del comercio de los seres humanos) =

**res sacrae:** terrenos, edificios, iglesias y objetos del culto

**res religiosae:** terrenos y monumentos adjuntos a los sepulcros y consagrados a los dioses, manes (antepasados fallecidos)

**res sanctae:** muros y puertas de la ciudad

**res humani iuris:** también son *extra commercium* =

*res communes:* su uso queda abierto a todas las personas (luz, aire, ríos, mares)

*res publicae:* su propiedad es exclusiva del pueblo romano y su uso es común a todos los habitantes (puertos, caminos)

*res publicae:* su propiedad es exclusiva del pueblo romano y su uso es común a todos los habitantes (puertos, caminos)

*res universitatis:* pertenecientes, por ejemplo, a municipios (teatros, plazas)

(Mario Oderigo, **Sinopsis del Derecho Romano**, Buenos Aires: Depalma, 1957, pp. 170-171).

**res humani iuris privatae:** cosas humanas privadas o de los particulares, que sí están dentro del comercio de las personas.

## 12. TUTELA O PROTECCION DEL DOMINIO PUBLICO

Todo (El Estado tiene el derecho y el deber de proteger su dominio público. Este deber de tutela es inexcusable.) La protección propia de la cosa pública deriva de la característica que es esencia de su concepto: ser ella misma una manifestación directa de la Administración Pública (Otto Mayer, **Derecho Administrativo Alemán**, T. III, p. 150, Buenos Aires, Ed. Depalma).

El principio general en tutela administrativa del dominio público, por la cual el Estado puede actuar por sí mismo, sin recurrir a la autoridad judicial, es una excepción en el orden jurídico, es un privilegio en favor de la Administración Pública.

(Lo que se refiere a la *tutela directa (autotutela)* sobre el dominio público hecha por el Estado, son facultades inherentes al *poder de policía* sobre ese dominio) (Miguel Marienhoff, **Tratado de derecho administrativo**, T. V, 317 a 330, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1988).

## 13. AGUAS

La Ley de aguas (Nº 276 de 1942 y sus reformas) establece que las *aguas del dominio público*, son las siguientes:

### Artículo 1:

- a. Las del mar territorial de acuerdo al Derecho Internacional,
- b. Las de las lagunas y esteros de las playas que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar,
- c. Las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes,
- d. Las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, arroyos o manantiales desde el punto en que broten las primeras aguas permanentes hasta su desembocadura en el mar o lagos, lagunas o esteros,
- e. Las de las corrientes constantes o intermitentes cuyo cauce, en toda su extensión o parte de ella, sirva de límite al territorio nacional, debiendo sujetarse al dominio de esas corrientes a lo que se haya establecido en tratados internacionales celebrados con los países limítrofes y, a falta de ellos, o en cuanto a lo no previsto, a lo dispuesto por esta ley,
- f. Las de toda corriente que directa o indirectamente afluyan a las enumeradas en la fracción e, anterior,
- g. Las que se extraigan de las minas, con la limitación indicada en el artículo 10 de esta ley,
- h. Las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de propiedad nacional y, en general, todas las que nazcan en terrenos de dominio público,
- i. Las subterráneas cuyo alumbramiento no se haga por medio de pozos y
- l. Las aguas pluviales que discurran por barrancos o ramblas cuyos cauces sean de dominio público.

Hay que hacer notar que la *Ley No. 7593 del 9 de agosto de 1996, ley de la autoridad reguladora de los servicios públicos*, en su transitorio V dispone que en cualquiera de los artículos en donde se mencione al Servicio Nacional de Electricidad se debe leer Ministerio del Ambiente y Energía.

Por su parte la *Ley general de agua potable*, No. 163 de 1953 afirma en su *artículo 1*:

Se declaran de utilidad pública el planeamiento, proyección y ejecución de las obras de abastecimiento de agua potable en las poblaciones de la República.

Y, en su *numeral 2* manda:

Son del *dominio público* todas aquellas tierras que tanto el Ministerio de Obras Públicas como el Ministerio de Salud, consideren indispensables para construir o para situar cualquier parte o partes de los temas de abastecimiento de aguas potables, así como para asegurar la protección sanitaria y física del caudal necesario de las mismas. (...).

#### 14. MINAS

De acuerdo con el **Código de minería** (Ley No. 6797-1982), *artículo 1*:

El Estado tiene el dominio absoluto, inalienable e imprescriptible de todos los recursos minerales que existen en el territorio nacional y en su mar patrimonial, cualquiera que el origen, estado físico o naturaleza de las sustancias que contengan.

#### 15. DOMINIO AEREO

El *artículo 6* de la **Carta Magna** establece que el Estado costarricense ejerce la **soberanía** completa y exclusiva en el espacio aéreo de su territorio. La ley de aviación civil, (No. 5150 de 1973 y sus reformas) tampoco indica hasta dónde llega ese espacio aéreo. (José Pereira Pérez, **Bienes públicos**, San José, Revista Judicial, No. 30, 1984, pp. 124 a 126).

#### 16. SOBERANIA Y DOMINIO PUBLICO

No deben confundirse los conceptos de soberanía con el de dominio público. La **soberanía** es la potesta de imperium que ejerce el Estado sobre todo el país; y, el **dominio público** es el conjunto de bienes estatales sujeto al régimen de derecho administrativo especial, distinto al que regula los bienes privados (patrimoniales) de la Administración Pública; y, por ende, diferente de la propiedad del sector privado.

Definición

#### 17. CALLES Y CAMINOS

Se trata de vías públicas para el uso de la comunidad en general.

El numeral 4 de la **Ley de tránsito** (No. 7331-93) manda que sólo pueden circular legalmente por las *vías públicas* los vehículos, de propiedad privada o pública que tengan los requisitos siguientes (...).

*Vía pública* aquella por la que hay libre circulación (**artículo 220**, inciso 100). *Calzada*: superficie de la vía sobre la que transitan los vehículos (inciso 14) *Calles locales*: vías públicas incluidas dentro del cuadrante de una aérea urbana que no estén clasificadas como travesías urbanas de la red vial nacional (inciso 15). *Caminos no clasificados*: caminos públicos tales como los caminos de herradura, sendas, veredas y los trillos (inciso 16).

Por lo que hace a la **Ley general de caminos públicos** (No. 5060-1972), su **artículo 1** manda que los caminos públicos se clasifican en:

**Artículo 1.**—Para los efectos de la presente ley, los caminos públicos, según su función —con su correspondiente órgano competente de administración— se clasificarán de la siguiente manera:

**Red Vial Nacional:** Corresponde su administración al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, el cual la definirá según los requisitos que al efecto determine el Poder Ejecutivo, por vía de acuerdo. Esta red estará constituida por las siguientes clases de caminos públicos:

- a) *Carreteras primarias*: red de rutas frontales, para servir de corredores, caracterizados por volúmenes de tránsito relativamente altos y con una alta proporción de viajes internacionales, interprovinciales o de larga distancia.



- b) *Carreteras secundarias*: rutas que conecten cabeceras cantonales por carreteras primarias, así como otros centros de población, producción o turismo que generen una cantidad considerable de viajes interregionales o intercantonales
- c) *Carreteras terciarias*: Rutas que sirven de colectoras del tránsito para las carreteras primarias y secundarias, y que constituyen las vías principales para los viajes dentro de una región, o entre distritos importantes.

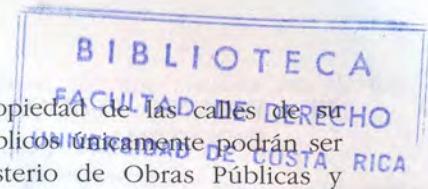
El Ministerio de Obras Públicas y Transportes designará, dentro de la Red Vial Nacional, las carreteras de acceso restringido, en las cuales sólo se permitirá el acceso o la salida de vehículos en determinadas intersecciones con otros caminos públicos. También designará las autopistas, que serán carreteras de acceso restringido, de cuatro o más carriles, con o sin isla central divisoria.

**Red Vial Cantonal:** Corresponde su administración a las municipalidades.

Estará constituida por los siguientes caminos públicos, no incluidos por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes dentro de la Red vial nacional:

- a) *Caminos vecinales*: Caminos públicos que suministren acceso directo a fincas y a otras actividades económicas rurales; unen caseríos y poblados con la Red vial nacional, y se caracteriza por tener bajos volúmenes de tránsito y altas proporciones de viajes locales de corta distancia.
- b) *Calles locales*: Vías públicas incluidas dentro del cuadrante del área urbana, no clasificados como travesías urbanas de la Red vial nacional.
- c) Caminos públicos no clasificados dentro de las categorías descritas anteriormente, tales como caminos de herradura, sendas, veredas, que proporcionen acceso a muy pocos usuarios, quienes sufragarán los gastos de mantenimiento y mejoramiento. (Así reformado por Ley Nº 6676 del 18 de setiembre de 1981).

**Artículo 2:** Son propiedad del Estado todos los terrenos ocupados por carreteras y caminos públicos existentes o que se construyan en el futuro.



Las municipalidades tienen la propiedad de las calles de su jurisdicción. Las carreteras y caminos públicos únicamente podrán ser construidos y mejorados por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

Sin embargo, con previa autorización de dicho Ministerio, las municipalidades y las instituciones descentralizadas del Estado, que tengan funciones relacionadas con la construcción de vías públicas, podrán ejecutarlas directamente a través de terceros.

Tratándose de caminos nuevos o ampliaciones, las partes interesadas solicitarán al Ministerio citado, los estudios y recomendaciones técnicas de rigor, debiendo en este caso, indicar los recursos económicos de que disponen para realizarlos.

Cumplido este requisito, el Ministerio mencionado, deberá pronunciarse, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de recibo de la solicitud.

De no pronunciarse dentro de este término, los interesados podrán realizar las obras, sin que el Ministerio pueda excluirlos de sus programas de mantenimiento y mejoramiento. (Así reformado por Ley Nº 6312 del 12 de enero de 1979).

## 18. ZONA MARITIMO TERRESTRE

*Ley No. 6043-1977 y sus reformas*

*Su artículo 1* manda que la zona marítimo terrestre constituye parte del patrimonio nacional, pertenece al Estado y es inalienable e imprescriptible.

*Artículo 10:* la zona marítimo terrestre se compone de dos secciones: **zona pública**, que es la faja de 50 metros de ancho a contar de la pleamar ordinaria y las áreas que quedan al descubierto durante la marea baja; y, la **zona restringida**, constituida por franja de los 150 metros restantes o por los demás terrenos en caso de islas. Los islotes, peñascos, y demás áreas pequeñas y naturales que sobresalgan del mar corresponden a la zona pública.

*Artículo 11:* Zona pública es –también– sea cual fuere su extensión, la ocupada por todos los manglares de los litorales continentales e insulares y esteros del territorio nacional.

## 19. DOMINIO PUBLICO EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

En esta clase de propiedades, la expresión **dominio público** significa lo siguiente:

Cada uno de nosotros tenemos derecho a usar para nuestro beneficio la explotación de una obra intelectual, industrial, etc., una vez que ha pasado al dominio público; es decir, que ha dejado de pertenecer a una persona (dominio privado), de acuerdo con la protección que la ley otorga, para trasladarse al dominio o pertenencia de todos los miembros de la comunidad (individualmente considerada). No se trata de estimar que se traspasa a la colectividad como conjunto, sino a cada uno de sus miembros.

Así por ejemplo, la **Ley de derechos de autor y derechos conexos** en su **artículo 58** manda que:

Los derechos de autor son permanentes durante toda la vida de éste. Después de su fallecimiento, disfrutarán de ellos, por el término de cincuenta años quienes los hayan adquirido legítimamente.

### Artículo 61:

La obra cinematográfica gozará de protección, por cincuenta años desde su publicación.

### Artículo 75:

Se permite a todos reproducir libremente, las Constituciones, Leyes, Decretos, acuerdos municipales, reglamentos y demás actos públicos, bajo la obligación de *conformarse estrictamente con la edición oficial*. *Los particulares también pueden publicar códigos y colecciones de legislativas, con notas y comentarios, y cada autor será dueño de su propio trabajo.*

*Observación:* En este caso se dice que la publicación de esas normas jurídicas es libre, que pertenece al dominio público, al dominio de cada una de las personas de la sociedad. Y, se considera así por cuanto se ha tomado la decisión de que la difusión del ordenamiento jurídico es

importante para la salud de la sociedad, máxime cuando uno de los supuestos para el funcionamiento del colectivo es que "nadie puede alegar ignorancia de la Ley debidamente publicada en La Gaceta".

## 20. AFECTACION Y DESAFECTACION

a) **La afectación** o la consagración, es el hecho o la manifestación de voluntad del Poder Público, para una "cosa" quede incorporada al uso y goce de la comunidad.

Esa **afectación** debe hacerse mediante una Ley, por regla general y debe estar destinada a satisfacer un interés o necesidad pública.

b) **Desafectar** es sustraer o quitar una "cosa" del dominio público (de la titularidad del Estado y del régimen del derecho administrativo) para pasarla al dominio privado o como bien patrimonial estatal -subordinado al derecho privado-. Así este bien deja de ser público para ser privado.

**La desafectación** procede, igualmente, por lo general, mediante Ley.

Recordemos de nuevo aquí, que no hay bienes que por derecho natural o divino, sean de dominio público (bienes públicos). Es la voluntad del Estado, la que mediante la Ley (Poder Legislativo) establece el carácter público de las "cosas, **de cualquiera de ellas**. De ahí la importancia del elemento **normativo** dentro de esta temática del dominio público: es la norma (Ley) la que determina ese demanio público (Marienhoff, pp. 175 a 252; 209).

## 21. CONCLUSIONES

El tema del dominio público siempre reviste relevancia al relacionarlo con el bien común de la sociedad.

Cualquier bien o cosa puede ser susceptible de incorporarse (ser afectado o consagrado) al dominio público; e, igualmente puede ser desafectado o desconsagrado respecto de este dominio.

## 22. BIBLIOGRAFÍA

- Balbé, Manuel. **Concepto de dominio público** (Barcelona: Bosch, 1950).
- Berthélemi, H. **Traité Elémentaire de Droit Administratif** (Paris: Rousseau, 1920).
- Bonfante, Pedro. **Instituciones de Derecho Romano** (Madrid: Reus, 1965).
- Brenes Córdoba, Alberto. **Tratado de los bienes** (San José: Ed. Costa Rica, 1963).
- Brewer-Carias, Allan. **Derecho Administrativo** (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1981).
- De Laubadere, André. **Traité Elémentaire de Droit Administratif** (Paris: LGDJ, 1970).
- De Soto, Jean. **Droit Administratif. Théorie Générale du Service Public** (Paris: Ed. Montchrestien, 1981).
- Fiorini, Bartolomé. **Manual de Derecho Administrativo** (Buenos Aires: La Ley, 1968).
- Forthoff, Ernst. **Tratado de derecho administrativo** (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958).
- García de Enterría, Eduardo. **Curso de Derecho Administrativo** (Madrid: Civitas, 7a. ed., 1995).
- González, Danilo. **Dominio público de la milla marítima** (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, tesis de licenciatura, 1962).
- Hauriou, Maurice. **Précis de Droit Administratif** (Paris: Recueil Sirey, 1921).
- Jiménez Blanco, Salvador. **Elementos de Derecho Civil y Penal de Costa Rica**. (San José: Imprenta de Guillermo Molina, 4 tomos, 1874).
- Landi, Guido; Potenza, Giuseppe. **Manuale di Diritto Amministrativo**. (Milano: Dott A Giuffrè, 1974).
- Marienhoff, Miguel. **Tratado de derecho administrativo**. Dominio público (Buenos Aires: Abeledo Perrot, T.V., 1988).
- Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas** (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1971).

- Mayer, Otto. **Derecho Administrativo alemán** (Buenos Aires: Depalma, 1982).
- Mommsen, Theodoro. **Compendio de derecho romano** (Buenos Aires: Albatros, 1942).
- Morice, Olga. **Dominio público sobre los bienes de las empresas de economía mixta** (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, tesis de licenciatura, 1984).
- Oderigo, Mario. **Sinopsis del derecho romano** (Buenos Aires: Depalma, 1957).
- Ortiz, Eduardo. **Lecciones de Derecho Administrativo** (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1970).
- Dictamen sobre frecuencias radiales** (San José: inédito, s.f.)
- Parejo Alfonso, Luciano. **Dominio público. Un ensayo de reconstrucción de su teoría general** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 100-102, vol. III, 1983, pp. 2379 a 2422).
- Prat, Julio. **Derecho Administrativo** (Montevideo: Acali, T. 4, 1979).
- Peralta, José. **Diccionario de la Ley de tránsito** (San José: Olpak, 1994).
- Pereira, José. **Los bienes públicos** (San José: Revista Judicial, No. 30, 1984).
- Romero-Pérez, Jorge Enrique. **Derecho Administrativo. Ensayos** (San José: Euned, 2a. ed., 1993).
- El servicio público** (San José: Universidad de Costa Rica, 1983).
- Antología del servicio público** (San José: Universidad de Costa Rica, 1982).
- Derecho Administrativo y Estado costarricense** (San José: Universidad de Costa Rica, 1984).
- et al **Reforma al artículo 121, inciso 14 de la Carta Magna** (San José: Panel Asamblea Legislativa, 1996).
- Sayagues Laso, Enrique. **Tratado de derecho administrativo** (Montevideo: Eds. Martin Bianchi, 1959).





TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Licda. Marta E. Odio Benito
Graduada en Trabajo Social
Especialista en Derecho Internacional

LIBRERIA FACULTAD DE DERECHO

## SUMARIO:

Preámbulo

Introducción

1. Breve proceso que dio origen al Tribunal
2. Otros tribunales en la historia de la Organización de las Naciones Unidas: Nuremberg y Tokio

Parte I - La creación del Tribunal

1. Marco contextual
2. Resoluciones del Consejo de Seguridad

Parte II

- A. Bases jurídicas fundamento del Tribunal
  1. Génesis del Tribunal: mecanismo de creación
- B. Objetivos
- C. Conclusiones

Anexo

Bibliografía

*"Fiat Justitia ne pereat mundus"*

HEGEL, 1821

## **PREAMBULO**

*En el marco de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad,<sup>(1)</sup> al amparo de la resolución 808 del 22 de febrero de 1993, dispuso la creación del TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA JUZGAR A LOS PRESUNTOS RESPONSABLES DE VIOLACIONES GRAVES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO COMETIDOS SOBRE EL TERRITORIO DE LA ANTIGUA YUGOSLAVIA DESDE 1991.<sup>(2)</sup>*

La constitución del Tribunal ha sido calificada como un acontecimiento de trascendental relevancia en el ámbito internacional, por sus repercusiones jurídico-políticas que han levantado voces de aprobación y de crítica en torno a la oportunidad, necesidad, mecanismo de creación y efectividad de esta jurisdicción penal internacional "ad hoc".

Por su naturaleza, se afirma que el Tribunal es el primero en su género creado por la organización de las Naciones Unidas para dar respuesta judicial a las exigencias de un caso particular: la ex Yugoslavia,

(1) Organismo de las Naciones Unidas, estatutariamente creado en la Carta constitutiva de esta organización internacional, firmada el 26 de junio de 1945, en San Francisco, en vigor desde el 24 de octubre del mismo año. En el artículo 7 se dispuso la creación de este Consejo, al cual se le confía "la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales", y se le concede facultades suficientes para representar a los miembros de las Naciones Unidas en el desempeño de las funciones para el cumplimiento de dicha responsabilidad, definidas en los Capítulos VI, VII y XII (artículo 24, párrafo 1 y 2 del Estatuto).

El Consejo de Seguridad está compuesto por 15 miembros de las Naciones Unidas, 5 permanentes y 10 elegidos por períodos de dos años (Artículo 23, párrafos 1 y 2).

(2) En adelante denominado "el Tribunal".

en cuyo territorio se han perpetrado crímenes contra la humanidad que han conmocionado la conciencia del conglomerado humano y que atentan contra la paz y la seguridad internacionales.

Dada su reciente creación, son escasas las fuentes de información que se disponen en Costa Rica para conocer de este hecho que, sin duda alguna, dejará su huella en la historia de la organización de las naciones, en su esfuerzo por armonizar o restaurar la convivencia pacífica entre los pueblos.

Sin pretender abordar exhaustivamente todos los caracteres inherentes a su naturaleza jurídica, dado los límites que impone un artículo, nos limitaremos a hacer referencia a algunos hechos que condujeron a la creación del Tribunal, a precisar cuál es su fundamento jurídico y señalar los fines que persigue.

Para lograr estos propósitos, dos tipos de fuentes fueron consultadas, a saber:

- Primarias: Entrevista a un miembro del Tribunal.<sup>(3)</sup>
- Secundarias: Fuentes bibliográficas y documentales: textos legales y resolutivos.

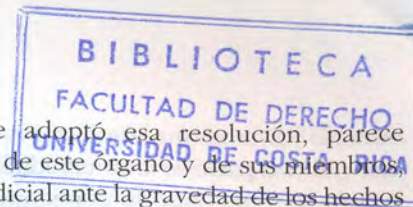
## INTRODUCCION

### 1. Breve proceso que dio origen al Tribunal

Por la complejidad de la Organización de las Naciones Unidas, en razón de su composición, estructura organizativa, sistemas normativos sustantivos y procesales y a la diversidad y contraposición de intereses geo-políticos, económicos y de otras índoles, la adopción de resoluciones de los órganos y estados que la componen, en torno a los asuntos que tratan en sus agendas, es el fruto de intensos y largos procesos de negociación entre los sujetos parte.

No ha dejado, por ello, de sorprender la celeridad con la que el Consejo de Seguridad aprobó en su sesión 3175 del 22 de febrero de 1993 la resolución 808 (1993), con la cual decidió crear un "Tribunal para juzgar a las personas que se presumen responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991".

(3) Entrevista con la Licda. Elizabeth Odio Benito, Vicepresidenta del Tribunal, 27 de diciembre de 1994.



La forma rápida en que se adoptó esa resolución, parece evidenciar la urgencia que a los ojos de este órgano y de sus miembros significó el procurar una respuesta judicial ante la gravedad de los hechos violatorios del Derecho Internacional Humanitario, con una triple función:

- Preventiva (la perspectiva de ser juzgados podría disuadir a ciertos responsables o ejecutores de estos crímenes a continuar perpetrándolos: una sola vida salvada, el ultraje de una mujer, de un hombre o de un niño, evitado, por sí solos, justifican la existencia del Tribunal).
- Represiva, razón de primer orden, ya que si no es posible resucitar a los muertos o borrar los sufrimientos al menos, y sin ánimo de venganza, hacer justicia, es la mínima consideración que merecen las víctimas.
- Simbólica, como un testimonio de la voluntad de la comunidad internacional para hacer respetar a aquellos que se burlan de las normas del derecho internacional.<sup>(4)</sup>

### 2. Otros Tribunales en la historia de la Organización de las Naciones Unidas: Nuremberg y Tokio

Al señalarse en las líneas anteriores que el Tribunal es una instancia judicial singular en el seno de la Organización, obliga a hacer mención a la existencia de otras dos experiencias precedentes: los Tribunales internacionales de Nuremberg y Tokio. No obstante, estos últimos tribunales no pueden asimilarse al actual Tribunal en virtud de las diferencias esenciales que los distinguen.

Los Tribunales de Nuremberg y Tokio, fueron de corte militar, creados en otras circunstancias históricas, fundamentados en principios de orden moral y de derecho de naturaleza diferente.

Sin ánimo de establecer una comparación muy acabada vale citar algunos caracteres que ilustran las diferencias. En primer término se menciona lo relativo al carácter internacional del Tribunal: en contraposición a los Tribunales de Nuremberg y Tokio se les atribuye un sentido multinacional y no tribunales internacionales en sentido

(4) PELLET, Alain. *Le Tribunal Criminel International pour l'ex-Yougoslavie*. Editions A. Pedone. París, 1994, p. 58.

estricto.<sup>(5)</sup> Esta afirmación descansa en el hecho de estar representados solo por una parte de la comunidad mundial: los vencedores del conflicto bélico: rasgo reconocido por el mismo Tribunal de Nuremberg.<sup>(6)</sup>

En el caso del Tribunal, apreciamos que no se trata de aplicar unilateralmente el derecho de los vencedores a los vencidos –por justificado que sea–, sino más bien, el Tribunal persigue a todos los culpables en representación de la comunidad internacional en su conjunto, sin distingos de ninguna índole.

Una segunda diferencia radica en la composición de los Tribunales. El Tribunal de Tokio por ejemplo, fue integrado por 11 jueces designados por el General Douglas McArthur, Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas elegidos entre los países que sufrieron los embates del militares del Japón (nueve de ellos, de los países signatarios del instrumento de capitulación del Japón, más un juez originario de la India y otro de Filipinas). Por el contrario, el Tribunal no es un órgano de un grupo de estados, es una instancia del conjunto de la comunidad internacional.

En consecuencia con este principio, los 11 jueces que integran el Tribunal fueron elegidos por la Asamblea General, entre una lista de candidatos presentados por los Estados miembros y los Estados no miembros, representados por una misión permanente ante la Organización de las Naciones Unidas, con rango de Observador.

El Secretario General invitó a los Estados Unidos a que enviaran los nombres de sus candidatos y el Consejo de Seguridad presentó la nómina de 23 candidatos a la Asamblea General, tomando en cuenta que en ésta, estuvieran representados los principales sistemas jurídicos del mundo y que sus candidatos reunieran los requisitos de: integridad moral, idoneidad profesional, imparcialidad e independencia, condiciones esenciales para el ejercicio de las altas funciones judiciales inherentes al Tribunal.<sup>(7)</sup>

(5) B.V.A., Röling. *The law of War and the National Jurisdiction since 1945* (le droit de la guerre et la compétence nationales depuis 1945). La Haye, Académie de droit international, *Recueil des cours*. 1960, 11, p. 356. (Levden A. W. Sijthoff, 1961).

(6) *Proces des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945-1er. octobre 1946* (Nuremberg, 1947), Vol. 1, p. 230.

(7) En el Anexo se presenta la composición del Tribunal.

Entre los 11 jueces elegidos, se encuentran juristas del derecho latino y del “common law”, tres asiáticos, una norteamericana, una latinoamericana, tres africanos, dos europeos y un australiano.

Un tercer rasgo que marca la diferencia entre los dos tipos de tribunales, se refiere a la competencia. Nuremberg y Tokio estaban habilitados para juzgar a los responsables de los crímenes cometidos durante el conflicto armado internacional: el Tribunal es competente no sólo para juzgar a los presuntos responsables de los crímenes cometidos entre los Estados, sino también a los que han sido consecuencia del conflicto interno.

## PARTE I - LA CREACION DEL TRIBUNAL

### 1. Marco contextual

Aún a pesar de la imposibilidad de exponer suscintamente el origen de este ancestral conflicto entre los diversos grupos étnicos y religiosos, que conforman la población de la hoy ex-República Federal Yugoslava, no podemos dejar de mencionar los hechos más relevantes generadores del actual conflicto que se remonta a 1991. Estos se expondrán a continuación de acuerdo con su cronología.

- El 21 de junio de 1991, Croacia y Slovenia proclaman su independencia de la Federación de la República Federal Yugoslava: es el inicio del proceso de disolución de la República Federal.
- Ese mismo día, entran en combate las fuerzas federadas contra los croatas y slovenos.
- El 7 de julio de 1991, en el marco de los acuerdos de Brioni, se inician las negociaciones de las partes en conflicto sin llegar a soluciones pacíficas. La independencia de Croacia y Slovenia es confirmada el 8 de octubre.
- El 1º de mayo de 1992, los ciudadanos de Bosnia-Herzégovine, por medio de un referendum, se pronuncian a favor de la independencia, lo que provoca mortales enfrentamientos entre las fuerzas militares serbias, musulmanas y croatas.
- El 6 de abril de 1992, el Parlamento del pueblo serbio proclama la independencia de la República serbia de Bosnia-Herzégovine.

- El 27 de abril de 1992 el Parlamento de Belgrado, dándole curso al proceso de disolución de la R.F.S.Y., adopta la nueva constitución de la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro).

Los cruentos combates y el horror de actos inhumanos, violatorios del Derecho Internacional y acuerdos internacionales, comenzaron a recorrer el mundo en imágenes e informes.

La prensa internacional jugó un papel determinante, así, por ejemplo, en agosto de 1992, la prensa norteamericana reveló la gravedad de los hechos, confirmados por el Comité Internacional de la Cruz Roja (C.I.C.R.) y el Alto Comisionado para los Refugiados (H.C.R.). Comienza a formarse una opinión pública mundial que repudia los graves actos y reclama la intervención de la comunidad internacional.

Los informes continúan proliferando. Ante este estado de cosas, la Comisión de Derechos Humanos inicia sus pesquisas y rinde un informe sobre las atrocidades que están ocurriendo en el territorio de la agonizante Yugoslavia, en particular en Bosnia-Herzégovine:

- Ejecuciones sumarias y arbitrales.
- Desapariciones forzadas.
- Torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- Detenciones arbitrarias.
- Toma de rehenes.
- Ataques deliberados contra las poblaciones civiles, los hospitales, las ambulancias.
- Devastaciones de bienes de particulares y bienes patrimonio de la humanidad.
- Violaciones graves de los derechos humanos en los lugares de detención.
- Expulsiones y transferencias o desplazamientos masivos y forzados de personas de sus hogares, en violación flagrante de los derechos humanos, tendientes de desunir los grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos.
- Violación sistemática y prostitución de miles de mujeres, como forma de "depuración étnica y de terror", etc.

En el verano de 1992, la existencia de estos actos ya no daba lugar a duda alguna; las informaciones sobre los hechos exactos, los lugares

donde se cometían, las circunstancias, los nombres de sus autores y de las víctimas los evidenciaron. Ello provocó la toma de conciencia del conglomerado de las naciones y de numerosas instancias internacionales que comenzaron a pronunciarse.

Así, por ejemplo, la Conferencia de Londres, celebrada el 28 de agosto de 1992, en su Acta final, adoptó decisiones específicas e invitó a los Gobiernos y organizaciones internacionales a levantar un registro de las violaciones comprobadas del Derecho Internacional Humanitario y a colaborar con el Secretario General de las Naciones Unidas, en la recopilación de esas informaciones.<sup>(8)</sup>

Por su parte, la Comisión de Derechos Humanos en sesión extraordinaria, dispuso nombrar un Relator Especial, con el mandato expreso de "reunir informaciones de primera mano sobre la situación de los derechos humanos en el territorio de la ex-Yugoeslavia, en particular en Bosnia-Herzégovine: de recoger informaciones de los gobiernos, de particulares, de organizaciones intergubernamentales y de organizaciones no gubernamentales, pertinentes y fidedignas, utilizando para ello los mecanismos existentes en la Comisión de Derechos Humanos". Así también, de "recoger y sistematizar aquellas informaciones que pudieran constituir crímenes de guerra y ponerlas a la disposición del Secretario General, para que eventualmente pudieran servir para progresar a las personas que violaron el Derecho Internacional Humanitario."<sup>(9)</sup>

El nombramiento de Relator Especial recayó al Sr. Tadeusz MAZOWWIECHKI, ex-Primer Ministro de Polonia, quien ha rendido numerosos reportes, dando informaciones precisas sobre las violaciones comprobadas "in situ".

## 2. Resoluciones del Consejo de Seguridad

Una serie de resoluciones del Consejo de Seguridad fue emitida por este órgano, antes de la adopción de la 808 (1993), en la que dispuso instaurar el Tribunal.

(8) Documento Final LC/C7, 27 de agosto de 1992.

(9) Resolución 1992/S-2, precedida por la Resolución 1992/S-1/1, adoptada en la sesión extraordinaria Nº 14 de 3 de agosto de 1992; y las resoluciones 1992/S-2 del 1º de diciembre de 1992 y 1993/7 del 23 de febrero de 1993.

A efecto de conocer la lógica del proceso, hemos creído oportuno hacer referencia, en forma resumida, al contenido de algunas de estas resoluciones:

- Resolución 713 (1991). El 25 de setiembre de 1991, el Consejo de Seguridad, que en un principio había dejado actuar a los europeos, adopta su primera resolución al amparo del Capítulo VII de la Carta, al constatar "que la prolongación de la situación en los territorios de la ex-Yugoeslavia, creaba una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales". Resuelve entonces decretar en embargo sobre el suministro de armamentos y equipos militares.
- Resolución 724 (1991). Como los combates no cesaban, el 15 de diciembre de 1991, el Consejo dispuso "enviar un pequeño grupo a la región, incluyendo personal militar". Es esta la primera manifestación de la fuerza de protección de las Naciones Unidas.
- Resolución 752 (1992). El Consejo hace un llamado a las partes en conflicto y a otras interesadas, para poner término a las expulsiones forzadas de las personas de su lugar de residencia, así como a toda otra tentativa de cambiar la composición étnica de la población.
- Resolución 757 (1992). El Consejo de Seguridad en esta resolución del 30 de mayo, condena expresamente a "las autoridades de la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) y adopta rigurosas sanciones en su contra".  
Reitera, además, lo dispuesto en la resolución 752.
- Resolución 764 (1992), adoptada el 13 de julio de 1992. El Consejo hizo un llamado a las partes para someterse a las obligaciones derivadas del Derecho Internacional –particularmente de las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949– y calificó expresamente la responsabilidad individual de las personas que cometan u ordenen cometer a otros graves violaciones a estas convenciones (decisión de especial relevancia).
- Resolución 771 (1992) del 13 de agosto de 1992. El Consejo pide a los Estados y a las organizaciones humanitarias internacionales transmitirle las informaciones que tenga a su disposición.
- Resolución 780 (1992) del 6 de octubre. El Consejo resuelve establecer un mecanismo de encuesta: le encarga al Secretario General constituir urgentemente una Comisión imparcial de expertos para examinar y analizar la información solicitada en la

resolución 771 (1992), así como cualquier otra información que esta Comisión pudiere obtener por sus propias encuestas, o gracias a los esfuerzos de otras personas u órganos, en el marco de la resolución 771, en vista de abortar al Secretario General sus conclusiones en torno a las violaciones al Derecho Internacional Humanitario y violaciones graves a los Convenios de Ginebra, probados y perpetrados en el territorio de la ex-Yugoeslavia.

El 14 de octubre de 1992, el Secretario General, de conformidad con el párrafo 3 de la resolución 780, presentó al Consejo un informe (S/24657), la creación de dicha Comisión, el 26 de octubre designó al Presidente y a los otros cuatro miembros que la integraron.

En carta del 9 de febrero de 1993, el Secretario General transmitió al Consejo de Seguridad un informe de la Comisión de expertos (S/25274). En éste, los expertos constatan la existencia de las violaciones al Derecho Internacional Humanitario y graves violaciones a los Convenios de Ginebra, entre ellos; homicidios voluntarios, "limpieza étnica", asesinatos masivos, tortura, violaciones a mujeres, actos de pillaje y destrucción de bienes civiles, destrucción de bienes culturales patrimonio de la humanidad y detenciones arbitrarias.

En su informe, la Comisión manifestó que en caso de que el Consejo de Seguridad u otras instancias internacionales dispusieran crear un tribunal especial para juzgar a los presuntos responsables de tales actos, tal iniciativa sería conforme a la orientación de sus trabajos.

Tal es el contexto en el cual el Consejo de Seguridad ha examinado y adoptado la resolución 808 (1993), una vez constatado la existencia de los hechos, reafirmando que tal estado de cosas constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Se declaró resuelto a ponerle fin a tales crímenes y a tomar las medidas eficaces para juzgar a las personas responsables.

El contenido de las resoluciones citadas constituyen el sustrato que fundamenta la resolución 808 (1993). En la parte preambular, el Consejo reafirmó la resolución 713 (1991), así como las que le sucedieron; hace particular mención a las resoluciones 764 (1992), 771 (1992) y 780 (1992).

El Consejo se declaró, una vez más, alarmado sobre los actos generalizados y violatorios del Derecho Internacional Humanitario, cometidos en el territorio de la ex-Yugoeslavia, en especial los asesinatos masivos y la práctica de la "limpieza étnica". Reafirmó que esta situación constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, en consecuencia, en el párrafo primero resolutivo, dispone la "CREACION DEL TRIBUNAL", como medida judicial para procesar a los presuntos responsables.

En la resolución 820 (1993), del 17 de abril de 1993 el Consejo reitera su condena a los autores de los actos criminales, insistiendo en la práctica de "depuración étnica" y en las violaciones organizadas y sistemáticas de mujeres. Insiste en la individualización de las responsabilidades de los autores o de aquéllos que ordenaren los crímenes.

La resolución 827 (1993), adoptada el 25 de mayo de 1993, define el tercer objetivo que se pretende con la creación del Tribunal, "contribuir (...) a la restauración y al mantenimiento de la paz", en tanto medida adoptada en virtud del Capítulo VII de la Carta, frente a una "amenaza a la paz y a la seguridad internacionales". Esta resolución del Consejo hace énfasis en que el Tribunal ha sido concebido como uno de los medios para favorecer gradualmente el cese de hostilidades armadas y el retorno a la normalidad.

En la resolución 828 (1993), el Consejo, en su sesión Nº 3217, del 25 de mayo de 1993, adopta el Estatuto del Tribunal.

En esta resolución, el Consejo demanda al Tribunal la redacción del Reglamento y de Prueba, para normar la fase preliminar a la audiencia, la audiencia, la receptibilidad de la prueba, la protección de las víctimas, de los testigos, derechos del acusado, indemnizaciones, recursos y otras normas del proceso.

## PARTE II

### A. BASES JURIDICAS FUNDAMENTO DEL TRIBUNAL

#### 1. Génesis del Tribunal: mecanismo de creación

Si bien la resolución 808 (1993) dispone crear el Tribunal, es omisa en cuanto al mecanismo de constitución y su fundamento jurídico.

En torno a la autoridad para crear el Tribunal surgieron tesis contrapuestas, a saber: la más ortodoxa fue la sostenida por la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (C.S.C.E.), cuyos portavoces consideraron que el Tribunal debía ser creado por la vía convencional. Método que a su juicio ofrece mayores garantías, en tanto son los Estados parte quienes acuerdan su constitución y aprueban el estatuto.

Una vez redactado el instrumento por un órgano internacional (v.g.] la Asamblea General o una Conferencia convocada para tal efecto), al aprobarse, pasa a la firma y ratificación por parte de los Estados miembros.

La garantía del procedimiento descrito radica en el apoyo internacional del instrumento, producto de la negociación de las partes quienes, en el ejercicio pleno de su soberanía, deciden formar parte o no del tratado.

No deja de ser éste un argumento de peso, por cuanto la creación de un tribunal por esta vía, lo dotaría de un carácter más universal y, por ende, más sólido, lo que le permitiría una mejor inserción en el seno de las Naciones Unidas. Sin embargo, este método convencional presenta el serio inconveniente del tiempo para su adopción. Por otra parte, tampoco representa una garantía total para hacer eficaz el instrumento, porque podría no obtener el número de ratificaciones necesarias para ello.

Parece que este era el sentir del Grupo de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional (C.D.I.) quien, en su primer informe, afirmó:

"... Una corte penal internacional debe de estar dotada de un estatuto que le sea propio, bajo la forma de un tratado. Ningún otro método le daría a la corte la garantía de un apoyo internacional suficiente para funcionar adecuadamente".<sup>(10)</sup>

En otra dirección, el Comité de Juristas franceses fue favorable a la instauración de un tribunal ad-hoc, por la vía de la resolución, en el marco de las Naciones Unidas, cuya Carta, en su Capítulo VII, le atribuye competencia al Consejo de Seguridad para adoptar medidas tendientes al restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales, previa determinación de la "existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión" (art. 39).

El artículo 41 del mismo texto, autoriza expresamente al Consejo de Seguridad a:

"Decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones...".

Interesa además hacer referencia al artículo 29, contenido en el Capítulo V de la carta, que a la letra dice:

"El Consejo de Seguridad podrá establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones".

(10) Informe de la C.D.I., A/47/10, ANEXO, part. 437, p. 161.

Como puede colegirse de las normas citadas –entre otras de la Carta– el Consejo de Seguridad es un órgano de las Naciones Unidas con facultades suficientes para adoptar medidas que, como el establecimiento de un tribunal penal internacional, contribuyan a la efectividad de sus decisiones, dentro de los límites de sus atribuciones.

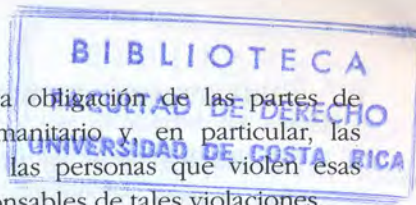
El Secretario General en su informe S/25704, Add. 1, 1993, de conformidad con el párrafo 2 dispositivo de la resolución 808 (1993), expresó la incompatibilidad entre la “urgencia” declarada por el Consejo y la participación de la Asamblea General en la redacción o examen del Estatuto del Tribunal, por las razones aducidas supra en cuanto al procedimiento de adopción.<sup>(11)</sup> Agrega, en el citado informe, que, en su criterio, existen otras formas de hacer valer la autoridad y el prestigio de la Asamblea General, mencionando concretamente la elección de los jueces y la aprobación del presupuesto, lo que le otorga poder de control sobre el funcionamiento del Tribunal.

El informe de los co-presidentes del Comité Director de la Conferencia Internacional sobre la ex-Yugoeslavia (S/25221), se pronuncia en favor de la creación del Tribunal. La Comisión de Juristas italianos, constituida por el Gobierno de Italia para examinar la cuestión que nos ocupa, también fue favorable a este procedimiento.

Se desprende de estas últimas opiniones una cierta coincidencia en la creación del Tribunal por el método no convencional porque, además de la ventaja de procedimiento rápido, en comparación con el tradicional, tampoco está exento de efectividad, en tanto los Estados, en virtud del Capítulo VI de la Carta, está compelidos de ejecutar la decisión del Consejo en forma coercitiva. La decisión tiene también su fundamento en derecho, tanto por el objeto como por su propósito.

Como se indicó, el Consejo de Seguridad constató que la situación de violaciones generalizadas del Derecho Internacional Humanitario en los territorios de la ex-Yugoeslavia, constituían una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales, en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas exigió a todas las partes del conflicto y las otras interesadas, así como a todas las fuerza militares en Bosnia-Herzégovine, someterse a las disposiciones de la resolución 771 (1992), de lo contrario, el Consejo anunció que tomaría otras disposiciones de conformidad con la Carta.

(11) SECRETARIO GENERAL, Informe, según disposición del párrafo 2 de la resolución 808 (1993). *Estatuto, Reglamento de Procedimiento y de Prueba, Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, cometidos en el territorio de la ex-Yugoeslavia desde 1991*. Holanda, 1994, p. 198.



Asimismo, el Consejo reafirmó la obligación de las partes de respetar el Derecho Internacional Humanitario y, en particular, las Convenciones de Ginebra; señaló que las personas que violen esas convenciones son individualmente responsables de tales violaciones.

En su resolución 808 (1993), el Consejo expresó su convicción de que, en las circunstancias particulares prevalecientes en la ex-Yugoeslavia, la creación de un Tribunal internacional permitiría poner fin a tales crímenes y a tomar medidas eficaces para que los responsables de tales actos sean juzgados en justicia, lo cual contribuiría a la restauración y al mantenimiento de la paz.

En el preámbulo de la resolución 808 (1993), el Consejo presenta la creación del Tribunal, como una “medida especial tomada por él”.

El método adoptado para la constitución del Tribunal, con fundamento en el Capítulo VII de la carta, impone ciertos límites; éste es solo jurídicamente válido en la medida en que conduzca a la restauración y al mantenimiento de la paz. De ello está consciente el Consejo, quien por su resolución 827 (1993):

“Decide (...) crear un tribunal internacional con el solo propósito de juzgar a las personas que se presumen responsables de violaciones graves del derecho humanitario internacional cometidos en el territorio de la ex-Yugoeslavia, entre el 1º de enero de 1991 y en una fecha que determinará el Consejo después de la restauración de la paz, y de adoptar a este fin, el Estatuto del Tribunal internacional”.

En conclusión, el Consejo de Seguridad, en virtud del Capítulo VII de la Carta, crea el Tribunal como un órgano subsidiario, de acuerdo con el sentido del artículo 29 de la Carta, pero órgano de carácter judicial.

Este órgano está obligado a cumplir sus funciones al margen de toda valoración política, tal como lo indican sus funciones judiciales. No será sometido a la autoridad o control del Consejo de Seguridad.

El Tribunal, con fundamento en la razón por la que fue creado, a título de medida coercitiva, en el marco del Capítulo VII, su duración está ligada a la restauración y al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, así como a las decisiones que a este respecto adopte el Consejo de Seguridad.

El Tribunal, por la naturaleza de sus funciones se regirá por las normas del Derecho Internacional Humanitario.



## B. OBJETIVOS DEL TRIBUNAL

En el preámbulo de la resolución 808 (1993), el Consejo de Seguridad enuncia los objetivos generales que guiarán los trabajos del Tribunal, los que se reiteran en la resolución 827 (1993):

- Primer objetivo: el Consejo declara que "...las personas responsables de los crímenes perpetrados en los territorios de la ex-Yugoeslavia, deben ser juzgados en justicia", como medida eficaz para contribuir a la restauración y al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.
- Segundo objetivo: expresa la intención de que la creación de este órgano jurisdiccional "contribuirá a cesar las violaciones del Derecho Internacional Humanitario a la reparación efectiva de los daños".

En síntesis, subyacen en estos propósitos el "animus" del Consejo de Seguridad de dar una respuesta judicial que permita procesar a los culpables de las atrocidades perpetradas en el territorio, de la extinta Yugoslavia, actos cualificados como graves y violatorios del Derecho Internacional Humanitario, como medio para disuadir a todas las partes de continuar cometiendo estos actos inhumanos. Individualizar la responsabilidad de los autores, indemnizar a las víctimas y contribuir al cese de hostilidades que, a juicio del Consejo se han constituido en una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, es la justificación que dio origen al Tribunal.

Algunos críticos de la medida han intentado provocar el temor de que esta instancia judicial se constituye en un peligro para el proceso de paz. Sin embargo, otros afirman que el Tribunal implica una contribución en este proceso, porque crea condiciones para favorecerlo, en el tanto en que no puede aspirarse al retorno a la legalidad y al restablecimiento de relaciones sanas, constructivas y estables entre los diversos grupos étnicos que cohabiten al interior de los Estados independientes o entre los Estados independientes, si se deja impunes a los culpables.

Agregan estos últimos que la impunidad de los autores probablemente generará más hostilidad y resentimiento en las víctimas directas o indirectas de estos crímenes.

Los defensores del Tribunal consideran que esta instancia es la "sola" alternativa civilizada para canalizar el sentimiento de venganza; el

hacer justicia a través de un Tribunal independiente e imparcial para conducir un proceso fundamentado en los principios de justicia y equidad, juzgando y castigando a los culpables de los crímenes que se les imputa.

Se concluye, retomando la máxima que proclamó HEGEL en 1821 y que se afirma es el fundamento en que se inspira el Tribunal:

FIAT JUSTITIA NE PEREAT MUNDUS<sup>(12)</sup>  
"QUE SE HAGA JUSTICIA, SINO EL MUNDO PERECERA"

## C. CONCLUSIONES

- El Tribunal Internacional, creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su sesión N° 3175 del 22 de febrero de 1993, en virtud de la resolución 808, con el propósito de juzgar a los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, cometidos en el territorio de la ex-Yugoeslavia desde 1991, es tribunal ad-hoc.
- Fue constituido por un procedimiento no convencional, al amparo del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.
- Se rige por un Estatuto y un Reglamento que norma el proceso judicial en todos sus extremos, de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario.
- El Tribunal llegará a su término en una fecha que determinará el Consejo de Seguridad, una vez restaurada la paz y concluido el cometido para el que fue creado.

La ausencia de una corte criminal internacional no dejaba la posibilidad de elección; o bien, con el pretexto de la falta de corte se dejaba impunes a los atroces actos criminales cometidos en la ex-Yugoeslavia, o bien, se creaba "ex-nihilo", un tribunal especial para juzgar estos actos. Esta fue la vía elegida.

El concepto arcaico de "responsabilidad colectiva" cedió ante la noción de "responsabilidad individual".

(12) G.W.F. HEGEL. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. (Eléments de la philosophie du droit). 1821, p. 130.

El Tribunal, entre la complejidad de sus tareas, ha tenido una función cuasi-legislativa, porque fue invitado a preparar un código de procedimientos penales (Reglamento de Procedimiento y Prueba), así como a ocuparse de un sinnúmero de aspectos administrativos y reglamentarios de su actividad, entre ellos:

- La asistencia judicial: la puesta en práctica de todo un sistema internacional y notificación de actos; los planos y construcción de una sala de audiencia y de la penitenciaría, el reglamento de detenciones, un sistema de garantía de los testigos de su seguridad y la de los jueces.

Entre las dificultades principales con las que se ha enfrentado el Tribunal se citan: de orden práctico, financiero y estructural.

Los jueces fueron elegidos por la Asamblea General en setiembre de 1993, prestaron juramento el 17 de noviembre, fecha en que entraron en funciones.

#### ANEXO

##### COMPOSICION DEL TRIBUNAL

###### A. Jueces del Tribunal al mes de julio de 1992:<sup>(13)</sup>

Antonio Cassese (Italia), Presidente  
Elizabeth Odio Benito (Costa Rica), Vicepresidenta  
Adolphus Karibi-Whyte (Nigeria)  
Gabrielle Kirk McDonald (Estados Unidos de América)  
Haopei Li (China)  
Jules Deschenes (Canadá)  
Sir Ninian Stephen (Australia)  
Rustam Sidhwa (Pakistán)

(13) NATIONS UNIES, ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, CONSEIL DE SÉCURITÉ, *Rapport du Tribunal International Chargé de Poursuivre les personnes Présumées Responsables de Violations Graves du Droit Humanitaire Commises sur le Territoire de l'ex-Yugoslavie depuis 1991 A/49/442/1007*, 29 août 1994, p. 51.

Georges Abi-Saad (Egipto)  
Datuk Wira Lal Vohrah (Malasia)  
Claude Jorda (Francia)

- B. Fiscal:  
Richard J. Goldstone (Africa del Sur)
- C. Secretario:  
Theodor van Boven (Países Bajos)



#### BIBLIOGRAFIA

B.V.A. Roding. *The Law of War and the National Jurisdiction since 1945* (Le droit de la guerre et la compétence nationale depuis 1945). La Haye, Académie de droit international. *Recueil des cours*, 1960-II (Levden, A. W. Sijthoff, 1961).

PELLET (Alain). *Le Tribunal Criminel International pour l'ex-Yugoslavie*. Extrait de la Revue Générale de Droit International Public. Janvier-Février-Mars 1994, Numéro 1, Editions A. Pedone, Paris, 1994.

*Proces des Grands Criminels de Guerre devant le Tribunal Militaire International, Nuremberg, 14 novembre 1945-1er. octobre 1946*. (Nuremberg, 1947), vol. 1.

NATIONS UNIES, ASSEMBLEE GENERALE, CONSEIL DE SECURITE. *Rapport du Tribunal International Chargé de Poursuivre les Personnes Présumées Responsables de Violations Graves du Droit International Humainaire Commies sur le Territoire de l'ex-Yugoslavia depuis 1991 A/49/342*, S/1994/1007, 29 aout 1994.

NATIONS UNIES. *Rapport du Secetaire Général au Conseil de Sécurité. Mai, 1993*.

NATIONS UNIES, CONSEIL DE SECURITE.

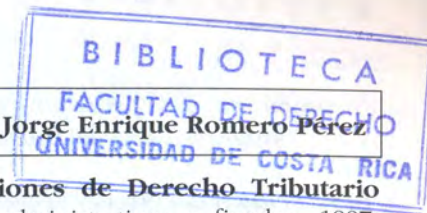
*Resolutions:*

713 (1991), 724 (1991), 752 (1992), 757 (1992), 764 (1992), 771 (1992), 780 (1992), 808 (1993), 820 (1993), 828 (1993), 827 (1993), 828 (1993).

#### INSTRUMENTOS JURIDICOS INTERNACIONALES

Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Staut. Règlement de Procédure et de Preuve. Tribunal International Charge de Poursuivre les Personnes Présumées Responsables de Violations Graves du Droit International Humanitaire Commies sur le Territoire de l'ex-Yugoslavie depuis 1991, Nehterlands, 1994.



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

Dr. Antonio Jiménez González. **Lecciones de Derecho Tributario** (México: Ediciones contables, administrativas y fiscales, 1997, 4ta. ed., 432 páginas).

Este relevante conjunto de lecciones de Derecho Tributario que nos presenta el Catedrático de Guadalajara (Jalisco), es un aporte fértil en este campo jurídico, para la América Latina.

La obra está dividida en capítulos y nos ofrece esta temática:

- I. El Estado y su actividad financiera; II. Los ingresos tributarios;
- III. Las especies de tributo; IV. Derecho y actividad financiera; V. Las fuentes del derecho tributario; VI. Los tributos y su teoría jurídica; VII. El nacimiento de la obligación tributaria; VIII. Los sujetos de la obligación tributaria; IX. La extinción de la obligación tributaria; X. La determinación y liquidación tributaria; XI. La declaración; XII. El procedimiento administrativo de ejecución; XIII. La fiscalización; XIV. La caducidad; XV. Notificaciones y plazos; XVI. Instancias, peticiones y resoluciones tributarias y XVII. Los medios de impugnación en materia tributaria.

Este libro tiene una panorámica del derecho comparado muy enriquecedora, además de un interesante estudio de la realidad mexicana, que lo convierten en un texto latinoamericano de alto valor.

— o —

Dr. Daniel González Alvarez (compilador) et al. **Reflexiones sobre el nuevo proceso penal** (San José: Colegio de Abogados –Asociación de Ciencias Penales, 2da. ed. ampliada, 1997, 920 págs.– Prólogo Dr. Julio B.J. Mayer).

Esta excelente obra presenta el conjunto de valiosos ensayos efectuados por expertos en este campo del Derecho Procesal Penal.

Los temas que se analizan son:

*Los principios procesales:* Luis Paulino Mora Mora,

*La querrela pública:* Ricardo Salas Porras,

*Principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal:* José María Tijerino Pacheco

*A propósito del principio de oportunidad y del criterio de "insignificancia del hecho":* Alfredo Chirino Sánchez

*La suspensión del proceso de prueba:* Mario Houed Vega

*La conciliación:* Alfonso Chaves Ramírez

*La reparación del daño como causal de extinción de la acción penal:* Henry Issa El Khoury Jacob

*La víctima en el proceso penal costarricense:* Carlos Arias Nuñez

*El Ministerio Público en el nuevo Código Procesal Penal costarricense:* Fernando Cruz Castro

*La defensa del imputado:* Alvaro Ferrandino Tacsan, Mario A. Porras Villata

*La policía judicial:* Carlos Luis Redondo Gutiérrez

*Los sujetos de la acción civil resarcitoria:* Juan Marcos Rivero Sánchez

*La mujer en el proceso penal:* Cecilia Sánchez Romero

*La prisión preventiva y sus substitutivos:* Javier Llobet Rodríguez

*Medidas de coerción que afectan la libertad personal (diferentes de la prisión preventiva y sus substitutivos):* Javier Llobet Rodríguez

*La actividad procesal defectuosa:* Gilbert Antonio Armijo Sancho

*El procedimiento preparatorio:* Daniel González Álvarez

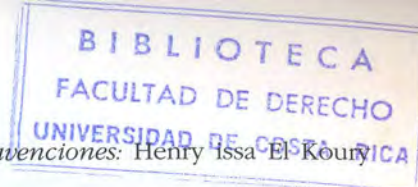
*El procedimiento intermedio:* Daniel González Álvarez

*El juicio:* Francisco Dall Anese Ruiz

*Los recursos:* Jorge Luis Arce Víquez

*La ejecución penal:* José Manuel Arroyo Gutiérrez

*Procedimientos para asuntos de tramitación compleja:* Rosario Fernández Vindas



*Procedimientos para juzgar las contravenciones:* Henry Issa El Khoury Jacob

*El procedimiento para juzgar a los miembros de los Supremos Poderes de la República:* Enrique Castillo Barrantes

*El procedimiento abreviado:* María Antonieta Sáenz Elizondo

*Procedimientos para la revisión de la sentencia:* Alfonso Chavez Ramírez

*Principios fundamentales en materia de prueba:* Alberto Porras González

*La regulación de la prueba ilícitamente obtenida en el nuevo Código Procesal Penal:* Víctor Alfonso Dobles Ovares

Se trata de un importante e imprescindible estudio del nuevo Código de Procedimientos Penales, el cual fue aprobado como Ley de la República el 28 de marzo de 1996 y entrará a regir el 1º de enero de 1998; sustituyendo al de 1973, que se inspiró en su homólogo de la Provincia de Córdoba (Argentina), elaborado por los Profesores Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler.

— o —

Dr. Enrique Rojas Franco. **La jurisdicción contencioso administrativa en Costa Rica.** (San José: Imprenta Nacional, 1995, dos tomos, 1100 págs. Prólogo: Dr. Román Solís).

Esta valiosa obra presenta una división metodológica en **partes**, luego de la *Introducción* respectiva:

**Primera:** la jurisdicción contencioso administrativa,

**Segunda:** competencia del juez contencioso administrativa,

**Tercera:** teoría general de los actos unilaterales y bilaterales,

**Cuarta:** la responsabilidad patrimonial del Estado, de las demás entidades de la Administración Pública y de los funcionarios públicos,

**Quinta:** la organización administrativa y modos de gestión de los servicios públicos, sexta: los principales modos de solucionar los litigios administrativos,

**Sétima:** la jurisdicción contencioso administrativa,

**Octava parte:** las partes,

**Novena:** el objeto del litigio contencioso administrativo,

**Décima:** procedimiento ordinario en la jurisdicción contencioso administrativa,

**Décimoprimera:** procedimientos especiales

#### *Conclusiones y Bibliografía*

Este libro significa una notable contribución a la cultura jurídica nacional; y, en particular permite la comprensión y el análisis del Derecho público en nuestro país. Bien expresa el Dr. Román Solís, Procurador General de la República, en su *Prólogo* que esta obra es de obligada consulta para los estudiantes y operadores del derecho.

— o —

Dr. Hugo Alfonso Muñoz Quesada. **La Asamblea Legislativa en el sistema constitucional costarricense.** (San José: Prodel, 1997, 104 págs. *Presentación* del diputado Dr. Constantino Urcuyo).

Este libro está dividido en los siguientes aspectos: breve reseña histórica del desarrollo constitucional (introducción), I características de la Constitución vigente, II características de la Asamblea Legislativa y conclusión.

Este autor estima que el sector medio de nuestra sociedad se empobrece vertiginosamente y el Parlamento no escapa de la profunda crisis de la sociedad costarricense: de valores, ideas y acciones (p. 14).

Agregando que los procesos de globalización han producido un nuevo paradigma, una nueva misión del Estado, lo cual incide en la actividad parlamentaria. La ley, a menudo, aparece como un instrumento de ratificación de acuerdos internacionales para la reforma del Estado, para favorecer los procesos de privatización de empresas e instituciones públicas y para desregular actividades que deben ser dejadas a la libre competencia y así eliminar el mayor número de las reglas que favorecen la intervención del Estado, (pág. 40).

Esa tarea de reforma, cuyo rechazo popular, lo expresan las encuestas debe requerir de los consensos necesarios dentro de un ambiente de amplio debate, con participación de todos los sectores del país. En este sentido, cabe defender la tesis de la gradualidad y de la prudencia para incorporar reformas sustanciales al Estado. El país puede perder mucho de lo logrado en su desarrollo institucional, durante años de esfuerzo y visión de los gobernantes anteriores, que forjaron un Estado más equilibrado y más justo que los demás estados de América Central (pág. *Idem*).

Sin duda este libro es una reflexión sugerente sobre el papel o el rol del Poder Legislativo en el contexto del sistema constitucional de nuestra nación.

— o —

Profesor Jorge Córdoba Ortega. **El derecho de petición como garantía constitucional.** (San José: IJSA, 1997, 224 págs. *Prólogo* del Dr. Rodolfo Piza Rocafort).

Este abogado costarricense hace un valioso análisis del derecho de petición como garantía constitucional.

La obra está dividida en tres capítulos: I Aspectos doctrinales y conceptuales del derecho de petición como derecho fundamental; II Fundamento constitucional y legal del derecho de petición; y, aspectos generales sobre su desarrollo jurisprudencial en Costa Rica; y III Jurisprudencia constitucional relativa al derecho de petición.

Este autor afirma que el derecho de petición a través de los años se ha convertido en una de las garantías fundamentales de mayor trascendencia para los ciudadanos frente al poder estatal. Es un derecho que busca un equilibrio entre la libertad y el poder público (pág. 215).

Se debe hacer un estudio complementario entre las siguientes garantías establecidas en estos artículos de la Carta Magna: **11** (principio de legalidad), **30** (libre acceso a los departamentos administrativos; que es otro libro de este profesor de Derecho: **El libre acceso a los departamentos administrativos y el secreto de Estado**, San José, IJSA, 1996), **49** (control de legalidad), **41** (derecho a la justicia) y el derecho de petición **27** son un bloque de garantías que fundamentan el actuar del administrado frente al Estado, posibilitando el ejercicio pleno de facultades intrínsecas en cada ser humano y como miembro de una nación. (pág. *Idem*).

En cuanto al derecho de petición, la **Sala Constitucional** ha dicho que su contenido consiste en la facultad que tiene todo ciudadano para dirigirse por escrito a cualquier funcionario público o entidad oficial, con el fin de exponer un asunto de su interés; y, recibir de éste una acción positiva y clara con respecto a su petición. Esta garantía se complementa con la de obtener pronta respuesta (pág. 216). Ver **votos** de estas **Sala**, por ejemplo, Nos. 1106-95, 2090-94, 2083-91, 4212-94, 2913-94, 1671-94, 291-96).

Sin duda este libro es un importante aporte para la comprensión del impacto en el Estado de Derecho, de esta garantía conocida como el derecho de petición.

— o —

Dr. Gilbert Armijo. **Garantías constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal.** (San José: Colegio de Abogados, 1997, 357 páginas, prólogo: Dr. Daniel González Álvarez).

En el *prólogo*, el Dr. Daniel González Álvarez expresa que este libro es esencial porque es un estudio profundo, serio, analítico que analiza los dos aspectos más sensibles y trascendentes del proceso penal: la prueba y el imputado.

Esta obra presenta este temario:

Capítulo I, fundamentos constitucionales del proceso penal; capítulo II, prueba ilícita y Constitución Política; capítulo III, disfunciones del proceso que facilitan la confesión ilícita en sede policial; capítulo IV, la confesión ante las reglas de la valoración de la prueba en el proceso penal; conclusiones y bibliografía.

En la *Introducción*, el autor afirma este libro tiene por finalidad facilitar y hacer comprensible la transición del actual Código de Procedimientos Penales de 1973 al nuevo de 1996 y las opciones que brinda.

En las conclusiones el Dr. Armijo señala que es apropiado excluir la posibilidad de que la policía le tome declaración al imputado, aún con las "formalidades de ley". Sin embargo, sería conveniente que la Sala Constitucional, se pronunciara claramente sobre el valor y alcances de la entrevista policial.

Esta obra fue galardonada con el premio anual Alberto Brenes Córdoba que da el Colegio de Abogados al mejor libro del año 1996.

Lic. Guillermo Sojo Picado et al. **Ministerio Público y reforma procesal penal** (San José, Colegio de Abogados. 1997, 185 páginas. Presentación: Lic. Horacio González Quiroga).

En la *Presentación* el **Lic. Horacio González Quiroga**, Presidente del Colegio de Abogados, afirma que el presente libro nace de una preocupación de los miembros de la Junta Directiva del Colegio de Abogados por fomentar el conocimiento por parte de todos sus asociados, de las nuevas tendencias que en materia de legislación procesal penal se abren paso en nuestro país con la promulgación de un nuevo Código Procesal Penal.

El contenido de esta obra es el siguiente:

*Los principios generales del Ministerio Público contenidos en su ley orgánica*

Guillermo Sojo Picado

*Dirección funcional de la investigación*

Lic. Jorge Chavarría Guzmán

*La acción civil como acción delegada en el Ministerio Público*

Lic. Fernando Cubero Pérez

*Hacia el fortalecimiento de la víctima en el sistema penal costarricense*

Lic. José Cambronero Delgado

*Participación del Ministerio Público costarricense en la conciliación víctima-imputado*

Lic. Alvaro Córdoba Herrera

*El principio de oportunidad*

Lic. Freddy Vargas Zumbado

*La prueba indiciaria, su importancia en la etapa de investigación preparatoria. Análisis de un fallo jurisprudencial*

Lic. Omar Vargas Rojas

Licda. Mayra Campos Zúñiga

Este libro es una valiosa contribución al conocimiento de los temas que propone.

Dr. Manrique Jiménez Meza, **Justicia constitucional y administrativa**.  
(San José: Litografía El Mundo Gráfico, 1997, 263 páginas).

El autor en la Introducción indica que ha utilizado parte de la doctrina jurídica comparada como también la expresión de distintas jurisprudencias que al final coinciden en la protección de derechos y libertades fundamentales.

Los temas que trata este importante libro son:

I. Los conflictos de competencia interorgánicos; II. Los nuevos lineamientos para la potestad sancionatoria administrativa; III. La interpretación extensiva del silencio positivo y la dimensión jurídica de las concesiones, autorizaciones y aprobaciones administrativas; IV. El derecho subjetivo público de la acción procesal y su relación con la acción popular y la "class action"; V. El Estado democrático social de derecho y la potestad reglamentaria; conclusión.

El Dr. Jiménez, en la conclusión afirma que mucho se puede agregar al derecho de participación ciudadana cuando la democracia no es vana ni engañosa, sino un organismo vivido y compartido en sociedad.

Este mismo autor ha publicado **La pluralidad científica y los métodos de interpretación jurídico constitucional** (San José: Litografía El Mundo Gráfico, 1997, 106 páginas, Prólogo: Dr. Luciano Parejo Alfonso), en el cual hace un excelente análisis sobre las ciencias naturales, empíricas y las sociales; y, acerca de los medios de interpretación y aplicación jurídicas.



INDICES DE LA REVISTA  
DE CIENCIAS JURIDICAS  
Nº 61 a 84

	Pág.
<i>Introducción</i> .....	9
<b>Ensayos:</b>	
La Constitución norteamericana como ley importada <i>Dr. Carlos José Gutiérrez</i> .....	11
La población de la tercera edad delincuente. La población de la tercera víctima. El caso de Costa Rica <i>Dr. Elías Carranza</i> .....	63
El orden jurídico-institucional como sistema de control, desde el nacimiento hasta la muerte <i>Dr. Enrique A. Kozicki</i> .....	75
Estudio y análisis jurídico de la ley de patentes de invención, dibujos y modelos industriales y modelos de utilidad, ley número 6867 <i>Lic. Elías Soley Gutiérrez</i> .....	85
Evolución del régimen legal especial aplicable a los países subdesarrollados en el GATT <i>Profes. Francisco Chacón y Anabel González</i> .....	115
Fundamentos jurídicos del Estado costarricense <i>Dra. Marina Volio</i> .....	145
El debido proceso: garantía constitucional <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i> .....	153

**Reseñas bibliográficas:**

Cortiñas-Peláez, León. <i>Poder Ejecutivo y función jurisdiccional</i> <i>Eduardo García de Enterría</i> .....	183
Revista <i>Debate Laboral</i> <i>j.e. romero pérez</i> .....	186
Pérez Vargas, Víctor. <i>Derecho Privado</i> <i>j.e. romero pérez</i> .....	187
Zeledón, Ricardo. <i>Código Civil y realidad</i> <i>j.e. romero pérez</i> .....	188



	Pág.
Presentación .....	9
<b>Ensayos:</b>	
Los deberes del perito <i>Dr. Carlos Machado</i> .....	11
Importancia del estudio del Derecho Procesal Civil <i>Dra. María Antonieta Sáenz E.</i> .....	21
La asunción de la deuda ajena en nuestro derecho positivo, con especial énfasis en la sucesión a título particular en el débito y en la relación subjetiva pasiva <i>Dr. Gastón Certad M.</i> .....	33
En torno al Derecho Internacional de los Derechos Humanos <i>Dr. Daniel Zovatto G.</i> .....	67
Función jurisdiccional y mecanismos de protección de los Derechos Humanos en el Perú <i>Dr. Rodolfo Piza R.</i> .....	97
Tratamiento fiscal en Francia de las inversiones francesas en Costa Rica <i>Dra. Isabel Zivy</i> .....	119
Derecho y deuda externa <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	133
<b>Reseña bibliográfica:</b>	
El incidente de suspensión del acto administrativo en la vía judicial <i>j.e. romero pérez</i> .....	149

	Pág.
Presentación .....	9
<b>Ensayos:</b>	
Del proceso y la cultura <i>Prof. Walter Antillón</i> .....	11
Constitución y emergencia (Apuntes en torno al proceso constituyente de Nicaragua) <i>Dr. Enrique Pedro Haba</i> .....	21
Las nulidades en el proceso penal costarricense <i>Lics. Isabel Porras, Carlos A. Jovel, Carlos A. Chávez, Jorge Rodríguez, Leovigildo Rodríguez</i> .....	43
Noción y características del derecho administrativo <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	65
Controles sobre las sociedades por acciones en las legislaciones costarricense, hondureña y mejicana. Breves consideraciones críticas <i>Dr. Alfonso Gutiérrez Cerdas</i> .....	97
El centenario del Código Civil costarricense <i>Dr. Hugo Alfonso Muñoz Quesada</i> .....	119
Estado y derecho en la Costa Rica del Siglo XIX <i>Dra. Marina Volio de Kobe</i> .....	129
Despertar, problemas y alternativas de la ciencia jurídica <i>Dr. Ricardo Zeledón Zeledón</i> .....	151

**Reseñas bibliográficas:**

MURILLO, Mauro. *Ensayos de derecho público*  
j.e. romero perez ..... 169

RICO, José María *et al. La justicia penal en Costa Rica*  
j.e. romero perez ..... 169

CASTILLO GONZALEZ, Francisco. *La autoría inmediata*  
j.e. romero perez ..... 171

**Legislación:**

*Ley de inquilinato* ..... 173

..... Pág.

*Presentación* ..... 9

**Ensayos:**

Apuntes sobre arbitraje comercial internacional  
*Dr. Carlos M. Gómez Rodas* ..... 11

La convocatoria a una Asamblea Constituyente para reestructurar el Estado  
*Dr. Hugo Alfonso Muñoz Quesada* ..... 21

Las causas de la descodificación del Derecho Civil  
*Prof. Carlos Manavella C.* ..... 35

Algunos aspectos sobre las garantías jurídicas internacionales para las inversiones extranjeras con referencia especial al Estado de Costa Rica  
*Dr. Hugo Soto Córdoba* ..... 49

La concertación social en Costa Rica  
*Lic. Juan Rafael Espinoza* ..... 63

La Convención Americana sobre Derechos Humanos y su vigencia en América Latina  
*Dr. Manuel E. Ventura Robles* ..... 89

Consideraciones en torno a las particularidades del recurso de casación en materia agraria  
*Lic. Adrián Torrealba Navas* ..... 95

La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)  
*Dr. Fernando Mora Rojas* ..... 117

Las fuentes del Derecho Administrativo <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	153
---	-----

**Reseñas Bibliográficas**

HABA, Enrique Pedro, <i>Tratado básico de derechos humanos</i> <i>León Cortiñaz-Peláez</i> .....	175
VARGAS SOTO, Francisco Luis, <i>Análisis del proyecto de Código</i> <i>Procesal Civil 1985 en el campo de los procedimientos</i> <i>concursoales</i> <i>j.e. romero pérez</i> .....	179

	Pág.
<i>Presentación</i> .....	9
<b>Ensayos:</b>	
Evolución reciente del Derecho en Costa Rica (30 años de ensayo) <i>Lic. Eduardo Ortiz</i> .....	11
El Ombudsman <i>Dr. Hugo Alfonso Muñoz Q.</i> .....	33
Síntesis del Sector Legal dentro de la estrategia nacional para la conservación y protección del ambiente <i>Dr. Rafael González Ballar</i> .....	55
La Refinadora Costarricense de Petróleo como Empresa del Estado <i>Lic. Elías Soley Gutiérrez</i> .....	93
Algunas reflexiones sobre el Proceso Ejecutivo en Costa Rica <i>Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo</i> .....	107
La Despenalización de la Usurpación Agraria <i>Lic. Juan Diego Castro Fernández</i> .....	125
Acercar de una nueva Legislación de Aguas. Las medidas sobre la conservación de las aguas <i>Ms. Roxana Salazar</i> .....	139
La Tutela de los Derechos: El Contencioso Administrativo <i>Dr. Luis Guillermo Herrera Castro</i> .....	157
Consideraciones Jurídicas en torno al Medio Ambiente <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	167

	Pág.
<i>Presentación</i> .....	8
Discurso del Lic. Alfredo Bolaños .....	11
<b>Ensayos:</b>	
El control de la constitucionalidad en Costa Rica <i>Lic. Eduardo Ortiz Ortiz</i> .....	17
¿Está en crisis el Parlamento? <i>Dr. Hugo Alfonso Muñoz Quesada</i> .....	51
Racionalidad y método para el derecho ¿es eso posible? <i>Dr. Enrique P. Haba</i> .....	67
Recusación en materia penal <i>Dr. José María Tijerino Pacheco</i> .....	135
Los supuestos del neoliberalismo económico y la deuda externa (Ensayo de Derecho Económico Internacional) <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i> .....	169
Francisco de Vitoria y sus aportes al Derecho Internacional <i>Dr. Luis A. Varela Quirós</i> .....	217
El sistema porcentual de elección de diputados <i>M. Sc. Cristóbal Montoya</i> .....	233
La ética en la contratación administrativa <i>M. Sc. Carlos Eduardo Serrano Rodríguez</i> .....	247
<b>Reseña Bibliográfica:</b>	
ORTIZ ORTIZ, Eduardo. <i>Presentación del libro DERECHO PRIVADO</i> de Víctor Pérez Vargas .....	255

<i>Presentación</i> .....	
<b>Ensayos:</b>	
Los poderes del jefe de la empresa <i>Lic. Oscar Bejarano C.</i> .....	9
Apuntes sobre el mecanismo de conversión de la deuda externa <i>Lic. Roberto Avendaño Chinchilla</i> .....	25
La propiedad forestal <i>Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza</i> .....	41
El parlamento centroamericano <i>Lic. Elías Soley Gutiérrez</i> .....	67
La sociología del derecho en Venezuela <i>Profesoras Carmen Luisa Roche y Miriam San Juan</i> .....	79
El derecho internacional como instrumento de solución al problema de la deuda externa <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i> .....	97
La protección del medio ambiente en Centro América <i>Dr. Rafael González Ballar</i> .....	127
Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible? (parte final) <i>Dr. Enrique P. Haba</i> .....	169
Documento .....	245

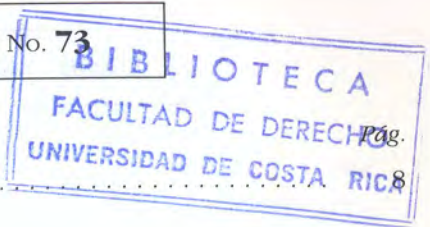
	Pág.
<i>Presentación</i> .....	8
Discurso Presidente del Colegio de Abogados <i>Lic. Alfredo Bolaños</i> .....	9
<b>Ensayos:</b>	
Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal <i>Dr. Alessandro Baratta</i> .....	17
La responsabilidad del médico en el delito penal <i>Dr. Eduardo Morales Fernández</i> .....	37
De los conceptos de jurisdicción y competencia <i>Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo</i> .....	57
Análisis de las pruebas testimoniales en juicios penales <i>Dr. Jorge Quesada Pacheco</i> .....	83
Aspectos jurídicos, Iniciativa de las Américas y Deuda externa <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	97
Los primeros contratos petroleros <i>Dr. Nelson Gutiérrez Espeleta</i> .....	141
<b>Documento:</b>	
Lección Magisterial. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica <i>Dr. Carlos José Gutiérrez</i> .....	155

	Pág.
<i>Presentación</i> .....	8
<b>Ensayos:</b>	
El control judicial del poder legislativo en el sistema constitucional de los Estados Unidos <i>Dr. Robert S. Barker</i> .....	9
Santa Cruz y Carrillo. Opinión sobre una vieja polémica <i>Dr. Carlos José Gutiérrez</i> .....	21
"E pur si muove" <i>Dr. Carlos M. Gómez Rodas</i> .....	51
El sindicato como titular del derecho de huelga <i>Lic. Mario A. Blanco Vado</i> .....	71
La reforma del Estado <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	91
Los órganos del Estado en sus relaciones internacionales <i>Prof. Luis A. Varela Quirós</i> .....	123
La administración de la sociedad anónima (I) <i>Dr. Gastón Certad Maroto</i> .....	143

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i> .....	8
<b>Ensayos:</b>	
La reparación de daño moral: aspecto penal y criminológico <i>Dr. Daniel Gadea Nieto</i> .....	9
Algunas reflexiones sobre la naturaleza, función y significado de la Jurisdicción constitucional <i>Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo</i> .....	39
El sistema sancionario penal en Costa Rica y Alemania Federal <i>Prof. Carlos Tiffer Sotomayor</i> .....	55
La Administración de la Sociedad Anónima (II) <i>Dr. Gastón Certad Maroto</i> .....	107
El ajuste estructural y el derecho <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	143

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i> .....	8
<b>Ensayos:</b>	
La Administración de la Sociedad Anónima (III) <i>Dr. Gastón Certad Maroto</i> .....	9
Posibilidad y Esencia del Derecho Natural en Helmut Coing <i>Prof. Luis Alberto Varela Quirós</i> .....	37
Nuevos Tiempos, Nuevos Retos <i>Dr. Víctor Pérez Vargas</i> .....	63
La Criminalidad del Inmigrante y su Proyección en Costa Rica <i>Dr. Daniel Gadea Nieto</i> .....	75
Salario y Productividad <i>Lic. Oscar Bejarano</i> .....	105
Canje de Deuda Externa por Naturaleza <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	127
El representante de casas extranjeras en la contratación administrativa <i>Ms. Carlos Serrano</i> .....	155
Libro del Dr. Rodolfo Saborío: Las vías de hecho en la administración (Colegio de Abogados) <i>Eduardo Ortiz</i> .....	167

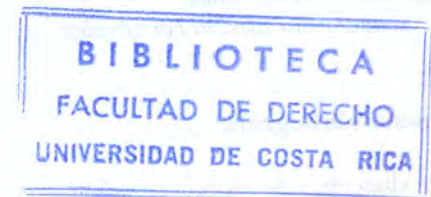
	Pág.
<i>Presentación</i> .....	8
<b>Ensayos:</b>	
Neoliberalismo, Totalitarismo y Democracia en la Ciencia del Derecho Administrativo <i>Dr. León Cortiñaz-Peláez</i> .....	9
INTELSAT: La Organización Internacional de las Telecomunicaciones por Satélite <i>Dr. Jorge Rojas Solórzano</i> .....	53
La noción de orden y los valores sociales <i>Nelson Saldanba</i> .....	81
Los vencimientos de la letra de cambio <i>Dr. Carlos Gómez Rodas</i> .....	89
Derecho Público y Banca Estatal <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i> .....	101
Sobre la ciencia del Derecho <i>François Ost</i> .....	133



<i>Presentación</i> .....	
<b>Ensayos:</b>	
La seguridad ciudadana: el caso costarricense <i>Laura Chinchilla</i> .....	9
La declaratoria oficiosa de nulidad absoluta en los contratos administrativos <i>Lic. Giovanni Muñoz Jiménez</i> .....	41
Consideraciones sobre la responsabilidad objetiva en el delito ecológico <i>Lic. Luis Diego Hidalgo Rivera</i> .....	65
La nueva ley del tránsito <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	73
El interdicto agrario <i>Lic. Otto Eduardo Lépez Ramos</i> .....	107
El juzgamiento de las contravenciones y las reformas de la legislación procesal penal <i>Prof. Alfredo Chirino Sánchez</i> .....	129

	Pág.
<i>Presentación</i> .....	8
<b>Ensayos:</b>	
El poder conservador: inicio del control de constitucionalidad en Costa Rica <i>Dr. Carlos José Gutiérrez</i> .....	9
Las controversias constitucionales entre la federación y las entidades federativas <i>Lics. José Pedro López Elías</i> <i>y Leonel Alejandro Armenta López</i> .....	45
Contratos para la prospección de la biodiversidad. El contrato de colaboración entre el Instituto Nacional de Biodiversidad de Costa Rica y la Compañía Farmacéutica Merck. Su relevancia para el desarrollo sostenible <i>Dr. Rodrigo Barabona Israel</i> .....	73
Reflexiones sobre acuerdos comerciales internacionales (México y Centroamérica) <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	91
Propiedad intelectual, Ronda Uruguay y transferencia de tecnología <i>Lic. Jorge Alberto Cabrera Medaglia</i> .....	111
Resolución de controversias en materia de antidumping y derechos compensatorios en el tratado trilateral de libre comercio E.U.A., Canadá, México <i>Dr. Jorge Witker</i> .....	143

	Pág.
<i>Presentación</i> .....	8
<b>Ensayos:</b>	
Consideraciones en torno al tema de estructuración de la materia de auxiliares del comerciante <i>Dr. Fernando Mora Rojas</i> .....	9
Implicaciones económicas del proyecto de ley de Reforma al Auxilio de Cesantía y democratización económica <i>Lics. Johnny Alvarado V. y Luis Carlos Peralta B.</i> .....	61
Derecho constitucional y género <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	77
La garantía internacional de inversiones <i>Lic. Edgar Nassar Guier</i> .....	95
Retórica de "la" libertad contra las libertades <i>Dr. Enrique P. Haba</i> .....	113





	Pág.
<i>Presentación</i> .....	8
<b>Ensayos:</b>	
El Tratado de libre comercio entre Canadá y Estados Unidos de América: Hacia la consolidación de una forma más avanzada de integración <i>Ms. Patricia Gudiño Fernández</i> .....	9
La doctrina social de la iglesia católica y el derecho del trabajo costarricense <i>Lic. Oscar Bejarano</i> .....	43
Culpable mientras no pruebe su inocencia: problemas de nuestro sistema jurídico <i>Jorge Arturo Quesada Pacheco, Ph.D.</i> .....	61
Concesión de obra pública <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	81
Pactos de trascendencia en el Derecho español <i>Lic. José María Zonta Arias</i> .....	111
Legitimación ambiental <i>Lic. Julio Jurado Fernández</i> .....	135
<b>Reseña bibliográfica:</b>	
Introducción a la Teoría Pura del Derecho, Hans Kelsen <i>Dr. Agustín Squella Narducci</i> .....	151

	Pág.
<i>Presentación</i> .....	8
<b>Ensayos:</b>	
Costa Rica: Del sistema de justicia tradicional a la justicia necesaria <i>Dr. Francisco Morera Alfaro</i> .....	9
Cargas, fases y límites de la actividad probatoria <i>Lics. Alvaro Burgos, Carlos Gálvez y Rosibel López</i> .....	19
La filiación y el derecho comparado <i>Prof. José Miguel Rodríguez Zamora</i> .....	63
El desacato <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	81
La tortura; y, otros tratos y penas crueles inhumanos o degradantes <i>Prof. Luis Varela Quirós</i> .....	103
Medidas diseñadas para el avance de la conservación de los derechos humanos de las poblaciones indígenas <i>Lic. Carlos Valerio M.</i> .....	133

	Pág.
In Memoriam: Don Eduardo Ortiz Ortiz .....	5
<i>Presentación</i> .....	10
<b>Ensayos:</b>	
Las mujeres en América Latina y El Caribe en los noventa: algunos elementos de diagnóstico <i>Dra. Miriam Krawczyk</i> .....	11
Género y constitución política del Perú <i>Prof. Teresa Tovar</i> .....	49
Juezas en las Américas: compartiendo perspectivas sobre género y toma de decisiones <i>Dra. Martha I. Morgan</i> .....	73
Política y sociolingüística <i>Jorge Arturo Quesada Pacheco, Ph.D.</i> .....	85
El proyecto de ley de la contratación administrativa. Comentarios <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	97
Supuestos de responsabilidad contractual de la administración <i>Lic. César Hines</i> .....	137
Costos sociales derivados de las pérdidas del Banco Anglo Costarricense <i>Prof.s.: Johnny Alvarado V.; Luis Carlos Peralta B.</i> .....	157

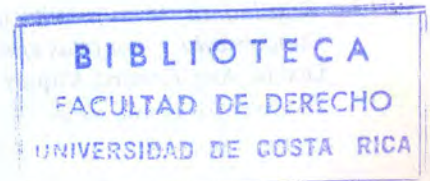
	Pág.
<i>Presentación</i> .....	5
<b>Ensayos:</b>	
Breve comentario en torno a la ley italiana sobre la disciplina de la adopción y depósito de menores <i>Dra. María de los Angeles Soto Gamboa</i> .....	9
Quimeras en "perfil" <i>Dr. Enrique Pedro Haba</i> .....	25
Fideicomiso: naturaleza jurídica <i>Lic. Mariano Jiménez Zeledón</i> .....	55
Ley de derechos de autor. Análisis <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	83
La Convención de Diversidad Biológica y los derechos de propiedad intelectual <i>Lic. Jorge Cabrera Medaglia</i> .....	111
<b>Documento:</b>	
¿Demasiados abogados? <i>Prof. J. M. Delgado Ocando</i> .....	147
<b>Reseñas bibliográficas:</b>	
Contribución al estudio del estado autoritario <i>Dr. Cortiñas-Peláez (Dr. Eduardo García de Enterría)</i> ...	151
Ensayo sobre el estado social de derecho y la interpretación de la Constitución <i>Dr. Pablo Rodríguez Oconitillo (j.e. romero pérez)</i> .....	154
El Sistema Penal ante el dilema de sus alternativas <i>Dr. José Manuel Arroyo (j.e. romero pérez)</i> .....	155
Derecho Procesal Constitucional <i>Dr. Rubén Hernández Valle (j.e. romero pérez)</i> .....	157

	Pág.
<i>Presentación</i> .....	8
<b>Ensayos:</b>	
La actividad probatoria en el proceso penal costarricense <i>Lic. Frank Alvarez Hernández, Lic. José Francisco Coto Meza</i> .....	9
Comercio y medio ambiente en las relaciones comerciales Norte-Sur: GATT, OMC y los acuerdos internacionales sobre medio ambiente <i>Lic. Ricardo Meléndez Ortiz</i> .....	29
El cambio en la base de la deuda externa latinoamericana y los principios del Derecho <i>Dr. Víctor Pérez</i> .....	49
Ley de espectáculos públicos. Comentario y análisis <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	67
La justificación política, jurídica y moral de la desobediencia civil <i>Dr. Bernal Arias Ramírez</i> .....	95
Nociones elementales de teoría general del Derecho agrario <i>Lic. Enrique Napoleón Ulate Chacón</i> .....	117
Las leyes de 1884 en Costa Rica <i>Prof. Héctor Miranda Fonseca</i> .....	133

	Pág.
<i>Presentación</i> .....	8
<b>Ensayos:</b>	
Los derechos educativos fundamentales en la jurisprudencia constitucional <i>Lic. Celín Arce Gómez</i> .....	9
Constitución y Derecho Financiero <i>Dr. León Cortiñaz-Peláez</i> .....	55
El Psicólogo en la cárcel <i>Lic. Alvaro Burgos Mata</i> .....	75
Reflexiones actuales sobre los cambios de la Administración Pública <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	97
Negociaciones internacionales: su nueva tendencia y su nuevo orden internacional <i>Dr. César Guzmán-Barrón</i> .....	117
<b>Documento-Homenaje:</b>	
Don Eduardo Ortiz Ortiz: facetas <i>Dr. Víctor Pérez Vargas</i> .....	141

	Pág.
<i>Presentación</i> .....	8
<b>Ensayos:</b>	
El Estado Social de Derecho y su reforma <i>Prof. Walter Antillón Montealegre</i> .....	9
La contrademanda en el proceso contencioso-administrativo <i>Lic. César Hines Céspedes</i> .....	19
La agresión <i>Máster Manuel Castro Lobo</i> .....	41
La responsabilidad de la administración pública <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	65
Origen y naturaleza de la teoría política <i>Dr. José Miguel Rodríguez Zamora</i> .....	93
La contratación entre estados y empresas transnacionales <i>Fabián Novak Talavera</i> .....	109
Desregulación, liberalización y competencia: un enfoque histórico <i>Licda. Flor López-López</i> .....	123
<b>Documento:</b>	
I. Informe de la comisión especial sobre la seguridad y la independencia de los jueces <i>Comisión Colegio de Abogados</i> .....	131

	Pág.
<i>Presentación</i> .....	8
<b>Ensayos:</b>	
Naturaleza jurídica del empréstito público internacional <i>Prof. Pedro López Elías</i> .....	9
De soberanía y postmodernidad <i>Prof. Walter Antillón Montealegre</i> .....	35
Relaciones internacionales económicas Estados Unidos-Japón <i>Lic. Gabriel Boyd Salas</i> .....	55
La Ley de Contratación Administrativa, su Reglamento y la Sala Constitucional <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	65
<b>Documento:</b>	
II. Informe de la comisión especial sobre la seguridad y la independencia de los jueces <i>Comisión Colegio de Abogados</i> .....	113



	Pág.
<i>Presentación</i> .....	8
<b>Ensayos:</b>	
El concebido es un niño <i>Dr. Víctor Pérez Vargas</i> .....	9
El marco jurídico del contrato de compraventa internacional <i>Edgar Nassar Guier</i> .....	25
Sobre las razones válidas y no válidas para un régimen de acumulación de rentas familiares: observaciones a la luz de la reciente jurisprudencia española y su precedente italiana <i>Dr. Adrián de Jesús Torrealba Navas</i> .....	45
Deuda interna y derecho público de la economía <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	81
La terminación anormal de los contratos administrativos <i>Lic. Carlos Cerdas Rodríguez</i> .....	127
<b>Reseñas bibliográficas:</b>	
<i>La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo</i> <i>Dr. Ernesto Jinesta Lobo (j.e. romero pérez)</i> .....	141
<i>La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa</i> <i>Concordada y con citas clasificadas de jurisprudencia</i> <i>Licdas. Ana Cristina Víquez Cerdas y Ana Lorena Brenes</i> <i>Esquivel (j.e. romero pérez)</i> .....	142

<i>Presentación</i> .....	8
<b>Ensayos:</b>	
La víctima de los delitos sexuales <i>Prof. Alvaro Burgos Mata</i> .....	9
Intervención pública en la economía, privatización y reforma del Estado <i>Dr. Virgilio Calvo Murillo</i> .....	27
El dominio público <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i> .....	63
El Tribunal Penal Internacional <i>Licda. Marta Odio Benito</i> .....	85
Reseñas bibliográficas <i>J.E. Romero-Pérez</i> .....	105
<b>Indices Nº 61 a 85s.</b> .....	113