

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO**

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS
83**

SEPARATAS



**SAN JOSE, COSTA RICA
ENERO - ABRIL
1997**



Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Colegio de Abogados
No. 83 - Cuatrimestral
enero - abril - 1997 - 144 págs.

I Derecho - Revistas

Revista fundada en 1963.

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica

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

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

ISSN

0034-7787

CONSEJO ASESOR:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Licda. Roxana Pujol Sobalvarro

Lic. Paulo André Alonso Soto

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo (Decana)

Dr. Víctor Pérez Vargas

Dr. Rodrigo Barahona Israel

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS**

83

SAN JOSE, COSTA RICA
1997
ENERO-ABRIL

**JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS**

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

Directora Consejo Universitario:

Máster María Griselda Ugalde Salazar

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

La edición actual de esta revista presenta investigaciones en los campos del Derecho Público Internacional, Teoría del Estado, Derecho Internacional Económico y sobre la Contratación Administrativa. Se publica, también, el segundo informe de la Comisión Especial sobre la Seguridad y la Independencia de los Jueces, del Colegio de Abogados.

El director y editor

NATURALEZA JURIDICA DEL EMPRESTITO
PUBLICO INTERNACIONAL

Prof. Pedro López Elías ()*

Abogado mexicano. Profesor de Derecho Universidad de Anahuac, México, D. F.

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. La deuda pública externa.
- III. Teorías sobre el empréstito.
- IV. El empréstito como contrato administrativo.
- V. Elementos de los contratos administrativos de empréstitos internacionales.
- VI. El Fundamento del empréstito en el derecho mexicano.
- VII. Conclusiones.
- VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCION

Dentro de las muchas actividades que el hombre tiene en su relación con los demás seres humanos, está el relativo a buscar los mecanismos de subsistencia, tanto para comer como vestirse y encontrar los satisfactores primordiales para mejor convivir. Así, cuando el hombre se organiza en sociedad, a través de órganos que lo representen, estas mismas actividades son importantes en el mundo que lo rodea, dicho de otra manera, el ser humano vive con sus circunstancias, respecto de las cuales se encuentra, muchas veces, en una situación de dependencia o necesidad, desde el punto de vista económico, que se traduce en el principio de escasez.

En este orden de ideas surge la actividad económica, como toda actividad humana, encauzada al logro de fines que tienen para el sujeto importancia diversa, en cuanto haya escasez de medios idóneos y susceptibles de empleo alternativo.

Bajo esta premisa, encontramos que el hombre al organizarse políticamente en la sociedad, el ente que surge también tiene necesidades que cubrir, frente a los seres humanos que representa, así emerge el Estado y sus necesidades, las cuales tiene que cubrir de distintas maneras, a través de lo que se denomina gasto público, ya sea recabando impuestos o contribuciones de su población o solicitando a terceros que le presten dinero, con el cual cubrirá sus necesidades más apremiantes.

Al considerar el aspecto financiero de los gastos públicos normales y adicionales, necesarios para mantener la economía en un estado de total actividad, se encuentran tres tipos de problemas que requieren nuestra atención: en primer término, los relativos a la provisión de fondos adecuados para la utilización inmediata en cualquier proyecto que haya sido autorizado y previsto para su comienzo, en segundo lugar, los relativos al proceso para lograr los fondos crediticios necesarios y en tercer término, los efectos que provoca el que el Estado tenga una deuda pública.

Vistas así las cosas, nos proponemos comentar en este planteamiento, algunos aspectos jurídicos, sobre la naturaleza del empréstito público internacional, que es uno de los instrumentos de la deuda pública externa.

II. LA DEUDA PUBLICA EXTERNA

Al organizarse la sociedad como Estado, nace la Hacienda Pública, la cual tiene por objeto la adquisición y empleo de los recursos para satisfacer las necesidades del agente que obra económicamente, es decir, del Estado. (1)

A través de la historia, las sociedades han buscado, por medios ordinarios o extraordinarios, cubrir sus requerimientos mínimos, así durante la segunda guerra púnica, la república romana celebró el primer empréstito del que la humanidad tiene memoria, el cual estuvo garantizado con tierras del dominio público.(2)

En la época actual, el sistema financiero y económico internacional se integra, en parte, con múltiples transacciones que atraviesan permanentemente las fronteras. Estos movimientos se reflejan en el comercio de materias primas, insumos, otros bienes físicos y en la prestación muy variada de servicios. La mayoría de las transacciones son bilaterales y crean obligaciones a las dos partes, pero también existen obligaciones unilaterales surgidas de la coacción (indemnizaciones de guerra o ejercicio abusivo del poder) y de la solidaridad (donaciones, ayudas por catástrofes, remesas familiares de los emigrados). Dentro de este marco se encuentra el endeudamiento internacional.(3)

El problema de la deuda externa es incomprendido de manera singular: en los países deudores se analiza como si fuera político pero con soluciones económicas; en el caso de los acreedores, por el contrario, se le reconoce como económico, pero sujeto a soluciones políticas. (4)

La deuda externa, como hemos dicho, se encuadra dentro de las relaciones económicas internacionales (5), aunque también se le ha considerado como parte de los movimientos de liberación nacional (6); lo cierto es que “la deuda pública como instrumento en la política de estabilidad constituye uno de los instrumentos del sector público, para el cumplimiento de diversas finalidades” (7).

-
1. Vocke, Guillermo. **Principios Fundamentales de Hacienda**. Pág. 15.
 2. Maynz, Carlos. **Curso Derecho Romano**. TOMO I, pág. 15.
 3. Zalduendo, Eduardo. **La deuda externa**. Pág. I
 4. Campos, Ricardo. **El F. M. I. y la deuda externa mexicana**. Pág. 253.
 5. Moschetto, Bruno. **Les activites bancaires internationales**. Pág. 11.
 6. D'Audiffret, M. **Systeme Financier de la France**. Pág. 157.
 7. Gil Valdivia, Gerardo. **Aspectos jurídicos del financiamiento**. Pág. 99.

Un país puede endeudarse por multitud de razones: financiar un plan de desarrollo, paliar la insuficiencia de ahorro o las recetas de las exportaciones, etc. En realidad, la deuda en sí puede que no sea nefasta si es bien utilizada. El fenómeno del endeudamiento es una evidencia en los países de economía de mercado donde muchas empresas, sobre todo medianas y pequeñas, no podrían subsistir sin esta posibilidad de recibir un cierto capital exterior. Este razonamiento se puede trasponer sin duda alguna, al ámbito internacional, aunque hoy en día, se tenga una cierta tendencia a considerar el endeudamiento como algo pernicioso.

Hay que resaltar sin embargo, que si el peso de la deuda es grande, puede constituir un obstáculo real a la estabilidad política y económica de los países deudores, comprometiendo su desarrollo en vez de promoverlo. Existe un límite pues, por encima del cual la deuda no es viable. (8)

Ahora bien, qué debemos entender por deuda externa, al respecto se han dado multiplicidad de definiciones, de las cuales tomaremos una, la de **López Goldaracena** (9), que expresa que es “toda obligación jurídica de pago contraída por personas de derecho público, o por personas de derecho privado, con un acreedor domiciliado en el extranjero”.

La deuda externa tiene muchos aspectos sobre los cuales se le puede analizar, ya que es un problema muy complejo; uno de ellos es el **aspecto jurídico**, que para muchos, quizás no sea tan importante por lo cual seguramente ha sido muy descuidado, situación que no compartimos, en virtud de que el endeudamiento de los países es un proceso eminentemente jurídico, del cual todos los juristas debemos participar.

Una de las aristas de la deuda externa, sin duda lo constituye el empréstito público internacional, del cual pretendemos incursionar en su **naturaleza jurídica**.

8. Para conocer las causas de la deuda externa véase Bermejo, Romualdo. **Comercio internacional y sistema monetario: aspectos jurídicos**; Guillén, Arturo et al **La deuda externa, grillete de la Nación**; Moyano, César y Loretta Ortiz. **La deuda externa y la responsabilidad internacional del Estado**.

9. López, Oscar. **Deuda externa. Análisis jurídico**. Pág. 49.

III. TEORIAS SOBRE EL EMPRESTITO

La deuda pública externa contraída con personas extranjeras de derecho privado puede presentarse con distintas modalidades; una de ellas son los préstamos sindicados, otra es la emisión de bonos y un tercero son los empréstitos, los cuales han tenido diversas acepciones e interpretaciones, dependiendo de la naturaleza con que se les trate o califique.

En términos generales, el empréstito es una forma de captación de recursos ajenos por parte del Estado y de las empresas, emitiendo obligaciones, bonos, pagarés, etc., que el público en general suscribe como medio de inversión de sus capitales y ahorros, logrando grandes sumas de préstamos a mediano y largo plazo con las que financiar nuevas inversiones o para atenciones de tesorería. Los inversionistas a su vez, consiguen una tasa de interés como remuneración de esa inversión.

El *empréstito público* considerado como instrumento de gobierno, es una medida excepcional y extraordinaria. Sólo debe recurrirse a él en momentos económicos aciagos o en circunstancias imprevistas que deban resolverse con notoria urgencia.

En doctrina, por extensión del lenguaje, al *empréstito* suele denominársele genéricamente *deuda pública*, al extremo de que, también por extensión del lenguaje, haya quienes designen al empréstito como *contrato de deuda pública*, lo que obedece a que “el conjunto de títulos de la deuda emitidos por el Estado constituye el concepto legal de la deuda pública” (10)

Desde luego, no es posible confundir ni asimilar las nociones de *crédito público* y de *empréstito*. El crédito público es la facultad en potencia y el empréstito es la facultad en acción. De ahí que las nociones de crédito público y empréstito público sean correlativas e interdependientes: sin crédito público no puede hablarse de empréstito público. (11)

10. Garrido Falla, Fernando. **Tratado de Derecho Administrativo**. Vol. 11, Pág. 64.
11. Marienhoff, Miguel. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo II-b, pág. 668.

Por lo común, la emisión de empréstitos, en un sentido estricto (como también es conocido y operan comúnmente en diversos países) se instrumentan con una lámina principal (que recogía los términos del compromiso del emisor) a la cual se acoplan láminas con cupones que son utilizados para cobrar, en lugar y día determinados, el servicio correspondiente durante la vida de la operación. Los Estados tienen en estos casos dos posibilidades: 1) hacer una oferta directa de suscripción al público, modalidad que utilizan preferentemente aquellos Estados con prestigio en el mercado financiero; y 2) ofertar con la participación de un intermediario que, o bien compra el total del empréstito con un descuento y luego lo revende rápidamente en el mercado a un precio mayor o lo adquiere como inversión propia para disponer de él según sus necesidades.⁽¹²⁾

En los **contratos ordinarios de deuda pública**, como en el caso de los créditos sindicados, existe un contrato general y, según la modalidad elegida, se adjudican participaciones de la obligación general o se emiten pagarés a cada banco prestamista. En el caso de un empréstito, éste se emite por la realización de un acto de gobierno y no representa, en principio, un compromiso con una persona determinada. En general, para emitirlo se dan a conocer públicamente en un prospecto las condiciones, el destino de los fondos, toda otra información considerada de utilidad y las fechas de pago de los servicios que se abonarán a cualquier persona que se presente con los bonos. ⁽¹³⁾

La naturaleza jurídica de las relaciones que emergen de los empréstitos y préstamos bancarios (como genéricamente se puede conocer a los empréstitos también) ha sido objeto de diversas interpretaciones. Si bien nadie pone en duda que el Estado prestatario asume la obligación de restituir el capital recibido y de pagar un interés, en cambio no hay uniformidad en cuanto a la esencia de tal obligación, que para unos autores es de carácter unilateral y deriva de la soberanía, en tanto que para otros es de carácter bilateral y contractual, aunque existen diferencias, en estos últimos en la naturaleza privada o pública del contrato. **Existen sustancialmente tres teorías:** 1.-El empréstito como un acto de soberanía; 2.-El empréstito, según la soberanía legislativa del Estado; 3.-El empréstito como contrato. A continuación comentaremos cada una de estas corrientes.

12. Zalduendo. Op. cit. pág. 6.

13. Idem pág. 9.

1. EL EMPRESTITO COMO UN ACTO DE SOBERANÍA

También llamada la teoría de los deudores, se desarrolló poniendo énfasis en el carácter soberano del prestatario cuando se trate de deudas públicas. Por ello sostenían que era inadmisibles aceptar que un Estado pudiera ser llevado a juicio ante un tribunal, fuera éste nacional o extranjero, por el incumplimiento en el pago de los servicios, por perjuicio o desafectación de garantías o por repudio de sus deudas.

Esta teoría citada por Zaldueño (14), tiene como antecedentes a Savigny, quien consideraba que las deudas públicas no se encuentran bajo protección judicial. Muchos comentaristas en la segunda mitad del siglo XIX opinaban que la emisión de un empréstito es un acto de soberanía y que la interferencia de otro Estado estaba fuera de la cuestión.

El expositor más destacado de esta doctrina fue el Dr. Luis María Drago, brillante hombre público argentino que en 1902 se opuso al cobro compulsivo de la deuda pública internacional, creando la conocida *doctrina Drago*, la cual establecía como principio fundamental el respeto a la soberanía del Estado que ha contraído un empréstito. (15)

La teoría de la soberanía surgió en el siglo XVI con el intento de caracterizar la estructura interna del Estado. Desde una perspectiva internacional, el afirmar que un Estado es soberano significa que es independiente, que no depende de ningún otro Estado (16), la podemos definir como “el derecho de los Estados para organizarse y regirse con independencia de toda intromisión política externa”. (17)

En términos generales, esta postura niega a los empréstitos públicos el carácter contractual, también es llamada la tesis unilateralista (18) del acto de soberanía. Dicho de otra manera, la emisión de deuda pública es un acto de soberanía y las relaciones que se establecen entre el Estado que emite la deuda y sus suscriptores no tienen el carácter de vínculos contractuales, sino de relaciones de soberanía. Así, la relación

14. Ibídem, pág. 10.

15. Fonrouge, Giuliani. **Derecho Financiero**. Pág. 1200.

16. Miguel Díaz, Luis. **La intervención económica como norma jurídica: las Cartas de Intención**. Pág. 58 y ss.

17. Romero, Jorge Enrique. **La crisis y la deuda externa**. Pág. 204.

18. Sainz de Bujanda, Fernando. **Lecciones de Derecho Financiero**. Pág. 429.

de deuda pública es una relación de derecho público cuyas condiciones se fijan en un acto unilateral, expresión de la soberanía del Estado. Es una obligación unilateral, no un contrato, que nace antes e independientemente del consentimiento del primer adquirente del título.

Sayagués Laso ⁽¹⁹⁾ ha sostenido que es inaceptable la pretensión de que el empréstito público aparezca como un contrato, y mucho más de derecho privado, puesto que tiene caracteres específicos que lo tipifican como una obligación unilateral autónoma, con valor por sí misma.

Giuliani Fonrouge ha negado que el empréstito público sea un contrato, ya que no hay acuerdo de voluntades ni recíproca fijación de condiciones, las que son establecidas por la ley, apareciendo de tal modo como expresión de la soberanía del Estado. Por ello mismo, no puede haber ejecución ante la autoridad judicial y menos en orden internacional, pues no existe un tribunal competente para enjuiciar un acto de soberanía estatal. ⁽²⁰⁾

Diez, finalmente, compartiendo la doctrina de Drago, enseña que el empréstito público es emitido en virtud del poder soberano del estado, apareciendo como una obligación autónoma y unilateral. ⁽²¹⁾

Marienhoff ha criticado esta teoría, en cuanto hace aparecer al empréstito público como una obligación unilateral haciendo ver que mientras que los títulos emitidos no son adquiridos por el público, no tienen ni producen influencia alguna en el orden jurídico, puesto que hasta ese momento aparecen como un acto de voluntad interna del Estado, que necesita, para que produzca y tenga efectos en derecho, ser aceptada por los administrados o particulares, mediante la adquisición de los títulos, lo cual trasunta por parte de éstos una expresión de voluntad y la manifestación de un consentimiento idóneo como para originar una relación contractual. ⁽²²⁾

19. Sayagués Laso, Enrique. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo 11, pág. 124.

20. Op. cit. pág. 1199.

21. Diez, Manuel María. **Derecho Administrativo**. Tomo III. Pág. 327.

22. Op cit. pág. 666 y ss.

2. *EL EMPRESTITO SEGUN LA SOBERANIA LEGISLATIVA DEL ESTADO*

Algunos teóricos han explicado la naturaleza jurídica del empréstito público, señalando que éste es un acto de soberanía legislativa, en el cual es necesario distinguir entre los empréstitos nacionales e internacionales. En los primeros, el prestamista quedaría sometido sin restricciones a la soberanía legislativa del Estado prestatario; en los segundos, en cambio, la soberanía estatal no alcanza para modificar unilateralmente el contrato, como tampoco puede hacerlo en el caso de un tratado, lo que ha permitido afirmar que el prestamista goza de la protección del derecho internacional.

Giuliani Fonrouge ⁽²³⁾, después de recordar a autores como Waring, Kaufman, Freund y Fisher, Williams y Van Hecke participan de este criterio, concluye que tales distingos son inaceptables, no siendo difícil ver en este planteamiento otra cosa que una tentativa de justificar la acción compulsiva de los Estados extranjeros, a que se han mostrado tan afectos los países exportadores de capitales.

También Sainz de Bujanda, quien es proclive a la teoría contractualista, de alguna manera critica la teoría del empréstito según la soberanía del Estado, al expresar ⁽²⁴⁾: cuando hablamos de empréstitos internos es necesario que tengamos siempre presente una distinción básica y fundamental. Dentro de las tres funciones típicas del Estado (la legislativa, la ejecutiva y la judicial), éste actúa en forma distinta en cada una de ellas. Es decir, cuando el Estado legisla, crea el ordenamiento jurídico interno, crea normas que regulan relaciones, pero las regula quedando fuera y por encima de ellas.

Continúa el tratadista español, señalando que, cuando el Estado actúa como Administración, puede crear relaciones, pero las crea formando parte de ellas, como las crea formando parte de los particulares. Cuando actúa de esta última forma, el Estado se somete al ordenamiento jurídico interno. Son dos momentos totalmente diferentes que debemos tener siempre presentes cuando hablamos de un contrato de préstamo público. Cuando el Estado contrata, la relación está disciplinada por el ordenamiento jurídico interno, como cualquier

23. Op cit. pág. 1203.

24. Op cit. pág. 430.

contrato. El que el Estado pueda anular sus efectos por medio de una ley no influye en la naturaleza jurídica del mismo. No lo destipifica, porque la ley es algo que está por encima y por fuera de la relación contractual. En este sentido no puede decirse que la posibilidad de que una ley modifique los derechos del prestamista sea una característica del contrato. También la ley puede modificar los efectos de un contrato privado. Y no se diga en el caso del empréstito público es el deudor quien lo modifica, porque el deudor es el Estado-Administración y el que lo modifica es el Estado-Legislador.

3. *EL EMPRESTITO COMO CONTRATO*

La tercera corriente doctrinal, considera el empréstito como un contrato, es decir, como un acto bilateral, en que se establecen obligaciones recíprocas para ambas partes y cuyo cumplimiento puede ser exigido por tribunales jurisdiccionales. Sin embargo, no existe uniformidad en cuanto al tipo de contrato, ya que para algunos pertenece al derecho privado; para otros, sería de derecho público, como pretende la mayor parte de la doctrina francesa.

a) **CONTRATO DE DERECHO PRIVADO**

Esta teoría según Zaldueño (25) se le llama la teoría de los acreedores, ya que consideran que la relación entre el Estado emisor de un empréstito y los tenedores de los bonos es un contrato regido por el derecho privado. En opinión de muchos juristas que sostienen este criterio el Estado renuncia a su condición de soberano en los casos de emisión y se somete voluntariamente a las reglas del derecho privado. Otros estiman que la afirmación de la renuncia es una consideración gratuita; cuando el Estado suspende los pagos de los servicios hay un incumplimiento de un contrato legal, y en consecuencia el acreedor es afectado legal y moralmente.

El incumplimiento es el segundo tema de apoyo de esta teoría. La consideración de este aspecto interesa porque, dado que el acreedor extranjero ha recurrido frecuentemente, y muchas veces con éxito, a solicitar a su gobierno el ejercicio de presiones y la aplicación de sanciones económicas, se crea una situación privilegiada para el acreedor extranjero.

25. Op cit. pág. II.

A decir de Sayagués Laso, esta teoría también encuentra sustento en la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, pues los empréstitos estarían contemplados en estos últimos. Como variante en esta tendencia, afirmase que el empréstito es un contrato de préstamo de derecho civil, sometido a una condición potestativa; dicha condición potestativa sería que el Estado se reserva el derecho de modificar unilateralmente sus obligaciones, si sobrevienen determinados acontecimientos ⁽²⁶⁾.

Esta doctrina también puede fundarse en lo que José Luis Fernández Flores ⁽²⁷⁾ llama las relaciones entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado, ya que si bien es cierto que el Derecho Internacional Público, por principio, regula las relaciones entre los Estados, pero esto no quiere decir que se agote aquí su función. En la esfera de la actividad internacional, también se mueven otros sujetos, algunos de los cuales han recibido ya su patente de personalidad jurídico-internacional o están en proceso de recibirla; en esta línea se encuentran las organizaciones internacionales y el individuo como tal, independientemente de su condición de nacional de un país. Y el Derecho Internacional Público, también regula las relaciones en que intervienen estos sujetos que no son Estados, pero que tienen también su protagonismo junto a ellos.

De este modo podemos decir que el Estado, aun siendo el sujeto preferente del Derecho Internacional, ha venido a ocupar una posición más mediatizada. Y así decir que el Derecho Internacional Público regula las relaciones entre los Estados, es decir sólo una parte de la verdad.

b) CONTRATO DE DERECHO PUBLICO

Otra parte de la doctrina sostiene que el empréstito público, es un contrato de derecho público, y más especialmente de derecho administrativo, situación que comentaremos más ampliamente en el siguiente apartado, pero que ahora sólo se harán comentarios de naturaleza genérica.

26. Op cit. pág. 126

27. Fernández Flores, José Luis. **Relaciones entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado**. Pág. 155.

El grupo de juristas que propugna por esta posición, fue muy activo durante el período de entreguerras y en él se destacaron los alemanes Manes (1918) y Lippert (1928), el francés Jéze (1925), Sack (alemán de origen ruso, 1927), Fischer Williams (inglés de 1923), los americanos Feilchenfeld (1931) y Borchard (1951), y Schoo (argentino, 1940). Señalemos, además, que la Liga de las Naciones designó en 1935 un comité para el estudio de los contratos de empréstitos públicos internacionales. (28)

El típico representante argentino de esta doctrina es Bielsa (29) quien señala que jurídicamente, el empréstito público es, ante todo, un contrato y a este respecto, tanto por su objeto y fin, por ser los sujetos de la relación contractual, personas administrativas, es decir, públicas (al menos una de ellas), el empréstito es materia de derecho administrativo.

La razón de esta clasificación jurídica de los empréstitos públicos se funda no tanto en la constitución del acto, esto es, en la formalización del contrato, sino en el régimen de su cumplimiento, especialmente en lo que respecta a las decisiones del Estado cuando circunstancias de orden económico-político o político-financiero son considerados por el Poder administrador como superiores al régimen contractual.

Sigue diciendo Bielsa que en Argentina, el empréstito público es considerado más que como un mero acto de *poder*, como una relación convencional que *obliga* a las partes al cumplimiento total de lo pactado, sin consideración a los factores de orden económico y político que fundan y justifican otros actos de política financiera.

Esta doctrina es criticada duramente por Sayagués Laso (30), ya que menciona que la teoría del contrato de derecho público salva algunas de las objeciones apuntadas, pero se muestra insuficiente en otros aspectos. Así, es evidente que el empréstito tiene plena existencia jurídica antes de ser colocado, o sea antes de encontrarse las voluntades de la administración y de quienes suministran el dinero. Esto aparece claramente cuando el Estado emite deuda pública para constituir el capital de otra persona pública, cuyos servicios de interés y amortización atenderá esta última.

28. Zalduendo. Op cit. Pág. 13

29. Bielsa, Rafael. **Derecho Administrativo**. Pág. Tomo 1, pág. 472.

30. Op cit. pág. 127.

Por otro lado, coincidimos con Sayagués Laso, cuando expresa que el análisis del régimen jurídico de los empréstitos públicos pertenece más al derecho financiero que al derecho administrativo. Si bien los problemas que plantean interesan a ambas disciplinas, razones de método aconsejan desplazar su estudio particular a la primera de ellas.

IV. EL EMPRESTITO COMO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Según Chase (31) el concepto de empréstito referido a las finanzas se denomina crédito público. De esta manera se parte del concepto genérico de “deuda pública” para llegar a lo específico de empréstito. La forma jurídica del empréstito público puede variar, según se trate de una emisión de títulos del empréstito o, un “contrato de préstamo” entre el Estado y un organismo financiero nacional o internacional.

La emisión de empréstitos en el exterior es índice de poderío económico, disminuye la carga de los contribuyentes y aumenta la riqueza nacional (32); los empréstitos forman parte de los ingresos de la Federación (33); asimismo forma parte del presupuesto de un país (34), al cual se le puede definir como el negocio jurídico por medio del cual el Estado, con personas nacionales o extranjeras, públicas o privadas, recibe cierta cantidad de dinero que se obliga a devolverlo a cierto plazo, normalmente con causación de intereses (35).

Ahora bien, el empréstito público se considera un contrato administrativo, tesis que ha propugnado sustancialmente la doctrina francesa, esta misma apreciación se aplica a los contratos de crédito como a los de renegociación de la deuda externa (36), y es sostenida fundamentalmente por Gaston Jéze (37) y André de Laubadere (38),

-
31. Chase, Luis Enrique. **Contratos de empréstito público**. Págs. 3, 8 y 9.
 32. Einaudi, Luigi. **Principios de Hacienda Pública**. Pág. 480
 33. De la Garza, Sergio Francisco. **Derecho Financiero Mexicano**. Pág. 115
 34. Villalobos, Enrique. **Nociones de Derecho Financiero**. Pág. 78.
 35. Harndan Amad, Fauzi. **Aspectos jurídicos de la deuda pública. Teoría y práctica**. Pág. 93.
 36. Boon-Chye Lee. **The economics of international debt renegotiation** y Hudson, Michael. **Trade development and foreign debt**.
 37. **Principios Generales del Derecho Administrativo y Cours de Science des Finances**.
 38. **Traite des Contrats Administratifs**.

seguida por Pierre Wigny (39), Georges Dupuis (40) y Prosper Weil (41); en España tuvo acogida con Recaredo Fernández de Velasco (42) y Sainz de Bujanda (43); en Italia con Aldo Sandulli (44), Guido Zanobini (45) y, más recientemente, Massimo Severo Giannini (46); por otro lado, esta doctrina ha tenido acogida en Sudamérica por Marienhoff (47), Bielsa (48) y Escola (49), por citar a algunos.

Especialmente Gaston Jéze, en su obra *cours de science des finances et de législation financière française* hace un análisis histórico, financiero, económico, social, político, constitucional, jurídico e internacional del crédito público, y en especial de los empréstitos, refutando la naturaleza jurídica de los empréstitos, como un acto de soberanía de los pueblos o considerado como un acto legislativo del deudor.

V. ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE EMPRESTITOS INTERNACIONALES

Con el propósito de definir los elementos básicos que conformarían los contratos administrativos de empréstitos internacionales, sin entrar al detalle del clausulado (50), señalaremos los siguientes:

a) SUJETOS

Uno de los sujetos necesarios en todo contrato de empréstito público internacional es el Estado, como sujeto deudor, que se manifiesta y actúa por medio del Poder Ejecutivo, ya sea que éste actúe directamente, o que lo haga a través de los órganos que conforman la Administración Pública Federal Paraestatal o a través de organismos que de alguna manera se encuentran fuera de dicha administración, pero que se les considera autónomos, como el Banco de México.

39. **Droit Administratif.**

40. **Droit Administratif.**

41. **Principes Generaux du Droit et Contrats d'Etat.**

42. **Los Contratos Administrativos.**

43. Op cit.

44. **Manuale di Diritto Amministrativo.**

45. **Corso di Diritto Amministrativo.**

46. **Diritto Amministrativo.**

47. Op. cit.

48. Op cit.

49. **Tratado Integral de los Contratos Administrativos.**

50. Vázquez Pando, Fernando. **La Crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales.** Pág. 105.

Bajo el perfil contractual, existen algunas novedades en la deuda externa que cobran auge en los años 70. En primer lugar, mientras en los decenios siguientes a la segunda posguerra, el modelo de endeudamiento externo practicado por los países llamados en vías de desarrollo se caracterizó por el hecho, de que las contrapartes del Estado, eran principalmente organismos internacionales, en este período fue sustituido por uno nuevo en el cual los acreedores eran bancos comerciales o consorcios de bancos ⁽⁵¹⁾.

b) CONSENTIMIENTO

El consentimiento, como ya sabemos, en el régimen de los contratos en general, es el acuerdo entre dos o más voluntades, sobre una misma cuestión. En materia administrativa, la voluntad del Estado o de sus órganos, se expresa o exterioriza por una declaración o manifestación concreta del ente público, adoptando las formas previstas que el caso lo amerita.

En cuanto a los contratos de empréstito, el acreedor manifiesta su voluntad, a través del órgano de representación que se encuentre facultado por su propia institución, firmando al efecto el documento en el cual consten los derechos y obligaciones de su representada.

c) OBJETO

El objeto del contrato de empréstito público internacional, es siempre la entrega de una suma de dinero, que obtiene el Estado de los organismos internacionales o bancos acreedores externos, con la finalidad de destinarla a los fines que señala el propio texto constitucional. Por lo tanto, el Estado se obliga a reintegrar dicha suma de dinero, pagando además al prestamista una tasa de interés en la forma y condiciones fijadas con antelación.

En relación a si el empréstito puede tener por objeto, uno distinto a la entrega de dinero, es decir, valores diferentes, no nos parece en principio, procedente, ya que en definitiva lo que se desea es la entrega de dinero y no de otros mecanismos financieros, aun y cuando en los tiempos en que nos encontramos, puede existir un sinnúmero de alternativas al financiamiento.

51. Schipani, Sandro. **Principios generales del Derecho e inequidad en las obligaciones: perfiles jurídicos de la deuda internacional latinoamericana.** Pág. 816.

d) FINALIDAD

Dice Escola que “los poderes jurídicos que se le confieren a la administración para celebrar contratos, deben ser ejercidos conforme al fin propio del servicio, de igual manera como sucede con los actos administrativos. La finalidad constituye, pues, un elemento esencial en la contratación administrativa” (52).

En relación a la finalidad dice nuestro texto constitucional, en el artículo 73, fracción VIII, que “ningún empréstito podrá celebrarse sino para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, salvo los que se realicen con propósitos de regulación monetaria, las operaciones de conversión y los que se contraten durante alguna emergencia declarada por el Presidente de la República en los términos del artículo 29”, si no se da esta hipótesis, se podrá alegar nulidad de los empréstitos, a decir de Burgoa (53).

e) FORMACION DEL CONTRATO Y SELECCION DEL CO-CONTRATANTE

El contrato de empréstito público internacional, por sus propias modalidades, está sujeto a requisitos especiales y propios en cuanto a su formación, presentando particularidades que no son corrientes en los otros contratos administrativos y excluyendo asimismo, modalidades que no son comunes a éstos.

En principio es indispensable que todo contrato de empréstito público internacional haya sido autorizado debidamente por el Poder Legislativo, mediante la aprobación de una Ley o un decreto legislativo especial (art. 73 Constitucional, fracción VIII); con posterioridad a la aprobación de dicha ordenanza, ya no interviene el Congreso de la Unión, en la concertación del contrato.

La negociación del empréstito se lleva a cabo, por lo común, por medio de suscripción pública, ofreciéndose los títulos a la adquisición del público en general o mediante la elección de un banco comercial internacional, que sea a la conveniencia del Estado o sus órganos, de acuerdo a las circunstancias que prevalezcan en el mercado financiero internacional.

52. Op cit. pág. 561.

53. Burgoa, Ignacio. **La deuda pública externa, el derecho a la información y la Suprema Corte**. Pág. 18 y ss.

f) *JURISDICCION COMPETENTE*

Prácticamente hemos llegado al tema más difícil de los empréstitos internacionales, a efecto de que puedan ser considerados contratos o actos unilaterales, dependiendo de un acto soberano; no pretendemos profundizar demasiado en este punto, ya que sería tema de otra ponencia, pero sí es conveniente dejar claras las bases de la cuestión.

Los contratos de financiamiento externo vigentes, en la gran generalidad de los casos, han sido suscritos en Londres o Nueva York, están redactados en inglés y la versión en este idioma es la única válida. Originalmente estos contratos eran relativamente simples; en la actualidad, sin embargo, son extraordinariamente complejos y pueden abarcar, con sus múltiples apéndices y anexos, unas 300 ó 400 páginas. Su interpretación y cumplimiento están sujetos a las normas del derecho contractual privado del lugar en que fueron suscritos, no obstante la condición pública del deudor⁽⁵⁴⁾.

Sigue diciendo Biggs que el sistema jurídico de los países latinoamericanos tiene su origen y sustentación filosófica en el derecho romano y la codificación de las leyes civiles ordenada por Napoleón a comienzos del siglo XIX. En los países anglosajones rige, en cambio la ley común (*common law*) cuyo origen y ejecución es diferente. Lo más característico de la ley común es su origen exclusivamente judicial y su formación mediante la reiteración de fallos judiciales uniformes. Estas diferencias de sistemas jurídicos plantean dificultades a aquel sector público latinoamericano que, en estas materias, ha aceptado someterse a la jurisdicción y leyes norteamericanas.

Los contratos de financiamiento vigentes en América Latina confieren al acreedor, en el caso de incumplimiento, el derecho de demandar al deudor y solicitar el embargo y ejecución de aquellos bienes existentes dentro de la jurisdicción del tribunal. Igualmente, el acreedor puede solicitar medidas de excepción (prejudiciales o precautorias) destinadas a impedir el retiro de los bienes del deudor de la jurisdicción del tribunal. La jurisdicción sobre la persona del deudor supone que el Estado latinoamericano o ente público ha renunciado o perdido su inmunidad⁽⁵⁵⁾.

54. Biggs, Gonzalo. **Cobro judicial de la deuda pública externa morosa de América Latina: derechos y defensas de las partes**. Pág. 435.

55. *Idem*. 437.

Un Estado o entidad pública extranjero demandado ante los tribunales de Nueva York puede oponer la defensa de inmunidad de jurisdicción o de ejecución la cual, al ser aceptada, obliga al demandante a entablar su acción ante otros tribunales.

Según la doctrina de la inmunidad absoluta, los actos del Estado y sus órganos, los actos y la persona de sus agentes y representantes, sus bienes y propiedades no pueden ser juzgados por tribunales distintos a los del propio Estado. Sin embargo, la actividad económica desarrollada por el sector público con posterioridad a la Primera Guerra Mundial lleva, sin embargo, a los tribunales europeos (Bélgica e Italia) a distinguir entre actos propiamente de gobierno, *jure imperii*, y actos de naturaleza comercial, *jure gestionis*, y a negar la inmunidad para estos últimos .⁽⁵⁶⁾

En relación a la inmunidad soberana cabe aclarar que las constituciones de algunos países en desarrollo no permiten la renuncia de su calidad soberana a fin de acudir como simples particulares a los tribunales de otro país. Sin embargo, es inimaginable un contrato de crédito internacional en el cual no se estipule la renuncia a su calidad soberana y el sometimiento expreso a tribunales extranjeros. Recordemos que hacia 1976 los Estados Unidos de Norteamérica aprueban la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera y el Reino Unido lo hizo en 1980 y en ellas se acepta la teoría restringida de la inmunidad de los Estados .⁽⁵⁷⁾

Una de las soluciones que se plantean a la problemática señalada es la denominada Doctrina del Acto del Estado, que se plantea de la siguiente manera: "cada Estado soberano está obligado a respetar la independencia de otro Estado soberano y las cortes de un Estado no se pronunciarán sobre los actos de otro gobierno, realizados en su propio territorio". La doctrina ha señalado que se trata de un principio de cortesía entre las naciones que, posteriormente, adquirió la fuerza de un principio del derecho internacional. La doctrina de la inmunidad soberana del Estado significa que un Estado, en ejercicio de su soberanía, no puede ser enjuiciado por tribunales extranjeros. La doctrina del Estado, en cambio, significa que los tribunales estadounidenses no se pronuncien respecto de la validez de los actos de gobierno extranjeros,

56. Ibidem, pág. 439

57. García Moreno, Víctor. **Breves notas sobre un enfoque jurídico del endeudamiento de los países del Tercer Mundo**. Pág. 98.

dentro del territorio de los Estados Unidos, por razones constitucionales basadas en la separación de poderes y en el manejo de los asuntos exteriores. ⁽⁵⁸⁾

Lo cierto es que, este tipo de cláusulas insertadas en los contratos de empréstitos públicos internacionales, suponen una característica especial de los contratos administrativos de tal manera que los bancos acreedores pueden elegir entre diversos tribunales para actuar, pero además, ello es aplicable tanto en el caso de una acción iniciada individualmente como en el caso de acciones intentadas por varios o la totalidad de los bancos, a decir de Vázquez Pando. ⁽⁵⁹⁾

VI. EL FUNDAMENTO DEL EMPRESTITO EN EL DERECHO MEXICANO

En nuestro sistema jurídico nos encontramos con 3 disposiciones que son fundamentales, por un lado, la Constitución Política, la Ley General de Deuda Pública y la Ley de Presupuesto, vamos a comentar lo relativo al empréstito en estos ordenamientos.

a) LA CONSTITUCION POLITICA

El artículo 73 de la Constitución en su fracción VIII, contempla las bases constitucionales de los empréstitos, al señalar en su parte medular: “El Congreso tiene facultad... VIII.-Para dar bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la Nación, para aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional. Ningún empréstito podrá celebrarse sino para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, salvo los que se realicen con propósitos de regulación monetaria, las operaciones de conversión y los que se contraten durante alguna emergencia declarada por el Presidente de la República en los términos del artículo 29...”

Esta fracción, a decir de José Barragán ⁽⁶⁰⁾ es vista como un mandato y contiene 4 facultades: la facultad exclusiva del Congreso; la

58. Díaz Müller, Luis. **Deuda externa y Derecho Internacional: las “deudas odiosas”, la Carta Tate y otros misterios.**

59. Op cit. Pág. 120.

60. **Algunas consideraciones sobre los principios constitucionales que regulan la deuda externa.** Pág. 5 y ss.

facultad para dar leyes de bases; la facultad para aprobar esos mismo empréstitos y la facultad para reconocer y mandar pagar las deudas. Dicho de otra manera, este precepto contempla la reglamentación fundamental, para la existencia, en el ordenamiento mexicano, de los empréstitos, ya que si no existe aprobación por el Congreso de la Unión, no habrá empréstito.

b) *LA LEY GENERAL DE DEUDA PUBLICA*

Este ordenamiento, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1976, ha sido profusamente comentado por Vázquez Pando ⁽⁶¹⁾. Esta Ley pretende reglamentar la fracción VIII, del artículo 73 Constitucional, a efecto de hacer más ágil el proceso de autorización de los empréstitos, ya que faculta a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, entre otras cosas, para: contratar y manejar la deuda pública del Gobierno Federal y otorgar la garantía del mismo para la realización de operaciones crediticias que se celebren con organismos internacionales de los cuales México sea miembro o con las entidades públicas o privadas nacionales o de países extranjeros, siempre que los créditos estén destinados a la realización de proyectos de inversión o actividades productivas que estén acordes con las políticas de desarrollo económico y social aprobadas por el Ejecutivo y que generen los recursos suficientes para el pago del crédito y tengan las garantías adecuadas.

Como se podrá notar existe una gran diferencia entre lo que plantea la Constitución y el articulado de esta Ley, lo cual hace que el propio Barragán ⁽⁶²⁾ tilde este ordenamiento de inconstitucional, ya que plantea, al menos, 3 vicios de inconstitucionalidad: a).- Es inconstitucional como ley de bases, en virtud de que se incluye la autorización expresa para firmar las contrataciones, sin necesidad siquiera de informarle al Congreso; b).- Es inconstitucional como Ley que autoriza que el Ejecutivo apruebe los empréstitos y c).- es inconstitucional como ley que reconoce lo adeudado y ordena su pago, ya que ésta es una facultad exclusiva del Congreso.

61. **Notas para el estudio de la nueva "Ley General de Deuda Pública".**

62. Op. cit.. Pág. 38 y ss.

c). *LEY DE PRESUPUESTO, CONTABILIDAD Y GASTO PUBLICO FEDERAL*

Este ordenamiento publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1976, tiene como fin cuidar el gasto público federal, el cual comprende las erogaciones por concepto de gasto corriente, inversión física, inversión financiera, así como pagos de pasivos de deuda pública, y por concepto de responsabilidad patrimonial, que realicen los 3 poderes de la Unión.

No tenemos como propósito analizar todos los ordenamientos citados, sino únicamente referirlos, en cuanto a que son aplicables al empréstito público internacional.

VII. CONCLUSIONES

PRIMERA.-La deuda externa es problema que puede ser analizado desde diversas ópticas, ya sean económicas, sociales, políticas, éticas o jurídicas; en esta última, encontramos diversas figuras que por su importancia merecen un análisis profundo, entre ellas se encuentran los empréstitos públicos internacionales.

SEGUNDA.-Al analizar la naturaleza jurídica de los empréstitos públicos internacionales, nos encontramos con 3 teorías, para encontrar la solución al problema, de suyo complejo, y que los países deudores han querido subsumir en su propia idea, de tal manera que se le considera un acto que deriva directamente de la soberanía del Estado.

TERCERA.-Los países acreedores, prácticamente, tienen su propia teoría, ya que señalan que los empréstitos públicos internacionales deben regirse por el derecho privado, aplicándoseles en general, la teoría de las obligaciones e intentando hacer valer sus derechos, en caso de incumplimiento, ante los tribunales ordinarios.

CUARTA.-Nuestra postura es que los empréstitos públicos internacionales gozan de la naturaleza de un contrato administrativo, por las razones enunciadas con anterioridad, sólo baste señalar que dichos actos jurídicos tienen características especiales que los distinguen del resto de los contratos administrativos.

QUINTA.-La jurisdicción aplicable a este tipo de contratos no es suficiente, en la forma o en los hechos, para señalar que estamos en presencia de un contrato de naturaleza civil, por lo que es materia de otro estudio, la resolución de controversias que se susciten con motivo de los empréstitos públicos internacionales, señalando que es conveniente utilizar la figura del arbitraje al efecto.

SEXTA.-Nuestra legislación es confusa, iniciando por el propio texto constitucional, ya que no se adecúa a los tiempos que estamos viviendo y los 2 ordenamientos comentados brevemente, son imprecisos en relación al propio texto constitucional, teniendo el riesgo de que puedan ser atacados de inconstitucionales, por lo que es conveniente modificarlos.

VIII. BIBLIOGRAFIA

Barragán Barragán, José. **Algunas consideraciones sobre los principios constitucionales que regulan la deuda externa.** Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Año V, No. 13, 1990.

Bermejo, Romualdo. **Comercio internacional y sistema monetario: aspectos jurídicos.** Civitas, Madrid, 1990.

Bielsa, Rafael. **Derecho Administrativo.** Tomo I, Lajouane, Buenos Aires, 1937.

Biggs, Gonzalo. **Cobro judicial de la deuda pública externa morosa de América Latina: derechos y defensas de las partes.** En *Moratoria de la deuda en América Latina.* F. C. E. ,Buenos Aires, 1994.

Boon-Chye, Lee. **The economics of international debt renegotiation.** Westview - Press, Oxford, 1984.

Burgoa, Ignacio. **La deuda pública externa, el derecho a la información y la Suprema Corte.** s/ed. México, 1983.

Campos, Ricardo. **El Fondo Monetario Internacional y la deuda externa mexicana.** Plaza y Valdés Ed. México, 1993.

Chase, Luis. **Contratos de empréstito público.** En *contratos Administrativos.* Ed. Astrea, Tomo II, Buenos Aires, 1982.

D'audiffret, M. **Systeme Financier de la France.** Chez P. Dufart, Paris, 1840.

De la Garza, Sergio F. **Derecho Financiero Mexicano.** Porrúa, Mexico, 1985.

Díaz Müller, Luis. **Deuda externa y Derecho Internacional: las "deudas odiosas", la Carta Tate y otros misterios.** Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Año V, No. 13, 1990.

- Diez, Manuel María. **Derecho Administrativo**. Plus Ultra, Buenos Aires, 1979.
- Dupuis, Georges y Marie José Guédon. **Droit Administratif**. Armand Colin, Paris, 1993.
- Einaudi, Luigi. **Principios de hacienda pública**. Aguilar, México, 1948.
- Escola, Héctor. **Tratado integral de los contratos administrativos**. Depalma Buenos Aires, 1979.
- Fernández de Velasco, Recaredo. **Los contratos administrativos**. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, 1927.
- Fernández-Flores, José L. **Relaciones entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado**. En *Jurídica U. Iberoamericana*, México, 1982, No. 14.
- Fonrouge, Giuliani. **Derecho Financiero**. Depalma, Buenos Aires, 1987.
- García Moreno, Víctor C. **Breves notas sobre un enfoque jurídico del endeudamiento de los países del Tercer Mundo**. En *Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM*, Tomo XXXVII, Enero-junio, 1987.
- Garrido Falla, Fernando. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tecnos, Madrid 1992.
- Giannini, Massimo S. **Diritto Amministrativo**. Giuffré, Milano, 1988.
- Gil Valdivia, Gerardo. **Aspectos jurídicos del financiamiento público**. Porrúa, México, 1989.
- Guillén, Arturo, et al. **La deuda externa: grillete de la Nación**. Nuestro Tiempo, México, 1989.
- Hamdan Amad, Fauzi. **Aspectos jurídicos de la deuda pública. Teoría y Práctica**. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Año V, No. 13, 1990.
- Hudson, Michael. **Trade development and foreign debt**. Pluto Press, London, 1993.
- Jéze, Gaston. **Cours de Science des Finances**. Marcel Giard, Paris, 1922.
- . **Principios Generales del Derecho Administrativo**. Depalma, Buenos Aires, 1940.
- Laubadere, Andre de, et al. **Traite des Contrats Administratifs**. L.G.D.J. París 1983.
- López, Oscar. **Deuda externa. Análisis jurídico**. Depalma, Buenos Aires, 1994.

- Marienhoff, Miguel. **Tratado de Derecho Administrativo**. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983.
- Maynz, Carlos. **Curso de Derecho Romano**. Jaime Molinas Ed. Barcelona, 1887.
- Miguel Díaz, Luis. **La intervención económica como norma jurídica: las cartas de intención**. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Año V, No. 13, 1990.
- Moschetto, Bruno y André Plagnol. **Les activites bancaires internationales**, PUF Paris, 1979.
- Moyano, César y Loretta Ortiz. **La deuda externa y la responsabilidad internacional del Estado**. UNAM, 1994.
- Romero, Jorge Enrique. **La crisis y la deuda externa en América Latina**. Universidad de Costa Rica, San José, 1993.
- Sainz de Bujanda, Fernando. **Lecciones de Derecho Financiero**. Universidad Complutense, Madrid, 1993.
- Sandulli, Aldo. **Manuale di Diritto Amministrativo**. Casa Editrice Eugenio Jovene Napoli, 1952.
- Sayagués Laso, Enrique. **Tratado de Derecho Administrativo**. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1988.
- Schipani, Sandro. **Principios generales del Derecho e inequidad en las obligaciones: perfiles jurídicos de la deuda internacional latinoamericana**. En Rev. del Derecho Industrial, Depalma, Año 14, No. 42.
- Vázquez Pando, Fernando. **La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales**. Miguel Angel Porrúa, México, 1990.
- . **Notas para el estudio de la nueva "Ley General de la Deuda Pública"**. Jurídica, Universidad Iberoamericana, No. 9, julio de 1977.
- Villalobos, Enrique. **Mociones de Derecho Financiero**. U. Estatal a Distancia, San José, 1990.
- Vocke, Guillermo. **Principios fundamentales de hacienda**. La España Moderna, Madrid, s/f.
- Weil, Prosper. **Principes Generaux du Droit et Contrats d'Etat**. En Le Droit des Relations Economiques internationales. Litec, Paris, 1987.

Wigny, Pierre. **Droit Administratif**. Emile Bruylant, Bruxelles, 1962.

Zalduendo, Eduardo. **La deuda externa. Aspectos económicos, jurídicos, diplomáticos y políticos con motivo de suspensiones de pagos moratorias y repudios**. Depalma, Buenos Aires, 1988.

Zanobini, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo**. Giuffré, Milano, 1958.

DE SOBERANIA Y POSTMODERNIDAD

Prof. Walter Antillón Montealegre

Universidad de Costa Rica

SUMARIO

Introducción

1. Siglo XV: surgen las monarquías nacionales.
2. La doctrina de los glosadores.
3. El pensamiento de Bodin.
4. Althusius y la soberanía popular.
5. El pensamiento de Rosseau.
6. Cambio de rumbo durante el siglo XIX.
7. La soberanía en el siglo XX.
8. El concepto de soberanía en las Constituciones centroamericanas.
9. El Estado en la llamada Era Postmoderna y la decadencia de la doctrina de la soberanía del Estado.
10. Reafirmar el derecho del pueblo a la soberanía.

Conclusión.

Bibliografía.

INTRODUCCION

Este breve ensayo sobre la Soberanía en nuestro tiempo pretende ser un alegato a favor de la necesidad de reincorporar a la palestra ideológica moderna o, si se quiere, postmoderna, el concepto de “soberanía popular”, en un momento en el que, por el contrario, está de moda afirmar que “la soberanía del Estado” es un fenómeno en vías de extinción, y que debemos aceptar (¡sobre todo si se trata de nuestros países!) que ha sido o será en breve sustituida por un nuevo status: la “interdependencia de los Estados”, expresión que no es capaz de celar del todo la verdadera situación a que nos han ido acercando, primero lentamente y con disimulo, ahora rápida y descaradamente: la total dependencia respecto de los Estados Unidos y, en menor medida, respecto del llamado Primer Mundo, en general.

1. SIGLO XV: SURGEN LAS MONARQUÍAS NACIONALES

El fenómeno histórico-político (y el problema conceptual) de la soberanía nace en Occidente cuando, frente a las soluciones políticas universales, exclusivas y excluyentes (Papado, Imperio), las cuales, por esencia, no admiten la existencia de formaciones políticas rivales, empiezan a desarrollarse, en abierta competencia con dichas soluciones universales (y con otras menores), las que podríamos llamar soluciones “nacionales” que, en la vida concreta, asumieron prevalentemente la forma de una pluralidad de monarquías nacionales.

En efecto, cuando, a fines de la Edad Media surgen las monarquías nacionales (fórmulas válidas para espacios relativamente extensos, pero delimitados, que englobaban dentro de ellos a muchos señores feudales, y que se apoyaban en la comunidad de lengua, costumbres y tradiciones de los grupos humanos correspondientes a una cierta región geográfica que llegaba a ser su territorio) dentro del ámbito en que había tenido lugar, al decir de Hegel, la “Poliarquía Medieval”, se plantea la pretensión de que el rey reconocido por aquellos grupos, de vasallo natural del Papa y/o del Emperador, pase a ser independiente de ambos, y llegue a constituirse, para sus súbditos, en la instancia suprema dentro de su territorio. Pero esto viene preparándose, en el plano ideológico y en la práctica, durante los siglos anteriores.

2. LA DOCTRINA DE LOS GLOSADORES

De manera que, tratándose de una tendencia macro-social que se empieza a percibir con fuerza creciente a partir del Siglo XIII, de

preferencia dentro de los diferentes pueblos comprendidos en el territorio del antiguo Imperio Romano de Occidente, la misma es advertida desde época temprana por parte de los estudiosos; y especialmente de parte de los juristas, los cuales, bajo el nombre de “majestad” (‘majestas’, tomado del Derecho Público Romano), tratan entonces de precisarla y definirla de acuerdo con sus métodos.

En efecto, ya glosadores como **Azzone** (1150-1230), o canonistas como **Alano** (Siglo XIII) alcanzan a concebir algunos elementos de esa “majestas” que sería, siglos después, el concepto de “soberanía” o poder soberano atribuido al monarca.

El carácter “personalizado” de la idea de soberanía (es decir, su encarnación en la persona humana) se refleja claramente de su etimología. En efecto, el término “soberano”, usado por primera vez por el jurista francés **Phillippe de BEUMANOIR** (1283), viene del latín “superanus” que literalmente significaría “hombre superior” (“Anus”, como en “anteanus” = anciano, es el hombre añoso, maduro, que era el ideal del hombre en la Edad Media. Sobre ello cfr. **Johannes BUHLER: Vida y Cultura en la Edad Media**; Fondo de Cultura Económica, México, 1972; y **Walter ULLMANN: Historia del pensamiento político en la Edad Media**; Ariel, Barcelona, 1983). Esto es así porque el concepto de soberanía es pensado como un atributo de la persona del Rey de Francia, quien, ya desde fines del Siglo XIII, rechazaba todo poder superior a él dentro de su Reino.

Pero volviendo a la “majestas”, esencia medieval de la fórmula posterior de la soberanía, ella surge claramente conceptualizada en el Proemio que el glosador napolitano Marino da CARAMANICO escribió para el “Liber Constitutionis” del Emperador Federico II, que aparece en la primera mitad del Siglo XIII. En efecto, la “majestas” es allí definida como “LA CONDICION DEL REY QUE NO RECONOCE SUPERIOR DENTRO DE SU REINO” (**Rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator**). Y aparece también, años después (1265) en las Siete Partidas de don Alfonso El Sabio (II, Tit. I, l.V) donde se afirma que el rey es “QUANTO EN LO PERSONAL, BIEN ASI COMO EL EMPERADOR EN SU IMPERIO...” (Confr. **Francesco CALASSO: Los glosadores y la teoría de la soberanía**. Estudio de Derecho Común Público; Giuffrè, Milán, 1957).

Vemos así que la soberanía nace como un atributo personal del rey: es la supremacía de que éste goza dentro de su reino, donde no hay ningún poder que se le oponga. PERO VEMOS TAMBIEN QUE LA SOBERANIA, AL CONTRARIO DE LA "POTESTAS" IMPERIAL, SUPONE LA EXISTENCIA DE OTRAS INSTANCIAS DE PODER EQUIVALENTES O INFERIORES, OPERANDO CONTEMPORANEAMENTE SOBRE OTROS TERRITORIOS.

Sin embargo, hay un pensador político de fines de la Edad Media: **Marsilio de PADUA** (1270-1342), quien en su obra "El Defensor de la Paz" (Defensor pacis, 1324), fuertemente influido por el aristotelismo vigente en algunas universidades europeas, y probablemente con base en la experiencia de las ciudades-repúblicas del Norte de Italia, desarrolla por primera vez la tesis de la soberanía popular, que en su época, con la honrosísima excepción del gran jurista **Bartolo da SASSOFERRATO** (1314-57), que la acoge y la desarrolla (suya es la famosa fórmula: "**civitas sibi princeps**", el pueblo es su propio príncipe), va a ser oficialmente ignorada, o directamente rechazada; pero que recibirá un extraordinario impulso, como veremos, algunos siglos después.

3. *EL PENSAMIENTO DE BODIN*

Jean BODIN (1530-1596), protestante francés, defensor del absolutismo, es el escritor que desarrollará de una manera completa la tesis de la POTESTAD SOBERANA DE LOS REYES, en su fundamental tratado "Los Seis Libros de la República" (**Les Six Livres de la République**), aparecido en 1576.

En esa obra, clásica en el campo de la política y el Estado, Bodin dice que la soberanía "...ES EL PODER ABSOLUTO Y PERPETUO DE UNA REPUBLICA". Es un poder que no está limitado ni en su potencia, ni en responsabilidad, ni en tiempo: un poder absoluto que incluso no se limita a sí mismo, pues el soberano puede cambiar de opinión en cualquier momento y siempre vale su última voluntad.

Aunque él concibe al menos tres formas de soberanía: real, popular y aristocrática, considera que la primera es, objetivamente, la mejor:

"...EL PRINCIPAL ATRIBUTO DE LA REPUBLICA -EL DERECHO DE SOBERANIA- SOLO SE DA Y CONSERVA EN LA MONARQUIA. En una república sólo uno puede ser soberano; si son dos, tres, o muchos,

ninguno es soberano, ya que nadie por sí solo puede dar ni recibir ley de su igual... Cualquiera que sea la potestad de que dispongan en virtud de su oficio, lo cierto es que cuando los Estados populares o aristocráticos se veían envueltos en una guerra peligrosa, o el cualquier otra circunstancia importante, establecían un dictador, como monarca soberano. SE DABAN CUENTA DE QUE LA MONARQUIA CONSTITUIA EL ANCORO SAGRADA A LA QUE NECESARIAMENTE HABIAN DE RECURRIR... Cuando he escrito antes sobre la necesidad de que, en el Estado bien ordenado, la potestad soberana sea atribuida a una sola persona, sin que los estamentos participen en ella, ni gocen de poder dictarle la ley –en tal caso sería estado popular y no monarquía y sobre los elogios que todos los sabios políticos, filósofos, teólogos e historiadores han vertido sobre la monarquía, no lo dije por complacer al príncipe, sino por la seguridad y felicidad de sus súbditos... ES NECESARIO NO DEJARSE CONVENCER POR LOS FLORIDOS DISCURSOS DE QUIENES PROPAGAN, ENTRE LOS SUBDITOS, LA NECESIDAD DE SOMETER LOS MONARCAS AL PUEBLO, Y DE QUE SEAN LOS SUBDITOS LOS QUE DICTEN LA LEY A SU PRINCIPE...” (Libro VI, Capítulo IV, págs. 383 y 384). (Las mayúsculas son mías).

Es así como se fundamenta teóricamente el absolutismo real de parte de este prestigioso escritor, cuyo criterio va a constituir un valioso apoyo al auge de las monarquías absolutas en Francia, en España y en Inglaterra, entre los siglos XVI y XVII.

4. *ALTHUSIUS Y LA SOBERANÍA POPULAR*

Sin embargo, la tesis de la **soberanía popular** encuentra constantes adherentes entre los pensadores de los siglos XVI a XVIII. Es como un hilo, delgado pero ininterrumpido, que cruza la Historia: en Inglaterra las propicia un teólogo anglicano, Richard Hooker, en su libro “**The Laws of Ecclesiastical Polity**”, de 1594; en España se encuentran presentes a lo largo de los siglos, desde **Covarrubias** hasta **Martínez Marina**; en Francia, antes y después de **Bodin**, desde **Commines** hasta **Fénelon**, etc.

Es así que, dentro de esa gran corriente, unas décadas más tarde que Bodin, un autor alemán: **Johannes ALTHUSIUS** (1557-1638) va a retomar e impulsar, por primera vez en el mundo moderno (recogiendo la tesis que **Marsilio de Padua** y **Bartolo de Sassoferrato** habían planteado dos siglos atrás), la doctrina de la soberanía concebida como UN DERECHO DEL PUEBLO.

En efecto, en su libro “La Política resumida metódicamente e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos” (**Politica Methodice digesta et exemplis sacris et profanis illustrata**) aparecido en 1603, EN CONTRASTE CON UN CORO DE ESCRITORES QUE SE ADHIRIERON A LA TESIS DE LA SOBERANIA ABSOLUTA DEL REY, DEFENDIDA POR BODIN, **Althusio** sostuvo que la soberanía (**Jus regni**) es un derecho supremo y perpetuo, que pertenece al Pueblo, no al Príncipe ni a un grupo de Notables; que el Pueblo, en su conjunto, genera y custodia el poder soberano; y mediante un contrato, puede depositarlo en la persona del Príncipe, PERO QUE PUEDE REVOCAR ESE MANDATO SI EL PRINCIPE HACE MAL USO DE EL.

Según **Althusio**, no se puede dudar de que los individuos, tomados aisladamente, son subordinados de la República, pero el conjunto de ellos ostenta el derecho de gobernar (**non singulis, sed conjunctim universis membris et toto corpori consociatio regni competit**). Ahora bien, **Althusio** rechazó la tesis dominante (sostenida por **Bodin** y sus seguidores) de que LA SOBERANIA fuera una “potestas absoluta” pues estimaba que estaba limitada EN SU EJERCICIO, por el derecho natural. (Confr. **Otto GIERKE: Johannes Althusius y el desarrollo histórico de las teorías políticas jusnaturalistas**; Einaudi, Turín, 1943).

5. EL PENSAMIENTO DE ROUSSEAU

Esta tesis **althusiana** de la soberanía popular, hija del Humanismo renacentista, apasionadamente atacada y defendida durante los siglos XVII y XVIII, íntimamente relacionada con la doctrina de los Derechos del Hombre, es recogida y desarrollada durante ese último siglo por algunos de los escritores de la Ilustración, y particularmente por **Jean Jacques ROUSSEAU** (1712-1778), y constituye, como es sabido, uno de los pilares ideológicos de la Revolución Francesa, fuente de inspiración de los futuros movimientos de independencia de América.

Según **Rousseau**, EL SOBERANO, constituido por el contrato social, ES EL PUEBLO, COMO UN TODO, EN CUANTO DECRETA “LA VOLUNTAD GENERAL”, CUYA EXPRESION ES LA LEY. De donde se sigue que el pueblo es soberano mientras pueda, y siempre que pueda, expresar e imponer, en los hechos, su voluntad (precisamente la “voluntad general”).

De modo que la Soberanía, poder del Pueblo (tomado éste como totalidad) sobre todas las personas singulares, se confunde con la voluntad general:

“... Así como la naturaleza ha dado al hombre un poder absoluto sobre todos sus miembros, el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos. Es éste el mismo poder que, dirigido por la voluntad general, toma, como ya he dicho, el nombre de soberanía...” (El Contrato Social; San José. Educa, 1973; pág. 70).

Resumiendo, entonces, en las tesis de **Althusius** y **Rousseau**, el Estado no es más que el Pueblo mismo, que adquiere unidad y fuerza en virtud del contrato celebrado por sus miembros; de manera que, en esencia, no hay otra soberanía que aquella “soberanía popular” fundada en los derechos del hombre.

Ahora bien, en las tesis de ambos pensadores se puede distinguir el concepto de Soberanía como poder (o derecho) y el hecho de su ejercicio. Veámoslo en un célebre pasaje del pensador ginebrino: al inicio de su famosa obra ya citada, “El Contrato Social”, dice **Rousseau**:

“El hombre ha nacido libre y, sin embargo, en todas partes vive entre cadenas...” (pág. 47).

¿Cómo se explica esta contradicción? Se explica fácilmente si distinguimos, como lo intuye claramente el autor, entre el “deber ser” y el “ser”: nacer libre, es decir, tener un derecho natural a la libertad (deber ser), no es necesariamente estar libre (ser), de manera que se puede tener derecho a la libertad y, sin embargo, vivir entre cadenas; del mismo modo como se puede tener el derecho al trabajo (deber ser) sin que ello signifique estar empleado (ser).

Sobre la base de este pensamiento se puede sostener que la soberanía popular es el nombre de lo que, con el lenguaje actual, llamaríamos un derecho humano colectivo fundamental (deber ser) del Pueblo: el derecho que éste tiene a su autodeterminación.

Ahora bien, el Pueblo tiene derecho a ser soberano; pero, para serlo en la realidad, debe ejercer efectivamente ese derecho: si no lo ejerce, no es soberano. Y esto nos recuerda una famosa frase del patriota nicaragüense **Augusto César Sandino**: “los derechos no se discuten: se defienden con las armas en la mano”. Es decir, para ser soberano no basta proclamar, discutir o rogar que se me otorgue el derecho correspondiente: hay que ejercerlo, es decir, adueñarse “de facto” de él. No puede el Pueblo quedarse en la mera discusión y proclamación del “deber ser” de la Soberanía: necesita indispensablemente dar un segundo paso: tiene que hacerla efectiva; no puede darse por satisfecho mientras no la haga efectiva. Porque ya veremos, más adelante, las consecuencias de confundir los dos planos del “ser” y el “deber ser” en relación con el tema de la Soberanía.

6. *CAMBIO DE RUMBO DURANTE EL SIGLO XIX*

Porque, precisamente, la teoría política del Siglo XIX va a cambiar radicalmente las cosas. Recordemos, para comenzar, que los juristas y politólogos alemanes del Siglo XIX, que ejercerán una influencia enorme en el ámbito de la teoría del derecho público continental europeo, y en el derecho de muchas otras regiones, se van a esforzar en el campo del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo, por desarrollar las tesis de la unidad y de la personalidad del Estado; es decir, van a sostener y a tratar de demostrar que el Estado es un ente unitario dotado de personalidad jurídica; y que **ESA PERSONA JURIDICA, EL ESTADO, ES EL TITULAR DE LA SOBERANIA.**

Esta tesis, heredera directa de la Ciencia Jurídica Pandectista (sobre todo de la Pandectística alemana del Siglo XIX), será correcta, en el mejor de los casos, **UNICAMENTE DESDE EL PUNTO DE VISTA DOGMATICO JURIDICO**, no desde el punto de vista socio-político. O, para ser más precisos, es correcta para los efectos de concebir teóricamente un punto de referencia (o un centro de imputación que sería, precisamente, el Estado) de los efectos jurídicos dentro de un determinado ámbito o territorio.

De modo que, no desde el punto de vista real (socio-político), sino únicamente desde el ángulo de la producción y atribución de efectos jurídicos, tanto en la esfera internacional como en la interna, es posible sostener que **EL ESTADO ES UNA PERSONA JURIDICA, QUE POSEE LA SOBERANIA.** Se trata, por lo demás, de una tesis afortunada, que alcanza amplia aceptación en la doctrina, es literalmente incorporada a las Constituciones modernas, y que ha tenido una acogida general en los tratados internacionales.

En cambio, en el plano real, es decir, en el plano de las sociedades y de la cultura política a partir de la Revolución Francesa, lo que sigue siendo efectivo y operante, aunque de mil maneras se le haya querido restar importancia, es el sentimiento y la convicción populares de que el poder de autodeterminación, el derecho a ser soberano, pertenecen a la colectividad, porque son expresión de la dignidad de cada uno de los seres humanos que la componen.

Pero esta convicción y este sentimiento conducen fatalmente, más pronto o más tarde, a la instauración de la democracia; y ello era visto, ya desde fines del Siglo Pasado, como un grave problema desde el ángulo de los intereses de las clases dominantes en Europa.

En efecto, muchos autores del Siglo XIX, principalmente de cultura germánica, enemigos declarados o secretos de toda auténtica democracia, ocultando deliberadamente la distinción entre el plano jurídico y el plano político, trataron de refutar el principio de la soberanía del pueblo, usando para ello ARGUMENTOS Estrictamente DOGMÁTICO-JURIDICOS, y escamoteando la discusión del problema en el plano de la realidad política. Lo cual condujo fácilmente, en el debate académico y doctrinario, y en la docencia escolar, a la sustitución de un plano por otro; sustitución que, con el tiempo, terminó por inducir a los autores y a su público a sostener y tener como real lo que no era otra cosa que un mero enunciado normativo.

Así lo hace el jurista **Johann Kaspar BLUNTSCHLI** en sus “Principios de Derecho Público Alemán” (1852); y también el célebre **Karl Friedrich GERBER** en sus “Principios de Derecho Público Alemán” de 1865; y muchos otros cultivadores del Derecho Público después de él como **Max Sevdel, Paul Laband, Otto Mayer, Georg Jellinek**, etc. (sobre ello: Walter WILHELM, Metodología jurídica en el Siglo XIX; Giuffrè, Milán, 1974).

Dice **Bluntschli**: “La Soberanía no es anterior al Estado, ni se halla fuera ni por encima de él. Es el poder y la majestad del Estado mismo; el derecho del todo, superior al de cada uno de sus miembros, así como el todo es mayor que la parte...” (Obra citada, Góngora, Madrid, 1880; tomo I, pág. 410).

Bluntschli era monárquico y, en consecuencia, detestaba la democracia. Por ello fue más lejos aún que **Bodin**. En efecto, para negar la soberanía popular argumenta confundiendo el plano jurídico-formal con el plano político. Veamos:

“Hemos reconocido –nos dice– que el pueblo es eminentemente apto para formar la nación, es decir, el Estado; luego es indirectamente la condición natural del desarrollo de la soberanía, pero no es más que la fuente lejana de ésta; la hace posible, pero no es su realización. En este sentido, la soberanía del pueblo es una concepción imperfecta, no desarrollada, anterior a la formación del Estado, y que sólo se perfecciona cuando se ha formado éste.” (loc. cit. pág. 409-10).

Sin embargo, cuando habla de la soberanía del Príncipe, su discurso cambia completamente:

“La soberanía del Jefe de Estado no es reconocida hoy más que en la Monarquía. En el derecho moderno sólo el monarca tiene la cualidad personal de soberano; no el presidente de la República, aunque ejerce también derechos soberanos.”

“... Puede distinguirse, sin embargo, una soberanía originaria, otra derivada, distinción que no se aplica en manera alguna a la soberanía del Estado, que es originaria. La primera es, por su origen, inherente al Príncipe, en virtud de un derecho innato o que él mismo se apropia: ésta es la del príncipe hereditario, del conquistador o del monarca que, como **Carlomagno** o **Federico Guillermo I** de Prusia, se han coronado a sí mismos; ésta era también la de los emperadores alemanes elegidos, cuando hacían derivar sus poderes, no de los príncipes electores, sino del mismo Dios...” (loc. cit. pág. 417-18).

Ahora podemos observar fácilmente dónde están las falacias de ese discurso. En efecto, si la soberanía es el poder y la majestad del Estado, ¿cómo es, a la vez, una cualidad inherente al príncipe? Esta confusión de dos planos rigurosamente distintos no es ciencia, sino magia. Y si, por otra parte, se niega la soberanía al pueblo como conjunto de los ciudadanos ¿cómo otorgársela, como potestad originaria, a una persona singular que, desde el punto de vista de la ciencia y la filosofía modernas, no es diferente a cualquiera de las otras personas? No se necesita mucho para entender que, en el caso de **Bluntschli** y de muchos otros juristas alemanes contemporáneos y posteriores a él, se trataba de personas que habían tomado partido por la monarquía prusiana, que estaba en plena expansión durante la segunda mitad del Siglo XIX; o que todavía se esforzaban por apuntalar la decadente monarquía austro-húngara, y trataban entonces de vestir sus intereses partidarios con ropajes pseudo-científicos.

7. LA SOBERANÍA EN EL SIGLO XX

Las dos confusiones apuntadas (que en el fondo no son más que una): entre el ser y el deber ser, y entre el plano socio-político y el plano jurídico-formal, pasan a la teoría del Estado del Siglo XX para concretarse en las fórmulas: EL ESTADO ES SOBERANO; LA SOBERANÍA ES UN ATRIBUTO DEL PODER ESTATAL. Estas fórmulas, que, como decíamos antes, carecen de sentido en el terreno socio-político, han tenido y tienen, sin embargo, una eficacia desmovilizadora desde el punto de vista del ejercicio democrático, porque el mensaje que llevan implícito le dice al ciudadano común que el ejercicio de la soberanía no es su problema

ni es su responsabilidad, como integrante del pueblo, sino que se trata de un asunto que incumbe “al Estado”, es decir, en definitiva: al Gobierno, dado que el ciudadano común se siente parte del pueblo, y adivina que en ello está su poder, pero no siente que él sea el Estado, no se siente parte activa y constitutiva del mismo; sino que cuando piensa en el Estado lo que se representa en su mente es al Presidente, a los ministros, a los diputados, etc.

En efecto, el tema es retomado y desarrollado ampliamente, en las primeras décadas de este Siglo, por el renombrado Profesor de Heidelberg, el neokantiano **Georg JELLINEK** (Teoría General del Estado; Albatros, Buenos Aires, 1954), quien se mantiene en la línea dogmático-jurídica, aunque no en la tendencia monárquica. En efecto, después de un examen minucioso de la doctrina precedente y contemporánea, Jellinek concluye diciendo que la soberanía significa

“... la propiedad del poder de un Estado, en virtud de la cual corresponde exclusivamente a éste la capacidad de determinarse jurídicamente y de obligarse a sí mismo...” (pág. 361).

Entonces, según este autor, la soberanía, concepto jurídico puramente técnico-formal, no debe confundirse con el poder del Estado, cuya esencia es material y, por ende, se determina concretamente en cada situación. En todo caso, la soberanía sería una cualidad, o una propiedad del poder del Estado; y nunca un derecho del pueblo, porque éste es, en sí mismo, una masa no organizada y, por ende, incapaz de ser un sujeto al cual imputar jurídicamente aquel poder.

Estamos aquí, como puede verse, ante una concepción abstracta y descarnada de la soberanía, que la toma como una cualidad del poder del Estado, siendo éste, para Jellinek, no una organización real, sino una especie de síntesis mental ordenadora del tumulto caótico de los fenómenos de la realidad. Con lo cual se sitúa en uno de los puntos más alejados de la teoría de la soberanía popular.

Pero quien, en mi criterio, aporta una decisiva contribución al análisis del tema de la soberanía, separando nítidamente entre soberanía como ejercicio efectivo de poder (que corresponde, según él, a la organización estatal) y soberanía como soporte del poder de la organización (que corresponde, según él, ora al pueblo, ora al príncipe), es el Prof. **Hermann Heller** (en “La Soberanía”; Unam, México, 1965; pero mejor aún en “Teoría del Estado”; FCE, México, 1968).

Partiendo de su idea del Estado como organización real conformada jurídicamente, Heller distingue lo jurídico-positivo de lo político:

“El poder del Estado tiene que ser, desde el punto de vista del derecho, el poder político supremo, y desde el punto de vista del poder, el poder político normalmente más fuerte, dentro de su territorio, pues de lo contrario no será soberano ni poder del Estado.” (T. del E. cit., pág. 265).

Se trata de una doble consideración jurídico-formal y socio-política que, sin embargo, se refiere en ambos casos al Estado, como ordenamiento jurídico y como realidad social.

Por otra parte, Heller admite que, por razones que podríamos calificar como técnicas “... el pueblo sólo puede mandar por medio de una organización de dominación (como el Estado)...”; que “... Toda organización, sin embargo, precisa de una autoridad y todo ejercicio de poder está sujeto a la ley del pequeño número...”; pero agrega:

“... A pesar de todas estas limitaciones y falseamientos, la localización jurídica de la soberanía en el pueblo no es, en absoluto, una mera ficción, sino una realidad política cuya importancia sólo se comprende cuando se concibe a la soberanía del pueblo como debe concebirse, es decir, como un principio polémico de la división política del poder, opuesto al principio de la soberanía del dominador.” (pág. 266).

La soberanía popular es, entonces, un “principio polémico” ¿qué significa esto? Esto significa que, de hecho, el poder del pueblo y el poder de las minorías influyentes conforman, dentro de cada Estado concreto, un equilibrio inestable, dependiente de la correlación de sus fuerzas. Ahora bien, ante la pregunta de si el pueblo tiene un “derecho a la soberanía”, a esa soberanía que, según él, “no es, en absoluto, una mera ficción, sino una realidad política...”, Heller no ofrece una respuesta expresa y directa, aunque de su postura global podríamos deducirla en sentido afirmativo, puesto que es un pensador que cree en la democracia y en los derechos humanos.

No examinaré otros entre los autores más conocidos en esta materia, los cuales, por lo general, se mueven dentro de la tesis dominante; de modo que simplificando mucho, y soslayando muchos

planteamientos más o menos cercanos, yo agregaría, para terminar, una de las visiones más certeras en relación al problema de la correcta concepción de la soberanía como un derecho, que proviene de un hombre que combinaba un vigoroso aliento teórico con la visión práctica del estadista. Este hombre fue el otrora famoso y ahora olvidado Vladimir Ilich Ulianov, llamado **LENIN**; y suya es la teoría del “derecho de los pueblos a la autodeterminación”, que recoge y reelabora la vieja tesis jacobina de la soberanía popular.

Porque, en efecto, tal como enseñaba **Lenin**, afirmar que el pueblo es soberano es igual que decir que ejerce su derecho de autorregulación (principio democrático) y que hace respetar su derecho a no ser avasallado por las demás comunidades (principio de no intervención).

8. *EL CONCEPTO DE SOBERANÍA EN LAS CONSTITUCIONES CENTROAMERICANAS*

Pero nuestras Constituciones de Centroamérica no han acogido, en general, ese último pensamiento, sino que, confundiendo también ellas los dos planos mencionados, han reproducido las ambigüedades de la doctrina jurídica mayoritaria.

Podemos usar como ejemplo cualquiera de dichas Constituciones. Veamos la de la **República de Honduras**, en sus artículos 1 y 2:

“**Artículo 1.** Honduras es un Estado de Derecho, SOBERANO, constituido como república libre, democrática e independiente para asegurar a sus habitantes el goce de la justicia, la libertad la cultura y el bienestar económico y social.”

(las mayúsculas no son del texto original).

“**Artículo 2.** La soberanía corresponde al pueblo del cual emanan todos los poderes del Estado que se ejercen por representación.”

Al igual que las otras constituciones, proclama que EL ESTADO ES SOBERANO (confrontar art. 140, Guatemala; art. 1 y 6, Costa Rica); pero, a la vez, declara que la soberanía radica en el pueblo (art. 141, Guatemala), o reside en la Nación (art. 2, Costa Rica), y que ésta (o aquél)

la delega, para su ejercicio, en los órganos supremos del Estado. Ante lo cual cabe observar lo mismo que ya apuntábamos al criticar el pensamiento de **Bluntschli**: sólo en un sentido técnico-jurídico, destinado a emplearse en el campo internacional, se puede, o mejor, se podía decir que el poder del Estado era soberano. Y eso de que el pueblo delegue la soberanía debe entenderse en el sentido de que aquél, como titular del derecho, otorga un mandato a sus representantes, con carácter revocable y con la facultad de avocarlo para sí, a través de las formas de la democracia directa.

En tales enunciados constitucionales, pasando por alto sus ambigüedades y contradicciones, podemos observar además que la soberanía es definida como algo dado: como un atributo que se posee (el Estado es soberano) o como algo que ya radica, reside o corresponde a alguien (la soberanía radica en el pueblo). Pero, como lo hemos venido afirmando, esas ideas son erróneas y, además, peligrosas, a la luz de una sana doctrina democrática, porque en la realidad a ningún pueblo le ha sido otorgada la soberanía como un don, como algo que ya está en sus manos. Si estudiamos su historia podemos ver que los pueblos han tenido que conquistar de sus opresores internos, y de otros pueblos agresores, el reconocimiento de su derecho a la soberanía; y para ser soberanos efectivamente han tenido que ejercitar ese derecho. Los que no lo han hecho así, simplemente no fueron ni son soberanos, y esto no se remedia con proclamas o enunciados normativos, legales o constitucionales.

La única constitución centroamericana que, en su artículo 1º, pone las cosas en términos que nos parecen correctos (aún cuando se la puede considerar sobreabundante, y en otras disposiciones incurre en el error criticado), es la de Nicaragua, cuando expresa:

“... La independencia, la soberanía y la autodeterminación nacional son DERECHOS IRRENUNCIABLES DEL PUEBLO, y fundamento de la nación nicaragüense. Toda injerencia extranjera en los asuntos internos de Nicaragua o cualquier tentativa de menoscabar estos derechos, atentan contra la vida del pueblo...”

(las mayúsculas no son del original transcrito)

9. *EL ESTADO EN LA LLAMADA ERA POSTMODERNA, Y LA DECADENCIA DE LA DOCTRINA DE LA SOBERANÍA DEL ESTADO*

La globalización de la economía mundial, hija del desarrollo tecnológico y sobrina del **'neoliberalismo'**, requiere de un alto nivel de regulación internacional de la producción, el intercambio y la utilización de los recursos naturales mundiales; y requiere también de una cada vez mayor cooperación internacional. Esa globalización neoliberal presiona a los Estados nacionales en dos ámbitos:

En el interior del Estado, exigiendo procesos de privatización, desregulación, desburocratización y refuncionalización de la esfera pública del otrora modelo dominante (Estado de Bienestar), a fin de liberar las fuerzas del mercado;

En el exterior, promoviendo la competitividad internacional y la transformación del concepto de "soberanía del Estado" para adecuarlo a los requerimientos de la economía global y de los bloques regionales, y para subordinarlo a la lógica del mercado. Todo ello, en la práctica, con una pérdida neta de democraticidad del sistema, por una falta cada vez mayor de representatividad popular de los nuevos órganos supranacionales (mundiales o regionales).

La interdependencia de la economía y la globalización de los mercados financieros han rebasado la capacidad de los Estados nacionales para controlar variables monetarias y financieras, y los han obligado a someterse a políticas de ajuste estructural diseñadas desde afuera. Ello ha puesto en jaque el concepto tradicional de SOBERANÍA DEL ESTADO porque, con todos los cambios que hemos comentado ¿a qué ha quedado reducido? Como consecuencia de lo anterior, hay ya muchas personas que sostienen que no nos queda otra cosa que hacer que tratar de acostumbrarnos a la idea de que la soberanía pertenece al pasado; y que ahora hay que sustituirla por un nuevo principio: el de la INTERDEPENDENCIA DE LOS ESTADOS. Y creen que, en la práctica, se trata de una operación indolora, puramente técnica.

¿Significa esto que también ha llegado, o está por llegar, el momento en que debamos abandonar, correlativamente, el concepto de "soberanía popular"?

Muchos de nuestros pueblos latinoamericanos, que no llegaron tal vez a ejercer su derecho a la soberanía, o que lo hicieron de manera efímera ¿deben resignarse a perderlo definitivamente ahora, en la era de la globalización?

10. REAFIRMAR EL DERECHO DEL PUEBLO A LA SOBERANÍA

Tal vez sea cierto que ha llegado el momento de sustituir el concepto de “soberanía estatal” por otro concepto; y posiblemente sea cierto también que, en el fondo, no deba preocuparnos demasiado la suerte de esa irresponsable soberanía estatal, que ha puesto a la Humanidad al borde del abismo.

Y, de todas maneras ¿qué es el Estado, tal como lo entiende la doctrina jurídica? ¿quién es ese Estado, así, en abstracto, como persona jurídica distinta de los ciudadanos, y sedicente titular de la soberanía? Es una pura entelequia: un expediente meramente técnico creado por la dogmática jurídica para alcanzar ciertos fines propios de ella; entelequia que, en el plano real, lamentablemente sirvió también para que unos hombres, en nombre de nacionalismos y patriotismos, cometieran los peores abusos contra sus semejantes.

Por esta última razón, en un libro publicado este año (La Soberanía en el Mundo Moderno, Anabasi, Milán, 1995) el Prof. **Luigi FERRAJOLI** aboga por un “constitucionalismo mundial” que, por encima de los Estados y rompiendo sus fronteras, garantice los derechos fundamentales a todo el género humano.

Distinto es el caso de que entendamos el término “Estado” en un sentido concreto y sustancial: como un concepto que alude a una forma real de vida de un pueblo. Aquí el discurso cambia, porque no podemos aceptar que un pueblo, una colectividad identificada por su comunidad de cultura, sus logros institucionales, sus tradiciones, lengua, etc., haya perdido su derecho a la soberanía, es decir, su derecho a la autodeterminación y a la comparecencia, en pie de igualdad, dentro del concierto de los demás pueblos. Admitir esto es lo mismo que afirmar que el conjunto de los hombres que lo componen (y, por consiguiente, cada hombre) perdió ya, definitivamente, aquella radical dignidad que ahora se trataría de garantizarle a través, precisamente, de un “constitucionalismo” a escala universal.

El destino de ese “derecho popular a la soberanía” es el mismo de los restantes derechos humanos: HAY QUE LUCHAR POR ELLOS. Hay que organizarse para defenderlos, incluso, de ser necesario, como decía **Sandino**, con las armas en la mano (como “última ratio”); pero, mucho antes de llegar a este caso extremo, con las armas de la legalidad; con las armas de la organización; con las armas de la educación popular; de la

persuasión, pero, también, de la presión popular: la denuncia, la interpelación a los poderes, las movilizaciones populares, la huelga. Porque esta lucha por el “derecho a la soberanía popular”, es decir, por LA MAS PLENA EXPRESION JURIDICA DE LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS, ES UNA CONDICION BASICA DE LA VIDA DEMOCRATICA.

Esta lucha es lo que la Constitución francesa de la Revolución (1791) define en su artículo 23 con el nombre de “garantía social”. Así reza el texto:

“... La garantía social consiste en LA ACCION DE TODOS dirigida a asegurar a cada uno el goce y la conservación de sus derechos; ESTA GARANTIA REPOSA EN LA SOBERANIA NACIONAL.” (Las mayúsculas son mías).

Acerca de la importancia democrática de esta lucha por los derechos ha escrito recientemente el citado Prof. **Ferrajoli**, uno de los grandes juristas de nuestro tiempo:

“... las luchas por los derechos no son solamente una garantía de efectividad de la democracia. Son, ellas mismas, una forma de democracia política, paralela a la forma institucional y representativa. Precisamente, constituyendo esas luchas la práctica organizada y colectiva de los derechos de libertad, realizan en cada caso formas de poder o, si se quiere, de contrapoder social, bajo la forma de DEMOCRACIA DIRECTA. Es cierto que las libertades, incluso cuando son ejercidas individualmente, equivalen siempre a formas de contrapoder. Pero sólo si son ejercidas colectivamente dan vida a contrapoderes sociales basados en la directa e igual participación de sus titulares, y por ello dotados de fuerza de presión, de negociación y de control capaces no sólo de orientar a los poderes institucionales hacia la satisfacción de los derechos reclamados, sino también de impedir sus degeneraciones autoritarias. Sin esa fuerza social externa al sistema político, ningún poder institucional puede quedar, por mucho tiempo, inmune a las tentaciones y degeneraciones autoritarias...” (**Luigi FERRAJOLI: Derecho y Razón**; Editorial Laterza, Bari, 1990; pág. 992).

De manera que, ante la pregunta acerca del camino que debemos tomar en la actual coyuntura de nuestros pueblos, estimo que hay que empezar explicando y difundiendo estas ideas básicas que hemos venido desarrollando en páginas anteriores, y en particular, que:

- 1) La soberanía es un derecho fundamental del pueblo, de cada pueblo en cuanto tal: es su derecho a la autodeterminación.
- 2) Como tal debe figurar en las Constituciones, a la cabeza de la lista de los derechos del pueblo, dentro del Título de los Derechos Humanos Fundamentales. Y debe figurar igualmente en todo proyecto que busque universalizar en el futuro las garantías de respeto a los Derechos Humanos.
- 3) Las Constituciones y los Convenios Internacionales deben también desarrollar las formas de ejercicio directo de este derecho, y los mecanismos de su garantía efectiva.
- 4) Hay que explicarle a la gente que la soberanía no reside ni radica en el pueblo como algo ya concedido, adquirido o dado (ser), sino que es un derecho a realizar (deber ser); y hay que explicar también que, mientras no ejercitemos ese derecho eficazmente, en la realidad NO SOMOS SOBERANOS.
- 5) Hay que explicar que un artículo de la Constitución o de un Convenio Internacional que no sea efectivamente reclamado y hecho valer, puede llegar a ser peor que no tener nada: puede llegar a ser un anti-derecho, es decir, una pantalla, una retórica adormecedora.

CONCLUSION

En fin, hay que hacer que cada persona se pregunte, como **Rousseau**:

¿Por qué, si es cierto que soy soberano, mi voluntad es nula?

¿Por qué los gobernantes, sin consultarme, deciden en mi nombre, pero contra mis intereses?

Y que cada uno sea consciente de que la respuesta es: **TODO ELLO HA SIDO POSIBLE PORQUE, HASTA HOY, HEMOS VENIDO ABDICANDO IRRESPONSABLEMENTE AL EJERCICIO DE NUESTRO DERECHO A LA SOBERANIA.**

Muchos se preguntarán, prudentemente, qué posibilidades de triunfo tendría una lucha semejante, en plena era de la globalización, de la estimulación y la promoción del torpe individualismo del “**port’a mí**”; de la intensa, programada y sistemática inducción y manipulación de las mentes para que sólo se ocupen de fútbol, telenovelas, u otras cosas de muy secundaria importancia, a fin de que nunca lleguen a reflexionar ni a saber cuáles son las facultades y responsabilidades que les corresponde asumir como hombres y ciudadanos completos, dentro de una Humanidad solidaria.

No lo sé. En situaciones como la presente, de lo único que uno tiene que estar seguro, muy seguro, es de la lucha misma.

BIBLIOGRAFIA

- BLUNTSCHLI, Johann Kaspar: **Derecho Público Universal**; Madrid, 1880.
- BOBBIO, Norberto: **El Futuro de la Democracia**; Turín, 1984.
- BODIN, Jean: **Los Seis Libros de la República**; Caracas, 1966.
- BRETONE, Mario: **Técnicas e ideologías de los juristas romanos**; Nápoles, 1982.
- BUHLER, Johannes: **Vida y Cultura en la Edad Media**; México, 1957.
- CALASSO, Francesco: **Los Glosadores y la Teoría de la Soberanía**; Milán, 1957.
- CARLYLE, A. J.: **La Libertad Política**. México, 1942.
- FERRAJOLI, Luigi: **Derecho y Razón**. Teoría del Garantismo Penal; Bari, 1990.
La Soberanía en el Mundo Moderno; Milán, 1995.
- GALINDO POHL, Reinaldo: **Guión Histórico de la Ciencia del Derecho**; San Salvador, 1978.
- GERBER, Carl Friedrich: **Derecho Público**; Milán, 1971.
- GIERKE, Otto: **Johannes Althusius y el desarrollo histórico de las teorías Políticas Jusnaturalistas**; Turín, 1974.
- HAYES, Carlton J.H.: **Historia Política y Cultural de la Europa Moderna**; Barcelona, 1946.
- HELLER, Hermann: **La Soberanía**; México, 1965.
Teoría del Estado; México, 1968.
- JELLINEK, Georg: **Teoría General del Estado**; Buenos Aires, 1954.
- KOSCHAKER, Paul: **Europa y el Derecho Romano**; Madrid, 1955.
- LENIN, Vladimir Ilich: **Imperialismo y movimiento obrero**; Barcelona, 1975.
- PASQUINO, Gianfranco: **Devolver el cetro al príncipe**; Bari, 1985.
- ROUSSEAU, Jean Jacques: **El Contrato Social**; San José, 1973.
- SALVIOLI: **Historia del Derecho Italiano**; Turín, 1921.
- ULLMANN, Walter: **Historia del Pensamiento Político en la Edad Media**; Barcelona, 1983.
- UNIVERSIDAD DE CAMBRIDGE: **La Revolución Francesa**; Barcelona, s.f.
- WILHELM, Walter: **Metodología Jurídica en el Siglo XIX**; Milán, 1974.
- ZAGLADIN, Vladimir: **El Movimiento Comunista Internacional**; Moscú, 1973.

RELACIONES INTERNACIONALES ECONOMICAS
ESTADOS UNIDOS-JAPON

Lic. Gabriel Boyd Salas
Abogado costarricense (*)

(*) Tel. (00-506) 253-9606
Of. (00-506) 283-2692

SUMARIO

Introducción

1. Desarrollo histórico.
2. Surgimiento de la economía japonesa.
3. Establecimiento del problema.
4. Exigencias estadounidenses.
5. Globalización (mecanismos de crecimiento al Pacífico Occidental).

Conclusiones.

Bibliografía.

INTRODUCCION

El presente trabajo intenta establecer un marco teórico que nos permita sustentar de cara al desarrollo del comercio Internacional, el papel que juegan en estos momentos las naciones más poderosas en el sentido económico y logístico del Planeta, es importante determinar el papel que juegan estos dos colosos del Comercio Internacional entre si o en relación con terceros involucrados en el Nuevo Orden de Globalización Internacional que hoy en día ha llevado a momentos de formulación de Bloques económicos empezaremos el trabajo con un marco histórico, teórico del tema para continuar con un esquema general de la situación actual de las relaciones entre ambas Naciones, terminando un tercer capítulo relacionado a la inserción de estos estados en bloques económicos de poder que generaran una serie de interrogantes con respecto a las teorías del Derecho Económico Internacional y en especial el comercio exterior.

1. DESARROLLO HISTORICO

El Japón luego de su derrota de 1945 durante la Segunda Guerra Mundial y de ser la única Nación que tuvo el dolor de sentir el ataque nuclear, sufrió una ocupación por parte de las tropas aliadas que llevó al desmantelamiento de su antigua industria llamada *Zaibatsu*; al mismo momento, se dan otros cambios importantes, la renuncia a la condición divina del emperador, una nueva constitución, un nuevo desarrollo democrático y reformas en el campo educativo llevan a una nueva era en el devastado país.

Entre las décadas de 1960 y 1970 y luego de una serie de dolorosos procesos que en mucho se vieron atenuados por una fuerte ayuda de los Estados Unidos de Norteamérica que culmina con un tratado de cooperación internacional y ayuda en seguridad, lo que devuelve confianza en el Japón, máxime con la constante amenaza del Bloque Soviético que se encuentra a unas pocas millas náuticas de las costas niponas, otro aspecto importante ya que ayudó a resaltar la figura internacional de la nación caída a menos, luego de su participación en la Segunda Guerra Mundial, fueron las Olimpiadas de 1964.

En los últimos años Japón ha tratado de liberalizar mercados y abandonar su tendencia proteccionista enmarcándose dentro de un esquema de globalización y ayuda a sus vecinos, en especial las economías asiáticas, aunque se perfila un ambicioso plan de libre comercio que encierra las economías de el Océano Pacífico incluyendo a Australia y Nueva Zelanda, Chile, Perú y por supuesto los Estados Unidos.

2. *SURGIMIENTO DE LA ECONOMIA JAPONESA*

La ocupación aliada en el Japón duró ochenta meses, la primera etapa de reconstrucción económica llevó durante los años 1945 a 1947 y buscó una fuerte reforma en los campos de agricultura, trabajo y la industria, donde fue importantísima la eliminación de monopolios, al mismo momento y gracias a lo cual se evitó la hambruna, se produjo una fortísima inyección de ayuda extranjera, especialmente de parte de los Estados Unidos de Norteamérica, durante esa época se produjeron fuertes problemas económicos, un alarmante desempleo incrementado por un despido de casi doscientos mil funcionarios públicos sin contar los del ejército que podían ser millones, a la par de esto, una fuerte inflación que se intentó detener con el surgimiento de una nueva moneda, el nuevo yen, pero este proyecto no tuvo la fuerza deseada.

Para combatir estas situaciones se presentaron una serie de instituciones, creadas con el fin de ayudar a la economía en general, estas instituciones fueron la Ketzai Antei Hombu o Grupo de Estabilización Económica y la Fukko Kin'yu Kinko, el Banco de Reconstrucción Financiera, el primero sirvió para establecer límites a los precios, y en general establecer subsidios a la producción.

La segunda institución se encargó de establecer un sistema de créditos para incentivar esa producción, se seleccionaron particulares campos de producción como las llaves hacia un futuro desarrollo dejando de lado los pequeños mercados y en especial se dirigieron hacia una serie de productos específicos, carbón y alimentos en 1946 y acero y productos fertilizantes en 1948.

En 1948 es enviado al Japón el banquero de Detroit Joseph M. Dodge que inicia un período que es conocido como la línea Dodge; eliminó los subsidios, créditos y límites en los precios y estableció un fuerte sistema de control del gasto y medios antiinflacionarios, esto a la poste vino a traer un período de frustración y recesión económica que duró aproximadamente hasta 1950, época de la guerra en Corea.

Esto último catapultó la economía japonesa que en una economía aún semimilitar encontró un mercado fortísimo en las tropas de las Naciones Unidas que se encontraban atrincheradas en Corea.

Es así que surge el llamado milagro económico en el Japón que culmina en la década de los 60, teniendo su mercado más poderoso en los Estados Unidos y constituyéndose desde 1968, en que desplaza a Alemania en el segundo emporio comercial mas importante del mundo.

3. ESTABLECIMIENTO DEL PROBLEMA

Japón se convierte en uno de los principales aliados de los Estados Unidos, el cual es además su principal mercado, no obstante la producción nipona en campos como la electrónica y el sector de los vehículos ha traído consecuencias adversas en la economía norteamericana que tuvo que sufrir la lucha con un campo desigual donde el producto japonés se caracterizó por ser de un precio mucho más accesible al consumidor y de características especiales buscando economizar energía.

El economista japonés Yoshitomi Masaru al referirse al problema de la actual balanza comercial entre Estados Unidos y Japón desde el punto de vista macroeconómico señala:

“La clave es conocer la causa del superávit comercial de Japón, que en el período comprendido entre 1991 y 1993 ha crecido en el torno a los sesenta mil millones de yenes. De hecho, tres cuartas partes de este incremento se han debido al aumento al precio de las exportaciones en dólares; también al precio de las importaciones en dólares. Después de este período el precio de las exportaciones en dólares ha crecido en un 20% y el de las importaciones ha caído en un 5%. Sólo estos dos factores representan un incremento de 45000 millones de dólares. Respecto al volumen las importaciones han crecido en un 7 u 8 por ciento en los dos últimos años... ¿y quién ha salido perjudicado con el incremento del superávit? Japón...” (1).

Para la mayoría de los economistas japoneses el problema de la recesión japonesa no se debe al superávit sino a otros elementos, se acusa a la economía japonesa de tener pocas importaciones de productos manufacturados y que sus importaciones importantes son solo del campo de las materias primas, el problema del Japón, aunque parezca irónico, es la deflación que produce un bajo estímulo a la producción y el comercio, y que es difícil de detener mientras el yen siga subiendo vertiginosamente de valor.

(1) Shima Nobuniko y Yoshitomi Masaru, **Cuadernos del Japón**, volumen VI-1994. ¿Qué hay de malo con el superávit comercial? Revista Voice, 1994, p. 10.

4. EXIGENCIAS ESTADOUNIDENSES

Las principales críticas norteamericanas han ido en el sentido del cierre del mercado japonés exigen entonces al Japón el ajustarse al GATT y establecer cupos de importaciones, el principal problema se relaciona con los mercados automovilísticos y más recientemente con el ámbito de telecomunicaciones donde la telefonía celular japonesa a cargo de las marcas Motorola y Nokia parece estar tomando delantera ante el mercado norteamericano con productos que si bien buscan la competitividad no tienen aceptación total en el mercado nipón, situación que a todas luces conocida no ocurre con el consumidor norteamericano.

En los últimos tiempos hemos visto una actitud del Japón que ha permitido el abrir aunque sea parcialmente el mercado del arroz, no sabemos a ciencia cierta si se puede considerar al Japón como la primera potencia mundial, lo que si es cierto es que el Japón sigue dependiendo de la llamada Pax Americana para el mantenimiento de su seguridad y existen algunos campos tecnológicos en que se encuentra rezagado con respecto a Estados Unidos y Europa, un ejemplo de esto es la industria farmacéutica.

Es claro eso si, que los Estados Unidos están en una posición donde no pueden exigir a Japón sino establecer vínculos de negociación y ayuda mutua, el aspecto preocupante es si el Japón lo hará, o buscará otros caminos y simplemente dirigirá su atención a la creación de su propio bloque económico en Asia.

Yoshitomi nos señala que ese no pareciera ser el camino más correcto ya que:

“Los países asiáticos no están todavía plenamente industrializados, creo que deberíamos establecer vínculos con países europeos con mentalidad de libre comercio y con otros países del mismo estilo como Canadá.” (2)

Señala este mismo economista, con respecto a la necesidad de apertura del mercado japonés con otras naciones, que:

(2) Ibid, p. 12.

“Japón tienen que convertirse en un país adulto. Esto es, que debe ser capaz de realizar algunas tareas como la liberalización y la apertura del mercado por sí mismo sin verse obligado por presiones externas.” (3)

5. GLOBALIZACION (MECANISMOS DE CRECIMIENTO AL PACIFICO OCCIDENTAL)

En estas épocas hemos visto el surgimiento de importantes bloques económicos: los europeos tratando de establecer el Mercomún, mientras los norteamericanos quieren su mismo bloque a través del NAFTA. El profesor de la Universidad de Tsukuba, Watanabe Toshio nos dice con respecto a los Estados Unidos de Norteamérica:

“Estados Unidos de América es un país inmenso que se extiende desde el Atlántico hasta el Pacífico, pero a lo largo de la historia ha tenido su punto de mira en Europa. En los aspectos políticos, culturales y étnicos EUA ha sido una nación claramente Atlántica. Sin embargo, en el año 1981 se produjo un cambio importante, por primera vez en la historia de EUA su comercio con el Pacífico fue superior al mantenido con el Atlántico.” (3)

Esto ha producido además un aumento de inversión y cada vez es mayor la cantidad de inversionistas norteamericanos que invierten en Asia, y estamos hablando de Asia como un bloque poderoso de naciones que no se quedan únicamente en el Japón.

Son importantísimas como bien lo señala TOSHIO:

“Las nuevas economías industrializadas de Corea del Sur, Taiwán, Hong Kong y Singapur (NIE). Cuatro países pertenecientes a la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN): Indonesia, Malasia, Filipinas y Tailandia y las regiones marítimas de China.” (4)

Por ende vemos que en el Pacífico se está conformando un importantísimo bloque comercial que tiene perspectivas de ser uno de los más importantes del mundo. A esta perspectiva tenemos que ampliar la posición de Chile que sería la puerta de entrada de este bloque de naciones al cono sur dando como resultado la interacción de tres continentes: Asia, Oceanía y América, en un solo mercado comercial.

(3) Ibid, p. 12.

(4) Toshio Watanabe, **Cuadernos del Japón**, volumen VII-1994. Mecanismo de Crecimiento en el Pacífico Occidental, Conferencia del Congreso de Cultura Japonesa en abril de 1993, p. 42.

La economía de las naciones del sudeste asiático se vio beneficiada con la subida del yen nos afirma Toshio refiriéndose a estos países que:

“necesitaban la ayuda externa y la subida del yen se las proporcionó...”⁽⁵⁾

Otros candidatos al desarrollo parece ser la China interior, la estructura socialista de Xiopang ha sido desplazada por una política de puertas abiertas.

CONCLUSION

- A. Podemos concluir con respecto al problema de la globalización en el Pacífico se está conformando un importantísimo bloque comercial que tiene perspectivas de ser uno de los más importantes del mundo. A esta perspectiva tenemos que ampliar la posición de Chile que sería la puerta de entrada de este bloque de naciones al cono sur dando como resultado la interacción de tres continentes: Asia, Oceanía y América en un solo mercado comercial.
- B. Con respecto a los Estados Unidos de Norteamérica, están en una posición donde no pueden exigir a Japón sino establecer vínculos de negociación y ayuda mutua, el aspecto preocupante es si el Japón lo hará, o buscará otros caminos y simplemente dirigirá su atención a la creación de su propio bloque económico en Asia.
- C. Con respecto al Japón podemos concluir que sigue dependiendo de la llamada Pax Americana para el mantenimiento de su seguridad y existen algunos campos tecnológicos en que se encuentra rezagado con respecto a Estados Unidos y Europa; un ejemplo de esto es la industria farmacéutica. La actual situación de superávit y recesión hacen necesario que los mercados japoneses se abran buscando nuevas perspectivas a futuro.

(5) Ibid, p. 44.

BIBLIOGRAFIA

- Shima Nobuniko y Yoshitomi Masaru. **Cuadernos del Japón**, volumen VI-1994. ¿Qué hay de malo con el superávit comercial? Revista Yoice, 1994.
- Toshio Watanabe. **Cuadernos del Japón**, volumen VII-1994. Mecanismo de crecimiento en el Pacífico Occidental Conferencia del Congreso de Cultura Japonesa en abril de 1993.
- Bunkyo-Kiu. **Japan Profile of A Nation**. Kadansha International, Ltda., vol. 1. Pinteado in Japan, 1995.

LA LEY DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA, SU REGLAMENTO Y LA SALA CONSTITUCIONAL

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez ()*
Catedrático Facultad de Derecho.
Profesor de Derecho Administrativo
y de Contratación Administrativa
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA.

(*) Telefax: (00-506) 257-4884.
E-mail: j.romero @.ucr.ac.cr.

SUMARIO

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCION

I. ARTICULOS DE LA LEY Y DEL REGLAMENTO QUE PRESENTAN PROBLEMAS DE INCONSTITUCIONALIDAD.

1. Artículos 3, párrafo dos; 55 y 109, párrafo dos de la Ley N° 7494 –de la contratación administrativa–; y 28.1, 66. 1 de su reglamento.
2. Procedimientos abiertos: artículo 28 de la Ley N° 7494; y 28.3 de su reglamento.
3. Artículo 27.a: montos muy altos para la licitación pública. Artículo 84: montos muy elevados para apelar (ambos de la Ley N° 7494).
4. Artículo 101 de la Ley N° 7494; y numeral 107 de su reglamento.
5. Artículo 87 de la Ley N° 7494-95: sanciones económicas por apelar ante la Contraloría General de la República.
6. Artículo 89, párrafo tercero de la Ley N° 7494-95; 99.4 de su reglamento y numeral 30 de la Ley de la Contraloría General de la República: se pierde la apelación si la Contraloría no resuelve en tiempo.
7. Artículo 33, párrafo dos de la Ley N° 7494-95; y 33.7 de su reglamento: se legitima la oferta por la aceptación de la garantía de participación.
8. Ofertas sin firmar: artículo 50.5 del reglamento de la Ley N° 7494-95.
9. Vicios a granel y sin límites subsanales de la oferta: artículos 4.4, 56.1.1 y 56.1.2 del reglamento de la Ley N° 7494-96.
10. Sistema internacional de medidas: artículo 56.1.2.4 del reglamento de la Ley N° 7494-95.
11. Garantía flotante: artículo 34 del reglamento de la Ley N° 7494-95.
12. Oferente extranjero con norma extraterritorial: artículo 54.5 del reglamento de la Ley N° 7494-95.
13. Registros obligatorios: límites a la libertad de concurrencia.
14. Artículo 75.3 del reglamento: una forma de violar la licitación y sus controles.
15. Materias excluidas de los procedimientos ordinarios de la contratación, según el reglamento, capítulo VII, artículos 75 a 85.

- II. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 171 DE LA LEY DEL BANCO CENTRAL DE COSTA RICA, N° 7558 DEL 3 DE NOVIEMBRE DE 1996.-Admitida por la Sala Constitucional.

- III. ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADAS POR LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA ANTE LA SALA CONSTITUCIONAL Y ADMITIDAS POR ESTA
 - 1. Contra el Decreto Ejecutivo N° 25311-MOPT del 24 de julio de 1996.
 - 2. Concepto de actividad ordinaria de la Administración.
 - 3. Contra los Decretos Ejecutivos de emergencia Nos. 23321-S del 18 de mayo de 1994; 23394-MP del 10 de junio de 1994; 24463-MP-MOPT del 23 de junio de 1995; 24563-S-MOPT-MIRENEM; y el acto administrativo de la sesión N° 21-95 del 4 de octubre de 1995 de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Emergencia.

- IV. CRITERIOS DE LA CONTRALORIA Y LA PROCURADURIA RESPECTO DE LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR LA CAMARA DE REPRESENTANTES DE CASAS EXTRANJERAS (CRECEX), Y ADMITIDA POR LA SALA CONSTITUCIONAL
 - 1. Criterio de la Contraloría General de la República.
 - 2. Criterio de la Procuraduría General de la República.

- V. A MODO DE CONSIDERACION FINAL.

- VI. BIBLIOGRAFIA BASICA DE REFERENCIA.

RESUMEN

Las normas jurídicas, con rango de ley y de reglamento, relativos a la contratación administrativa por el derecho público, es reciente y merece un análisis crítico. Debido a las acciones de inconstitucionalidad que se han presentado ante la Sala Constitucional, ellas se estudiarán en este artículo, dada su relación con esta materia, tan esencial para la inversión y el gasto público, como en lo que a los controles correspondientes.

ABSTRACT

This paper is about the administrative contractual transaction in Costa Rica's Government.

INTRODUCCION

La ley de contratación administrativa fue aprobada por el Poder Legislativo de forma festinada, sin estudiarla. Igual suerte corrieron los documentos enviados por instituciones públicas, entre ellas, la Contraloría General de la República, y sectores de la empresa privada. Hubo –entre otros prejuicios y estereotipos– de un grupo de diputados, los siguientes:

- el *sector privado abusa* de la contratación administrativa;
- la *Contraloría General de la República es la culpable* de atrasos en el trámite de la contratación administrativa;
- la *licitación pública es la culpable* de la ineficiencia en los contratos administrativos.

De ahí que existan una serie de normas, en esos cuerpos jurídicos, que reflejan esa actitud irracional, porque no corresponde a la verdad de la realidad.

Igualmente, se analizarán las acciones de inconstitucionalidad presentadas por la **Contraloría General de la República ante la Sala Constitucional** contra: a) el decreto del MOPT N° 25311-96 del 24 de

junio de 1996; y b) los decretos ejecutivos sobre situaciones de emergencia, para burlar la fiscalización del ordenamiento jurídico de la contratación administrativa y de la propia Contraloría. Asimismo, se estudia la acción de inconstitucionalidad presentada por CRECEX (Cámara de Representantes de Casas Extranjeras) contra el artículo 171 de la Ley N° 7558-95 sobre el Banco Central por contener aspectos relevantes en este campo contractual.

I. ARTICULOS DE LA LEY Y DEL REGLAMENTO QUE PRESENTAN PROBLEMAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. **Artículos 3, párrafo dos; 55 y 109, párrafo dos de la Ley N° 7494-95 (Ley de la contratación administrativa); y 28.1, 66.1 de su reglamento.**

De acuerdo con estas normas legales, las administraciones públicas podrán, crear cualquier figura o tipo de contrato, y promulgar los reglamentos que quieran en materia de la contratación administrativa.

Así se privatiza el contrato público administrativo y se le equipara a la contratación civil o de particulares, ya que el tratamiento legal es el mismo.

La violación constitucional es al artículo 182 de la Carta Magna.

Ya la *Sala Constitucional* ha afirmado que el *numeral 182* establece lo relativo a la contratación pública, a la licitación pública como medio idóneo para seleccionar al co-contratante con el Estado y a los principios constitucionales que regulan la contratación pública. **(Votos Nos. 5882-93 y 1205-96).**

De acuerdo con esos **Votos el numeral de la Carta Fundamental establece:**

- * el contrato público para la actividad comercial del Estado;
- * la licitación pública como el medio idóneo para seleccionar al contratante con la Administración Pública; y
- * los principios constitucionales propios del contrato público administrativo.

Lo anteriormente expuesto vale también respecto del **artículo 55** de la ley impugnada, ya que vuelve a afirmar que las administraciones públicas podrán crear los tipos de contratos que quieran.

Pero este **numeral 55 de la ley impugnada** presenta la citada inconstitucionalidad y esta otra:

esta norma afirma que por **reglamento** las administraciones públicas podrán crear otros tipos de contrato.

Esta inconstitucionalidad también se comprueba en el artículo 109, párrafo dos de esta ley N^o 7494-95:

cada uno de los órganos o entes sujetos a la presente ley podrán emitir los reglamentos complementarios que se necesiten para el mejor desempeño de las actividades propias de la contratación administrativa.

La Contraloría General de la República (en adelante, la **CONTRALORIA**) al contestar la audiencia conferida por la Sala Constitucional en la **acción de inconstitucionalidad N^o 5237-95** –ya admitida– afirmó que:

a nuestro juicio no podría aceptarse que por la vía de las normas citadas (3, párrafo dos y 55 de la Ley N^o 7494) la Administración utilice figuras contractuales que desvirtúen la naturaleza pública del contrato administrativo, en especial en cuanto a los efectos y consecuencia (pág. 3, párrafo tres).

Y, en el mismo documento, la **CONTRALORIA** refiriéndose al numeral **109, párrafo dos**, manifestó que:

en tanto el artículo 109, párrafo dos, otorgue la facultad a los órganos o entes sujetos a la Ley de contratación administrativa de emitir reglamentos complementarios a la ley, contraviene lo dispuesto en los numerales 9 y 140, inciso tres de la Constitución Política, por cuanto tal potestad reglamentaria es exclusiva del Poder Ejecutivo (documento citado, pág. 16, párrafo tercero).

Por su parte, el **artículo 28.1 del reglamento** ejecutivo de esta ley N^o 7494 afirma que por reglamento interno (lo cual es inconstitucional) la Administración Pública puede definir otro tipo contractual. Y el **numeral 66.1** de este reglamento manda que la Administración podrá, por vía reglamentaria, definir cualquier tipo contractual a que podrá acudir.

Así se comprueba la inconstitucionalidad de esas normas respecto de los artículos constitucionales 182 y 140, inciso tres.

2. ***Procedimientos abiertos: artículo 28 de la Ley N° 7494 y 28.3 de su reglamento.***

Este numeral 28 de Ley N° 7494 afirma:

la Administración puede usar procedimientos de contratación más calificados o rigurosos que el correspondiente.

La **CONTRALORIA** en el documento citado sostiene que:

ese **artículo 28** tiene una redacción poco feliz y que se entendiera que esos procedimientos creados a criterio de la Administración no estuvieran contemplados en la ley misma, llevaría razón el recurrente (pág. 10, al final).

Claro que el recurrente, en esa **acción de inconstitucionalidad N° 5237-95** lleva razón o la tiene, pues para: ¿qué esa disposición si los procedimientos aludidos por ella estuvieran contenidos en la misma ley? Evidente y elemental, esa norma 28 de la Ley N° 7494-95 está ahí precisamente porque se refiere a procedimientos NO contemplados en esa ley. Creer lo opuesto sería absurdo.

De este modo, la inconstitucionalidad se da por violación de los principios que regulan el contrato público y que están insertos en la norma 182 de la Carta Magna (**votos Nos. 5882-93 y 1205-96 de la Sala Constitucional**), ya que privatizan ese contrato público y violan los principios constitucionales de seguridad jurídica, buena fe, equidad, igualdad de trato, certeza negocial, etc., que informan este contrato público administrativo.

El **reglamento de este ley N° 7494, en su numeral 28.3** repite lo mismo que el artículo 28 de la ley impugnada.

3. ***Artículo 27 a: montos muy altos para la licitación pública.***
Artículo 84: montos muy altos para apelar.

La **CONTRALORIA**, en el documento citado, afirma que la licitación pública es el medio más idóneo y el más deseable para el trámite de los contratos administrativos, por cuanto busca la promoción de la más amplia competencia para el logro de las mejores condiciones posibles porque, a su vez, da garantía de igualdad de oportunidades para los interesados en concursar (pág. 5, último párrafo).

Añadiendo la **CONTRALORIA**, en ese documento que consta en el expediente de la acción de inconstitucionalidad N° 5237-95, ya admitida, que la licitación pública es el procedimiento que garantiza de mejor manera la observancia de los principios rectores de la contratación administrativa –libre concurrencia, igualdad de participación y publicidad– a la vez que permite, por medio de la competencia que se promueve, que se produzcan las mejores condiciones para que la Administración seleccione a su contratante. De ahí que sean el interés público y la equidad, los principios orientadores de tal procedimiento (pág. 6, primer párrafo).

Puntualiza la **CONTRALORIA** que es en el artículo 182 de la Carta Magna donde encuentra su razón de ser la licitación pública (documento ídem., pág. 6, párrafo segundo).

Sin duda se da la violación constitucional a este artículo 182 de la Carta Fundamental, ya que la presente ley impugnada margina completamente la licitación pública y la destruye. La propia **CONTRALORIA** da fe de ello cuando afirma:

- * desde los inicios de la discusión del proyecto (de lo que ahora es ley), se violenta el principio de la amplia participación, como regla general, en todos los procedimientos de contratación pública, en razón de lo elevado de los montos que fija esta ley, ya que solamente unas pocas Administraciones (seis en total) recurrirán al procedimiento de licitación pública, mientras que todas las demás utilizarían los procedimientos de la licitación restringida y por registro (documento, cit., pág. 6, párrafo cuarto).

La licitación pública desaparece por cuanto quedaría únicamente para contratos de obra de elevadísima cuantía (**CONTRALORIA**, documento, cit., pág. 7, último párrafo).

Todo lo anterior, a no dudarlo, importa el quebranto de preclaros principios constitucionales (**CONTRALORIA**, documento cit., pág. 8, primer párrafo). Debido a esto la Contraloría recomendó a la Asamblea Legislativa mediante oficio N° 3396 del 15 de marzo de 1995 –que se encuentra incorporado al expediente de la acción (admitiva) de inconstitucionalidad N° 5237-95–, que se disminuyeran los montos fijados para hacerlos más acordes con la realidad y las garantías constitucionales (**Contraloría**, documento cit., pág. ídem). Pero, el Poder Legislativo no tomó en cuenta los criterios expertos de la Contraloría.

La Contraloría incluso cita un voto de la Sala Constitucional, el N° 1205-96 del 15 de marzo de 1996, que afirma que en el artículo 182 de la Constitución Política se encuentran inmersos los principios rectores de la contratación administrativa, y por supuesto la licitación pública (documento cit., pág. 8, párrafo tres).

Para probar la destrucción constitucional de la licitación pública la **Contraloría afirma** que ninguna institución pública o estatal ha publicado avisos de licitaciones públicas a partir de la vigencia de esta ley (1 de mayo de 1996), ni siquiera instituciones de gran volumen presupuestario como el ICE, INS, CCSS. Además, de los llamados programas de compras (art. 6, párrafo tercero de la Ley de contratación administrativa) hasta ahora publicados, se desprende que son muy pocas las contrataciones que eventualmente se llegarían a tramitar por medio del procedimiento de la licitación pública (documento, cit. pág. 9, párrafos tres y cuatro).

La **CONTRALORIA** es tajante cuando afirma que de imponerse como regla el empleo de la licitación por registro o la licitación restringida para el trámite de los contratos administrativos, se estaría causando grave lesión a los principios de publicidad, libre concurrencia y amplia participación en perjuicio del interés público y de los derechos de los administrados (documento cit., pág. 9, párrafo 5).

En resumen, con el respaldo de la **CONTRALORIA** afirmamos que los **numerales 27**, en general (que establece los montos presupuestarios para los efectos de la realización de las licitaciones públicas, restringidas y por registro –estas dos últimas no tienen apelación ante la *Contraloría*, la publicidad es muy disminuida y la libre concurrencia muy limitada)– y el **84** (que establece los elevados montos financieros para apelar actos de adjudicación de licitaciones públicas ante esa *Contraloría*) de la Ley de la Contratación Administrativa (LCA).

4. **Artículo 101 de la Ley N° 7494-95 y el numeral 107 de su reglamento.**

Este numeral 101 afirma que cada tres meses las administraciones públicas enviarán un reporte a la **Contraloría** sobre la actividad contractual desplegada durante este período.

Se convierte así a la **Contraloría** en un archivo de papeles. **Se violan los artículos 183 y 184 de la Carta Magna**, que son aquellos que incorporan a este ente fiscalizados de la hacienda pública con el rango constitucional.

La Constitución Política no tiene a este órgano controlador para que sirva de archivo de papeles, sino para que ejerza con plenitud su acción fiscalizadora del gasto y la inversión públicas.

Así se entiende perfectamente lo que la propia **Contraloría** afirma en su documento ya citado:

reiteradamente y por múltiples razones esta Contraloría General ha manifestado su desacuerdo y absoluta inconformidad por la asignación mediante ley y con el único propósito de aparentar la existencia de un control de funciones de mero trámite y sin ninguna relevancia pero que, contrario a todo principio de sana administración, demandan la asignación de recursos personales y materiales importantes, en perjuicio directo de la verdadera fiscalización que demanda la norma fundamental (documento cit., pág. 13, párrafo final y pág. 14, párrafo primero).

Agregando esta **Contraloría** que:

la aplicación de esta norma 101 conllevaría un significativo desperdicio de recursos públicos tanto por parte de la Administración como de esta Contraloría, en un momento en que lo que se impone es la racionalización del gasto público (documento cit., pág. 14, párrafo tercero).

El artículo 107 del reglamento de este ley N° 7404 dice lo mismo que el numeral 101 de la ley.

5. **Artículo 87 de la Ley N° 7494-95: sanciones económicas por apelar ante la Contraloría.**

Este numeral afirma que:

la garantía de participación se ejecutará en beneficio de la Administración licitante, si la Contraloría resuelve que no hubo motivo suficiente para apelar. Esta administración iniciará un reclamo por daños y perjuicios cuando el monto de esta garantía sea menor a tales daños.

En esta vía administrativa se está castigando al administrado que, haciendo uso de un derecho constitucional, apela un acto de adjudicación ante la Contraloría. Es decir, se está sancionando a la persona que ejerce un derecho constitucional. No bastó con el hecho de que por los montos tan altos, prácticamente no existan licitaciones públicas (como lo afirmó la Contraloría *supra*) ni posibilidad de apelaciones ante ella. Ahora le añaden un castigo por ejercer un derecho establecido en la carta Magna.

Estos derechos constitucionales violados están en los artículos 27 (libertad de petición y el derecho a obtener pronta respuesta) y el 41 (ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta y cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes).

El **voto N° 1420-91 de la Sala Constitucional** ha establecido, igualmente, el derecho a disentir, discrepar o apelar.

El *artículo 99.3 del reglamento* de esta ley N° 7494 repite lo que afirma el citado *numeral 87* de la ley.

6. ***Artículo 89, párrafo tercero de la Ley N° 7494-95; 99.4 de su reglamento y numeral 30 de la Ley de la Contratación General de la República: se pierde la apelación si la Contraloría no falla o resuelve en tiempo.***

Veamos lo que afirma el artículo 89 de la Ley N° 7494:

vencido el plazo para resolver o su prórroga, de una apelación de un acto de selección de contratista público sin que se haya dictado resolución final, automáticamente se tendrá por confirmado el acto de adjudicación.

Por su parte, ***el numeral 30 de la Ley de la Contraloría*** dice:

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

Y el **artículo 99.4 del reglamento de la ley N° 7494** indica:

si la Contraloría General no se pronuncia dentro del plazo establecido, la adjudicación impugnada quedará automáticamente en firme.

Las tres normas citadas dicen lo mismo.

La propia Contraloría General (en el documento citado que consta en el expediente de la acción de inconstitucionalidad N° 5237-95, contestando la audiencia conferida) afirma que:

el artículo 89, párrafo tercero quebranta los numerales 27 y 41 de la Constitución Política, en tanto el apelante se le perjudique al confirmarse el acto recurrido por la no resolución del recurso dentro del término legal o reglamentario (documento cit., pág. 24, punto 6).

La Contraloría afirma que se violan los artículos 24 y 41 de la Carta Magna porque:

con respecto al *artículo 27*, debido que éste garantiza el derecho de petición y de obtener pronta resolución; y con relación al *numeral 41* en cuanto garantiza que acudiendo a las leyes, toda persona tiene derecho a que se haga justicia pronta y cumplida y sin denegación. La confirmación del acto adjudicatorio implicaría una denegación de justicia (documento cit., pág. 13, párrafo primero).

7. ***Artículo 33, párrafo dos de la Ley N° 7494; y 33.7 de su reglamento.***

Este numeral 33, párrafo dos de la ley citada afirma que:

la oferta se legitimará por la garantía de participación aceptada por la Administración.

El artículo 33.7 del Reglamento de esta ley, repite el enunciado del numeral apuntado 33 de la Ley.

Con esta norma se viola el artículo 182 de la Carta Magna, debido a que quebranta el contrato administrativo público y sus principios constitucionales rectores. En este sentido se recuerda **los votos de la Sala Constitucional Nos. 1205-96 y 1490-91** con relación al artículo 182 de la Carta Magna ratificando que se trata de un contrato regulado por el Derecho Público y con principios que lo rigen con rango constitucional.

Es absurdo e inconstitucional que por la simple aceptación de la garantía de participación se legitime una oferta. Si lo que la norma quiere decir es legitime = sanear todos los defectos o vicios de la propuesta, lo que hay aquí es una rotunda arbitrariedad, por cuanto una oferta está compuesta por una serie de partes o elementos, como son —entre otros—: catálogos, certificaciones, muestras.

8. ***Ofertas sin firmar: artículo 50.5 del reglamento de la ley N° 7494.***

El artículo 50.5 del reglamento de la ley N° 7494 afirma que:

si la garantía de participación ha sido rendida correctamente, la oferta será válida independientemente que no haya sido firmada o lo hubiera sido por persona no facultada legalmente para hacerlo.

Esta disposición ya es el colmo de la arbitrariedad, pues ¿desde cuándo en el contrato público administrativo se admiten ofertas sin firmar?

Aún más, tampoco en el contrato civil o privado se permiten ofertas sin firma.

La Contraloría sostiene que:

cotejando el numeral 33 de la Ley N° 7494 con el contenido del inciso quinto del artículo 50 de su reglamento, es nuestro parecer que sí resulta violado el principio general de interdicción de la arbitrariedad de la potestad reglamentaria, pues la norma ha sobrepasado y desvirtuado el marco de acción prefijado por la ley de contratación administrativa, en cuanto señala que la falta de firma o la firma de quien no esté legalmente facultado para hacerlo, es un defecto subsanable de la oferta extralimitándose así el Poder Ejecutivo en su función reglamentaria (documento cit. pág. 19, párrafo segundo).

Por esta razón, ***la Contraloría cita el voto N° 3410-92 de la Sala Constitucional*** que afirma que:

en el derecho público el reglamento es complementario de la ley y por ello se el reconoce como una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria. La potestad reglamentaria está sujeta al principio de legalidad y al general de interdicción de la arbitrariedad de la potestad reglamentaria, que obliga a respetar el orden jerárquico establecido (documento cit., pág. 18, párrafo quinto).

9. ***Vicios subsanales de la oferta, a granel y sin límites: artículos 4.4, 56.1 y 56.1.2 del reglamento de la Ley Nº 7494.***

Se viola el artículo 182 de la Carta Magna porque se privatiza el contrato administrativo público y se quiebran los principios rectores del contrato público, al permitirse que la oferta de vicios y de defectos, pueda subsanarse posteriormente. Además que se violan los principios constitucionales de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad de la potestad reglamentaria (voto Nº 3410-92 de la Sala Constitucional).

Numerales inconstitucionales del reglamento de la ley Nº 7494:

Artículo 4.4:

todo defecto u omisión contenido en las ofertas podrá ser subsanado.

Artículo 56.1:

se podrá subsanar cualquier defecto formal dentro de los cinco días hábiles siguientes al acto de apertura de las ofertas.

La Administración podrá, después de esos cinco días hábiles, solicitar de oficio la subsanación de defectos no advertidos durante ese plazo.

Artículo 56.1.1:

La Administración entenderá subsanales los siguientes documentos:

- * certificaciones sobre: la personería jurídica de los oferentes y la naturaleza y propiedad de las acciones; cualidades, características o especificaciones del bien ofrecido;
- * declaraciones juradas;
- * estados financieros;
- * documentación técnica o complementaria;
- * copias de la oferta;
- * cualquier omisión de especies fiscales o timbres.

Artículo 56.1.2:

Igualmente podrán subsanarse, al menos, los siguientes defectos:

- * plazo de vigencia de la garantía de participación;
- * cualquier error de la garantía de participación relacionado con la identificación del concurso;
- * vigencia de la oferta;
- * inclusión de datos en unidades de medidas diferentes a las del sistema internacional de medidas;
- * presentación de literatura técnica y complementaria en idioma diferente al español.

Como bien apunta la **Contraloría**, también, hay una violación a los principios constitucionales de legalidad de interdicción de la arbitrariedad de la potestad reglamentaria en lo que respecta a estos artículos reglamentarios en relación al numeral 33 de la ley N° 7494 (documento cit., pág. 18, párrafo cinco y 21, párrafo primero; y *votos de la Sala Constitucional Nos. 3410-92, Considerando XX y 243-93, Considerandos Primero y Segundo*).

10. **Sistema internacional de medidas: artículo 56.1.2.4 del Reglamento de la Ley N° 7494.**

De acuerdo con el **voto N° 770-93 de la Sala Constitucional** la Ley N° 5292 del Sistema Internacional de Medidas es de uso obligatorio en la República de Costa Rica, con exclusión de cualquier otro sistema de medición (Considerando II).

Ello significa que la norma 56.1.2.4 del reglamento de la ley N° 7494 que permita subsanar la inclusión de datos en unidades de medidas diferentes a las del Sistema Internacional de medidas es inconstitucional e ilegal.

11. **Garantía flotante: artículo 34 del reglamento de la Ley N° 7494.**

Este numeral 34 manda que:

la Administración podrá establecer mediante *reglamento interno* la posibilidad de emplear la modalidad de garantías flotantes que puedan respaldar la participación de un mismo oferente en distintos concursos.

Esta garantía la inventa el reglamento debido a que la ley N° 7494 NO la crea. ***Aquí hay dos inconstitucionalidades:***

una, la ya indicada respecto de que las administraciones públicas no pueden promulgar reglamentos ejecutivos, porque ello viola el artículo 140, inciso tres de la Carta Magna; y

dos, la violación a los principios constitucionales de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad de la potestad reglamentaria (*votos de la Sala Constitucional Nos. 3410-92, Considerando XX y 243-93, Considerandos Primero y Segundo*).

12. ***Oferente extranjero con norma extraterritorial: artículo 54.5 del reglamento de la ley N° 7494.***

Este artículo 54.5 del reglamento manda que:

el cartel establecerá los requisitos que deberán aportar los oferentes nacionales y extranjeros para establecer la certeza en cuanto a la existencia, representación y capital social de éstos.

Aquí se da un criterio de extraterritorialidad para la aplicación de esta norma, ya que pretende obligar a los extranjeros a que establezcan la certeza en cuanto a la existencia, representación y capital social de ellos.

Se viola así, el principio y norma constitucional de la territorialidad de las leyes; además de que es una barrera no arancelaria, que perjudica el libre comercio con nuestro país, violándose así el artículo 46 de la Carta Magna sobre la libertad de comercio.

13. ***Registros obligatorios: límites a la libertad de concurrencia.***

Los artículos de la Ley N° 7494 relativos al registro de oferentes son el 45 y el 48. Por lo que corresponde al reglamento, tales numerales son el 59 y el 60.

Estas normas violan los artículos constitucionales 182 y los principios reguladores del contrato público (equidad, concurrencia, libertad de participación, libre acceso a los contratos del Estado, etc.), el 33 (igualdad ante la ley) y el 46 sobre la libertad de comercio.

La obligación de estar registrado para los efectos de tener la posibilidad de participar en los mecanismos de selección del contratista público es inconstitucional porque viola la igualdad ante la ley, ya que solo los registrados pueden participar en las licitaciones, quebranta la libertad de comercio y los principios constitucionales que orientan el contrato público al tenor del artículo 182 de la Carta Magna.

Por otra parte, si en la práctica hay 20 oferentes registrados, la Administración tiene la posibilidad de invitar nada más a cinco, dejando a los restantes 15 burlados. Si se eliminan estos registros, quedarán por fuera estas posibles maniobras de exclusión de oferentes.

Asimismo, la **Sala Constitucional mediante voto N° 1205-96**, Considerando VII, afirmó que en todo concurso el número de oferentes no puede tener límites, para que puedan concurrir todas aquellas personas que estén en condiciones de presentar una oferta válida.

14. **Artículo 75.3 del reglamento: una forma de violar la licitación y sus controles.**

En el capítulo VII del reglamento se encuentra el **numeral 75.3** que afirma:

la determinación de los supuestos de prescindencia de los procedimientos ordinarios es responsabilidad exclusiva de la Administración.

En esta ley el supuesto de que la licitación pública es la regla y la que tiene prioridad, es falso. Todo lo contrario, la ley liquida la licitación pública, elimina controles sobre el gasto público, margina a la Contraloría General de la República, en tiempos como los actuales en que la corrupción en la cúpula política y económica del país es lo normal (periódicos **La Nación**, editorial del 6 de octubre de 1996: la explosión de corrupción que estamos sufriendo desde hace años proviene, en buen parte, del mal ejemplo y de la impunidad en las alturas del poder político y económico; **La República** del 7 de octubre de 1996: en la mentalidad de ciertos costarricenses, la corrupción ya no es un acto condenable, y **La Prensa Libre** del 4 de octubre de este año).

Lo que este numeral alienta es la **contratación directa** de bienes y servicios en la Administración Pública: se prescinde de los procedimientos “ordinarios” para realizar, entonces, las contrataciones directas.

Es la propia Administración la que decide cuando usa la **contratación directa** y hace a un lado las licitaciones:

Recordemos que la ley, en su artículo 2 dice:

se excluyen de los procedimientos de concursos establecidos en esta ley las siguientes actividades.

- a. La **actividad ordinaria** (aquí se analizará la acción de inconstitucionalidad que la Contraloría presentó ante la Sala IV en contra del respectivo decreto ejecutivo N° 25311-MOPT, Gaceta del 14 de agosto de 1996).
- b. Contratos con otros Estados o con sujetos de derecho público internacional.
- c. Contratos interadministrativos.
- d. Contratos de escasa cuantía, con único oferente, razones de seguridad urgencia apremiante u otros calificados (con el anterior y derogado reglamento de la contratación administrativa, artículo 212: la Contraloría, bajo circunstancias muy calificadas, podía considerar la posibilidad de autorizar la contratación directa respecto a otros negocios o situaciones no contempladas en los artículos precedentes, artículo 214: la solicitud de autorización dirigida a la Contraloría para contratar en forma directa, se formulará por escrito y precisará los siguientes requisitos...). Ahora se hizo a un lado al ente contralor.

En el caso de **contratación directa** por razones de urgencia apremiante, la Contraloría estaba facultada para autorizar esta contratación, pues podía advertir y admitir tal estado de emergencia, sin necesidad de declaratoria oficial por parte del Poder Legislativo ni del Poder Ejecutivo (artículo 205 del derogado reglamento de la contratación administrativa). Ahora,

- e. Compras por caja chica, de acuerdo al reglamento.
- f. Contratos del servicio exterior; y
- g. Actividades excluidas de los concursos, por ley o por convenios o tratados (instrumentos) internacionales.

- h. Las actividades que autorice –razonadamente– la Contraloría General de la República, cuando existan suficientes motivos de interés público.

Este mismo artículo 2 excluye de la aplicación de esta ley, estas actividades:

- * relaciones de empleo;
- * empréstitos públicos;
- * otras actividades sometidas por ley a un régimen especial de contratación;
- * los entes públicos no estatales cuyo financiamiento provenga, en más de un 50%, de recursos propios, los aportes o las contribuciones de sus agremiados; y
- * las empresas públicas cuyo capital social pertenezca, en su mayoría, a particulares y no al sector público.

15. ***Materias excluidas de los procedimientos ordinarios de contratación, según el reglamento - capítulo VII, artículos 75 a 85.***

Artículo 75.1:

las materias excluidas legalmente de los procedimientos ordinarios de contratación, podrán ser objeto de negociación directa entre la Administración y el contratante.

Artículo 75.2:

la contratación directa se encuentra sometida a la Contraloría General de la República; en el caso concreto del Gobierno Central, además estará sujeto a la dirección técnica y evaluación de la Proveeduría Nacional.

Artículo 75.3:

la determinación de los supuestos de prescindencia de los procedimientos ordinarios de contratación es responsabilidad exclusiva de la Administración (esta norma ya se analizó antes).

Esta disposición implica una puerta abierta para que la Administración decida, en cualquier momento, realizar contrataciones directas a su gusto.

Artículo 76.1:

actividad ordinaria: estamos en presencia de actividad contractual ordinaria cuando la prestación objeto del contrato constituya una actividad que se identifica con la prestación del servicio y cumplimiento de los fines de la Administración respectiva. Esta actividad se hará negocialmente, sin sujeción a los procedimientos ordinarios de contratación.

Artículo 76.2:

Se considera actividad ordinaria:

- * prestación de servicios públicos.
- * venta de bienes adjudicados por la Administración como consecuencia de la ejecución de garantías o el pago de obligaciones.

(En este caso adió avalúos de la Tributación Directa y la autorización de la Contraloría General de la República).

Artículo 77:

los convenios con otros Estados o con sujetos de derecho público internacional, están excluidos de los procedimientos de contratación administrativa.

Artículo 78:

contratos entre entes de derecho público, están excluidos de los procedimientos de la contratación administrativa.

Artículo 79:

Actividades que por su naturaleza y circunstancias no están sujetas a concurso público:

- * 79.1 un solo oferente: los contratos que solo una persona puede cumplir. Situación de monopolio en el mercado de proponentes.

- * 79.2 seguridades determinadas: el objeto del contrato se relaciona con materias que requieren seguridades calificadas.
- * 79.3 sin afán de lucro: contratos con personas que, para el contrato dado, tienen ánimo de ayuda desinteresada.
- * 79.4 cantidad de dinero relativamente pequeña, de acuerdo a los montos presupuestarios de las diversas entidades públicas. Aquí se dice que las administraciones cuyo presupuesto ordinario sea inferior a 500 millones de colones se regirán por la tabla que, para tales efectos y mediante resolución, dicte la **Contraloría General de la República** (resolución Nº 1-DEE-96 del 26 de abril, La Nación, miércoles 1 de mayo de 1996).

79.4.8. Registro de proveedores: la administración recurrirá al registro de proveedores para seleccionar al contratista. Si éste no está registrado, la Administración podrá seleccionarla directamente.

79.5. La compra o arrendamiento de bienes que en razón de su ubicación, naturaleza, condiciones y situación se configuren como los **únicos** propios **para la finalidad propuesta**. En el caso del Poder Central, la adquisición se hará mediante el precio fijado por la Tributación Directa; para el resto de la Administración Pública, lo hará el personal especializado respectivo.

79.6. Contrataciones necesarias para enfrentar **situaciones totalmente imprevisibles** que afecten o amenacen gravemente la continuidad de los servicios públicos esenciales.

79.7. Compras de materiales para la preparación de la documentación electoral del artículo 33 del Código Electoral (15 días antes, cuando menos, del fijado para celebrar las elecciones, el Registro Civil tendrá que haber terminado de enviar el material y la documentación electorales a las Juntas Cantonales...) y la contratación de material y espacios publicitarios que efectúe el **Tribunal Supremo de Elecciones (TSE)**.

79.8. El **arrendamiento de los vehículos** de los funcionarios de la Administración, cuando para el cumplimiento de sus funciones deban desplazarse, y resulte económico y razonable, que se pague un precio por el uso de esos vehículos.

Artículo 80: contratación directa en el caso de oficinas en el exterior.

Contrataciones que tienen por objeto la construcción, instalación o la provisión de oficinas y servicios en el exterior, podrán celebrarse sin sujeción a los procedimientos ordinarios de contratación.

Artículo 81: contratación directa por caja chica.

Compras que se hagan con cargo a fondos de caja chica estarán sujetas a las disposiciones reglamentarias internas.

Artículo 82: exclusión de los procedimientos de la ley de contratación administrativa.

82.1. Las contrataciones excluidas de los procedimientos ordinarios de contratación por ley especial o por instrumento internacional vigente en Costa Rica, se regirán por estas normas.

82.2. Los procedimientos ordinarios por la Asamblea cuando en los *instrumentos de empréstito* aprobados por la Asamblea Legislativa se establezca el uso de procedimientos de contratación especiales, o se haga remisión a cuerpos normativos elaborados por el *organismo internacional de crédito que suministra los recursos*.

Artículo 83: autorización de la Contraloría General de la República para contratar directamente.

83.1. La Contraloría podrá autorizar, mediante resolución motivada, la contratación directa en otros supuestos no previstos por las anteriores disposiciones.

83.2. Tribunal Supremo de Elecciones: estará comprendida toda medida de facilitación de las adquisiciones que efectúe el Tribunal Supremo de Elecciones durante el período siguiente a la convocatoria oficial a elecciones y hasta la declaratoria de resultados.

83.3. La solicitud de la Administración a la **Contraloría**, deberá contener una justificación detallada de la contratación directa.

83.4. La **Contraloría** resolverá la solicitud de contratación directa en un plazo de 10 días hábiles y podrá establecer procedimientos sustitutos a los ordinarios.

84. Materias excluidas de los alcances de la Ley de Contratación Administrativa:

- * relaciones de empleo público.
- * empréstitos públicos.
- * toda otra actividad sometida por ley a un régimen especial contratación (se repite el numeral 2 de la ley citada).

85. Procedimientos de urgencia:

85.1. Supuestos: cuando la Administración enfrente situaciones de urgencia, podrá prescindir de una o de todas las formalidades de los procedimientos de contratación o crear procedimientos sustitutivos de estos.

85.2. Contraloría: para usar este mecanismo de urgencia, la Administración requiere la autorización (ésta siempre es previa; la aprobación, es posterior a la emisión del respectivo acto administrativo) **de la Contraloría General de la República.**

85.3. Plazo para resolver: la petición respectiva ante la Contraloría debe presentarse con la información necesaria ante la Contraloría, la cual la resolverá en el plazo de 10 días hábiles siguientes a su presentación.

En casos muy calificados, la autorización se podrá dar por teléfono.

85.4. Silencio contralor: el silencio de la **Contraloría** no podrá interpretarse como autorización de la solicitud de contratación directa.

(La norma dice **aprobación**, pero esto es incorrecto, el concepto válido es **autorización**, porque se da antes de la emisión del acto administrativo. Además, de que aquí no existe el silencio positivo: el que calla, otorga, al contrario, se cristaliza el silencio negativo: el que calla, no concede).

II. **INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 171 DE LA LEY DEL BANCO CENTRAL DE COSTA RICA, N° 7558 del 3 de noviembre de 1996.-Admitida por la Sala Constitucional.**

1. Esta ley, en su artículo 171, viola la Carta Magna en sus numerales 140, inciso tres, 182, 183 y 184. Es decir, aquellas disposiciones constitucionales relativas a la facultad exclusiva de promulgar reglamentos a las leyes por el Poder Ejecutivo, al contrato público y a la Contraloría General de la República.
2. La razón por la cual este **numeral 171**, párrafos primero, segundo, tercero, quinto y sexto de la Ley N° 7558 viola **el artículo 182** constitucional, se debe a que el monto –en colones– para hacer una licitación pública y para apelar su acto de adjudicación –en todos los bancos de derecho público– es a partir de 300 millones. Dejando completamente destruida la licitación pública como medio idóneo para efectuar la contratación administrativa al tenor del **numeral 182 de la Carta Fundamental**.
3. Lo anterior lo ratificó la **Contraloría General de la República** (en adelante: **Contraloría**) cuando contestó la audiencia en la acción de inconstitucionalidad N° 5237-95 al afirmar:
 - * la licitación pública es la que mejor garantiza la observancia de los principios rectores de la contratación administrativa (pág. 6, primer párrafo).
 - * la licitación pública desaparece por cuanto queda solo para contratos de elevadísima cuantía (ídem., pág. 7, último párrafo).
 - * Desde que la Ley de la Contratación Administrativa entró en vigencia, el 1 de mayo de 1996, no se han publicado avisos de licitación pública, ni siquiera lo han hecho instituciones gigantescas como el INS, CCSS, ICE (pág. 9, párrafos 3 y 4), lo cual significa que no se han hecho en el Estado costarricense licitaciones públicas por los montos tan alto en donde operan o se hacen obligatorias.
4. Por su parte, la *Sala Constitucional ha afirmado, mediante votos Nos. 1205-96 y 5882-93*, que en el **artículo 192 de la Carta Magna** se encuentran inmersos los principios rectores de la contratación administrativa.

5. Recordemos que *en el numeral 84, inciso a, de la Ley de Contratación Administrativa*, se manda que los actos de adjudicación de una licitación pública por montos superiores a los 40 millones de colones serán apelables ante la Contraloría.
6. En forma aplastante, **la Ley del Banco Central, numeral 171, párrafos primero y tercero**, deja muy atrás la *Ley de Contratación Administrativa –art. 84, inciso a–*, ya que manda que el monto en colones para realizar y apelar un acto de adjudicación de una licitación pública tiene que ser superior a los 300 millones.
7. Como bien lo observa el tratadista *Eduardo García de Enterría*, en su último libro sobre el tema de la **Democracia, Jueces y control de la Administración Pública** (Madrid: Civitas, 1995) los tiempos actuales donde **campea la corrupción** tienen en el Juez un control superior muy importante y clave en el sistema democrático, donde tienen una función relevante los aspectos electorales de elección de los gobernantes por una mayoría a la par del sometimiento pleno de la Administración al Juez, un ejercicio real de los sistemas de control sobre la Administración y la subordinación completa de la Administración a la Ley y al Derecho. Por ello, el Juez se erige en pieza central del sistema democrático (págs. 113 a 125).
8. Ese monto extratratadístico de la licitación pública en los bancos de derecho público de *300 millones de colones*, cuantía que opera también para apelar de los actos de adjudicación (pero NO ante la Contraloría, como tiene que ser, en cumplimiento de los **numerales 183 y 184 de la Carta Fundamental**), sino ante el Consejo de la Superintendencia General de Entidades Financieras (*art. 171, párrafos primero y tercero de la Ley del Banco Central*).
9. Con esa norma 171 de la Ley del Banco Central se violan los artículos 183 y 184 de la Carta Magna, pues el órgano constitucional encargado de la **vigilancia de la hacienda pública, es la Contraloría**, como lo reconoce (para montos de dinero muy altos) la propia Ley de Contratación Administrativa en su numeral 84.
10. Respecto de quién aumenta los topes para fijar las franjas en las que funciona la contratación directa, licitación privada (sic) o

restringida esta es una atribución constitucional de la **Contraloría General de la República** que reconoce la misma Ley de Contratación Administrativa, en su artículo 27, último párrafo. Pero, en la Ley del Central, ello no es así por cuanto a que es la Superintendencia General de Entidades Financieras la que fija, cada año, la elevación de esos montos (numeral 171, párrafo segundo de esa Ley N° 7558-95).

11. De acuerdo con esa norma del 171, párrafo quinto de la Ley N° 7558-95, se violan los artículos 183 y 184 de la Carta Fundamental debido a que es la **Contraloría** a la que corresponde todo lo relativo respecto de la fiscalización de la contratación administrativa, como un medio que materializa el gasto público (inversión de fondos del erario público).
12. El párrafo quinto del artículo 171 de la Ley N° 7558-95 contiene otra inconstitucionalidad: afirma que el **refrendo** a los contratos administrativos hechos por los bancos estatales, lo dará el **auditor interno** de cada banco. Esta disposición viola los numerales 182, 183 y 184 de la Carta Magna, ya que dentro de lo que es el contrato público (concepto, naturaleza y efectos jurídicos): artículo 182; potestades de la fiscalización de ese contrato a cargo de la **Contraloría**: artículos 183 y 184 citados y por ende, es a esta Contraloría a la que le corresponde otorgar ese refrendo o acto administrativo que permite que los efectos contractuales se puedan dar, y de ninguna manera el auditor interno de cada banco.

Al respecto del artículo 184 de la Constitución Política, párrafo segundo manda:

no se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino, cuando el gasto respectivo haya dicho visado por la Contraloría General de la República; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella.

13. También, el párrafo sexto del artículo 171 de la Ley N° 7558-95 viola la Carta Magna en su numeral 140, inciso tres, debido a que solo el Poder Ejecutivo puede hacer reglamentos de las leyes emanadas de la Asamblea Legislativa. Y, según este numeral 171, párrafo sexto, cada banco emitirá su propio reglamento a esta Ley N° 7558-95, mediante su Junta Directiva. Siendo, cada reglamento de estos, aprobado por la Superintendencia de Entidades Financieras.

**III. ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADAS
POR LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
ANTE LA SALA CONSTITUCIONAL Y ADMITIDAS POR ESTA**

1. *Contra Decreto Ejecutivo N° 25311-MOPT del 24 de julio de 1996.*
2. *Contra los decretos ejecutivos que declaran emergencias nacionales.*

1. ***Contra Decreto Ejecutivo N° 25311-MOPT del 24 de julio de 1996.***

El **artículo 1 de este decreto** dice que las siguientes actividades o materias de “mantenimiento de vías públicas” son parte de la **actividad ordinaria**, en el campo de la contratación administrativa para que sean **contratadas directamente**:

- * chapea;
- * limpieza mecanizada de cunetas y alcantarillas;
- * limpieza menor de derrumbes;
- * limpieza y reposición de barandas de protección;
- * bacheo;
- * sellos;
- * recarpeteos;
- * conformación y relastreados.

Esas actividades requieren de contratos por tiempo definido, que serán actividad ordinaria y recaerán sobre la contratación de:

- * peones;
- * alquiler de equipo y maquinaria por tarifa;
- * compra de herramientas (palas, carretillos, picos, machetes, escobones, rastrillos, capas, botas, etc.);
- * compra de materiales como arena, piedra para mezcla, mezcla asfáltica en caliente, etc.

Teniéndose que en los procedimientos de **contratación directa** que se apliquen para la adquisición de los bienes y servicios necesarios para el desarrollo de la actividad ordinaria de mantenimiento de carreteras, el MOPT por sí o mediante la Proveeduría Nacional del Ministerio de Hacienda podrá establecer un procedimiento o sistema de regionalización, según el cual adquirirá **directamente** dichos bienes y servicios (piedra, arena, mezcla asfáltica, etc.).

El artículo 2 de este decreto ejecutivo N° 25311-MOPT afirma que se autoriza al MOPT para que dentro del ámbito de los procedimientos de contratación que promueva y de las relaciones contractuales que los mismos importan, proceda a establecer el sistema de “pago en especie” o entrega o dación en pago de materiales; particularmente, en lo relativo a contrataciones de obras públicas.

Los precios de los materiales a darse en pago será determinado por el mismo Ministerio, según los precios de mercado para los productos que se utilicen bajo esta modalidad de pago.

La Contraloría señala que este decreto viola los numerales de la Carta Fundamental Nos. 11, 140, incisos 3 y 18, 180, 182, 183 y 184.

La Contraloría en su acción, invoca los **Votos N° 6453-94** de la Sala Constitucional que afirmó:

el procedimiento de licitación pública que prevé el artículo 182 constitucional, encuentra su razón de ser no solo en relación con el interés del Estado, sino –además– en relación con el de los administrados. Esta licitación pública es definida como el medio idóneo y el más deseado instrumento para el trámite de los contratos administrativos, se fundamenta en el doble propósito de lograr las mejores condiciones para la Administración Pública y de garantizar la libertad de oportunidades a los interesados y todo ello conforma el llamado principio de legalidad de la contratación administrativa, al que debe sujetarse todo el que quiera contratar con la Administración Pública.

Y, el **voto N° 1205-96:**

al disponer el artículo constitucional 182 que deben celebrarse los contratos del Estado mediante licitación, ello implica que son constitucionalmente todos los principios que informan esa figura negocial, reconocidos unánimemente por la Doctrina del Derecho Constitucional y Público, como la equidad, igualdad de oportunidades, el interés público y la buena fe, entre otros (págs. 1 a 6 de la acción de inconstitucionalidad citada).

Voto N° 4013-92:

el interesado tiene derecho a impugnar la adjudicación de una licitación pública ante la Contraloría, lo que es una garantía de imparcialidad en el proceso y la sustancia de una licitación, de la que no puede ilegítimamente privarse al administrado (ibídem., págs. 6 y 7).

La regla en esta materia contractual es la licitación; y la excepción, es la contratación directa, incluyendo la modalidad bautizada como “actividad ordinaria”.

La propia Sala Constitucional se refirió a la “**actividad ordinaria**”:

Voto Nº 5882-93:

*en todo momento el constituyente pensó en la licitación como medio idóneo para la contratación del Estado; ello no impide que cuando se encuentre en la situación de la **actividad ordinaria** de las instituciones públicas, éstas puedan –en determinados casos– recurrir a la **contratación directa** (ibídem., págs. 12 y 13).*

CONCEPTO DE ACTIVIDAD ORDINARIA DE LA ADMINISTRACION

a) ***El artículo 2, inciso a de la Ley de Contratación Administrativa afirma que la actividad ordinaria es:***

el suministro directo al usuario o destinatario final, de los servicios o de las prestaciones establecidas, legal o reglamentariamente dentro de sus fines.

b) ***La Contraloría la ha definido así:***

actividad ordinaria es la que realiza la Administración dentro del ámbito de su competencia a través de una actividad o servicio (prestación última para el cumplimiento de sus cometidos), cuya relación contractual constante o frecuente con los usuarios tanto como el dinamismo que la naturaleza de su tráfico le impone, resultan incompatibles con el procedimiento usual del concurso (Acción de inconstitucionalidad de la Contraloría, cit., pág. 14).

Ejemplos de esta actividad ordinaria son: la venta de agua potable por Acueductos y Alcantarillados; venta de servicios de telefonía y electricidad a cargo del ICE, Instituto Costarricense de Electricidad; venta de seguros mediante el Instituto Nacional de Seguros. Por ello, no toda actividad que comprende la competencia debe ser conceptuada como ordinaria. Esta noción debe ser definida con un criterio restrictivo (Acción, cit., págs. 9 y 10).

No es actividad ordinaria de la Administración cuando estamos ante una relación de medios y fines. Es decir, contratos de medios para alcanzar los fines de la Administración, como por ejemplo, actividades para su:

- * **instalación:** compra o arrendamiento de edificios, mobiliario, construcción de obras, etc.
- * **funcionamiento:** arrendamiento o compra de equipos, vehículos, útiles, materiales, etc.
- * **transporte** de productos para su uso o comercio.

Ni la **información** u otra clase de **prestaciones** ajenas a la finalidad inmediata del servicio público asignado a la Administración (documento cit., págs. 10 y 11).

Decreto Ejecutivo N° 25311-96 MOPT es inconstitucional.

Este decreto bautiza como “actividad ordinaria” lo que no lo es, ya que se trata de actividades que son medios para el logro de los fines del MOPT: chapea, limpieza mecanizada de cunetas y alcantarillas, limpieza menor de derrumbes, limpieza y reposición de barandas de protección; bacheo, sellos, recarpeteos; y conformación y relastreado. Para lo cual se necesitan hacer estos, contratar bajo el nombre de “actividad ordinaria” –contratación directa–: peones, alquiler de equipo y maquinaria por tarifa, compra de herramientas (palas, carretillos, picos, machetes, escobones, rastrillos, capas, botas, etc.), compra de materiales como arena, piedra para mezcla, mezcla asfáltica en caliente, etc.

La **Contraloría** afirma, entre otras cosas, que el mantenimiento de las carreteras es compatible con los procedimientos de licitación que ordena el **artículo 182 de la Constitución Política** (documento, cit., págs. 15 y 16).

Este decreto ejecutivo N° 25311-96 MOPT viola la Carta Magna porque establece la contratación directa, al calificar de **“actividad ordinaria”** lo que no lo es con el fin de evadir los procedimientos de licitación –que ordena el **numeral 182 de la Carta Fundamental**– como regla de aplicación general (documento, cit., pág. 17).

Al establecer la contratación directa para actividades que no son **“actividad ordinaria”**, se viola el derecho de los administrados al

principio de la publicidad y la imposibilidad de impugnar lo resuelto, lo que es tutelado por la Sala Constitucional (por todos los **votos** en este aspecto: el derecho de recurrir o apelar ante el superior jerárquico es parte del debido proceso: 1951-96 y 2791-96).

También este **decreto ejecutivo 25311-96 MOPT**, viola el numeral 184, inciso 1 de la Carta Magna que manda que:

toda obligación contraída por el Estado tiene que ser refrendada por la Contraloría.

Cabalmente, al calificar arbitrariamente de “**actividad ordinaria**” lo que no lo es, entra a jugar el **numeral 20 de la Ley de la Contraloría** que manda que los contratos celebrados bajo la modalidad de “**actividad ordinaria**” no requieren ese refrendo:

*dentro de un plazo que no podrá exceder de 30 días hábiles, la Contraloría aprobará los contratos que celebre el Estado y los que por ley especial deben cumplir con ese requisito. No están sujetos a este trámite obligatorio, los contratos de trabajo ni los que constituyan **actividad ordinaria**, de conformidad con la ley. La falta de pronunciamiento dentro de ese plazo da lugar al silencio positivo. (Cf. Revista fiscalización y gestión pública, Vol. 2, Nº 2, 1995, pág. 142, Contraloría - Universidad de Costa Rica, Cicap).*

Con esa maniobra del decreto, evitan hacer licitación y evaden la fiscalización del refrendo contralor.

También este decreto viola los artículos constitucionales Nos. 11 y 40, inciso tres.

Viola ese decreto el *numeral 11 de la Constitución Política* porque se da el caso de funcionarios que han tomado facultades que la ley no les concede, al emitir un decreto que afecta los recursos financieros del Estado y a la propia Proveeduría Nacional, estando ausente la firma del Ministro de Hacienda (como lo detallaremos más adelante) y al desvirtuar los límites sustanciales de la ley, ya que ésta (la de contratación administrativa) define lo que ha de entenderse por **actividad ordinaria**, en su artículo 2: el suministro directo al usuario o destinatario final, de los servicios o las prestaciones establecidas, legal o reglamentariamente, dentro de sus fines.

Igualmente, se recuerda el **voto 2478-94** de la Sala Constitucional que afirma:

las normas reglamentarias, si bien subordinadas a la ley, la complementan regulando los detalles indispensables para asegurar no solo su cumplimiento sino también los fines que se propuso el legislador. En el ejercicio de esa potestad, el reglamento no puede vulnerar la concepción sustantiva de la ley.

(Documento de la **Contraloría**, cit., págs. 19 y 20).

El contenido del decreto y los contratos que pretende autorizar bajo la falsa denominación de **actividad ordinaria**, incluye actividades que claramente son medios para el cumplimiento de los fines del MOPT:

contratar peones, comprar arena, mezcla, herramientas, etc.

Violación por parte del decreto N° 25311-96 MOPT, de los artículos constitucionales 176 y 180:

Artículo 180 de la Carta Magna: principio de la fuerza restrictiva del presupuesto: el límite de acción de los Poderes Públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado, es el **presupuesto** (ordinario y extraordinario).

La anterior es una actividad típica de control del Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo y está íntimamente ligada al *principio del contenido necesario del presupuesto o principio de universalidad* consagrado en el **numeral 176 de la Carta Magna**, según el cual todos los ingresos probables y todos los gastos autorizados, deben quedar comprendidos en el presupuesto.

Lo anterior es lógico, por cuanto la Asamblea Legislativa –por medio de la Contraloría, como órgano auxiliar de ella– ha de aprobar la ejecución y liquidación del presupuesto nacional.

El artículo 2 del decreto ejecutivo impugnado 25311-96 MOPT dice:

se autoriza al MOPT para que dentro del ámbito de los procedimientos de contratación que promueva y de las

relaciones contractuales que los mismos importan, proceda a establecer el sistema de “pago en especie” o entrega o dación en pago de materiales; particularmente, en lo relativo a contrataciones de obras públicas. Los precios de los materiales a darse en pago será determinado por el mismo Ministerio, según los precios de mercado para los productos que se utilicen bajo esta modalidad de pago.

Esa dación en pago, generalizada por el decreto, es inconstitucional porque:

- i. *Posibilita gastar más de lo presupuestado, ya que si no tienen dinero para el recarpeteo, por ejemplo, podrían iniciar una contratación sin contenido económico, haciendo uso de activos que pudieron ser adquiridos con partidas para otras finalidades, desvirtuándose con ello el **plan gubernamental que es el presupuesto nacional.***
- ii. *Debido a que es una entrega de bienes y no de dinero, su “salida” del dominio de la Administración no queda registrada o documentada desde un punto de vista presupuestario. Y, con ello, la fiscalización y liquidación se imposibilita con lesión grave del cumplimiento de las funciones que en este sentido fija la propia Constitución Política a la Contraloría General de la República en materia de esta fase del proceso.*
- iii. *Además, el **poder liberatorio de obligaciones es el colón** –moneda nacional–. Por esta razón, es muy peligroso (considera la Contraloría) que los *contratistas de la Administración Pública se vean compelidos a aceptar**bienes** en pago de sus prestaciones.* De este modo, el MOPT estaría afectando la libertad de contratación y su libre ejercicio del comercio y la propiedad, al verse obligado a aceptar en pago de bienes y no colones, como mecanismo general.*

Violación del artículo 140, incisos 3 y 18 constitucional por este decreto:

El inciso 3 del artículo citado 140 manda que el Poder Ejecutivo (Presidente y respectivo Ministro) reglamentarán leyes; y el 18 dice que se darán el reglamento que convenga para el régimen interior de sus despachos.

En este **decreto ejecutivo N° 25311-96 MOPT** no está la firma del Ministro de Hacienda, pues ello es obligado ya que se comprometen recursos del Estado, y funciones propias de la Proveeduría Nacional, órgano **ajeno** al MOPT, por lo que al versar este decreto sobre el régimen propio de las oficinas del Ministerio de Hacienda, se transgreden el numeral 11 y 140, incisos 3 y 18 de la Constitución Política. (Documento de la **Contraloría General de la República**, del 2 de setiembre de 1996, cit., págs. 20 a 24).

La Petitoria que le hace la Contraloría a la Sala Constitucional, es que declare este decreto ejecutivo N° 25311-96 MOPT contrario a la Carta Fundamental. (Documento, ídem., pág. 24).

2. Acción de inconstitucionalidad de la Contraloría General de la República contra los decretos ejecutivos de emergencia Nos. 23321-S del 18 de mayo de 1994, 23394-MP del 10 de junio de 1994, 24463-MP-MOPT del 23 de junio de 1995, 24653-S-MP-MOPT-MIRENEM; y el acto administrativo de la sesión N° 021-95 del 4 de octubre de 1995 de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Emergencia.

Esta acción de inconstitucionalidad radica en el hecho del abuso del Poder Ejecutivo respecto de declarar por decreto situaciones de emergencia, que no son tales, con el fin de evadir los controles y la fiscalización sobre el empleo de recursos financieros y de todo tipo que son públicos.

Esta acción de inconstitucionalidad tiene fecha de 17 de setiembre de 1996 y precisa que con esos decretos ejecutivos y el acto administrativo citado, se violan los artículos de la Carta Magna Nos. 10, 11 140, inciso 3, 180 y 182.

El numeral 180, párrafo tercero de la Carta Fundamental manda que:

cuando la Asamblea Legislativa este en receso, el Poder Ejecutivo podrá vetar el destino de una partida autorizada, o abrir créditos adicionales, **pero únicamente para satisfacer necesidades urgentes o imprevistas en casos de guerra, conmoción interna o calamidad pública.** En tales casos, la Contraloría no podrá negar su aprobación a los gastos ordenados y el decreto respectivo implicará convocatoria de la Asamblea Legislativa a sesiones extraordinarias para su conocimiento.

Por el **voto N° 3410-92 la Sala Constitucional** declaró con lugar la acción de inconstitucionalidad presentada por la Contraloría el 7 de febrero de 1992, expediente N° 423-92 impugnando el artículo 1 de la **Ley Nacional de Emergencia, N° 4374 del 14 de agosto de 1969.**

Se ha configurado así un contexto en el cual la anulación de numerosos decretos ejecutivos ha sido una ilustración acerca de cuáles situaciones no configuran verdaderas emergencias nacionales. (Documento de la Contraloría, de esta acción, págs. 1 a 3).

a) **Decreto ejecutivo 23321-S del 18 de mayo de 1994, artículo 1, incisos c y d**

Ya la *Sala Constitucional* había anulado el decreto ejecutivo N° 15320-S del 16 de marzo de 1984 (voto 3410-92) que declaraba calamidad pública el suministro de **agua potable** en todo el país, incluyendo la generación eléctrica. Este decreto 23321-94 S repite el anterior anulado de 1984 referente al agua potable (artículo 1, inciso c).

El inciso d del numeral citado 1 del decreto 23321-S-94 se refiere a la crisis del **sistema hospitalario** nacional, que tampoco califica dentro de las categorías constitucionales del 180: guerra, conmoción interna, calamidad pública.

En el voto SC 3410-92, la Sala Constitucional –SC– dijo que:

la **emergencia nacional** es equiparable a hechos invencibles e inevitables, propios de la fuerza mayor, y el caso fortuito, sea que provengan de las fuerzas de la Naturaleza (terremotos, inundaciones, epidemias), o sean hechos humanos (tumultos, amotinamientos, guerras).

Los casos de “**urgencia apremiante**” derivados de la falta de planificación o de la inercia en la prestación eficiente de los servicios públicos, NO califican como “**emergencia nacional**” y deben ser atendidos mediante los procedimientos ordinarios de contratación administrativa y administración financiera (Considerandos XVI y XVII del **voto N° 3410-92**).

Así las cosas, se tiene que la prestación de un servicio público, tan vital como lo es el relacionado con la salud de los ciudadanos en

términos insatisfactorios, no configura el estado de “emergencia nacional” que prevé la Constitución Política. NO puede la Administración Pública valerse de la ineficiencia para autorizarse mecanismos de excepción con miras a solucionar problemas que son de su resorte ordinario y permanente (documento Contraloría, cit., págs. 4 y 5).

b) **Decreto ejecutivo 23394-MP del 10 de junio de 1994**

No califica como emergencia nacional, declarar zona de desastre los cantones que conforma la región de El Guarco NI la situación de los acueductos potables y alcantarillado sanitario en la ciudad de Cartago.

Otro problema que tiene este decreto es que afirma que el estado de emergencia se mantendrá hasta tanto no exista un pronunciamiento de las unidades ejecutoras que compruebe que la situación de emergencia no ha sido superada (artículo 5).

Esta disposición viola **ley Nº 5901 del 20 de abril de 1976** que manda que al *tenor de la ley sobre emergencias nacionales Nº 4374 del 14 de agosto de 1969*, se establece que el plazo de las emergencias es por 30 días, con una sola prórroga de otros 30 días, mediante resolución razonada del Poder Ejecutivo. Vencido este plazo, se requiere autorización del Poder Legislativo para mantener el estado de emergencia con indicación del período que se autoriza.

Esta violación, por parte del decreto, a la Ley Nº 5901-76 implica burlar la norma constitucional (artículo 182) pues pretende desaplicar los trámites de la licitación ordenados por la Carta Magna.

Se viola el artículo 11 constitucional ya que el decreto presenta una ilegalidad manifiesta que provoca no acatar el numeral 182 de la Constitución y conculcarle al administrado sus derechos a que la inversión del gasto público se haga por los procedimientos licitatorios y con el debido uso de los mecanismos fiscalizadores pertinentes; pues, la Comisión Nacional de Emergencias hace utilización de las contrataciones directas. (Documento cit., págs. 6 y 7).

c) **Decreto ejecutivo Nº 24463-MP-MOPT del 23 de junio de 1995**

El voto citado 3410-92, Considerando XXX, dijo que:

los proyectos emprendidos para promover los sistemas físicos, técnicos y educativos para la prevención de desastres naturales, forman parte integral de la función del Estado y por ello, pueden continuar en el seno de la Comisión Nacional de Emergencias, **pero bajo los trámites ordinarios del ordenamiento jurídico.**

Las **medidas preventivas del fenómeno ENOS** (el niño-oscilación sur) se tomarán anticipadamente para mitigar las consecuencias materiales y sociales de su impacto en Costa Rica, según dice este decreto impugnado por la Contraloría.

Esas **medidas preventivas** tampoco cuadran o se ajustan al artículo 180 constitucional, además de que se refiere a hechos acaecidos y respecto de zonas que no podrían ser **afectadas** (documento cit., págs. 8 y 9).

También incurre en el mismo error que el **decreto anterior 23394-MP-94**, en cuanto al plazo dado por la concordancia de las leyes mencionadas, 4374-69 y 5901-76: se mantiene el estado de emergencia nacional hasta tanto no exista un pronunciamiento emanado de las unidades ejecutoras y avalado por la Comisión Nacional de Emergencias, con base en el reporte o análisis técnico-científico que al efecto se realice, demostrativo de que la situación ha sido definitivamente superada (documento, cit., págs. 10 y 11).

Recordemos, también, que el **voto 015-95 de la Sala Constitucional** anuló el artículo 30 de la **Ley 6975 del 30 de noviembre de 1984** modificadora del Presupuesto Nacional, que mantenía los estados de emergencia por el tiempo que técnicamente sea necesario para atender los daños causados por algún desastre y sus consecuencias, lo mismo que para la realización de las obras ya indicadas.

La Contraloría fue la que interpuso esta acción de inconstitucionalidad N° 424-92 con éxito.

Además, hay que decir que la declaratoria de emergencia nacional la puede hacer el Poder Ejecutivo (artículo 180 constitucional) sin que pueda delegar esta facultad (numeral 9 constitucional) en la Comisión Nacional de Emergencias como lo hace, arbitrariamente, este decreto N° 24463-MP-MOPT-95.

d) **Decreto ejecutivo N° 24653-S-MOPT-MIRENEM del 21 de agosto de 1995**

Este decreto viola el numeral constitucional 180 y el voto 3410-92 de la Sala, ya que el manejo de los **desechos sólidos** del país no es una situación que amerite el calificativo de emergencia nacional.

Se recuerda que la Sala Constitucional por voto 4194-95 anuló el decreto ejecutivo N° 20429-MP-S-MOPT-MIRENEM del 14 de mayo de 1991, que declaró emergencia nacional el problema de contaminación ambiental originado por el deficiente manejo integral de los desechos sólidos en el gran área metropolitana.

La **Contraloría** advierte que desea el pronunciamiento de la Sala sobre el fondo del asunto aquí, cual es dichos desechos sólidos (documento cit., págs. 21 y 22).

e) **Acto administrativo de la sesión 021-95 de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Emergencias**

Por este acto administrativo de esa sesión, acordó la Comisión Nacional de Emergencias **declarar emergencia la reparación de carreteras en el país**, violando el numeral, citado, 180 constitucional que manda que solo el Poder Ejecutivo puede decretar emergencias en el marco y dentro de los límites de esta norma. Además, de que tampoco el objeto de este acuerdo se puede calificar de emergencia.

Ya por el voto 3410-92, la Sala Constitucional, había anulado los decretos ejecutivos 16161-MOPT del 12 de marzo de 1985 (que declaró emergencia nacional la compra de maquinaria y equipo destinado a la reparación y mantenimiento de vías de comunicación y construcción de nuevas vías en el país) y el 18441-MOPT del 9 de setiembre de 1988 (que declaró emergencia nacional la reparación, construcción, reconstrucción y mantenimiento de las vías objeto de peaje). (Contraloría, documento, cit., págs. 13 a 18).

Igualmente, se viola el numeral 11 constitucional, porque la citada Comisión se arroga facultades que el ordenamiento jurídico no le da.

Lo que se refleja aquí es a toda costa sustraerse de los controles y procedimientos ordinarios de contratación administrativa, para poder realizar la inversión en obras públicas.

La Contraloría ha autorizado contrataciones directas para solventar estos problemas. Por ello, resulta extraño que se siga recurriendo a declaratorias de emergencia constitucionalmente inadmisibles (documento, cit., págs. 18 y 19).

La petitoria de la Contraloría es que la Sala Constitucional anule los decretos ejecutivos y el acto administrativo que ha impugnado (documento, ídem., págs. 22 y 23).

IV. **CRITERIOS DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA Y DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA RESPECTO DE LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR LA CAMARA DE REPRESENTANTES DE CASAS EXTRANJERAS (CRECEX), ADMITIDA POR LA SALA CONSTITUCIONAL**

1. **Criterio de la Contraloría General de la República**

Este criterio están el documento de 4 de noviembre de 1996, enviado por la **CONTRALORIA** a la Sala Constitucional en respuesta a la audiencia dada por esta Sala.

Entre algunos de los aspectos que esta CONTRALORIA afirmó están:

a. **Artículo 87 de la Ley:**

La garantía de participación se ejecutará en beneficio de la Administración licitante, si la Contraloría resuelve que no hubo suficiente para apelar. Esta indemnización no impedirá que la Administración inicie un reclamo por daños y perjuicios si han sido superiores al monto de la garantía de participación.

Este numeral se debe leer en concordancia con el artículo 99.3 del reglamento, acerca de la aplicación o no del numeral citado 87 de la ley.

La **Contraloría** sostiene que estos numerales son inconstitucionales ya que violan los artículos 39 sobre el debido proceso; y 41 acerca de la justicia pronta y cumplida.

La **Procuraduría** también considera que esos numerales son inconstitucionales (contestación a la audiencia dada por la Sala Constitucional, de fecha 28 de octubre de 1996, pág. 26). Es el único caso que acepta la Procuraduría como inconstitucional, como se verá más adelante.

- b. Artículo 30 de la Ley Orgánica de la Contraloría N° 7428-94 (igual criterio en el artículo 89 de la Ley de Contratación Administrativa).**

La **Contraloría** considera que sí son inconstitucionales, porque contituye una denegación de justicia (art. 41 de la Carta Magna) y el 27 de este mismo cuerpo constitucional: derecho de petición ante el Estado y respuesta debida.

- c. Artículo 34 del Reglamento de la Contratación Administrativa: garantía flotante aval que flota para diversos concursos administrativos.**

La **Contraloría** estima que esta garantía es inconstitucional porque viola el artículo 140, inciso 3 de la Carta Magna, al lesionar el **principio de interdicción de la arbitrariedad de la potestad reglamentaria**, ya que esta garantía no está contemplada en la ley. Igualmente irrespeta los votos de la Sala Constitucional Nos. 3449-94 y 2478-94 en ese mismo sentido de los precisos límites de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo establecidos en el citado numeral 140, inicos 3 constitucional.

- d. Artículo 45 de la Ley indicada en relación con el 59 de su reglamento y del numeral 48 de la Ley respecto del 60 de su reglamento, considera la Contraloría que sí hay violación constitucional al establecerse la necesidad de estar inscrito en el registro de proveedores para participar en un concurso administrativo, porque ello lesiona el principio de libertad de concurrencia.** Todo lo contrario, no se deben poner impedimentos para la libre participación y concurrencia en esos concursos.

Los indicados numerales de la ley y del reglamento violan los **principios de igualdad** (art. 33 de la Carta Magna) y **de libre concurrencia** incorporado en el artículo 182 constitucional, mediante la utilización de ese mecanismo del registro de oferentes.

Lo absurdo de la norma 60.2 del reglamento se nota cuando afirma que: **se invitará a 5 de los oferentes que por sus antecedentes y atestados, garanticen el cumplimiento satisfactorio de la prestación del contrato (¿Y los demás, qué!?).**

¿Cómo se pretende conocer un hecho futuro e incierto (cual es la ejecución correcta de un contrato), con base en un supuesto de que cumplirán? **Este es el criterio de la Contraloría.**

Con este mero ejemplo, se palpa como se violan los principios de trato igual y de la libre competencia.

2. **Criterio de la Procuraduría General de la República.**

La tesis del abogado del Estado, que es la Procuraduría, es que tanto la acción de inconstitucionalidad N° 5237-95 que presenté y la Sala Constitucional admitió para su estudio, como la de CRECEX (acumulada en la N° 5237-95) deben ser rechazadas por falta de legitimidad de los accionantes, y porque la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento carecen de inconstitucionalidad alguna; **salvo** lo dicho respecto del numeral 87 de esta ley y 99.3 de su reglamento que sí estiman que son inconstitucionales (escritos de respuesta a la audiencia dada por la Sala Constitucional a la **Procuraduría** de fecha 19 de julio y 28 de octubre de 1996, respectivamente).

V. **A MODO DE CONCLUSION**

1. Esta nueva ley de contratación administrativa fue promulgada bajo la tesis negativa a la Contraloría General de la República, con el fin de evitar que los oferentes pudieran acudir a este órgano constitucional fiscalizador de la Hacienda Pública para plantear sus apelaciones a los actos de adjudicación en **licitaciones públicas**.
2. Esta ley responde al neoliberalismo jurídico que acompaña al neoliberalismo económico, orientado hacia la eliminación de fiscalizaciones y controles sobre la Administración Pública.

3. ***Son relevantes las acciones de inconstitucionalidad*** que se han presentado ante la Sala Constitucional tanto contra la Ley citada como contra el artículo 171 de la Ley del Banco Central, por su carácter contrario a los principios y normas derivados del numeral 182 de la Constitución Política. Esperaremos la resolución final de esta Sala del Poder Judicial, pues es de vital importancia esta decisión jurisdiccional.

VI. **BIBLIOGRAFIA BASICA DE REFERENCIA**

- AGUILAR Rojas, Lilliana. **La cláusula penal en la contratación administrativa.**
(San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho, 1996).
- ARGUEDAS Chen Apuy, Ana. **La garantía de cumplimiento en la licitación pública.**
(San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho, 1996).
- ARIÑO Ortiz, Gaspar. **Economía y Estado.**
(Madrid: Marcial Pons, 1993).
- Principios constitucionales de la libertad de empresa.**
(Madrid: Instituto de estudios de libre comercio, 1995).
- BARRIOS Alvarez, C. et al. **Derechos de crédito derivados del contrato administrativo.**
(Madrid: Marcial Pons, 1996).
- BLANC, Joan et al. **Introducción a la ley de contratos de las Administraciones Públicas.**
(Barcelona: L'Escola d'Administració Pública de Catalunya, 1995).
- BONILLA Vindas, Guillermo. **El representante de casas extranjeras y su participación en el procedimiento de la licitación pública.**
(San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho, 1996).
- CASTILLO Blanco, E. et al. **Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas.**
(Madrid: Marcial Pons, 1996).
- CHACON Salas, Mariela. **El concurso de antecedentes.**
(San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho, 1996).
- CHAVES Cervantes, Lupita. **Los recursos administrativos en la Ley de la contratación administrativa y su reglamento.**
(San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho, 1996).

CERDAS Rodríguez, Carlos. **La terminación anormal de los contratos administrativos.**

(San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho, 1996).

COLMENAR, Luis et al. **Contratos de las Administraciones Públicas, Ley Nº 13 del 18 de mayo de 1995.**

(Madrid: Marcial Pons, 1996).

CORTES GENERALES. **Contratos de las Administraciones Públicas. Trabajos Parlamentarios.**

(Madrid: Cortes Generales, 1996, 3 tomos).

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la Administración.**

(Madrid: Civitas, 1995).

La lengua de los derechos, la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa.

(Madrid: Alianza Universidad, Nº 799, 1994).

La lucha contra las inmunidades del poder.

(Madrid: Civitas, 3ª ed., 1993).

FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de derecho administrativo.**

(Madrid: Civitas, 7ª ed., 1995).

GARCIA Trevijano, Garnica. **Resolución del contrato administrativo de obra.**

(Madrid: Marcial Pons, 1996).

GIMENO Feliu, José. **El control de las contrataciones públicas.**

(Madrid: Civitas, 1995).

GOMEZ-FERRER Morant, Rafael (director). **Comentario a la ley de contratos de las Administraciones Públicas.**

(Madrid: Civitas, 1996).

GONZALEZ Pérez, Jesús. **La ética en la Administración Pública.**

(Madrid: Civitas, 1996).

Administración Pública y moral.

(Madrid: Civitas, 1995).

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

(Madrid: Civitas, 1995).

GUILLEN Mora, Isaura. **El recurso de apelación en la licitación pública.**

(San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho, 1996).

- LOPEZ, Vicente. **Contratación administrativa: condiciones generales y eficacia.**
(Madrid: Marcial Pons, 1996).
- MARTINEZ López, Muniz et al. **Estudios sobre la contratación administrativa.**
(Madrid: Marcial Pons, Jornadas de Valladolid del 27 al 29 de enero de 1993; 1995).
- MATA Campos, Guillermo. **Objeto del contrato administrativo.**
(San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho, 1996).
- MENA García, Sergio. **La precalificación en la licitación.**
(San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho, 1996).
- MIRANDA, González, Juan. **La contratación de las Administraciones Públicas.**
(Madrid: Civitas, 1995).
- MORENO Molina, L. **Contratos públicos, derecho comunitario y derecho español.**
(Madrid: Marcial Pons, 1996).
- NIETO, Alejandro. **La “nueva” organización del desgobierno.**
(Barcelona: Ariel, 1996).
- El Derecho Administrativo sancionador.**
(Madrid: Tecnos, 1993).
- ORTIZ Ortiz, Eduardo. **Expropiación y responsabilidad pública.**
(San José: LIL, 1996).
- PACHECO Rojas, Eugenia. **La licitación pública en la nueva ley de contratación administrativa a la luz del artículo 182 de la Constitución Política.**
(San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho, 1996).
- PEREZ DE LEON Ponce, Bernardo et al. **La contratación de las Administraciones Públicas.**
(Madrid: Civitas, 1995).
- QUESADA, Rodríguez, Carole. **Los principios generales de la contratación administrativa en la legislación vigente.**
(San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho, 1996).
- RAMON Barquero, Mayita. **La garantía de participación.**
(San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho, 1996).
- RODRIGUEZ, Gustavo. **Nuevos contratos estatales (ley Nº 80 de 1993).**
(Bogotá: Librerías Jurídicas, Wilches, 1994).

ROJAS Franco, Enrique. **La jurisdicción contencioso-administrativa de Costa Rica.**

(San José: Imprenta Nacional, dos tomos, 1995).

ROJAS Quirós, Luis. **El cartel de la licitación pública.**

(San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho, 1996).

ROMERO-PEREZ, Jorge Enrique. **Los contratos del Estado.**

(San José: UNED, 2ª ed., 1993).

Análisis de la nueva ley de contratación administrativa de 1995 y su reglamento

(en preparación).

La licitación pública en Costa Rica.

(San José: Universidad de Costa Rica, 1975).

Concesión de obra pública.

(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 76, 1993).

Exposición y comentarios ante la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa sobre el proyecto de ley de la contratación administrativa

(setiembre de 1994).

¿Licitaciones?

(San José: periódico La República, 1 de junio de 1994).

Proyectos de contratos del Estado.

(San José: periódico La República, 5 de octubre de 1994).

Compras del sector público.

(San José: periódico La República, 24 de noviembre de 1994).

Conferencias en la Cámara de Representantes de Casas Extranjeras sobre el proyecto de ley de la contratación administrativa.

(San José: setiembre y octubre de 1994) y en la Federación de Colegios Profesionales (San José: setiembre de 1995).

Exposición y comentarios sobre el proyecto de ley de la contratación administrativa ante la Unión de Cámaras.

(San José: octubre de 1994).

Licitaciones.

(San José: periódico La República, 9 de marzo de 1994).

Conferencia sobre el proyecto de ley de la contratación administrativa en el Colegio de Abogados.

(San José: octubre de 1994, panel sobre este proyecto).

El Proyecto de ley de la contratación administrativa. Comentarios.

(San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Colegio de Abogados, Revista de Ciencias Jurídicas N° 78, 1994).

SABORIO, Rodolfo. **Hacia la regionalización de la contratación administrativa.**

(San José: periódico La República, 15 y 16 de octubre de 1994).

Documento enviado al Presidente de la Asamblea Legislativa sobre el proyecto de ley de la contratación administrativa.

(San José: 17 de marzo de 1995).

SALAZAR, Solórzano, Randall. **Libre concurrencia en la contratación administrativa.**

(San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho, 1996).

SANCHEZ Morón, Miguel. **Derecho de la función pública.**

(Madrid: Civitas, 1996).

SEGURA Ramírez, Rolando. **Las medidas cautelares en la contratación administrativa.**

(San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho, 1996).

SOLEY G., Elías. **Un nuevo marco para la contratación administrativa.**

(San José: periódico La República, 8 de agosto de 1994).

Sosa Wagner, F. **El contrato público de suministro.**

(Madrid: Marcial Pons, 1996).

VARGAS, Carlos. **Proyecto de ley de la contratación administrativa.** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho, 1994).

DOCUMENTO

COLEGIO DE ABOGADOS

**II. INFORME DE LA COMISION ESPECIAL
SOBRE LA SEGURIDAD Y LA
INDEPENDENCIA DE LOS JUECES**

SUMARIO

- I. Antecedentes
- II. Cuestiones Estudiadas
- III. Cuestiones de Seguridad
- IV. Conclusiones
- V. Recomendaciones
- VI. Otras Cuestiones

I. ANTECEDENTES

1. La Junta Directiva del Colegio de Abogados de Costa Rica, acordó darle continuidad al trabajo que realizó en 1993 una Comisión Especial designada por ella, sobre la seguridad y la independencia de los jueces. Para ese fin, y por la importancia del tema, decidió establecer una Comisión Permanente. Como miembros designó a las personas que habían formado parte del anterior grupo. El 24 de marzo de 1994, en la sede de la Junta Directiva, se instaló la nueva comisión y se rindió un homenaje a los primeros comisionados.

2. El primer "Informe sobre la Seguridad e Independencia de los Jueces" tiene fecha de 9 de setiembre de 1993. La Junta Directiva del Colegio de Abogados lo aprobó y dispuso remitirlo a la Corte Suprema de Justicia y al Poder Ejecutivo, así como a los medios de comunicación social. Hasta la fecha, no se tiene noticia sobre la acogida que el informe tuvo en el seno del Poder Judicial, salvo una comunicación recibida por la citada Junta Directiva, en la que se expresa que el 20 de octubre de 1993 el Consejo de Seguridad del Poder Judicial había remitido el informe a la Comisión de Presupuesto, a la Dirección Administrativa y a la Comisión de Construcciones. Tampoco se sabe si algún medio de comunicación social se ocupó de hacer una reseña sobre el informe.

3. La nueva Comisión estuvo integrada por jueces activos y jubilados, y también por abogados litigantes y profesores de derecho. La Comisión inició sus labores el 18 de abril de 1994 y las concluyó el 16 de enero de 1995. Durante el citado período realizó 29 sesiones, en la sede del Colegio de Abogados. De los comisionados originales solamente los que suscriben el presente informe pudieron concluir el trabajo.

4. La Comisión agradece la valiosa colaboración que recibió la Junta Directiva del Colegio de Abogados, del Consejo Superior del Poder Judicial y de los estimables jueces que atendieron la invitación para expresar a los comisionados, personalmente, sus puntos de vista sobre los temas examinados. En total, fueron 10 los jueces que comparecieron ante la Comisión, procedentes de diferentes lugares del país: Nicoya, Liberia, Golfito, Pérez Zeledón, Turrialba, Goicoechea y el circuito judicial de San José. Sus contribuciones hicieron resaltar la necesidad de encontrar prontas soluciones a los graves problemas que aquejan a la judicatura y enriquecieron los elementos de juicio de los comisionados. En el primer Informe la Comisión oyó a 9 jueces que laboran en San Carlos, Sarapiquí, Pococí, Limón y Corredores.

5. Entre los instrumentos de trabajo de la Comisión, se destacan dos documentos de las Naciones Unidas, de especial importancia para el estudio del tema de la independencia de los jueces y las normas que garantizan la imparcialidad de los procesos judiciales. Uno es el documento E/CN.4/Sub.2/1994/24, titulado, "La Administración de Justicia y los Derechos Humanos de los Detenidos. El derecho a un juicio imparcial: reconocimiento actual y medidas necesarias para su consolidación. Informe final preparado por el Sr. Stanislav Chernichenko y el Sr. William Treat". El otro documento es el E/CN.4/1994/36, titulado "Cuestión de los Derechos Humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Los Principios de Madrid relativos a la relación entre los medios de comunicación y una justicia independiente". Los citados principios, más el "Proyecto de Conjunto de Principios sobre el Derecho a un Juicio Imparcial y a un Recurso", contenido en el documento de los señores Chernichenko y Treat, se acompañan al presente informe de la Comisión, como Anexos.

6. Para los efectos del presente informe, jueces son todos los funcionarios que administran justicia.

II. CUESTIONES ESTUDIADAS

En esta oportunidad, la comisión puso énfasis en el tema de la independencia de los jueces, en vista de que en el primer informe atendió con prioridad el tema de la seguridad, que también se estudia en el presente informe, con particular interés.

En el campo de **la independencia**, los principales problemas son los siguientes:

- 1) La nueva legislación sobre los nombramientos, ascensos, traslados, permisos, estudios, sanciones y otros similares, relativos a los jueces, dio lugar a discusiones de especial interés. La lectura de las nuevas normas hizo ver que, en esta materia, el poder decisorio de las más altas autoridades del Poder Judicial se ha concentrado en pocas manos, porque en el régimen anterior intervenían 22 magistrados y en el actual sólo uno, que es Presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Superior del Poder Judicial. En la Comisión se manifestaron opiniones en el sentido de que la reforma no constituye una mejora al sistema, por quedar en manos de cinco personas, un magistrado y cuatro funcionarios las decisiones más importantes en esta materia. La

nueva legislación que da lugar a los anteriores comentarios, la constituyen las reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Carrera Judicial y su Reglamento.

- 2) Uno de los resultados más impresionantes del estudio de la Comisión y, sin duda el de consecuencias más perjudiciales para la administración de justicia es el conocimiento de lo que parece constituir una tendencia que se abre paso entre particulares para sustituir la autoridad de los jueces penales por personas o grupos de delinquentes, que supuestamente se ocupan de dar muerte o herir gravemente a inculpados en procesos ventilados ante los tribunales de justicia. Por ejemplo, en un solo juzgado del área metropolitana se han presentado entre seis y siete casos como los citados, que hacen pensar en la posibilidad de que haya surgido el horrible espectro de la justicia privada
- 3) La Comisión tuvo conocimiento de otro hecho grave que atenta contra la independencia de los jueces. Se trata del hostigamiento que realizan inculpados en procesos penales en perjuicio de los jueces a cargo de éstos. Según la información a Comisión al menos en un caso relatado a los comisionados, pendiente de resolución, el hostigamiento resulta grave por ser persistente y llegar hasta la amenaza a la integridad del juez afectado.
- 4) En determinados casos, los jueces reciben presiones de diputados y otros políticos y sus familiares, para que se resuelva de un modo u otro sobre los casos sometidos a su conocimiento.
- 5) También se dio cuenta de presiones de cámaras patronales, sindicatos, grandes empresas, particulares y la prensa.
- 6) Otra forma de presión que preocupa a los jueces es la presentación o la amenaza de presentación de recursos de hábeas corpus o amparo, por parte de abogados litigantes, como una forma de presionarlos para que resuelvan a favor de sus intereses.
- 7) También preocupa a la judicatura la frecuencia con que ciertos litigantes presentan quejas o amenazan con presentarlas a diferentes instancias del Poder Judicial y ante el Tribunal de la Inspección Judicial, con la evidente intención de presionarlos en favor de sus intereses.

- 8) Se llamó la atención de los comisionados hacia el comportamiento indebido de un sector del foro en sus relaciones con la judicatura. Según la información recibida, se ha generalizado la costumbre de tratar grosera e irrespetuosamente a los jueces, para intimidarlos, tanto en escritos como manifestaciones de viva voz.
- 9) Existe preocupación entre los jueces porque cuando acuden a las comisiones permanentes o especiales de la Asamblea Legislativa, llamados por los diputados, suele ocurrir que a propósito del tema para el que fueron llamados, por ejemplo, un proyecto de ley, los diputados hacen preguntas que se relacionan con cuestiones judiciales en trámite. Los jueces temen que en tales casos, cuando ellos se nieguen a contestar preguntas como las indicadas, los diputados interpreten su actitud como irrespeto a la Asamblea Legislativa. En la Comisión se dijo que en tales situaciones los jueces pueden aducir en su favor el silencio que les imponen sus obligaciones, en resguardo de la administración de justicia.
- 10) Hubo quejas sobre los procedimientos que se siguen para invitar a los jueces a atender los cursos, seminarios y otras actividades de la Escuela Judicial, por no ser consecuentes con la necesidad de que el acceso a ellas resulte basado en normas objetivas, ajenas al favoritismo, y el sistema contribuya a realizar el perfeccionamiento de la judicatura.
- 11) También se manifestaron quejas sobre el trato irrespetuoso a los jueces por parte de funcionarios administrativos y otros servidores.
- 12) Se reveló que los jueces tienen mucha dificultad para comunicarse con sus superiores para asuntos relativos a la administración de justicia. Esta circunstancia afecta sobre todo a los jueces de las provincias.
- 13) También se manifestaron quejas de jueces relacionadas con el nombramiento de su personal subalterno, en vista de que sus proposiciones no siempre son atendidas, a pesar de lo que señala la ley. Este problema merma la autoridad de los jueces y los coloca en situaciones difíciles y contrarias a la buena administración de justicia y a la Ley Orgánica del Poder Judicial. También se manifestaron opiniones en el sentido de que hay jueces que abusan de sus atribuciones al proponer los nombramientos.

- 14) Se manifestó a los comisionados la preocupación de los jueces por los alcances de la Ley del Defensor de los Habitantes de la República y su Reglamento, en vista de que los jueces deben explicar sus actuaciones ante el citado órgano, por medio del Consejo Superior del Poder Judicial, con motivo de quejas de interesados, basadas en los artículos 12, párrafo 4; 19, párrafo 2; y 20. En virtud de la primera norma, el Defensor puede conocer “una irregularidad de tipo administrativo que se atribuya algún órgano del Poder judicial o a sus servidores”. En este caso, el Defensor “se la comunicará a la Corte Suprema de Justicia o a la Inspección Judicial”. Por otra parte, si bien es cierto que de acuerdo con la segunda de las normas citadas, el Defensor “no podrá conocer quejas sobre las cuales está pendiente una resolución judicial”, también lo es que, a **contrario sensu**, dicho funcionario podrá conocer quejas en todas las otras situaciones relacionadas con la administración de justicia, tales como actividades administrativas relacionadas con nombramientos y con actividad judicial no contenciosa. Asimismo, cuando el quejoso interponga ante los tribunales de justicia “una demanda o un recurso respecto del mismo objeto de la queja”, este hecho “no impedirá, sin embargo, la investigación (por el Defensor) sobre los problemas planteados en las quejas presentadas”. En cuanto al artículo 20 de la ley, el Defensor notificará la queja a la dependencia administrativa correspondiente, a fin de que el juez y el funcionario denunciado, “obligatoriamente”, remitan el informe respectivo “en un plazo perentorio de cinco días hábiles”.

La Comisión conoció casos de jueces sometidos a las normas comentadas, así como la molestia y disconformidad de ellos con lo que consideran un hecho que agrava el abuso del sistema de quejas, ya criticado en el primer informe de la Comisión y en el presente, en vista de que para ese propósito se ha agregado un mecanismo ajeno al Poder Judicial. Los jueces también consideran que las personas que suelen intimidarlos por la vía de las quejas ante las autoridades superiores del Poder Judicial, tienen ahora otro instrumento a su favor, en perjuicio de la administración independiente de la justicia.

En este tema del Defensor y la judicatura, también se hizo ver que por actuar dicho órgano en la órbita del Poder Legislativo, sus potestades desbordan la función contralora de este último e interfieren en las funciones propias del Poder Judicial.

La situación descrita en los párrafos anteriores, se reafirma en el Reglamento a la ley del Defensor, según las disposiciones de los párrafos dos y cinco del artículo 34, porque en ellos se autoriza al Defensor a conocer, “por cualquier medio”, alguna “irregularidad de tipo administrativo que se atribuya a algún órgano del Poder Judicial o a sus servidores, o que se relacione con la calidad y eficiencia del servicio de la administración de justicia, se la comunicará a la Corte Suprema de Justicia o a la Inspección Judicial”. El mismo artículo 34, en su párrafo cuatro, reafirma la ya comentada norma del artículo 19, párrafo 2, de la Ley del Defensor de los Habitantes.

Se hizo ver en la Comisión que el problema arriba señalado se plantea cuando las quejas se relacionan con actuaciones de los jueces durante juicios concretos, pues quejas sobre la actuación de la judicatura, en general, no tienden a producir los efectos negativos en la administración de justicia ya apuntados.

- 15) Preocupan a los jueces algunas sanciones impuestas por el Tribunal de Inspección Judicial, con base en cuestiones de criterio sobre puntos jurídicos, lo que consideran un quebranto de la independencia de la judicatura.
- 16) Estiman los jueces que la prensa, al informar con tono y contenido sensacionalista sobre asuntos que están en manos de la administración de justicia, afecta la imagen del juez y sus funciones.
- 17) **En el primer “Informe de la Comisión Especial sobre la Seguridad y la Independencia de los Jueces”, de fecha 9 de setiembre de 1993**, el tema de las relaciones entre la judicatura y la prensa fue motivo de particular atención (véanse los párrafos 7, 12, 13, 16, 11 y 6, páginas 9, 10, 14, y 15, respectivamente). **En este segundo informe**, la Comisión volvió a examinar aquellas relaciones, siempre con el propósito de estudiar las actitudes y acciones que puedan menoscabar el ejercicio autónomo de la función judicial. Durante varias sesiones y, de manera especial, en las que comparecieron ante la Comisión jueces de diferentes regiones del país, se puso atención a los siguientes problemas: 1) Los alcances del principio de la publicidad de los juicios; 2) Los efectos del trabajo de los periodistas sobre el principio del juicio imparcial; y 3) las interrelaciones entre el trabajo de los jueces y el de los periodistas.

En general, en la Comisión se examinaron hechos relativos a los tres problemas antes citados. Por ejemplo, en algunos casos existen conflictos entre los jueces y los medios de comunicación por diferencias de interpretación de sus respectivos derechos, en el marco del principio sobre la publicidad de los juicios, sobre todo en los juicios penales. Los periodistas buscan la interpretación amplia del principio, como un medio de fortalecer la libertad de información; los jueces tienden a usar sus potestades en función de su obligación de velar por su autonomía en el ejercicio de administrar justicia y de asegurar el derecho de los justiciables a un juicio libre de perjuicios. Por eso, interpretan restrictivamente el derecho de los periodistas a estar presentes en los juicios e informar sobre lo que ocurre en ellos, inclusive mediante transmisiones directas, sobre todo en el caso de juicios penales.

En la Comisión se oyeron relatos sobre presiones de los medios de comunicación a los jueces, con el fin de estar presentes en juicios y diligencias, y usar en ellos sus herramientas de trabajo, sobre todo cámaras fotográficas y de televisión. También se oyeron testimonios de jueces que resentían el uso de los medios de comunicación para ejercer presión a favor de imputados o de perjudicados en causas penales, así como el abuso de periodistas en la búsqueda de información relativa a casos justiciables. En un caso, un periodista llegó hasta forzar el ingreso al despacho de un juez, que resultó maltratado de palabra en el mismo acto, y también después en el medio para el que trabajaba el periodista. En general, la Comisión oyó quejas en el sentido de que algunos medios de comunicación actos de irrespeto a los intereses de la administración de justicia.

Aunque los jueces cuentan con normas jurídicas para restringir la participación de la prensa en diligencias a su cargo, cuando a su juicio aquella podía entorpecer la administración de justicia, los jueces penales sienten que la norma que a ellos atañe no es suficiente para orientar sus decisiones frente a las pretensiones de los medios de comunicación, en vista de que las normas con que cuentan sólo les permite resolver que los debates se realicen en forma privada, total o parcialmente, “cuando la publicidad afecte la moral o la seguridad pública” (artículo 359 del Código de Procedimientos Penales) y también cuando deben proteger el secreto del sumario pues en este caso “el juez podrá ordenar el secreto por resolución fundada, siempre que la publicidad ponga en peligro el descubrimiento de la verdad...” (artículo 195 del

mismo Código). Los citados funcionarios hacen ver que dichas disposiciones resultan insuficientes, de cara a las otras razones importantes que ameritan restringir el acceso de la prensa a los debates, así como a la creciente acuciosidad y vigor de la prensa para buscar información sin restricciones. Durante las discusiones sobre este tema específico, en la Comisión se hizo ver que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobados por Costa Rica “con autoridad superior a la ley”, amplían las restricciones permitidas, por lo que los jueces tienen ahora más recursos jurídicos para realizar su labor en relación con la prensa. Este tema se desarrolla más adelante, en el presente informe.

Por otra parte, en la Comisión se hizo ver que los jueces civiles están facultados para restringir el acceso del público y de la prensa en ciertas circunstancias, por ejemplo, durante la confesión y las pruebas de testigos (artículos 346, párrafo 4, y 358, párrafo 2, del Código Procesal Civil, respectivamente).

Al examinar las relaciones entre la judicatura y la prensa, la Comisión tuvo en cuenta los hechos que le fueron relatados, así como los más recientes criterios que sobre esta materia han adoptado la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Comisión Internacional de Juristas. En efecto, la Comisión examinó el documento E/CN.4/Sub.2/1994/24, de 3 de junio de 1994, de la citada Comisión de la ONU, titulado “LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y LOS DERECHOS DE LOS DETENIDOS. El derecho a un juicio imparcial: reconocimiento actual y medidas necesarias para su consolidación.” El citado documento corresponde a un informe preparado por los Relatores Especiales Stanislav Chernichenko y William Treat, nombrados por la Sub Comisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, perteneciente a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

El informe, de 100 páginas, resume y amplía dos anteriores de los mismos Relatores Especiales, y cuenta con el respaldo de la ONU. De él se reproduce como anexo al presente informe el “Proyecto de Conjunto de Principios sobre el Derecho a un Juicio Imparcial y a un Recurso”, que constituye un “resumen relativamente sucinto de las normas determinadas por los Relatores Especiales”, sobre la materia objeto de su mandato. Tanto el citado proyecto, como el informe de los Relatores Especiales incluyen referencias y recomendaciones específicas y claras sobre las relaciones de los jueces y la prensa.

Asimismo, la Comisión examinó el documento de la ONU, E/CN.4/1994/NGO/36, de 17 de febrero de 1994, que contiene la “Exposición presentada por escrito por la Comisión Internacional de Juristas, organización no gubernamental reconocida como entidad consultiva del Categoría II”, y que se refiere a “los Principios de Madrid”, relativos a la “relación entre los medios de comunicación social y una justicia independiente”. Dichos principios fueron elaborados por un grupo de 39 eminentes expertos juristas y representantes de los medios de comunicación reunidos por la Comisión Internacional de Juristas, su Centro para la Independencia de Jueces y Abogados y el Comité Español por UNICEF, que se reunieron durante tres días en Madrid, España, del 18 al 20 de enero de 1994.

Para la Comisión resultaron muy útiles los dos documentos internacionales a que se ha hecho referencia, especialmente lo que se atañe a la publicidad de los juicios, el papel designado a los medios de comunicación en aquellos y la potestad de los jueces de limitar el acceso de los medios a los procesos penales. En el primero de dichos textos, E/CN.4/Sub.2/1994/24, se hace resaltar el párrafo 5 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que reza: “El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia” (páginas 44 y 45). El documento también se refiere al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 14 establece, entre otras cosas, que “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil” (párrafo 1, página 12). En el mismo artículo 14 se consagra la siguiente excepción que no recoge el documento en examen: “La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales el asunto de la publicidad pudiera perjudicar los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de

menores" (párrafo 1). Asimismo, en el proyecto de principios, el "Derecho a que la causa sea oída públicamente" se desarrolla en los párrafos 6, 7 8, 9, 10, 11 y 12 (páginas 76 y 77), que se reproducen como anexo al presente informe. Queda claro en ellos que "podrán estar también presentes en las audiencias públicas (judiciales) los representantes de la prensa y de otros medios de información" (párrafo 7). Igualmente, queda claro que "las excepciones al requisito de que una causa sea oída públicamente deberán interpretarse en sentido restrictivo". Una de esas excepciones se refiere a la prensa: "La prensa y el público podrán ser excluidos en todo o en parte de los juicios por consideraciones de moralidad, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes, o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales, la publicidad pueda perjudicar los intereses de la justicia" (párrafo 9, página 77). En el párrafo 10 del documento se dan las bases para "definir mejor" las excepciones permitidas. (página 77).

En relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la ONU, el documento citado hace ver en el párrafo 33 que toda persona tiene el derecho "a ser oída públicamente y con las debidas garantías, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley" (página 12). La publicidad de los juicios también la consagra el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En el segundo documento, E/CN.4/1994/NGO/36, que se refiere específicamente a las relaciones entre la judicatura y la prensa, se establece como principio básico que "la libertad de los medios de comunicación, que es una parte integrante de la libertad de expresión, es esencial para la vida de una sociedad democrática regida por el derecho. Es la responsabilidad de reconocer y apoyar la libertad de prensa aplicando una presunción básica a su favor, permitiendo restricciones a la libertad de los medios de comunicación sólo cuando estén autorizadas por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos especificadas en leyes concretas" (Preámbulo página 2). Además, se deja claro que el principio básico "no incluye el derecho de emitir en directo o a gravar procesos judiciales" (Ambito del principio básico, párrafo 6, página 3). Otras restricciones a la libertad de los medios de comunicación se recogen en los párrafos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14 (página 3). A manera de ejemplo, se reproducen las siguientes excepciones relativas a los procesos penales: "Las normas

jurídicas pueden autorizar restricciones del principio cuando sea razonablemente necesario en una sociedad democrática para la protección de los menores o miembros de otros entes colectivos necesitados de especial protección)” (párrafo 9); “las normas jurídicas pueden restringir el principio básico en relación con los procesos criminales y en interés de la administración de justicia hasta donde sea razonablemente necesario en una sociedad democrática: a) para evitar un grave perjuicio al acusado, b) para evitar grave perjuicio o presiones inadecuadas a los testigos, miembros del jurado o víctimas” (párrafo 10); “En los procedimientos civiles, las restricciones al principio básico pueden ser imputadas si son autorizadas por la ley y en tanto que resulten necesarias en una sociedad democrática para prevenir un perjuicio serio a intereses legítimos de un litigante particular” (párrafo 12). Entre otros ejemplos de restricciones permitidas a la libertad de información, relativas a las labores de judicatura, el Dr. Fernando Cruz Castro, Juez Superior de Casación Penal y miembro de esta Comisión, comenta que “En Inglaterra, mediante el procedimiento de desacato, se puede restringir la libertad de prensa”. Asimismo, el Dr. Cruz cita a lord Donaldson, magistrado inglés, que al sancionar un medio de prensa por desacato dijo: “El interés público en la libertad de expresión debe ceder ante el interés público de no impedir o amenazar gravemente el curso de la justicia” (Cruz Castro, Fernando, “El Proceso Penal y El Principio de Oralidad”, conferencia pronunciada en la Universidad de San Carlos Sorromeo, Guatemala, noviembre de 1993). Del mismo autor es el siguiente párrafo significativo: “El problema surge al establecer la relación entre la publicidad del juicio y la intervención de los medios de comunicación colectiva. Este aspecto merece una evaluación específica, pues en muchas ocasiones garantías tan importantes como la objetividad e independencia del tribunal y la presunción de inocencia, podrían debilitarse significativamente frente a una intervención abusiva de la prensa” (op. cit.)

Los documentos de las Naciones Unidas antes citados ponen énfasis en la imperiosa necesidad de garantizar la imparcialidad de los procesos judiciales, sobre todo de los juicios penales. Las razones son obvias, a la luz de los principios y la doctrina que configuran las instituciones democráticas. De igual manera, ambos documentos de la ONU se ocupan del principio favorable a la publicidad de los procesos judiciales, consecuentes también con la filosofía de la democracia representativa. Es por este espíritu republicano que el Código de Procedimientos Penales establece la publicidad de los procesos penales.

En suma, las normas antes citadas, nacionales e internacionales, permiten que los ciudadanos participen en la administración de justicia como vigilantes de la imparcialidad de la judicatura, así como pueden –y deben– participar en otras esferas de la actividad pública. Por otra parte, la publicidad constituye un medio para hacer efectivas las garantías procesales, con el propósito general de proteger la libertad individual, lo que adquiere singular importancia en los procesos penales cuando las personas encaran juicios en su contra. Lo anterior no significa, por supuesto, que se establece un derecho a favor de todos los ciudadanos a participar simultánea y multitudinariamente en las audiencias de los juicios. La lógica y el sentido de las reglas fundamentales del funcionamiento de la democracia representativa, válidas para constituir los poderes del Estado y los gobiernos municipales, se aplican también para poner en práctica el principio de la publicidad de los procesos.

Sobre este importante tema de la publicidad procesal, el maestro Hugo Alsina, uno de los constructores latinoamericanos de la ciencia procesal, nos dice lo siguiente: “La Publicidad es precisamente uno de los caracteres del régimen republicano que permite a la opinión pública controlar la actuación de los órganos del Estado y hacer efectiva, en su caso, la responsabilidad de los funcionarios. Es, por otra parte, como complemento de la oralidad, la forma más segura y simple de divulgar los conceptos jurídicos educando al pueblo en la práctica del derecho. De allí que la mayoría de las legislaciones haya establecido la publicidad de los procedimientos y que hasta se sancione de nulidad la violación de este principio. En materia penal se justifica el secreto en los primeros momentos de la instrucción, porque el delincuente tiene especial cuidado de no dejar huellas del delito, pero, en el proceso civil, sólo puede admitirse cuando existiere mayor peligro en la divulgación de un hecho que en su ocultamiento, por ejemplo, en ciertas diligencias de prueba que afectan la moral o que simples razones de conveniencia social aconsejan que no sean practicadas en público. Asimismo, Alsina subraya que **“no debe confundirse la publicidad con la espectacularidad, porque ésta es una deformación de aquélla”** (el acento es de la Comisión). La publicidad es susceptible de diversas gradaciones: puede ser sólo en relación con las partes, y con relación a terceros. En este segundo supuesto que es el que interesa en el caso, es posible llegar desde audiencia de cámara, en la que sólo se permite el acceso, además de los

litigantes, a los profesionales aunque no actúen en la causa, como los médicos estudiosos asisten a una operación quirúrgica, hasta la audiencia libre de restricciones. Las circunstancias determinarán la conveniencia de fijar un límite; pero ningún peligro hay en que, fuera de esos casos, se permita la presencia de personas extrañas, porque la experiencia demuestra que éstas asisten sólo cuando tienen un interés justificado. **“El peligro está en las audiencias sensacionalistas, en las que más que la publicidad se persigue la notoriedad”** (“Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal y Comercial”, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, Tomo I, páginas 85 y 86).

Por otra parte, el significado de la publicidad en el marco del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se descubre mediante las actas correspondientes al estudio y aprobación de dicho documento por la ONU. Esta labor la realizó el jurista hindú Aji N. A. Noor Muhammad, en el ensayo titulado “Due Process of Law for Persons Accused of Crime” (“El Debido Proceso Legal para las Personas Acusadas de un Delito”), que se incluye en el citado Pacto, bajo el título “The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights” (“La Carta Internacional de Derechos Humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, Louis Henkin, editor, Columbia University Press, New York, 1981). El señor Noor Muhammad, dice sobre el sentido y el alcance del citado artículo 14: “El tercer elemento de un juicio imparcial es que el juicio se realice en público. Se pretende que la publicidad actúe como una salvaguardia contra el abuso por la fiscalía o acto arbitrario del juzgado” (página 149). Al referirse a las excepciones al principio de la publicidad, el autor hace resaltar “el carácter especialmente limitativo de las restricciones permitidas en los juicios públicos”, pues sólo en “casos verdaderamente extraordinarios donde la publicidad puede causar seria reacción en la gente y hacer difícil continuar con el juicio imparcial”, la prensa y el público se pueden excluir. Como ejemplos, el señor Noor Muhammad cita “la protección de la identidad de una víctima de violación”, y otros casos “en que la publicidad pueda causar perjuicio a la víctima, su familia, u otras personas” (página 149). Además, el autor hace ver que “la norma del Pacto trata sólo de la presencia de la prensa en un juicio y no permite restringir la información, por la prensa u otros medios, relativa a cualesquiera trámites penales”. Sin embargo, como hemos dicho, la información sobre tales trámites por la prensa escrita, la radio o la televisión puede a veces perjudicar materialmente un juicio, especialmente cuando el juicio se realiza frente a jurados, o viola el derecho a “una audiencia justa” ante “un tribunal imparcial” (páginas 149 y 150).

Los hechos y puntos de vista que se han examinado dejan claro que la publicidad de los juicios constituye una parte integral de los mismos y, por ende, de la función jurisdiccional. A partir del derecho romano, principalmente, las actuaciones de los jueces se vigilan por las partes y terceros interesados; entre estos últimos están todos los ciudadanos que procuran hacer funcionar las instituciones democráticas. Asimismo, resulta evidente que entre la publicidad y la administración de justicia pueden ocurrir conflictos de intereses y que aquéllos deben ceder ante éstos en casos excepcionales, en favor del interés público. Además, se ha visto que la publicidad de los juicios tiene por objeto primordial exponer las actuaciones de la judicatura al ojo vigilante de la gente, como un medio de conseguir la rectitud de los procedimientos, o según lo expresa el profesor Carlos Castellano R., “como una manera garantizadora de la imparcialidad y rectitud que en todo caso debe privar para obtener una pronta y cumplida administración de justicia, debe cuidarse que sean públicos los actos judiciales” (“Primer Curso de Procedimientos civiles”, Tipografía Nacional, Guatemala, 1936, página 142). Pero el desarrollo moderno de los medios de comunicación social le ha dado una nueva dimensión a la publicidad de los juicios civiles y penales, especialmente a los últimos. Desde el punto de vista de tales medios, parece que a la publicidad se le da una interpretación muy amplia, con el propósito de hacer valer el derecho a la información, es decir, a una manifestación importante del derecho a la libre expresión del pensamiento. Según la doctrina, las normas y la jurisprudencia relativa a los derechos humanos, el derecho a la información o libertad de prensa, incluye “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19, párrafo 1; “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, artículo 13 párrafo 1: “Declaración Universal de Derechos Humanos”, artículo 19). Como todo derecho humano fundamental, el que ahora se examina está sujeto a limitaciones establecidas por la ley, con el fin de conciliar su protección con la que igualmente reclama el orden público, sin el que el reino de las libertades democráticas no podría tener existencia. Por eso, el mismo artículo 19 proclama que el ejercicio de la libertad de expresión “entraña deberes y responsabilidades especiales”. Con ese fin, el Pacto se ocupa de garantizar que las restricciones permitidas a la libertad de expresión estén “expresamente fijadas por la ley” y sean “necesarias para: a) asegurar el respeto a los

derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” (párrafo 3, artículo 19). Al analizar la libertad de opinión y de expresión, en el marco del artículo 19 del Pacto, Karl Josef Partsch, profesor emérito de la Universidad de Bonn, otro de los colaboradores de la antes citada obra interpretativa sobre el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo titulado “Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms” (“Libertad de Conciencia y Expresión, y Libertades Políticas”), dice que el Pacto hace “una clara distinción entre la libertad de opinión y la libertad de expresión: la primera es absoluta y no está sujeta a ninguna restricción o interferencia. La segunda está sujeta a restricciones, pero sólo en consideración a los principios de legalidad y necesidad; las restricciones deben ser establecidas por la ley; deben ser necesarias; se permiten solamente para ciertos y específicos fines” (página 221). El señor Partsch hace ver que la libertad de opinión “es un asunto privado y es absoluto, por lo que no se permite ningún quebranto, en tanto que la libertad de expresión, por constituir un asunto público de importancia social, está sujeto a algunos límites por su propia naturaleza” (página 217).

En consecuencia, la libertad de prensa, por resultar una manifestación, de la libertad de expresión, no es absoluta y su ejercicio debe respetar “los deberes y responsabilidades que trae consigo” (Partsch, op. cit., página 219). Lo anterior resulta de fácil comprensión, en vista del formidable poder de la prensa moderna. La Comisión está consciente, por supuesto, de que en este asunto de las actividades de la prensa relacionadas con la administración de justicia está presente uno de esos casos que resultan frecuentes en las sociedades y gobiernos democráticos: dos libertades fundamentales en acción, que entran en conflicto en un momento determinado de la actividad social. Por otra parte, la experiencia democrática también enseña que es posible encontrar soluciones para dichos conflictos, sin menoscabo de los principios en que se fundamentan aquellas sociedades y gobiernos. Lo usual es que el conflicto se resuelva en favor de la libertad que resulte indispensable para el funcionario del régimen político, sin que por ello disminuya la importancia del otro valor, el cual se limita sólo en función del orden público.

Es evidente que cuando se presenta un conflicto entre la judicatura y la prensa, por pretender ambos ejercer sus respectivos derechos en cuestiones jurisdiccionales, los derechos de la primera deben

prevalecer sobre los de la segunda. La razón para proceder conforme al criterio antes citado, radica en el papel que a los jueces les asignan los valores políticos y las normas jurídicas en que se asienta la República. En ella, al final de cuentas, los jueces constituyen la columna de hierro del sistema de gobierno. Ellos están llamados a dirimir cuestiones judiciales con absoluta independencia del poder político. Por tanto, los jueces custodian la libertad en situaciones donde la verdad y la justicia deben desplazar a cualquier interés de dominación política. En la larga lucha entre el gobierno absoluto y el gobierno limitado, en favor de la libertad de la persona humana, los jueces, más que los parlamentos, han asumido –y asumen todavía– el papel principal y determinante, con miras a que prevalezca el segundo, porque a los jueces les corresponde declarar el derecho con el que se ha querido sujetar, condicionar el poder de los gobernantes y, en caso de abuso, sancionarlos.

Asimismo, la Comisión tuvo en cuenta para realizar el presente estudio sobre las relaciones entre la judicatura y la prensa, además de lo que ha relatado hasta aquí, los efectos de la publicidad desmedida en los derechos de las personas inculpadas en procesos penales. Los jueces deben garantizar que el desarrollo de las querellas se lleve a cabo conforme a los principios y las normas preestablecidas, con el propósito de hacer valer la imparcialidad de los procedimientos. Nada debe perturbar la administración de justicia en dichas ocasiones, para que la presunción de inocencia pueda asegurarse en todo momento del proceso, especialmente durante el juicio oral y público. Desde este punto de vista, la independencia de los jueces se verá menoscabada si los medios de comunicación social introdujeran en los procesos elementos de juicio ajenos a los contenidos en los expedientes, así como comentarios –letrados o iletrados– de los que en los juicios ocurra, dirigidos al gran público. En todos los sistemas judiciales de las sociedades democráticas se procura evitar cualquier distorsión o desnaturalización de los procesos penales, proveniente de los reportajes periodísticos, sobre todo de los realizados por la televisión. Los documentos de las Naciones Unidas que en el presente informe se han citado, hacen resaltar esta preocupación por las garantías del debido proceso y, por supuesto, también establecen igual protección la Constitución Política de Costa Rica, el Código Penal, el Código de Procedimientos Penales y la Ley Orgánica del Poder Judicial, que de igual manera se ocupan de garantizar la publicidad de los juicios, con restricciones aceptadas universalmente.

- 18) Las relaciones entre la Sala Constitucional y la judicatura constituyen todavía motivo de mucha preocupación, en vista de que la segunda se siente afectada en su independencia por las resoluciones de la primera que modifican decisiones autónomas de los jueces, en el proceso de administrar justicia. Una mejora en las citadas relaciones, según los jueces, es la emisión por la Sala Constitucional de un boletín mensual con resúmenes de algunos de sus votos, para tener así una idea de la jurisprudencia de la Sala. No obstante, el boletín les llega a los jueces con retraso.

III. CUESTIONES DE SEGURIDAD

Los comisionados atendieron con especial interés el asunto de la seguridad de los jueces. Llamó la atención el hecho de que poco o casi nada se había avanzado desde el primer informe de la Comisión. Los miembros de la judicatura se quejan por las serias condiciones de inseguridad en que realizan sus labores. Los siguientes son ejemplos de lo que ocurre en este campo, pero también es necesario tomar en cuenta los hechos relatados en el primer informe, a fin de tomar conciencia de la gravedad de la situación que aqueja la administración de justicia:

- 1) Casi todos los edificios o casas donde se ubican los despachos judiciales son inseguros y no cuentan con un adecuado sistema de vigilancia.
- 2) Los comisionados recibieron información sobre frecuentes amenazas de colocación de explosivos en los edificios centrales del Poder Judicial y en otras oficinas judiciales fuera de San José. Como se relató en el primer "Informe sobre la Seguridad e Independencia de los Jueces", de setiembre de 1993, las citadas amenazas llegaron a materializarse en casos notorios por su gravedad y consecuencia. Inclusive, durante el período que abarca el presente informe, se conocieron hechos de gran violencia contra jueces y sedes de tribunales de justicia. Una de las sedes más afectadas por actos de violencia es la del Juzgado Penal de Guadalupe, Goicoechea, pues ha sido incendiado varias veces con el propósito de destruir pruebas. Otro ejemplo es el Juzgado Penal de Guápiles, objeto de repetidos incendios y explosiones.
- 3) No se asignan guardas para vigilar el desarrollo de juicios penales.
- 4) No hay protección para los jueces que deben realizar diligencias fuera de sus despachos, generalmente peligrosas. No es raro que en esas ocasiones los jueces encuentren violenta resistencia, incluso balaceras.

- 5) La inseguridad se agrava en zonas alejadas de la capital, especialmente en el campo. Allí la judicatura funciona en las más precarias condiciones de inseguridad, unidas a la carencia de otros servicios de apoyo indispensables. Los comisionados oyeron relatos impresionantes, solo concebibles en países de gran atraso institucional. Por ejemplo, un juez relató que en la realización de refacciones al edificio donde se alojan las oficinas judiciales, peligrosos inculpados en juicios penales a cargo del juez del relato, actuaban como operarios de las obras, sin que el citado funcionario contara con protección policial. En otro caso, durante un seminario organizado por la Corte Suprema de Justicia, en una zona rural, en el que estuvieron presentes dos magistrados, se permitió la presencia de potentados ganaderos que enfrentaban juicios ante el juzgado de la localidad y en presencia del juez de esas causas lo increparon por supuesta parcialidad, lo cual constituye una manifestación de irrespeto a la jerarquía de un juez, violencia a su independencia y amenaza a su seguridad.
- 6) A los comisionados se les hizo ver que de la inseguridad no se escapan ni los modernos edificios del Poder Judicial, en San José y en provincias. Por ejemplo, en el edificio de los tribunales, en la capital, los jueces y sus colaboradores están expuestos a que en cualquier momento llegue un particular, abra la puerta del despacho de un juez y entre como si fuera su propia casa. Asimismo, se dio cuenta del abuso de algunos abogados que transitan por los pasillos reservados para el personal de los juzgados. Los periodistas también circulan por pasillos y otras zonas de los tribunales reservados para los jueces.
- 7) En casi todos los edificios que albergan despachos judiciales, las entradas y salidas para jueces y personal subalterno son las mismas para las partes, imputados y público en general. Los hechos aquí relatados afectan la independencia de los jueces.

IV. CONCLUSIONES

Con base en el estudio realizado la Comisión llegó a las siguientes conclusiones:

- 1) En el país se manifiestan actitudes, conductas y hechos contrarios a la independencia de los jueces, debido a presiones originadas en el medio ambiente interno y externo de la actividad de la judicatura. Las presiones buscan condicionar, inhibir o intimidar a los funcionarios encargados de administrar justicia.

- 2) En general, se nota una tendencia a menospreciar la labor de los jueces y a someterlos a tratamientos contrarios a su dignidad personal y profesional. Esta situación expone a la judicatura a los embates de quienes utilizan métodos impropios para lograr sus objetivos en las causas judiciales. Por otra parte, los jueces encaran solos estos quebrantos a las normas que garantizan el ejercicio autónomo de la función judicial.
- 3) Las recientes reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como la nueva Ley de Carrera Judicial y su Reglamento, podrían dar lugar a situaciones inconvenientes para la administración de justicia, en vista de que la potestad decisoria en esta materia de movimientos de personal ha quedado concentrada en pocas manos.
- 4) Las presiones externas a los jueces se originan en el foro, los diputados y otros políticos, cámaras patronales sindicatos, grandes empresas, particulares y la prensa.
- 5) Cada vez con mayor frecuencia, se presentan en el país situaciones conflictivas entre la judicatura y los medios de comunicación social, con efectos negativos en la independencia de la primera y, en consecuencia, en la administración de justicia.
Los conflictos se presentan a propósito de la publicidad a que, ordinariamente y por el imperio de la ley, están sometidos los procesos judiciales, en resguardo de la imparcialidad de los jueces en todas las causas y del derecho de los inculpados en juicios penales. Los medios de comunicación tratan de ampliar el citado concepto de “juicio público”, con el fin de ajustarlo a las necesidades del derecho a la información, derivado de la libertad de expresión. Con este criterio, aquellos medios estiman que en las audiencias y procesos judiciales están facultados, sin ninguna restricción, para hacer uso de sus herramientas de trabajo, especialmente cámaras fotográficas y de televisión. Cuando se enfrentan a restricciones ordenadas por los jueces, los representantes de los medios alegan quebrantos a la libertad de información.
Los jueces, por su parte, fundados en su independencia, tratan de proteger la administración de justicia y alejar de las audiencias y juicios lo que perturbe su normal desarrollo y pueda causar daño a los principios y normas procesales. Ante todo, los jueces vigilan que las partes puedan poner en práctica sus respectivos derechos

sin injerencias indebidas, lo que resulta de singular importancia en los juicios penales. Con ese propósito, la judicatura tiende a poner restricciones autorizadas por la ley a los medios de comunicación, cuando estos se extralimitan en sus funciones y hacen peligrar los valores que salvaguardan la administración de justicia.

Sin embargo, el extraordinario aumento de la influencia de la prensa moderna, especialmente de la televisión, pone serios obstáculos a la labor de los jueces, aunque estos últimos procuran en cada caso hacer compatible la administración de justicia con la tarea informativa de los medios de comunicación social. En la práctica, la prensa tiende a desconocer la autoridad de los jueces cuando restringen, con base en sus potestades, las incursiones vigorosas y perjudiciales de aquella en lo que constituye, en virtud de la doctrina y la ley, zona de dominio exclusivo de la judicatura para garantizar procesos justos.

- 6) Hay otras manifestaciones del conflicto entre la judicatura y la prensa. Por ejemplo, a veces, la acuciosidad de un periodista lo lleva a traspasar ciertas reglas elementales que protegen los despachos de los jueces, donde realizan sus labores quietas y reservadamente, con exclusión de extraños. A veces, también, el periodista trata de alejar al juez de su obligada reclusión para exponerlo al escrutinio público. En estos casos, la negativa del funcionario tiende a provocar reacciones del periodista y del medio para el que trabaja, en contra del primero, lo que constituye una forma de presión en perjuicio de la independencia de los jueces.
- 7) Asimismo, los medios de comunicación social, al informar en un tono y con un contenido sensacionalista sobre hechos de la administración de justicia, afectan la imagen del juez y sus funciones
- 8) El problema del uso abusivo del sistema judicial de quejas por parte de particulares y abogados, resulta agravado con la normas de la Ley del Defensor de los Habitantes y su Reglamento, por cuanto permiten quejas al Defensor sobre cuestiones administrativas relacionadas con nombramientos y sobre la actividad judicial no contenciosa. Dichas quejas obligan a los jueces a contestarlas en un plazo perentorio que les fija el Defensor, con perjuicio de la atención de los juicios que atiende. Este efecto perjudicial se produce inclusive cuando el Defensor traslada las quejas a la Inspección Judicial.

- 9) Los jueces se encuentran en una angustiante situación de desamparo en el ejercicio de sus funciones, sobre todo los que laboran en zonas rurales, especialmente en lugares remotos. No parece que la judicatura forme parte de un sistema integrado conforme a los mejores criterios de organización, en el que sus diferentes partes resultan vinculadas y recíprocamente informadas sobre el quehacer común, así como adecuadamente asistidas para realizarlo conforme a las exigencias de la justicia en una sociedad democrática.
- 10) Conforme a lo estudiado por la Comisión, resultan de especial gravedad los indicios que hacen pensar en la existencia de grupos de particulares que supuestamente ajustician a imputados, arrancándolos de la competencia de los jueces penales.
- 11) Los procedimientos y prácticas de la Escuela Judicial tienden a crear situaciones de discriminación en perjuicio de los jueces, lo que puede resultar un factor negativo en la administración de justicia.
- 12) Es muy poca la información que se tiene sobre la acogida que en el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo y en otros sectores del país tuvo el primer informe de la Comisión, de setiembre de 1993, sobre la seguridad e independencia de los jueces. En general, parece que la grave situación descrita en dicho informe sigue sin modificaciones de importancia.
- 13) Los jueces penales son hostigados por inculcados para intimidarlos y tratar de que no cumplan con su deber. La Comisión tuvo conocimiento que en un caso pendiente de resolución el hostigamiento resulta grave, por ser persistente y llegar hasta la amenaza a la integridad del juez.
- 14) Otra forma de presión que preocupa a los jueces es la presentación o la amenaza de recursos de hábeas corpus o de amparo, por parte de abogados litigantes, como una forma de presionarlos para que resuelvan en favor de sus intereses.
- 15) Con el mismo propósito intimidatorio, ciertos litigantes presentan quejas o amenazan con presentarlas a diferentes instancias del Poder Judicial y ante el Tribunal de la Inspección Judicial.

- 16) Un sector del foro se comporta indebidamente en sus relaciones con la judicatura, a la que trata irrespetuosa y groseramente, tanto en escritos como en manifestaciones de viva voz, con el fin de intimidarlos.
- 17) Durante las comparecencias de jueces a Comisiones Permanentes y Especiales de la Asamblea Legislativa, suele ocurrir que algunas preguntas de los diputados se alejan de los temas principales para incursionar en asuntos pendientes ante los tribunales de justicia. Este problema coloca a los jueces en situaciones difíciles, pues su negativa a responder podría interpretarse como falta de colaboración con los diputados.
- 18) Los jueces, especialmente los de provincias y zonas alejadas de la capital, tienen mucha dificultad para comunicarse con sus superiores, a fin de tratar asuntos relativos a su ministerio. Esta realidad afecta la administración de justicia; incluso les resta apoyo a los jueces para enfrentar situaciones contrarias a su independencia.
- 19) Los jueces enfrentan dificultades para nombrar personal subalterno, a pesar de las disposiciones de la ley, lo que merma su autoridad y los coloca en situaciones difíciles y contrarias a la administración de justicia.
- 20) Algunos magistrados suplentes abusan de su condición para presionar a los jueces y al personal subalterno en favor de sus intereses profesionales. Asimismo, la práctica de formar la nómina de candidatos a las magistraturas suplentes sólo con abogados externos al Poder Judicial, abre el camino para aquel abuso contrario a la independencia de la judicatura y desestimula a los jueces que están sometidos al rigor de la carrera judicial sin poder aspirar más allá de las plazas de jueces superiores.

V. RECOMENDACIONES

- 1) En general, resulta indispensable promover el respeto a la investidura de los jueces, como un medio de fortalecer su independencia. A la Corte Suprema de Justicia le corresponde llevar a cabo esta misión, en primer lugar. Pero es responsabilidad también de los ciudadanos y sus asociaciones, así como de las empresas privadas y públicas. Conviene que el Colegio de

Abogados asuma el liderazgo en esta misión. Los jueces, por su parte, por medio de sus asociaciones gremiales, deben asumir un papel protagónico, en pro del interés nacional.

- 2) Entre las formas de garantizar la independencia de la judicatura, conviene realizar un estudio de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, así como de la nueva Ley de Carrera Judicial y su Reglamento, a la luz del principio de que su aplicación debe resultar consecuente con la dignidad del juez y su autonomía, cuyo ejercicio debe estar libre de cualquier condicionamiento.
- 3) Conviene que el Colegio de Abogados promueva en el foro un trato respetuoso a los jueces. Para ese efecto, es importante realizar seminarios y mesas redondas que permitan actualizar y reforzar las normas clásicas relativas al comportamiento de los abogados en los Tribunales. Asimismo, el Colegio puede acentuar esta necesidad en los cursos de Etica Profesional que imparte a los nuevos abogados.
- 4) Es necesario que las Escuelas de Derecho se ocupen, con especial empeño, de hacer resaltar la importancia del juez y el respeto que los abogados le deben.
- 5) Es necesario que la Corte Suprema de Justicia, los Ministerios de Justicia, de Seguridad Pública y de Gobernación, así como el Colegio de Abogados atiendan con prontitud el grave problema que plantea la posible existencia de grupos particulares que supuestamente ajustician a imputados, sustrayéndolos de la competencia de los jueces penales.
- 6) Conviene que la Corte Suprema de Justicia haga ver a los jueces, sobre todo a los jueces penales, que con el propósito de garantizar el normal desarrollo de los juicios, especialmente de los juicios penales, apliquen a toda persona y grupo, así como a la prensa las restricciones actualizadas por el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Civil, lo mismo que establecidas por la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos aprobados por Costa Rica, cuando a su juicio las citadas restricciones se hagan necesarias, en interés de la administración de justicia.

De esa manera, los jueces podrán cumplir con sus obligaciones y conciliarlas con las actividades de los medios de comunicación social, con el propósito de que estos y, en especial, la televisión, realicen sus labores en el marco de las disposiciones legales que en las sociedades democráticas garantizan el interés público y el derecho de toda persona a un juicio imparcial regido por un juez independiente.

- 7) Conviene que las autoridades superiores del Poder Judicial, tomen las medidas reglamentarias adecuadas a fin de fortalecer la autoridad de los jueces, con el propósito de que administren justicia sin injerencias indebidas de la prensa o de cualquier otro grupo profesional, o de particulares, durante el desarrollo de audiencias, juicios u otras diligencias.
- 8) Es necesario que los propietarios de los medios de comunicación social, así como el Colegio de Periodistas de Costa Rica, se dediquen con prontitud a redactar y aprobar normas de autorregulación de las actividades de la prensa relacionados con la administración de justicia.
Esta recomendación reitera la que se hizo en el primer “Informe sobre la Seguridad e Independencia de los Jueces”, de setiembre de 1993. Se hace eco, además, de manifestaciones en el mismo sentido que de tanto en tanto se originan en los propios medios de comunicación. El propósito de la autorregulación sería armonizar los intereses de la administración de justicia con los de la libertad de información. Para esos efectos, se recomienda también tomar en cuenta, además del ordenamiento jurídico de Costa Rica, incluidos los tratados internacionales pertinentes, las recomendaciones de las Naciones Unidas que se citan en el presente informe, más las incluidas en el ya citado informe sobre la Seguridad e Independencia de los Jueces.
- 9) Es conveniente que el Colegio de Abogados ofrezca su colaboración al Poder Judicial y a los medios de comunicación social y al Colegio de Periodistas, en la búsqueda de soluciones a los problemas que se plantean a propósito de informaciones sensacionalistas relativas a las actividades judiciales.
- 10) Es conveniente que las autoridades de la Escuela Judicial revisen sus procedimientos y prácticas, con la mira puesta en hacer que los servicios de la Escuela beneficien por igual a todos los jueces. Asimismo, conviene que se busque la manera de incluir entre las actividades de la escuela el estudio de los medios de protección de la independencia de los jueces.

- 11) Es necesario que el Poder Judicial y el Colegio de Abogados propongan reformas a la Ley del Defensor de los Habitantes y su Reglamento, con el propósito de eliminar las normas sobre quejas relativas a la judicatura que son remitidas directamente a ésta para su contestación, por cuanto dichos procedimientos constituye una injerencia en la esfera de acción del Poder Judicial para atender quejas.
- 12) Es necesario que la Corte Suprema de Justicia, cuando le corresponda integrar la nómina de candidatos a las magistraturas suplentes, que debe enviar a la Asamblea Legislativa, tome en consideración principalmente a los funcionarios de carrera del Poder Judicial que administran justicia.
- 13) Es conveniente que se respete la opinión de los jueces al nombrar a su personal subalterno, siempre que la propuesta se ajuste a las necesidades de una mejor administración de justicia.
- 14) Es necesario que la Corte Suprema de Justicia se aboque a realizar un programa sistemático de seguridad para los jueces, con la prioridad que amerita la grave crisis que en ese campo afecta la administración de justicia. Entre las medidas urgentes requerida por el sistema, conviene adoptar las que permitan acondicionar todos los edificios y casas que albergan despachos judiciales, de tal forma que se garantice la seguridad de los jueces y el personal subalterno. Por ejemplo, los despachos deberán contar con puertas de acceso y de salida exclusiva para el citado personal judicial. Asimismo, los despachos deberán contar con personal de seguridad adecuado, tanto para la vigilancia permanente como para las diligencias judiciales extramuros.
- 15) Las anteriores medidas de seguridad, así como otras muchas que el sistema requiere y fueron recomendadas en el informe de la Comisión de 1993, resultan indispensables y urgentes en las zonas rurales, especialmente las fronterizas, donde, como se relató en aquel informe, han surgido nuevas y graves modalidades de delincuencia, acompañadas de formas de irrespeto a los jueces y la administración de justicia que también resultan extrañas a la idiosincrasia nacional.

- 16) Es necesario que el Colegio de Abogados solicite a la Corte Suprema de Justicia información sobre las medidas que haya tenido bien acoger y poner en práctica, a propósito del primer informe sobre la Seguridad e Independencia de los Jueces, de setiembre de 1993. De esa manera, el Colegio contaría con valiosos elementos de juicio para darle continuidad a su trabajo en favor de una judicatura independiente y protegida contra agresiones.
- 17) Es necesario que la Sala Constitucional respete la independencia de los jueces en asuntos de su competencia y se abstenga de tomar resoluciones que modifican decisiones autónomas de aquéllos.
- 18) Es necesario que el Colegio de Abogados divulgue ampliamente el presente informe, con el propósito de provocar las reacciones que puedan conducir a mejorar la situación de los jueces y por ende, la administración de justicia.

VI. OTRAS CUESTIONES

No tuvo tiempo la Comisión para desarrollar el tema del régimen de salarios de los jueces. Por su importancia singular y su especial complejidad, convendría abordarlo pronto en otro estudio.

También preocupan problemas administrativos que causan atrasos en los giros (pago de salarios) de los jueces interinos y los hacen pasar muchas dificultades y congojas.

COLEGIO DE ABOGADOS
COMISION PERMANENTE SOBRE LA SEGURIDAD
E INDEPENDENCIA DE LOS JUECES, 16 DE ENERO DE 1995

Miguel Blanco Quirós

Dora María Guzmán Zanetti

Stella Bresciani Quirós

Gerardo Machado Ramírez

Dunia Chacón Chavarría

Rolando Vega Robert

Fernando Cruz Castro

Jorge Luis Villanueva Badilla

Liliana García Vega

Fabián Volio Echeverría

Mario Golcher Avendaño

Fernando Volio Jiménez
COORDINADOR

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	8
<i>Ensayos:</i>	
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
DOCUMENTO:	
II. Informe de la comisión especial sobre la seguridad y la independencia de los jueces. <i>Comisión Colegio de Abogados</i>	113

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S. A.
Apartado 75-1100
San José, Costa Rica
369286

ISSN
0034 7787

