

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO**

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS**

82

(1963-1995)

32 AÑOS



**SAN JOSE, COSTA RICA
SEPTIEMBRE - DICIEMBRE
1995**



JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS

1996

Presidente:

Lic. Horacio González Quiroga

Vicepresidente:

Licda. Roxana Pujol Sobalvarro

Secretaria:

Licda. Carmen Aguilar Mora

Prosecretario:

Lic. Henry Vega Salazar

Tesorera:

Licda. Maritza Blanco Vargas

Fiscal:

Lic. Marcos Castro Alvarado

Vocal 1:

Lic. Pedro Bernal Chávez Corrales

Vocal 2:

Lic. Gilberto Corella Quesada

Vocal 3:

Dr. Román Solís Zelaya

Vocal 4:

Licda. Ifigenia Bustamante Guerrero

Vocal 5:

Dr. Manuel Amador Hernández

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Gabriel Macaya Trejos

Director Consejo Universitario:

Máster Jorge Fonseca Zamora

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 Burzryn

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

Coordinador de la Comisión Editorial:

Ing. Mario Murillo Rodríguez

PRESENTACION

Esta revista presenta trabajos de investigación sobre el Estado Social de Derecho, el Proceso Contencioso Administrativo, Criminología, Derecho Administrativo, Teoría Política, Derecho Económico Nacional e Internacional; y, el Informe del Colegio de Abogados sobre la seguridad y la independencia de los Jueces.

El director y editor

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y SU REFORMA

Prof. Walter Antillón Montealegre
Universidad de Costa Rica

1. Estamos viviendo lo que se suele llamar “una ofensiva de la delincuencia”: el asalto y el crimen están presentes en la noticia cotidiana, en la anécdota personal; la estadística de asaltos y agresiones personales por número de habitantes ha crecido a tal punto que resulta alarmante tan siquiera revelarla al público: una sola banda se atribuye los últimos golpes sufridos por grandes y medianas empresas, que en total sobrepasan los quinientos millones de colones. Nos estamos acercando aceleradamente a los niveles críticos de países con largas tradiciones de inseguridad, como Colombia y Guatemala. Junto al homicidio pasional y al no deliberado, que ocurre con ocasión del asalto, empieza a ser frecuente el crimen innecesario, gratuito, y es de temer que en la cultura de la pobreza empiecen a ganar prestigio la audacia y el rigor justiciero del bandido, como contrapartida frente a lo que las clases marginadas se representan como iniquidad de la Justicia y terrorismo estatal. ¿Qué hacer? Abundan las lamentaciones acerca de la pérdida de los valores tradicionales del tico y se constituyen asociaciones para rescatarlos; llueven las propuestas de “mano dura”, que van desde el aumento de los poderes del gobierno, el aumento del número y la eficacia de los miembros de la fuerza pública y la conversión de cada casa en una fortaleza y de cada ciudadano en un pistolero, hasta la agravación de la pena de prisión, el endurecimiento del régimen carcelario, la pena de muerte y la purga clandestina de maleantes y chapulines por obra de grupos de ‘mano blanca’, escuadrones de la muerte, etc. La policía, la inteligencia y la seguridad se sienten rebasadas por la ola delincencial, hasta el punto de que altos funcionarios han recomendado que cada ciudadano busque la seguridad personal y familiar por los medios que pueda procurarse, tal como ocurría en la Edad Media, o en el legendario Oeste.

A todo esto, no crean que me equivoqué de tema; que en vez de tratar del Estado Social de Derecho estoy hablando de Criminología. No se trata de un error: estoy empezando a abordar el tema del Estado de Derecho en Costa Rica, pero con una visión que pretende ser integral, a partir de uno de los síntomas de la enfermedad que lo aqueja: la descomposición social. Porque no hay solución de continuidad entre fenómenos como el modelo estatal y el nuevo orden económico, aparentemente acépticos, y la crisis de los partidos, la penetración de la droga y el lavado del dinero sucio, la corrupción burocrática, los grandes chorizos de la clase político-empresarial, y el repunte de la delincuencia tradicional que, siguiendo el ejemplo de Batman, ha accesado la tecnología y se ha transnacionalizado.

2. La inseguridad ciudadana tiene dos caras: la de los ciudadanos de primera categoría, como la señora secuestrada, el empresario muerto por los

ladrones de vehículos, el magnate despojado en plena calle de sus chequeras, sus tarjetas de crédito y su Mercedes, y tantos otros casos, con nombres y apellidos, ocurridos en los últimos tiempos. Esa cara de la inseguridad ciudadana es ampliamente difundida por los medios, junto con graves diagnósticos y perspectivas ominosas; y es la que alarma a todos y provoca la invocación de medidas extremas, desesperadas, de defensa social.

Pero hay otra cara de la inseguridad ciudadana que, porque no golpea a uno, sino a decenas, o a cientos de miles, no tiene nombre y apellido conocidos y, en consecuencia, no se encuentra en las imágenes ni en los titulares de los noticiosos; sino que, a lo más, puede captarse entre líneas: hablo de la inseguridad creciente, inexorable, desesperada, de las clases pobres. Los pobres no son, generalmente, objeto de agresión por parte de aquella delincuencia transnacional y tecnologizada de que hablábamos; pero pagan, puntualmente y hasta el último centavo, las consecuencias de los desgobiernos, de aquella danza de los millones que provocó las descomunales deudas externa e interna: el ajuste estructural que, en último término, consiste en comprimir los salarios, aumentar los alquileres, cancelar los programas de abastecimiento, salud y educación: y en fin pagan, sobre todo a través del aumento de los impuestos indirectos y de la traslación de los directos, del aumento del costo de los servicios básicos, de los combustibles, de los transportes, de la canasta básica: y a través de la inflación y los altos intereses, etc. Es decir, para tratar de malvivir los pobres se ven obligados a pagar, además del costo de su modestísima subsistencia, todo absolutamente todo lo que el gobierno necesita, o dice que necesita, para alcanzar las metas de su proyecto neoliberal.

El resultado de todo esto, que contrasta con el obscuro exhibicionismo de las minorías opulentas, es la palpable, evidente depauperación de las capas medias-bajas y de las capas pobres de la población: empobrecimiento que los moderados, los tímidos y los que todavía alientan esperanzas de escapar del cerco de la pobreza tratan de paliar ahorrando, redoblando esfuerzos, incorporando al trabajo (y sustrayendo a la escuela) a uno más de los miembros de su familia, pero que tiene su expresión extrema en la mendicidad, la deambulación nocturna, el zopilotismo y la prostitución infantil y juvenil de ambos sexos. Esta sería entonces la reacción no agresiva frente al descrito proceso de depauperación.

Pero está claro, y cualquiera puede verlo, que el incremento cuantitativo y cualitativo de las movilizaciones populares, las protestas, las huelgas. etc., por un lado; y de la delincuencia tradicional por el otro, constituyen la respuesta activa, impaciente, frente a dicho proceso: a diferencia de la población adulta, y sobre todo de las mujeres, de las clases baja y media-baja, que se inclinan por las reivindicaciones legales, otra parte, compuesta sobre todo de jóvenes, toma las armas para enfrentar la situación: quieren asegurarse, sea como sea, el bienestar que no podrán conseguir de otro modo.

No se trata de una declinación inexplicable de los valores morales: no es que haya una parte de la población que se volvió mala de repente, por virtud de una especie de diabolización colectiva. Sin dejar de reconocer que se trata de un fenómeno complejo, en el que juegan su papel la droga, el ejemplo corruptor de la televisión, de los grandes infractores de cuello blanco, etc., me parece evidente que su naturaleza es predominantemente económica, entendiendo este término en sentido amplio. Se trata de las consecuencias de la drástica reducción de la calidad de vida de las oportunidades de esas clases sociales, producto del reparto neoliberal del ingreso que intentamos describir líneas arriba: y no querer admitirlo claramente de una vez por todas, para buscar entonces los remedios a partir de allí, es un juego peligroso.

Naturalmente, no creo que el problema se pueda resolver en absoluto incrementando la represión penal y policial. Los más recientes estudios criminológicos son elocuentes a ese respecto. Pero entonces se plantea la cuestión que tiene a toda la comunidad pendiente de un hilo: ¿Cuál es la solución a este problema, que compromete el futuro de la sociedad y del Estado?

3. Dejamos el asunto allí, por ahora, y nos preguntamos qué es el Estado Social de Derecho. En su obra "Derecho y Razón" que citaré aquí con frecuencia, el Prof. Luigi Ferrajoli dice que Estado Social de Derecho sería aquel cuyo ordenamiento incorpora, además de las garantías a los derechos de libertad, también obligaciones que requieren del Estado prestaciones positivas en garantía de derechos sociales, como los derechos a la subsistencia, a la alimentación, al trabajo, a la salud, a un salario justo, a la educación, a la vivienda, a la información, a la autodeterminación, etc.

Con respecto al Estado (liberal) de Derecho, el Estado Social de Derecho representaría un momento posterior en el desarrollo de la Humanidad, y constituiría un 'plus' en relación con aquél, en cuanto lo supone y, a la vez, lo supera. La tradición liberal concibió el Estado de Derecho como limitado solamente por prohibiciones, en garantía de los derechos del individuo a no ser privado de la vida y de las libertades (en la tradición doctrinal de Locke y Rousseau, se trataba del Contrato Social Mínimo). En efecto, las garantías liberales consisten en deberes públicos cuyo contenido son prestaciones negativas o no prestaciones, y cuyo campo más importante se refiere al uso de la fuerza, es decir, al derecho penal ordinario y al derecho administrativo de policía. De manera que estas garantías se concretan en un sistema de prohibiciones inderogables: prohibición de castigar, de privar de libertad, de registrar, de censurar, de irrumpir en el ámbito privado, de interferir en la actividad privada, etc., a menos que se den las condiciones establecidas en la Constitución y en la ley.

“Como dijimos antes, frente a estas garantías negativas, las que identifican teóricamente al Estado Social de Derecho son de carácter positivo y suponen un cambio de la estructura normativa del poder estatal, que ya no va a estar sólo limitado por prohibiciones, sino que ahora va a estar funcionalizado positivamente por obligaciones de satisfacer los derechos sociales ya mencionados. (Se trataría, invocando de nuevo el lenguaje de la Ilustración, del Contrato Social Máximo). Frente a la conciencia popular, el Estado ya no se legitima con la función, *meramente conservadora*, de sólo no empeorar las condiciones de vida que los ciudadanos hayan podido procurarse por su cuenta, sino que debe asumir también la función *innovadora* de mejorar aquellas condiciones de vida por medio de lo que se llamó, precisamente, ‘garantías sociales’: la subsistencia, el trabajo, la vivienda, la salud, la educación, etc.

⚡Hace pocos años se daba por cierto que el Estado Social de Derecho, que en la práctica era representado por ‘Estado de Bienestar’ (*Welfare State*) o ‘Estado Paternalista’, vendría a significar una etapa superior, un perfeccionamiento del Estado Liberal de Derecho: que así como éste, por sus deficiencias, había conducido a la injusticia del llamado ‘capitalismo salvaje’ y, por ese camino, a la negación de sí mismo por la frustración de sus fines de justicia y bien común para todos, el Estado Social de Derecho sería capaz de alcanzar dichos fines de manera más plena, pues no sólo garantizaba los derechos civiles y políticos, sino también una relativa equiparación de las condiciones materiales que asegurarían a todos un mínimo aceptable de la calidad de la vida. De ahí que, como dice el Prof. Ferrajoli, el modelo de Estado Social de Derecho, y no el del Estado Liberal, representa a la democracia en su sentido sustancial, puesto que las garantías (tanto civiles y políticas como socio-económicas) que constituyen su contenido “...expresan los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes del Estado, los intereses de los débiles respecto a los de los fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes respecto a las mayorías integradas, las razones de los de abajo respecto a las de los de arriba...” (obra citada. pág. 864).

Ahora bien, hay que constatar un hecho que nos parece de una importancia definitiva para explicar lo que ocurrió después: contra lo que muchos llegaron a pensar, el Estado Paternalista o ‘*Welfare State*’ no nació de la generalizada convicción de su superioridad ética y técnica por parte de la sociedad civil, sino del miedo: todos, incluyendo grandes masas de obreros y campesinos del mundo desarrollado y subdesarrollado, incluyendo los sectores medios y, por supuesto, la alta burguesía, todos tenían miedo de aquel ‘fantasma que recorría Europa’ desde mediados del Siglo XIX, y que parecía estar más cerca que nunca al término de la Primera Guerra Mundial. Este fue el pecado original del proyecto de Estado Social de Derecho que se encarna, por ejemplo, en la República de Weimar: el surgimiento de la Unión Soviética en 1917, y su posterior consolidación, inclinan a los poderes burgueses de todo el Mundo a transigir, a

conceder ventajas a los obreros y campesinos para que no se produzca en cada país aquella cosa espantosa que había ocurrido allá en la Santa Rusia. Claro que había también dirigentes sinceramente convencidos del ideario socialdemócrata, pero creo que, en una medida muy considerable, la acogida o incluso la no oposición a estas ideas en la clase dominante, no se debió a la convicción de su superioridad sobre la doctrina liberal, sino al miedo. Al no haber otras opciones, se imponía el espíritu de la transacción: "*aliquid datum et retentum*": conceder algo para conservar algo. Ello explica que el fascismo, experiencia que llegó a su punto más alto en los años treinta y que poco después iba a costar tanto dolor y sangre a la Humanidad, haya contado inicialmente con la simpatía y el apoyo decididos de las burguesías de todas partes, que vieron en aquel ideario, atroz e insostenible precisamente la anhelada opción frente al socialismo.

Y ello explica también que, una vez alejada la amenaza de la terrorífica resolución bolchevique, con el derrumbe del socialismo real, las brasas neoliberales hayan resurgido con redobladas fuerzas de las cenizas socialdemócratas; y que entonces, para recobrar el tiempo perdido, se quiera arrasar violentamente con los vestigios del Estado Paternalista construido en aquella etapa.

Permítaseme una digresión: la experiencia que estamos viviendo se asemeja a la de la Restauración, que tuvo lugar a partir del Congreso de Viena, en 1815. En efecto, hace ciento sesenta años las casas reinantes, que habían retrocedido atemorizadas ante el fantasma de la Revolución Francesa, y que estuvieran dispuestas a convertirse en monarquías constitucionales (*aliquid datum et retentum*), al verse de nuevo fortalecidas con la derrota napoleónica, decidieron borrar todo rastro de ilustración y democracia republicana, y pretendieron regresar a la monarquía absoluta de los Siglos XVII y XVIII. Pero ¿cómo hacer con los pueblos? Estos habían presenciado la derrota ideológica del absolutismo; habían aprendido el ideario ilustrado y ya no lo olvidarían, de manera que la Restauración se arrastró todavía unos lustros para ser, finalmente, arrojada al basurero de la historia.

De manera que, volviendo a nuestro Estado Paternalista, tenemos que éste, finalizada la Primera Guerra Mundial, no se había consolidado, en el plano ideológico, como la verdadera solución a la que había llegado la Humanidad después de superar el liberalismo: no hubo una verdadera victoria ideológica de la social democracia sobre el liberalismo, en el sentido de que éste fuera definitivamente abandonado como idea-fuerza de la sociedad: lo que se produjo fue una especie de tregua interburguesa, para enfrentar al monstruo comunista desde una posición lo menos desfavorable posible. Esta podría ser la razón de que, como observa Ferrajoli, no hubo una verdadera elaboración operativa e institucional de los 'derechos sociales' por parte de los artífices del Estado Paternalista, es decir, la elaboración de mecanismos positivos de distribución y control de las prestaciones dirigidas a satisfacer aquellos derechos.

4. Puede decirse que, en rigor, el Estado Social y Democrático de Derecho constituye un modelo utópico que no ha alcanzado su cabal cumplimiento en ninguna parte donde han funcionado, bien o mal, Estados Paternalistas. Sin embargo, históricamente muchos movimientos que ejercieron el poder en diferentes países después de ambas Post-guerras mundiales, jefeados casi siempre por partidos de ideología socialdemócrata (como los laboristas ingleses, los demócratas norteamericanos, el PSOE español, la social democracia alemana, el socialismo francés, el PLN de Costa Rica) han tratado, no siempre de modo constante y sistemático, de inspirarse en sus postulados al elaborar sus programas de gobierno, y han implementado políticas de aplicación de dichos programas.

En vista de ello cabe preguntar ¿fracasó realmente el modelo llamado Estado Social de Derecho, o más bien los que fracasaron fueron algunos de los partidos que pretendieron implantarlo, o dijeron que lo harían? Una modalidad de Estado Social de Derecho ha funcionado en Suecia y, hasta donde yo sé, no parece hallarse en crisis; mientras que el modelo mexicano del PRI y el español del PSOE, cacareadamente socialdemócratas, se caen a pedazos bajo el peso de la corrupción.

No se puede dejar de considerar que, a diferencia del garantismo neoliberal, que no cuesta nada porque se compone de prohibiciones y liberación de espacios a la actividad privada, el garantismo social exige al Estado prestaciones positivas: a consecuencia de ello, encuentra obviamente mayores dificultades objetivas y opera con un costo económico relativamente más elevado que el del Estado Liberal. Por otra parte, está visto que muchos de los movimientos políticos que han proclamado construir el Estado Social de Derecho han caído en la burocratización y en la corrupción, las cuales no son (como se afirma de mala fe) características estructurales del mismo, sino recursos clientelares y argollistas de muchos partidos, socialdemócratas y no socialdemócratas, de izquierdas y derechas o, simplemente el resultado de procesos degenerativos en la manera de gobernar y de administrar.

5. ¿Fracasó, repito, el Estado Social de Derecho, o fracasaron, hundidos por sus propios vicios, los partidos que se atribuyeron la misión de implementarlo? Todos los días, en todos los periódicos, nos aseguran lo primero, pero algo me hace pensar que no se trata de planteamientos sinceros, porque a nadie se le oculta que, al menos en América Latina, las clases opulentas controlan los medios, y las clases opulentas, y otras no tan opulentas, pero con muchas ganas de llegar a serlo, quisieran liquidar pronto las instituciones del Estado Paternalista creadas durante los decenios de hegemonía socialdemócrata. Y hay otras razones, de un acusado carácter económico y especulativo, que explican también las fuertes presiones que hoy se ejercen para que se liquiden aquellas instituciones: nadie ignora que muchas de ellas constituyen en negocios brillantísimos, al momento de su adquisición y al momento de su ejercicio, por parte de personas o

corporaciones privadas. El redimensionamiento del Estado Paternalista, para meterlo en la estrecha horma del Estado Gendarme, pasa no sólo por la desnacionalización de muchas instituciones y empresas públicas, sino por la liberación de muchos espacios, que se convertirán entonces en nuevas fuentes de lucro privado, como la actividad bancaria, las telecomunicaciones, etc. Todas estas actividades atraen gran cantidad de novios del país y extranjeros, que mientras afilan las uñas, unen sus voces al coro que entona el requiem del Estado Paternalista.

6. Costa Rica, la coyuntura presente no parece ofrecer ninguna alternativa a la llamada 'reforma del Estado', que no es más que el desmantelamiento del Estado Paternalista, cuyas bases puso el Gobierno del Doctor Calderón Guardia al comienzo de los años cuarenta, y cuyo desarrollo desde fines de esa década hasta fines de los setentas estuvo a cargo del Partido Liberación Nacional (PLN).

Ello, sin embargo, no nos impedirá soñar un poco, para decir que ese imperfecto, burocratizado, corrupto Estado Paternalista pudo haber sido, mediante una reforma democrática y participativa, de saneamiento y de redimensionamiento del aparato burocrático, la base de un próspero y eficiente Estado Social y Democrático de Derecho y, consiguientemente, de una sólida democracia en sentido sustancial. Se me dirá: criticar es muy fácil, gobernar es muy difícil. Pero esto no puede ser un argumento para silenciar la crítica y propiciar la connivencia; máxime si los propios partidos protagonistas del histórico fracaso están, ellos mismos, en un proceso de autocrítica en el que se escuchan gravísimas imputaciones. Y de todos modos, no se necesitan dos dedos de frente para darse cuenta de que nuestro Estado de Bienestar fue en gran medida un instrumento de bienestar para ciertos funcionarios del Estado, que prestó al pueblo mucho menos servicios de los que pudo haberle procurado, a un costo mucho mayor al justo: que sirvió para que muchos políticos se encumbraran a base de manejos abusivos del poder; que desatendió las oportunidades de acercarse al pueblo y estimular su participación en las grandes decisiones; que politizó las instituciones autónomas para fortalecer el control central de las decisiones y con ello desnaturalizó reiteradamente sus fines institucionales para, al final, volverse contra ellas y propiciar su desmantelamiento, etc. Todo lo cual pone en duda lo certero de las críticas que se enderezan contra el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho, en vez de dirigirse simplemente contra las actuaciones de los grupos políticos que, en la hora propicia, involucran su nombre en vano, como dice el Evangelio.

Creo que los partidos que proclamaban su vocación socialista, es decir, los socialdemócratas y los socialcristianos, pudieron hacer mucho para fortalecer aquella democracia sustancial y participativa, y por garantizar a los más necesitados mejores condiciones de trabajo, vivienda, educación, etc., que les permitiera acceder a mejores niveles de bienestar y dignidad. No era una tarea

fácil de realizar, ni su resultado era seguro, pero, en general, a través de muchos años tampoco encontramos en los funcionarios encargados la claridad, el empeño y la mística suficientes.

7. Los promotores internacionales de los PAE y su comparsa local han venido anunciando que, para alcanzar el nivel de competitividad que permitirá la supervivencia de nuestro Estado, las clases populares tendrán que someterse a medidas de severa austeridad.

A las clases populares no las asusta la austeridad, que es, para ellas, 'el pan nuestro de cada día'. El problema es que no entienden por qué para ellos es siempre la austeridad —una austeridad que ya está llegando a límites incompatibles con una vida que merezca llamarse humana—, mientras que los grupos oligárquicos ya no hallan qué hacer con el dinero que obtienen. ¿Es tolerable que se condene a la indigencia a grandes masas populares, sin otra alternativa que la esperanza de que la riqueza de unos pocos se gotén un día y descienda sobre ellas? ¿Son estos los resultados a que nos ha conducido el contrato social? ¿Es factible su revisión por las vías legales de la huelga, la negociación o el plebiscito? ¿No sería preferible romper el contrato y arrebatarse lo que de buen grado se nos niega? En las manifestaciones, negociales o delictuales, provenientes de los estratos bajos de la sociedad civil, podemos percibir las respuestas a estas preguntas.

Entre tanto, frente a aquella realidad angustiosa, el Estado Social y Democrático de Derecho permnecerá en Estado de utopía, con su pretensión de garantizar la democracia sustancial (la vida y las libertades civiles, junto con los derechos a la calidad, a la dignidad, a la amabilidad de la vida humana, a la participación equitativa de todos en el esfuerzo común), como la única vía éticamente posible de cumplir el Contrato con todos y con cada uno de los miembros de nuestra comunidad.

LA CONTRADEMANDA EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Lic. César Hines Céspedes
Abogado costarricense

INTRODUCCION

En los procesos judiciales en los cuales existe contradicción —a diferencia de los de jurisdicción voluntaria aunque para algunos autores estos no constituyen un proceso técnicamente hablando, sobre lo que no entraremos a discutir por no ser tema de nuestro ensayo— siempre deben existir dos partes, demandante y demandado. Por las características propias del proceso, la posición de las partes dentro de éste puede variar en razón que el demandado puede convertirse dentro de él en demandante y el accionante en razón de la contrademanda pasa a la posición de demandado. Es decir, que las partes asumen el doble rol de actores y demandados, siempre y cuando la causa petendi pueda desdoblarse para convertirse en la misma para ambos.

El proceso contencioso administrativo tiene características que le son propias y exclusivas, que lo diferencian de los demás, por lo que el instituto de la contrademanda debe ser analizado con una visión muy estricta, en aras de no afectar ni desvirtuar los fundamentos de la justicia administrativa.

En razón de lo anterior se debe estudiar si existe la posibilidad de contrademandar en el juicio contencioso administrativo, o se deben cumplir otros requisitos previos a comparecer procesalmente como actor dentro del mismo juicio en que se es demandado.

EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Algunas Notas Distintivas

Es por todos conocidos que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo fue instaurada en los Estados de Derecho, para someter a éstos a sus propias reglas, con el propósito de resguardar los derechos de los administrados ante los detentadores del poder público. Para efectuar la presente incursión en el ámbito o esfera contenciosa administrativa, sería de imperiosa necesidad remontarnos en el tiempo para considerar algunas de las circunstancias históricas que produjeron inquietudes en los hombres que se asombraron del poder absoluto, casi ilimitado que tenían los gobernantes en épocas pasadas, pero no por ello olvidadas por nosotros. Acorde con ello se han logrado grandes conquistas con la intención de atemperar y reglamentar el ejercicio del poder público, particularmente el referido al Poder Ejecutivo, dada su característica de ser el representante nato de la parte activa de la Administración Pública, y consecuentemente es el poder en el que se proyectan, desarrollan y se ejecutan la mayoría de los actos administrativos.

En nuestro medio, luego de un escabroso recorrido jurídico, –cuya génesis judicial puede encontrarse en las citas que realizó el Licenciado Fernando Baudrit Solera, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de Casación de las 15:15 horas del 14 de enero de 1959, en la que dijo: “*En cumplimiento del Decreto de 25 de marzo de 1887, página 156 de la Colección, se legisla por primera vez a lo que parece sobre la materia por el número 33 de 27 de diciembre del mismo año, página 557 ... De lo que queda escrito se infiere sin dificultad que la primera regla expresa de ley con caracteres propios de la jurisdicción de lo contencioso administrativa fue el artículo tercero de la ley de 22 de julio de 1892*”.⁽¹⁾

En este brevísimo recorrido temporal arribamos al año de 1949 en que entró a regimos una nueva Carta Política, y en forma expresa se incluyó en ella una jurisdicción especializada para dirimir los conflictos en los que se encuentre de por medio una entidad pública, incluyendo –obviamente– a la Administración Central del Estado Costarricense.

Con la creación de esa Jurisdicción por el artículo 49 en relación con el 153 de la Norma Fundamental, se promulgan la Ley 1226 del 15 de noviembre de 1950, emitida como ley procesal para regular el ejercicio de la disposición canstitucional. Para esos fines la mencionada ley decía en su artículo 1: “*El juicio contencioso administrativo tiene por objeto proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando estos fueren lesionados por disposiciones definitivas de cualquier naturaleza, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las municipalidades y toda institución autónoma o semiautónoma del Estado, actuando como personas de derecho público y en uso de facultades regladas*”.⁽²⁾

En razón de lo dispuesto por la mencionada ley, para proporcionarle competencia al órgano judicial especializado en la materia contenciosa administrativa, el artículo 86 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de ese entonces, fue reformado por la Ley 1266 del 21 de febrero de 1951, que decía en su inciso primero: art. 86: “*El juez de lo contencioso administrativo y civil de hacienda conocerá 1. De los juicios contenciosos administrativos que se promuevan con el objeto de proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando éstos fueren lesionados por disposiciones definitivas de cualquier naturaleza, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las Municipalidades y toda institución autónoma o semiautónoma del Estado, actuando como personas de derecho Público y en uso de facultades regladas*”. Nótese como en ambas disposiciones normativas, se hizo hincapié en

(1) *Las partes en el proceso contencioso administrativo*, Jorge Desanti Arce, Revista de Ciencias Jurídicas número 5, 1965, página 19.

(2) Ley 1226 del 15 de noviembre de 1950, artículo 1.

que la actuación de la persona pública lo era en el ejercicio de sus competencias públicas otorgadas por ley, es decir, ejecutando las potestades de imperio de las que está investida, pues no otra cosa significa actuar como persona de “*derecho público*”. Con ello queda dicho como verdad de perogrullo, que se excluyen de la jurisdicción de lo contencioso administrativo todas aquellas cuestiones que aunque relacionadas con la Administración son de derecho privado de la Administración Pública, o bien las que tienden única y exclusivamente a la reparación civil, las que se dirimirán en un proceso denominado Civil de Hacienda. Posteriormente en forma expresa se excluyó en el artículo 4 de la LRJCA las cuestiones de índole penal y laboral. En esta última rama del derecho todavía persiste la discusión doctrinaria sobre cuál es el derecho aplicable para dirimir los conflictos entre la Administración y sus funcionarios en razón que existen normas expresas que por un lado establecen estas relaciones como estatutarias y por otro lado también las hay de carácter consensual, lo que ha provocado una confusión en la jurisprudencia sobre cuál es la jurisdicción competente para conocer de esos conflictos.⁽³⁾

MATERIA Y OBJETO DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

De acuerdo con nuestro más ilustre administrativista, el proceso contencioso administrativo tiene una materia y un objeto determinados, sea típicos y necesarios: un acto de la Administración, que es el objeto y el Derecho Administrativo que lo regula, que es la materia.⁽⁴⁾ Ello es así porque el proceso contencioso administrativo tiende a revisar⁽⁵⁾ por un tercero imparcial y perteneciente a otro Poder del Estado, la legalidad en la actuación administrativa representada por actos de esa naturaleza. Ese concepto no es nuevo, ya hace más de cuatro décadas algunos autores hicieron referencia al punto en cuestión.

-
- (3) Al respecto puede verse el documentado comentario del Lic. Rolando Vega Robert, en la *Revista Iustitia*, Cuadernos de Jurisprudencia número 7.
 - (4) Ortiz Ortiz, Eduardo, *Materia y Objeto del Contencioso Administrativo*, Revista de Ciencias Jurídicas número 5, 1965, página 48. En el mismo sentido y todavía de más vieja data, Cirilo Martín Retortillo en su obra *Nuevas Notas sobre lo Contencioso Administrativo*, manifestaba que la característica principal y desde antiguo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, era la de ser revisora de lo acordado en la vía gubernativa, y lo representaba gráficamente diciendo que la función de lo Contencioso consistía en examinar sentado lo que la Administración había resuelto de pie.
 - (5) El término utilizado, “revisora” no es el más adecuado, dado que las potestades del Juez no se limitan a revisar únicamente lo actuado por la Autoridad Administrativa, sino que también abarca otros tópicos que le dan una mayor amplitud de criterio a la jurisdicción.

Así para Sayagués Laso el proceso contencioso administrativo se debe entender como aquel en que participa una Administración Pública como Poder Público ubicado en la esfera del Derecho Público.⁽⁶⁾

Débase entender que cuando hablamos de actos del “Poder Público”, nos referimos a las actuaciones administrativas legitimadas por el ordenamiento jurídico, por un conferimiento de potestades que se les reconoce para hacer cumplir sus fines, con la paralela voluntad de los administrados o sin ella, es decir, hace valer su condición de Autoridad, de donde resulta irrelevante para el Derecho que los destinatarios de ellas estén de acuerdo o no.

Teniendo claro que el objeto del proceso contencioso administrativo es la revisión jurisdiccional de la correcta actuación administrativa manifestada por un acto administrativo en el ejercicio de competencias públicas en cuyo examen se aplicarán normas de derecho administrativo, se parte del principio que dichos actos fueron dictados por la Administración en el ejercicio de potestades de imperio. Para ratificar lo mencionado líneas arriba sobre la suprema posición de la Administración al dictar y ejecutar “actos administrativos”, la Ley General de la Administración Pública lo contempla entre muchos otros artículos, en los siguientes: Art. 2: Las reglas de esta ley que regulan la actividad del Estado se aplicarán también a los otros entes públicos, en ausencia de norma especial para éstos... Art. 3: El derecho público regulará la organización y actividad de los entes públicos, salvo norma expresa en contrario... Art. 28: El Ministro será el órgano jerárquico superior del respectivo Ministerio... Art. 44: Cabrá recurso de reposición o revocatoria contra los acuerdos del Consejo que lesionen derechos o intereses legítimos... Art. 59: La competencia será regulada por ley siempre que contenga la atribución de potestades de imperio... Art. 120: Para los efectos de clasificación y valor, los actos de la Administración se clasifican en externos e internos, según que vayan destinados o no al administrado; y en concretos y generales, según que vayan destinados o no a un sujeto identificado... Art. 128: Será válido el acto administrativo que se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, incluso en cuanto al móvil del funcionario que lo dicta... Art. 129: El acto deberá dictarse por el órgano competente... Art. 140: El acto administrativo producirá su efecto después de comunicado al administrado... Art. 146: La Administración tendrá potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los Tribunales, los actos administrativos eficaces, válidos o anulables aún contra la voluntad o resistencia del obligado... Art. 155: La revocación de un acto declaratorio de derechos subjetivos deberá hacerse por el jerarca del ente respectivo...

Pero es que la misma definición que nos da el padre de la LRJCA nos lleva al mismo concepto, dice el Dr. Retana Sandí: “*Jurisdicción contencioso-*

(6) Citado por Desanti Arce, op. cit., pág. 22.

administrativa es aquella función del Estado encomendada a órganos imparciales e independientes, mediante la cual se ejerce control de legalidad sobre la actividad de la Administración, cuando obra como tal, sea como Poder o como persona de derecho público.⁽⁷⁾

Es evidente, entonces, la ubicación superior de la Administración en sus relaciones con los administrados cuando actúa como órgano público y además se subraya con insistencia, que será el Derecho Público el que regulará su organización y actividad. Si la jurisdicción contencioso-administrativa es un medio de control de legalidad de la actividad de la Administración como Poder del Estado, en principio sólo pretensiones fundadas en Derecho Administrativo pueden ser deducidas ante la misma.

La formación del Estado como lo conocemos ahora no lo fue para satisfacerse intrínsecamente, sino para proyectarse en favor de sus súbditos y suplirles las carencias que individualmente estaban imposibilitados de satisfacer, sea que la razón de ser de la Administración Pública y fin último de su existencia es el administrado.⁽⁸⁾ Así los fines que ésta persigue deben ser siempre en beneficio de la generalidad de individuos que conforman la sociedad, sin distinguiendo de ninguna naturaleza. Ello significa necesariamente, que la única o únicas personas que potencialmente pueden ser perjudicadas por la actuación administrativa en actuaciones de prerrogativa, son los administrados, de donde la impugnación en la sede contencioso administrativa siempre lo será contra un acto de la Administración que los perjudique en sus derechos subjetivos o intereses legítimos.⁽⁹⁾

Uno de los principios fundamentales del contencioso administrativo es la exigencia, como condición de admisibilidad de las acciones de nulidad, de que quien impugne el acto ante la autoridad judicial tenga interés personal, legítimo

(7) Retana Sandí Gonzalo, *La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*, páginas 3 y 4, parafraseando a Alvarez Tabío, *El Proceso Contencioso*.

(8) Jean Jacques Rousseau lo plantea en el sentido que los ciudadanos se desprenden de una porción de sus libertades y derechos en favor de una entidad abstracta, en aras que sea ésta y no un congénere quien asuma las funciones de contrator para mantener la armonía social. Esa entidad —a la que se le fue dando forma paulatinamente— hoy día conocida como el Estado no debe perder jamás el rumbo que desde su génesis se estableció: la satisfacción de los intereses generales.

(9) Con la salvedad lógica del proceso de lesividad, donde la Administración es la parte actora. Pero aún en esta hipótesis, la acción tiende a obtener la nulidad y consecuentemente la desaparición de un acto administrativo dictado por la misma entidad que lo dictó. Además el instituto de la lesividad en actos declaratorios de derechos no puede aplicarse a las hipótesis de revocación de éstos sino que únicamente en los casos en que proceda la anulación.

y directo.⁽¹⁰⁾ Así se revela que lo que mueve al recurrente no es un abstracto interés por la legalidad, sino el concretísimo de estimar que la Administración le está perjudicando al obrar fuera de la legalidad y que, por tanto, ese perjuicio debe ser eliminado mediante la eliminación del acto ilegal que lo causa. Se trata que el ordenamiento ha apoderado al sujeto que demuestra que está en ese supuesto, para anular el acto que le causa el perjuicio. Esto es más que una regla procesal; es, por el contrario, una regla jurídico-material de primera importancia, una extensión substancial de la tutela, en virtud de la cual nadie está obligado a soportar perjuicios causados por actos ilegales de la Administración.⁽¹¹⁾

En el contenido de las normas supra mencionadas, la inclusión del término Derecho Público en lugar de derecho administrativo se da por ser el primero el género y el segundo la especie. A la Administración Pública se le aplica además de las leyes ordinarias, la Constitución, los Convenios, Tratados, Acuerdos y otros del Derecho Internacional en general, según lo establece el artículo 7 de la Constitución, por ello resulta más congruente y académico utilizar el género "*Derecho Público*" que es comprensivo de todas las demás.⁽¹²⁾

EL PROCESO CIVIL DE HACIENDA

Las situaciones deben analizarse con calma y sin desechar la perspectiva histórica. Cuando el Dr. Gonzalo Retana Sandí, hizo su exposición sobre la Ley

-
- (10) Brewer-Carias, Allan, *Consideraciones sobre el Contencioso Administrativo*, en Libro Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz, página 545. El profesor Carias nos reitera la imposibilidad de que exista la contrademanda en el contencioso administrativo cuando indica que: "El principio general de la autotutela de la Administración, que desemboca en la prerrogativa de la existencia de un acto administrativo previo al acceso al contencioso administrativo, tradicionalmente se ha manifestado también en otra prerrogativa de la Administración, que impide al particular acudir a la jurisdicción contencioso administrativa contra un acto administrativo que no cause estado, es decir, que no sea la última palabra que al respecto pueda pronunciar la Administración".
- (11) García de Enterría parte para lo dicho, de la posición jurídica de la Administración como sujeto, la cual consiste en no poder obrar sino en virtud de apoderamientos legales explícitos, en virtud del básico principio de legalidad, según el cual, este principio es mucho más que una técnica de organización burocrática, para convertirse en una técnica para garantizar la libertad.
- (12) El Dr. Rojas Franco al reconocer al Derecho Público como el género, sub-divide en más ramas al administrativo, tales como el Tributario, Fiscal, Financiero, Ambiental, Municipal, urbanístico, haciendo una separación del derecho aplicable, casi que por organización o actividad. Véase, *La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa en Costa Rica*, 1995, tomo 1.

de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que culminó con el dictado de la tantas veces mencionada ley, venía colmado académicamente por conocimiento directo, de los resultados que las experiencias –en su mayoría negativas– habían generado en otros países la creación de la denominada doble jurisdicción para enjuiciar a la Administración Pública.⁽¹³⁾

No obstante que en nuestro sistema judicial se encomendó a los mismos tribunales las cuestiones Contenciosas Administrativas junto con las Civiles de Hacienda, no por ello se debe entender que es el mismo proceso, pues los fundamentos de una y otra son totalmente diversos, como lo veremos de seguido.

Se reconoce en el proceso Civil de Hacienda como el instrumento utilizado por y contra la Administración para dilucidar los aspectos estrictamente patrimoniales de ésta, es decir aquellos en los cuales lo que se discute no es la legalidad ni la ilegalidad de la actuación administrativa en el ejercicio de sus potestades de imperio, sino sobre obligaciones pecuniarias de la Administración o de un administrado en favor de ésta, originada esa responsabilidad civil en una actuación material legítima o ilegítima de la Administración, que cause lesiones o daños al particular,⁽¹⁴⁾ o en una relación de Derecho Privado de la Administración, en razón que se le reconoce al Estado su doble capacidad: pública y privada. En este último caso, –de relaciones privadas de la Administración–, no se le reconoce ni se le permite a ésta la aplicación de sus potestades de imperio pues actúa en un plano de igualdad con el particular.⁽¹⁵⁾

El fundamento de esa unificación procesal, de lo patrimonial del Estado en la misma jurisdicción donde se discute la corrección del ejercicio competencial, se asienta sobre la base de la especialidad del órgano jurisdiccional. El sentido doctrinal de esa fusión orgánica se encuentra en la fuerte interferencia del derecho administrativo en el derecho civil de la Administración, que tiende a

(13) Para una completa visión histórico-jurídica de la doble jurisdicción, véase André de Laubadere, *Manual de Derecho Administrativo*, editorial Temis.

(14) Tal postura es la que asume la LGAP en su artículo 190 cuando indica que: “La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero”. En el mismo sentido la Ley de Expropiación Forzosa de España de 16 de diciembre de 1954, que en su artículo 121.-1 proclamó que “dará lugar a indemnización... toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos... siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos... sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo”.

(15) A esta acertadísima conclusión llegó la Sala Constitucional, –haciendo eco de la lógica– en voto de las catorce horas diez minutos del 29 de octubre de 1992.

convertir al proceso civil de hacienda casi en una réplica del contencioso administrativo, a pesar que las razones que le dan origen y el derecho de fondo en uno y otro son diametralmente opuestas.⁽¹⁶⁾

Pero no por compartir el criterio de la reunificación de las jurisdicciones para lo Contencioso Administrativo y lo Civil de Hacienda, –por el ahorro en recursos humanos y financieros–, compartimos la forma en la que nuestros administradores y tribunales han arbitrado en los procesos Civiles de Hacienda, en razón que en esta materia no se pueden aplicar los mismos plazos para los recursos administrativos y jurisdiccionales como en lo propiamente contencioso, y se hace caso omiso de las diferencias legales y doctrinales existentes. En la práctica se ha instituido que una vez que el administrado, presente su reclamación bajo cualquier título común, –civil o mercantil– se disparan legal y automáticamente contra él, el régimen de los recursos administrativos como si se estuviera en presencia de una impugnación administrativa y son obviamente más cortos los plazos que los reconocidos para las reclamaciones de naturaleza civil o mercantil, como lo son la prescripción decenal o cuatrienal, según sea el título. Es decir que a pesar de la existencia de una relación meramente privada entre la Administración y el administrado en la que se está en un plano de igualdad, tanto la Administración como los Organos Jurisdiccionales le aplican a aquel los plazos existentes para la impugnación de los actos de derecho público, causando no solamente perjuicio económico, sino que en abierta confrontación con normas legales que contemplan en forma expresa lo contrario.⁽¹⁷⁾

Por esa equiparación procesal de la Administración con el administrado en la que no se necesita de ninguna actuación administrativa previa para solicitar la protección jurisdiccional, es posible que exista la contrademanda en un proceso, pues tanto el administrado como la Organización Pública pueden causarse perjuicio el uno al otro. Piénsese por ejemplo en el caso que por una

(16) Ortiz Ortiz, Eduardo, *Materia y Objeto del Contencioso Administrativo*, Revista de Ciencias Jurídicas número 5.

(17) Se encuentran en esta hipótesis los bancos del Estado que cuando incumplen una obligación contractual proveniente de un préstamo mercantil obligan al administrado perjudicado a acudir en los plazos perentorios existentes en esta materia, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a un juicio ordinario, en reclamo de sus derechos. Cuando la situación es al contrario, tienen –los bancos– los plazos que el título les otorga y por la vía sumaria del ejecutivo, simple, hipotecario o prendario. La desigualdad en estos casos es improcedente, pues se trata de relaciones privadas de la Administración en el ejercicio de su doble capacidad. Para confirmar lo dicho, el artículo 3.-2 de la Ley General de la Administración Pública expresa: “El derecho privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro puedan estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes.

colisión de vehículos pertenecientes a un ciudadano y a una entidad pública, aquel pretenda de aquella un resarcimiento de daños y perjuicios. En ese caso concreto, le cabe a la Administración la posibilidad de contrademandar a edictos que sea el actor quien cubra los daños que le causó con la colisión. Es una cuestión meramente probatoria de la responsabilidad civil de las partes en el proceso por daños. No existió ninguna actuación de poder público de la entidad, sino una simple actuación material, que según sea el resultado puede ser considerada legítima o ilegítima.

El artículo 2 de la LRJCA incluye como del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, lo relativo al cumplimiento, interpretación, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por el Estado y demás entidades de Derecho Público, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie. Así también de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y demás entidades de la Administración Pública.⁽¹⁸⁾

El término jurisdicción contencioso-administrativa utilizado por el legislador en la mencionada norma no se refiere a un tipo de proceso en que se debe juzgar la cuestión, sino al “fuero” en el cual será ventilado el caso. Más claro. La Jurisdicción como potestad dimante de la soberanía del Estado, es necesariamente única; es imposible conceptualmente que un Estado tenga más de una jurisdicción,⁽¹⁹⁾ a pesar que tradicionalmente se ha venido hablando de una jurisdicción civil, penal, laboral. Pero como puso de manifiesto Prieto Castro,⁽²⁰⁾ las divisiones de la Jurisdicción en civil, penal y/o laboral, entre otras, no son más que modos de manifestarse de la única función jurisdiccional, pues todas ellas operan con los mismos elementos, con la sola diferencia que entre ellas existe una distinta configuración de los principios del proceso y en la regulación de los procedimientos con arreglo a los cuales se ejercen. Por ello es interesantísima la cita que hace Alcalá-Zamora cuando nos dice: *“Podríamos afirmar que del proceso sabemos donde está, pero no lo que es, si una relación o una situación jurídica, de la Jurisdicción sabemos lo que es, pero no dónde está, si en el Derecho Procesal o en el Constitucional y de la acción no sabemos ni lo que es ni donde está.”*⁽²¹⁾

(18) Artículo 2 incisos a) y b) de la LRJCA número 3667 del 12 de marzo de 1966.

(19) Sin embargo para cierto sector de la doctrina es posible esa posibilidad al considerar como una segunda jurisdicción, por ejemplo la Militar. No obstante ello, es minoritaria esa concepción, pues más bien ésta no se considera jurisdicción sino un tribunal especial.

(20) Prieto Castro, citado por Montero Aroca, Juan, *Introducción al Derecho Procesal*, editorial Tecnos, página 28.

(21) Alcalá, Zamora, N., *Estudios de Derecho Procesal* en honor de Hugo Alsina, Buenos Aires, 1946, página 768.

Es decir, el artículo 2 citado hace referencia a que dichas cuestiones en las que están involucrada una entidad pública deberá ser –procesalmente hablando– resuelta por los tribunales especializados de lo contencioso administrativo, pertenecientes a la única jurisdicción del Estado cuyo ejercicio se le encomendó al Poder Judicial.

Lo anterior fue correctamente resuelto por la Sala Primera de la Corte, en sentencia de las 14:45 horas del 21 de enero de 1987, que en lo que interesa dice: *“No estamos en el presente asunto ante una demanda contencioso administrativa, interpuesta para impugnar algún acto de la Administración Central o de los otros entes públicos, ni un proceso de lesividad en que la Administración está pretendiendo que se invalide un acto propio, sino de un juicio civil planteado por una institución autónoma, para que se declare que la parte contraria incurrió en responsabilidad por incumplimiento del contrato en que le vendió a la actora dos tanques destinados al trasiego de alcohol y que debe indemnizar los daños y perjuicios; así las cosas, es obvio que resulta aplicable la Ley Reguladora de la Jurisdicción ContenciosoAdministrativa”*.

La norma en cuestión utiliza el término jurisdicción contencioso-administrativa, como sinónimo de potestad genérica de esos órganos especializados para resolver las cuestiones relacionadas con la Administración. Pero la LRJCA no se queda ahí, sino que agrega: *“Para los fines del inciso c) del artículo anterior, de los juicios atribuidos a la vía civil de hacienda, los ordinarios se tramitarán de conformidad con la presente ley, y los de más, de acuerdo con la tramitación señalada en el Código de Procedimientos Civiles –hoy Código Procesal Civil– o en leyes especiales”*.⁽²²⁾

Esta norma introduce otra dificultad. Efectivamente, al indicar que los ordinarios civiles de hacienda se tramitarán conforme a esta ley, pareciera que se excluye expresamente la aplicación del Código Procesal Civil para los juicios ordinarios civiles de hacienda. Ello se deduce de una interpretación lógica y congruente que nace de la redacción de la norma, pues ordena la aplicación de ese cuerpo procesal –el Código Procesal Civil– “a los demás juicios”, que entendemos se refiere a los ejecutivos, interdictos, desahucios etc.

En el caso, –donde procede la aplicación de la LRJCA– de los ordinarios civiles de hacienda, sería procesalmente imposible que exista la reconvencción, y tendría en su caso la Administración o el particular según sea su posición dentro del proceso, que instaurar nuevo juicio para hacer valer otras pretensiones, contrarias a las del actor en este juicio.

Ello pareciera tener algún sentido. Si la Administración instaura un proceso ordinario para obtener la reparación de daños y perjuicios de un particular que la perjudicó, debe de previo iniciar un procedimiento administrativo

(22) Artículo 3 inciso 1) de la LRJCA.

en el cual quede constancia que efectivamente hubo o existió el daño, y cumplido ese requisito, dictará el acuerdo que ordene iniciar los trámites del resarcimiento. Me explico. Si en un caso la Administración demanda a un particular por un incumplimiento de contrato, deberá de iniciar procedimiento administrativo en el que se establezca en forma efectiva el incumplimiento del contratista, que se verifique la verdad material que servirá de base para la demanda. En el caso contrario, si el particular instaura el proceso ordinario civil de hacienda para que se obligue a la Administración a resarcirlo por los daños y perjuicios causados con su incumplimiento contractual, igualmente y aunque no lo solicite, se deberá realizar un procedimiento administrativo previo a la interposición de la demanda por parte del contratista, pues como requisito para darle curso a la interposición y posteriormente a la demanda, el ordenamiento jurídico administrativo ordena el agotamiento de la vía administrativa, que en estos casos significa ni más ni menos que presentar una reclamación de daños y perjuicios a nivel administrativo y únicamente ante la negativa de la Administración –en forma expresa o presunta– podrá acudir a estrados judiciales a hacer valer sus derechos. En consecuencia, siempre deberá recurrir –en estos supuestos– contra una actuación administrativa. ¿Cómo podría contrademandar el Estado en estos casos? Si la Administración espera a que el particular demande para entablar contrademanda, estaríamos frente a un INCUMPLIMIENTO DE DEBERES, pues una vez verificado por ésta el incumplimiento queda obligada a obtener del particular la reparación de los daños que le causó, pero siempre con la instauración del procedimiento administrativo previo que tendrá la finalidad de asegurar la correcta actuación administrativa.⁽²³⁾ Sin esa actuación previa habría una total falta de legitimación de la Administración, como de seguido pasamos a estudiar.

LA LEGITIMACION EN EL PROCESO CONTENCIOSO

La legitimación, en sus distintos aspectos, ha constituido siempre uno de los puntos negros de la legislación y práctica del contencioso administrativo. Ha constituido uno de los obstáculos mas difíciles de superar que ha encontrado el administrado en sus pretensiones de Justicia y uno de los requisitos procesales que ha permitido a los Tribunales las interpretaciones más formalistas.⁽²⁴⁾ Según

(23) González Ballar, Rafael, *Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo en la Ley General de la Administración Pública*, Revista de Ciencias Jurídicas número 53, página 109.

(24) González Pérez, Jesús, *El Proceso Administrativo en Costa Rica*, Revista de Ciencias Jurídicas número 24. En el mismo sentido el mismo autor en Comentarios a la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en el que agrega que la legitimación está ligada a que la anulación del acto suponga un beneficio para el demandante.

considera un autor nacional, se entiende por legitimación, “la aptitud especial o capacidad cualificada de un sujeto para ser parte en el procedimiento o proceso concretos. Y tal capacidad queda derivada en virtud de la relación existente entre la esfera de intereses y derechos de ese sujeto con el acto o hecho realizado por otro sujeto que ilegítimamente invadió tal esfera”. Y continúa el mismo autor: “En efecto, la mera legitimación aducida no es más que la manifestación condicionada a comprobación, lo que demuestra, desde el principio, el presupuesto material de la acción. Porque el sujeto que se siente afectado en sus intereses legítimos o derechos subjetivos por algún acto o disposición administrativa se siente también legitimado en el potencial proceso y con plena capacidad jurídica de hacer valer su pretensión o acción afirmada”.⁽²⁵⁾

LA LEGITIMACION ACTIVA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Se conoce ésta como la posición dentro del proceso de quien lo instaura o inicia con la finalidad que un órgano jurisdiccional proceda a la anulación de un acto administrativo que lo perjudica en la esfera de sus intereses legítimos y/ o derechos subjetivos. Es la aptitud para ser demandante en el proceso contencioso, para deducir una pretensión y que el órgano jurisdiccional haya de examinarla en cuanto al fondo. Deriva de la titularidad de una relación jurídica o del interés en la invalidación del acto.

Siendo que el proceso contencioso administrativo tiene como fundamento básico la nulidad de un acto de la Administración sujeto al Derecho Administrativo,⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾ se entiende y comprende que los únicos legitimados para interponer el proceso contencioso administrativo son los destinatarios del acto que se sienten perjudicados en la esfera de sus intereses legítimos o derechos subjetivos. Esa conclusión no es antojadiza ni es un mero ejercicio intelectual,

(25) Jiménez Meza, Manrique, *La Legitimación Administrativa para la Defensa de los Intereses Legítimos y los Derechos Subjetivos*, 1990, página 24.s

(26) Cuando el profesor Ortiz se pronunció sobre el objeto y la materia del contencioso administrativo, fue enfático al indicar y exigir que los requisitos fundamentales de este proceso es un acto administrativo sujeto al Derecho Administrativo.

(27) Incluso el profesor González Pérez en la interpretación que hace del artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de España, antes de la reforma, expresa que: “habrá que decir que falta la jurisdicción cuando la pretensión instada se deduzca en relación con actos de la Administración que no estén sujetos al Derecho Administrativo. *Op. cit.*, página 130.

sino que emana del mismo Ordenamiento Jurídico, iniciando con el texto constitucional en su artículo 49.⁽²⁸⁾ Sobre el mismo contenido normativo de la norma 49 Constitucional y en reiteración y ratificación de que el objeto del contencioso administrativo es un acto de la Administración en el ejercicio de competencias públicas, el artículo 1.-1 de la LRJCA expresa lo siguiente: Art. 1. “Por la presente ley se regula la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, encargada de conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública, *sujetas al Derecho Administrativo*”.

Son excesivamente pocas las ocasiones que la calidad de demandante en un juicio contencioso-administrativo la ostente otra entidad de derecho público,⁽²⁹⁾ por lo ya dicho y con ocasión también del contencioso de lesividad, que es objeto de otro análisis.

Los artículos 10, 11 y 18 de la LRJCA al identificar a los sujetos legitimados activa y pasivamente, reconocen expresamente que el proceso contencioso administrativo tiene como fin último la anulación de un acto administrativo emanado de una autoridad pública en el ejercicio de sus patentes también públicas. Y en las confrontaciones judiciales de la jurisdicción civil de hacienda, estaríamos en la misma situación si se realizara una interpretación auténtica del artículo 3.1, pues, repito, expresamente indica que en los procesos ordinarios civiles de hacienda se aplicará el procedimiento contemplado en dicha Ley, excluyendo taxativamente el Código Procesal Civil, salvo en los casos que no exista norma procesal administrativa aplicable, en los que por disposición del artículo 103 de la LRJCA se remite al de rito.

Por ello sería formal y materialmente imposible que una entidad pública demandada en un proceso contencioso-administrativo donde se solicite la anulación de un acto administrativo con resarcimiento de daños y perjuicios, – o sin ella– pueda contrademandar al particular accionante, pues en dicho proceso, como se ha dicho reiteradamente, lo que se discute es la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo sujeto al derecho administrativo emanado de la entidad demandada.⁽³⁰⁾

(28) Dice el mencionado artículo en lo que interesa: Art. 49: “Establécese la jurisdicción contencioso administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.

(29) Este el caso de otras naciones cuya organización política no es unitaria como en el caso nuestro. Tenemos entre esos casos a España dividida en diferentes polos de poder político como son las denominadas Comunidades Autónomas que tienen legitimación para impugnar actos estatales, y las Corporaciones Locales para impugnar actos de las Comunidades Autónomas.

(30) Salvo en los supuestos del artículo 11.2.-b) de la LRJCA, que le otorga legitimación pasiva a la Contraloría General de la República.

LEGITIMACION DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA

En este párrafo aludiremos a este órgano por constituir una figura jurídica diferente. Es distinto porque en el caso de las Instituciones Autónomas y en las Municipalidades, existe una unidad administrativa. Es decir que es un mismo sujeto el que realiza la administración activa y el legitimado para actuar procesalmente cuando ello sea procedente.

La Procuraduría General de la República es el órgano que ostenta la representación del Estado en todos los procesos que se ventilen contra éste, dándose en la especie una quiebra de la unidad de la que hablamos supra, pues esa oficina no puede ejecutar actos de administración activa. Es obvio, por razones de carácter político que esa representación debe tener límites en razón que al no tener potestades de administración activa, su interferencia dentro de la actividad del Estado debe circunscribirse a lo que su ley orgánica le indica: dar asistencia técnico-jurídica a toda la Administración Pública, y ostentar la representación del Estado en los juicios que se instauren contra éste o por éste.

Nos referimos al hecho que la Administración Central –que es la encargada de ejecutar las leyes y que para el cumplimiento de éstas y de los fines que persigue es quien dicta y ejecuta la mayor cantidad de actos administrativos– está manejada en su cúpula por órganos estrictamente políticos: Presidente y Ministros. Como el arte de gobernar no se circunscribe a la ejecución de leyes, sino que tiene como fundamento un determinado programa de acción, construido sobre las preferencias políticas de los gobernantes,⁽³¹⁾ es a éstos a quienes les compete decidir en forma definitiva cuando un acto afecta los intereses del Estado. Efectivamente, en muchas ocasiones un acto que en apariencia tiene efectos negativos para el Estado y obliga a una reparación, desde una perspectiva del jerarca del órgano no es así, pues ello le podría permitir obtener un beneficio aún mayor que el posible perjuicio. Tómese por ejemplo la desviación ilegal por un finquero, del cauce de un río. En principio el Estado debería obligar a restituir las cosas en el estado anterior. Pero puede ser que la visión política permita que a través de esa desviación se eviten futuras inundaciones en localidades aledañas o la construcción de una represa que en otras circunstancias no era posible construir. En igual sentido podría ser el ejemplo del depósito libre de Golfito con la presunta violación del principio de igualdad ante las cargas públicas. Con su

(31) El término “política” lo utilizamos aquí bajo el concepto patentado por Aristóteles, en el sentido que a través de ella se logra mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos, siempre y cuando los políticos tengan como meta única este cometido. Ello lleva a concluir que sólo existe una política, –la de mejorar la calidad de vida de las personas– pero diferentes medios para hacerlo. De ahí que cada gobernante le pueda atribuir más importancia a una actividad con respecto a otra.

puesta en marcha los ingresos del Estado disminuyeron por la reducción de la carga tributaria a quienes adquieran bienes en ese lugar. Pero desde una conceptualización política, causa mayores beneficios, pues con él se logra el desarrollo de toda una comunidad que en otras condiciones significaría una carga financiera para el Estado, mayor que los potenciales tributos le podría generar. Todos esos elementos sólo pueden ser sopesados por el político, concretizándose de esa manera un obstáculo infranqueable a la Procuraduría para acudir a los Tribunales en defensa del Estado sin un acuerdo de la Administración Activa que así se lo solicite. Aceptar lo contrario sería permitirle a ese órgano hacer administración activa, lo que le está legal y jurisprudencialmente vedado.⁽³²⁾

La legitimación de la Procuraduría para comparecer en juicio le proviene de su Ley Orgánica, en sus artículos 3, 20 y 21, así como del artículo 15.1 de la LRJCA. Un análisis de la principal norma –el artículo 20–, nos conducirá al objetivo de este ensayo.

El artículo 20 de la LOPGR, dice en lo que interesa: *“El Procurador General, el Procurador General Adjunto y los Procuradores tienen, en cuanto a los juicios en que intervengan ante las autoridades de justicia, las facultades que corresponden a los mandatarios judiciales, según la legislación común...”* Por su parte el artículo 21 ibidem en lo que interesa, expresa: *“Está prohibido a los servidores a que se refiere el artículo anterior: dejar de establecer las demandas o reclamaciones en las que deban intervenir como actores;...”*

La primera norma supra transcrita no permite deducir de su texto ningún apoderamiento especial en favor de la Procuraduría, sino que hace una remisión legislativa a la Legislación Común. Debemos de indicar que a nuestro modo de interpretar el texto del artículo indicado, es contrario al contenido del artículo 11 de la Carta Política y 6,9 y 11 de la LGAP, en cuanto les confiere una potestad para hacer otros actos, diferentes a los que el Ordenamiento Jurídico Administrativo permite. Si bien ese artículo 20 no es una norma sustancial sino procesal; de lo que expresa el artículo 3.-k de su ley orgánica se concluye que este órgano no puede actuar contrariando ningún derecho ciudadano, sino todo lo contrario, está obligado en forma expresa a defenderlos de la arbitrariedad pública. Esa conclusión tiene raigambre jurídico-legal, pues el artículo 15.3 de la LRJCA, es claro y expreso al indicar que si el representante del Estado estima que el acto impugnado en el proceso contencioso, es ilegal, deberá hacerlo saber al Ministro o al Superior de que depende el órgano autor del acto.⁽³³⁾

(32) Al respecto ha sido muy clara la Sala Constitucional, al vedarle esa posibilidad a la Procuraduría General de la República. Véase la resolución de las diez horas, diez minutos del 20 de noviembre de 1991.

(33) En el cumplimiento de dicha obligación jurídico-moral, la Procuraduría estaría cumpliendo fiel y honestamente su papel dentro de la sociedad costarricense, pues

Otra forma razonable de llegar a esa conclusión, es que si efectivamente se le estuviese otorgando esa amplia legitimación en la defensa de los intereses del Estado, –bajo cualquier supuesto–, por qué entonces la desaplicación de esa norma y consecuentemente su falta de legitimación activa para acudir directamente a la Justicia Constitucional. Si la interpretación del artículo 20 es en forma amplia y extensiva, por qué su incapacidad procesal para accionar directamente ante la Sala Constitucional en defensa de los intereses del Estado y/o del ciudadano como lo manda el artículo 3 de su ley?⁽³⁴⁾ Consideramos que el artículo tantas veces repetido debe ser interpretado en forma restrictiva.

Es correcto, el artículo 3.k de la LOPGR obliga a ésta a defender los derechos fundamentales de la persona, sin indicar los sujetos de los que podría eventualmente provenir esa violación por lo que se debe de entender como cualquier forma de violación y de cualquier sujeto, público o privado. No obstante ello, la Procuraduría no puede acudir directamente a la Sala Constitucional sin la existencia previa de un asunto en que la resolución de la Sala constituya un medio razonable de defensa, como si lo puede hacer la Defensoría de los Habitantes. Si se le admitiera otra legitimación que no sea la de defender los intereses del Estado en forma pasiva en los procesos contenciosos administrativos, podríamos estar en presencia de una violación constitucional y de un exceso de poder en el ejercicio de sus competencias.

El artículo 49 constitucional, así como los artículos 1, 11 y 18 de la LRJCA son claros y expuestos al indicar que el objeto del juicio contencioso administrativo es la anulación de un acto de la Administración en el ejercicio de potestades públicas. En esa tesitura que no está sujeta a interpretación por lo diáfano del contenido, no puede el Estado contrademandar al particular si éste no tiene capacidad de dictar actos perjudiciales a la Administración. En la eventualidad que una entidad pública se viese perjudicada por un acto de un particular, como es el caso de una colisión contra un vehículo del Estado, la falta

no se le reconoce como abogado particular del Estado sino como el defensor objetivo de la legalidad administrativa. Al decir del Dr. Jiménez Meza: “...su conversión orgánica a rango constitucional como órgano auxiliar de obligada colaboración y representación del Estado, para lo que dejaría de ser un órgano adscrito al Ministerio de Justicia, para la evitación de tentaciones ajenas a la esfera material de la justicia misma”.

- (34) Nótese al respecto que la Ley de la Jurisdicción Constitucional le da legitimación al Defensor de los Habitantes en su artículo 96.-ch, que le permite formular consultas de constitucionalidad sobre normas emanadas del legislativo cuando considere que pueden infringir libertades fundamentales. Y el artículo 3 de la LOPGR indica que ésta está en la obligación legal de defender los derechos fundamentales del ciudadano, sin identificar al infractor, por lo que se deduce que es ante y contra cualquier infractor.

de pagos de una obligación, el cobro indebido de dineros, la Administración afectada no interpondría, –porque es improcedente– un juicio contencioso administrativo, sino un proceso Civil de Hacienda o el sumario proceso ejecutivo, además del caso en que hace uso de las facultades que al efecto le otorga el artículo 204 de la LGAP, en los supuestos por ella contemplados, circunstancia en la que acude al mencionado sumario ejecutivo.

EL MANDATO EN EL CODIGO CIVIL CON RESPECTO AL PROCURADOR

Como vimos en líneas atrás, la LOPGR hace una remisión a la legislación común para el conferimiento de las facultades que como apoderado puede ejercitar. Es obvio que esta remisión, –lo que se conoce como pereza legislativa– es contraria a lo que establecen los artículos 11 y 49 de la Constitución Política. Pero además de ello, en la eventual y remota posibilidad que su contenido no fuera totalmente inconstitucional, se daría una evidente contradicción con normas reguladoras de la actividad administrativa. Efectivamente, el artículo 3 de la LGAP establece que el Derecho Público regulará la organización y actividad de los entes públicos, salvo norma expresa en contrario. Por otro lado el artículo 9 del mismo cuerpo normativo establece la independencia del ordenamiento jurídico administrativo con las otras ramas del derecho, lo que armonizado con el artículo 11 y 16 harían casi imposible –jurídicamente interpretados– la aplicación del artículo 1289 del Código Civil. Esta imposibilidad nace de lo siguiente: El artículo 9 de la LGAP dice en lo que interesa: “*El ordenamiento jurídico administrativo es independiente de otros ramos del derecho. (sic) Solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios*”. Resulta de lo supra transcrito, que la utilización del Derecho Privado es únicamente en ausencia de norma administrativa aplicable, escrita o no escrita. En el caso bajo examen existen normas en el ordenamiento administrativo, por lo que no puede remitirse a la legislación privada. Se encuentra ese apoderamiento en el artículo 15 de la LRJCA y en el artículo 21 de la LOPGR.

Pero además existe una limitación legal que le impediría a la Procuraduría actuar conforme a un mandato del Derecho Privado. Veamos: El mandatario judicial en el derecho privado, está en la obligación de hacer absolutamente todos los actos y diligencias que sean necesarios para salvaguardar los intereses y derechos de su mandante, sin entrar a analizar la razonabilidad o no de sus pretensiones procesales. Es decir, es totalmente ciego ante la verdad real de los hechos que originaron el litigio. Su misión y obligación legal es la de defender a su poderdante.

En el Derecho Público esas condiciones del mandatario son imposibles, pues por las características propias de él, la función del Procurador es la de velar porque la actuación de la Administración se canalice por los medios que el Ordenamiento Jurídico le permite, lo que significa que es contralor objetivo de legalidad de la actividad administrativa, que lo inhibe de realizar diligencias judiciales contrarias a una correcta interpretación y resolución judicial. Esa es la inteligencia del artículo 15 de la LRJCA.

Con lo dicho líneas arriba, no sólo demostramos la imposibilidad material de que la Procuraduría pueda contrademandar en el proceso contencioso administrativo, –por ser contrario al objeto del juicio–, sino la imposibilidad procesal por disposición legislativa. El artículo 10.2.-5 de la LRJCA establece la imposibilidad de que los órganos de una entidad pública puedan interponer juicio contencioso administrativo contra un acto de ésta. Por su parte el artículo 1289 –al que remite el artículo 20 de la LOPGR–, expresa que el mandatario puede apersonarse como actor o como reo a nombre de su poderdante, en cualquier negocio que interese a éste. En la materia objeto de este estudio esa posibilidad está completamente vedada por lo dicho supra y contemplado en el artículo 10.2.-5 de la LRJCA, y de la interpretación armoniosa de otras normas.⁽³⁵⁾ En buen romance y no teniendo la Procuraduría personería jurídica propia –como órgano y no la que ostenta en representación del Estado–, se debe interpretar que es un órgano del Estado, lo que la inhibe de actuar en forma independiente a éste, y para ello requiere de una declaratoria previa de la Administración Activa, en la que declara lesivo el acto administrativo y remite el expediente a ese órgano para que interponga las acciones judicialmente. Antes está imposibilitada.⁽³⁶⁾ La Procuraduría es un órgano del Ministerio de Justicia,

(35) Pueden verse los artículos 173.6 y 183.3 de la LGAP, 10.2.4 y 35.1 de la LRJCA.

(36) Sobre la necesidad de que la Procuraduría obtenga una autorización de la Administración Activa para realizar diligencias contrarias a las que por ley le corresponden, podemos citar la sentencia número 18 de las 16:15 horas del 12 de marzo de 1980 de la Sala de Casación, que en lo que interesa dice: “Si la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República prohíbe a los funcionarios de esa dependencia no interponer oportunamente los recursos legales contra actos ejecutados o resoluciones dictadas en contra de las demandas o pedimentos que haya presentado o en perjuicio de intereses cuya defensa le está confiada, y en el presente caso el personero del Estado planteó recurso de casación a fin de que se condene en ambas costas, pero en escrito posterior desiste del recurso, este desistimiento no es procedente, ya que hay de por medio un interés del Estado y el representante de éste no tiene la autorización del órgano respectivo que en tal caso se necesitaría”.

Con esta sentencia queda plasmada en forma fehaciente, la imposibilidad de equiparar el mandato del Procurador con el de Derecho Privado.

con independencia funcional y de criterio en el ejercicio de sus funciones, lo que podría llevar a considerarla a lo sumo como un órgano desconcentrado, con competencias bien delimitadas por la ley. En caso de querer actuar en defensa de los intereses del Estado, asumiendo la posición de demandante, requiere de un acto administrativo del jerarca de la Administración Activa que así se lo pida, pues ello únicamente es posible en el contencioso de lesividad o en los procesos civiles de hacienda, siempre y cuando se instauren estos para el resarcimiento de una suma líquida y exigible, pues si en éstos de lo que se trata es de determinar responsabilidades por incumplimientos contractuales, no se puede realizar por la vía de la contrademanda en ausencia de un procedimiento administrativo previo que deje constancia clara y expresa de ese incumplimiento.

Lo dicho queda patentado en el artículo 11 de la Ley de la Contratación Administrativa, que en lo que interesa dice: Art. 11: *Unilateralmente, la Administración podrá rescindir o resolver, según corresponda, sus relaciones contractuales, por motivos de incumplimiento, por causa de fuerza mayor, caso fortuito o cuando así convenga al interés público, todo con apego al debido proceso*.⁽³⁷⁾

La norma supra transcrita está referida estrictamente a la contratación administrativa, y aún por el incumplimiento del contratista deberá instaurar todo el procedimiento administrativo, lo que la inhibe de hacer valer sus derechos por la vía de la contrademanda. Más claro aún, tratándose de asuntos relacionados con la contratación administrativa, la Administración deberá de contar con la autorización de la Contraloría General de la República en todos aquellos casos en los que ésta considere que debe ser requerida su aprobación, e igualmente es quien tiene la potestad para anular actos o contratos, salvo las competencias que por la LGAP y la LAF se les concede a las Administraciones Activas. Ello tiene como consecuencia directa y lógica que de previo a la modificación o extinción unilateral de un contrato administrativo o de un acto declaratorio de derechos, se requiere del procedimiento establecido en la LGAP o en la LAF y el RCA, si no estamos en los supuestos del artículo 28 de la LOCGR.⁽³⁸⁾

CONCLUSIONES

El instituto de la contrademanda en el proceso contencioso administrativo, y aún en el civil de hacienda, debe ser muy bien analizado por el juzgador de

(37) Ley de la Contratación Administrativa, número 7494 publicada en el Alcance número 20 a la Gaceta número 110 del 8 de junio de 1995.

(38) Puede verse para corroborar la tesis, el contenido de los artículos 11, 17, 20 y 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República número 7428 publicada en la Gaceta 210 del 4 de noviembre de 1994.

previo a darle curso. Debe hacerse un análisis de cuáles son las pretensiones de las partes y el origen de ellas, pero fundamentalmente debe tomarse en consideración cuál es la posición de la Administración en el proceso.

Es claro que la determinación del tipo de proceso no queda sujeta a lo que las partes manifiesten o pretendan. Es irrelevante para el Juzgador que una o las dos partes indiquen que el proceso sea civil de hacienda, de anulación o de plena jurisdicción. A él le corresponde como tercero imparcial, como Juez, por disposición legal y lógica jurídica, encauzar los procedimientos –cuando ello sea posible– por el trámite que efectivamente le corresponda, previo análisis mental, intelectual, de razonamiento e interpretación de los elementos que constan al expediente. Esa es una tarea judicial elevada pero muy delicada y no debe perderse nunca de vista, pues se podía llegar a instaurar una verdadera anarquía en la Justicia Administrativa que está muy lejos de ser querida.

Lo contrario sería permitirle a las partes determinar no sólo la jurisdicción, sino incluso hasta el Juez de su conveniencia, en una clara manifestación de irrespeto al derecho ciudadano de una Justicia no sólo pronta y cumplida, sino apegada a los más sanos principios de imparcialidad y objetividad para una resolución fundamentada en aquella y sin sujetarse a las tentaciones ni pensar en las conveniencias temporales provocadas por un Estado cada vez más FRIO, CALCULADOR E IRRESPETUOSO DE LA PERSONA HUMANA.

LA AGRESION

Máster Manuel Castro Lobo^(*)
Abogado costarricense

(*) Catedrático Universidad de Costa Rica

SUMARIO:

1. Introducción
2. Definición
3. Importancia
4. Ejemplos
5. Tipos
 - a) Territorial
 - b) Dominante
 - c) Sexual
 - d) Disciplinaria
 - e) Para producir destete
 - f) Moralística
 - g) De predador
 - h) Contra el predador
6. Límites de la agresión
7. Costumbres
8. Moral
9. Vínculo entre los animales y el ser humano
10. Consideraciones sobre nuestro cerebro
11. Nuestra normativa
12. Bibliografía

1. INTRODUCCION

El presente trabajo es un estudio del concepto de la agresión a la luz de los postulados de la Sociobiología. El concepto de agresión posee especial significado en el campo jurídico. Por esa razón, me referiré en forma breve a la nueva óptica que brinda la Sociología en el estudio de este tema en el campo legal. También, este concepto tiene una gran importancia en el campo filosófico, principalmente, en el campo moral. No es raro entonces, que autores como Lorenz se refieran continuamente a filósofos como Kant y su "Crítica a la razón práctica" y a Heráclito y a su concepto del cambio continuo, principalmente aplicado a la naturaleza humana.

El objetivo de este trabajo es de confrontar el pensamiento de figuras notables de la Sociobiología con posiciones filosóficas y jurídicas. Espero lograr una síntesis que aporte una visión más amplia del concepto de la agresión y utilizar los postulados de la Sociobiología para obtener una comprensión mayor de lo que es el ser humano.

2. DEFINICION

Es muy difícil tratar de definir lo que es agresión sin tener en mente su manifestación en el campo humano. Este término es usado para designar una serie de comportamientos que no son exclusivos de los animales. La agresión implica una violación a los derechos del otro, a fin de alcanzar algo que le pertenece a ese otro. El medio para alcanzarlo puede ser la intimidación o el uso de la fuerza física. Como veremos más adelante, la agresión conlleva una mezcla de diferentes conductas y busca alcanzar una variedad de objetivos. Wilson define la agresión de la siguiente manera:

"What is aggression? In ordinary English usage it means an abridgment of the rights of another, forcing him to surrender something he owns or might otherwise have attained, either by a physical act or by the threat of action... The essential fact to bear in mind about aggression is that it is a mixture of very different behavior patterns, serving very different functions". (Wilson, Sociobiology. 242).

La agresión conlleva una serie de respuestas en el sistema endocrino y nervioso del animal, programadas para darse en tiempos de estrés. Según

Wilson, la agresión es genética pues posee un alto grado de herencia y por ende, es susceptible de evolucionar. La manera en que se manifiesta la agresión se encuentra estereotipada y por ende es predecible bajo ciertos estímulos (Wilson, Sociobiology. 248).

3. IMPORTANCIA

La agresión es un instinto muy importante. Desgraciadamente, se encuentra muy estigmatizado. Se resaltan sus aspectos negativos, inmorales, violentos, criminales, etc. Pero pocas veces se comprende que sin este instinto no sería posible, aunque suene paradójico, la existencia de la vida.

No es recomendable estimular la existencia de este instinto en nosotros. Debemos aceptarlo y comprenderlo. Su conocimiento permitirá un mejor uso de él. Al respecto, Lorenz manifiesta lo siguiente:

“Tenemos buenas razones de pensar que la agresión dentro de la especie, en la situación cultural, histórica y tecnológica de la humanidad, es el más grave de todos los peligros. Pero nuestras perspectivas de hacerle frente no mejoran si la aceptamos como algo metafísico e ineluctable, y tal vez sería mejor buscar el encadenamiento de sus causas naturales. Siempre que el hombre ha conseguido domar los fenómenos de la naturaleza ha sido gracias al conocimiento de las causas que lo determinan... Sabido es que Darwin también se había planteado el problema del valor que tiene para la supervivencia de la especie la agresividad, y había hallado una respuesta satisfactoria: siempre es ventajoso para el futuro de la especie que sea el más fuerte de dos rivales quien se quede con el territorio o la hembra deseadas. Como suele suceder, esta verdad de ayer no ha dejado serlo hoy”. (Lorenz. Sobre la agresión 38, 39).

Para muchas personas puede sonar muy chocante el afirmar que es ventajoso el hecho de que el más fuerte sea siempre quien obtenga las mejores cosas. Una serie de principios de cortesía, de buenos modales, de las denominadas “buenas costumbres”, etc., quedaría sin sustento si postulamos el principio de Darwin de que es ventajoso para el futuro de la especie el que el más fuerte sea siempre el vencedor. Ello establece unas reglas de convivencia social radicalmente diferentes a las que posee nuestra sociedad o al menos pretende tener.

4. EJEMPLOS

La naturaleza nos ofrece muchos ejemplos de agresión, la cual es utilizada para varios fines, como mantener cierta distancia con los demás, para establecer jerarquías, o para disuadir a la hembras de dejar el harem.

"Males of langurs, patas, and many others species use aggression to maintain troop distance. Similar behavior is also employed by a diversity of species, including langurs, to establish and to sustain dominance hierarchies. Male hamadryas baboons use aggression to herd females and discourage them from leaving the harems". (Wilson. Sociobiology. 22).

5. TIPOS

Wilson establece los siguientes tipos de agresión:

- a. agresión territorial; ✓
- b. agresión por dominación; ✓
- c. agresión sexual; ✓
- d. agresión por disciplina de los padres; ✓
- e. agresión para ocasionar el destete; ✓
- f. agresión moralística; ✓
- g. agresión del predador; ✓
- h. agresión contra el predador. ✓

a) Territorial

La agresión territorial es la que se utiliza para repeler a los intrusos. En las aves, cuando una hembra invade el territorio de un macho, la conducta agresiva se torna muchas veces en cortejo.

"The territorial defender utilizes the most dramatic signaling behavior at its disposal to repulse intruders. Escalated fighting

is usually employed as a last resort in case of a standoff during mutual displays. The losing contender has submission signals that help it to leave the field without further physical damage, but they are ordinarily not so complex as those employed by subordinate members of dominance orders. By contrast, females of bird species entering the territories of males often use elaborate appeasement signals to transmute the aggressive displays of the males into conciliation and courtship". (Wislon. Sociobiology. 242).

Esa conducta es característica del ser humano y Lorenz nos brinda un interesante ejemplo, el que denomina como el "comportamiento de ferrocarril". Señala Lorenz lo siguiente:

"El hecho de que el mero conocimiento personal de un congénere inhibe la agresividad (naturalmente, sólo de un modo general y siendo iguales las demás condiciones), se echa de ver muy bien en un comportamiento de ferrocarril, que es por lo demás un lugar a propósito para estudiar la acción repelente de la agresión intraespecífica y su papel en la demarcación de territorios. Todas las pautas de comportamiento que en tal situación sirven para rechazar a los competidores territoriales y los intrusos, como ocupar lugares libres con abrigos y equipaje, poner los pies en los asientos, simular un sueño repulsivo, etc., etc., se aplican únicamente a los viajeros desconocidos y desaparecen como por arte de magia por poco que resulte "conocido" el recién llegado". Lorenz. Sobre la agresividad. 176).

b) Dominante

La agresividad por dominación se parece a la anterior pero en este caso, en vez de defenderse un territorio, se busca evitar que otros animales realicen ciertos actos que el animal dominante desea realizar en forma exclusiva, o bien, impedir que otros se apropien de objetos que el animal dominante desea para sí. En algunas especies, este tipo de agresividad se manifiesta con signos específicos que indican el rango del animal dominante.

"The aggressive displays and attacks mounted by dominant animals against fellow group members are similar in many respects to those of the territorial defenders. However, the objec

is less to remove the subordinates from the area than to exclude them from desired objects and to prevent them from performing actions for which the dominant animal claims priority. In some mammalian species, dominance aggression is further characterized by special signals that designate high rank, such as the strutting walk of lemmings, the leisurely "major-domo" troll with head and tail up of rhesus macaques, and the particular facial expressions and tail postures of wolves. Subordinates respond with an equally distinctive repertory of appeasement signals". (Wilson. Sociobiology. 242).

c) Sexual

El comportamiento agresivo sexual es característico en los machos que buscan persuadir a las hembras de tener sexo, o de permanecer más tiempo con ellos. Al respecto, Wilson señala que los mandriles machos constituyen sus harenes con jóvenes hembras a las cuales obligan desde que son muy jóvenes a estar con ellos y continúan agredirlas para evitar que se alejen.

"Males may threaten of attack females for the sole purpose of mating with them or forcing them into a more prolonged sexual alliance. Perhaps the ultimate development in higher vertebrates is the behavior of male hamadryas baboons, who recruit young females to build a harem and continue to threaten and harass these consorts throughout their lives in order to prevent them from straying". (Wilson. Sociobiology. 242).

En este tipo de agresión, Lorenz establece una interesante comparación entre los animales y el ser humano. Al respecto, señala lo siguiente:

"La preeminencia social de la hembra entre los pinzones o los cánidos no es, pues, más que una apariencia y se debe a la "caballerosa" inhibición que impide a los machos pegar a sus esposas. Comparando las costumbres humanas con los rituales animales se observa un comportamiento formalmente análogo entre los hombres de las culturas occidentales. Incluso en los Estados Unidos, donde la mujer es reina, el hombre verdaderamente sumiso no es muy apreciado... Para designar al hombre verdaderamente sumiso hay una expresión sacada del comportamiento animal: "henpecked", o sea, picoteado por la gallina.

Con la metáfora se indica cuán anormal es la sumisión masculina, ya que un gallo de verdad no se deja picotear por ninguna gallina, ni siquiera por su favorita. Por lo demás, los gallos tampoco tienen la inhibición que impide pegar a la hembra". (Lorenz. Sobre la agresión. 144,145).

d) Agresión disciplinaria de los padres

Ya habíamos indicado que la educación busca brindar el conocimiento y establecer la práctica de costumbres, de "buenos modales", de "reglas de urbanidad", etc., que controlan a la agresividad, pero que paradójicamente, también se impone con agresividad.

Los padres acuden a la agresión de sus hijos por diferentes razones: para evitar que se alejen, para evitar que peleen entre sí, etc.

"Parents of many kinds of mammals direct mil forms of parental aggression at their offspring to keep them close at hand, to urge them into motion, to break up fighting, to terminate unwelcome suckling, and so forth. In most but not all cases the action serves to enhance the personal genetic fitness of the offspring". (Wilson. Sociobiology. 243).

e) Agresión para producir el destete

Los padres de algunas especies de mamíferos agreden a sus hijos para producir el destete y obligar al pequeño a consumir otro tipo de alimento.

"The parent of some mammal species threaten and even gently attack their own offspring at the weaning time, when the young continue to beg for food beyond the age when it is necessary for them to do so. (Wilson, Sociobiology. 243).

f) Agresión moralística

Como indicamos anteriormente, la agresión se controla mediante las costumbres, las normas morales, etc. Estas a su vez, se imponen mediante la agresión contra el que infringe esas normas. En el caso de los seres humanos, esas normas morales se manifiestan en la religión, en las normas éticas y jurídicas, que establecen penas contra los que las rompen.

“The evolution of advanced forms of reciprocal altruism carries with it a high probability of the simultaneous emergence of a system of moral sanctions to enforce reciprocation... Human moralistic aggression is manifested in countless forms of religious and ideological evangelism, enforced conformity to group standards, and codes of punishment for transgressors”. (Wilson. Sociobiology. 243).

g) Agresión del predador

Esta forma de agresión es la más conocida. Es claro que el predador ocasiona una agresión contra su víctima.

h) Agresión contra el predador

La presa reacciona a su vez con agresividad contra el predador. Algunas veces, la víctima acorralada decide enfrentar a su atacante, aunque raras veces impide que el predador alcance su propósito.

“A purely defensive maneuver can be escalated into a full fledged attack on the predator. In the case of mobbing the potential prey launches the attack before the predator can make a move. The intent of mobbing is often deadly and in rare instances brings injury or death to the predator”. (Wilson. Sociobiology. 243).

Wilson considera que Lorenz se equivoca al considerar que en la agresión territorial, cuando un animal hiere mortalmente a otro, es debido a un accidente y no una intención de exterminar al otro miembro de la especie. Para Wilson, el asesinato es más común y “normal” en muchas especies de vertebrados que en el hombre. Nosotros, según Wilson, somos mamíferos comparativamente muy pacíficos.

“We are among the more pacific mammals as measured by serious assaults or murders per individual per unit time, even when our episodic wars are averaged in”. (subrayado del autor)...
There is no universal “rule of conduct” in competitive and predatory behavior, any more than there is a universal aggressive instinct- and for the same reason. Species are entirely opportunistic. Their behavior patterns do not conform to any

general innate restrictions but are guided, like all other biological traits, solely by what happens to be advantageous over a period of time sufficient for evolution to occur. Thus, if it of even temporary selective advantage for individuals of a given species to be cannibals, at least a moderate probability exists that entire species will evolve toward cannibalism". (subrayado del autor) (Wilson. Sociobiology. 244-247).

No existen reglas universales de conducta en lo que se refiere a la agresión. Lo que guía la práctica de la agresión es lo que ha resultado ventajoso para la especie en un determinado período de tiempo.

6. LÍMITES DE AGRESION

La agresión tiene sus límites y éstos son impuestos por el objetivo de supervivencia de la especie. En ese balance intervienen una serie de factores. El equilibrio se da, según Wilson, a nivel genético, entre los genes responsables de la agresividad y aquellos que la controlan. El agresor también necesita tiempo para cortejar, construir nidos y alimentar a sus crías.

"Why do animals prefer pacifism and bluff to escalated fighting? The answer probably that for each species, depending on the details of its life cycle, its food preferences, and its courtship rituals, there exists some optimal level of aggressiveness above which individual fitness is lowered (subrayado del autor)... If the rates of survival and reproduction among relatives are thereby lowered, the replacement rate of genes held in common between the aggressor and its relatives will also be lowered. Since these genes will include the ones responsible for aggressive behavior, such a reduction in inclusive fitness will work against aggressive behavior as well. This process will continue until the difference between the advantage and disadvantage, measured in units of inclusive fitness, is maximized... Second, an aggressor spends time in aggression that could be invested in courtship, nest building, and the feeding and rearing of young". (Wilson. Sociobiology. 248).

7. COSTUMBRES

La agresividad tiene sus límites. Sin ellos, siempre viviríamos en un perenne combate que acabaría rápidamente con nuestra especie. El ser humano

puede reprimir su agresividad. Sin embargo, Lorenz afirma que es muy peligroso acumular la agresividad reprimida y más cuando ello ocurre en un grupo donde los miembros se conocen y aprecian mejor. (Lorenz. Sobre la agresión. 67).

Las costumbres, según Lorenz, se han formado de un modo natural y muy análogo al de la evolución de los instintos sociales no solo en los animales sino también en el hombre. Por ello, el hombre siente un “miedo animal” a quebrantarlas. (Lorenz. Sobre la agresión. 96).

Paradójicamente, las costumbres sirven de límite a la agresión pero también, el quebrantamiento de las costumbres produce una respuesta agresiva por parte del grupo. Es así como se imponen los modales de buena educación y urbanidad.

Según Lorenz, la ritualización cultural que impone los denominados “buenos modales” es lo que caracteriza a nuestro grupo social y ello se convierte en una “segunda naturaleza”. (Lorenz. Sobre la agresión. 91).

Lorenz establece una interesante relación entre la formación de nuestros ritos tradicionales y la de los ritos filogenéticos. Al respecto, señala lo siguiente:

“La formación de los ritos tradicionales viene seguramente de los comienzos de la cultura humana, del mismo modo que, en un nivel inferior; la formación de los ritos filogenéticos data del alborear de la vida en sociedad entre los animales superiores”.
(Lorenz. Sobre la agresión. 88).

El ser humano adquiere el conocimiento y la práctica de la urbanidad mediante un largo proceso educativo que impone la observancia de ciertas normas prescritas. El rebelde es rechazado por el grupo. Como ejemplo de ello, Lorenz cita las clases escolares y las pequeñas unidades de milicia, donde se hostiga al rebelde en forma despiadada. (Lorenz. Sobre la agresión. 92).

En cierta forma, parte de las reglas de comportamiento en sociedad son “exageraciones de ademanes de sumisión” que, según Lorenz, tienen sus raíces en pautas de comportamiento “filogenéticamente ritualizadas”. (Lorenz. Sobre la agresión. 93).

Para Lorenz, los rituales de los humanos se han transformado en forma natural y análoga a la evolución de los instintos sociales en los animales. (Lorenz. Sobre la agresión. 96).

Lorenz nos ofrece un ejemplo muy interesante de lo anteriormente expresado. En él observamos cómo la risa, que para muchos es un rasgo típicamente humano, no lo es tanto, cuando observamos el comportamiento de los chimpancés y los gorilas. Al respecto, Lorenz señala lo siguiente:

“Es probable que nuestra risa humana sea también en su origen una forma de apaciguamiento o una ceremonia de saludo...”

En nuestros parientes más cercanos, los chimpancés y los gorilas, no hay, por desgracia, ningún movimiento de salutación que corresponda formal y funcionalmente a la risa, pero sí se advierte en muchos macacos algo parecido: para apaciguar enseñan los dientes, se chupan los labios y vuelven la cabeza a derecha e izquierda, con las orejas para atrás. Es notable que muchos orientales saludan sonriendo del mismo modo. Pero lo más interesante es que al sonreír con mayor intensidad mueven algo la cabeza, de modo que no miran directamente a aquel a quien saludan, sino un poco de lado... Y observándome a mí mismo, yo puedo afirmar con toda seguridad que la risa en común no solamente desvía la agresividad, sino que produce una neta sensación de solidaridad social". (Lorenz. Sobre la agresión. 200, 201).

8. MORAL

¿Existe una moral en los animales? Nuevamente, Lorenz nos presenta una serie de analogías que hacen que la respuesta a esta pregunta no sea tan fácil. La participación de las inhibiciones instintivas, los ritos y el tabú, según Lorenz, crea un verdadero comportamiento moral. Al respecto, señala este pensador lo siguiente:

"Al igual que las inhibiciones instintivas y los ritos, que impiden en los animales las manifestaciones de comportamiento asocia, el tabú crea un comportamiento moral verdadero, y que en todo lo demás está tan lejos de él como el animal del hombre (o sea como la adquisición de reflejos condicionados lo está del pensamiento conceptual, racional). No obstante, el que ahonda efectivamente en lo que estamos tratando no tiene más remedio que maravillarse cada vez que ve cómo esos mecanismos obligan a los animales a un comportamiento desinteresado y cuyo único objetivo es el bien de la comunidad... el mismo que a nosotros nos impone la ley moral". (Lorenz. Sobre la agresión. 125).

Lorenz señala que la ausencia de malicia que caracteriza a los niños es semejante al del hombre primitivo, cuando hace uso por primera vez de sus armas; y también, lo es del comportamiento animal. La responsabilidad por los resultados ocasionados surge después de que se comprende el alcance de dichos actores. Al respecto, señala Lorenz lo siguiente:

“Es casi seguro que el primer Coon no conoció enseguida cuán espantoso era lo que había hecho. En duda golpeó sin mucha malicia, como el niño de dos años suelta un palo a otro sin prever el efecto que producirá. Y le sorprendería desagradablemente el hecho de que su amigo no pudiera levantarse, e intentaría incluso ayudarle, como el elefante hizo. Al punto comprendería, sin necesidad de esperar a que el caso se fuera dando a conocer poco a poco entre los miembros de la horda, que si morían así muchos de sus compañeros, el potencial bélico bajaría gravemente. Pero cualquiera que fuera la pena aplicada para quitarles la costumbre e impedir el uso incontrolado de la nueva arma, ello es que se creó una forma siquiera primitiva, de responsabilidad que ya en aquella época impidió que la humanidad se autoaniquilara. La primera función que realizó la moral responsable en la historia de la humanidad consistió, pues, en restablecer el equilibrio perdido entre el armamento y la inhibición innata contra el acto de matar”. (Lorenz. Sobre la agresión. 278, 279).

Lorenz no cree que el hombre sea por naturaleza malo. Lo que pasa es que no es lo suficientemente bueno como lo exige nuestra vida social. Considera que el hombre sería capaz de hacer los más grandes sacrificios por sus semejantes si esa práctica se hubiese dado reiteradamente en el primitivo y hubiese engendrado normas sociales, filogenéticamente adaptadas. Por eso, no es raro que uno arriesgue la vida por otro si ese otro lo ha hecho o inmediatamente por uno. Por esa razón, Lorenz concluye lo siguiente:

“No es el amor por nuestro semejante que activa, si se da el caso, nuestro comportamiento abnegado, no el amor por una norma tradicional de comportamiento social que ha evolucionado por la cultura. El amor por esto o aquello es en muchos casos la motivación que sustenta el poder del imperativo categórico... tesis que sin ninguna duda Kant hubiera rechazado”. (Lorenz. Sobre la agresión. 280, 281).

Para todos es tarea ardua dominar nuestros instintos. El grado de dificultad no es el mismo en todas las personas. Según Lorenz, esa mayor o menor dificultad estriba en la cantidad de inclinaciones sociales que tengamos. En ese sentido, todos somos en mayor o menor medida, psicópatas, entendiendo como tal “aquel que o bien sufre por lo que le exige la sociedad, o hace sufrir a la sociedad”. Todos sufrimos por la necesidad del vivir en sociedad y el bienestar general nos impone de controlar nuestras pasiones. (Lorenz. Sobre la agresión. 285).

9. VINCULO ENTRE LOS ANIMALES Y EL SER HUMANO

A lo largo de este trabajo hemos visto el vínculo que existe entre los animales y el ser humano. Por más que los autores estudiados traten de escindir el campo humano del campo animal, las semejanzas, los paralelismos, las coincidencias, etc. son muchas. Es precisamente el estudio de estas semejanzas lo que contribuye a obtener una visión más clara de nuestro comportamiento. Ello enfatiza el vínculo que nos une con los animales. Al respecto, Lorenz señala lo siguiente:

“En el ganso silvestre y en el hombre hay normas de comportamiento muy complejas, como el deseo amoroso, la amistad, la aspiración a ascender en la jerarquía, los celos, al aflición, etc., no solamente semejantes sino iguales hasta en detalles de lo más absurdo. Esto nos demuestra con toda seguridad que cada uno de esos instintos tiene una determinada misión que cumplir al servicio de la conservación de la especie, y para cada caso debe ser la misma o casi la misma en el ganso y en el hombre. Sólo así se explica la identidad de comportamiento en uno y otro”. (Lorenz. Sobre la agresión. 241).

Lorenz concluye que el abismo entre el hombre y el animal es fruto de una falsa concepción de lo que somos. Nuestro orgullo nos ha colocado en una posición que no ocupamos. Por eso, lo correcto es conocernos mejor a nosotros mismos. Al respecto, señala Lorenz lo siguiente:

“El hombre se complace en considerarse el centro del universo, distinto de todo lo demás que hay en la naturaleza, algo esencial y superior. Para muchos humanos es una necesidad persistir en ese error, y así desoyen el más sabio consejo que jamás un sabio diera, el famoso “Conócete a ti mismo”, que dijo Quilón pero se atribuye a Sócrates. ¿Qué impide al hombre seguirlo? Tres obstáculos, todos con grave carga emotiva. El primero puede eliminarlo fácilmente cualquier persona inteligente y sensata. El segundo, a pesar de sus nocivos efectos, siempre es honroso. Y el tercero, se explica por la evolución de la cultura y es por ello perdonable, pero es también el más difícil de eliminar. Los tres están íntimamente ligados y entretnejidos con una propiedad humana nada buena, el orgullo, de que dice el sabio que precede a la caída... El primer obstáculo es el más primitivo. Impide que el hombre se conozca a sí mismo, porque no le deja ver que es el resultado de una evolución histórica... El segundo obstáculo que

se opone al conocimiento de nosotros mismos es la emocional aversión a reconocer que nuestras obras están sometidas a leyes naturales... El tercero y magno obstáculo al conocimiento de sí mismo es –por lo menos en nuestras culturas occidentales– la herencia de la filosofía idealista. Procede de la división del mundo en dos: el mundo externo de las cosas, por principio desprovisto de valor para el pensamiento idealista, y el mundo inteligible, del pensamiento y la razón humanos, que es el único al cual se atribuyen valores. Esta dicotomía place al egocentrismo del hombre y satisface a maravilla su deseo de no sentirse prisionero de las leyes de la naturaleza”. (Lorenz. Sobre la agresión. 244, 245).

La herencia de la filosofía idealista y ese afán por separar lo humano de la naturaleza en general, ha hecho que perdamos la correcta visión de nuestro lugar en el cosmos.

“Ciertamente, los sabios investigadores no tienen la culpa de que los hombres en general no sean capaces de conocerse a sí mismos. Quemaron a Giordano Bruno porque decía que la humanidad entera en unión de su planeta no era más que una mota de polvo en una nube numerosísima de otras motas iguales. Y cuando Charles Darwin descubrió que el hombre tenía el mismo origen que los animales, con gusto lo hubieran matado también, y no faltaron intentos de reducirlo al silencio por lo menos. Y a Sigmund Freud, que estudiaba los motivos del comportamiento social de los humanos, y lo analizaba y trataba de hacer comprensibles sus causas (ciertamente por el lado de lo subjetivo y psicológico, pero con método y planteamiento de los problemas auténticamente científicos) se le acusó de falta de respeto, de materialismo ciego a los valores y aun de tendencias pornográficas. La humanidad se ha atrincherado en la estima de sí misma y la defiende con todos los medios a su alcance. Es hora, pues, ya de predicar la humildad y de tratar en serio de volar esos obstáculos que el orgullo opone al conocimiento de sí mismo”. (Lorenz. Sobre la agresión. 247).

El aporte de pensadores como Giordano Bruno, Darwin y Freud nos permite conocernos mejor y comprendernos. Con eso, podremos restablecer la armonía con la naturaleza, la cual rompimos desde que empezamos a desdeñar nuestra naturaleza animal y pretendimos separarnos de nuestras verdaderas raíces y nos autoproclamamos como seres superiores, muy diferentes de los animales, a los cuales empezamos a ver con desdén.

Según Lorenz es necesario conocer a los animales para conocernos mejor a nosotros mismos.

“Un misántropo sentimental acuñó esta frase, que muchos repiten mecánicamente: “Desde que conozco a los hombres amo a los animales”. Yo sostengo lo contrario: que quien conoce bien a los animales, sobre todo a los superiores, y los que más cercanos parientes nuestros son, y tiene además una idea de la flogenia es el único que está en condiciones de comprender la índole única del hombre. Somos lo más grande que los artífices de la evolución han hecho hasta ahora en la tierra. Somos su “último grito” de momento; pero eso no significa que hayan dicho su última palabra... Muy lejos de ver en el hombre la imagen irrevocable e insuperable de Dios, yo afirmo humildemente (y creo que con más respeto por la creación y sus inagotables posibilidades) que el eslabón por tanto tiempo buscado entre el animal y el hombre verdaderamente humano... somos nosotros... El primer gran obstáculo que se opone al conocimiento del hombre por el hombre, o sea la repugnancia a aceptar nuestro origen animal, es como creo haber mostrado en esta obra, el hecho de nuestro desconocimiento o nuestro mal entendimiento de la esencia de los seres vivos”. (Lorenz. Sobre la agresión. 252, 253).

Hemos buscado durante mucho tiempo el eslabón perdido entre el hombre y el animal. La razón por la cual no lo hemos encontrado es porque no existe. Cuando comprendemos con humildad este hecho, el equilibrio natural se restablecerá. Tal vez, a eso alude el relato del Génesis. En un principio existe un verdadero equilibrio y armonía entre todos los seres vivos. Es un verdadero paraíso. La armonía se rompe cuando el hombre come el fruto prohibido y adquiere conocimiento de bien y del mal. ¿Será eso el inicio del distanciamiento entre el hombre y la naturaleza? ¿Será ese el momento en donde el hombre decide dominar la naturaleza?

Gould enfatiza el cambio radical que produce el hombre en la evolución. El desarrollo de nuestro cerebro nos permite crear cultura y *manipular* el mundo. A partir de ese momento se da un tipo de evolución diferente a la biológica. Se trata de la evolución cultural, la cual ha permitido que evolucionemos en forma acelerada en este plano aunque en el plano biológico no se haya dado cambio alguno en nuestro cerebro. Al respecto, Gould señala lo siguiente:

“The impact of human uniqueness upon the world has been enormous because it has established a new kind of evolution to support the transmission across generations of learned knowl-

edge and behavior. Human uniqueness resides primarily in our brains. It is expressed in the culture built upon our intelligence and the power it gives us to manipulate the world. Humans societies change by cultural evolution, not as a result of biological alteration. We have no evidence for biological change in brain size of structure since Homo sapiens appeared in the fossil record some fifty thousand years ago... Cultural evolution is not only rapid; it is also readily reversible because its products are not coded in our genes". (Gould. The mismeasure of man. 324, 325).

Para Lorenz, el ser racional no es garantía de que seamos seres superiores. Enfatizamos el aspecto racional y los esgrimimos como una significativa diferencia con respecto a los animales. Pero también hemos buscado explicaciones muy racionales para fundamentar nuestras guerras y el exterminio masivo de seres de nuestra propia especie por el simple hecho de practicar una fe distinta, tener otro color de piel, o poseer otra nacionalidad.

"Solo se diferencia (el hombre) de aquéllos (los animales superiores) fundamentalmente en que, en el hombre, la tradición cultural está incorporada en lo aprendido... El hombre despojado de todo lo que llamamos animal, privado de los impulsos misteriosos y convertido en ser puramente de razón, no sena ningún ángel, sino todo lo contrario". (Lorenz. Sobre la agresión. 289).

10. CONSIDERACIONES SOBRE NUESTRO CEREBRO

El tamaño considerablemente grande de los cerebros de criminales ha sido un tema de investigación por parte de los antropólogos. Algunas personas explican este fenómeno diciendo que la muerte por ejecución evita que el cerebro disminuya de tamaño conforme se envejece. Otros consideran que la muerte por estrangulamiento aumenta el peso del cerebro.

T. Bischoff realizó un estudio basado en el cerebro de 119 asesinos y ladrones y concluyó que su peso promedio superaba el peso promedio de los hombres honestos en 11 gramos.

"Their average exceeded the mean of honest men by 11 grams, while 14 of them topped 1,500 grams, and 5 exceeded 1.600 grams. By contrast, only three men of genius could boast more than 1,600 grams, while the assassin Le Pelley, at 1,809 grams, must have given pause to the sate of Cuvier. The largest

female brain ever weighed (1,565 grams) belonged to a woman who had killed her husband... Topinard concluded: "It seems established that a certain proportion of criminals are pushed to depart from present social rules by an exuberance of cerebral activity and, consequently, by the fact of a large or heavy brain". (Gould. The mismeasure of man. 94, 95).

En 1870, Lombroso, médico italiano, en su teoría sobre el delincuente, buscó diferencias anatómicas entre los criminales. En el cráneo de los criminales encontró rasgos característicos de los hombres primitivos y de los animales como una enorme mandíbula, pómulos sobresalientes, arcos superciliares prominentes, líneas solitarias en las palmas, órbitas extremadamente grandes, orejas grandes, insensibilidad al dolor, vista muy desarrollada, tendencia a tatuarse, pasividad excesiva, amor a las orgías, tendencia por planear el mal en provecho propio y el deseo de no solo matar a la víctima pero de mutilar al cuerpo, rasgar la carne y beber la sangre. Con estos datos, Lombroso fundamentó más aún la teoría de que la tendencia criminal es hereditaria y que rasgos antecesores primitivos aparecen en nosotros en el presente. Para Lombroso, con sus observaciones se podía detectar al criminal por medio de su aspecto físico. El que había nacido criminal no podía escapar a su destino. El ser criminal es un fenómeno natural y las leyes de la naturaleza son más fuertes que las de la sociedad.

También, Lombroso señaló que los criminales utilizan una serie de expresiones características que recordaban el lenguaje utilizado por las tribus salvajes. Ellos, consideraba Lombroso, hablaban diferente porque sentían diferente. Al respecto, señaló Lombroso lo siguiente:

"They speak differently because they feel differently; they speak like savages, because they are true savages in the mids of our brilliant European civilization". Lombroso. (Gould. Ever since Darwin. 225).

Lombroso consideraba que los conceptos éticos no podían entrar en un cerebro enfermo así como el aceite no puede penetrar en el mármol. Por eso, recomendaba que los criminales de este tipo permanecieran toda su vida en prisión.

Las conclusiones de Lombroso fueron usadas sin escrúpulos para explicar la validez de posiciones racistas e imperialistas, principalmente porque coinciden con la época del expansionismo europeo. Se consideraba que los negros y los indígenas americanos eran criminales natos porque, entre otras cosas, no lloraban ni suplicaban misericordia cuando eran ejecutados. (Gould, Ever since Darwin. 227).

Estamos gobernados por leyes naturales que son mucho más fuertes que las leyes positivas de nuestros códigos normativos. El Iusnaturalismo defiende la existencia de leyes inscritas “en el corazón del hombre”, las cuales permanecen inmutables en todas las épocas y en todas las sociedades. Por el contrario, pensadores como Kelsen defendían una concepción positiva de la ley, la cual era fruto circunstancial y por ende cambiante, en cada sociedad. Sin embargo, nadie puede cuestionar la importancia que tiene la costumbre como fuente normativa y cuando se enfrenta una ley positiva a una costumbre, generalmente es esta última la que se sigue practicando, aunque se viole la ley.

“We are governed by silent laws which never cease to operate and wich rule society with more authority than the laws inscribed on our statute books. Crime... appears to be a natural phenomenon”. Lombroso. Gould, The mismeasure of man. 124).

Para Lombroso el ser criminal no es un desorden o una enfermedad. Simplemente, el criminal es un hombre que se ha devuelto a un estado evolutivo. Su comportamiento era apropiado en el estado salvaje. En la sociedad actual ese comportamiento se califica de criminal. Lombroso consideraba que un 40 por ciento de los criminales habían nacido con esa condición. El resto, eran criminales ocasionales, los cuales cometían sus acciones por avaricia, celos, pavor, etc. (Gould. Ever since Darwin. 223).

En la actualidad, el determinismo que postula el pensamiento de Lombroso se manifiesta no en el tamaño del cerebro o de la mandíbula, etc., sino en la noción de genes o cromosomas criminales. Cuando Richard Speck asesinó a ocho enfermeras en Chicago, la defensa argumentó que el acusado no pudo evitar hacerlo porque había nacido con un cromosoma Y extra. Dicho cromosoma es que determina el sexo masculino que es el que se caracteriza por ser más agresivo. Una persona que posea un cromosoma Y extra es entonces el doble de agresivo que una persona normal. (Gould, Ever since Darwin. 228).

11. NUESTRA NORMATIVA

Algunos pensadores, como Nietzsche, consideran que el pretender un trato igual para quienes, por naturaleza, son desiguales, como ocurre en los seres humanos, es una gran injusticia.

Nuestra sociedad occidental se caracteriza, entre otras cosas, por su gran hipocresía. Algunas hablan de una doble moral. Por un lado enfatizamos la igualdad entre los hombres, el respeto al derecho ajeno, el respeto a la integridad humana, etc. Por otro lado, establecemos categorías o clases entre nosotros mismos y hasta, como ocurre con los animales, existen símbolos inequívocos

que muestran la jerarquía que se posee y demuestran los privilegios existentes y los “derechos” de clase. Por otra parte, desde que iniciamos nuestros primeros estudios, se nos enseña a ser competitivos y en muchos casos, a alcanzar nuestras metas sin importar los medios que utilizemos. Incluso, esos medios, como ocurre con los medios masivos de comunicación, muchas veces manipulan abiertamente a las personas sin mostrar el menor respeto a nuestra integridad humana.

Nuestra Constitución Política parte de principio de la igualdad ante la ley, lo cual, en la práctica, no es más que una verdadera falacia.

*“Artículo 33. Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”.
Constitución Política.*

También, nuestra Constitución Política consigna el principio de la existencia previa de la ley debidamente sancionada en la determinación de los delitos y el derecho de defensa. En este caso, las ideas de Lombroso chocan de frente con nuestra normativa constitucional pues establecen una clara diferencia entre los seres humanos que, en forma natural, han nacido o no con rasgos criminales. La discriminación que hace Lombroso según se tenga o no esos rasgos criminales, es, sin lugar a dudas, contraria a la dignidad humana. Igualmente lo sería una norma que obligue a los ciudadanos a someterse a un examen de sus genes para determinar la existencia de un cromosoma Y extra, que los haga presumirse potencialmente peligrosos para la sociedad.

*“Artículo 39. A nadie se la hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad...”.
Constitución Política.*

Nuestro Código Penal consigna también el principio constitucional de la existencia previa de la ley, para determinar los delitos y agrega la necesidad de que exista dolo, culpa o preterintención para que se configure la figura delictiva.

“Artículo 30. Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención”.

En el artículo 31, nuestro Código Penal define lo que es dolo.

“Artículo 31. Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos posible”.

Los elementos del dolo son dos: el saber lo que se hace y el querer hacerlo. Uno es elemento intelectual o cognitivo y el otro es elemento volitivo o emocional. (Rodríguez. Derecho Penal Español. 389).

Seguidamente, nuestro Código Penal en el artículo 32 define que es preterintención.

“Artículo 32. Obra con preterintención quien realiza una conducta de la cual se deriva un resultado más grave y de la misma especie que el que quiso producir, siempre que este segundo resultado pueda serle imputado a título de culpa”.

Como señalamos anteriormente, para que exista el dolo se necesita la unión del elemento intelectual y el volitivo. Se realiza la acción delictiva sabiendo que es delictiva y queriendo obtener el resultado de la misma. Por ende, si no se tiene la capacidad para comprender el carácter ilícito de la acción no se puede ser imputable del delito. Ello se consigna en el artículo 42 de nuestro Código Penal.

“Artículo 42. Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes”.

También puede darse el caso de que exista imputabilidad pero que ésta se encuentre disminuida en el momento en que se comete la acción u omisión que produce el delito.

“Artículo 43. Se considera que actúa con imputabilidad disminuida quien, por efecto de las causas a que se refiere el artículo anterior, no posea sino incompletamente en el momento de la acción u omisión, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión”.

Con solo estos artículos de nuestro Ordenamiento Jurídico, podemos, si los comparamos con lo anteriormente estudiado sobre la agresión, descubrir que el estudio de la Sociobiología brinda una nueva óptica en el campo jurídico y ni qué decir filosófico.

Nuestro sistema jurídico se fundamenta en principios como la igualdad ante la ley, la libertad del ser humano para decidir entre el bien y el mal y por ende, la no existencia de un determinismo biológico, la posibilidad de que la prisión sirva como medio de reforma de la conducta del delincuente, la necesidad de que, en la conducta dolosa, haya pleno conocimiento del mal que se hace y la voluntad de hacerlo, y en caso de que haya elementos que impidan o debiliten el uso de la voluntad, la existencia de atenuantes (inimputabilidad, imputabilidad disminuida), etc. Tal vez, el fracaso de nuestro sistema penitenciario y el aumento acelerado del crimen se deba a que nuestras leyes no tienen una acertada concepción de lo que es el ser humano. Y es que no podemos negar que en nuestro autoestudio, ya sea en el campo filosófico, artístico, científico, histórico, etc., no debemos de olvidar nunca que somos juez y parte en este proceso de autoconocimiento. Que somos el sujeto y el objeto de nuestro estudio.

Las ideas de los autores aquí citados **NO SON NECESARIAMENTE COMPARTIDAS POR EL AUTOR DE ESTE ARTICULO**. Adrede, he utilizado gran cantidad de citas para ilustrar este trabajo y para que el lector sepa la fuente de tales manifestaciones. Las críticas que se le han hecho a la Sociobiología y a pensadores como Darwin, Wilson, Lorenz, Gould, Lombroso, etc., son muchas y van desde calificativos de “determinismo biológico” hasta de “racismo”. El uso que se pueda hacer de estas ideas es verdaderamente muy peligroso. Sin embargo, considero que también hay muchos elementos valiosos en el campo de la Sociobiología y auguro que será una ciencia con mucha influencia en el futuro.

Hemos insistido tanto en que somos el non plus ultra de la creación, que hemos olvidado nuestras raíces animales. Por ende, los aportes de la Sociobiología en este campo nos permite enriquecer nuestro autoestudio y con ello podremos tal vez, llegar a concluir con Lorenz que entre más y mejor conozca a los animales, más y mejor conoceré a los humanos. Debemos comprender que, somos parte del todo y que, como lo señaló Heráclito, todo fluye continuamente, todo cambia. Y ese cambio también nos afecta a nosotros. Por ende, lejos de considerarnos como un objeto de estudio rígido, fosilizado, debemos de estudiarnos como seres cambiantes que, lejos de haber alcanzado la perfección, siguen su camino, al igual que todos los seres vivos, en las aguas siempre en movimiento del caudaloso río de la existencia.

Cuando leo el libro del Génesis me parece encontrar una gran similitud con el ideal de los grupos ecológicos y el denominado “paraíso”. En un principio, hay una gran armonía entre el ser humano y los demás seres de la naturaleza. Con el denominado “pecado original”, esa armonía se rompe y se instaura una lucha entre el hombre y la naturaleza, donde el hombre tratará de dominar, a cualquier precio, a la naturaleza.

El hombre se erige en la figura principal del elenco de los seres vivos y se separa de ellos y les declara la guerra, una verdadera guerra de conquista, de manipulación, de exterminio, que en la actualidad, ha convertido nuestras

ciudades en lugares peligrosos para la convivencia social y dañinos para la salud de todos los seres vivos. Hemos destruido las selvas, contaminado el mar, deforestado las montañas, envenenado los ríos, destruido paulatinamente la capa de ozono de la atmósfera, aniquilado miles de especies animales y vegetales. Definitivamente, el equilibrio se rompió. Tal vez, el aceptarnos como parte del reino animal y como un inquilino más del planeta, nos haga reconciliarnos con los demás seres vivos. En esto, las enseñanzas de la Sociobiología tienen mucho que aportar, pues descubriremos que no estamos tan distanciados de los animales, y que lejos de ser una especie “perfecta”, aún nos falta mucho camino que andar en pro de esa perfección.

12. BIBLIOGRAFIA

- Alvarez Francisco. *Una historia del pensamiento antiguo*. EUNA, Heredia; 1983.
- Caplan, Arthur. *The Sociobiology Debate*. Harper and Row, New York; 1978.
- Código Penal de Costa Rica.
- Constitución Política de Costa Rica.
- Chatelet, E. *Historia de la filosofía. Tomos III y IV*. Ed. Espasa-Calpe, S.A., España; 1976.
- Dampier, William. *Historia de la ciencia y sus relaciones con la filosofía y la religión*. Tecnos, Madrid; 1992.
- Gould, Stephen Jay. *The mismeasure of man*. W. W. Norton and Company, New York; London; 1981.
- Gould, Stephen Jay. *Ever since Darwin*. W. W. Norton and Company, New York; London; 1977.
- Kirk, Raven y Schofiel. *Los filósofos presocráticos*. Ed. Gredos. Segunda edición.
- Levine. *Genética*. Compañía Editorial Continental, S.A. España; 1967.
- López-Rey, Manuel. *Criminología*. Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid; 1978.
- Lorenz, Konrad. *Sobre la agresión: pretendido mal*. Editorial Siglo XXI, México; 1971.
- Llobet-Rovero. *Comentarios al Código Penal*. Editorial Juricentro, San José; 1989.
- Marías, Julián. *Introducción a la filosofía*. Revista de Occidente, Madrid; 1969.

- Marías, Julián. *Historia de la filosofía*. Alianza Universidad Textos, Madrid; 1985.
- Nietzche. *Obras inmortales*. Fareso, Madrid; 1976.
- Rodríguez Devesa, José María. *Derecho Penal Español*. Gráficas Carasa, Madrid; 1977.
- Ruse, Michael. *Sociobiología*. Cátedra, Madrid; 1989.
- Schenk, Gustav. *El hombre*. Daimon, Madrid; 1963.
- Wilson, Edward. *Sociobiology*. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge; 1975.
- Zea, Leopoldo. *Introducción a la filosofía*. Universidad Nacional Autónoma de México; México; 1991.

LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Catedrático - Investigador
Universidad de Costa Rica
Profesor de Derecho Administrativo
y de Derecho Económico Internacional

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

Es un problema de solidaridad gremial con el gobernante y el administrador, no uno de partidismo político, pues no podría decirse que la solidaridad se dé sólo en favor de un determinado Gobierno. El Juez contencioso administrativo está siempre mucho más cerca del Estado y le gusta. Cuando le da la razón, se satisface; cuando se la quita, se siente solo y culpable.

EDUARDO ORTIZ
(*Expropiación y responsabilidad pública.*
San José: LIL, 1996, pp. 113 y 114).

(*) Tel. Fax (00-506) 259-4844. San José. Costa Rica.

SUMARIO:

1. Introducción
2. Resumen
3. Abstract
4. Concepto
5. Delimitación
6. Roma
7. Perspectiva del Derecho Privado
8. Perspectiva del Derecho Público
9. Doctrinas sobre la responsabilidad
10. Clases de responsabilidad
11. Causas eximentes de responsabilidad de la Administración Pública
12. Responsabilidad personal del funcionario
13. Naturaleza de daño
14. Falta por servicio público
15. Responsabilidad por riesgo
16. Ley de Administración Pública
17. Conclusiones
18. Bibliografía

1. INTRODUCCION

Se analizará el tema de la responsabilidad del Estado en sus distintas facetas, clases y efectos.

2. RESUMEN

En este trabajo se hará un estudio del tema de la responsabilidad civil de la Administración Pública en sus diversas facetas, alcances y límites, como en sus respectivos efectos.

3. ABSTRACT

The Government is responsible of all the damages that may cause institutionally or through its personnel and either case the Government would have to pay or indemnify the jeopardize people.

4. CONCEPTO

~~Llámase responsabilidad civil –en derecho– la obligación de reparar un daño ajeno, a cargo del causante o de otro sujeto con él relacionado por un vínculo jurídico que lo obliga a la reparación del mismo daño.~~

La responsabilidad es la relación obligacional o de crédito y presenta elementos específicos y adecuados a su función:

- a) Un acreedor, que es la víctima u ofendido y, al menos, un deudor, el autor del daño, quien puede acompañarse por otro, la Administración Pública responsable, en la responsabilidad de Derecho Público;
- b) Un objeto, que es la prestación –normalmente en dinero– necesaria a la reparación;
- c) La causa, o hecho generador del daño, que puede ser tanto un acto jurídico como comportamiento, pero que siempre actúa como hecho jurídico causante;
- d) La imputabilidad de la causa al autor;
- e) La imputabilidad de la causa al responsable.

(Cf. Eduardo Ortiz, *Expropiación y responsabilidad pública*, San José: LIL, 1996, p. 11).

La responsabilidad civil es la imputación a un sujeto de un hecho dañoso sufrido por otro sujeto mediante la aplicación de un determinado criterio normativo en virtud del cual el sujeto declarado responsable está obligado al resarcimiento patrimonial del dañado. (Jesús Leguina Villa, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Madrid: tecnos, 1970, pág. 128).

En un sentido antiguo y del tradicional derecho civil, se podría decir que la responsabilidad civil es la obligación de indemnizar el daño material causado por culpa o negligencia. Tres son los elementos del concepto clásico de esta responsabilidad:

- a) Daño material, precuniariamente apreciable
- b) Ilegítimamente ocasionado –antijuridicidad–, con
- c) Dolo, culpa o negligencia de la persona que lo cometió.

En el Siglo XX, esencialmente por los impactos fuertes de las dos guerras mundiales y la crisis capitalista de los años 29-30, se ha ampliado el margen de esta responsabilidad, incluyendo la denominada objetiva y del riesgo. (Cf. Agustín Gordillo, Buenos Aires: Eds. Macchi-López, *Tratado de Derecho administrativo*, parte general, T. 2, 1975, pp. XX-3 y XX-4).

5. DELIMITACION

La responsabilidad que aquí interesa es la patrimonial del Estado. Si bien es cierto que se partió de la irresponsabilidad del Estado frente a los súbditos, la evolución del derecho administrativo, implicó la aceptación de la responsabilidad pública tanto de sus agentes (funcionarios y empleados) como del propio Estado, de modo institucional!

De acuerdo con Maurice Hauriou la Administración Pública puede actuar, pero obedeciendo la Ley y que pague el perjuicio.

Maurice Hauriou (1856-1929), profesor de la Facultad de Derecho en Toulouse desde 1883 hasta su muerte en 1929. Sus libros más relevantes son: *La ciencia social tradicional*, 1896; *Manual de derecho constitucional*, 1923 y *la Soberanía nacional*, 1911.

Esta apreciación (hecha como adagio, brocardo, refrán o aforismo) es peligrosa porque le puede suceder (por el abuso) lo que al principio ambiental de que quien contamina, paga (indemniza), porque los cínicos lo han deformado a su favor diciendo que pagan el derecho a contaminar. Así nadie puede reclamar porque están pagando para contaminar. Trasladado a nuestro tema, esos mismos cínicos pueden decir: daño, entonces pago (pero, hacen el perjuicio).

Igualmente, sucede con la responsabilidad objetiva del Estado, poniendo como ejemplo dos casos actuales:

- * Vías públicas destrozadas: Los aumentos de gasolina, por medio de la refinadora de petróleo—RECOPE— se han dicho, a lo largo de los años que se destinarán a reparar las vías públicas. Ha resultado falso, por la sencilla razón que RECOPE juega como gran caja para que el Poder Central le haga frente a sus gastos normales y para pagar un parte de la deuda interna, que en 1996 es superior a setecientos mil millones de colones.
- ** Despidos de personal del Estado: A burócratas del Estado, la cúpula del Gobierno les dijo que se fueran de sus puestos y que el Estado les pagaría todos sus derechos laborales en 1995. Esos burócratas renunciaron a sus cargos. Y era mentira lo del pago de sus derechos, pues no estaban presupuestados ni había una ley respectiva. Pasaron los meses y nada de dinero. Los ex-burócratas fueron a la Sala Constitucional a reclamar sus derechos laborales, diciendo esta Sala que tenían derecho a los salarios caídos. No es sino hasta el 8 de abril de 1996 (periódico *La Nación*) que se anuncia que se les va a pagar. A estas irregularidades, la cúpula política la llama “reforma del Estado”. (Ver nuestros estudios sobre este tema en Revista de Ciencias Jurídicas No. 69, 1991 y No. 81, 1995).

6. LEY AQUILIA (ROMA)

En la Roma antigua existió la Ley Aquilia y su respectiva acción. Esta acción permitía que se persiguiera al autor del daño injusto contra las cosas de otra persona, para obtener una indemnización equivalente al valor máximo que tuviera la cosa dañada durante el año antes de cometerse el daño sobre ella. Se le conoce también como la culpa extra-contractual, en la que se da la negligencia o la imprudencia.

Se conoce como responsabilidad extra-contractual, precisamente la que establece la *lex aquilia*.

Para los romanos quien hace uso de su derecho, no daña a nadie. *Qui iure suo utitur neminem laedit* (Gayo. Digesto).

Sin embargo, en la evolución del derecho, se ha establecido que incluso quien hace uso de su derecho puede dañar (objetivamente) a otra persona y debe pagar por ese daño.

Igualmente, se desarrolló la tesis de que existe el abuso (o, exceso) en el uso del derecho. También en este caso, hay responsabilidad de parte de quien abusó se excedió en el uso de su derecho.

Un ejemplo del uso abusivo del derecho consiste en una práctica muy común en el comercio actual: la propaganda desleal, los mensajes subliminales, etc. En este sentido, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa del Consumidor, (No. 7472 de 1994) es mera apariencia, ya que tiene una débil aplicación.

Por supuesto que se da un principio básico de la convivencia: *neminem laedere*. Es decir el deber de no dañar, de no causar perjuicio a otra persona. Ya que se supone que: *ubi societas, ibi ius* (donde hay sociedad, hay derecho). (Cf. Paul Ourliac y J. de Malafosse, *Derecho romano y francés histórico*, Barcelona: Bosch, T. 1., 1960, pp. 578 y 579; Paul Jors-Wolfgang Kunkel, *Derecho privado romano*, Barcelona: Labor, 1965, pp. 363 a 367).

7. PERSPECTIVA DEL DERECHO PRIVADO

Código Civil costarricense:

Artículo ~~1045~~: Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño está obligado a repararlo junto con los perjuicios.

Se dice que aquí está incluida la responsabilidad extracontractual, sin embargo, se anota que falta la responsabilidad objetiva (Víctor Pérez, *Responsabilidad civil extracontractual*, San José: INS, 1984, pp. 22 y 23).

Artículo 1046: La obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados con un delito o un cuasidelito, pesa solidariamente sobre todos los que han participado en el delito o cuasidelito, sea como autores o cómplices y sobre sus herederos.

Artículo ~~1047~~: Los padres son responsables del daño causado por sus hijos menores de 15 años que habiten en su misma casa. En defecto de los padres, son responsables los tutores o encargados del menor.

Artículo 1048: Los jefes de colegios o escuelas son responsables de los daños causados por sus discípulos menores de 15 años, mientras estén bajo su cuidado. También son responsables los *amos* por los daños que causen sus criados menores de 15 años.

Sin duda que la parte final de este numeral 1048 se debe derogar por obsoleta.

Igualmente, se debe reformar y modernizar la redacción de los párrafos siguientes de este numeral 1048.

Las viejas figuras de:

culpa in {
– eligendo
– vigilando
– educando

deben ser modernizadas y puestas al día en lo que respecta a la situación social, política y de todo orden.

En simple, podemos decir que la *culpa in eligendo* se da cuando una persona es responsable por haber escogido a otra que provoca un daño indemnizable.

La *culpa in vigilando* ocurre cuando hay responsabilidad de parte del que tiene la obligación de vigilar a otra persona que provoca un daño. La otra figura es la *culpa in educando*, que se da cuando una persona tiene la responsabilidad de la educación de otra y ésta efectúa un daño.

Lo anterior, por supuesto, dentro de los cánones de la ley. Nuestro obsoleto *Código Civil* lo dice de esta manera:

~~Artículo 1048.~~ (párrafo primero ya citado) Los jefes de colegios o escuelas son responsables de los daños causados por sus discípulos menores de 15 años, mientras estén bajo su cuidado. También son responsables los *amos* por los daños que causen sus *criados* menores de 15 años.

Cesará la responsabilidad de las personas dichas, si prueban que no habrían podido impedir el hecho de que se origina su responsabilidad, ni aun con el *cuidado y vigilancia común u ordinaria*.

El que encarga a una persona del cumplimiento de uno o muchos actos, está obligado a escoger una persona apta para ejecutarlos y a *vigilar la ejecución en los límites de la diligencia de un buen padre de familia*; y, si descuidare esos deberes, será responsable solidariamente de los perjuicios que su encargado causare a un tercero con una acción violatoria del derecho ajeno, cometida con mala intención o por negligencia en el desempeño de sus funciones, a no ser que esa acción no se hubiera podido evitar con todo y la debida diligencia en vigilar.

Sin embargo, no podrá excusar con esas excepciones su responsabilidad el que explota una mina, fabrica, establecimiento de electricidad u otro cualquiera industrial, o el empresario de una construcción; y, si no lo hubiere, el dueño de ella, cuando su mandatario, o representante o una persona encargada de dirigir o

vigilar la explotación o construcción, o cuando uno de sus obreros causa por su culpa, en las funciones en las cuales está empleado, la muerte o lesión de un individuo, pues será entonces obligación suya pagar la reparación del perjuicio.

Y si una persona muere o fuere lesionada por una máquina motiva, o un vehículo de un ferrocarril, tranvía u otro modo de transporte analogo, la empresa o persona explotadora está obligada a reparar el perjuicio que de ello resulte, sino prueba que el accidente fue causado por fuerza mayor o por la *propia falta de la persona muerta o lesionada*.

En este párrafo queda establecida la *responsabilidad objetiva*; y, sus respectivas eximentes:

fuerza mayor
y
propia falta del tercero.

En todos estos casos, cuando la persona muerta estaba obligada al tiempo de su fallecimiento, a una prestación alimentaria legal, el acreedor de alimentos puede reclamar una indemnización, si la muerte del deudor le hace perder esa pensión. Por vía de indemnización se establecerá una renta *alimenticia* que equivalga a la debida por el difunto y la cual se fijará, modificará o extinguirá de acuerdo con disposiciones que regulan las prestaciones de *alimentos*, pero en ningún caso se tendrá en cuenta, para ese fin, los mayores o menores recursos de las personas o empresas obligadas a la indemnización. El pago de la renta se garantizará debidamente. Si el juez lo prefiere, el modo de la indemnización se fijará definitivamente y se pagará de una vez; y, para determinarlo, se procurará que la cifra que se fije corresponda hasta donde la previsión alcance al resultado que produciría a la larga el sistema de renta.

Adiciones por Ley No. 14 del 6 de junio de 1902.

| Daño | Perjuicio |
|---|---|
| Damnum emergens | Periudicium Lucrum cessans |
| <u>Pérdida o menoscabo sufrido por falta de cumplimiento de una obligación.</u> | <u>Privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de una obligación.</u> |

8. PERSPECTIVA DEL DERECHO PUBLICO

Constitución Política:

Artículo 9: El Gobierno de la República es popular, alternativo y responsable. Lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial (primer párrafo).

Artículo 11: Los funcionarios públicos son simples depositarios de autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirle la responsabilidad penal de sus actos es pública.

Artículo 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, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

Artículo 148: El Presidente de la República será responsable del uso que hiciere de aquellas atribuciones que según esta Constitución le corresponden en forma exclusiva. Cada Ministro de Gobierno será conjuntamente responsable con el Presidente respecto al ejercicio de las atribuciones que esta Constitución les otorga a ambos. La responsabilidad por los actos del Consejo de Gobierno alcanzará a todos los que hayan concurrido con su voto a dictar el acuerdo respectivo.

De más está decir que estas normas constitucionales se le han olvidado fácilmente a los funcionarios públicos, quienes actúan al revés de lo mandado pues creen que el poder público les pertenece y que los particulares son sus súbditos como en la época de las monarquías. (Cf. Maurice Duverger, *La monarquía republicana*, Barcelona: DOPESA, 1974). Igualmente consideran que el derecho público (que nació para frenar la arbitrariedad del Estado y establecer un equilibrio entre las libertades y el poder de imperium) es un instrumento en sus manos para ejercer el poder a su gusto. Así se invirtió la finalidad y la naturaleza del derecho de la Administración Pública.

Concordamos con Eduardo Ortiz cuando afirma que la concepción amplia de la responsabilidad pública en nuestro país es fiel al espíritu de nuestra Constitución. Nada resulta más razonable que extender esa responsabilidad estatal en vez de limitarla (San José: *La responsabilidad del Estado en Costa Rica*, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 1, 1963, Universidad de Costa Rica, UCR, p. 234).

9. FRANCIA

a) Sentencia “Rotschild” (6 de diciembre de 1855)

Las condiciones del servicio público no pueden estar regidas por los principios y disposiciones del derecho civil, que son de particular a particular. En lo que corresponde a la responsabilidad del Estado en caso de falta, de negligencia o de error cometidos por un agente de la Administración Pública, esta responsabilidad no es general ni absoluta, sino que se modifica siguiendo la naturaleza y las necesidades de cada servicio.

b) Sentencia “Blanco” (8 de febrero de 1873)

Se declara al Estado civilmente responsable por los daños causados a Inés Blanco en la fábrica estatal de tabacos en Burdeos.

(Cf. nuestras investigaciones sobre *El servicio público*, San José, UCR, 1983 y *Antología sobre el servicio público*, San José, UCR, 1983).

Con estas decisiones francesas empieza la evolución de la responsabilidad del Estado con sus diversos matices.

10. ESPAÑA

a) Es con la *Ley de expropiación forzosa del 16 de diciembre de 1954* que se admite la responsabilidad civil de la Administración Pública. Mientras que en Francia la jurisprudencia ha sido permeable a aceptar la responsabilidad citada, en España los tribunales han sido rehacios a ello.

Se trata en sí de la figura del Estado responsable de los daños causados por sus agentes públicos (funcionarios y empleados) en el ejercicio de sus funciones.

Con esta ley de 1954, se consagrará ampliamente la responsabilidad patrimonial del Estado (Eduardo García de Enterría, *La responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en Derecho español*, Madrid: Revista de derecho administrativo y fiscal, No. 7, 1964, pag. 13); y, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid - Instituto de Estudios Políticos, 1956).

Así queda establecido en el numeral 121 de la citada *Ley de expropiación forzosa*:

Artículo 121.1.: Dará también lugar a la indemnización con arreglo al mismo ordenamiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.

b) Por su parte la ley llamada *Régimen jurídico de la administración del Estado* del 26 de julio de 1957 en su numeral 40 estableció:

Artículo 40: Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.

c) En la *Constitución Política de 1978*, se afirma en los artículos 106 y 121 lo siguiente:

Artículo 106.2: Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Artículo 121: Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado.

11. ITALIA

Con el artículo 28 de la Constitución Política, sanciona la responsabilidad de los entes públicos y de sus agentes, y con ello acepta el punto de vista de la víctima lesionada en su esfera patrimonial por la acción administrativa. (Leguina, *cit.*, p. 177).

Artículo 28: El funcionario y el empleado del Estado y de los entes públicos son directamente responsables, según la ley penal, civil y administrativa de los actos realizados con violación del derecho. En tales casos, la responsabilidad civil se extiende al Estado y a sus entes públicos.

Esta disposición debe ser completada con las normas respectivas del Código Civil que contienen los criterios en virtud de los cuales el hecho lesivo será imputable al ente público, al agente o eventualmente a ambos (Leguina, *id.*, p. 181).

12. PAISES ANGLOSAJONES

a) En el *Reino Unido* lo que prevaleció fue la irresponsabilidad del Estado, bajo la fórmula de *The King can do no wrong* y otros mecanismos judiciales que mantenían a la Corona apartada de los estrados judiciales. La responsabilidad recaía sobre los funcionarios, de acuerdo a las reglas del *common law*. No fue sino hasta 1947, sobre la base de anteriores proyectos, que se promulgó la *Crown Proceedings Act* que sometió a la Corona la misma responsabilidad que si fuera “una persona privada con plena edad y capacidad, tanto por los daños cometidos por sus funcionarios como por el incumplimiento de obligaciones que toda persona tiene para con sus servidores y agentes. (Cf. García de Enterría y Fernández, *Curso*, cit., p. 358).

b) *Estados Unidos de América:* aquí se transplantó la tesis de su metrópoli (*The king can do no wrong*). No fue sino hasta 1922 que se aprobó una corte para reclamos de pequeña cuantía (*Small Tort Claims Act*). En 1946 se configuró la *Federal Tort Claims Act*. Así quedó instaurada esta responsabilidad del Estado dentro de los cánones del *Common Law*. Cf. García de Enterría y Fernández, *cit.*, p. 358).

13. ALEMANIA

a) Constitución de Weimar (1919)

Artículo 131: Si en el ejercicio de la potestad pública a él confiada el funcionario infringe los deberes que el cargo le impone frente a terceros, la responsabilidad alcanza por principio al Estado o a la Corporación a cuyo servicio se hallase el funcionario.

La *Ley fundamental de Bonn* (1949) reprodujo esta norma con algunos matices.

El desarrollo de la línea de la responsabilidad siguió este camino: responsabilidad propiamente dicha, ligada a una actuación ilícita productora del daño; indemnización de derecho público, que cubre los daños causados ilícitamente; y, la doctrina del riesgo y de las intervenciones antijurídicas sin culpa.

14. DOCTRINAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD

a) La irresponsabilidad del Estado

Antes del Siglo XIX, se creyó que el Estado era irresponsable, con base en dos tesis:

i) *La Soberanía*: El ente estatal se consideraba soberano, supremo y absoluto y por ello no se le podía estimar como responsable, ya que ello sería limitar ese poder soberano.

Se usaba así el principio heredado de las monarquías de que: *The King can do not wrong*: el Rey no puede cometer ilícito. *Jean Bodin* (1530-1596) ya había dicho que la soberanía no podía estar limitada. Como señala Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación, entrándose así en el Siglo XX aun con viejos prejuicios medievales. (Cf. *Curso de derecho administrativo*, Madrid: Civitas, T. II, 1994, pp. 357-358).

ii) *La ficción jurídica*: si por una ficción jurídica el Estado es considerado como una persona, no teniendo voluntad ni existiendo realmente, ello significa que no puede causar daños. Los que hacen los daños son sus agentes (funcionarios y empleados). (Cf. *Alfredo Gallego, Constitución y Personalidad Jurídica del Estado*. Madrid: TECNOS, 1992).

b) Doctrinas civilistas

i) *Actos de gestión*: El Estado responde por sus actos de gestión, sujetos al derecho privado –civil y comercial–. Sus actos de imperium o de autoridad no están sujetos a la responsabilidad.

En los *actos de autoridad*, los agentes del Estado actúan en representación de la soberanía y del poder de imperium, no siendo responsables.

En los *actos de gestión*, los agentes públicos actúan bajo el derecho privado y sí son responsables.

ii) Doble personalidad del Estado

La tesis de que el Estado tenía dos personalidades (una de derecho privado y otra de derecho público), implicó la aceptación de los actos de autoridad y de gestión, subordinados al derecho público y al derecho privado, respectivamente.

Cuando esta tesis se desechó, al afirmarse que el Estado es una sola persona que actúa –unas veces– bajo un régimen de derecho público y en otras ocasiones subordinado al derecho privado –civil y mercantil–, igualmente se marginó la división de los actos del Estado en: de gestión y de autoridad.

15. DOCTRINAS DE DERECHO PUBLICO

a) Igualdad ante las cargas públicas

El artículo 33 de la Constitución Publica lo establece.

Artículo 33: Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

La igualdad ampara a todos los habitantes de un país, por consiguiente si la Administración Pública le hace un daño a una persona rompe el principio de la igualdad, provocando una indemnización a favor de esta persona dañada. Estos principios constitucionales se dimensionan para proteger mejor a los particulares. Ello sucede con los principios de equidad, proporcionalidad e igualdad aplicables al campo de las cargas públicas.

b) Tesis de la falta (o, falla) del servicio público

Esta falta o falla se le atribuye a un servicio público que ha funcionado mal, defectuosamente o que no ha operado.

c) **Responsabilidad por daño anormal**

Requiere de:

* Especialidad del daño: debe ser sufrido por una o varias personas, perfectamente individualizadas.

** Anormalidad del daño

Jurisprudencia francesa: daños provocados por:

1874 : explosión de un polvorín

1919 : explosión de un depósito de granadas

1926 : destrucción por fuego de un inmueble

1938 : leyes promulgadas

1949 : utilización de armas peligrosas

1956 : evasión de un delincuente, reo o interno de una cárcel

d) **Teoría objetiva o del riesgo administrativo**

Al ser responsabilidad objetiva, no requiere de la noción de culpa, siendo aquí inaplicable el refrán de que no hay responsabilidad sin culpa

Establece *León Duguit* que al lado de la responsabilidad por falta subjetiva, se establece la responsabilidad por riesgo u objetiva.

León Duguit (1859-1928). Profesor y Decano de Derecho en Burdeos. Escribió las siguientes obras:

| | |
|--|------|
| El Estado, el derecho objetivo y la ley positiva, | 1901 |
| Tratado de derecho constitucional, | 1911 |
| El derecho social, el derecho individual y la transformación del Estado, | 1911 |
| Las transformaciones del derecho público, | 1913 |
| Manual de derecho constitucional, | 1918 |

(Cf. Miguel Hernández Terán, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Guayaquil: Edino, 1992, cap. III, pp. 31 a 46).s

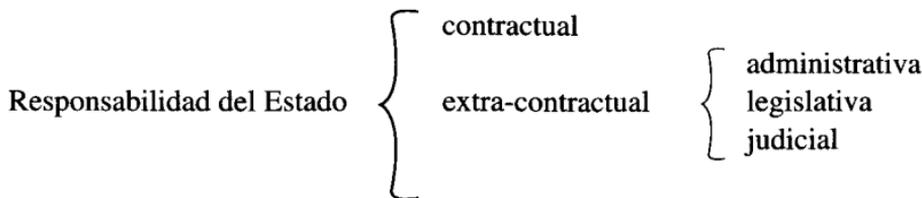
16. CLASES DE RESPONSABILIDAD

Existen diversas maneras de clasificar el tema de la responsabilidad.

Entre ellas las siguientes:

| | | |
|--------------------|--------------------|--|
| a) Responsabilidad | contractual: | derivada de los contratos |
| | extra-contractual: | la no derivada de vínculo contractual alguno |
| b) Responsabilidad | subjetiva: | provocada por el sujeto que hizo él en forma directa |
| | objetiva: | provocada por la situación u objetiva generadora del daño (los riesgos) |
| c) Responsabilidad | civil: | la que tiene que ver con indemnizaciones en dinero |
| | penal: | aquella que se genera en conductas tipificadas como delitos |
| | administrativa: | en la esfera de la empresa privada y en la Administración Pública (Administraciones privada y pública) |

Podríamos agregar una llave más indicando la responsabilidad del Estado así:



(Cf. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, parte general, t. II, Buenos Aires: Eds. Macchi-López, 1975, pp. XX-5 a XX-10).

17. CAUSAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Existen causas por las cuales la Administración Pública puede ser eximida de responsabilidad.

De acuerdo con nuestra Ley de administración pública, en su artículo 190 la Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero. Queda excluido el caso fortuito como eximente de esa responsabilidad.

(Cf. Jorge Hidalgo, *Causas eximentes de responsabilidad de la Administración Pública*, San José: UCR, Facultad de Derecho, Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas, No. 1, 1984, pp. 79 a 90).

18. RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL FUNCIONARIO

Ella se da si la falta del agente público es personal; cuando revela el ser humano sus debilidades, pasiones e imprudencias.

El agente público (funcionario y empleado) es responsable frente a terceros y frente al Estado: sentencia Lareulle del 28 de julio de 1951. (André De Laubadere, *Manual de derecho administrativo*, Bogotá: Temis, 1984, pp. 110 a 112).

19. NATURALEZA DEL DAÑO

El daño causado por la Administración Pública debe ser:

- a) Imputable : provocado por el Estado
- b) Cierto : el daño realmente realizado
- c) Directo : queda excluido el daño indirecto

El daño moral ha sido aceptado (jurisprudencia francesa):

- * Daño contra la reputación (3 de abril de 1936).
- ** Daño contra la libertad de carácter espiritual (7 de marzo de 1934).
- *** Daño por el dolor causado por la pérdida de un ser querido (24 de noviembre de 1961) (André De Laubadere, *cit.*, pp. 112).

20. FALTA POR SERVICIO PUBLICO

La falta por servicio público, se refiere al hecho que se da cuando este servicio no se da (omisión) o cuando se da pero con fallas, o cuando se da el servicio tardíamente

En este caso la responsable es la Administración Pública. (Cf. André De Laubadere, París, LGDJ: *Traité Elémentaire du Droit Administratif*, T. I, pp. 618 y 619, 1970).

Para que el daño impute a la Administración Pública no es necesario localizar el agente (funcionario y empleado) concreto que lo haya causado.

La titularidad de esa organización o servicio justifica por sí sola la imputación de los daños a la Administración, tanto si ese servicio público ha funcionado mal (culpa *in committendo* o por acción positiva), como si no ha funcionado (culpa *in ommittendo* o por omisión, cuando existe un deber funcional de actuar), o si lo ha hecho defectuosamente. Se da así un funcionamiento anormal del servicio público.

Puede tratarse –y así sucede con frecuencia– de daños anónimos e impersonales, no atribuibles a persona física alguna, sino a la organización del Estado, en cuanto tal.

Lo anterior, en cumplimiento de que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (Artículo 103.1 de la Constitución Política de España; Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Madrid: Civitas, *Curso de derecho administrativo*, T. II., 4a. ed., 1994, pp. 390 y 391).

21. RESPONSABILIDAD POR RIESGO

La jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha ido más allá de la responsabilidad por culpa y admite que la Administración Pública puede ser responsable de sus actuaciones incluso no culpables.

Los campos en los cuales se hace girar esa responsabilidad por riesgo son:

- * *Daños por las obras públicas*: un ejemplo es nuestro país, con la enorme cantidad de vías públicas llenas de huecos, a pesar de que intermitentemente el Estado, con su monopolio de la gasolina en RECOPE anuncia que los nuevos aumentos en la gasolina se destinarán a reparar las calles, lo cual la historia probó y probará que es falso; siendo el destino de los fondos de la Refinadora de petróleo jugar como caja gigante del Poder Central con el pretexto de la enorme deuda interna del país que para 1996 es superior a setecientos mil millones de colones.
- ** *Riesgo excepcional*: daño sin culpa provocado por la Administración debido a un riesgo de naturaleza excepcional y anormal por el uso de cosas peligrosas (barcos cargados de municiones, basura química, desechos atómicos, vehículos empleados por el Estado, armas usadas por la policía).
- *** *Accidentes ocurridos a colaboradores de la Administración*: cuando son víctimas de accidentes sin culpa colaboradores voluntarios del Estado.

(Cf. André De Laubadere, *Manual*, cit., pp. 115 a 118)

Disposiciones generales

Artículo ~~190~~:

1. La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, *salvo* fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.

2. La Administración será responsable de conformidad con este artículo, aun cuando no pueda serlo en virtud de las secciones siguientes de este Capítulo, pero la responsabilidad por acto lícito o funcionamiento normal, se dará únicamente según los términos de la sección tercera siguiente de la responsabilidad de la Administración por conducta lícita).

**De la responsabilidad de la Administración
por conducta ilícita**

Artículo ~~191~~:

La Administración deberá reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores cometidas durante el desempeño de los deberes del cargo o con ocasión del mismo utilizando las oportunidades o medios que ofrece, aun cuando sea para fines o actividades o actos extraños a dicha misión.

Artículo ~~192~~:

La Administración también será responsable en las anteriores condiciones cuando suprima o limite derechos subjetivos usando ilegalmente sus potestades para ello.

Artículo ~~193~~:

1. No habrá responsabilidad por la lesión de intereses legítimos, pero se indemnizará a quien logre anular la adjudicación de cualquier concurso público organizado, con el equivalente a la mitad del provecho económico que hubiere podido derivar razonablemente del acto anulado, si hubiere sido favorecido por el mismo.

2. La indemnización que prevé este artículo es opcional para el administrado y excluyente, si es preferida, de la adjudicación o del acto favorable pretendido dentro del concurso.

De la responsabilidad de la Administración por conducta lícita

Artículo 194:

1. La Administración será responsable por sus actos lícitos y por el funcionamiento normal cuando los mismos causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión.

2. En este caso, la indemnización deberá cubrir el valor de los daños al momento de su pago, pero no el lucro cesante.

3. El Estado será responsable por los daños causados directamente por una ley que sean especiales de conformidad con el presente artículo.

Artículo 195:

Ni el Estado ni la Administración serán responsables, aunque causen un daño especial en los anteriores términos, cuando el interés lesionado no sea legítimo o sea contrario al orden público, a la moral, o a las buenas costumbres, aun si dicho interés no estaba expresamente prohibido antes o en el momento del hecho dañoso.

Del régimen común de la responsabilidad

Artículo 196:

En todo caso el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo.

Artículo 197:

Cabrá responsabilidad por el daño de bienes puramente morales, lo mismo que por el padecimiento moral y el dolor físico causados por la muerte o por la lesión inferida, respectivamente.

Artículo 198:

El derecho de reclamar la indemnización prescribirá en tres años contados a partir del hecho que motiva la responsabilidad.

De la responsabilidad del servidor (agente) público ante terceros

Artículo 199:

1. Será responsable personalmente ante terceros el servidor público que haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes o con ocasión del mismo, aunque solo haya utilizado los medios y las oportunidades que le ofrece el cargo.

2. Estará comprendido en tales casos el funcionario que emitiera actos manifiestamente ilegales, y el que los obedeciere de conformidad con esta ley.

3. Habrá ilegalidad manifiesta, entre otros casos, cuando la Administración se aparte de dictámenes u opiniones consultivos que pongan en evidencia la ilegalidad, si posteriormente se llegare a declarar la invalidez del acto por las razones invocadas por el dictamen.

4. La calificación de la conducta del servidor para los efectos de este artículo se hará sin perjuicio de la solidaridad de responsabilidades con la Administración frente al ofendido.

Artículo 200:

1. Siempre que se declare la invalidez de actos administrativos, la autoridad que la resuelva deberá pronunciarse expresamente sobre si la ilegalidad era manifiesta o no, en los términos del artículo 199.

2. En caso afirmativo, deberá iniciar de oficio el procedimiento que corresponda para deducir las responsabilidades consiguientes.

Artículo ~~201~~:

La Administración será solidariamente responsable con su servidor ante terceros por los daños que éste cause en las condiciones señaladas por esta ley.

Artículo ~~202~~:

1. El administrado o tercero nunca tendrá derecho a más de una indemnización plenaria por el daño recibido, y la Administración o el servidor público culpable podrá rebajar de su deuda lo pagado por el otro, a efecto de evitar que la víctima cobre lo mismo dos veces.

2. El pago hecho podrá hacerse valer por vía de acción o de excepción.

| |
|---|
| <p>De la distribución interna de responsabilidades</p> |
|---|

Artículo ~~203~~:

1. La Administración deberá recobrar plenariamente lo pagado por ella por reparar los daños causados a un tercero por dolo o culpa grave de su servidor, tomando en cuenta la participación de ella en la producción del daño, si la hubiere.

2. La recuperación deberá incluir también los daños y perjuicios causados a la Administración por la erogación respectiva.

Artículo ~~204~~:

1. La acción de la Administración contra el servidor culpable en los anteriores términos será ejecutiva y podrá darse lo mismo si el pago hecho a la víctima es voluntario que si es ejecución de un fallo.

2. En ambos casos, servirá como título ejecutivo contra el servidor culpable la certificación o constancia del adeudo que expida la Administración, pero cuando haya sentencia por suma líquida la certificación deberá coincidir so pena de perder su valor ejecutivo.

Artículo 205:

1. Cuando el daño haya sido producido por la Administración y el servidor culpable o por varios servidores, deberán distribuirse las responsabilidades entre ellos de acuerdo con el grado de participación de cada uno, aun cuando no todos sean parte en el juicio.

2. Para este efecto, deberá citarse, a título de parte, a todo el que aparezca de los autos como responsable por el daño causado.

Artículo 206:

1. La sentencia que se dictare en su caso pasará en autoridad de cosa juzgada, pero no tendrá efecto respecto de los que no hayan sido citados como parte, aunque su participación en los hechos haya sido debatida en el juicio y considerada en la sentencia.

2. El servidor accionado que no haya sido citado como parte en el juicio de responsabilidad podrá discutir no solo la cuantía de la obligación resarcitoria sino también su existencia.

Artículo 207:

El Estado no hará reclamaciones a sus agentes, por daños y perjuicios, pasado un año desde que tenga conocimiento del hecho dañoso.

Artículo 208:

Cuando el Estado sea condenado judicialmente a reconocer indemnizaciones en favor de terceros, el dicho plazo de un año correrá a partir de la ejecutoriedad de la fijación de la respectiva cantidad.

Artículo 209:

1. El Ministro del cual depende el agente será personalmente responsable en lo civil, por el pleno cumplimiento de lo dispuesto en los artículos precedentes.

2. Si los responsables fuesen el Presidente de la República y el Ministro, incumbirá a la Contraloría General de la República velar por el cumplimiento de los artículos anteriores, también bajo responsabilidad civil de sus titulares.

Artículo 210:

1. El servidor público será responsable ante la Administración por todos los daños que cause a ésta por dolo o culpa grave, aunque no se haya producido un daño a tercero.

2. Para hacer efectiva esta responsabilidad se aplicarán los artículos anteriores, con las salvedades que procedan.

3. La acción de recuperación será ejecutiva y el título será la certificación sobre el monto del daño expedida por el jerarca del ente respectivo.

| |
|---|
| <p style="text-align: center;">De la responsabilidad disciplinaria del servidor (agente) público</p> |
|---|

Artículo 211:

1. El servidor público estará sujeto a responsabilidad disciplinaria por sus acciones, actos o contratos opuestos al ordenamiento, cuando haya actuado con dolo o culpa grave, sin perjuicio del régimen disciplinario más grave previsto por otras leyes.

2. El superior responderá también disciplinariamente por los actos de sus inmediatos inferiores, cuando él y estos últimos hayan actuado con dolo o culpa grave.

3. La sanción que corresponda no podrá imponerse sin formación previa de expediente, con amplia audiencia al servidor para que haga valer sus derechos y demuestre su inocencia.

Artículo 212:

Cuando el incumplimiento de la función se haya realizado en ejercicio de una facultad delegada, el delegante será responsable si ha incurrido en culpa grave en la vigilancia o en la elección del delegado.

Artículo 213:

A los efectos de determinar la existencia y el grado de la culpa o negligencia del funcionario, al apreciar el presunto vicio del acto al que se opone, o que dicta o ejecuta, deberá tomarse en cuenta la naturaleza y jerarquía de las funciones desempeñadas, entendiéndose que cuanto mayor sea la jerarquía del funcionario y más técnicas sus funciones, en relación al vicio del acto, mayor es su deber de conocerlo y apreciarlo debidamente.

23. CONCLUSION

1) Se parte, en la historia de la responsabilidad de la Administración Pública, precisamente de su irresponsabilidad (*The King can do not wrong*).

2) Con algunos antecedentes en el siglo XIX, es en el siglo actual que se desarrolla con fuerza la tesis de la responsabilidad del Estado.

3) La responsabilidad del Estado se refiere a toda su actuación y por supuesto incluye los tres Poderes Públicos (Ejecutivo, Judicial y Legislativo, de acuerdo a sus propios parámetros y circunstancias).

4) Esa responsabilidad propia de la Administración Pública, comprende la de servicio público, personal, subjetiva, objetiva, por riesgo, etc.

5) Por supuesto que lo más complicado es la parte referente al proceso judicial para establecer las responsabilidades públicas, porque lo que atañe a la duración del juicio, pruebas, etapas, trámites, etc.

- JORS-WOLFGANG, Paul. *Derecho privado romano*. (Barcelona: Labor, 1965).
- LEGUINA, Jesús. *La responsabilidad de la Administración Pública*. (Madrid: Tecnos, 1970).
- LUZZI, Giorgio. *Temi Svolti di Diritto Amministrativo* (Milano: Ed. Cetim, 1977).
- MAZEAU, Henri y LEON, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. (Buenos Aires: EJEA, 1969. Ponte, 2ª ed., Vol. II).
- NIETO, Alexandro. *Indemnización. Derecho Administrativo*. (Barcelona: Nueva Enciclopedia Jurídica. T. XII, 1977, págs. 209 a 213).
- ORTIZ, Eduardo. *La responsabilidad del Estado en Costa Rica*. (San José: UCR, Facultad de Derecho, Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 1, 1963).
- Expropiación y responsabilidad pública*. (San José: LIL, 1996).
- Los privilegios de la Administración Pública*. (San José: UCR, Facultad de Derecho, Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 23, 1974).
- Situaciones Jurídicas Subjetivas*. (San José: UCR, Facultad de Derecho, Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 18, 1971).
- OURCIAC, Paul y MALAFOSSE, J. *Derecho romano y francés histórico*. (Barcelona: Bosch, 1960).
- PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1992).
- PEREZ, Víctor. *Responsabilidad civil extracontractual*. (San José: INS, 1984).
- ROJAS, Enrique. *Teoría general de la responsabilidad pública*. (San José: LIL, Revista Academia Nº 1, 1983).
- ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *Ensayos de Derecho administrativo*. (San José: UNED, 2ª ed., 1993).
- El servicio público*. (San José: UCR, Facultad de Derecho, 1983).
- Antología del servicio público*. (San José: UCR, Facultad de Derecho, 1983).
- SANTAMARIA, Juan. *Fundamentos de Derecho administrativo*. (Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 1991).
- RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. (París: Dalloz, 8ª ed., 1977).
- YAGÜEZ, Ricardo de Angel. *Tratado de responsabilidad civil*. (Madrid: Cívitas, 3ª ed., 1993).

24. BIBLIOGRAFIA

- ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. (Milano: Giuffrè, 1955).
- BLASCO, Avelino. *La responsabilidad de la administración por actos administrativos*. (Madrid: Cívitas, 1985).
- CHAPUS, René. *Responsabilité publique et responsabilité Privée*. (París: LGDJ, 1957).
- CORTIÑAS-PELAEZ, León et al. *Introducción al Derecho administrativo*. (México: Porrúa, 1992).
- DE LAUBADERE, André. *Manual de Derecho administrativo*. (Bogotá: Temis, 1984).
Traité Elementaire du Droit Administratif. (París: LGDJ, 1970).
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La responsabilidad del Estado por el comportamiento ilegal de los órganos en el Derecho Español*. (Madrid: Revista de Derecho administrativo y fiscal, N° 1, 1964).
- Democracia, jueces y control de la administración*. (Madrid: Cívitas, 1995).
- Revolución Francesa y Administración contemporánea*. (Madrid: Taurus, 1984).
- Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*. (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1956).
- La lengua de los derechos, la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. (Madrid: Alianza universidad, N° 799, 1994)
- La lucha contra las inmunidades del poder*. (Madrid: Cívitas, 3ª ed., 1993).
- y, FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho administrativo*. (Madrid: Cívitas, 7ª ed., 1995).
- GONZALEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. (Madrid: Cívitas, 1995);
- y, GONZALEZ NAVARRO, Francisco. *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*. (Madrid: Cívitas, 1994).
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho administrativo*. (Buenos Aires: Macchi-López, 1975).
- HERNANDEZ, Miguel. *La responsabilidad extracontractual del Estado*. (Guayaquil: Edino, 1992).
- HIDALGO, Jorge. *Causas eximentes de la responsabilidad de la administración pública*. San José: UCR, Facultad de Derecho, Revista estudiantil de investigaciones jurídicas, N° 1, 1984).
- HIDALDO, Ronald y PANIAGUA, Víctor. *Jurisprudencia administrativa sobre responsabilidad civil de la administración pública y sus funcionarios* (San José: Revista fiscalización y gestión pública. Vol. 2, N° 2, 1995, Contraloría General de la República - U.C.R.).

- JORS-WOLFGANG, Paul. *Derecho privado romano*. (Barcelona: Labor, 1965).
- LEGUINA, Jesús. *La responsabilidad de la Administración Pública*. (Madrid: Tecnos, 1970).
- LUZZI, Giorgio. *Temi Svolti di Diritto Amministrativo* (Milano: Ed. Cetim, 1977).
- MAZEAU, Henri y LEON, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. (Buenos Aires: EJEA, 1969. Ponte, 2ª ed., Vol. II).
- NIETO, Alexandro. *Indemnización. Derecho Administrativo*. (Barcelona: Nueva Enciclopedia Jurídica. T. XII, 1977, págs. 209 a 213).
- ORTIZ, Eduardo. *La responsabilidad del Estado en Costa Rica*. (San José: UCR, Facultad de Derecho, Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 1, 1963).
- Expropiación y responsabilidad pública*. (San José: LIL, 1996).
- Los privilegios de la Administración Pública*. (San José: UCR, Facultad de Derecho, Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 23, 1974).
- Situaciones Jurídicas Subjetivas*. (San José: UCR, Facultad de Derecho, Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 18, 1971).
- OURCIAC, Paul y MALAFOSSE, J. *Derecho romano y francés histórico*. (Barcelona: Bosch, 1960).
- PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1992).
- PEREZ, Víctor. *Responsabilidad civil extracontractual*. (San José: INS, 1984).
- ROJAS, Enrique. *Teoría general de la responsabilidad pública*. (San José: LIL, Revista Academia Nº 1, 1983).
- ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *Ensayos de Derecho administrativo*. (San José: UNED, 2ª ed., 1993).
- El servicio público*. (San José: UCR, Facultad de Derecho, 1983).
- Antología del servicio público*. (San José: UCR, Facultad de Derecho, 1983).
- SANTAMARIA, Juan. *Fundamentos de Derecho administrativo*. (Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 1991).
- RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. (París: Dalloz, 8ª ed., 1977).
- YAGÜEZ, Ricardo de Angel. *Tratado de responsabilidad civil*. (Madrid: Cívitas, 3ª ed., 1993).

ORIGEN Y NATURALEZA DE LA TEORIA POLITICA

Dr. José Miguel Rodríguez Zamora^()*

(*) Catedrático. Universidad de Costa Rica.

RESUMEN

En primer lugar se precisan los rasgos distintivos de la teoría política; particularmente en relación con lo imaginario social. Luego, se distingue la teoría política de otros saberes sobre lo político: ideología, doctrina, mito y filosofía. Por último, se analiza el desarrollo conceptual de la teoría política y se concluye con el papel que desempeña la teoría en las tareas ineludibles de la ciencia política.

Con frecuencia se ha dicho que toda dialéctica supone dos historias que interactúan una sobre la otra: la de sí misma y la de la humanidad. ¿Cuál es la doble dialéctica de la teoría política?

Para responder adecuadamente a esta pregunta conviene revisar la teoría política en su relación con el origen social del pensar sobre la propia política, luego relacionarla con otras formas de pensamiento político: la filosofía política, la ideología, el mito y la doctrina.

LA TEORIA POLITICA Y LO IMAGINARIO SOCIAL

Partir de una definición provisional puede ser útil. Se entiende por teoría política general la construcción racional, sistemática, coherente y concordante de los diversos elementos constitutivos de la teoría de la politología, es decir, de la ciencia política como construcción metacientífica cuyo objetivo es tanto explicativo como heurístico.

Por sistematicidad se entiende un orden específico del discurso, dispuesto alrededor de uno o varios ejes conceptuales comunes. La coherencia se refiere al criterio de adecuación lógica dentro del sistema de conceptos; aquí la lógica formal es el medio de prueba. Por concordancia es la referencia a los hechos, a los problemas fácticos en la medida en que “es aplicable a los hechos que se producen en el mundo o concuerda con ellos”.⁽¹⁾ Puede agregarse que en este caso la verificación o falsación son los criterios de prueba. Pero la misma debe entenderse como una aplicación simplemente heurística y no un programa ontológico o diferencial de la realidad social. En el primer caso, es decir en el metodológico, se privilegia la funcionalidad de los criterios, en el segundo, se señala la determinación de la realidad.

(1) D. D. Raphael. *Problemas de la filosofía política*. Madrid, Alianza Editorial, 1983, p 18.

Se debe distinguir la teoría política en general de las teorías políticas particulares. Estas últimas se refieren a aspectos singulares de la realidad política y frecuentemente forman parte de una concepción de la teoría política más general. Algunos ejemplos de teorías políticas particulares dentro de la ciencia política son las siguientes: la teoría de la democracia, teoría del estado, teoría del poder, teoría de la elección (*Public Choice*), teoría de los partidos políticos, teoría de la negociación, teoría de las relaciones internacionales, teoría de las políticas públicas, teoría de juegos y decisiones políticas (*Games and Decisions*), etc. Como se podrá ver más adelante, estas teorías constituyen un proceso intermedio entre los hechos y la teoría general. Su conformación responde a la idea de teorías de alcance medio, es decir, generalizaciones controladas sobre objetos específicos dentro del ámbito político.⁽²⁾

En cambio, la teoría general quiere dar cuenta de la totalidad del ámbito político. Incluye, como es de rigor, a las reflexiones teóricas particulares. Ya en Aristóteles, Hobbes, Locke, Montesquieu, Hegel, De Tocqueville y Marx se encuentran importantes avances para la constitución de una teoría política en sentido estricto. Algunos de los ejemplos representativos de teoría política son los siguientes: Max Weber, quien desarrolla una teoría de la política que incluye la función jurídica e institucional, la burocracia, el poder y la dominación, la ideología y los mecanismos de dominación ideológica, el estado, etc.⁽³⁾ A manera de ilustración se pueden mencionar algunas teorías actuales como la de D. Easton, quien aplica la teoría de sistemas al conjunto de la actividad política.⁽⁴⁾ Norberto Bobbio elabora una teoría general de la política con base en una versión original del positivismo analítico y jurídico.⁽⁵⁾ Nicos Poulantzas inicialmente elaboró una ciencia política según los postulados del marxismo y del estructuralismo.⁽⁶⁾ También Robert Dahl construyó un modelo general de la

-
- (2) El concepto de teoría de alcance medio fue desarrollado por R. Merton en su libro *Teoría y estructuras sociales*. México, Fondo de cultura económica, 1973. En el campo de la filosofía de la ciencia la discusión ha sido en extremo frecuente.
 - (3) M. Weber. *Economía y sociedad* (Dos Vols.) México, Fondo de cultura económica, 1969. También en *Escritos políticos* (Dos vols.) México, Folio Ediciones, 1982.
 - (4) D. Easton. *Esquema para el análisis político*. Buenos Aires, Amorrortu, 1969. También su obra *Política moderna*. México, Letras, S.A., 1968.
 - (5) Bobbio ha expuesto esta teoría en varios libros, especialmente en los dos siguientes. *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. México, Fondo de cultura económica, 1989. También en *La teoría de la formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. México, Fondo de cultura económica, 1989.
 - (6) Es interesante comparar las siguientes obras de N. Poulantzas, *Clases sociales y poder político en el estado capitalista*. México, Siglo XXI, 1969. Fue publicada originalmente en 1968. Una de sus últimas es *Estado, poder y socialismo*. México, S. XXI, 1979. Cuya primera edición es de 1978.

política; en él trata de identificar lo específico de la política y sus diferentes elementos constitutivos dentro de una versión literal capitalista de la participación democrática.⁽⁷⁾ Otras versiones son las elaboradas por Ronald Chilcote, H. Lasswell, R. Deutsch, W. Abendroth, K. Lenk, P. L. Verdú, etc. Tampoco se pueden desconocer los aportes epistemológicos en el campo de la teoría política de Habermas, Sartori o Rawls.⁽⁸⁾

Pero, ¿cómo se elabora una teoría política? En la época contemporánea la teoría ha mostrado una doble disposición que más que coherencia presenta un antagonismo de paradigmas interno.

Nacida en el seno de la filosofía, la teoría política ha llegado a ser una mutilación dolorosa al romper las alas que la propia filosofía le había otorgado para acceder al ámbito de la libertad. La teoría política, en particular la anglosajona, como es sabido, ha tendido a limitar su reflexión al espacio de lo factual y reiterativo, negándose, en consecuencia, a la libertad humana y a la creatividad libre de las determinaciones de una racionalidad disminuida. Tanto filósofos racionalistas, como Kant y Hegel y empiristas, como Carnap, que se encuentran siempre e inevitablemente en el trasfondo de la teoría política, han ofrecido una calificación heterónoma de los modelos de la teoría con miras puestas en la reinención de lo posible. Pero esta teoría política parece no reconocer sus orígenes y sus raíces pues se ha encerrado en una pobre imitación de los modelos idealizados y en consecuencia no existentes de las ciencias

-
- (7) Dos obras representativas del vasto número de sus publicaciones son las siguientes: *Análisis sociológico de la política*. Barcelona, Fontanella, 1969. *La poliarquía, participación y oposición*. Madrid, Tecnos, 1989.
- (8) Las siguientes obras ofrecen una visión general sobre el desarrollo de la teoría política contemporánea: D. Easton. (Comp.) *Enfoques sobre teoría política*. Buenos Aires, Amorrortu, 1969. M. Curtis, (Ed.) *The Nature of Politics*. New York, Avon Library Book, 1966. D. Bell. *Las ciencias sociales desde la Segunda Guerra Mundial*. Madrid, Alianza, 1984. J. Leca. *La théorie politique*. En Leca-Grawitz. (Edits.) *Traité de science politique*. Vol. I. Paris, Presses Universitaires de France, 1985. F. Neumann. *Politische Theorien und Ideologien*. Baden-Baden, Signal Verlag, 1977. D. Baumgold. *Political Commentary on the History of Political Theory*. The American Political Science Review, Vol. 75, No. 4, 1981. J.G. Gunnell. *American Political Science, Liberalism, and the Invention of Political Theory*. American Political Science Review, Vol 82, No. 1, March, 1988. A. Nelson. *Explanation and Justification in Political Philosophy*. Ethics, Vol. 97, No. 1, Oct. 1986. R. Lane. *Concrete Theory: An Emerging Political Method*. American Political Science Review, Vol. 84, No. 3, Sep. 1990. G.D. Greenberg et alia. *Developing Public Policy Theory: Perspectives from Empirical Research*. The American Political Science Review, Vol 71, No. 2, 1977. T. Nagel. *What Makes a Political Theory Utopian?* Social Research, Vol. 56, No. 4, 1989.

naturales. Pero el empirismo naturalista, tampoco ha sido un mecanismo de defensa, sino de apertura. Esta debilidad y consistencia de la propia teoría política, enmascara la imposibilidad de un pensar sobre sí mismo como ruptura de la reificación determinada y determinante por las fuerzas de la historia. Más que anhelo del saber, se ha convertido en la defensa del orden establecido, y, como inteligibilidad monográfica, transpira un sí mismo impuesto por lo otro. De esta forma el logos, instancia de la crítica, se transmuta en la esclavitud del pensamiento. La libertad del espíritu es ahora una libertad positiva que, surgida de los objetos como su *causa efficiens*, retorna al mismo objeto, lo político, en un círculo que no puede superar a la ideología ni a la sensibilidad extrema.

Se vuelve ahora a esta pregunta esencial. Por ello conviene determinar los elementos básicos que caracterizan a la teoría política. Se comenzará por su origen y luego se reflexionará sobre diversos elementos constitutivos, sus tradiciones y por último, la aplicación de la idea de paradigma, modelo y matrices disciplinares.

Es sabido que ninguna sociedad podría perpetuarse sin tener una fuerte estructura mental que la justifique, la cohesione y al mismo tiempo le dé a cada individuo un sentido de ubicación dentro del todo social. Lo imaginario social cumple esa importante función.

¿Qué es lo imaginario social? Con esta expresión se hace referencia al proceso de reproducción conceptual y aproximada de la estructura y de la dinámica de la sociedad. Esto se puede definir con más detalle de la siguiente forma. La misma sociedad va creando principios, valores, mitos y creencias que no solo sirven para entender o interpretar sino que constituyen una verdadera guía para la acción porque definen lo bueno y lo malo, lo óptimo y lo pésimo, lo útil y lo inútil. Define, en consecuencia, el carácter de la racionalidad de la acción y de la intelección sociales. Este imaginario social, que encierra concepciones diferentes y hasta antagónicas, establece tanto un marco de referencia intelectual, como los patrones de las dinámicas y prácticas sociales y políticas en sociedades determinadas y dentro de regímenes políticos específicos. Conjuga el nivel de la representación ideológica con la práctica derivada de la misma. Intenta definir, por lo tanto, no solo el qué es social sino también el cómo actuar dentro del conglomerado colectivo.

Para el pensador contemporáneo, C. Castoriadis, lo social e histórico tiene una génesis continua de carácter ontológico, es decir, que toda sociedad se va creando sus propias instituciones, y que, a pesar de tener su propia identificación y características individuales, surge de un “magma” común, de una especie de fuente colectiva, donde se hallan las significaciones imaginarias de esa sociedad. Agrega este autor que la sociedad vive en una especie de alienación pues no se reconoce a sí misma como auto-institución que se crea continuamente sino que predomina la creencia en el origen extrasocial de las instituciones. Las clases dominantes hacen creer al resto de la sociedad que las interpretaciones imaginarias

tienen un carácter eterno y una validez universal. Pero no solo las clases dominantes sino también desde este complejo proceso de identidad común. Esto hay que destacarlo para no caer en un estrecho mecanicismo social. De esta forma se garantizan la permanencia en el dominio y la estabilidad política y social.⁽⁹⁾ Por eso propone como objetivo conocer este proceso interno de la sociedad para lograr su transformación.

También el filósofo Jürgen Habermas le ha dedicado su atención a este problema. Para él es significativa la relación existente entre la aparición de lo público y su legitimación del poder en las sociedades del capitalismo tardío y la consecuente elaboración de los significados socialmente sancionados.⁽¹⁰⁾ La esfera de lo público ha contribuido a legitimar las representaciones sociales, aunque sea de un modo tácito y pasivo en muchas sociedades. Pero de igual forma efectivo.

Lo imaginario social se compone de varios elementos, que tienen una gran importancia política: las ideologías, las doctrinas y los mitos. Estos son conceptos de uso muy común, que pueden conducir a error cuando se utilizan imprecisa e inadecuadamente. Por eso es conveniente detenerse un momento en su aclaración.

Pocos términos son tan polisémicos y valorativos como el de ideología. En ciencias sociales se han determinado más de catorce sentidos distintos.⁽¹¹⁾ Pero, en general, se pueden agrupar en dos sentidos diferentes, uno débil y otro fuerte. El significado débil de ideología corresponde a un conjunto de ideas y valores sobre el orden político que tiene como fin guiar el comportamiento político colectivo. En su carácter práctico, de guía para la acción, se parece a la doctrina. Es un concepto neutro y no valorativo. Puede entenderse que la ideología es una visión global del mundo que le asigna al individuo o al grupo social un papel dentro del contexto político global. Por el contrario, el significado fuerte, que ha estado en relación con la tradición marxista, entiende como ideología una falsa percepción de la realidad (falsa conciencia) determinada por la situación de dominación entre las clases sociales. Es sabido que dentro de esta teoría la clase dominante le impone una determinada visión a la clase o a las clases dominadas para perpetuar la situación de dominación y ocultar sus intereses. En este sentido la ideología se opone a la ciencia y a la filosofía.

(9) C. Castoriadis. *La institución imaginaria de la sociedad*. Barcelona, Tusquets, 1983-1989.

(10) J. Habermas. *Historia y crítica de la opinión pública*. Barcelona, Gustavo Gili, 1981. En la siguiente obra Habermas trata de determinar el proceso de legitimación institucional: *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Buenos Aires, Amorortu, 1975.

(11) La bibliografía sobre este tema es muy numerosa. Se pueden consultar las siguientes obras: P. Ansart. *Ideología, conflicto y poder*. México, Premiá, 1983. R. Boudon. *L'Idéologie*. Paris, Fayard, 1986. J. Larrain. *The Concept of Ideology*. Londres, Hutchison, 1979. F. Rossi-Landi. *Ideología*. Barcelona, Labor, 1980.

El concepto de doctrina también posee un sentido débil y otro fuerte. El primero designa solo una línea general, un punto de vista, que dirige una acción y a la cual debe atenerse un partido político, una decisión diplomática o un grupo social. Se entiende de esta forma la Doctrina Monroe que tenía como lema: "América para los americanos". La versión fuerte del concepto de doctrina se refiere a un conjunto de ideas metódicamente organizadas, de carácter más que nada pragmático o ético. Coincide y se fundamenta en una filosofía política, pero la doctrina está mucho más relacionada con un movimiento político o con una práctica determinada. En este sentido se entiende la doctrina neoliberal o la doctrina social de la Iglesia.

El mito político puede ser entendido como un conjunto de creencias e imágenes, no racionales, que tienden a provocar fuertes reacciones emocionales. Es parte de la ideología, entendida ésta en su sentido fuerte, porque toda ideología recurre a mitos políticos que ofrecen explicaciones globales y a su vez bloquean la capacidad del discurso racional. Así se habla del mito de la raza superior, del mito de la Suiza centroamericana, o del mito de la ayuda internacional de los países ricos hacia los países pobres, etc. Vale la aclaración de que el mito filosófico es algo diferente pues en este caso se trata de evocar poéticamente un concepto que con dificultad podría ser expresado a través del propio lenguaje verbal racionalizado. Como es sabido, Platón es un maestro en el uso del mito filosófico. Precisamente, la dialéctica platónica no separa la creación cognitiva derivada de la experimentación, de la creada por la mente, siendo esta última la que tiene la preeminencia sobre la otra. Pero a diferencia de Platón y de Aristóteles, el desarrollo de la dialéctica separará el conocimiento de la política. Solo se volverán a reunir en el pensamiento de Hegel y, posteriormente en el de Marx.

¿Qué relación tienen las ideologías, las doctrinas y los mitos con la teoría política? La respuesta no es en absoluto simple. Muchos autores, ha través de diversas investigaciones, han tratado de ofrecer un poco de luz en este problema. Es evidente que están relacionados, pero, ¿hasta qué punto? Corriendo el riesgo de simplificarlo, se puede intentar una respuesta en dos sentidos relacionados, el epistemológico, que tiene que ver con lo racional, la lógica y la ciencia, y el político, que se refiere a los mecanismos de poder efectivo.

Recuérdese que lo imaginario social ejerce una función determinada para la pervivencia de la sociedad y para el ejercicio político de un régimen particular y que entraña diversos niveles de significación dependiendo de los sectores o clases sociales así como de otros aspectos de la propia estructura social. Esto quiere decir que el significado de los símbolos, ya sean lingüísticos o extralingüísticos, sólo se adquiere dentro de un proceso social. Depende, por lo tanto del universo discursivo pertinente.

Pero no solo el significado, entendido como comprensión intelectual, sino primordialmente su uso. La pragmática simbólica, es decir, la capacidad del actor político de utilizar significativamente los símbolos, especialmente la simbología lingüística, es la base de una adecuada comunicación, de la comprensión de un proceso o de una situación particular y también de establecer un mecanismo de dominación política.⁽¹²⁾ Como es sabido, está fuertemente condicionada por la práctica social de la cual surge y a la cual vuelve. Este tema tiene que ver con la determinación socio-política del pensamiento y, en sentido inverso, con la influencia que el pensamiento ejerce sobre la sociedad en general y sobre la política en particular. Porque sin comunicación no existe la política. Esto se da en un grado tan fuerte que, incluso, se ha pensado que el poder político es fundamentalmente poder de control de la comunicación simbólica. Sobre este mismo asunto ya Aristóteles había observado acertadamente la relación que existe entre la capacidad de razonamiento, *logos*, con la capacidad de convivencia política. Por eso, el *zoon politikon*, que constituye su definición del hombre, es para él inseparable del logos. Y, a la vez, el logos está directamente relacionado con la capacidad de comunicación. En su obra *Política*, establece la unión entre la razón, el lenguaje y la política.⁽¹³⁾ Es evidente la importancia que este tema tiene para el campo de lo imaginario social. Queda claro que la percepción de los hechos sociales y políticos está mediatizada por un proceso conceptual que tiene su origen en la propia dinámica social. La política descansa, ciertamente, en la razón y en el lenguaje, pero también en las elaboraciones más o menos exactas, más o menos intencionales, más o menos veraces, que el proceso social produce como objeto del enfrentamiento de intereses contrapuestos.

Pero, concretando, se puede decir que el papel de lo simbólico está en relación inversa con la política. Existe un orden descendente de racionalidad y ascendente de efectividad política que va desde la teoría y la filosofía hasta el mito. Se puede ubicar en el siguiente esquema:

-
- (12) No deben olvidarse la relación del lenguaje con la pragmática lingüística y su influencia en la formación de los procesos cognoscitivos. Se puede consultar la obra dirigida por A. P. Martinich, *The Philosophy of Language*. Oxford, Oxford University Press, 1990. También este ha sido el objeto de la investigación, en polémica con Chomsky, de John Searle, *Actos del habla*. Barcelona, Cátedra, 1986.
- (13) Aristóteles se refiere a este punto en varios pasajes de su obra. Cf. *Política* (Edición bilingüe) Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951. Sobre la teoría política del filósofo estagirita se pueden consultar: W. D. Ross, *Aristóteles*, Buenos Aires, Sudamericana, 1957. W. Jaeger, *Aristóteles*. México, Fondo de Cultura Económica, 1984. I. Düring, *Aristóteles*, México, UNAM, 1990. J. Barnes, *Aristóteles*. Madrid, Cátedra, 1987.

| Niveles | Categorías | Epistemología | Política |
|---------|--------------------|---------------|------------|
| I | Teoría - Filosofía | + Racional | - Efectiva |
| II | Doctrina | | |
| III | Ideología | | |
| IV | Mito | - Racional | + Efectiva |

En la teoría y la filosofía se encuentra un máximo de rigor y un uso de los métodos de la lógica y de la ciencia. A medida que se descende, intervienen elementos de juicio, de naturaleza mucho más valorativa e irracional. El mito es la forma menos racional y más emotiva de esta caracterización. Pero en sentido inverso, el uso político es más efectivo desde el mito hasta la filosofía y la teoría. Evidentemente, la teoría política, ligada a la ciencia política, constituye una forma poco apta para el juego del poder. Una visión, aunque sea somera del esquema anterior, obliga a reflexionar sobre la incidencia de las ideas en el mundo de la pragmática política, entendida ésta como el proceso material de realización del poder en una comunidad. La relación indisoluble entre el ejercicio efectivo del poder y de la compleja red del pensamiento constituye, por lo tanto, el sustrato inevitable de la política. Por otra parte, también se observa la importancia de los factores no racionales, afectivos y emocionales en la configuración de un sustrato de acción política. A partir de aquí queda establecida la capacidad de acción y de reflexión. Acción, logos, lenguaje y comunicación suponen, por lo tanto, la presencia de fuerzas actuantes no racionales.

¿Cuál es, entonces, la prioridad del objeto? Quizás la teoría política no ha prestado la debida atención a los reclamos, que aunque desacertados en muchos aspectos, mantienen una fuerte instancia de abstracción especulativa: Adorno, Gadamer, Ricoeur, Winch, Apel, Rorty, Chomsky o Habermas. Y es conveniente mencionar a varios de ellos para que no se crea que la nueva visión de la política se incubaba en la mente de un solo pensador; pues, a diferencia del solipsismo del sujeto que sale deslumbrado de la caverna platónica, es el largo proceso de creación colectiva. Pues no es la soledad angustiada de Fausto sino, más bien, la fuerza renovadora de José y sus hermanos.

LA NATURALEZA DE LA TEORIA POLITICA

Hasta aquí se ha definido la noción de teoría política; también se ha determinado el origen del pensamiento político y la relación de la teoría política con otras formas de conocimiento sobre la política, particularmente desde la pragmática simbólica. Corresponde ahora, y los apartados siguientes, revisar la naturaleza interna de la teoría política y su lógica de razonamiento.

La teoría política tiene antecedentes milenarios. En efecto, quizás desde que aparecieron los primeros grupos organizados en las comunidades prehistóricas, surge la reflexión sobre la mejor forma de convivencia, sobre el líder y la dominación y sobre la defensa o colaboración con otros grupos vecinos. Por eso, cuando nace la teoría política sistemática en el siglo XIX, ya existe una amplia tradición filosófica que, no solo desde Grecia, sino desde otras antiguas civilizaciones, ha aportado sus especulaciones sobre la vida política.

Sin embargo, hay que recordar que la teoría política sistemática solo ha podido nacer dentro de los mismos procesos de secularización que sufrieron las sociedades europeas: primero, durante el paso del Siglo V al IV antes de Cristo en la Grecia clásica; luego, desde finales del Renacimiento y que alcanza su culminación con la instauración del modo capitalista de producción y de la hegemonía de la burguesía. Esta teoría se caracterizó por tratar de ver a la política con los instrumentos de la ciencia. A esto contribuyó, evidentemente, la ruptura del orden social medieval, considerado hasta entonces como sagrado; proceso que impuso sus criterios de objetivización de la sociedad y del predominio de explicaciones racionales sobre los hechos sociales y políticos. Se produjo, en consecuencia, un desarrollo cognitivo en una reunión de formas superiores a las existentes hasta ahora.

Se puede deducir de lo anterior que el estudio sobre la política es posiblemente la disciplina social más antigua. La reflexión sobre la política se inicia en la antigüedad desde la óptica de la filosofía. Posteriormente, con Aristóteles y luego durante el Renacimiento, se establecen las bases empíricas fundamentales y ya en el Siglo XIX aparece como una disciplina consolidada.

Sin embargo, hay que distinguir dos corrientes: por un lado están quienes ven la política como parte del conjunto de reflexiones sobre la sociedad en general y por otro los que la distinguen con rasgos y características propias. Es decir, aquellos que siguen la idea de una ciencia social unitaria y totalizadora y aquellos que prefieren determinar cada disciplina particular (sociología, antropología, economía, historia, derecho, etc.). Si bien es cierto que cada día la interrelación entre las ciencias sociales particulares es más fuerte, la inter y multidisciplinariedad es un proceso necesario e irreversible, ello solamente puede producir frutos si se determina el aporte específico de cada una de las

disciplinas, o en su lugar, si ofrecen respuestas adecuadas a los problemas. Por eso, para que la integración entre las diversas disciplinas sociales sea adecuada, cada una de ellas debe aportar lo propio, lo singular y lo original.⁽¹⁴⁾

Para evitar una confusión frecuente, algunos escritores hacen una distinción entre la política y lo político. Se entiende por política la acción frecuentemente institucionalizada de la participación electoral y administrativa de una nación o de una comunidad particular; incluye, por supuesto, las prácticas informales ligadas a ella. El nombre de lo político hace referencia al aspecto global, general, que sobrepasa los marcos institucionales para abarcar una dimensión más participativa del pueblo y más amplia en el tiempo. Incluye las utopías, las filosofías y los ideales políticos. Aquí volvemos al nivel de la política.

La reflexión sobre la política es una reflexión sobre un hecho y un acontecimiento social, es decir, que se da en comunidad. Por eso podría ser más una ética que una ontología o una epistemología. Una reflexión sobre la acción y una acción que busca fundamentarse en la reflexión. La lógica, el rigor del pensamiento y su validez, viene después en la instauración epistemológica de la disciplina, pero antes está la reflexión sobre el acontecimiento político como búsqueda y encuentro, como realización y aspiración. Porque en la política es sabido que no todo está hecho, o mejor dicho casi todo está por hacerse.

La marea del nacimiento de la teoría política sistemática, que la hace oscilar continuamente entre la objetividad y la voluntad, se mezcla con otro dilema: la teoría política no está exenta de los condicionamientos políticos.⁽¹⁵⁾ La presencia de factores políticos establece una línea determinante en la orientación epistemológica de cada teoría en particular, tanto de las que van desde el extremo conservador hasta las revolucionarias, pasado por toda la gama intermedia. Por supuesto, ambos grupos de teorías apelan a la objetividad y a la ciencia.

Ya se tienen dos parámetros importantes para ubicar a la teoría política. Por un lado su frecuente oscilación entre lo objetivo y lo subjetivo; por otro, el condicionamiento político. Pero no son los únicos, porque la teoría política

(14) Sobre este tema en particular son importantes las reflexiones siguientes: R. H. Chilcote, *Theories of Comparative Politics*. Boulder, Colorado, Westview Press, 1981. Giovanni Sartori, *La política: lógica y método en las ciencias sociales*. México, Fondo de cultura económica, 1984. N. Barry, *An Introduction to Modern Political Theory*. Londres, Macmillan, 1990.

(15) Como se ha indicado, este complejo problema ya había sido señalado por Platón para quien el conocimiento es un problema político y viceversa. También ha vuelto a aparecer en la actualidad en autores como J. Habermas y en Karl-Otto Apel. También P. Ricoeur en *Ideología y utopía* (Barcelona, Gedisa, 1989), y Karl Mannheim en autores como J. Habermas y en Karl-Otto Apel. También P. Ricoeur en *Ideología y utopía* (Barcelona, Gedisa, 1989), y Karl Mannheim había desarrollado este tema: *Ideología y utopía*. (Madrid, Aguilar, 1966).

encuentra una determinación más interna y profunda en su propia tradición. Sin embargo, a la teoría política no le es posible –quizás como tampoco a ninguna otra teoría social– salirse de las esferas de la filosofía.

Marcada por esa tradición milenaria que se mencionó antes, la teoría política ha tenido que definir sus métodos y sus tareas que a su vez la identifican y la distinguen de la filosofía política. A diferencia de ésta, la teoría política se preocupa más por la consistencia interna de las teorías, su fundamentación empírica y su utilidad para la investigación. Aunque está también preocupada por los macroproblemas, su objetivo es diferente: la explicación de los procesos y las instituciones políticas de acuerdo con patrones empíricos establecidos. Por eso su meta está delineada por dos objetivos: validez y verdad. En la dialéctica aristotélica, como se verá más adelante, estos dos criterios son inseparables de su concepción epistemológica.

A diferencia de la filosofía política, la teoría de la política, que en sentido estricto debería llamarse teoría de la politología, no se ocupa de los temas característicos de la filosofía como la del mejor gobierno, la justicia, la convivencia, la guerra y la paz, la libertad, los derechos, etc. La filosofía política aparece como una rama de la filosofía práctica (*Poiesis*) y muy ligada a la ética pública o común. En cambio, la teoría política, aunque no del todo desligada de estas cuestiones éticas, como se ya mencionó, está más cerca de otras ramas de la filosofía, tales como la epistemología y la teoría del método. Pero en la medida en que constituye un paso para la construcción de modelos o paradigmas. También es importante observar que en ocasiones se utiliza la denominación pensamiento político como equivalente de filosofía política. En el mismo sentido se utiliza el de ideas políticas. Cuando algunos autores escogen el término de pensamiento político lo hacen por una razón de carácter práctico, pues la generalidad del mismo les permite incluir diversos aspectos más amplios de la filosofía y de la propia teoría, y al ser impreciso puede referirse con mayor libertad a enunciados políticos no definidos. En este sentido, su uso es semejante al de pensamiento social, pensamiento económico, pensamiento contemporáneo. Pero también puede existir una razón de principio, al no querer separar, por determinación consciente, la teoría de la filosofía, tal como hace el pensador italiano, Umberto Cerroni.⁽¹⁶⁾ Como se ha indicado, la separación entre teoría y filosofía no es tajante, pero tampoco es deseable una confusión improductiva.

La comparación con otros ejemplos conocidos puede ayudar a comprender esta distinción. En la física el desarrollo de la teoría constituyó también un proceso de desprendimiento de la filosofía. Primero surgieron las diversas concepciones de la luz y del sonido, de la gravitación, de la masa o del tiempo

(16) U. Cerroni. **Introducción al pensamiento político**. México, S. XXI, 1975.

LA CONTRATACION ENTRE ESTADOS Y EMPRESAS TRANSNACIONALES

Fabián Novak Talavera^(*)
Abogado peruano

(*) Coordinador e Investigador Principal del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Internacional Público de las Facultades de Derecho de la Universidad Católica y de Lima. Profesor del Diplomado en Relaciones Internacionales. Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. ORIGEN Y EVOLUCION

Desde la expansión de las grandes sociedades comerciales, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, el Derecho se ve obligado a enfrentar la necesidad de su tutela. La evolución de la institución societaria en el plano internacional, con la generalización de los grupos de empresas controladas por una sociedad matriz, la aparición de las empresas multinacionales y de las nuevas formas de inversión, hicieron que una institución del Derecho Internacional Clásico como la Protección Diplomática se enfrentara a una realidad compleja y multiforme, encontrando serias dificultades para su adaptación satisfactoria.⁽¹⁾

A partir, principalmente de la segunda década de este siglo, comenzó a desarrollarse en gran escala la industria petrolera, que trajo consigo la instalación de importantes sociedades extranjeras en los países productores, en particular en los del Medio Oriente. Después de la Segunda Guerra Mundial, en los años 40, se acentuó también un notable movimiento de inversión de capitales europeos y norteamericanos, esta vez, hacia los países en vías de desarrollo. Numerosas empresas obtuvieron de estos Estados concesiones para prospección y explotación de hidrocarburos, construcción de puertos, ferrocarriles, casinos y otras obras de infraestructura.⁽²⁾

Las empresas transnacionales, en consecuencia, comenzaron gradualmente a cobrar importancia en la vida nacional e internacional. Desde el punto de vista económico por ejemplo, la importancia de algunas empresas transnacionales sobrepasó la de muchos Estados. Baste señalar que si elaboramos un cuadro comparativo del Producto Nacional Bruto de Estados y el volumen de negocios de Empresas, apreciaremos que en el período 1970-1980, entre los 100 mayores entidades económicas del mundo 51 eran empresas y sólo 49 Estados. Y que en 1971, solamente las 10 mayores transnacionales del mundo efectuaban ventas por un monto superior al PNB de 80 países.⁽³⁾

Empero, este gran desarrollo alcanzado por las empresas transnacionales en el plano económico, empezaría a extenderse también en el ámbito político,

(1) VICENTE BLANCO, Dámaso. "La Protección de las Inversiones Extranjeras y la Codificación Internacional del Arbitraje". En: *Anales de Estudios Económicos y Empresariales*, N° 7, año 1992, p. 353.

(2) BARBERIS, Julio. *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*, Tecnos: Madrid, p. 167.

(3) MELLO DE ALBUQUERQUE, Celso. *Curso de Direito Internacional Público*, Renovar: Rio de Janeiro, Tomo II, p. 466.

comenzando a amenazar la soberanía y seguridad de los Estados donde éstas operaban. Las empresas transnacionales comenzaron por crear verdaderos aliados dentro del Estado, contratando individuos influyentes para sus cargos de dirección; se ligan con las clases dominantes de los países donde van a operar a fin de obtener mayor estabilidad; crean elites locales que imitan la “way of life” de los países ricos; y finalmente, refuerzan su acción individual con un fuerte apoyo de su Estado nacional, quien los protegerá de cualquier “abuso” del Estado receptor de la inversión.⁽⁴⁾

El poder económico y político de las empresas transnacionales se va así consolidando gradualmente.

Frente a esto, comienzan a surgir las primeras desavenencias y controversias entre las empresas transnacionales y los países receptores de la inversión, originadas, fundamentalmente, por las medidas expropiatorias de estos últimos. En estos casos, las empresas tradicionalmente solían acudir a los órganos judiciales y administrativos del Estado receptor de la inversión con el propósito de agotar la vía interna; luego de lo cual, si no obtenían satisfacción, recurrían a su Estado Nacional en pos de una Protección Diplomática.

Como se sabe, dentro de la estructura clásica del Derecho Internacional, el extranjero (persona natural o jurídica) que ve lesionado alguno de sus derechos por un Estado, se halla amparado por la figura de la Protección Diplomática. En virtud de esta institución un Estado tiene el derecho de proteger o amparar a sus nacionales que se encuentran en un país extranjero, cuando han sufrido agravios o perjuicios de los que se supone es responsable el gobierno de ese país. Sin embargo, esta institución, no fue siempre una garantía útil y eficiente para las empresas inversoras o concesionarias de obras públicas en el extranjero. La Protección Diplomática presentaba algunos problemas que la hacían ineficaz.

Entre los problemas que presentaba la Protección Diplomática para proteger eficazmente al inversionista pueden mencionarse principalmente tres. En primer lugar, el carácter facultativo de esta institución. Como se sabe, la Protección Diplomática, es un derecho exclusivo del Estado nacional, cuyo ejercicio depende en consecuencia enteramente de la voluntad de éste. Entonces, el Estado podía por razones políticas abstenerse de reclamar en favor de su inversionista nacional, quedando el individuo absolutamente desprotegido ante el derecho violado y sin posibilidad siquiera de reclamar a su Estado nacional por esta falta de protección. Asimismo, la Protección Diplomática presentaba un segundo problema, y es que el Estado no podía amparar a un inversor nacional frente a todas las disposiciones que un Estado receptor de la inversión pudiera tomar; sólo podía garantizar derechos adquiridos en virtud del Derecho

(4) *Ibid*, p. 453.

Internacional. Entonces, una expropiación dictada en tiempo de paz o una requisición dictada en tiempo de guerra estaban fuera de los alcances de esta institución.⁽⁵⁾

A todo esto habría que agregar en tercer lugar que la reclamación en la Protección Diplomática es indirecta, en tanto es el Estado y no la empresa afectada, la que se reputa como reclamante. La consecuencia directa de ello, era que al no tener el Estado un interés inmediato en la causa, la solución no era siempre la más favorable a los intereses de la empresa.

Así, ante la evidente ineficacia de esta institución, es que las empresas transnacionales comenzaron a exigir mayores seguridades y garantías, en los contratos celebrados con los Estados receptores de la inversión. Estas mayores ventajas se obtuvieron gracias a la presión ejercida por las propias empresas transnacionales de no invertir en aquellos países que no se ajustaran a estas nuevas reglas. Estos contratos con mayores seguridades y garantías han alcanzado características tales que hoy, existen dudas, sobre si se trata de un mero contrato o si se trata más bien de un acuerdo internacional próximo a un tratado.

Veamos cuáles son las características de estos convenios.

2. CARACTERISTICAS

Los denominados convenios “de estabilidad jurídica” o “cuasi-internacionales” presentan cuatro características fundamentales:

2.1. La primera característica de estos convenios es que se conciertan en un *plano de igualdad*. Esto significa que el Estado no puede prevalerse de su calidad de ente soberano, para modificar unilateralmente su derecho interno, alterando los derechos y las obligaciones pactadas en el acuerdo. Con ese objeto los convenios cuasi-internacionales incluyen una disposición conocida como “cláusula de estabilización”, que les impide adoptar medidas unilaterales que afecten la relación contractual.⁽⁶⁾

(5) Sentencia Arbitral del 30/6/1930 que pone fin a un litigio entre Portugal y Alemania: “Le droit des gens impose le respect de la propriété privée, mais il reconnaît à l’Etat le droit de déroger à ce principe, lorsque son intérêt supérieur l’exige. Il admet ainsi, en temps de paix, l’expropriation por cause d’utilité publique, en temps de guerre, la réquisition”. R.I. A.A., Vol. II, p. 1039.

(6) Puede citarse el art. 39 del contrato entre la National Iranian Oil Company y AGIP Mineraria del 3/8/1957 donde se señala: “...No general or special measure, legislative or administrative, or any other act of this kind emanating from the Iranian Government, central or local, can annul this Agreement, amend or change its provisions, prevent or hold up the necessary and effective execution of these

Sobre esto existe una copiosa jurisprudencia arbitral. Así tenemos la sentencia del profesor René-Jean Dupuy en el asunto Texaco-Calasiatic donde basado en la regla del Pacta Sunt Servanda, afirma que si el acuerdo no permite al Estado nacionalizar, éste no podrá hacerlo.⁽⁷⁾ En el mismo sentido, en la sentencia de la BP Exploration Company, se expresa que la ley Libia de nacionalización “constituye una ruptura fundamental de la concesión y que viola claramente el derecho internacional público”.⁽⁸⁾ Y finalmente, en el caso Aminoil, el Tribunal arbitral presidido por el profesor Paul Reuter, reconoció que es jurídicamente posible que un Estado limite en un acuerdo su derecho a nacionalizar, negando así la tesis planteada años antes en el asunto Liamco, por el árbitro S. Mahmassani donde sostuvo que el Estado, pese a haber suscrito el acuerdo que lo obliga a no nacionalizar, está autorizado a hacerlo.⁽⁹⁾

En síntesis, a diferencia de los contratos donde el Estado actúa como Poder Público, donde por razones de interés social el Estado puede nacionalizar, expropiar o resolver unilateralmente el contrato, en estos convenios ello no es posible.

2.2. La segunda característica de estos convenios es el sometimiento a una jurisdicción arbitral quien deberá conocer las controversias que surjan entre las partes como consecuencia de la interpretación o cumplimiento del acuerdo. Con ello, los órganos judiciales del Estado receptor de la inversión quedan exentos de conocer la controversia, lo que implica nuevamente una limitación a un derecho soberano.⁽¹⁰⁾

La posibilidad de que una empresa transnacional pueda reclamar directamente al Estado infractor se ve reflejada no solo a través de lo que se denomina el Arbitraje Codificado o Institucionalizado sino también a nivel de Arbitraje No Codificado.

stipulations. The abrogation, amendment or modification of this Agreement shall not take place without the unanimous consent of the parties”. Estipulaciones similares están presentes en contratos tales como: Convenio del 19/9/1954 entre Irán y el Consorcio; el art. 38 del Convenio del 24/4/1958 entre la National Iranian Oil Company y Pan American Petroleum Ltd.; el art. 27 del Convenio de 15/1/1961 entre Kuwait y Kuwait Shell Petroleum Development Co. Ltd. Citado por BARBERIS, Julio. *Ob. cit.*, p. 168.

(7) JDI. 1977, pp. 363-380.

(8) ILR. Vol. 53, p. 329.

(9) ILM. 1982, p. 1023.

(10) Barberis cita como ejemplos el art. 17 del Convenio entre Persia y William Knox d'Arcy el 28/4/1901; el art. 22 del convenio del 29/4/1933 entre Persia y la Anglo Persian Oil Company; el art. 11 del Convenio del 29/5/1933 entre Arabia Saudita y la Arabian American Oil Company; el art. 26 del Convenio del 3/3/1957 entre la National Iranian Oil Company y AGIP Mineraria; el art. 34 del Convenio del 20/3/1964 entre Qatar y el Consorcio Japonés; entre otros. BARBERIS, Julio. *Ob. cit.*, p. 168-169.

A. Arbitraje Codificado o Institucionalizado

A nivel de Arbitraje Codificado, son numerosos los tratados internacionales, multilaterales o bilaterales, que dan acceso a las empresas transnacionales a la posibilidad de una reclamación, directa. Entre ellos tenemos:

A.1. El Centro Internacional para el Arreglo de Controversias sobre Inversiones (ICSID).

Promovido por el Banco Mundial, el ICSID se creó por la Convención de Washington de 18 de marzo de 1965 y entró en vigor el 14 de octubre de 1966. Aquí se busca resolver mediante la conciliación o el arbitraje las controversias entre los Estados miembros y nacionales de otros Estados contratantes por las inversiones que éstos hubieran realizado en los primeros.

A.2. El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA)

La Convención fue aprobada por el Consejo de Gobernadores del Banco Mundial en Seúl en octubre de 1965, y entró en vigor en abril de 1968.

A.3. La ley modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL.

Inspirándose en las normas de la Convención de Nueva York, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional acometió los trabajos de elaboración de una ley modelo que fue adoptada por la UNCITRAL el 21 de junio de 1985.

En esta ley, se adopta también la fórmula del arbitraje. Sin embargo, el laudo arbitral no tendrá fuerza obligatoria en el Estado receptor de la inversión en forma automática si no que necesitará del *exequatur* estatal para ser ejecutado.

La ley por tauto se aparta de la tendencia *marcSada* en los dos documentos anteriores, lo que ha sido ampliamente criticado como un retroceso que no tiene en cuenta la singularidad de las controversias sobre inversiones.⁽¹¹⁾

A.4. El Convenio de Lomé IV entre los países ACP (Africa, Caribe y Pacífico) y la CEE. (1989).

Este tiene por objeto la cooperación y el desarrollo de la Comunidad Europea con estos países. Aquí se establece como mecanismo de solución de controversias la conciliación o el arbitraje, en los contratos de obra, suministro y servicios financiados por el Fondo Europeo de Desarrollo.

(11) *Ibid.*, p. 379

A.5. El Convenio de Arbitraje de la CEE destinado a evitar la doble imposición tributaria

La doble imposición fiscal de una misma actividad económica transfronteriza, derivada del jeejo de los 12 sistemas fiscales de los Estados comunitarios, motivó la suscripción de este Convenio el 23 de julio de 1990 entre los 12 países miembros de la Comunidad.

B. Arbitraje No Codificado

A nivel de Arbitraje No Codificado son también muchos los ejemplos que podrían citarpe. Sólo a manera de referencia tenemos los Acuerdos de Argel de 19 de enero de 1981 entre EE.UU. e Irán, que establecieron un Tribunal Arbitral para resolver litigios entre ambos. El número de demandas presentadas sólo ante este tribunal ascendió a 3,850.

La competencia del Tribunal se extendía a aquellas demandas nacidas de litigios de carácter comercial y de los derivados de las expropiaciones del régimen revolucionario.

En síntesis, de una lectura detenida de cada uno de los documentos referidos, puede concluirse en primer término que en ellos se faculta a las empresas transnacionales a acudir al Arbitraje Internacional, lo que ha llevado a que algunos publicistas como Juan Antonio Carrillo Salcedo, sostengan que tal hecho “indubitablemente significa reconocerles una cierta subjetividad internacional”.⁽¹²⁾

Pero además, estos acuerdos nos permiten también concluir que, salvo la excepción señalada en la Ley Modelo de la UNCITRAL, la tendencia respecto a la ejecución de los laudos arbitrales en el territorio del Estado receptor de la inversión, es que sea directa e inmediata, esto es, sin necesidad de pasar por un procedimiento normal de Exequatur.

2.3. Una tercera característica de estos convenios está dada por el *derecho aplicable* a los mismos. La práctica nos dice que Estados y Empresas Transnacionales buscan eludir cuando menos la aplicación exclusiva del derecho interno del Estado contratante, para someterse por ejemplo a las normas comunes a los ordenamientos jurídicos vigentes en el Estado receptor de la inversión y en el país del inversionista; al ordenamiento de un tercer Estado; a los Principios Generales del Derecho Internacional; a la equidad; en tanto otros expresan que

(12) CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Derecho Internacional Público*, Tecnos: Madrid, 1992, p. 36.

deben ser interpretados en forma razonable. En todo caso, lo importante a resaltar es que en estos contratos se busca eludir el derecho del Estado nacional contratante.⁽¹³⁾

Estos contratos de estar sometidos al derecho interno del Estado receptor de la inversión, podían estar sujetos a los vaivenes de la política estatal. Así el Estado podía modificar su legislación administrativa sobre concesiones, sus normas de derecho laboral o seguridad social, alterar el régimen aduanero o establecer un control de cambios, sin que la empresa pudiera hacer absolutamente nada.

Precisamente, el sometimiento a un derecho o ley aplicable distinta a la imperante en el Estado receptor de la inversión, garantiza a la empresa una mayor neutralidad y garantía ante posibles controversias futuras.

Por otro lado, resulta importante para nuestro análisis precisar, qué sucede cuando el convenio no contiene una disposición sobre el derecho aplicable al mismo. En estos casos, la jurisprudencia internacional ha recurrido a criterios diversos. Un primer criterio consiste en tratar de deducir del texto mismo del convenio la voluntad presunta de las partes.⁽¹⁴⁾ Otro, toma como regla para determinar la ley aplicable los principios generales de conflictos de leyes del Derecho Internacional Privado.⁽¹⁵⁾

No obstante, en muchos casos los Tribunales Arbitrales han aplicado normas del Derecho Internacional Público para resolver la controversia. Así en el Asunto Lena GoldFields Ltd. el Tribunal Arbitral fundó su decisión en el enriquecimiento sin causa, al que reconoció la categoría de principio general del

(13) Se señalan como ejemplos del art. 17 del Convenio 11/1/1939 entre Abu Dhabi y Abu Dhabi Petroleum Co. Ltd.; el art. 38 del Convenio del 24/4/1958 entre la National Iranian Oil Company y la Sapphire Petroleums Ltd. Citados por BARBERIS, julio. *Ob. cit.*, p. 169.

(14) Caso de la International Marine Oil Company y el Jeque de Qatar, donde el Tribunal llegó a la conclusión que la concesión debía estar regida por los "principios de justicia, equidad y buena conciencia" (I.L.R., 1953, pp. 544 y 545). En la controversia entre la Societé d' Electricité d' Athènes et du Pirée y el Gobierno Griego, el Tribunal concluyó por el contrario que "la voluntad de las partes era regirse por los Principios Generales del Derecho". (Exposición de Motivos, p. 21). BARBERIS, julio. *Ob. cit.*, p. 172.

(15) Asunto de la Caja Autónoma de los Monopolios del Reino de Rumania, donde la sentencia aplicó el derecho inglés y norteamericano; o el caso Aramco donde el Tribunal expresó: "En la presente causa, el acuerdo de las Partes no se refiere a un derecho único. En la medida en que el Tribunal arbitral es competente para determinar el derecho aplicable, lo hará recurriendo a la doctrina general del Derecho Internacional Privado". (Arbitraje entre Arabia Saudita y la Arabian American Oil Company, Award, p. 48). *Ibid.* p. 173.

derecho.⁽¹⁶⁾ Y en la controversia entre la NIOC y la Sapphire International Petroleum Ltd., la sentencia aplicó el principio por el cual se debe indemnizar por los daños y perjuicios que una parte irroga a la otra.⁽¹⁷⁾

Incluso, algunos Tribunales han aplicado a estos contratos normas consuetudinarias. Es el caso de la sentencia Aramco o la relativa al asunto Sapphire International Petroleum Ltd., donde se aplicaron normas tales como el respeto a los derechos adquiridos, la interpretación según el sentido natural y ordinario de los términos, el que la indemnización debe comprender el lucro cesante y el daño emergente, el que un Estado no puede prevalerse de su derecho interno para incumplir una obligación internacional, entre otros; todos ellos, de origen netamente consuetudinario.⁽¹⁸⁾

La norma consuetudinaria del Pacta Sunt Servanda fue aplicada finalmente en los casos de la Compañía Universal del Canal de Suez, de la Sapphire International Petroleum Ltd, de la Aramco y en las tres sentencias arbitrales relativas a las nacionalizaciones libias.⁽¹⁹⁾

Todo lo cual pone en evidencia que, cuando las Cortes no han tenido señalada en forma expresa la ley aplicable al convenio, han optado siempre por desconocer la ley imperante en el Estado receptor de la inversión, para resolver la controversia en base al Derecho de Gentes, como si se tratara de un tratado internacional.

2.4. Finalmente, en cuarto lugar, en lo que respecta a la formalidad de estos convenios, ellos son generalmente sometidos por los Estados Parte, al mismo procedimiento interno que es aplicable a la aprobación de los tratados internacionales.

Si bien ello obedece más a un esfuerzo de los Estados por demostrar al inversor su voluntad de cumplir con las cláusulas del acuerdo que, la convicción de que tales acuerdos son en realidad tratados; es cierto también que no se les da un tratamiento similar a cualquier contrato.

Entonces, como hemos podido apreciar, estamos ante un convenio de características muy particulares. La pregunta que surge en este punto, es ¿Cuál es el Orden Jurídico al que están sometidos finalmente dichos convenios?

3. ORDEN JURIDICO APLICABLE A LOS CONVENIOS

Con respecto al orden jurídico que regula los convenios de estabilidad jurídica son cuatro las posibles respuestas:

(16) The Times, 3/9/1930, p. 7.

(17) JIR. 1982, p. 289.

(18) JIR, 1962, pp. 290 y 291; Aramco, Award, pp. 66 y ss.

(19) BARBERIS, julio. *Op cit.*, p. 177.

a. Orden Jurídico Estatal

Una primera teoría sobre esta cuestión, sostenida por Paul Guggenheim y la doctrina alemana,⁽²⁰⁾ señala que estos Acuerdos se encuentran sujetos finalmente a un *derecho estatal*; pues si bien en ellos se puede estipular la aplicación de Principios del Derecho Internacional e incluso de la Costumbre Internacional, ello es posible porque el derecho interno lo permite. Los principios o la costumbre se aplicarían entonces en forma indirecta o mediata; se trataría de una aplicación material.

Algunos autores como Julio Barberis acertadamente critican esta postura, señalando que sujetar un convenio de esa naturaleza a un derecho estatal, implicaría que tal convenio pueda ser impugnado en caso de contravenir normas imperativas, de orden público o de buenas costumbres consagradas en la legislación del Estado contratante; lo cual, ha sido expresamente rechazado por la jurisprudencia arbitral.⁽²¹⁾

Más aún, la jurisprudencia nunca ha examinado si el derecho elegido por las partes está o no conforme con el derecho interno del Estado contratante. Por último, el hecho de poder establecer o pactar un procedimiento arbitral distinto del nacional, incluso de sus normas procesales imperativas o de orden público, demuestra que estos convenios no dependen del derecho interno.

b. Un tercer Derecho

Una segunda teoría postula el sometimiento de estos contratos a un tercer derecho. Tal postura tiene dos vertientes:

La primera, defendida por Alfred Verdross, afirma que el convenio regula exhaustivamente la relación entre las partes y que constituye en sí mismo un orden jurídico independiente.

(20) GUGSENHEIM, Paul. *Tratado de Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Ginebra, 1987, T. I, p. 311. Citado por BARBERIS, julio. *Op. cit.*, p. 170.

(21) En el caso de la Compañía de Aguas de Beirut, el Estado alegó la inconstitucionalidad de la prórroga de una concesión por falta de homologación legal y la nulidad de unos acuerdos sobre aprobación de cuentas por incompetencia de los funcionarios firmantes. La sentencia rechazó ambos pedidos. En el litigio entre la Société d' Electricité d'Athènes et du Pirée y el Gobierno Griego, el Tribunal dijo que el convenio suscrito "prevalece en las relaciones entre las partes sobre el derecho griego, aun el promulgado con posterioridad al convenio". Cosa similar pasó entre Ecuador y la Guayaquil and Quito Railways Company; o en el caso Aminoil, cuya sentencia arbitral del 24 de marzo de 1982 rechazó la posibilidad de anular la cláusula de estabilización pactada entre Kuwait y la Compañía, por el sólo hecho de contravenir la Constitución del primero. Citado por Barberis, julio. *Op. cit.*, p. 171.

La segunda, defendida por Francois Rigaux, afirma que el convenio estaría más bien sometido a un orden jurídico diferenciado de los derechos estatales y del derecho internacional. Este tercer derecho, al que denomina “Derecho Transnacional”, poseería una coercibilidad autónoma y distinta a la física, que apoyaría la hipótesis de la existencia de ese tercer orden autónomo.⁽²²⁾

Contra estas posturas, se alega sin embargo, que resulta jurídicamente inadmisibles plantear la existencia de un tercer orden jurídico.

En efecto, una relación jurídica sólo puede configurarse como una relación de subordinación o una relación de coordinación. La relación de subordinación se presenta en el Derecho Interno, donde el Estado impone a sus miembros un conjunto de normas respaldadas por su poder de coacción. La relación de coordinación, propia del Derecho Internacional, supone por el contrario un plano de igualdad entre las partes.

Hay pues, sólo dos alternativas: subordinación o coordinación, que se traducen en Derecho Interno o Derecho Internacional, respectivamente. Entonces, la hipótesis de un tercer orden jurídico es imposible.

c. Carencia de un Orden Jurídico

Una tercera postura, sostiene que estos convenios no están regidos por el derecho de gentes ni por la ley del Estado, pero tampoco por un tercer orden, sino que se trata de acuerdos carentes de orden jurídico.⁽²³⁾

Se sostendría que estos convenios estarían regulados por los Principios Generales del Derecho, que no constituyen en sí mismos un orden jurídico. Los convenios según Pazarci, no se hallarían sujetos a ningún orden jurídico, sino a los Principios Generales del Derecho. Serían acuerdos carentes de orden jurídico pero no carentes de regulación.⁽²⁴⁾

Sin embargo, si bien estos principios no constituyen en sí un ordenamiento jurídico autónomo, sí son normas pertenecientes al Derecho Internacional Público Positivo. Por lo que resulta errado y hasta contradictorio afirmar, que a pesar de estar regidos estos convenios por Principios del Derecho Internacional, no son parte de este ordenamiento.

(22) RIGAUX, Francois. “Soberainité des Etats et Arbitrage Transnational”. En: *Etudes Offertes á Bertold Goldman. Le Droit des Relations Economiques Internationales*, París, 1982.

(23) VERDROSS, Alfred. *Gibt es Verträge, die weder dem innerstaatlichen Recht noch dem Völkerrecht Unterliegen?*, 1965, pp. 133-134. Citado por BARBERIS; julio. *Ob cit.*, p. 183.

(24) PAZARCI. “La Responsabilité Internationale des Etats á l’ occasion des trats conclus entre Etats et personnes privées étrangères”. En: *RGDIP*, 1975, pp. 388 y ss.

d. Orden Jurídico Internacional

Finalmente, una cuarta teoría, sostenida por Cruchaga y Tocornal ya en 1948, y Julio Barberis y Carrillo Salcedo en la actualidad, señala que las características del contrato así como la jurisprudencia internacional han confirmado que tales convenios se sitúan en el ámbito del Derecho Internacional. Dicha afirmación resultaría válida si consideramos que en estos contratos estamos ante una relación de coordinación entre iguales, típica del Derecho Internacional. Y que además, se trata de una relación que se ve regulada por las normas del Derecho Internacional según se desprende de la jurisprudencia existente.⁽²⁵⁾

Así, por ejemplo, la sentencia arbitral de 19 de enero de 1977 en el Asunto Texaco-Calasiatic, afirmó el carácter Internacional del Derecho regulador de estos contratos. En esta sentencia además, se reconoció concretamente a las empresas transnacionales, la posibilidad de hacer valer en el plano del Derecho Internacional, los derechos derivados de un contrato celebrado con un Estado.⁽²⁶⁾

Una consecuencia de este reconocimiento, sería considerar a las empresas transnacionales como sujetos de derechos y obligaciones internacionales, por lo cual, gozarían de Personalidad Jurídica Internacional.

La práctica actual, en efecto, registra una progresiva internacionalización del régimen jurídico de estos contratos, tanto en la legislación y jurisprudencia interna como en la jurisprudencia internacional arbitral.

Tampoco debemos exagerar, pues se debe considerar que se trata de una práctica fragmentaria.

Sin embargo, parecería que la tendencia actual estaría inclinada en este sentido.

4. CONCLUSION

En conclusión, los convenios cuasi-internacionales o de estabilidad jurídica son una respuesta a la insuficiencia de la institución de la Protección Diplomática para amparar a las empresas transnacionales de las modificaciones futuras que el Estado pueda introducir en su legislación interna y que les permite, además; una intervención directa en la reclamación.

La relevancia de las empresas transnacionales en las relaciones internacionales contemporáneas es innegable, lo que explica que el Derecho Internacional se ocupe progresivamente de estas entidades no estatales.

En este sentido, su reconocimiento como nuevos sujetos del Derecho Internacional no habrá de esperar mucho tiempo. Mientras tanto seguiremos en esta suerte de etapa de transición.

(25) MELLO, Celso. *Ob. cit.*, p. 466.

(26) CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Ob. cit.*, p. 36.

DESREGULACION, LIBERALIZACION Y COMPETENCIA: UN ENFOQUE HISTORICO

Licda. Flor López-López
Abogada costarricense

Desde hace más de diez años, el Estado costarricense, a través del Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), en forma muy pausada pero concreta, ha ido implementando acciones tendientes a fortalecer una economía de mercado.

Se empezó con la desregulación de precios, reduciendo el número de productos que tenían precio oficial fijado y sujetándolos a margen de utilidad, durante la Administración Monge Álvarez (1982-1986). En diciembre de 1985 se adoptó la nueva Nomenclatura Arancelaria Centroamericana, conocida como NAUCA II, basada en la Nomenclatura del Consejo de Cooperación Aduanera, con lo que se trató de compatibilizar la clasificación de mercancías para facilitar el intercambio comercial; se racionalizaron las tarifas arancelarias y se esbozaron las políticas de desgravación.

Posteriormente, en la Administración Arias Sánchez (1986-1990), además de la reducción de la cantidad de artículos bajo control de precios fijados oficialmente, se eliminaron muchos productos de la fijación de margen de utilidad; empiezan a desaparecer los genéricos, que se restringen a un ítem específico, por ejemplo, el genérico “huevos”, dejó de estar sujeto a control, pero se estableció el específico “huevos de gallina”. Se introdujo en esta época el control de precios bajo el sistema de modelos de costos.

El país, durante las negociaciones de los PAEs, asume el compromiso de establecer el techo y el piso arancelario en montos inferiores a los que tenía estipulados.

Durante la Administración Calderón Fournier, 1990-1994, de conformidad con el llamado “Plan Antinflacionario”, se revisaron cerca de trescientos instrumentos jurídicos para determinar las restricciones no arancelarias, con base en un listado de la Dirección General de Aduanas. Se procedió a la derogatoria de todos aquellos decretos que involucraban restricciones a la comercialización soporte del Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

Durante estos cuatro años se concretan las políticas de desgravación arancelaria, coincidiendo con la ratificación del protocolo de Adhesión de Costa Rica al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y la firma del Tratado de Libre Comercio con México.

Específicamente, durante 1992, se realizaron estudios sobre productos que necesitaban la recomendación de una Junta o Comisión (sal, tabaco y otros), así como de ciertos productos que gozan de monopolio estatal, como los derivados del petróleo y el alcohol etílico.

Dado que muchas de las recomendaciones eran competencia legal de las Juntas y Comisiones, su eliminación debía hacerse por ley. Así, en el proyecto de la “Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor”, presentado a la Asamblea Legislativa por el MEIC, en 1992, se contempla, en el Título II, la derogatoria de toda licencia, autorización y restricciones en general y la consecuente modificación de las leyes que las disponen.

Se estudiaron los procedimientos de registro (alimentos, agroquímicos, representantes de casas extranjeras), buscando facilitar trámites y eliminar trabas (actos de procedimiento, autorizaciones) innecesarias.

También, durante 1992, la “Comisión para el análisis de los obstáculos legales y eliminación de restricciones cuantitativas para el comercio intra-extra regional”, realizó estudios específicos sobre productos sujetos a restricciones.

Durante esta Administración Figueres Olsen (1994-1998), se creó una “Canasta Básica Moderna”, bajo la consideración de la protección a los más necesitados, la cual está conformada por aproximadamente cincuenta productos de uso y consumo básico, sujetos a precio oficial, incluyendo algunos productos más en razón de la época (uniformes, juguetes).

Si bien en diciembre de 1992 el MEIC había presentado el proyecto de ley de Promoción de la Competencia y Defensa efectiva del Consumidor, posteriormente se revisa dicho documento y se ofrece al Poder Legislativo una nueva versión: “Promoción y Regulación de Mercados Competitivos y Defensa del Consumidor” la cual es desechada por ese Poder.

Es en enero de 1995, bajo el número de ley 7472, que el primer proyecto presentado por MEIC sale publicado. Premisa básica de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor es que la situación económica nacional y mundial es enteramente diferente a la que tenía el país hace 20 años (la Ley de Protección al Consumidor, No. 5665 fue sancionada en 1975), el control de precios (precio oficial o márgenes de utilidad o modelos de costos) solo es justificado cuando no exista libre competencia y la participación en el mercado de competidores no exista o esté limitada. Se constituye, pues, la promoción de la libre competencia en el eje fundamental de la defensa del consumidor.

Como objetivo y fin, se pretende la tutela y promoción del proceso de competencia y libre concurrencia en los mercados, mediante la prevención y sanción de monopolios, prácticas monopólicas y otras restricciones al funcionamiento eficiente de los mismos y la eliminación de las regulaciones innecesarias a las actividades económicas. Se mantienen regulaciones en materia de salud, seguridad y protección al medio ambiente además del aseguramiento de estándares de calidad, disponiendo un trato igualitario para el bien nacional e importado.

En esta ley se introducen los conceptos de “agente económico”, poder sustancial en el mercado relevante “prueba de necesidad económica”; se crea el

“Tribunal Administrativo Económico”, como órgano de máxima desconcentración, adscrito al MEIC, con dos secciones: “El Tribunal Administrativo de la Competencial” y “El Tribunal de Consumo”.

Antes de la sanción de esta ley, el marco jurídico existente era vago y disperso. Estaba conformado por el vigente artículo 46 de la Constitución Política que a la letra dice:

“Artículo 46.—Son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria.

Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora. Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial. Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las Municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa”.

Asimismo, el artículo 2 de la Ley No. 36 de 21 de diciembre de 1940, reformada por leyes números 2426 de 3 de septiembre de 1959, y 2231 de 28 de agosto de 1958, establecen:

“Artículo 2.—El Estado velará porque se mantenga un libre desarrollo industrial, evitando la concentración de capitales industriales en función monopolística”.

El artículo 4 de la Ley No. 5665, Ley de Protección al Consumidor y su igual en el reglamento, completan el marco jurídico, en relación con monopolios, prácticas monopolísticas, prácticas restrictivas de comercio y competencia desleal:

“Artículo 4.—En el desempeño de su cometido, el Ministerio de Economía y Comercio podrá:

(...)

i) Controlar y evitar las prácticas restrictivas de la actividad comercial y comercio desleal, así como las prácticas monopolísticas de mercado.

(...)

Decreto Ejecutivo No. 5000-MEIC

“Artículo 4.—En el desempeño de su cometido, la Dirección General de Comercio Interior y la Dirección de Hidrocarburos, en materia de su competencia, podrán:

(...)

f) Controlar y evitar las prácticas restrictivas de comercio, comercio desleal así como prácticas monopolísticas de mercado que se suscitaren. En caso de presunción de tales prácticas la respectiva Dirección, constatará la existencia de las mismas y procederá a establecer precios máximos y mínimos en el término de un mes, sin perjuicio de aquellas medidas que se estimen necesarias.

(...).”

En materia de dumping y salvaguardias, se tiene la Ley de Protección y Desarrollo Industrial de 3 de septiembre de 1959, Ley No. 2426, modificada por Ley No. 7134 (Convenio de Préstamo para Ajuste Estructural II). Con esta reforma se crearon dos comisiones técnicas “antidumping”, una en el MEIC y otra en el Ministerio de Agricultura y Ganadería, a efecto de determinar y recomendar las medidas que sean necesarias para contrarrestar prácticas de comercio que causen o amenacen causar perjuicio en la producción industrial o agropecuaria del país, especialmente cuando se trate de la importación de mercancías a un precio inferior al de su valor normal por el uso de subsidios o por cualesquiera otras ventajas otorgadas en el país de origen de las mercancías. El Decreto Ejecutivo No. 18098-MEIC de 19 de abril de 1988, reglamentaba el procedimiento por seguir en casos de dumping y salvaguardias.

Los artículos 25 y 26 del Convenio sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano, facultan a los Estados suscriptores, para aplicar bilateralmente modificaciones a los derechos arancelarios a la importación cuando se presenten problemas de desequilibrio de la balanza de pagos, deficiencias repentinas y generalizadas en el abastecimiento de materias primas y bienes finales básicos, haya desorganización de mercado, prácticas de comercio desleal o cualquier otra circunstancia que amenace derivar en situaciones de emergencia nacional. No debe olvidarse en lo relativo, el Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial.

La Ley No. 3600, Ley de Premios y Recompensas, establece sanciones a un cierto tipo de competencia desleal.

Por Decreto Ejecutivo No. 21984-MEIC, se publicita la resolución No. 37 del (Consejo Arancelario y Aduanero Centroamericano “Reglamento Centroamericano sobre Prácticas de Comercio Desleal y Cláusula de Salvaguardia”), que viene a regular el procedimiento en casos de prácticas de comercio desleal y leal que afecten o amenazan la producción de los países centroamericanos. A partir de enero de 1996, entró en vigencia el nuevo Reglamento Centroamericano sobre Prácticas Desleales de Comercio (Decreto Ejecutivo No. 24868-MEIC). Vale resaltar, que este instrumento legal ajusta la normativa regional a los acuerdos de la Ronda de Uruguay y deroga, en todo lo que se oponga, la legislación existente en esta materia. Si bien la experiencia con la nueva legislación en este campo ha sido hasta ahora poca, la Ley No. 7472 y el Reglamento Centroamericano sobre Prácticas Desleales de Comercio, proveen un mejor marco jurídico para la defensa de la producción nacional, cuyos agentes no han sabido aprovecharla, y es poco lo que se puede decir de su incidencia en el consumidor, quien se ha favorecido con la creciente oferta de productos, pero no con su precio.

FUENTES: División de Asuntos Jurídicos, Dirección General de Integración Económica y Dirección General de Comercio del Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

DOCUMENTO

COLEGIO DE ABOGADOS

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

I. ANTECEDENTES

A raíz del atentado terrorista contra el Juez de Instrucción de Ciudad Quesada, la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Costa Rica decidió realizar un estudio sobre la seguridad de los jueces, con el propósito de buscar medios para protegerlos, de cara al aumento de casos y tipos de delitos, así como de la extraordinaria violencia, que ha empezado a manifestarse contra la judicatura. El estudio también se ocuparía de las interferencias en las atribuciones exclusivas de aquéllas que las afectaren. Una comisión especial del Colegio de Abogados coordinada por don Fernando Volio Jiménez, se encargaría de realizar el citado trabajo.

Algunos días después, ocurrió el secuestro de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, lo que aceleró la puesta en marcha de dicho proyecto. En efecto, la Junta Directiva del Colegio, convocó a una Asamblea general extraordinaria, para “analizar los últimos acontecimientos y asumir la posición del Colegio de Abogados”. Esta asamblea se efectuó el 30 de abril de 1993, y en ella se aprobó proyecto y se designaron los abogados que formarían la comisión. Asimismo, la asamblea señaló un plazo de tres meses para la presentación del Informe respectivo.

A partir del 13 de mayo de 1993, la comisión realizó 22 sesiones continuas, hasta esta fecha, después de haber obtenido una prórroga de la Junta Directiva del Colegio, para laborar un poco más allá del plazo inicial convenido. Durante todo ese tiempo, la Junta del Colegio asistió eficazmente a la comisión en sus labores, por lo que ésta se complace en consignar aquí su agradecimiento.

La Corte Plena facilitó también el trabajo de la comisión, al otorgar a jueces de zonas alejadas de la capital, el permiso para acudir al llamado de la comisión y contribuir con sus experiencias al estudio que se realizaba. La participación de dichos funcionarios, nueve en total, que laboran en San Carlos, Sarapiquí, Pococí, Limón, y Corredores, y que actuaron ante la Comisión a título personal, hizo resaltar hechos graves y dramáticos que afectan la administración de Justicia. Por razones personales, no pudieron dar sus testimonios los jueces de Pérez Zeledón y Golfito, que tenían el permiso para colaborar con la comisión.

La comisión agradece a la Corte Plena su colaboración, así como a dichos jueces, por sus valiosas opiniones.

Esta comisión estuvo integrada por abogados y jueces, activos y jubilados. Sus opiniones reflejaron sus puntos de vista personales sobre los temas generales abordados. De los veintidós comisionados originales, sólo los que firman el presente informe pudieron terminar la labor que se les encomendó. Unos comisionados no pudieron llegar hasta al final del estudio, por diferentes razones de tipo personal, aunque sus contribuciones resultaron muy útiles.

Entre sus instrumentos de trabajo, la comisión contó con la “Declaración de Caracas”, sobre los “Principios Básicos Relativos a la Judicatura”, proclamados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente”, y avalados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por la resolución 35/171, de 15 de diciembre de 1980, esta asamblea a su vez, incluyó en ella importantes recomendaciones adicionales.

Asimismo, se tuvieron a la vista las recomendaciones del Seminario sobre la Independencia de Jueces y Abogados, que se realizó en San José, Costa Rica, en abril de 1986, copatrocinado por el Centro para la Independencia de Jueces y Abogados, de Ginebra la Comisión Internacional de Juristas; el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el ILANUD.

La comisión elaboró una “Guía Básica de Seguridad”, con el fin de ayudar a los Jueces a defenderse de los peligros que encaran cotidianamente. Dicho proyecto se incluye como anexo al presente informe.

Para los efectos del presente estudio, jueces son las personas que administran justicia en salas, tribunales, juzgados y alcaldías.

La comisión celebró sus 22 sesiones en la sede del Colegio de Abogados.

En la sesión del día 9 de setiembre de 1993, la comisión aprobó el presente informe que, en opinión de los firmantes, constituye un esfuerzo inicial en el camino hacia el conocimiento de los hechos que afectan la administración de Justicia del país en los campos de la seguridad y la independencia.

II. CUESTIONES ESTUDIADAS

A) La comisión estudió primero el tema de *la seguridad de los jueces*. En este campo, los principales problemas son los siguientes:

1) Falta de vigilancia en las casas y edificios que alojan a juzgados y alcaldías, porque ni el Poder Judicial ni el Poder Ejecutivo se ocupan de dicha función. En el primer caso, porque no existe una política ni un sistema de vigilancia organizado y financiado por la Corte Suprema de Justicia; en el segundo, porque los miembros de la fuerza pública consideran que a ellos no les corresponde la labor citada. La inseguridad se agudiza en zonas rurales y conflictivas, de mucha peligrosidad, donde, para colmo de males, los distritos judiciales tienen una gran extensión. Tal es caso, por ejemplo, de Sarapiquí que sólo cuenta con una alcaldía para atender un área de 2.140,54 kilómetros cuadrados de un área total de 2.656,98 kilómetros cuadrados que mide la Provincia de Heredia; en cambio, el resto de la provincia que tiene 515,94 km², es atendido por cuarenta jueces.

- 2) Falta de vigilantes que protejan a los jueces, por las mismas razones antes dichas. Sus casas, además, no cuentan con tapias ni rejas que impidan o dificulten las acciones de los delincuentes;
- 3) Falta de protección a los jueces en los trayectos desde sus residencias al trabajo y viceversa, lo mismo que, durante las diligencias propias de sus cargos –realizados fuera de la sede– tales como inspecciones judiciales, practicas de embargo, allanamientos y reconstrucción de hechos. Esto resulta especialmente riesgoso en ciertas zonas rurales;
- 4) Falta de adecuades residencias; los jueces se ven obligados a vivir en áreas incompatibles con sus funciones, inclusive en lugares que frecuentan imputados peligrosos.
- 5) Falta de medios de comunicación expeditos, con autoridades superiores judiciales, de la policía y el OIJ, que les impide o les obstaculiza pedir protección y colaboración urgentes, en casos de atentados o amenazas contra su seguridad personal, o la de sus familiares.
- 6) Ausencia de áreas de acceso restringido, separadas de oficinas, donde sólo los abogados puedan consultar expedientes. En la mayoría de los juzgados y alcaldías qua atienden esos penales, tanto en los accesos a las salas de juicio, como en éstas, la separación de los jueces y la partes son mínimas;
- 7) También, de vigilancia policial en las salas de juicio, durante los debates.
- 8) Falta de medidas de seguridad que incluyan a todos los jueces.
- 9) Inadecuada organización telefónica que facilite sus labores y pueda evitar o limitar llamadas intimidatorias en su perjuicio.
- 10) Inseguridad en los edificios de oficinas donde trabajan, incluso en la capital.
- 11) Falta de un sistema *ad hoc* de pólizas de riesgos múltiples, financiado por el Poder Judicial.
- 12) Falta también de bóvedas, cajas de seguridad o medios modernos de protección para expedientes y documentos en custodia.
- 13) Falta asimismo, del presupuesto indispensable para atender las necesidades de un sistema de seguridad;

14) Ausencia de un sistema de información sobre la realidad que confrontan los jueces, que permita a los jerarca del Poder Judicial conocer *in situ* sus necesidades, en la esfera de la seguridad; y atender, adecuadamente y con prontitud, a sus requerimientos de seguridad personal;

15) Las intimidaciones a que están sometidos, sobre todo los jueces penales y, entre éstos, los de zonas peligrosas, donde los delincuentes manifiestan ahora actitudes y comportamientos de suma agresividad e irrespeto grave a su investidura, que antes no se daban. Las intimidaciones incluyen amenaza de muerte para ellos y sus familiares, así como llamadas telefónicas a sus hogares, con insultos y manifestaciones absenas en perjuicio de sus esposas e hijos.

B) Es el segundo tema de su estudio, *la independencia de los jueces*, la comisión pudo distinguir los siguientes problemas principales:

1) La inseguridad que azota la judicatura, según se describe en el informe (No. 2, que será publicado en la próxima Revista N° 83), porque como es obvio, las intimidaciones tienen por objeto afectar la independencia de lo jueces en la conducción de los asuntos bajo su responsabilidad;

2) Algunas informaciones de la prensa, especialmente de la televisión, relacionadas con procesos judiciales, den lugar a reacciones emotivas de la opinión pública, con efectos perjudiciales en la administración de justicia, porque distorsionan la realidad de aquellos juicios, e interfieren en la labor de la judicatura.

3) El uso abusivo del sistema de quejas ante la Inspección Judicial, sobre el trabajo de los jueces.

4) La inestabilidad en los cargos de la judicatura, con la excepción de los magistrados.

5) La falta de una adecuada representación orgánica de los jueces en los procesos de selección de nuevos integrantes de la judicatura.

6) La falta de canales de comunicación con los integrantes de la Sala Constitucional. Esta situación da lugar a diferentes interpretaciones sobre decisiones que les compete tomar a los jueces, en asuntos de su conocimiento, especialmente en casos de prisiones preventivas y excarcelaciones, lo cual es causa de tensiones y conflictos.

III. CONCLUSIONES

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

1) En el campo de la administración de justicia, existe una situación de inseguridad, muy seria, que perjudica el trabajo cotidiano de los jueces.

2) En general, para los jueces que laboran en zonas conflictivas, de mucho peligro, y en particular para los jueces penales, sus funciones conllevan limitaciones, riesgos y tensiones extraordinarios, porque encaran actitudes y delitos muy graves, algunos de reciente aparición;

3) Ni la sociedad, ni los correspondientes órganos del Estado asumen la política que resulta consecuente con las obligaciones que tienen aquélla y el sistema de instituciones políticas con la judicatura.

4) Las instalaciones de los juzgados y las alcaldías, así como los expedientes y documentos en custodia, se afectan seriamente por la citada situación de inseguridad.

5) La sociedad da por sabida la importancia de la administración de justicia, pero no se ocupa de examinar y perfeccionar su funcionamiento, constantemente, como es debido, a la luz de la realidad y de los valores fundamentales que aquélla está llamada a poner en práctica, en una sociedad democrática;

6) Por el descuido de los deberes de la sociedad, en relación con la labor de los jueces, también se da un trato desconsiderado a dichos funcionarios públicos, que participan –con buena voluntad y conocimientos especializados– en actividades y servicios indispensables para la búsqueda del bien común.

7) Los poderes de la República tienen importantes lotes de responsabilidad en el citado problema, porque en la relación intraórganos, que es vital en el proceso democrático no parece que haya estado presente –ni que esté en la actualidad– e tema de la seguridad de los jueces, al menos como uno de los que más seriamente atentan contra las labores de la administración de justicia.

8) En el pasado se han tomado algunas medidas de seguridad, pero no siempre han resultado eficaces, ni llegaron a constituir un sistema adecuado y permanente.

- 9) Con demasiada frecuencia, las necesidades presupuestarias del Poder Judicial no han sido atendidas adecuadamente, por los Poderes Ejecutivo y Legislativo, con perjuicio de las medidas de seguridad.
- 10) Del presupuesto disponible, el Poder Judicial no le asigna prioridad al financiamiento de un sistema de seguridad, como el que requiere el deber de protección a los jueces;
- 11) Sin un adecuado sistema de seguridad en beneficio de los jueces, promovido como una preocupación esencial del Estado, la administración de justicia queda expuesta a las acciones disociadoras de los delincuentes.
- 12) Algunas informaciones de la prensa, especialmente de la televisión, pueden llegar a constituir interferencias o intromisiones en asuntos que son de la competencia exclusiva de los jueces, a la luz de la Constitución Política, la Ley Orgánica del Poder Judicial, y las recomendaciones de las Naciones Unidas sobre la independencia de la judicatura, así como las adoptadas en el seminario de San José sobre la independencia de los jueces;
- 13) Si no se busca remedio a la situación anterior, tendería a agudizarse, con grave quebranto a las normas del debido proceso y perjuicio a la administración de justicia, en general.
- 14) La seguridad y la independencia de los jueces resultan conceptos insolubles y condiciones indispensables para el ejercicio de la administración de justicia.
- 15) La situación de inseguridad que afecta a los jueces y los factores que presionan contra su independencia, deben terminar a corto plazo, si no se quiere causar un daño irreparable al Poder Judicial y, por tanto, a la conveniencia pacífica y civilizadora de nuestro país.
- 16) Entre sus atribuciones, los jueces tienen la de tutelar las normas reguladoras de los procesos judiciales, inclusive las correspondientes a la publicidad de los debates. Sin embargo, cuando hacen uso de ella, dicha potestad suele provocar reacciones críticas e inconvenientes de la prensa.
- 17) Le corresponde al Poder Judicial la iniciativa en la promoción y puesta en práctica, de cambios urgentes y profundos en la situación de inseguridad que afecta a la judicatura. También le corresponde la iniciativa para resolver los problemas que afectan a los jueces.

18) Constituye un derecho y un deber de los jueces, participar en dicho proceso de cambio con papeles determinantes;

19) A los Poderes Ejecutivo y Legislativo les corresponde, asimismo, asumir las actitudes que faciliten aquella iniciativa;

20) Es función básica del Poder Ejecutivo, velar por la protección de los jueces, en descargo de los deberes que le impone el derecho constitucional, en las esferas de la colaboración intraórganos y del mantenimiento del orden público.

21) Los miembros del foro también deben participar en la promoción del citado cambio, así como las Escuelas de Derecho.

IV. RECOMENDACIONES

A la luz de los hechos que la comisión pudo estudiar, en el marco y tiempo de su mandato, las siguientes son sus recomendaciones:

1) Es necesario que la sociedad cambie su actual actitud en relación con la judicatura, y se resuelva a promover la seguridad y la independencia de los jueces, como un asunto de vital importancia para el Estado de Derecho y, por tanto, del funcionamiento de las instituciones republicanas, especialmente las encargadas de la administración de justicia.

2) La gravedad de la situación obliga a concebir y realizar cambios profundos en la política presupuestaria de la República, que conduzcan a poner en práctica aquel plan, en beneficio de la judicatura.

3) Es necesario que el Poder Judicial tome la iniciativa y conciba pronto un sistema moderno y eficaz de seguridad, que lo ponga en práctica sin demora, a partir del segundo semestre de 1994, –por etapas– tan pronto cuente con el financiamiento para las primeras, en las que es necesario incluir lo que corresponde a los jueces penales, con especial atención a los que laboran en zonas rurales y conflictivas.

4) Es necesario que los Poderes Ejecutivo y Legislativo participen en la citada empresa, con el fin de hacer posible la asignación oportuna de las partidas presupuestarias indispensables, así como los recursos humanos y técnicos que el Poder Judicial solicite.

5) Es necesario que el Poder Judicial incluya en el citado sistema de seguridad, al menos las siguientes medidas, que la comisión considera básicas:

- a) Un plan de seguros de riesgos múltiples para los jueces, con la mayor cobertura posible.
- b) Un plan de transporte, en vehículos del Poder Judicial, para los jueces que atienden juicios de singular peligrosidad, que les permita desplazarse con seguridad de sus casas de habitación a sus despachos, y viceversa.
- c) La adopción de un plan de construcción o alquiler de viviendas, para los jueces que trabajan en zonas alejadas de los centros urbanos, que tome en cuenta la dignidad de la judicatura, así como la debida protección de sus miembros.
- ch) La implantación de un sistema de “microfilmes” que proteja los expedientes y documentos en custodia, así como la adopción de las medidas adecuadas para guardar y transportar copias a las oficinas correspondientes del Poder Judicial.
- d) La adopción de disposiciones que permitan salvaguardar el interés de la justicia en los casos de destrucción total de expedientes y documentos. Un ejemplo de las disposiciones que aquí se recomiendan, es la reciente sentencia de la Sala Constitucional No. 3954-93 de las 14 horas y 57 minutos del 17 de agosto de 1993, relacionada con la destrucción del Juzgado Penal de Guápiles. En ese caso, la Sala fortaleció la decisión del juez, que buscaba defender el interés de la administración de justicia –frente a las pretensiones de una parte– en un juicio penal muy importante.
- e) Un plan de reclutamiento y adiestramiento del personal de seguridad –dependiente del Poder Judicial– destinado a la protección de las sedes de todos los juzgados.
- f) Asignar efectivos de la fuerza pública para proteger adecuadamente, la seguridad de los jueces, así como las de los juzgados y alcaldías, en coordinación con el Poder Judicial.
- g) Restructurar los circuitos judiciales, con el objeto de evitar la concentración de tribunales en áreas territoriales de poca extensión, y crear o trasladar juzgados o alcaldías a zonas muy extensas que carecen de esas oficinas.
- h) Mejorar la distribución de los despachos de los jueces en los edificios que los albergan, en favor de su aislamiento y seguridad.
- i) Darle seguridad a los jueces en las salas de juicio, distanciándolos adecuadamente de los inculpados y apostando personal de seguridad durante los debates.

- j) **Habilitar estacionamientos para los vehículos de los jueces, y en San José, construir pasos de comunicación entre los tres edificios del Poder Judicial, reservados para el tránsito de jueces y personal judicial calificado.**
- k) **Reforzar estructuralmente algunos edificios judiciales;**
- l) **Establecer un sistema adecuado de comunicaciones telefónicas, para proteger a los jueces en sus residencias y despachos, contra llamadas intimidatorias.**
- ll) **Respaldar a los jueces en sus decisiones, tendientes a ordenar el desarrollo de los debates y audiencias de los procesos, en resguardo de los principios y normas reguladoras del debido proceso. Este respaldo conviene que lo manifieste la Corte Plena, principalmente.**
- m) **Aplicar, con el rigor necesario, las medidas disciplinarias vigentes a los abogados litigantes que lleven los casos *sub judice* a la prensa.**
- n) **La adopción, por parte de la autoridad judicial competente, de medidas que permitan una relación estrecha entre los Magistrados de la Sala Constitucional y otros jueces, en favor de la administración de justicia; por iniciativa de la Corte Plena o, en su defecto, del Colegio de Abogados, tomar las medidas necesarias para armonizar los efectos de la jurisprudencia y los precedentes de la Sala Constitucional, con las decisiones que deben tomar los jueces, según su criterio, en asuntos de su competencia.**
- ñ) **Hacer del conocimiento de los jueces, los votos de la Sala Constitucional tan pronto ocurran, sin esperar su redacción definitiva.**
- o) **La adopción, por parte de la autoridad judicial competente, de las medidas que permitan una relación institucional estrecha entre los Magistrados de la Sala Constitucional y otros jueces, en favor de la administración de justicia.**
- p) **La organización por el Poder Judicial, en colaboración con el Poder Ejecutivo, las escuelas de derecho, el Colegio de Abogados, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el ILANUD, de un programa de estudio y divulgación de las materias relativas a la administración de justicia, dirigido a hacer resaltar entre los ciudadanos su importancia, y motivarlos para que contribuyan en las tareas de proteger la seguridad y la independencia de los jueces, como asuntos que atañen a todos los miembros de la sociedad y que son indispensables para la protección del bien común.**

6) Es necesario que la prensa adopte normas de autorregulación que conlleven la actividad privada noticiosa, en asuntos de interés público, como los judiciales, con la función pública de administrar justicia, a cargo de los jueces.

7) Es conveniente darle seguimiento al presente informe, y con ese propósito, comisionar al Colegio de Abogados para que se ocupe en promover las recomendaciones que encierra y que a su juicio resulten adecuadas, así como otras propuestas elaboradas por el Colegio.

8) Es conveniente que los jueces adopten la "Guía Básica de Seguridad", propuesto por la Comisión y que se incluye como anexo al presente informe.

9) La Comisión considera que estas recomendaciones son también aplicables a todos los otros funcionarios del Poder Judicial, que colaboran con la administración de justicia, por ejemplo, los del Ministerio Público.

Colegio de Abogados, 9 de setiembre de 1993

Comisión Especial sobre la Seguridad y la Independencia de los Jueces

Miguel Blanco Quirós

Dunia Chacón Chavarría

Fernando Cruz Castro

Liliana García Vega

María Elena Gómez Cortés

Mario Gólcher Avendaño

Dora María Guzmán Zanetti

Alejandro López Mc Adam

Gerardo Machado Ramírez

Zeidy Rudín Ruphuy

Carmen Seas Seas

Jorge Luis Villanueva Badilla

Rolando Vega Robert

Fabián Volio Echeverría

Reynaldo Vosman Roldán

Fernando Volio Jiménez
Coordinador

INDICE

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