Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

19 ABR 2012

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

BIBLIOTECA, FACULTAD DE DERECHO
Universidad de Costa Rica

70

(1963-1991)

28 años

SAN JOSE, COSTA RICA
1991
SETIEMBRE-DICIEMBRE

BIBLIOTECA, FACULTAD DE DERECHO
Universidad de Costa Rica

PRESENTACION

Esta revista publica investigaciones en los campos de derecho penal, criminología, constitucional, comercial y económico.

Deseamos contribuir de esta manera al desarrollo de la ciencia jurídica.

El director y editor

LA REPARACION DEL DAÑO MORAL: ASPECTO PENAL Y CRIMINOLOGICO

Dr. Daniel Gadea Nieto
Profesor Asociado
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

No. 70/1991
REV156110

BIBLIOTECA DE DERECHO
Universidad de Costa Rica

INTRODUCCION

La reparación del daño moral es un tema que ha sido poco analizado en la doctrina penal y más bien han sido los estudiosos del derecho civil los que han hecho diversos análisis.

A nivel de Costa Rica, analizando la bibliografía existente también se ve el investigador en la necesidad de recurrir sobre todo a textos extranjeros, siempre en su mayoría desde una óptica civilista. Por ello es interesante desde el punto de vista penal, ahondar en todos aquellos aspectos que se refieren a la reparación del daño como consecuencia de la producción de un hecho punible. Para ello, parece interesante, tomar una óptica diferente, lo cual se tratará de lograr incursionando en dos campos complementarios como lo son el derecho penal y la criminología.

Desde el punto de vista del derecho penal (primera parte) la investigación debe abarcar tanto el aspecto sustancial, en el cual se debe delimitar el concepto de reparación y qué tipo de responsabilidad emerge del hecho delictuoso; como el aspecto jurisprudencial para determinar la parte viva del derecho y establecer como fallan los jueces con respecto al daño moral.

Desde el punto de vista criminológico (segunda parte) será interesante determinar qué tipo de relación se puede dar entre el sujeto pasivo de la reparación –la víctima– y los demás componentes del conglomerado social –entre ellos lógicamente el delincuente– para poder establecer si la reparación del daño traspasa o trasciende ámbitos hasta ahora no descubiertos.

LA REPARACION DEL DAÑO MORAL: ASPECTO PENAL Y CRIMINOLOGICO

PRIMERA PARTE: EL ASPECTO PENAL

Capítulo I: La reparación del daño

El delito ocasiona generalmente dos clases de daños: en primer lugar un daño colectivo que se refiere a la perturbación y alarma que el delito produce; en segundo lugar, un daño individual el cual se ocasiona a la víctima del delito. Esta víctima puede verse perjudicada, en su persona, en sus bienes, en su honor, en su pudor, en su libertad, etc.

El daño colectivo se intenta reparar mediante la imposición de una pena, el daño individual, mediante indemnizaciones de carácter civil.

Sección I: Precisión conceptual

Es necesario establecer una diferencia entre los conceptos de pena y la reparación de los daños del delito.

A– *Diferencia entre pena y reparación del daño del delito*

Esta diferencia surgió ya en el antiguo derecho germánico, especialmente con las instituciones del "Wengeld y el Friedegeld", como bases de la penalidad y con ellas se obligaba a pagar ciertas penas o a reparar cierto tipo de daños, aunque no estaba bien especificado en dicho derecho antiguo en forma clara la delimitación entre pena y reparación.

Hoy en día se establece claramente la distinción de que existen consecuencias penales de un determinado hecho delictuoso (penas y medidas de seguridad) y además consecuencias civiles (reparaciones e indemnizaciones).

Normalmente se ha puesto mucho énfasis en lo que la legislación de las penas y de las medidas de seguridad, pero se ha dejado de lado las soluciones para hacer efectiva la reparación de los daños del delito. Por ello se importante cuestionarse el rumbo de las soluciones doctrinarias al respecto.

B– *Rumbo de las soluciones doctrinarias*

Con respecto a la pena, los estudiosos del derecho penal y los criminólogos han tratado desde hace mucho tiempo por moralizar al delincuente, corregirlo y readaptarle a la vida social, para lo cual se han organizado los llamados sistemas correccionales, junto con la edificación de costosos establecimientos penales, todo ello bajo el patrocinio de una ideología sustentada en un modelo progresivo de tratamiento, dentro del cual se conjugan una serie de medidas que implican una restricción a la libertad, pero que pretenden ir acercando poco a poco al delincuente a la sociedad con medidas como la libertad condicional o la libertad vigilada.

Con respecto a la reparación diversos autores, entre ellos Ferri [1], propuso que el estado a quien los ciudadanos pagan los impuestos, abone a los perjudicados los daños causados por el delito, reservándose el derecho de recurrir contra el delincuente, para que haga efectiva la responsabilidad civil. Lo anterior basado en que se paga impuestos de entre otros servicios, el de Seguridad Pública.

Por su parte Garófalo había propuesto la constitución a favor del perjudicado de una hipoteca sobre los bienes inmuebles del delincuente y la de un crédito privilegiado sobre los restantes bienes a partir del momento en que se dicte un Auto de Procesamiento, con el fin de que el reo no tenga tiempo de hacer desaparecer sus bienes [2]. Si la parte ofendida renunciase a la indemnización, podría obligarse al delincuente a entregar la suma correspondiente a una caja de multas destinada a hacer anticipos a los indigentes perjudicados por los delitos.

En caso de insolvencia se obligaría a los responsables a entregar civilmente en beneficio del estado y de las personas ofendidas, o en caso de renuncia, en la caja de multas, la parte de su salario que exceda de lo absolutamente indispensable para su subsistencia.

Cuando se trate de vagos o de gente ociosa, serían obligados a trabajar por cuenta del estado y percibirían un salario equivalente al de los obreros libres; el estado no les entregaría más que lo necesario para sus necesidades y el resto ingresaría en la caja de multas para indemnizar al perjudicado.

También se ha propuesto por otros penalistas obligar al delincuente a trabajar en beneficio de la víctima, sea en la cárcel, sea en libertad, hasta la completa satisfacción de los daños.

Se ha propuesto incluso, exigir la reparación de la víctima como una condición previa de la concesión del indulto, de la condena condicional, y la libertad condicional. A este respecto podría pensarse incluso en poner como condición de la concesión del beneficio de ejecución condicional, el compromiso real y efectivo del delincuente de reparar el daño ocasionado.

Varios congresos han emitido votos favorables a facilitar mediante reformas en el procedimiento la constitución de parte civil. El segundo Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en La Haya en 1937 emitió un voto favorable a asociar al perjudicado al ejercicio de la represión.

---

(1) Ferri, Enrico, en Sociología Criminale, citado por Cuello Calon Eugenio. Derecho Penal: parte general. Editora Nacional. México, D.F. 1973. pág. 651.

(2) Ibid. pág. 652.

Hay también la creencia de que en un proceso penal se puede incluso dispensar al perjudicado de constituirse como parte para obtener la reparación y que ésta se exija de oficio por el Ministerio Público [3].

La reparación de los daños provenientes del delito comprende la restitución del objeto del delito; la reparación del daño material y moral y la indemnización de los perjuicios. Por ello será necesario delimitar la responsabilidad nacida del delito.

Sección II: La responsabilidad nacida del delito

A– *Personas civilmente responsables*

Lo primero que se debe aclarar es que la reparación de los daños del delito no atenúa ni produce efecto alguno sobre la pena correspondiente al hecho punible en cuestión. El que hurta, roba o estafa, aun cuando reintegren en todo o en parte el objeto del delito no por ello debe creer que obtendrá una atenuación en la pena.

El artículo 103 del Código Penal de Costa Rica establece que todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, la cual será determinada en sentencia condenatoria; con ello se establece que toda persona responsable criminalmente de un delito lo es también civilmente. El delincuente no solamente tendrá que sufrir la pena correspondiente al delito cometido, sino que tendrá que reparar los daños originados por éste. Pero no podrá exigirse responsabilidad civil; ni principal ni subsidiaria, sin previa declaración de la existencia de un hecho punible.

En los casos de inimputabilidad, de acuerdo al artículo 104 del Código Penal, subsiste la responsabilidad civil del incapaz, siempre que queden asegurados sus alimentos o los gastos que ocasiona su internamiento y de ella serán subsidiariamente responsables sus padres, tutores, curadores o depositarios que hubieren podido evitar el daño o descuidado sus deberes de guarda. La misma regla se aplicará en el caso de los semi-inimputables.

Con respecto a los partícipes de un hecho punible (autores, instigadores, cómplices) su responsabilidad civil es solidaria, de conformidad con el artículo 106 del Código Penal, lo cual significa que el ofendido se puede dirigir en su reclamo contra cualquiera de ellos o contra todos.

(3) En ese sentido Prins y Derogue, citados por Cuello Calón. op. cit. pág. 652.

Existe además responsabilidad solidaria para los siguientes casos, según el artículo 106 del Código Penal:

- personas naturales o jurídicas dueñas de transporte terrestre, marítimo o aéreo de personas o de cosas;
- las personas jurídicas cuyos gerentes, administradores o personas legales, resulten responsables de los hechos punibles;
- las personas naturales y jurídicas dueñas de establecimientos de cualquier naturaleza, en que se cometiere un hecho punible por parte de sus administradores, dependientes y demás trabajadores a su servicio;
- los que por título lucrativo participaren de los efectos del hecho punible, en el monto en que se hubieren beneficiado;
- los que señalen las leyes especiales.

El estado, las instituciones públicas, autónomas o semi-autónomas y las municipalidades, señala el artículo 106 citado, responderán subsidiariamente del pago de los daños y perjuicios derivados de los hechos punibles cometidos por sus funcionarios, con motivo del desempeño de sus cargos; sin embargo existe la controversia en la práctica sobre si dicha responsabilidad es solidaria en vez de subsidiaria.

La obligación de la reparación civil pesa además sobre la sucesión del delincuente y grava los bienes de la sucesión, transmitiendo la obligación a los herederos en cuanto a los bienes heredados; el derecho a exigir la obligación, lo tendrán los herederos del ofendido del mismo modo, de conformidad con el artículo 107 del Código Penal.

Por último se debe mencionar que según el artículo 108 del código represivo están igualmente obligados a la reparación civil, los acusadores o denunciantes calumniosos. El estado en forma subsidiaria cuando prospere un recurso de revisión en favor del reo y éste haya sufrido una prisión preventiva prolongada y fuere declarado inocente. También responderán civilmente las autoridades judiciales o las administrativas en su caso, cuando a pesar de los reclamos del reo, prolongaren la pena de prisión, si hecha la liquidación según las reglas establecidas para su abono, se ha cumplido ésta.

Establecida la responsabilidad de las personas civilmente responsables debe darse una delimitación o aclaración con respecto a los delitos a los cuales se puede o no aplicar dicha responsabilidad.

B– *Delimitación respecto de los delitos*

El principio que se ha analizado de la responsabilidad civil de toda persona responsable de un hecho punible es aplicable a todos los delitos contemplados en el Código Penal y en leyes especiales.

Sin embargo, en gran número de hechos punibles no será posible dada su naturaleza, fijar de modo preciso en dinero la cantidad a que asciende el daño causado y la cuantía de la indemnización.

Hay muchas acciones definidas en el Código Penal Costarricense entre los delitos que no causan perjuicios estimables a terceros y por lo tanto no darían lugar a la responsabilidad civil; piénsese sobre todo en los delitos que quedan en la esfera de la tentativa, pero también en muchos hechos punibles consumados, como en el caso del desacato.

También se presenta en la práctica el problema de cuantificar el daño moral ocasionado por el delito.

Capítulo II: El daño moral

Para poder hacer un análisis del problema es necesario hacer un estudio tanto del aspecto doctrinario, como del aspecto jurisprudencial, lo cual permitirá una visión más amplia.

Sección I: Aspecto doctrinal

A– *Aspectos generales*

Para poder analizar el daño que es consecuencia de un hecho delictuoso y al establecer la responsabilidad civil derivada del hecho punible vemos que además del daño material se encuentra el daño moral.

Antes de profundizar en el concepto de daño moral como tal, es necesario definir los conceptos de daño y de moral por separado, para luego unificarlos en una sola expresión, "daño moral".

Se define comúnmente el daño como "el efecto de dañar, perjuicio... sinónimo de deterioro, nocividad, avería, destrozo... molestia y pérdida.

El daño, desde el punto de vista jurídico es la intromisión lesiva en la órbita jurídica de otro sujeto, lesión que se encuentra protegida por el derecho, para mantener el equilibrio del sistema social.

Lo moral es aquello que "no cae bajo la jurisdicción de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia; y también es moral "lo que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano [4]".

(4) Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. Argentina. 1982. pág. 471.

En sentido amplio se entiende por daño toda suerte de mal, material o moral.

El daño material repercute directamente sobre las cosas del propio dominio o posesión, o en los propios derechos o facultades. Este daño material es resarcible a través de una indemnización pecuniaria que valorará, globalmente todos los años patrimoniales causados a raíz de la acción u omisión punible. Esta estimación será realizada por el juez, pudiendo emplear los servicios de peritos; en la determinación de esa indemnización deberán tomarse en cuenta las calidades personales del ofendido, tales como edad, sexo, profesión, sueldo, las repercusiones del hecho ilícito en la vida del damnificado civil, el valor de las cosas, gastos de curación, de reparación, etc.

Desde el punto de vista civilista, "el daño no patrimonial consiste en el conjunto de dolores físicos y morales que objetivamente no pueden encontrar un equivalente en dinero, pero que aproximadamente y con un criterio equitativo pueden encontrar un equivalente subjetivo [5]".

Por su parte, desde un punto de vista penal, Núñez define el daño moral como "la molestia que el acto ilícito produce en la seguridad personal o en el goce de los bienes o la lesión que el acto causa a las afecciones legítimas del damnificado [6]".

Alfredo Argaz lo define como "el ataque a las afecciones legítimas: dolor provocado en la víctima o en su familia por delitos contra la vida, la salud o la honestidad; humillación por la revelación de un secreto deshonroso, afligente; sufrimiento por una calumnia o una injuria y en general el ataque a los sentimientos por actos contrarios a la inviolabilidad de la vida privada, o sea lo que los autores llaman la propia esfera del secreto o la integridad privada y en el derecho angloamericano, derecho de intimidad [7]".

Es interesante constatar además que cierta parte de la doctrina tiende a definir el daño moral, contraponiéndolo al daño material, cuya distinción se manifiesta, de acuerdo a dos tipos de criterios: según los derechos afectados por un lado y de acuerdo al resultado del hecho delictuoso por el otro.

(5) Rodríguez, Lino. Derecho de obligaciones. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1965. pág 243.

(6) Núñez, Ricardo. Manual de Derecho Penal. Parte general. Editorial Lerner. Buenos Aires. 1977. págs 407 y 408.

(7) Orgaz, Alfredo. El daño. Editorial Omeba. Buenos Aires. 1960. págs 243 y 244.

Afirman los sustentates del primer criterio que si lo afectado es un derecho extrapatrimonial, aunque sus efectos sean patrimoniales, nos encontramos en presencia de un daño moral. Para este sector doctrinario, el daño moral presenta dos facetas:

a) Daño moral puro –es cuando se lesiona– un derecho extrapatrimonial sin vulnerar el patrimonio del lesionado [8].
b) Daño moral con repercusiones en el patrimonio: aquí el acto lesivo tiene consecuencias materiales [9].

Para los seguidores del segundo criterio, habrá daño moral cuando se haga sufrir a la persona, aunque no tenga efectos sobre su patrimonio.

Bajo el concepto de daño moral se distinguen dos tipos:

1. Daños morales "strictu sensu" que se limita a la *psiquis* de la persona, sin tomar en cuenta alguna de las repercusiones patrimoniales o materiales que acarrea, como es el caso del daño moral sufrido por el cónyuge sobreviviente ante la muerte de su consorte.
2. Daños morales objetivados – es aquel que tiene una repercusión económica, "como el descrédito que disminuye los negocios, los disgustos que debilitan la actividad personal y aminoran la capacidad para obtener riquezas, en suma los daños morales que causan una perturbación de carácter económico" [10].

B– *Teorías en torno a la reparación del daño moral*

Existen en doctrina, teorías que aceptan y otras que niegan categóricamente el resarcimiento del daño moral.

Se da en doctrina lo que se podría llamar una posición clásica que rechaza categóricamente el resarcimiento del daño moral, considerándose que el Código Napoleónico, omitió dicho resarcimiento por tal concepto y porque además es imposible hablar un equivalente entre el daño moral y la reparación pecuniaria.

(8) Abdelnour Granados, Rosa Ma. La responsabilidad civil derivada del hecho punible. Editorial Juricentro. 1984. pág. 331.
(9) Ibidem. pág. 332.
(10) Abdelnour Granados, Rosa Ma. op. cit. pág. 335, citando a Chiossone.

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

La escuela histórica alemana, ~~debido~~ a su influencia romana, desarrolló un concepto negativo respecto del resarcimiento del daño moral. Este criterio pasó a la doctrina italiana. No obstante aquí, al igual que en Francia, el concepto se desvirtuó para dar paso a la aceptación del resarcimiento del daño moral, incorporando legados del derecho común (Inglaterra).

Esta posición clásica o restrictiva funda la negativa del resarcimiento del daño moral en los siguientes postulados:

- Existe una imposibilidad material de medir la cuantía del dolor o del daño moral. Es imposible traducir el daño moral en dinero, estableciendo de antemano que a una determinada unidad de medida de aquel daño equivale una determinada unidad de medida o cantidad de dinero.
- La idea de daño, en buen lenguaje jurídico, va unida a la idea de un efecto penoso duradero, sea una disminución permanente. Cuando se trata de ofensas al decoro, a la libertad personal, las perturbaciones anímicas, se tratan éstos de fenómenos y efectos morales, que si bien es cierto, tienen efectos más o menos duraderos, éstos son siempre pasajeros y por lo tanto, no serían resarcibles.
- De aceptarse la resarcibilidad del daño moral, tendríamos de un lado la indeterminación del número de personas que podrían reclamar el resarcimiento y la posibilidad de que el responsable del acto ilícito sea gravado de modo excesivo respecto a una serie de personas con las que se encuentra en relación alguna.
- Además existe una imposibilidad para probar el daño moral, ya que resulta difícil afirmar cuál persona, pariente del ofendido o del muerto, tiene un verdadero dolor por el daño sufrido. Este dolor se presume, por lo general, en los desciendentes o en el cónyuge de la víctima, pero a veces este aparente dolor no es otra cosa que hipocresía y el juez no tendría ningún medio de probar este hecho.

Ciertos autores discuten la procedencia de la reparación del daño moral puro, planteándose la posibilidad de establecer una relación entre el daño moral y su equivalencia económica [11].

(11) Borrel Marcia, Antonio. Responsabilidad derivada de culpa extracontractual civil. Editorial Bosch. Barcelona. 1958. págs. 217 y sigs.
- Cuello Calón, Eugenio. op. cit. págs. 772 y 773.
- Puig Peña, Federico. Derecho penal. Ediciones Nauta S.A. Barcelona. 1959. Tomo I. pág. 696.

Están por otro lado, las teorías que aceptan el daño moral como resarcible y ello ha quedado materializado en varias legislaciones. Tal es el caso del Código Civil Italiano que lo admite, pero que relega su total aplicación al campo penal, donde es admitido con toda amplitud como un lucro sobre la desgracia y una situación que hace más gravosa la condena del reo.

La jurisprudencia española ha aceptado el resarcimiento del daño moral, establecimiento que dicho daño está constituído por los perjuicios, que sin afectar las cosas materiales, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor y análogos, bienes morales que al no ser evaluables en dinero, deben sin embargo ser indemnizados discrecionalmente [12].

En doctrina se habla de dos tipos de daño moral:

a) Daño moral propio: aquel que no se traduce en una lesión al patrimonio, sino en bienes de otro tipo de carácter moral o espiritual. Se le llama también daño moral puro o subjetivo.
b) Daño moral impropio: se refiere a las consecuencias y repercusiones de índole económica que puede traer la lesión de un bien moral. Es el llamado daño moral objetivo.
c) Valoración y medida del daño moral: según Adriano de Cupis, "la inestimabilidad pecuniaria ha sido verdaderamente la razón que con más fuerza ha obstaculizado la tutela jurídica de los intereses referentes a bienes no patrimoniales [13]".

El juez deberá prudencialmente determinar ese daño y aquí se da el inconveniente de que "cuanto más nos alejamos de la esfera de la incidencia sobre los bienes patrimoniales, más difícil se torna la valoración del daño que se recomienda a la equidad del juez [14]".

Nuestros tribunales han sostenido que es la apreciación prudencial de los jueces la norma que, dado la índole del daño moral, señala la luz como medio para determinar en dinero la responsabilidad civil [15].

Al arbitrio del juez con respecto a la reparación, más que un equivalente exacto del interés afectado, pretende ser una compensación aproximada.

---

(12) Ibid.
(13) Cupis, Adriano de. *El Daño: Teoría general de la responsabilidad civil.* Editorial Bosch. Barcelona. 1973. pág. 365.
(14) Abdelnour Granados. op. cit. pág. 353, citando a Leone.
(15) Sala de Casación Civil. 3:10 hrs. del 1 de octubre de 1931. Salazar Alpízar vs Vargas Marín. II sem. pág 326.

Al fijar la indemnización debe tomarse en cuenta en primer lugar la gravedad objetiva del daño, analizando el contenido de la imputación o del hecho agraviante, su difusión, el lugar donde fue cometido, el medio empleado, etc., en segundo lugar debe tenerse en cuenta la personalidad de la víctima, dentro de lo cual debe considerarse su situación familiar y social, la llamada receptividad particular de la víctima o capacidad de recibir o asimilar agravios, la cual puede nacer de su particular constitución física o psíquica o de circunstancias externas del ofendido que influyen de manera especial en su personalidad, en tercer lugar debe tomarse en consideración la personalidad del autor del hecho ilícito, pues si el agravio proviene de una persona que goza de estima y prestigio dentro del medio social, debe ser calificado como más grave que el perpetrado por un individuo a quien nadie da crédito y que inclusive puede ser desconocido o de mala reputación; en cuarto lugar juega papel importante la capacidad económica de las partes, pues a mayor capacidad es obvio que corresponde proporcionalmente mayor indemnización.

Sección II: Aspecto jurisprudencial

A– *Función del dinero*

Si bien es cierto se puede señalar que el dinero no compensa un daño al honor, poniéndolo como ejemplo de daño moral en "strictu sensu", porque es verdaderamente imposible que el dinero borre una herida en el sentimiento, es cierto también que el factor monetario viene a suavizar el daño. De ahí que se hable de su espíritu compensatorio, ya que de no darse la compensación con dinero, el autor quedaría librado de todo pago, es decir quedaría impune [16].

Si bien el dinero no repara el daño, por lo menos en cierta forma produce una satisfacción que compense aunque sea parcialmente el dolor sufrido: "si el menor sufrió un accidente, a consecuencia del cual se encuentra actualmente con deterioro mental franco e irreversible, la suma de quince mil colones que sugiere el perito por concepto de daño moral es exigua, pues no remedia nada hoy día y por inocua la reprueban el derecho y la justicia; ambos principios jurídicos aspiran a procurar al ofendido una adecuada reparación por el daño recibido que en lo físico, compense las pérdidas sufridas y en lo moral, le haga llenar algunas necesidades, o le

---

(16) Resolución de la Sala de Casación de las 14 hrs. del 2 de noviembre de 1979. Ordinario de M. P .N. c. J. L. S. y otro.

permita hacer un modesto ahorro, todo lo cual operará de modo indirecto y en parte como un bálsamo a su aflicción; y si bien es cierto que el dinero no es la forma más pura de reparación moral, más grave sería que no se diera del todo, por lo que el tribunal eleva aquella suma a veinticinco mil colones" [17].

Respecto del daño moral, tanto la doctrina como la más reciente jurisprudencia han aceptado la indemnización por padecimientos físicos en casos en que "la persona sufre lesiones de consideración que dejan secuelas, para lo cual la indemnización debe fijarse prudencialmente por el tribunal de conformidad con las circunstancias del caso concreto, de ahí que se estima correcta la petición que en el debate hizo el actor civil en el sentido de que la suma se fije prudencialmente [18]".

Al llegar a la fijación prudencial, el juez deberá tomar en cuenta los siguientes aspectos: [19]

a) dolores sufridos, el alejamiento familiar y las privaciones la víctima.
b) condiciones intrínsecas del ofendido y ofensor, hábitos, costumbres, grado de cultura del damnificado, estimación en si mismo del ofendido, medio en que vive, profesión u oficio.
c) las circunstancias de la infracción y consecuencia del agravio sufrido por el perjudicado.
ch) cargo de que estaba investido el perjudicado.

B– *Importancia de la prueba*

La jurisprudencia ha señalado la importancia primordial que pueden tener los elementos probatorios, ya que la falta de prueba, puede provocar la denegatoria de una determinada acción civil resarcitoria:

---

(17) Tribunal Superior Civil. Resolución No. 929 de las 8:30 hrs. del 18 de nov. de 1977.

(18) Tribunal Superior Tercero Penal. Resolución No. 169 de las 8:30 hrs. del 10 de setiembre de 1985.

(19) a. *Tribunal Superior Civil.* Alajuela. Resolución No. 2215 de las 7:30 hrs del 31 de diciembre de 1976.
b. *Tribunal Superior Civil.* Resolución No. 689 de las 11:20 hrs. del 7 de setiembre de 1977.
c. *Tribunal Superior Civil.* Resolución No. 6 de las 14:00 hrs. del 2 de enero de 1976.
ch. *Sala de Casación.* No. 145 de las 10:00 hrs. del 26 de noviembre de 1977.

"La acción civil dentro del proceso penal debe ser un verdadero juicio civil, donde se deben demostrar plenamente las pretensiones de los actores civiles; lo anterior, no ha ocurrido en este caso, pues los actores civiles, por medio de sus representantes o apoderados no demuestran en la instrucción ni en el debate, las pretensiones o extremos de sus respectivas demandas, ya que se limitaron a pedir en ambos una determinada suma sin prueba alguna que diere pie al tribunal a fijar una indemnización concreta, por ello procede declarar sin lugar la presente acción civil [20]".

"La acción civil que se establece en el presente caso es interpuesta por los padres del occiso contra el autor del accidente en que su hijo murió y consiste en indemnización por el daño moral y daño material; como se ha comprobado que el demandado civil es el único causante del fallecimiento referido y que los actores civiles no sólo son sus padres, sino también sus únicos herederos, aunque no se haya aportado ningún elemento probatorio que tendiera a demostrar que el occiso fuera el sostén económico de sus padres...en relación con el daño moral es indudable que los actores como padres del occiso tuvieron que ser víctimas de un grave daño moral, como consecuencia de la desaparición física de un hijo joven y con mucho porvenir [21]".

C– *Otros casos*

Interesante es el punto con respecto a si el albacea de una sucesión tiene legitimación para plantear un reclamo en una acción civil:

"El derecho a la indemnización que surge como consecuencia de una muerte en un accidente de tránsito es un bien independiente al derecho hereditario en la sucesión del causante, debido a que la indemnización no es un bien sucesorio, pues no lo tenía en vida el causante sino que surgió como consecuencia de su muerte, por ello el albacea de la sucesión carece de legitimación para apersonarse a reclamarla por no ser parte interesada, por lo que debe declararse sin lugar la acción civil por él presentada [22]".

---

(20) Tribunal Superior Primero Penal. Sección Segunda. Resolución . 178 de las 17 hrs. del 10 de setiembre de 1984.

(21) Tribunal Superior Penal de Pérez Zeledón. Resolución No. 195 de las 16:45 hrs. del 22 de noviembre de 1985 por homicidio culposo.

(22) *Tribunal Superior Penal de Alajuela. Sección B.* Resolución No. 150 de las 16 hrs. del 4 de agosto de 1980.

Por otra parte hay jurisprudencia que establece que no es indemnizable el daño moral de terceros:

"El daño moral es resarcible pero únicamente en favor de la persona que lo sufrió y fallecida ésta...no autoriza el pago del daño moral puramente sentimental que evidentemente se produjo a terceros. En el caso concreto y por haber fallecido el ofendido, muy poco tiempo después de haber sido atropellado, el daño moral no se produjo [23]".

El anterior criterio se complementa en jurisprudencia con el criterio de que el daño moral es personal:

"El daño moral pedido por la madre del ofendido dentro de la acción civil resarcitoria debe rechazarse porque se trata de un daño personal; solamente su titular, es decir, la víctima directa del percance puede ser el beneficiario; además como la muerte de éste se produjo pocas horas después del accidente, se considera que el daño moral no se produjo [24]".

Por último es interesante plantear que a nivel de jurisprudencia se ha analizado de la posibilidad de reparación por daño moral a una empresa:

"La literatura jurídica abunda en la tesis de que una empresa sí puede ser lesionada moralmente por actos injustos de otro y no solo los particulares...sobre lo mismo escribe Scaevola que luego de hacer una reseña de los daños morales agrega...sin que puedan ser exceptuados de aquella regla los atentados a lo que pudiéramos llamar honor mercantil, es decir, aquel conjunto de cualidades...que deben ser características del comercio...y en este sentido lo establece la sentencia...que proclama que tan necesario es el crédito y prestigio al comerciante, como es el honor al particular, y que cuando se injuria al crédito comercial, puede acudirse a los tribunales ordinarios en busca de la debida reparación [25]".

---

(23) Sala Segunda Penal. Resolución No. 56-F de las 10:30 hrs. del 13 de noviembre de 1978.

(24) Tribunal Superior 2º Penal–Sección 1. Resolución No. 220 de las 17 hrs. del 6 de setiembre de 1982.

(25) Tribunal Superior Civil. Resolución No. 821 de las 8 horas 30 minutos del 19 de diciembre de 1977.

SEGUNDA PARTE: EL ASPECTO CRIMINOLOGICO

Luego de haber analizando todo el aspecto penal que implica la reparación del daño, es necesario tocar desde un punto de vista criminológico esta problemática, haciendo primero una revisión histórica para dar luego importancia al impacto que tiene la sociedad sobre la víctima.

Capítulo II: La reparación en la historia

Si bien es cierto, en la época primitiva, la venganza privada era la que imperaba en cuanto a la reparación del daño, poco a poco, se va eliminando el concepto de "ojo por ojo, diente por diente" y se llega a la noción de compensación.

Sección I: Génesis

A– *Concepto de compensación*

El primer esbozo del concepto de compensación se encuentra en las leyes mosaicas, donde se produce un cambio de la violencia que implicaba la venganza privada, esto en razón de dos circunstancias:

a) Se advierte que la reacción violenta de la víctima no conduce a ninguna relación propicia y no tiene mayor sentido.
b) Se encuentra en la compensación o composición una especie de ayuda monetaria que deberá prestar el ofendido, como fórmula aceptable de resarcimiento [26].

En el Código de Hammurabi también se exigía una compensación de 30 veces el valor del objeto dañado o robado.

En las Doce Tablas, según las circunstancias, se hacía pagar al ladrón, ya fuera el doble, el triple o el cuádruple de lo robado. También en casos de difamación o calumnia, se pagaba una cuota que el magistrado imponía según lo delito.

---

(26) Neuman, Elías. El sistema penal y sus víctimas. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid. No. 4, 1980. pág. 259.

En la ley hindú, en cierto tipo de delitos, quien pagaba las sumas correspondientes era perdonado.

También entre los incas había una atención especial hacia la víctima. Entre sus normas se establecía que el autor de un hecho delictivo, antes de cumplir su pena, debía ineludiblemente pagar los daños a la víctima, de acuerdo con una suma previamente estipulada.

Con el advenimiento de la Edad Media y el Sistema Inquisitivo, se produce un paso importante en la evolución de la compensación, como producto de la ingerencia y la intervención estatal. Primeramente las sumas obtenidas por concepto de restitución eran compartidas por el estado. Luego al implantarse en su totalidad el sistema inquisitivo, los derechos del ofendido se separaron de la materia penal y solo se podían hacer valer en la vía civil. En esta época, era normal que el ofensor fuera castigado físicamente y desde el punto de vista económico se le despojaba de todas sus pertenencias, las cuales en vez de servir al interés de las víctimas, eran aprovechadas por los señores feudales y la Iglesia:

"Así los intereses personales de la víctima del delito fueron por mucho tiempo, después de la Edad Media, subordinados a aquellos de la sociedad [27]".

Fue en la segunda mitad del siglo XIX que se puso énfasis al retorno a la práctica de la reparación del ofendido. Así por ejemplo en las conclusiones del Congreso de la Asociación Penal Internacional, se estableció entre otras medidas, que las leyes modernas no consideraban suficientemente la reparación debida a la parte injuriada y que las ganancias de los prisioneros dentro de la cárcel, debían ser utilizadas para ese fin.

En un congreso celebrado en Bruselas se logró que se levantara una acción en favor de una reforma al procedimiento, para facilitar la acción civil de reclamo de indemnización.

B– *Legislación comparada*

Nueva Zelanda fue el primer país en establecer un tribunal de compensación. El tribunal se compone de tres magistrados y tiene todas las potestades necesarias para dotar a las víctimas del delito de una compensación. Esta retribución abarca a todos los perjudicados con el delito.

(27) Ramírez González, Rodrigo. La victimología. Editorial Temis. Bogotá. 1983. pág. 50.

Lo primero que se trata de lograr es que el ofensor sea el que restituya; si esto no es posible, entonces se otorga una compensación pública. Este tipo de potestades se limitan a cierto tipo de delitos como el rapto, asesinato, violencia sexual, lesiones, etc. Lo característico es que la mayoría de ellos se refieren a lesiones físicas o psicológicas, pero que lógicamente pueden dar lugar a un grave daño moral. Esta legislación contempla dentro de sus posibilidades el hecho de que la compensación se puede dar, exista o no proceso penal y sea el ofensor convicto o no; incluso existe compensación aunque se hubiere producido alguna causa de justificación que libere al ofensor de responsabilidad penal. La víctima puede además de la compensación, iniciar la acción civil contra el ofensor; asimismo el estado puede reclamar del ofensor el pago de todo o de una parte del dinero pagado, apelando inclusive a las ganancias del individuo en la prisión.

Con esta influencia de Nueva Zelanda, países como Australia, Canadá, Inglaterra y los países escandinavos pasaron leyes similares para la compensación de las víctimas.

En Estados Unidos, sólo unos cuantos gobiernos estatales establecieron en su normativa, leyes de compensación a las víctimas. California, en 1965, fue el primero de los estados en adoptar un sistema de compensación. Aquí se aplica un estatuto básicamente con un criterio de necesidades de la víctima, para establecer por ejemplo si el ofendido ha quedado totalmente indigente o no. El sistema se utiliza aun cuando no existe un proceso contra el ofensor e inclusive si muere antes del mismo o también para el caso de que por algún atenuante, no le cabe responsabilidad penal.

Más estados de la Unión Americana se unieron durante la década de los setenta llegando a dieciocho al primero de junio de 1976 los que adoptaron sistemas similares.

En Alemania, existen normas sustantivas y de procedimiento que abren las posibilidades de obtener una compensación por daños de parte del ofensor. Incluso el acusador público puede tentativamente suspender el procedimiento criminal, bajo la condición de que el acusado compense a la víctima por los daños ocasionados como resultado de la agresión cometida. Cuando la compensación es hecha efectiva, los procedimientos criminales son suspendidos en forma total. Asimismo, los reclamos civiles que las víctimas puedan tener contra sus ofensores se pueden ubicar en el contexto del procedimiento criminal, por medio de una acción denominada "de adhesión". Por otra parte, las cortes pueden imponer como condición para suspender condenas de prisión y sentencias de detención juvenil, sentencia o prueba, etc., la compensación a la víctima. Incluso en los procedimientos criminales juveniles, la compensación puede ser una medida disciplinaria.

También se han formado en varios estados, fundaciones que funcionan con el deseo de aminorar las barreras entre el ofensor y la víctima, pagando en nombre del delincuente. El 11 de mayo de 1976, la República Federal de Alemania emitió la ley de compensación a víctimas de crímenes violentos; los reclamos que se pueden hacer son de tratamiento médico, terapéutico, rehabilitación profesional, así como también beneficios financieros que incluyen el pago de una pensión vitalicia en caso de inhabilidad para trabajar. Esta luz no cubre solamente a las víctimas directas, sino que también a las viudas, huérfanos y parientes de la víctima que sufran consecuencias del daño causado.

En América Latina, hay dos países pioneros en esta problemática, como son Cuba y México.

Cuba fue el primer país del continente que legisló a favor de la víctima, incluyéndolo dentro de un plan de seguridad social. El código cubano de defensa social de 1938 estableció un amplio plan de compensación estatal, que sin eliminar las obligaciones del ofendido en relación con la víctima, suple las deficiencias de éste y garantiza al ofendido una justa reparación del daño recibido. Se establece la responsabilidad civil, con el siguiente objeto:

- restitución de la cosa objeto del hecho punible
- reparación de daños materiales
- reparación de daños morales
- indemnización por gastos y pérdidas

Además dentro de las personas que están obligadas a pagar compensación a las víctimas, se encuentra el estado, en los casos en que el daño sea producido por sus agentes o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Por otro lado, el código establece la compensación del estado por medio de una "caja de resarcimientos", la que obtiene sus ingresos de diversas fuentes, entre ellas, una proporción de las ganancias de los prisioneros.

Por su parte, en México, se promulgó en 1969 la luz sobre auxilio a las víctimas del delito, en la cual se dispone que el departamento de prevención y readaptación social, auxilie a aquellas víctimas de delito que carezcan de recursos para solucionar sus necesidades inmediatas [28]. Este auxilio es independiente de la reparación del daño a que es obligado el delincuente. A efecto de obtener los recursos financieros necesarios, el artículo 3 de la citada ley estipula explícitamente de dónde saldrán los

(28) Ley de Auxilio o las víctimas del delito del Distrito Federal. México, D.F. 1976.

fondos, incluyéndose para tal efecto, los montos por multas, las canciones que se hacen efectivas, el 5% de la producción de las cárceles y además, aportes públicos y privados.

Como complemento, el artículo 31 del Reglamento del Centro Penitenciario de Toluca prevee el trabajo obligatorio para todos los internos sentenciados, ello para permitir atender a su sostenimiento, al de su familia y a la reparación del daño privado causado por el delito.

Sección II: Reacción social a la victimización

Los daños que se producen como producto de un hecho delictuoso suscitan consecuencias y reacciones a nivel social. Unas de las situaciones más difíciles provienen precisamente del daño moral que se ocasiona a la víctima y por ello es importante analizar la posición de la persona ofendida desde una perspectiva criminológica.

A– *Posición de la víctima*

La posición de la víctima es a todas luces ingrata con respecto al rechazo que muchas veces sufre por parte de la sociedad:

"Esta es desconocida por su propia familia que no solamente se rehusa a escuchar sus dolencias, sino que además le achaca la responsabilidad en el acontecimiento [29]".

La reacción entonces no solo no repara en la magnitud de las secuelas dejadas por el hecho delictuoso, como posibles aflicciones psicológicas, sino que además muchas veces le exige determinado tipo de comportamiento, como por ejemplo, que la víctima domine por sí misma y rápidamente las secuelas de la victimización.

Es costumbre en nuestras sociedades actuales, en las cuales imperan la deshumanización y el materialismo, de solas a las víctimas en su sufrimiento.

(29) Baril, Micheline. *La criminologie et la justice pénale á l'heure de la victime.* Reuve Internationale de criminologie et de Police Technique. Volume XXXIV. No. 4. 1981. Géneve. pág. 360.

Esto puede tener muchas explicaciones. Se ha considerado que el papel de la víctima es poco atractivo: "este rol es siempre el de un perdedor, de débil, de un dominado. En suma, la víctima se gana los puntos del demérito. En la lucha por la supervivencia, ésta se presenta como débil y vulnerable. Una sociedad que valoriza la agresividad y la violencia se muestra incómoda con las víctimas pacíficas [30].

Normalmente el daño material producto de un hecho punible está bien especificado desde el punto de vista legal, pero en lo que corresponde al daño moral, cómo medir desde un punto de vista criminológico la magnitud del problema ocasionado al propio ofendido. Para tal efecto se debe analizar todo el impacto que desde el punto de vista social se ha reflejado en la víctima, el posible aislamiento que la víctima pudo haber sufrido y sobre todo, investigar, la situación moral actual del sujeto.

A todo lo anterior, hay que abonar desde el punto de vista moral, el verdadero calvario que la víctima debe seguir en su confrontación con el sistema de justicia penal: interrogatorios ante la policía y el juzgado de instrucción, diligencias posibles de reconocimiento, presencia física en un debate público y si el caso es del "gusto" de la prensa, salir en los periódicos o la televisión, mostrando a la opinión pública, el dolor o el sufrimiento que padecen.

B– *Tratamiento hacia la víctima*

Es importante tomar la conciencia necesaria que así como desde el punto de vista de la política criminal se toma en cuenta el tratamiento que se debe dar al sujeto activo del delito, no se puede olvidar, la otra cara de la moneda, es decir, al sujeto pasivo del hecho punible.

Todo tratamiento a las víctimas debe partir como una iniciativa que trate de disminuir las secuelas morales producto del delito. Para tal efecto se debe formar una conciencia social sobre un tratamiento más humano hacia las víctimas. En ese sentido deberán establecerse instituciones dirigidas al tratamiento y ayuda moral a las víctimas de delitos. Así como respecto del delincuente, se le trata progresivamente para que este reencuentre poco a poco la sociedad, también a la víctima se le debe dar un seguimiento de tipo progresivo, con el propósito de que ésta supere ese rechazo y muchas veces el desprecio de la reacción social. Claro que el tratamiento hacia la víctima debe ser particular y en razón al hecho punible cometido, pero siempre desde la perspectiva de que la víctima sienta que no está solo en su sufrimiento moral, sino que se le va a tender una ayuda progresiva que le va a permitir

(30) Ibidem.

superar su problema. Este tratamiento progresivo hacia la víctima, debe funcionar en etapas claramente definidas, las cuales implican un control diferenciado dependiendo, tanto de la persona, de la situación como de la gravedad del daño moral sufrido.

Además de esta ayuda hacia la víctima desde el punto de vista individual, es necesario cuestionarse algunas otras formas, que desde el punto de vista social, ayudarían en la reparación del daño moral.

Capítulo II: Algunas formas de reparación social

Dentro de las formas de reparación social que pueden contribuir a la reparación de un daño moral tenemos, entre otras, la restitución y los trabajos comunitarios.

Sección I: La restitución

A– *Noción*

Hudron y Galaway definen la restitución "como una sanción impuesta por un agente del sistema de justicia criminal que exige al infractor de indemnizar en forma monetaria, simbólica o por medio de servicios, a la víctima, a un tercero o a la comunidad [31]".

Con respecto al pago monetario, normalmente este se efectúa por medio de un intermediario; el delincuente debe dar el dinero al funcionario del sistema penitenciario (normalmente su agente de libertad vigilada), el cual lo transmite luego a la víctima.

Las indemnizaciones monetarias hechas a terceros (obras de caridad) o las comunidades se dan para los casos en que la víctima no puede ser localizada o éste solicite el destino de los fondos a una determinada institución de beneficiencia.

La restitución puede consistir también en el hecho de que la reparación se debe producir bajo la forma de servicios personales hacia la víctima, por ejemplo que se obligue al delincuente a limpiar o a reparar la propiedad del ofendido.

(31) Simón, Héline. Les travaux communautaires: un mode de réparation sociale. Reuve de Criminologie et de Police Technique. Volume XXXIV. No. 4. Suiza. 1981. pág. 385.

Otro tipo de restitución puede estar dirigido a exigir al delincuente que brinde sus servicios a la comunidad, en vez de a la víctima.

B– *Impacto de la medida*

La restitución puede tener un impacto específico tanto para el delincuente, como para la víctima misma, lo cual va a depender lógicamente del tipo de restitución utilizado.

Desde el punto de vista del daño moral, sobre el cual se ha centrado esta investigación, parece ser que es la restitución directa por parte del delincuente hacia la víctima, lo que produce los mejores resultados [32].

Es evidente que el hecho de que delincuente satisfaga monetariamente al perjudicado, si bien no con ello elimina totalmente el dolor o el sufrimiento de la víctima, ello ayuda a mitigar el daño. Además desde el punto de vista de la equidad, la restitución directa, es un elemento que contribuye definitivamente desde el punto de vista psicológico al tratamiento que se ha pregonado debe hacerse con las víctimas.

La restitución directa además puede tener un mayor impacto en el propio delincuente –incluso para efectos de su readaptación social– pues el infractor puede percibir una cierta relación entre el crimen y la sanción, situación que puede pasar desapercibida en los casos en que la restitución va dirigida a un tercero.

Sección II: Los trabajos comunitarios

A– *Objetivos*

Los trabajos comunitarios tienen como objetivo primero no separar al delincuente de su medio ambiente natural (familia, vecindario, trabajo) y en segundo lugar se busca que por medio de cierto tipo de ayuda a la sociedad, el delincuente pague por el delito cometido.

El trabajo comunitario puede perfectamente ser utilizado para la restitución, siempre y cuando sea dirigido por un agente de "probation".

Desde el primero de abril de 1980 el programa de trabajos comunitarios existe como una medida alternativa a la prisión [33].

Mediante el trabajo comunitario se aplica una especie de restitución simbólica, puesto que el delincuente paga su deuda a la comunidad.

---

(32) Ibidem. pág. 388.
(33) Ibidem. pág. 390.

B– *Dificultades*

Las dificultades que pueden surgir al establecer los trabajos comunitarios como restitución, se dan en razón de las víctimas a las cuales iría dirigida este tipo de medida.

Una primera categoría de víctimas dentro de las cuales estarían los individuos o grupos afectados directamente por actos criminales, como por ejemplo el robo y demás delitos contra la propiedad, atentados contra las costumbres, etc.

Una segunda categoría de víctimas se refiere a aquellas personas sociales que son lesionadas en su patrimonio social o en su nombre comercial, por ejemplo, compañías, comercios, etc.

Una tercera categoría sería la de aquellos delitos sin víctima, dentro de los cuales tendríamos el comercio de drogas ilícitos, narcotráfico, etc.

Una última categoría la representa el estado en general para aquellos atentados contra la propiedad pública.

Para las dos primeras categorías y la última, la noción de reparación puede ser bien aplicada y perfectamente mesurable en términos monetarios, lo cual no ocurre igual con la tercera categoría.

En las dos primeras categorías una restitución directa a la víctima es perfectamente viable, pero no para los otros dos casos, donde la deuda sería pagada al estado y a la sociedad en general.

CONCLUSION

Con la presente investigación hemos querido demostrar que la reparación del daño proveniente de un hecho delictuoso es un aspecto –como cualquier otro del derecho penal– que no está aislado, sino que de dicho concepto emergen una serie de inquietudes y de interrogantes que no pueden ser contestadas sólo desde una perspectiva, en este caso la penal, sino que se hace necesario acudir a la disciplina de la criminología para poder ampliar el panorama.

La reparación ha quedado demostrada, no es sólo una situación que se va a circunscribir al delincuente y al pago de este a la víctima, pues como se vio, hay otras circunstancias que giran alrededor del hecho punible generador de la responsabilidad civil y que atañen sobre todo al aspecto psicológico y social de la víctima.

Todo lo anterior debe servir de base para que los jueces en lo penal, a la hora de hacer sus análisis cotidianos, abran sus ojos y se den cuenta de que el derecho penal no solo es el delincuente y el tipo penal, sino que hay otros elementos que deben ser tomados en cuenta para tener una perspectiva completa de la problemática criminal.

BIBLIOGRAFIA

Abdelnour Granados Rosa María. *La responsabilidad civil derivada del hecho punibel*. Juricentro. 1984.

Baril, Micheline. *La criminologie et la justice pénale á l'heure de la victime*. Révue Internationale de Criminologie et de Police Technique. Volume XXXIV. No. 4. 1981. Genéve.

Borrel Marica, Antonio. *Responsabilidad derivada de culpa extracontractual civil*. Editorial Bosch. Barcelona. 1958.

Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1972.

Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal: Parte General*. Editora Nacional. México, D.F. 1973.

Cupis, Adriano de. *El Daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Editorial Bosch. Barcelona. 1973.

Ley de Auxilio a las víctimas del delito del Distrito Federal México. 1976.

Newman, Elías. *El sistema penal y sus víctimas*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. No. 1980.

Núñez, Ricardo. *Manual de Derecho Penal*. Parte general. Editorial Lekner. Buenos Aires. 1977.

Orgaz, Alfredo. *El Daño*. Editorial Omeba. Buenos Aires. 1960.

Osorio, Guillermo. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta. Argentina. 1982.

Pequeño Larousse Ilustrado. *Diccionario*. Editorial Larousse. Paris. 1964.

Puig Peña, Federico. *Derecho Penal*. Ediciones Nauta S.A. Barcelona. 1959.

Ramírez González, Rodrigo. *La victimología*. Editorial Temis. Bogotá. 1983.

Rodríguez, Lino. *Derecho de obligaciones*. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1965.

Simon, Helene. *Les travaux cómmunautaires: un mode de réparation sociale*. Revue de criminologie et de Police Technique. No. 4. Suiza. 1981.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA NATURALEZA, FUNCION Y SIGNIFICADO DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo
Catedrática Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

INTRODUCCION

Es normal escuchar desde que ingresamos a la Facultad de Derecho, las frases de *orden constitucional, Estado de Derecho, Carta Magna, Garantías Civiles y libertades*, etc. y ciertamente, todos hemos recibido las definiciones sobre tales temas y es por ello que nadie que estudie Derecho o que sea abogado, puede estar en desacuerdo con estos trascendentales conceptos. Así hemos vivido por años. Aceptando estas verdades pero sólo a nivel de la teoría del Derecho. Es a partir de la creación en nuestro medio de la Sala Constitucional, que creemos, se ha dado inicio a una *vivencia* diaria del orden constitucional.

De ahí el gran impacto que la institución ha causado en nuestro medio porque a partir de la Jurisdicción Constitucional, podemos hablar de *un antes* y *un después* de la misma, pues no cabe duda, de que la Sala Constitucional ha revolucionado nuestro modo tradicional de vida jurídica. Al punto que muchos opinamos que finalmente contamos con una respuesta *tangible* a la voz del pueblo, mientras que otros la adversan hasta proponer su desaparición.

Este sentimiento era de esperar, no podía ser de otra forma, la Sala Constitucional toca las fibras primarias de nuestra vida jurídica con efectos reflejos en los poderes del Estado y sus dependencias así como en los diferentes estratos y agrupaciones sociales.

Este fenómeno que estamos viviendo correspondiente a un período de ajuste es un *tranche* inevitable entre el ayer y el hoy. Por eso el caos cunde. No hay otra solución; la *sacudida* era consecuencia natural pues por fin se impone la Constitución. Este es el principio, luego las aguas una vez *encausadas* seguirían su curso.

En este *impasse* las preguntas que surgen son muchas. Los juristas se ven empujados a la reflexión y la búsqueda de respuestas.

Tengo presente una expresión típica después de los primeros pronunciamientos de la Sala. "Es un cuarto Poder". Ahora se dice que es la que manda en este país. Sea que ahora es todo el *poder*. La amenaza más eficaz hoy es: "Voy a plantear recurso ante la Sala Cuarta". Después de esta frase, las palabras mueren.

La preocupación de los demás Poderes se ha puesto de manifiesto pues se sienten invadidos.

Todas estas frases, preocupaciones y reacciones nos llevan a pensar que sería bueno hablar de la naturaleza del control constitucional, su ámbito de acción y los efectos de esa acción para lograr comprender su significado.

I. NATURALEZA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS

Al tratar del punto referente a la naturaleza del control de constitucionalidad de las normas, lo que se busca es determinar si esta actividad se debe considerar como legislativa, administrativa o jurisdiccional.

La cuestión se ha discutido en la doctrina y jurisprudencia extranjera [1] tomando en cuenta las funciones de cada uno de los Poderes del Estado de Derecho como punto de referencia.

A. *Función legislativa*

Quizá una de las más notadas reacciones ha sido de parte del Poder Legislativo pues en reiteradas ocasiones, la Sala ha debido pronunciarse sobre algunas leyes que revisadas desde el punto de vista formal, han sido declaradas nulas o algunos proyectos han sido declarados inconstitucionales, provocando con ello que en un caso las leyes hayan desaparecido, debiendo restablecer las derogadas o retardando la aprobación final de los proyectos [2].

Un efecto como el descrito ha hecho pensar que la labor de la Sala suplanta en algunos casos aquella destinada en forma exclusiva por la misma Constitución a la Asamblea Legislativa y de ahí que en última instancia para muchos, la naturaleza de la actividad de la Sala, sea legislativa [3].

---

(1) Satta (S.), *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milán, 1959. Sandulli, "Natura funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimitá delle leggi" en *Riv. Trim. di dir. pubbl.*, 1959. Cappelletti (M.), "Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato", en *Riv. Dir, Proc.*, V. XV. 1960. Azzaritti, "Sulla illegittimità costituzionale delle leggi" en *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1959. Carnelutti, "Aspetti problematici del processo al legislatore", en *Riv. Dir. Proc.*, 1959. Ceretti, *Corso di diritto costituzionale italiano*, Turín, 1958. Redenti, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milán, 1957. Calamandrei, "Corte costituzionale e autorità giudiziaria" en *Riv. Dir. Proc.*, I, 1956.

(2) Ver, sobre la consulta de proyectos al órgano constitucional, Hernández Valle (R.), "El control preventivo de constitucionalidad" en *Rev. Iustitia* No. 32, 1989, pp. 4 ss.

(3) Ver, Montesano (L.), "Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale", en *Riv. Dir. Proc.* , V. XIII, 1958 pp. 524 ss. Carnelutti (F.), "limiti dell'accertamento legislativo" en *Riv. Dir. Proc.* 1950, pp. 52 ss. En Costa Rica ver, Hernández Valle (R.), "Los efectos de las sentencias estimatorias en las acciones de inconstitucionalidad" en *Rev. Iustitia* No. 42,

El punto es fácil rebatirlo pues ello es producto de una simple apreciación que jamás podrá encontrar apoyo en la realidad y en orden a la división de las funciones (al menos *grosso modo*), del Estado de Derecho. Y es que al órgano judicial no le ha sido nunca encomendada la labor de dejar sin efectos de *motus proprio*, la normativa vigente, así como tampoco, es función suya la creación de normas aisladas y mucho menos cuerpos normativos. Lo que sí puede hacer el órgano judicial es crear Derecho. Es más, es su deber ante cualquier omisión del sistema jurídico y en relación al caso concreto [4]. Es así como dentro de sus poderes o potestades la Sala Constitucional con mayor razón es generadora de Derecho a través de sus resoluciones mediante un *efecto integrador erga omnes*; no debe pues confundirse con una labor de producción normativa semejante o de igual rango a aquella correspondiente a órganos de la Administración Pública o mucho menos a la del Poder Legislativo a quien le asiste la reserva exclusiva de la producción de las leyes de la República. El problema pues se plantea en términos del alcance de las decisiones del órgano constitucional. No obstante, podemos notar que ni por su resultado (ese *efecto integrador erga omnes*), y aún menos por la forma en que la Sala llega a conocer y resolver sobre las normas y leyes se asemeja en manera alguna a la producción de legislativa, ya que el procedimiento empleado impone una serie de requisitos que colocan esta actividad en un ámbito muy *sui generis*.

La intervención en cuanto a la inconstitucionalidad de una norma, cualquiera sea su fuente, por parte de la Sala, se opera sólo si hay una especie de *prejudicial de inconstitucionalidad* [5], sea aquella situación que precisamente, legitima al ciudadano a acudir ante ella. Esta prejudicialidad puede estar constituida por un acto de la Administración Pública fundamentado en una norma contraria a la Constitución o en ocasión de una *litispendencia* de tipo penal, civil, administrativo, etc.

1990, pp. 9 ss., Hernández Valle (R.), "La competencia de la Sala Constitucional", en *Rev. Iustitia* No. 46, 1990 pp. 23 ss.; Manavella (C.), "El principio del fin del apremio corporal" en Rev. Iustitia No. 34, 1989 pp. 17 ss. Rojas Chan (A.Y.), "La libertad contractual en la determinación del precio de la renta. Análisis del artículo 13 de la Ley de Inquilinato" en *Rev. Iustitia* No. 49, 1991, pp. 17 ss. Manavella (C.), "La inconstitucionalidad del artículo 105 de la Ley de Tránsito" en *Rev. Iustitia* No. 51, 1991 pp. 22 ss.

(4) Mortati (C.), "Abrogazione legislativa e istaurazione costituzionale", en *Riv. Dir. Proc.*, 1957, pp. 365 ss. Liebman (E.), "Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale" en *Riv. Dir. Proc.* 1957, pp. 597 ss.

(5) Calamandrei (P.), "Corte costituzionale e autorità giudiziaria" en *Riv. Dir. Proc.*, 1956, V. XI, Parte I, pp. 14 ss.

De esta manera la función del órgano constitucional no puede asimilarse ni por un ligero parecido con la productora de leyes. Más bien ocupa un lugar peculiar e inconfundible.

Lo que sucede en última instancia con el control constitucional de las leyes, es que a la Sala Constitucional se le atribuye la no fácil tarea de juzgar al legislador pues éste a su vez, es un súbdito de la ley [6].

Es este el resultado de una larga y tormentosa evolución del concepto inicial de ley, como acto perfecto del legislador soberano y por ello incuestionable 9 [7] al concepto de ley defectuosa producto de un legislador falible y ya más disminuido.

Una de las causas de este "venir a menos" del legislador se ha generado justamente, ante la cada vez más copiosa y decadente legislación originada en la ausencia de serios estudios previos al momento de la formación del *corpus iuris*.

En este sentido Carnelutti sostiene que tal evolución nace de la crítica de la ley en cuanto a sus errores *in procedendo* por un lado, sea en la forma y por otro, en cuanto a su *contenido* que es un problema básicamente de justicia. Por eso concluye que el control constitucional de la ley, es una suerte de *revaloración* del juez frente al legislador que se resuelve en la creación de un juez supremo, de tal manera que se le pueda confiar el proceso de control del legislador [8]. Situación que resulta ser la versión contrapuesta del instituto de la Casación que es el control del respeto a "labor legislativa" por parte del juez.

B– *Función Administrativa*

El efecto expansivo de la *"onda de inconstitucionalidad"*, como es lógico ha tocado también el ámbito de la administración del Estado, encomendada de acuerdo a la tripartición del Estado de Derecho al gobierno (Presidente y sus Ministros), al menos en principio. De modo que esta proyección sea considerada como una intervención en la actividad ejecutiva.

(6) Carnelutti (F.), "Aspetti problematici del processo al legislatore" en *Riv. Dir. Proc.*, V. XIV, 1959, pp. 1 ss.

(7) Calamandrei (P.), *Opere giuridiche*, VI Nápoles, 1976, pp. 463 ss. Nos habla el autor de un control *nomofiláquico* por parte del órgano de Casación del orden legislativo. En su estudio sobre la Casación observamos que con ella se ejercía control político sobre los actos del juez quien debía aplicar ciegamente la ley.

(8) Carnelutti (F.), "Aspetti..." pp. 5 ss. nos habla de una *superley*, un *superjuez* y un *superproceso*.

Este concepto, se deriva de que dada la constante anulación de actos llevados a cabo de manera contraria a la Constitución, por parte de funcionarios de la administración, la Sala ha ordenado el pago de sumas, devolución de impuestos, reposición de personas en su puestos, paralización de procedimientos y medidas inconstitucionales.

Estas decisiones obviamente, han significado una franca modificación en el desenvolvimiento de los planes del Ejecutivo y sus dependencias, por lo que pareciera que la Sala administra el país.

Sin embargo, si delimitamos la actividad administrativa del Estado dentro del funcionamiento del gobierno y sus dependencias, estaríamos hablando de sólo una parte de un engranaje más grande que realmente, es la llamada *función administrativa del Estado*, la cual obviamente se realiza con el concurso de diferentes aparatos administrativos que desarrollan por ello diferentes actividades para llenar los fines que el ordenamiento se propone en beneficio de la comunidad como son: servicios, organización de mercados, construcciones, tributos, investigaciones, etc. Tales funciones se caracterizan por ser coercitivas, autoritarias y desde luego, por ser públicas. De ahí el nombre de administración pública [9].

Tal actividad por supuesto debe desenvolverse dentro de límites que la Constitución Política le establece y porque además, debe sujetarse al principio de legalidad por estar insertada en un Estado de Derecho en el cual los excesos que se generan por parte de la administración pública son debidamente sancionados por las leyes respectivas [10].

La labor de la Sala Constitucional comparada con la descrita como propia de la administración pública, es evidente que no coincide de ninguna manera con ella. Es por esta razón que se evidencia la imposibilidad de plantearse una hipótesis en este sentido.

El punto en concreto creemos que se resuelve aludiendo a ese carácter de actividad reglada conforme al principio de legalidad, lo que naturalmente implica que los órganos de la administración pública quedan sujetos a estrictos controles legales y lo más importante, a nivel constitucional. De ahí que cada vez que los actos de la administración contraríen la Ley Fundamental con la ilegitimidad de sus actos, será reprochada al punto de compelir a la administración misma a reponer las faltas o los daños causados con su actuar incorrecto, lo que en esencia viene a constituir una imposición *sustitutiva*. Ello no puede ser de otra forma pues debe haber una restauración de los derechos violados por orden de la Constitución en movimiento.

(9) Gianini (M.S.), Diritto ammninistrativo, V.I, Milán 1970, pp. 5 ss. -435 ss.

(10) Al respecto, consultar un amplio y útil documento sobre el seminario internacional de Derecho Administrativo, Colegio de Abogados, 1981.

C– *Función Jurisdiccional*

Llegamos aquí al más importante punto de vista sobre el que más se ha pronunciado la doctrina y es aquel que considera el control de constitucionalidad de las leyes, como una manifestación más de la función jurisdiccional. La cuestión prácticamente, es pacífica y así notaremos que se le denomina casi siempre *jurisdicción constitucional*.

Adelantando un poco nuestras conclusiones, creemos que la Sala Constitucional se presenta como una entidad decididamente diferente a cualquier órgano del Poder juridicial tanto en su estructura, como en sus medios y fines. Sucede un fenómeno semejante al ya señalado frente a las dos restantes funciones del Estado de Derecho, en donde la diferencia es grande y no hay posibilidad siquiera de compararlas. Igual vemos la situación en este caso, pero ahora dentro del engranaje judicial, pues salta a la vista, que el control constitucional de las leyes no puede hacerse utilizando idénticos principios que en una instancia jurisdiccional ordinaria, así como tampoco en su constitución ya que en ésa el mismo juez no participa de la misma condición del juez de instancia por cuanto ante él se plantea un conflicto de índole muy distinto. El juez constitucional se ve enfrentado a situaciones jurídicas que implican una actitud y una formación distintas a fin de enfocar la decisión desde muchos ángulos y entre ellos esencialmente el político–social; desde luego, en el buen sentido de esas palabras. Ello precisamente en aras de su finalidad que es la de interpretar las normas fundamentales y así proporcionar la suprema garantía que es el respeto de éstas.

Se ha dicho que incluso cuando se aplica el control constitucional, el juez constitucional no sólo se abstrae de la controversia principal de donde proviene el reclamo sino que se abstrae de su curso posterior, pues su interés se centra en determinar la validez del ordenamiento en cuanto se declara la inconstitucionalidad [11].

Ahora bien, en nuestro medio la cuestión se plantea dentro de un *marco* especial pues la Sala Constitucional se ha ubicado como una sala más dentro del Poder Judicial, y ello ha llevado a creer que esta situación es la

(11) Cappelletti (M.), "Il controllo di costituzionalità...", p. 378-379, citando una sentencia de la Corte Constitucional italiana. Sentencia del 20 de marzo de 1960, No. 13. Precisamente esta sentencia define a la Corte Constitucional como un órgano autónomo fiscalizador de la legitimidad constitucional y que no puede ser considerada como un órgano de la jurisdicción especial ni administrativa.

que confiere carácter de jurisdiccional a la actividad de la misma [12], pero como señalamos, se trata sólo de un *marco*, un marco material que no altera sus condiciones bien diferenciadas. Una breve referencia al concepto de jurisdicción resulta obligada para aclarar el punto.

Se ha dicho que mediante el ejercicio de la función jurisdiccional el Estado busca asegurar el *vigor práctico del derecho*. Dicha finalidad según este autor, se logra promoviendo y controlando el cumplimiento de ese derecho así como reprimiendo con consecuencias específicas las eventuales transgresiones al mismo. Es la actuación del derecho objetivo en el caso concreto. Por ello se coincide en denominarla como un acto de *iurisdicere* ya que el ordenamiento se resuelve mediante el juicio que pronuncia el juez sea, la jurisdicción [13].

De acuerdo entonces con lo que parece ser el concepto más frecuente en la doctrina de lo que es jurisdicción, la función del control constitucional presenta el elemento básico: juicio del juez, para encuadrarla dentro de la función jurisdiccional.

En efecto, el concepto de *jurisdicción constitucional* ha sido aceptado en forma general [14] y creemos que precisamente el hecho de que sea la justicia que se aplica como consecuencia de la petitoria del recurrente, implica el ejercicio de la acción para obtener una resolución. Esto nos lleva a

(12) Nuestro sistema se aparta de aquel europeo en lo relativo a la *ubicación* de órgano de constitucionalidad y se acerca al sistema norteamericano. Pero, no en cuanto al modo de operar pues, la concepción sobre la constitucionalidad de la ley es de corte europeo. De ahí que entre nosotros, se vea la actividad constitucional como una forma de justicia diferente pues requiere de un tratamiento diferente a la justicia ordinaria. En Costa Rica una referencia muy completa en cuanto a la evolución de nuestro sistema de control constitucional así como en general, sobre los orígenes del sistema norteamericano, el europeo y características de ambos, en Ortiz Ortiz (E.), "El control de constitucionalidad en Costa Rica" en *Rev. Iustitia*, No. 50, 1991, pp. 4 ss. También un punto de vista sobre el carácter y función de la Sala Constitucional en Costa Rica, en Hines Céspedes (C.), "La Sala Constitucional como órgano supremo", en *Rev. Iustitia*, No. 47, 1990, pp. 25 ss.

(13) Redenti (E.), *Diritto processuale civile*, I, Milán 1957, p. 6. Satta (S.), *Diritto processuale civile*, Padua 1973, pp. 6 ss.

(14) Cappelletti (M.), "Il controllo..." así como toda la doctrina aquí en este estudio citada. Creemos que hoy, a la altura del desarrollo de la institución en los Estados Unidos, donde forma parte el Poder Judicial como en Costa Rica, así como en Europa que funciona como un órgano autónomo, se da por descontada su naturaleza jurisdiccional.

decir, antes de que surja la pregunta de lógica ¿jurisdicción ordinaria o administrativa? que se trata simplemente de *jurisdicción constitucional.*

Es decir, que la Sala podrá además, por ser esta característica de la jurisdicción, dictar resoluciones irrevocables: con autoridad de cosa juzgada [15] con un efecto no *inter alios*, sino *erga omnes* [16]. He aquí un atributo exclusivo de las sentencias del juez constitucional [17], y que por ello ni el mismo juez constitucional podría cambiar con otra decisión [18].

Además, el juez constitucional no obstante que su juicio se realiza acudiendo a valores muy específicos, que lo pondrían de cara ante una "fenomenología" muy compleja y diferente a aquel del juez ordinario [19], debe conservar su *terceridad* o posición *superpartes*, así como su *independencia*, sobre todo porque estamos en presencia de un órgano soberano, cuyas decisiones son insustituibles y vinculantes [20].

¿Qué decir, del principio del juez legal o natural? No cabe duda de que el juez constitucional, es legal.

---

(15) Además de la doctrina aquí citada, Jaeger (N.), "Sui limiti di efficacia delle decisioni della Corte costituzionale" en *Riv. Dir. Proc.*, XIII, 1958, pp. 364 ss. Cappelletti (M.), "Pronunce di riggetto nel processo giurisdizionale delle libertà e cosa giudicata" en *Riv. Dir. Proc.*, XI, parte I, 1956, pp. 135 ss.

(16) Toda la doctrina aquí citada

(17) Cappelletti (M.), "Il controllo di costituzionalità..." El autor no acepta hablar de "efectos de cosa juzgada", pues cree que dependiendo de la legislación, la cosa juzgada puede ser una característica aplicable aún a decisiones que en otros sistemas no la poseen. Para él esta distinción no vale y así habla de una relación de *poderes* y *deberes*: el juez debe ser un *tercero* que con *poder* sujeta a las partes en forma *debida*. Sólo así para el autor, se puede hablar de jurisdicción. Destaca que en el proceso administrativo no es así pues el juez es parte. Ver pp. 401 y ss. Nosotros no compartimos que haya relación jurídica procesal, lo que hay son posiciones jurídicas procesales y además la cosa juzgada material sí es propia de la jurisdicción ordinaria precisamente por provenir entre otras cosas, de un tercero.

(18) Calamandrei (P.), "La prima sentenza della Corte costituzionale" en *Riv. Dir. Proc.*, 1956, II, p. 156. Es muy interesante esta observación pues el autor dice que ley declarada inconstitucional, no se deroga y quienes lleguen luego como jueces constitucionales no pueden considerar que ya no es contraria a la Constitución y rehabilitarla. Igual sentido, Calamandrei (P.), "La autorità..." op. cit., p. 9.

(19) Sobre la interpretación de la norma constitucional y sus diferencias con la de los jueces ordinarios, consultar Ascarelli (T.), "Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione" en *Riv. Dir. Proc.*, V. XII, 1957, pp. 351 ss.

(20) Sandulli (A.M.), "L'indepenza della Corte costituzionale" en *Riv. Dir. Proc.*, pp. 34 ss.

Definitivamente, la Sala Constitucional tiene su fundamento en la Constitución Política y en la ley que la crea, de donde extrae sus atribuciones.

Es obvio que en todo caso, todos estos principios, no puedan darse el uno sin el otro cuando hablamos de jurisdicción en sentido propio [21]. Esta afirmación puede hacerse sin temor a equivocarnos, toda vez que el órgano que ejerce el control de constitucionalidad debe estar rodeado de una serie de condiciones como son los principios de la jurisdicción ordinaria, para garantizar el éxito de su función que es justamente, la defensa de las libertades fundamentales. En consecuencia, por ello goza de la condición de ser un órgano *constitucional* colocado prácticamente al mismo nivel del resto de los órganos supremos y más aún, participa de una alta dosis de *poder político* (de ahí el enorme impacto de su labor en la vida nacional en todos los ámbitos), por lo que debe darse la garantía del juez natural que a su vez, garantiza la independencia y la imparcialidad.

De toda esta relación, se deduce la importancia que demanda el nombramiento de los jueces constitucionales ya que resulta de un alcance sin precedentes, la forma estricta de escogerlos. De ahí que por un lado, se exija una determinada votación (calificada). Asimismo, debería existir una marcada cantidad de requisitos ya que la composición del órgano de control constitucional requiere de integrantes con una cultura y experiencia jurídica muy particulares que permita hablar de una excelencia real del funcionario con lo que la confianza en sus decisiones será indiscutible. Sería la única forma de confirmar la validez, seriedad y profundidad de sus pronunciamientos. En Costa Rica desafortunadamente, como es propio de nuestra forma de ser: amigos de la improvisación oportunista y politiquera, no se establece un cuadro de requisitos especiales [22]. Y es que la adecuada escogencia de estos jueces puede contribuir a un *balance* en sus decisiones pues la mezcla de personas con mucha preparación y visión política, lógicamente arrojará decisiones muy ponderadas y sabias. Verdaderas

---

(21) No debemos perder de vista que la jurisdicción no es una actividad *exclusiva* del Poder Judicial. La Administración Pública también la ejerce aunque como sabemos, bajo principios diferentes: precisamente, no participa de ninguna de las condiciones antes enumeradas en este trabajo. Al respecto, se puede consultar mi escrito: "De la jurisdicción y competencia" en *Rev. de Ciencias Jurídicas* No. 68, 1991.

(22) En este mismo sentido Ortiz Ortiz (E.), op. cit. La buena composición del órgano en este caso determina incluso la posibilidad de un control recíproco entre los miembros del órgano constitucional, especialmente cuando algunos provengan de extracción política. Ver, Sandulli (A. M.), op. cit., p. 43.

interpretaciones del orden fundamental, por cuanto la sensibilidad *rectius*, capacidad de percepción de un fenómeno tan complejo sería mayor.

II. SIGNIFICADO DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL [23].

La primera comprobación que podemos aquí destacar es que el control constitucional de las leyes, no atrae y muchos menos seduce, a los dictadores y es éste el primer gran significado de la institución: acogerse a un sistema de esta naturaleza implica una clara aceptación de los más altos valores democráticos.

La aparición de un sistema para desaplicar una ley inconstitucional, es una figura de gran trascendencia, que se abre camino con la *judicial review of the constitutionality of legislation* o sea, el control judicial de constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos en 1803, mediante el pronunciamiento ya muy conocido entre nosotros, del juez John Marshall en el célebre caso Marlbury versus Madison [24]. De aquí en adelante no con pocos obstáculos, el fenómeno comienza a expandirse por el mundo democrático entre los siglos XIX y principios del XX con mayor fuerza.

Las naciones que incorporan el instituto son México: con el *amparo* contra las leyes; Suiza (pero limitado a leyes cantonales), Norvegia (a fines del siglo XIX); Dinamarca (principios del S. XX). Sin mucho éxito en Rumania, Grecia y Portugal.

Durante la posguerra del primer conflicto mundial: Austria, Checoslovaquia, luego España. No obstante, con las posteriores dictaduras y conflictos bélicos, éstas sucumben.

Sin embargo, posterior a la Segunda Guerra Mundial, se abre un período de verdadero auge de la justicia constitucional. Se acogen al Sistema como una forma de evitar el regreso de la arbitrariedad de las dictaduras: Alemania, Japón, Italia, Chipre, Turquía. Así Austria, de nuevo pone en vigencia la Constitución kelseniana. Yugoslavia a pesar de su concepción

(23) Cappelletti (M.), "Il significato del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel mondo contemporaneo" en *Riv. Dir. Proc.*, V. XIII (II serie) 1968, pp. 483 ss. Cappelletti (M.), *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán 1955. Importante es la lectura del autor sobre otros antecedentes del control constitucional en el mundo antiguo. Cappelletti (M.), "Alcuni precedenti storici del controllo giudiciario di costituzionalità delle leggi", en *Riv. Dir. Proc.*, XXI, 1966, p. 52 ss.

(24) En Costa Rica también, Ortiz Ortiz (E.), op. cit.

marxista-leninista, se suma al movimiento en 1963. Desde luego, que muchos países de América Latina se sumaron como Uruguay, Brasil, Costa Rica y otros [25]. Desafortunadamente, para muchos de estos países la institución vuelve a desaparecer, así en Yugoslavia en 1968.

Es evidente que la aparición del instituto del control constitucional de las leyes marca una nueva era en la historia del Derecho. Cappelletti nos habla de tres épocas que gracias a numerosos estudios, pudo determinar: la época de la *justicia natural*, la de la *justicia legal* y finalmente la de la *justicia constitucional* [26].

De aquí podremos concluir un segundo gran significado de la figura pues ésta al ser el remedio para una real efectiva realización de los derechos fundamentales del ser humano, genera un lenguaje común dentro del concierto universal. Es una voz que une al mundo democrático y lo coloca en un plano de *superioridad jurídica*. Podríamos decir con Cappelletti: "Pareciera que nunca como hoy el mundo de los hombres (debió decir también de las mujeres), es un *corpus unum*, un *totum universum*..., los problemas tienen a ser comunes, las ideas como válidas soluciones a problemas concretos, no se detienen como sucedió en otras épocas ante cadenas de montañas o cauces de río o mares" [27].

Es en este sentido que se habla hoy de una corriente *constitucionalista* que nace como reacción a los abusos del poder y humaniza a los gobiernos del mundo. La lucha por conseguir estos objetivos ha costado para algunos pueblos cruentas guerras y períodos de grandes sufrimientos infringidos por la intolerancia y por eso es que aquellos países que logran la tutela real del respeto a los más elementales derechos por parte de un órgano entregado de lleno a este fin, deben mantenerlo y fortalecerlo.

CONCLUSIONES

Creemos que el tema abordado contiene una gran cantidad de aspectos a tratar y que precisamente por la gran identidad de valores supremos hoy reconocidos en gran parte del mundo moderno, la literatura es abundante y variada. De ahí que aquí no hayamos pasado más que de unos pocos puntos de interés referidos al mismo.

(25) Un análisis sobre el tema en Cappelletti (M.), "Apuntes para una fenomenología de la justicia del siglo XX" en Rev. Judicial No. 45, pp. 25 ss. Trad. de Sáenz Elizondo (M.A.).

(26) Capelletti (M.), op. cit., "Il significato..." p. 491.

(27) Idem, p. 490.

No obstante, esperamos haber realizado algún aporte, al menos en cuanto a traer una reflexión más a la discusión en boga actualmente en Costa Rica.

Quizá de todo el estudio podamos extraer unas pocas pero satisfactorias conclusiones.

– El control de constitucionalidad de las leyes constituye quizá el mayor paso dado en Costa Rica en los últimos diez años en el desarrollo de las instituciones jurídicas democráticas.

– Gracias a esta revolución una vez más nos colocamos a la cabeza de los países en materia de respeto a las garantías y libertades del ciudadano nacional y extranjero.

– Mediante la Sala Cuarta o más bien Sala Constitucional, hemos sentido que la Constitución Política vive y funciona.

– Que el disgusto de unos pocos es satisfacción de una mayoría.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS:

Calamandrei, *Opere Giuridiche*, 1976.

Ceretti, *Corso di Diritto Costituzionale italiano*, Turín, 1958.

Gianini, *Diritto Amministrativo*, 1970.

Redenti, *Diritto Processuale Civile*, 1957.

Redenti, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milán, 1957.

Satta (S.), *Commentario al codice di procedura civile*, I Milán, 1959.

Satta, *Diritto Processuale Civile*, 1973.

REVISTAS:

Ascarelli, "Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione", *Riv. Dir. Proc.*, 1957.

Azzariti, "Sulla illegitimità costituzionale delle leggi", *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ.*, 1959.

Calamandrei, "Corte costituzionale e autorità giudiziaria", *Riv. Dir. Proc.*, 1956.

Calamandrei, "La prima sentenza della Corte costituzionale", *Riv. Dir. Proc.*, 1956.

Cappelletti, "Alcuni precedenti delle leggi", Riv. Dir. Proc., 1966.

Cappelletti, "Apuntes para una fenomenología de la justicia del siglo XX", *Rev. Judicial*, No. 45, 1988.

Cappelletti, "Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato", *Riv. Dir. Proc.*, 1960.

Cappelletti, "Il significato dell controllo giudiziario de costituzionalità delle leggi nel mondo contemporaneo", *Riv. Dir. Proc.*, 1968.

Cappelletti, "La giurisdizione costituzionale delle libertà", *Riv. Dir. Proc.*, 1968.

Cappelletti, "Pronunce di riggetto nel processo giurisdizionale delle libertà e cosa giudicata", *Riv. Dir. Proc.*, 1956.

Carnellutti, "Aspetti problematici del processo al legislatore", *Riv. Dir. Proc.*, 1959.

Carnellutti, "Limiti dell'accertamento legislativo", *Riv. Dir. Proc.*, 1950.

Hernández Valle (R.), "El control preventivo de constitucionalidad", *Rev. Iustitia*, No. 39, 1989.

Hernández Valle, "Los efectos de las sentencias estimatorias en las acciones de inconstitucionalidad", *Rev. Iustitia*, No. 42, 1990.

Hines Céspedes, "La Sala Constitucional como órgano supremo", *Rev. Iustitia*, No. 47, 1990.

Jaeger, "Sui limiti di efficacia delle decisioni della Corte costituzionale", *Riv. Dir. Proc.*, 1958.

Liebman, "Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale", *Riv. Dir. Proc.*, 1957.

Manavella, "El principio del fin del apremio corporal", *Rev. Iustitia*, No. 34, 1989.

Manavella, "La inconstitucionalidad del artículo 105 de la Ley de Tránsito", *Rev. Iustitia*, No. 51, 1991.

Montesano, "Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale", *Riv. Dir. Proc.*, 1958.

Mortati, "Abrogazione legislativa e istaurazione costituzionale", *Riv. Dir. Proc.*, 1958.

Rojas Chan, "La libertad contractual en la determinación del precio de la renta. Análisis del artículo 13 de la Ley de Inquilinato", *Rev. Iustitia*, No. 49, 1991.

Sáenz Elizondo, "De la jurisdicción y competencia", *Rev. de Ciencias Jurídicas*, No. 68, 1991.

Sandulli, "L'independenza della Corte costituzionale", *Riv. Dir. Proc.*, 1966.

Sandulli, "Natura funzione ed effetti delle pronounce della Corte costituzionale sulla leggittimità delle leggi", *Riv. Trim. di Dir. Pubbl.*, 1959.

Seminario Internacional de Derecho Administrativo, *Revista de Ciencias Jurídicas*, 1988.

EL SISTEMA SANCIONATORIO PENAL EN COSTA RICA Y ALEMANIA FEDERAL*

Carlos Tiffer Sotomayor
Profesor Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

* Un estudio realizado por el autor durante su estancia en el Max-Planck Institut-für ausländisches und internationales Strafrecht, en Friburgo, R.F.A., 1989. Mi agradecimiento al Servicio de Intercambio Académico Alemán, DAAD, el cual generosamente financió mi estancia y al Profesor Dr. Frieder Dünkel, por sus orientaciones, para escribir este ensayo.

PLAN DE TRABAJO

PRINCIPALES ABREVIATURAS

C.P	Código Penal
C.P.P.	Código Procesal Penal
StGB	Código Penal Alemán
StSPO	Código Procesal Penal Alemán
C. Pol.	Constitución Política
GG	Ley Fundamental Alemana
JGG	Ley Juvenil Alemana
StVollzG	Ley de Ejecución Penal Alemana
§	Parágrafo
Art.	Artículo
C.R.	Costa Rica
R.F.A	República Federal de Alemania

1. INTRODUCCION

1.1. Objetivos y Niveles de la Comparación

El estudio de las sanciones penales constituye un tema de actualidad, no solo del derecho penal material sino también de la criminología y las ciencias sociales conexas. El constante aumento de los conflictos sociales y con ellos la delincuencia han incrementado el interés en las penas tanto en la R.F.A. como en C.R. Debido principalmente a los valores fundamentales que están en juego en la dinámica de las sanciones penales, tales como la seguridad, la justicia y la libertad.

Las penas constituyen un requerimiento irrenunciable de la Sociedad, que solo en un pensamiento utópico pueden suprimirse. Si no podemos abolir las sanciones penales, sí debemos mejorar su conocimiento y aplicación material. Un buen método que nos ayuda a entender y comprender más sobre las penas, es el derecho comparado, no con el fin de buscar soluciones en realidades políticas, económicas y culturales diferentes, sino más bien como una forma de percibir diferentes perspectivas sobre los temas objeto de estudio. Lo que nos conduce a un mayor contacto con la doctrina y experiencias extranjeras, en este caso la alemana.

El nivel de la comparación se encuentra en las realidades jurídicas positivas, desde el prisma de los códigos penales, leyes penales juveniles y disposiciones penitenciarias. Sin embargo, la confrontación solo de las figuras jurídicas sería muy limitado, de ahí que también se presente la adaptación y funcionamiento de los principios teóricos con las realidades prácticas, lo que nos dará como resultado un conocimiento amplio del tema.

1.2. Reseña Histórica

Tanto en Costa Rica (C.R.) como en la República Federal de Alemania (R.F.A.) se concluyó no hace mucho tiempo y por el momento la reforma del Sistema Sancionatorio Penal. En C.R. rige desde 1970 un nuevo Código Penal, mientras que en la R.F.A. entró en vigor en 1975 una nueva versión de la Parte General del Código Penal.

La comparación entre ambos ordenamientos jurídicos, puede llevarse a cabo buscando algunos aspectos esenciales que sean comunes y diferentes, que permitan hacer algún paralelismo entre las dos legislaciones.

En primer lugar, se hace necesario referirnos a la historia, aunque sea en forma breve. El Código Penal Alemán (StGB) de 1871 encuentra sus raíces en el Código Penal Prusiano de 1850 y en las codificaciones de la primera mitad del siglo XIX, en las que dominaba la idea de que el mantenimiento del orden social había de realizarse mediante las penas privativas de libertad junto con la pena de muerte, imperando como fundamento de todo ello el principio de intimidación, sin especifica consideración a la personalidad del delincuente [1].

Los esfuerzos reformadores han llevado desde principio de este siglo a la formulación de numerosos proyectos. Los grandes cambios de la política criminal, consecuencia de los cambios de la política en general y la concepción del Estado, operados a partir de los años 50, sobre todo después de la promulgación de la Ley Fundamental (23/5/1949), han hecho posible la reforma completa de la Parte General del Código Penal, así como importantes modificaciones en la Parte Especial, en la Ley Procesal Penal y la promulgación de la nueva Ley de Ejecución Penal [2].

Costa Rica después de la independencia política española (1821) comienza a dar sus primeros pasos en codificaciones penales, hasta la promulgación del Código General de 1841, en donde se encontraba una sección dedicada al Derecho Penal. Este Código se caracterizó por su rigurosidad de penas entre las que se encontraban las penas de muerte, presidio, extrañamiento. Después vino el Código Penal de 1880, de tendencia liberal e influenciado por los Códigos penales españoles de 1842 y 1870. Este Código de 1880, fruto de un gobierno militar, tiene como revelancia la abolición de la pena de muerte, y el establecimiento de uno de los presidios más antiguos del país y que todavía funciona. El 28 de febrero de 1873 se estableció el Penal de San Lucas, en una Isla del mismo nombre, situada en el Mar Pacífico al frente del Puerto de Puntarenas.

Durante este siglo Costa Rica ha tenido dos importantes Códigos penales y anteriores al que actualmente rige. En 1924 entró en vigencia un nuevo Código llamado, "Código Astua", por responder por quien fue elaborado, José Astua Aguilar. Con una orientación clara de la Escuela Positivista y un marcado énfasis en la pena privativa de libertad como medio de prevención general. Podría resumirse su concepción sobre las penas con el siguiente principio, "Las penas privativas de la libertad personal constituyen en verdad el alma del sistema punitivo de cada país..." Este código tuvo una vigencia de 17 años.

Bajo la influencia de la doctrina de la Defensa Social se decretó el Código Penal de 1941. El punto central de la política criminal estaba en la pena privativa de libertad, cuyo máximo era de 30 años. Este Código distinguía entre penas y medidas de seguridad (arts. 25, 104 y ss.) orientadas

estas últimas por la peligrosidad del autor y las primeras por una concepción típica de Derecho penal de autor y una vaga noción del principio de culpabilidad. Un carácter retributivo regulaba la concepción de las penas.

En 1970 año en que se promulgó el último Código penal y que actualmente rige la situación general del país había cambiado mucho. Mientras en 1941 la población era de seiscientos cincuenta mil habitantes, al iniciar la década de los setenta el país había triplicado su población. Cambios sociales y económicos de importancia habían transcurrido en esos 39 años. Se había dado un significativo paso de una sociedad rural tradicional, a una urbana y en rápido desarrollo, marcada por un proceso de proletarización y como consecuencia una agudización de todos los problemas de orden social, entre ellos la delincuencia.

El actual Código penal (no. 4573, del 30/4/1970), que entró en vigencia en 1972 fue promulgado siguiendo el modelo establecido en la Parte General del Código Tipo para América Latina (1962). La filosofía de las penas está orientada a sustituir su carácter retributivo por el tratamiento del infractor y propiciar la erradicación del delito por medio de la prevención [3].

Hecho este resumen histórico de las codificaciones en ambos países, resulta oportuno preguntarnos: ¿Cuáles son los aspectos que particularizan el Sistema de Penas en la R.F.A. y C.R.? y ¿Cómo funcionan en la práctica? Esta es la tarea que a continuación nos proponemos. La exposición se basará en el Derecho vigente y su aplicación. El centro del estudio va residir, como es natural, en el Derecho Penal Costarricense, si bien confrontaré en cada caso la situación con la R.F.A. en la medida en que nos hayamos podido hacer una idea del Derecho Penal Alemán según las fuentes escritas consultadas y otras experiencias prácticas.

2. EL CATALOGO DE PENAS

2.1. La Pena Privativa de Libertad

La pena privativa de libertad y la multa son los dos pilares sobre los que se apoya el sistema de penas en el nuevo Código Penal Alemán (StGB). La primera es una pena unitaria ya que con la reforma se suprimió la anterior distinción entre presidio, prisión y arresto. Respecto a la nueva configuración de la multa, se introdujo a partir de 1975 el Sistema Escandinavo de días multa. Este sistema se compone de 2 niveles. El número de días se determina sobre la base del injusto del hecho y la culpabilidad del autor, conforme a las reglas generales de medición de la

pena, en cambio, el importe correspondiente a cada día multa se establece conforme a la situación económica del autor, en particular, atendiendo a sus ingresos y sus obligaciones alimenticias. La suma total resulta solo de una multiplicación de ambos factores (§ 40 StGB). A la necesaria eficacia de la ejecución de la pena de multa atiende un arresto sustitutorio que se aplica de modo estricto, según lo establece el parágrafo 459 del Código Procesal Penal (StOP) [4].

El Código Penal de Costa Rica establece un sistema dualista de sanciones. Esto significa que se puede imponer un condenado por un lado una pena principal, (prisión, extrañamiento, multa, inhabilitación) o bien una accesoria (inhabilitación especial), (Art. 50 C.P.). Por otro lado, se le puede aplicar al sentenciado una de las llamadas Medidas de Seguridad, que pueden ser de tipo curativo, de internación o de vigilancia, (Art. 101 C.P.).

La privación de libertad en Costa Rica no tiene el carácter unitario que tiene en la R.F.A. El Código Procesal Penal hace mención a distintos tipos de medidas cohactivas de la libertad, como son el arresto, la detención, la prisión preventiva y la prisión. Se diferencian por la duración de la medida dependiendo su prolongación en el orden que se ha puesto de menor a mayor, es decir:

El arresto (Art. 266 C.P.P.) es una breve privación de libertad impuesta a una o varias personas que "han participado" en un hecho delictuoso. Cuando en el primer momento de la investigación no fuere posible la individualización de partícipes y testigos. Se trata de una medida inicial que se dirige contra presuntos participantes con una base deficiente de información. En ningún caso debe durar más de 24 horas (Art. 37 de la C. Pol.). Este tipo de medida generalmente es la dictada por la policía, judicial o administrativa.

La detención es un estado breve de privación de libertad aunque mayor que el arresto y la puede decretar tanto el Juez de Instrucción, (Art. 268 C.P.P.) como el Ministerio Público, (Art. 406 C.P.P.) a fin de evitar cualquier acción capaz de poner obstáculos a la actuación de la ley penal. Este tipo de medida no debería durar en ningún caso más de seis días, (Art. 286 C.P.P.).

La prisión preventiva, es otro estado de privación de libertad que sólo un órgano jurisdiccional puede dictar, durante la sustanciación del proceso y cuando se le atribuye al acusado un delito sancionado con pena privativa de libertad mayor de 3 años y ha recaído sobre él un auto de procesamiento, basado en un juicio de probabilidad de que el delito se cometió y que el acusado es su presunto autor. Apoyada esta medida además, cuando haya un

peligro de fuga, de comisión de otros delitos, o cuando se trate de concurso ideal o material (Art. 291 C.P.P). Lamentablemente no hay disposición expresa en cuanto al máximo de duración de esta medida, aunque si nos atenemos a la duración del proceso tal y como está previsto en el Código Penal, no debería exceder de seis meses (Art. 199 C.P.P.).

Ninguna de estas medidas son en sentido estricto una pena, aunque tienen en común con ésta, que se trata de limitaciones a la libertad física y se fundamentan en otros fines de tipo procesal, como asegurar la presencia del acusado, o evitar que se pongan obstáculos a la averiguación de la "verdad real".

Sin embargo, por afectar un valor fundamental como es la libertad, debería privar el principio de intervención mínima, es decir, sólo aplicar este tipo de medidas en casos extremos y cuando es indispensable. Siempre con las garantías y derechos para el acusado de poder oponerse a la pretensión de este tipo de privación de libertad. Así como controles jurisdiccionales contra las medidas dictas por la policía o el Ministerio Público y controles jerárquicos en instancias superiores cuando es decretada la privación de libertad por una autoridad judicial.

La prisión como pena, es decir la sanción que recae después de un proceso y en donde se encontró culpable al acusado, ocupa el primer término en el catálogo general de las penas establecidas por el Estado Moderno. Aunque desgraciadamente no podemos ignorar que la pena de muerte se mantiene vigente aun en muchos Estados [5]. En Costa Rica la pena de prisión está prevista en el artículo 51 del Código Penal y tiene un máximo de duración de 25 años.

Tradicionalmente se ha definido la pena de prisión, como una limitación o privación de la libertad de movimiento, que se realiza bajo un régimen de disciplina obligatoria, en donde el preso no puede disponer por sí mismo del lugar de residencia o disposición del tiempo, sino es de acuerdo al sistema penitenciario en que se encuentra ubicado [6]. No obstante, no sería realista limitar el contenido de la pena de prisión a la exclusiva privación de la libertad. Lo cierto es, que otras importantes libertades y derechos son privados o limitados en la aplicación de una pena de prisión, tales como la libertad de expresión, de reunión, de manifestación, y sexual, así como los derechos civiles, económicos, familiares y políticos, se ven seriamente afectados por una pena de prisión.

Ni el Código Penal Costarricense ni el Alemán entran a definir la pena de prisión, sino que sólo se limitan a establecer la duración de la pena ambos, mientras que el primer cuerpo legislativo, le establece expresamente un fin o una meta, la "acción rehabilitadora" (Art. 51 C.P.).

La pena privativa de libertad en la R.F.A., desde la reforma de 1975 ha adquirido ciertos aspectos que la peculiarizan y que aquí resumimos. El parágrafo 38 del StGB establece una pena limitada a un máximo de 15 años, siempre y cuando la ley no establezca una pena privativa de libertad perpetua [7].

Un aspecto importante que caracteriza a la pena privativa de libertad en la R.F.A. es el rango legal que desde el primero de enero de 1977 tiene la ejecución de las penas, con la entrada en vigor de la "Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad y de Medidas de Seguridad y Corrección Privativas de Libertad" (StVollzG). Entre algunas novedades que podemos indicar por el momento en esta Ley de Ejecución (StVollzG) tenemos que el legislador ha situado en un importante rango la ejecución terapéutica (§ 2 StVollzG). Se introdujó siguiendo el modelo francés e italiano, el Tribunal de Ejecución de Penas, con su correspondiente proceso, que es la autoridad que toma las decisiones más importantes relacionadas con la ejecución de la pena privativa de libertad. Esta ley regula detalladamente la planificación de la ejecución (§ 5 y ss StVollzG), así como establece importantes disposiciones en materia de derechos y obligaciones de los reclusos (§ 108 y ss StVollzG).

El último paso en la reforma penal de las sanciones fue dado recientemente. Desde el primero de enero de 1985 funcionan en la R.F.A. los llamados Establecimientos Sociales Terapéuticos, como una modalidad de la ejecución, especializados en el tratamiento de ciertos tipos de delincuentes. Estos establecimientos ya venían funcionado desde 1969 en Hamburgo y en Baden-Würtemberg y en algunos otros estados federales de la República, siguiendo el modelo de establecimiento danés y holandés, pero sólo a manera experimental o como centros pilotos [8].

Con la promulgación de la Ley de Ejecución Penal y la entrada en vigor de los Establecimientos Sociales Terapéuticos, la R.F.A. concluyó una importante etapa en la reforma del Derecho Penal. Actualmente la justicia penal alemana descansa en tres columnas legislativas modernas, el Derecho Penal Material, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal [9].

En Costa Rica el panorama presenta características diferentes. Ni el actual Código Penal (1970) ni el que regía anteriormente (1941) establecen la pena de prisión perpetua. Expresamente la Constitución Política (7/11/1949) en el artículo 40 prohíbe este tipo de penas y cualquier clase de tratamiento cruel o degradante, contrario a la dignidad humana. La duración máxima de la pena de prisión es de 25 años. Razones de tipo humanitario y la casi imposibilidad práctica de cumplir efectivamente largas penas de 40 años o más, motivaron al legislador a limitarla en 25 años [10].

La ejecución de las penas privativas de libertad en Costa Rica no tienen rango legal. Se encuentran disposiciones relacionadas con la ejecución en diferentes cuerpos legislativos, como el Código Penal, el Código Procesal Penal, otras leyes de tipo administrativo, así como algunos reglamentos, consultas y comunicaciones internas de los órganos encargados de la ejecución. Sin que hasta la fecha exista un cuerpo legislativo que regule todas las vicisitudes de la ejecución de la pena privativa de libertad.

No se encuentra previsto en el Código Penal Costarricense ni como pena ni como modalidad de ejecución, los Establecimientos Sociales Terapéuticos. La pena privativa de libertad se ejecuta en Centros especializados de Detención, generalmente diferenciados por recluir internos condenados y en prisión provisional o preventiva. En los Centros en donde se encuentran esta última categoría de internos, también se encuentran los contraventores o detenidos por faltas leves, según el binomio establecido por el Código Penal actual de Delitos y Contravenciones.

Costa Rica como la R.F.A. y en general siguiendo el movimiento internacional de reforma penal, promulgó dos importantes Códigos [11]. El Código Penal de 1970, que entró en vigencia dos años después, así como el Código Procesal penal de 1973 que entró a regir a partir del primero de julio de 1975. Como vemos también Costa Rica tiene dos nuevos cuerpos legislativos penales, uno que regula el Derecho Penal Material y otro el Derecho Procesal Penal, sin embargo en el campo del Derecho de Ejecución Penal, todavía no se ha dictado un Código, quedando esta importante zona descuidada por el legislador.

2.2. La Multa

La otra sanción prevista por ambos Códigos es la pena pecuniaria o multa. En Costa Rica al igual que en Alemania Federal se ha impuesto el llamado sistema días multa, tipo Escandinavo que anteriormente explicamos.

La pena de multa se ha de fijar según el artículo 53 del Código Penal Costarricense de acuerdo con la situación económica del condenado, consiste en el pago de una suma de dinero que debe fijarse en días multas. El límite máximo es de trescientos sesenta días multas. Este Sistema de días multa se aplica no sólo en los delitos con este tipo de sanción prevista, sino también en las contravenciones y para cualquier ley especial que prevea una pena de multa (Art. 415 C.P.).

Si la multa no es cancelada dentro de los 15 días después que la sentencia quedó firme (Art. 510 C.P.P.), se convertirá en prisión, a razón de un día de prisión por día multa (Art. 56 C.P.). Aunque esa prisión por multa

no pueda exceder de un año, no resulta conveniente este tipo de alternativa prevista por el legislador costarricense, pues contraria la moderna tendencia de aplicar la pena de prisión sólo para casos extremos y de criminalidad grave y reducir las penas de prisión cortas [12]. Debe procurarse por el contrario hacer efectiva una pena de multa no cancelada, por otras alternativas menos gravosas para el condenado, como por ejemplo, una amonestación con reserva de pena, trabajos en favor de la comunidad, el arresto de fin de semana, y sólo dejar como última alternativa, ante el incumplimiento voluntario de las otras posibilidades, la pena de prisión.

Se preven en el Código Penal Costarricense facilidades de pago (Art. 54). La pena de multa impuesta puede también amortizarse mediante trabajos en favor de la administración pública o de la empresa privada. Este sistema de redención también se aplica a la pena de prisión. Para tal efecto un día de trabajo ordinario equivale a un día multa y cada dos días de trabajo ordinario equivalen a un día de prisión (Art. 55).

En la R.F.A la pena de multa en cuanto al aspecto dispositivo se encuentra más o menos reglamentado de la misma forma que en Costa Rica. Ambos países como ya dijimos siguen el sistema días multa tipo Escandinavo. En Alemania también consiste en el pago de una suma de dinero (§ 40 StGB), que se calcula por las condiciones económicas del autor, y que no puede exceder de trescientos sesenta días. Además, puede funcionar como una pena accesoria (§ 41 StGB) y la Corte puede autorizar el pago en abono (§ 42 StGB) y la pena de multa no cancelada puede convertirse en pena de prisión (§ 43 StGB) [13].

En lo que sí se diferencia Alemania Federal es en la aplicación de la pena de multa con relación a Costa Rica. Mientras en la R.F.A. la pena de multa ocupa el primer puesto, como resultado de un largo proceso que comenzó hace muchos años y que se aceleró considerablemente con la introducción del sistema días multa en el nuevo StGB de 1975. En Costa Rica la aplicación de la multa presenta un cuadro muy distinto. La pena privativa de libertad ocupa el núcleo central de la Administración de Justicia y no la multa, la cual ocupa un lugar secundario o accesorio. Los otros tipos de sanciones como el extrañamiento, inhabilitación e inhabilitación especial, tienen apenas algún significado.

Hagamos una comparación de la aplicación y otra de tipo normativo. En 1980 en la R.F.A. el 82.5% de todas las condenas consistieron en pena de multa y sólo el 17.5% en penas privativas de libertad, de las cuales no todas se ejecutaron pues cerca del 30% de estas penas privativas de libertad se suspendió su ejecución. En 1986 en este país europeo el 81.5% de todas las condenas consistieron en pena de multa y sólo el 18.1% en penas de prisión. Dentro de esta última pena se concedió la condena de ejecución condicional

en un 68.3% de los casos. Se puede afirmar sin duda, que la pena privativa de libertad se ha convertido en "ultima ratio" de la política criminal, en la República Federal de Alemania [14].

En Costa Rica, en 1979 el 60% de todos los casos se condenó con pena privativa de libertad, en el 31% de los casos se concedió el beneficio de la ejecución condicional y el 29% sin ningún beneficio. Mientras que la pena de multa fue impuesta en el 39% de todos los casos. En 1987 se impuso la pena privativa de libertad en 75% de todos los casos, se concedió el beneficio de la condena de ejecución condicional en el 40% y sin ningún tipo de beneficio en 35%. Mientras que la pena de multa se impuso sólo en un 25% [15].

Si hacemos la comparación desde el punto de vista normativo, tenemos también diferencias. En el Código Penal Costarricense de todos los delitos previstos, el 71.64% son sancionados con pena privativa de libertad, 12.44% con pena de multa, el 11.58% con multa o privación de libertad y un 4.29% con multa y privación de libertad. Mientras que en la R.F.A. del total de delitos previstos, el 88% son sancionados con pena de multa o privación de libertad y tan sólo el 12 por ciento son sancionados sólo con pena privativa de libertad [16].

2.3. Penas que afectan derechos

En cuanto al otro tipo de penas que afectan derechos, el Código Penal Costarricense sigue una orientación muy diferente respecto al StGB. Las tiene de dos tipos, una de carácter absoluto y una parcial, las denomina, inhabilitación absoluta (Art. 57 C.P.), como pena principal y la inhabilitación especial (Art. 58 C.P.), como pena accesoria.

Como pena principal se puede imponer a un condenado, la pérdida de un puesto público, aún los de elección popular, y la incapacidad para obtener este tipo de cargo. Se le puede privar de los derechos políticos de elegir y ser elegido y prohibir ejercer una profesión, oficio, arte o actividad que desempeñe. En la esfera personal también se le puede incapacitar para ejercer la patria potestad, tutela, curatela, o administración judicial de bienes. Este tipo de pena se puede extender de un mínimo de seis meses a un máximo de doce años.

Como pena accesoria, es decir acompañada necesariamente por una de las penas principales, en especial, la pena de prisión o la multa. Se aplica privando o limitando uno o más de los derechos o funciones que se enumeran para la inhabilitación absoluta. Ejemplos de este tipo de penas accesorias se encuentra en el Código Penal, para funcionarios públicos, padres de familia, tutores, administradores, comerciantes, etc. [17].

En la R.F.A. como pena accesoria (Nebenstrafe) se encuentra sólo la prohibición de conducir vehículos (§ 44 StGB), puede ir acompañada de una pena de prisión como una pena de multa. Se aplica sólo para delito de tráfico o transporte y cuando se le considera al autor peligroso para la seguridad vial. Esta prohibición puede durar de uno a tres meses.

La privación de algunos derechos y funciones, tienen en la R.F.A. la característica de una consecuencia accesoria del delito, (Nebenfolgen). Consiste en la pérdida de la capacidad para trabajar en puestos públicos, de ser elegido y el derecho a votar (§ 45 StGB). Estas consecuencias se aplican contra quien haya sido condenado por delito con privación de libertad por un año y tiene como duración un máximo de cinco años, la pérdida de la capacidad de desempeñarse como empleado público y el derecho de elegir y ser elegido en elecciones públicas.

2.4. Otro Tipo de Penas

Tanto en la R.F.A. como en Costa Rica no está permitida la expulsión del territorio nacional para nacionales, ni tampoco se permite su extradición. Mientras para extranjeros la situación es diferente. En Costa Rica se ha previsto la posibilidad de expulsión (Extrañamiento, Art. 52 C.P.), como una pena principal y ocupa el segundo lugar en el orden establecido por el Código Penal, aunque desde luego no en importancia. Es aplicable únicamente contra extranjeros y consiste en la prohibición de ingresar al país, durante el tiempo de la condena, que puede extenderse de seis meses a diez años. En Alemania también está prevista la expulsión de extranjeros, aunque no como pena, sino como disposición administrativa.

No existe la pena de muerte en ninguno de los dos países. En la R.F.A. fue abolida mediante la Ley Fundamental (1949) y expresamente la prohíbe en el artículo 102. Mientras que en Costa Rica fue proscrita desde hace más de 100 años y la actual Constitución (1949), declara la vida humana inviolable, en el artículo 21. Lamentablemente cada vez que en algún país (Costa Rica no es la excepción) aumenta la criminalidad o aparecen amenazas para el orden o la seguridad del Estado, se oyen voces de quienes reclaman penas más severas, o "castigos ejemplificantes" con una rigurosa ejecución. No faltan los que invocan la Pena de Muerte, desconociendo o ignorando, que en ningún país en donde todavía se aplica este tipo de pena, se ha producido ningún efecto disuasorio ni mucho menos la desaparición del crimen. La tarea, difícil desde luego, es buscar métodos para prevenir el delito, disminuir la reincidencia, de una manera eficaz pero humana [18].

3. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

3.1. El sistema Dualista

Tanto el Código Penal Costarricense como el StGB establecen un sistema dualista de sanciones, al contemplar la posibilidad ambos códigos de imponer las llamadas Medidas de Seguridad cuando no se pueda aplicar penas o éstas no sean suficientes.

Este tipo de medida nació como consecuencia de la llamada crisis de las penas y tienen su antecedente en el Código Penal Suizo de 1893. El valor que está en juego es la seguridad general, como un requerimiento irrenunciable de la sociedad, que considerara tanto más ineficaz el sistema de penas cuanto menos logre la erradicación de la delincuencia en general y en particular la reincidencia. Estas medidas son en principio indeterminadas lo que las diferencias en general de las penas de prisión y se puede aplicar tanto a los imputables como a los llamados inimputables. En la ejecución, la diferencia con la pena de prisión, que también puede ser perpetua, es muy poca, ambas penas son igualmente aflictivas y afectan el valor fundamental de la libertad.

Estas medidas teóricamente no son penas por lo que no están sometidas al principio de culpabilidad, sino al principio de proporcionalidad, es decir, deben fijarse según la naturaleza del delito cometido y de los que cabe esperar cometa el autor en el futuro.

3.2. El Carácter Obligatorio y Facultativo

En Costa Rica, para el juez la utilización de este tipo de medidas tiene en unos casos carácter obligatorio y para otros es facultativo imponer este tipo de sanción. Tiene carácter obligatorio (Art. 98 C.P.) en todos los casos de inimputables declarados, enfermos mentales, delincuentes habituales o profesionales. También en los casos de prostitución, homosexualismo, toxicomanía o alcoholismo, siempre y cuando tales conductas tengan el carácter de habituales y determinen la comisión del delito.

Curiosamente el C.P. (Art. 98/4) ha previsto como obligatorio la imposición de una medida de seguridad, para el caso cuando a pesar de haberse cumplido la pena, el Juez estime que ha sido ineficaz para la readaptación del condenado. En los primeros casos señalados el C.P. ha mezclado tipos de conductas irregulares muy diferentes entre sí, que responden a causas heterogéneas. El proceder debe ser especial para cada caso. Un enfermo mental declarado inimputable, no se puede comparar con

un homosexual o un toxicómano. Para el otro caso, el poder mantener o imponer una de estas medidas, después de cumplida la pena, resulta desde toda perspectiva inconveniente y peligroso. Nos parece correcta la apreciación ya hecha de inconstitucional de esa disposición [19]. ¿Cómo y de qué forma se puede determinar que una persona está readaptada y cuándo no? La ineficacia de la readaptación se puede haber a las instituciones penitenciarias y no al recluso. Además, ¿cuáles serían los límites de la readaptación y qué se quiere manifestar con este término?

Es facultativo para el Juez, cuando se trate de personas mayores de 17 años y menores de 21 años, siempre y cuando este tipo de medida pueda contribuir a la readaptación social de condenado. En este caso nos parece, en lugar de agravar la sanción y convertirla más aflictiva, sería más correcto, por tratarse de jóvenes en una evidente etapa de formación y quizás no con una conciencia clara de responsabilidad y naturaleza de los actos, buscar otra alternativa de sanción, con la misma orientación de las medidas tutelares para menores.

Para la imposición de una medida de seguridad, en todos los casos, en Costa Rica, es indispensable y tiene carácter obligatorio como requisito legal, el Informe del Instituto Nacional de Criminología, sobre la posibilidad que el sujeto vuelva a delinquier (Art. 97 C.P.).

La imposibilidad práctica de rendir tal dictamen en la magnitud que lo exige la ley, resulta evidente. El pronosticar la conducta futura en cualquier clase de persona es a todas luces aventurero y arriesgado. La pronógsis es una de las zonas más oscuras del conocimiento humano, más oscuras del conocimiento humano, más tratándose de conductas irregulares o "anormales" como son el delito [20].

Las Medidas de Seguridad Previstas en el Código Penal Costarricense son de tres tipos [21]: Curativas, de Internación y de Vigilancia. Las Medidas tipo curativas, consisten en el ingreso a un Hospital Psiquiátrico o establecimiento de tratamiento especial y educativo. Tienen una duración indeterminada. Las de internación consisten en el ingreso a una Colonia Agrícola o de Trabajo y no pueden ser superior a 25 años. Las de vigilancia, son la libertad vigilada, la prohibición de residir o frecuentar ciertos lugares y no pueden durar más de diez años (Art. 100 C.P.). Consequentemente, a pesar que el Código establezca como límite de la pena de prisión 25 años, por la vía de las medidas de seguridad tipo curativo, puede legalmente convertirse en una pena privativa de la libertad indefinida. Aunque tal medida claramente contraria la Constitución Política, que prohibe este tipo de penas, así como cualquier tratamiento degradante o humillantes de la dignidad humana (Art. 39 C.P.).

En la práctica judicial la imposición de este tipo de medidas es muy infrecuente. Para los años 1977 del total de penas (4484), 43 correspondieron a Medidas de Seguridad, igual comportamiento tuvo el año siguiente en 1978 del total de penas dictadas en el país (4546) sólo 49 fueron Medidas de Seguridad. En ambos casos corresponde aproximadamente a un 1,0% [22]. Para 1987, el panorama se ha mantenido igual, del total de sentencias condenatorias (6373) sólo 28 correspondió a Medidas de Seguridad, lo que corresponde a un 0.43% de total de penas [23].

Este poco uso práctico se debe en primer lugar a razones de legalidad, sobre todo de orden constitucional. A la falta frecuente de los dictámenes del Instituto Nacional de Criminología. Así como, a razones de tipo material. El país no cuenta con Instituciones especializadas en este tipo de tratamiento, como centros sociales terapéuticos, o de desintoxicación, consecuentemente tampoco con personal calificado suficiente, sumados a los problemas de tipo financiero, hacen que estas medidas en la práctica tengan poco uso.

3.3. Medidas Internativas y Ambulatorias

El StGB en la República Federal de Alemania, también ha incluido este tipo de medidas, aunque las denomina en forma diferente, como Medidas de Mejoramiento y Seguridad (§ 61 StGB) (24). Aunque no hay ninguna distinción en la ley entre medidas de mejoramiento y de seguridad, sino más bien, en Medidas de Internación, que pueden ser: En un hospital psiquiátrico, en un establecimiento de privación o bajo custodia en seguridad. Y medidas que no privan la libertad o ambulantes como son: la vigilancia de conducta, la privación del permiso de conducir y la prohibición para ejercer una profesión u oficio.

Las medidas de seguridad tipo internativas, se fundamentan por un lado en razones de prevención general de la comunidad y por otro en criterios de peligrosidad del autor. El pronóstico negativo de conducta en el futuro tiene un rol importante, y se pretende por medio de estas medidas, que no son penas, por lo que no están sometidas al principio de culpabilidad, evitar la comisión de nuevos delitos.

El Internamiento en un hospital Psiquiátrico (§ 63 StGB) se decide por la comisión de un hecho antijurídico (§ 11) cuando el autor es incapaz de culpabilidad (§ 20 StGB) o tiene una capacidad disminuida (§ 21). Por lo que no es posible la imposición de una pena o bien ésta no es suficiente para los efectos de la prevención general.

La Medida de Internación en un Establecimiento de Privación (§ 64 StGB) tiene además, como finalidad el mejoramiento y la corrección, se

aplica a alcohólicos y toxicómanos que han cometido hechos antijurídicos relacionados con sus vicios y han sido condenados o bien no han podido serlo por faltarles la capacidad de culpabilidad. Además, se consideran peligrosos para la comunidad y deben ser sometidos a tratamientos especiales, en Centros de desintoxicación por ser bebedores o drogadictos habituales. La duración máxima es de 2 años.

La Internación bajo Custodia en Seguridad (§ 66 StGB), se aplica para delincuentes habituales y peligrosos. Se exige para la imposición de esta medida que se haya cumplido previamente una pena o medida privativa de libertad que haya durado por lo menos 2 años. Además, el nuevo delito por el que se le impone esta medida, tiene que estar sancionado por lo menos con pena privativa de la libertad de 2 años. El plazo máximo de duración es de 10 años.

Este tipo de medidas puede ser controladas por el Tribunal (§ 67e StGB), por lo menos cada seis meses, para los casos de internamiento en un Establecimiento de Privación, cada año cuando se trata de un Hospital Psiquiátrico, y cada dos años para los casos que se encuentran bajo Custodia en Seguridad. La ejecución de la medida puede ser suspendida, en el momento que resulte favorable según la prognósis social. Importante es, que una vez transcurrido el plazo máximo establecido por la ley para este tipo de medida, debe ponerse en libertad al interno, independiente de los resultados, es decir, se haya o no logrado el fin que se buscaba con la medida de internamiento (§ 67d StGB).

En cuanto a las medidas no privativas de libertad o ambulatorias, tenemos como primera la *Vigilancia de conducta* (§ 68 StGB), que consiste en un control de comportamiento a quien ha cometido un delito y haya cumplido una pena privativa de libertad, como mínimo de seis meses y se le considera peligroso con una prognósis social desfavorable. Se aplica para los casos que dado su pronóstico negativo no pudieron conseguir la libertad condicional. Se trata por ejemplo, de la obligación de reportar cualquier cambio de domicilio o trabajo, la prohibición de visitar ciertos lugares o juntarse con ciertas personas. La duración de esta medida tiene como mínimo dos años y como máximo 5 años, aunque el tribunal puede acortarla (§ 68c StGB).

La Privación del Permiso de Conducir, tiene como finalidad la seguridad en el tráfico y se aplica cuando se ha cometido un delito, y está relacionado con la conducción de un vehículo auto-motor. Es la medida que con más frecuencia utilizan los tribunales. La ley exige para imponer esta medida, que se compruebe una falta de actitud, que se refiere a defectos corporales, psíquicos y poca habilidad en la conducción, (§ 69 StGB). La duración de esta medida es de 6 meses a 5 años e incluso puede ser decretada en forma indefinida (§ 69a StGB).

La Inhabilitación para Ejercer una Profesión o un Oficio, (§ 70 StGB), tiene como finalidad proteger a la sociedad contra aquellas personas que ejerciendo una profesión u oficio constituyen un peligro para aquella. Se aplica a todo aquel que ha cometido un delito abusando de su profesión u oficio y faltando a sus deberes profesionales que le corresponden, aún cuando se cometa por imprudencia. La decisión depende de la valoración del tribunal, el cual debe tomar en cuenta el grado de probabilidad de que se cometan nuevos delitos y el peligro para la comunidad. La duración de la medida es de un año a cinco años, al igual como puede decretarse en forma definitiva, también puede ser suspendido su cumplimiento (§ 70a StGB).

En cuanto a la práctica judicial, el uso de estas medidas al igual que en Costa Rica, en la R.F.A. tienen poco uso, sobre todo las llamadas de Internación. En 1986 del total de penas (699402) sólo en 980 casos se impusieron medidas de seguridad tipo internativas, que representan tan sólo un 0.14% [25].

Las medidas de seguridad tipo internativas de plazo indefinido están bastante desprestigiadas. Sólo nos interesa resaltar que tal tipo de medida no tiene ninguna justificación en el estado democrático de derecho. Tal y como están planteadas tanto en Costa Rica como en Alemania son un atentado a los Derechos Humanos. Una peligrosa arma de dominación ideológica y sujeción de la persona, más en Estados, como los latinoamericanos, que se han caracterizado históricamente por su inestabilidad social y política. La privación de la libertad, de cualquier forma que se le llame, no puede estar basada en criterios inciertos como la prognósis. El criterio fundamental debe ser el principio de culpabilidad y la mayor proporcionalidad entre el hecho cometido y la pena impuesta.

4. MAYORIDAD Y MINORIDAD PENAL

4.1. Principios Generales

El Derecho Penal se puede enfocar en diferentes formas, una de ellas es la que lo divide en Derecho Penal de mayores y Derecho Penal de menores. La misma división nos orienta al centro de interés del Derecho Penal, el delincuente, y la determinación de la responsabilidad de sus actos. Este último aspecto se presenta como problemático, pues ¿desde cuándo un sujeto es plenamente responsable de sus actos? y ¿cómo medir con propiedad y para cada caso concreto la responsabilidad del individuo?[26].

La solución que el Derecho Penal ha dado a este problema es muy variada. Se han buscado diferentes criterios como el de capacidad, madurez,

inteligencia, pero el que predomina es el criterio de la edad, para decidir cuando una persona es responsable de sus actos y consecuentemente, acreedor de una pena y clasificado en el Derecho Penal de mayores, o por el contrario, sin responsabilidad penal, sino que sujeto a un derecho especial de menores y teóricamente no susceptible a ser penado. La determinación de la edad no ha sido uniforme, todo lo contrario prevalece la variabilidad, que va generalmente desde los 14 años hasta los 21 años de edad [27].

4.2. Antes y Después de 17 años de edad.

En Costa Rica el Código Penal (Art. 17), con relación a la aplicación de la ley por razón de la materia, define a que personas y a partir de cuando (17 años) se aplica la Ley Penal. Es decir, el Código Penal vale para toda persona que al momento de cometer el hecho antijurídico, sea mayor de diecisiete años. Este artículo establece una frontera para la aplicación de las sanciones ahí previstas. No estableciendo ninguna diferencia de trato por razón de la edad, ni atenuantes ni agravantes pará la interpretación o aplicación de las penas.

Con la sola excepción del Art. 99, que permite la aplicación de una medida de seguridad, a los mayores de 17 y menores de 21 años, cuando tal medida pueda ayudar a su readaptación social. No se encuentra en el Código Penal Costarricense, el criterio de la edad para la elección de la pena, su duración y modo de ejecución. Sólo sería posible tomar en cuenta ese criterio, con una interpretación global del inciso c) del Art. 71 e incluirlo dentro de las demás "condiciones personales del sujeto activo...".

En Costa Rica, quien no haya alcanzado los 17 años y se encuentra acusado de haber participado en la comisión de un hecho antijurídico, debe ser tratado de acuerdo a las reglas establecidas por una ley especial, denominada "Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores", (No. 3260 del 21 de diciembre de 1963). Esta Ley fue dictada en una época de organización del derecho de menores en América Latina [28]. Tienen una inspiración en los tradicionales principios de prevención, peligrosidad y defensa social [29].

El presupuesto para aplicación de esta ley (aparte de la edad), es que el menor se encuentre en "peligro social". Se considera que está en tal situación, cuando se le acusa de haber participado en la comisión de un hecho antijurídico. El significado del proceso en el Derecho Penal de menores en Costa Rica, como en la mayoría de países latinoamericanos, es eminentemente proteccionista. Este principio no se encuentra sólo en las leyes de menores sino que desciende de la Constitución Política como es el

caso de Costa Rica (Art. 51 C.Pol.). Por eso, se trata de buscar forma de protección (tutela) a favor de los menores y jóvenes, sus actos no se ven como delitos y las sanciones tampoco como penas, sino como "medidas tutelares" [30].

El catálogo de medidas tutelares que tiene el Juez para imponer a un menor son las siguientes: Amonestación, Libertad Asistida, Depósito en Hogar Sustituto, Colocación en Trabajo u Ocupación, Internamiento, y cualquier otra que el Juez considere conveniente para el menor. Los principales criterios que deben guiar al Juez, para decidir el tipo de medida tutelar son, las circunstancias del hecho que se le atribuye al menor, su personalidad y el medio social en que se desarrolla.

La duración de la medida depende de los resultados que se obtengan de ella, aunque consideramos no podría exceder del tiempo cuando el menor alcance la mayoría de edad penal, es decir 17 años. En cuando a la aplicación de las medidas tutelares, del total de casos resueltos (834) por el Tribunal Tutelar de Menores de San José en 1982 se impusieron 288 amonestaciones que corresponde a un 34,5%. Mientras que se decidió con Internamiento en un Centro de Reeducación en 85 casos que corresponde a un 10,2%. En 1985 del total de casos resueltos (530) se escogió la amonestación en 242 casos que corresponde a un 45,7% y por el internamiento en 43 casos que corresponde a un 8,1% [31].

Para la ejecución de las medidas tutelares de internación, se aplica un Reglamento Especial Sobre el Tratamiento de Menores (No.12813-J del 24/7/1981), que tiene como finalidad la reincorporación social de los menores a través de un tratamiento que comprende tres niveles: individual, grupal y comunal. Además, incluye servicios pedagógicos, capacitación laboral y actividades deportivas y culturales.

El Derecho Penal de menores en América Latina está plagado de todo tipo de injusticias. Problemas sociales como son el abandono, la mendicidad, el desempleo, son convertidos en problemas legales de tipo penal. La ideología del "peligro social" y de las "medidas" son un atentado a los derechos del niño y del joven. La clientela de los Tribunales Tutelares es una minoridad marginada y estigmatizada, atrapada en los conflictos sociales y económicos de la sociedad. Contradictoriamente, todas las legislaciones de menores (también de adultos) proponen lo que no puede cumplir, la reincorporación social del menor. Con instituciones arquitectónicamente anticuadas, enormes problemas financieros, escaso personal para un buen tratamiento resocializador (como por ejemplo Trabajadores Sociales, Sociólogos, Psicólogos, Psiquiátras, Abogados, etc.) y sin apoyo a la familia, las posibilidades de éxito son muy pocas [32].

4.3. Entre 14 y 21 años de edad

La situación en la República Federal de Alemania, se presenta desde todo punto de vista muy diferente con relación a América Latina y en especial con Costa Rica. Para la determinación de cuándo y cómo debe aplicarse una sanción, *no sólo* el criterio de la edad del autor tiene importancia, sino que juega un importante rol los criterios de edad emocional y el grado de madurez.

La razón de lo anterior se fundamenta, en que la fijación de una determinada edad es incierto y ese sólo aspecto poco nos dice del desarrollo emocional o mental de un individuo. El criterio de la edad debe participar junto con otros estudios de la personalidad del autor, para saber si realmente reconoce el carácter de sus actos. Es decir se trata de comprobar no sólo la edad cronológica sino mental y emocional del menor. Esto es un presupuesto fundamental para la determinación de responsabilidad penal.

El Sistema Penal Alemán ha establecido dos claras fronteras por razón de la edad, entre 14 y 21 años. Abajo de los catorce años, para el derecho penal, nos encontraríamos ante una falta de capacidad para ser culpado y sobre los veintiún años, existe, mientras no se pruebe lo contrario, una presunción de capacidad y consecuentemente la posibilidad de ser culpado. Quedando una zona de siete años que el legislador alemán la ha dividido en dos partes, con dos categorías diferentes de individuos.

La pauta nos da la Ley Penal Juvenil (JGG de 1974) en la parte del ámbito de aplicación, parágrafo 1, cuando establece la diferencia entre jóvenes/menores (Jugendlicher) quienes al momento del hecho tengan más de 14 pero no aún 18 años de edad, y los jóvenes/adultos (Heranwachsender) los que tengan 18 pero aún no los 21 años de edad. Establecida estas dos categorías corresponde al Juez de Menores decidir cuál tipo de sanción aplica según considere al sujeto con responsabilidad o sin ella.

Tratándose de Jóvenes/Menores, la ley Penal Juvenil se aplica siempre y se considera penalmente responsable si al momento de los hechos tenían suficiente desarrollo moral y mental para reconocer el carácter ilícito del hecho. Si se comprueba que no tenían esta capacidad, el caso se resuelve tratando al sujeto como un inimputable. Como resulta obvio, no existe un procedimiento para medir la madurez ni mucho menos "la suficiente madurez". El problema no es nuevo y las discusiones e interpretaciones son muy variadas [33].

Si se considera al Joven/Menor responsable de un hecho antijurídico, se le pueden imponer sanciones como consecuencias del hecho [34], que son de tres tipos: *Medidas Formativas*, (imposición de instrucciones, asistencia formativa, y formación correctiva obligatoria), *Medidas Disciplinarias* (amonestación, obligaciones de reparaciones y arresto juvenil) y *Pena Juvenil* (internamiento) (§ 5 JGG).

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

En cuanto a la duración de las medidas, las de tipo formativo no pueden durar más de 2 años, (§ 11 JGG), y el arresto juvenil no puede exceder de cuatro semanas, (§ 16 JGG). La pena juvenil tiene una duración de seis meses a cinco años, aunque para casos graves puede durar hasta 10 años (§ 18 JGG). Para esta última sanción procede el beneficio de la ejecución condicional, cuando la sanción no haya sido mayor a un año, (§ 21 JGG).

Aparte de estas consecuencias del delito, se puede imponer a un Joven Menor encontrado responsable del hecho, Medidas de Mejoramiento y Seguridad de las previstas en el Código Penal y antes comentadas (§ 61 StGB). Como la internación en un hospital psiquiátrico, en un establecimiento de privación, la vigilancia de conducta, y la privación del permiso de conducir (§ 7 JGG).

La ejecución de las medidas estacionarias (arresto juvenil o pena juvenil), se lleva a cabo en Centros de detención especializados y tienen como finalidad la misma que para los adultos, el ser capacitado para llevar una vida futura ajustada a la ley y con responsabilidad. Esa capacitación se busca por medio del trabajo, orden, cultura y ocupaciones sensatas en el tiempo libre (§ 90 y ss JGG).

Cuando se trata de Jóvenes/Adultos, que han cometido un hecho antijurídico, puede el Juez aplicar las sanciones previstas para los Jóvenes/Menores, sólo cuando del estudio de la personalidad del autor y del medio ambiente en que se desarrolla al tiempo del hecho cometido, no hubiere sobrepasado una evaluación moral o mental equivalente de un Joven Menor. Así como cuando se trate, según el modo, circunstancias o móviles del hecho, de un delito de Jóvenes/Menores (§ 105 JGG).

A causa del hecho delictivo o por razones del desarrollo emocional, puede aplicarse al Joven/Adulto, el derecho penal general, aunque en forma atenuada y por el mismo Juez Juvenil (§ 106 y 108 JGG). En lugar de prisión perpetua, debe declararse una pena privativa de libertad de diez a quince años. Tampoco se decreta la pérdida de su capacidad para desempeñarse en cargos públicos y obtener derechos por medio de elecciones públicas (§ 106 JGG).

5. LA POLITICA CRIMINAL

5.1. Limitación Conceptual

Bajo el concepto Política Criminal se cubre una gama de variados contenidos, llena de diferentes interpretaciones, ideas y teorías. Vamos a limitarnos en esta sección a los fines de la Política Criminal en materia de sanciones y concretarnos por su importancia a la pena privativa de libertad.

De todos los diferentes métodos de control social que posee el Estado moderno, el Derecho Penal es el último y más severo medio coactivo del que dispone para garantizar el orden jurídico. De ahí que por medio del Derecho Penal sólo deben protegerse los bienes jurídicos que no pueden ser suficientemente tutelados por otros medios legales. Cuando sobrevienen conductas que lesionan o ponen en peligro esos bienes, el Estado reacciona imponiendo las penas que previamente ha establecido.

La función de la pena desde esta perspectiva es la de garantizar la prevención general. Es decir, la pena actúa como la afirmación del orden jurídico establecido, para satisfacer la necesidad de seguridad en la sociedad [35]. Dada las limitaciones y posibilidades del hombre, la pena no persigue la realización de justicia como tal, pues es tarea que debe buscarse por otros medios y si se insiste en buscar la justicia por medio de la pena se fracasará ineluctablemente.

La retribución ya no es el fin de la pena. La función del Juzgador hoy consiste en elegir la clase y medida de sanción menos grave para el autor en los límites de su culpabilidad (principio fundamental), y fomentar en lo posible su inserción social, en vez de debilitarla o destruirla (principio teleológico).

La pena privativa de libertad efectivamente ejecutada es actualmente "ultima ratio" de entre todos los medios de sanción penal. Debe reservarse básicamente para autores de delitos violentos, sujetos peligrosos, delitos con resultado particularmente grave y para los reincidentes contumaces, porque tampoco el Estado puede renunciar a castigar [36]. Para todos los demás casos, se impone aplicar otras alternativas y la más importante hoy en día es la multa, aunque se debe buscar otras sustitutos, como por ejemplo, el arresto de fin de semana, el trabajo a favor de la comunidad, la libertad vigilada, o cualquier otro ensayo menos gravoso [37].

¿Cuáles de estos postulados de Política Criminal y bajo qué aspecto han sido adoptados por las legislaciones en comentario?

5.2. Un Derecho de Culpabilidad

En la R.F.A. fueron necesario trece años de discusión para que se aprobara la nueva parte general del Código Penal. Desde que se presentó al Parlamento el llamado "Proyecto Alternativo" (1966) y la síntesis de ambos proyectos que tuvo lugar entre 1966 y 1969, hasta que entró en vigencia el primero de enero de 1975 [38].

La nueva orientación del Código Penal Alemán que guía la Política Criminal en materia de sanciones son dos principales básicos: Primero, el

menor uso posible de la pena privativa de libertad y segundo, el principio de culpabilidad como fundamento de determinación de la pena [39].

El primer principio se expresa en la casi desaparición de las penas privativas de libertad de tiempo corto (menos de 6 meses) y la utilización de este tipo de pena como "ultima ratio". Sólo se aplica por razones de culpabilidad, para incidir sobre el autor (prevención especial) o para la defensa del orden jurídico (prevención general), según lo dispone el parágrafo 47 del StGB [40].

El segundo principio básico, la culpabilidad como fundamento de determinación de la pena, está expresamente regulado en el § 46 inciso primero del StGB. Es entendido de la siguiente manera: La pena sólo puede fundamentarse en la constatación de que se pueda reprochar al autor la acción que ha realizado. La pena presupone la culpabilidad de tal forma que quién actúa sin ella no puede ser penado. Además, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad. Por consiguiente, no hay responsabilidad material o objetiva, ni la pena puede exceder, por ninguna razón (seguridad pública, peligrosidad social) los límites de la culpabilidad. Es claro que el poder punitivo del Estado encuentra una frontera a través del principio de culpabilidad, por otro lado, funciona como una garantía del ciudadano ante cualquier abuso del poder estatal [41].

El parágrafo en comentario dice literamente: "La culpabilidad del autor es el fundamento de la determinación de la pena, el Juez deberá tener en cuenta también los efectos de la pena en la vida futura en sociedad del sujeto". De lo anterior podemos concluir dos importantes ideas. La culpabilidad del autor debe compensarse mediante una pena adecuada al fin de asegurar la prevención general y el fin de la pena es actuar también sobre la personalidad del autor, para evitar que delinca de nuevo (prevención especial). Consecuentemente, cualquier pena incompatible con la clase y grado de culpabilidad vulnera la ley.

La pena no tiene un fin retributivo, por el contrario, se busca por medio de ella, la reincorporación social del autor para que en el futuro pueda llevar una vida sin cometer delitos, es decir un fin resocializador [42].

5.3. Un Derecho de Autor

En Costa Rica el panorama en cuanto a los fines de la Política Criminal en el campo sancionatorio no es tan claro como el explicado. Por un lado la C.Pol. Art. 39, de forma expresa, según nuestra opinión, establece el principio de culpabilidad para el derecho penal [43]. Veamos, este principio funciona como un límite del poder punitivo del Estado, por cuanto la pena

debe descansar en una sentencia firme dictada por autoridad competente. La culpabilidad es el fundamento de la pena, de tal forma que quien actúa sin ella no puede ser penado y de ahí, que se requiera su necesaria demostración, y por último, sólo se puede penar la acción que se reprocha como delito o falta. Por otro lado, no se encuentra en la Constitución ninguna norma que establezca fines o metas a las penas en general, ni en especial, a la pena privativa de libertad.

El Código Penal costarricense presenta una situación diferente al de la Constitución. No se encuentra en forma expresa el principio de culpabilidad, mientras que a la pena privativa de libertad se le atribuye un propósito, esto significa que debe ejecutarse de manera que ejerza sobre el condenado una acción rehabilitadora, (Art. 51 C.P.) [44].

Sin embargo, la culpabilidad ocupa un rol importante. El Código Penal en el Art. 30 ha establecido como presupuesto de la sanción, el haber cometido el hecho con dolo, culpa o preterintención [45]. No se puede afirmar que tenga la misma preponderante posición que en el Código Penal Alemán. El Art. 30 recoge el concepto de culpabilidad de la acción, el cual la expresa por medio del trinomio dolo, culpa o preterintención, de acuerdo a la clasificación prevista en el Código Penal tipo América Latina [46]. En la forma que está redactada la norma, no permite concluir que estemos frente a un derecho de culpabilidad, hay una aproximación pero no una declaración y si hacemos una interpretación global del Código, debemos afirmar que se trata más bien de un derecho de autor con un marcado énfasis en la pena privativa de libertad [47].

La impresición de nuestro Código Penal sobre este importante principio tiene explicaciones históricas. Su antecedente mediato, el Código Penal de 1941, tampoco le dio a este principio un tratamiento relevante [48]. Al igual que su antecedente inmediato, el Código Penal Tipo para América Latina (1962) [49], con una clara orientación defensiva de la sociedad, en donde predominaba el principio del autor, el tratamiento y la acción preventiva, en lugar del principio de culpabilidad como eje central del límite de la acción punitiva y la medida de la pena.

El actual Código Penal adolece de debilidades conceptuales en cuanto al principio de culpabilidad, convirtiéndose en un eventual peligro para los derechos del ciudadano, por cuanto, a simple vista pareciera que la culpabilidad no funciona como límite del poder punitivo del Estado, sino más bien, son los criterios de peligrosidad y las características del autor. De ahí, que resulte muy importante una correcta interpretación del art. 39 de la C.Pol. que funcionaría como un verdadero freno para cualquier sanción que exceda a la culpabilidad del autor.

En consecuencia, tal y como está previsto en la legislación costarricense, los criterios de peligrosidad social, presente o futura, seguridad pública, prevención general, no podrían servir de fundamento para la imposición de una pena privativa de libertad, sea prisión o una medida de seguridad, por cuanto vulneraría el principio constitucional de culpabilidad [50].

El criterio de peligrosidad y el de prevención general no deben ceder al de culpabilidad. Si bien es cierto el Juez a la hora de decidir la pena tiene un criterio gradual, por cuanto la conducta no se puede medir en forma exacta en proporción con la pena, su poder encuentra un límite que no puede exceder la culpabilidad y que debe orientarse según la pena menos gravosa y que posibilite la inserción social del condenado. Aquí entramos al tema del arbitrio judicial, que se mueve siempre entre la libertad y la vinculación legal del Juez para la determinación de la pena, que generalmente los tipos penales indican expresamente alternativas o conjuntas (penas privativas de libertad y/o multa). Ahondar en este tema será tarea para un trabajo posterior [51].

En cuanto al carácter teleológico de la pena privativa de libertad, el legislador costarricense lo ha establecido expresamente en el Art. 51 del Código Penal. ¿Por qué medios se ha de posibilitar la inserción social del condenado? Según el legislador, a través de una acción rehabilitadora [52].

Siguiendo los lineamientos del Movimiento Internacional de Defensa Social, el actual Código Penal, establece como meta de la pena privativa de libertad, un fin rehabilitador [53]. Nuestro legislador se inclinó por la utilización de este término, o el de "adaptación social", y "reincorporación social" [54]. Sin embargo, la doctrina denomina mayoritariamente "resocialización" a la meta de la pena privativa de libertad [55]. Estos términos tienen un claro origen sociológico que la ciencia penitenciaria ha incorporado [56].

Con el concepto resocialización se ha querido dar respuesta a los fines de la pena ya no sólo desde un aspecto puramente jurídico penal, sino a objetivos más amplios y abstractos si se quiere, pero sobre todo, un concepto que denote una orientación neutral y objetiva [57].

Conceptos como resocialización, reeducación o reincorporación social han permitido en el pasado y en el presente un elenco que pareciera inagotable de ideas, interpretaciones y orientaciones. Con tan variables contenidos que permiten estos conceptos, las reacciones no se han hecho esperar [58]. Diferentes posiciones desde las que consideran este objetivo como una ilimitada posibilidad de intervención del Estado en la vida privada del ciudadano, hasta las que consideran que el Estado no debe intervenir en este tipo de decisiones y reconocen un "derecho a no ser resocializado" [59].

Otras posiciones intermedias adoptadas por la mayoría, consideran la "resocialización" como un proceso que el Estado debe presentar al delincuente, como una oferta u opción que sólo este puede rechazar o admitir [60].

Todo este elenco de diferentes interpretaciones han favorecido que los órganos encargados de poner en práctica la meta de la resocialización no sepan con exactitud el verdadero contenido y cuáles son los límites de este proceso.

Lo cierto es que actualmente, tanto en el C.P. como en el StGB hay una tendencia humanizadora como fin de la Política Criminal en el campo sancionatorio. Pero este objetivo sólo se puede apreciar con plenitud en la práxis, es decir en la etapa de ejecución de las penas.

6. LA EJECUCION DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

6.1. Un Sistema Unitario

El Sistema Sancionatorio Alemán se caracteriza por su dualidad (penas y medidas de seguridad) aunque en la fase de la ejecución tienen un fundamento legal unitario. Esta situación se consolidó desde la entrada en vigor de la Ley de Ejecución Penal, (StVollzG) desde el primero de enero de 1977, cuyo principal antecedente, entre otros [61], fue la promulgación de la parte General del Código Penal.

La Ley de ejecución tiene aplicación en el ámbito de la pena privativa de libertad y de las medidas de seguridad tipo internativas. Regula en un sólo cuerpo legislativo el estado restrictivo de la libertad personal, sea en el ámbito de un Establecimiento Carcelario o en el de un Hospital Psiquiátrico o Establecimiento de Privación. El internamiento proviene en ambos casos de una sentencia condenatoria definitiva [62], la primera a pena privativa de libertad y la segunda a sujeción de una medida de corrección y seguridad detentiva.

Esta ley constituye la fuente principal del Derecho Penitenciario alemán, integra junto al Derecho Penal Material y el Derecho Procesal Penal, los tres pilares sobre los que descansa el Sistema de Justicia Penal, dándole autonomía a la ejecución de las penas y resaltando el carácter jurisdiccional de la ejecución [63].

La StVollzG tiene rango nacional y la organización de la ejecución depende de cada Estado (Länder), dentro de la estructura federativa de la R.F.A. [64]. Fue una idea básica con la promulgación de esta ley, unificar las prácticas de la ejecución, especialmente en el desarrollo de nuevos programas y experiencias de tratamiento [65].

Como fin de la ejecución la ley resalta la resocialización, (§ 2 StVollzG) [66]. Aunque expresamente no se menciona este término en ninguna parte de la ley, sino más bien, "capacitar al recluso para que pueda llevar una vida futura en responsabilidad sin delito", mayoritariamente la doctrina denomina resocialización a la meta de la pena privativa de libertad. No se trata simplemente de una inserción social del condenado, sino la posibilidad de buscar que el interno pueda ser capaz de llevar una vida, honesta, recta y útil, sin delinquir. Tarea sumamente compleja, que obviamente rebasa los límites del Derecho, por lo que se requiere un gran apoyo no sólo de los servicios sociales ordinarios del Estado, sino de toda la colectividad.

La StVollzG tiene una estructura organizativa de cinco secciones:

a) La ejecución de la pena privativa de libertad,
b) los derechos y obligaciones de los reclusos,
c) la ejecución de las medidas de mejoramiento y seguridad,
d) los tipos y organización de las instituciones de ejecución y
e) las disposiciones finales [67].

En total son 201 parágrafos, que corresponden a artículos según el Derecho costarricense.

La ejecución de la pena privativa de libertad se caracteriza hoy en día en la R.F.A. por la individualización y el tratamiento. La primera función se logra por medio de estudios investigativos sobre la personalidad del delincuente y las condiciones de vida del recluso. La investigación abarca las circunstancias cuyo conocimiento sea necesario tanto para el tratamiento en ejecución, como para la inserción social después de su puesta en libertad (§ 6 StVollzG). Con base en este estudio se traza la segunda función, el tratamiento, por medio de un Plan de Ejecución, todo lo cual se debe discutir con el recluso.

Este Plan de Ejecución debe contener por lo menos las siguientes medidas:

1) ¿En cuál régimen de internamiento se ubica al recluso (ejecución cerrada, abierta, terapéutica)?
2) Asignación de sección y de tratamiento.
3) Las medidas de formación profesional o de oficio.
4) Participación en actos formativos.
5) Medios especiales de asistencia o de tratamiento.
6) Medidas atenuantes de la ejecución.
7) Medidas necesarias para preparar la puesta en libertad.

Así como lo referente a la evaluación del tratamiento, nuevos estudios de la personalidad del recluso y los plazos para cada etapa del plan (§ 7 StVollzG).

Como una modalidad de ejecución esta ley prevee el tratamiento terapéutico y la internación del recluso en un Establecimiento de Terapia Social. Esta medida se aplica cuando por las condiciones personales del autor (peligrosidad) o por sus antecedentes (reincidentes) se considera que este tipo de tratamiento influirá en su resocialización [68].

La ley de ejecución no define los medios terapéuticos, por lo que se han considerado dentro de este concepto [69], como medios terapéuticos, tanto los que se conocen en sentido estricto, (terapia psico-analítica, del lenguaje, del comportamiento, del desarrollo, etc.) como cualquier tipo de permiso o salidas durante la ejecución (permisos para salir sin vigilancia, salidas a trabajar sin vigilancia, permiso de vacaciones, trabajo o de formación). El tratamiento social-terapéutico en los establecimientos existentes en la R.F.A. [70], no significa aún con más de 10 años de experiencia, el único método fijo de tratamiento, ni mucho menos un optimismo exagerado, se trata de una posibilidad, una opción que tampoco se ha querido desechar [71].

Uno de los aspectos interesantes de mencionar en la ejecución penal alemana, es la ejecución abierta y la apertura en general de la ejecución, a través de permisos para salir sin vigilancia, salidas a trabajar y vacaciones. La ley de ejecución ha fijado en forma pragmática la primacía de la ejecución abierta sobre la cerrada y ha definido legalmente los Establecimientos abiertos como "sin o con escasas medidas precautorias frente a las fugas" (§ 141). Más que una concepción estructural arquitectónica, que desde luego se distingue por esto, la ejecución abierta se diferencia de la cerrada, por una mayor posibilidad de permisos de salida y de mayor duración [72].

Para que un recluso sea ubicado en ejecución abierta, se necesita, además de su consentimiento, que no haya temor que vaya a sustraerse de la ejecución de la pena privativa de libertad o a aprovecharse de las posibilidades que se le proporcionan para delinquir (§ 10 StVollzG). Se han previsto sanciones disciplinarias para los posibles abusos en la salida, como por ejemplo por falta de regreso, retrasos, abuso de alcohol durante los permisos y similares.

La ejecución abierta en la R.F.A. está muy valorizada, no sólo por razones de costes, la cual es menos cara, sino también porque el potencial de conflictos tradicionales (suicidios, intento de suicidio, rechazo a la alimentación, rebeliones, motines, etc.) han disminuido considerablemente en la ejecución abierta. Aunque es problemático la comparación de los diferentes métodos de ejecución y cómo estos influyen en la disminución de

la reincidencia y favorecen la resocialización, por lo menos, no se ha comprobado empíricamente mayores efectos negativos de la ejecución abierta, como un aumento de la reincidencia o un mayor riesgo para la comunidad [73].

La ley de ejecución regula detalladamente todo lo referente a los permisos (§ 11, 13, 15, 16, 35). La vida en los establecimientos, alojamiento, alimentación, uso del tiempo, (§ 17-22). La comunicación con el mundo exterior, visitas, permisos y salidas, correspondencia, paquetes, etc. (§ 23-36). Las posibilidades de trabajo, formación y perfeccionamiento (§ 37-52). Las prácticas religiosas (§ 53-55). La atención sanitaria y social, al ingreso en prisión, durante la ejecución y en la puesta en libertad (§ 56-75). Preceptos especiales para la ejecución de penas a mujeres (§ 76-80). Las reglas de seguridad y orden (§ 81-93). El empleo de medios coactivos, la fuerza física o medios auxiliares (§ 94-101). Las medidas disciplinarias (§ 102-107). Las disposiciones en materia de recursos legales, quejas, competencias, procedimientos, plazos, etc. (§ 108-121). La ejecución en Instituciones Sociales Terapéuticas (§ 123-126). Normas especiales para la ejecución de las medidas de corrección y seguridad (§ 129-138). Los órganos de Justicia encargados de la ejecución, tipos y organización, inspección, controles, comités, etc. (§ 139-166) y las disposiciones finales, que regulan los arrestos por razones de Orden o Disciplina (§ 167-178).

La situación de la población penal podemos resumirla de la siguiente forma. Para el 30 de noviembre de 1985, había en la R.F.A. un total de 56.460 reclusos (100%), los cuales 12.453 estaban en prisión preventiva (22%), cumpliendo pena privativa de libertad eran la mayoría, 36.984 (66%). Menores cumpliendo pena juvenil eran 5.507 (10%). En internamiento de seguridad había 218 (0,4%) y el resto, 1.298 (2%) fueron ubicados en el marco de cualquier otra limitación de libertad [74].

Para la ubicación de esta población se cuenta en todo el territorio federal con 169 Instituciones Carcelarias, de las cuales 22 son abiertas (13.0%), las cuales tienen una capacidad en plazas de 62.926 (100%), de las cuales 9.896 son plazas para ejecución abierta, (15.7%) [75].

6.2. Un Sistema Pluritario de Normas

Una importante peculiaridad del Sistema Sancionatorio costarricense se distingue en la etapa de la ejecución. Como hemos observado la pena privativa de libertad tiene una gran relevancia en la administración de justicia penal, sin embargo en cuanto se refiere a su ejecución es uno de los campos más descuidados del legislador. Mientras en la R.F.A., la ejecución

como ya vimos descansa en una Ley, en Costa Rica todavía no ha alcanzado este rango legislativo. Aunque el C.P. Art. 51 menciona que la pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma "que una ley especial determine", aún esa ley especial, que debe ser la de ejecución penal, no se materializa.

Analizando la exposición de motivos del C.P. actual, ahí se dice textualmente: "La pena privativa de libertad o las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma que una ley especial determine, esa ley que tendrá un objetivo netamente rehabilitador, se denominará de ejecución de la pena y será remitida oportunamente para conocimiento de la Asamblea Legislativa..."[76] Han pasado 17 años y no se ha aprobado esta importante ley, ni nos consta que se haya enviado Proyecto alguno a la Asamblea Legislativa.

Lo más inconveniente es que durante todo este tiempo, la ejecución de penas o el Derecho de Ejecución Penal no haya sido un tema de actualidad en C.R. Si revisamos los estudios especializados relacionados con la materia [77], descubrimos que ha sido muy poco tratado y que las investigaciones empíricas casi no existen [78]. El importante paso dado por la legislación costarricense con la promulgación del nuevo Código Penal (1970) y el Código de Procedimientos Penales (1973), está incompleto.

Una Ley de Ejecución Penal como un cuerpo legislativo unitario que regule todas las vicisitudes de la fase ejecutoria, es uno de los pilares en los que descansa el Sistema de Justicia Penal [79]. Debe ser un elemento integrador del bloque de legalidad que todo Estado que aspire a ser un verdadero Estado de Derecho debería contener, en donde claramente se regule las relaciones jurídicas entre condenado y administración, desde el ingreso, permanecia y puesto en libertad del sentenciado. Lo contrario, sería dejar abierto una peligrosa fuga del principio de legalidad, lo cual se puede convertir en todo tipo de abusos, arbitrariedades e injusticias contrarias a la dignidad humana.

En lugar de una Ley de Ejecución Penal, en C.R. se regula la fase ejecutoria por varias disposiciones legales de diferente rango, lo que obliga hacer una interpretación general de esas normas para darse una idea de cómo funciona el sistema en el país. Una pluralidad de normas que regulan la materia, es los que podríamos llamar fuentes del Derecho Penitenciario y que a continuación procedemos a comentar.

6.3. Marco Legislativo

La ejecución de la pena privativa de libertad se encuentra regulada por disposiciones legales diversas y dispersas, sin que se cuente con un cuerpo legal armónico. Un panorama legal completo de la ejecución debería

incluir tanto las sanciones estacionarias como las ambulatorias, aplicadas a adultos y menores. Tal pretensión rebasaría los límites de este trabajo, por lo que vamos a presentar sólo la pena privativa de libertad efectivamente materializada.

La Constitución Política no hace mención expresa a la forma y modo de la ejecución de la pena privativa de libertad. Con excepción del Art. 40, que es un enunciado muy general y que prohíbe los tratamientos crueles o degradantes, así como las penas perpetuas. No se encuentran en la Constitución, la finalidad de las penas en general y en particular de la pena privativa de libertad, tampoco la posición del recluso frente a la administración [80]. Estas características han influido en el poco desarrollo de los principios legales relacionados con la ejecución penal.

Normas de rango legal, principalmente se encuentran en el C.P.P. (Art. 504-512), en el cual intervienen dos importantes figuras, el Tribunal Sentenciador y el Juez de Ejecución Penal. Dentro del ámbito administrativo, la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia, (No. 6739 del 20/4/1982) y de la Dirección General de Adaptación Social (No. 4752 del 30/4/1971), organismos responsables de la ejecución material de la pena privativa de libertad y de la política criminológica y penológica nacional.

Disposiciones reglamentarias se encuentran, en el Reglamento del Centro de Adaptación Social La Reforma (No. 6738-G, del 31/12/1976) y del Consejo Superior de Defensa Social (No. 5 del 31/1/1962), vigente en parte, que normalizan los aspectos relacionados con el régimen penitenciario, custodia y tratamiento de los reclusos.

No se pueden dejar de mencionar, normas de rango internacional, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (1955), que como en muchos países, también en C.R. han influido en la humanización de la ejecución penal. Aunque no tiene ningún carácter vinculante. Al igual la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), en especial el artículo 5, que garantiza el Derecho a la Integridad Personal y establece como fin de la pena privativa de libertad la readaptación social de los condenados.

6.3.1. La Fase Judicial

Las principales disposiciones que regulan la ejecución de la pena privativa de libertad en esa fase, se encuentran en el C.P.P. [81]. El Código Procesal Penal no diferencia entre la ejecución de la sentencia y de la pena [82]. Vamos a exponer la ejecución de esta última, es decir, el cumplimiento material de una sentencia condenatoria a pena privativa de libertad definitiva y sin posibilidad de ningún beneficio [83].

En principio, la intervención del Tribunal Sentenciador termina con la práctica del cómputo de la pena, es decir, fijando la fecha exacta de su vencimiento o el tiempo de duración. Si el condenado no estuviera preso, se ordena su captura, detención y remisión al Centro de internamiento que ordene el Tribunal. En caso que esté preso, se pone a la orden de la Dirección General de Adaptación Social, organismo administrativo dependiente del Ministerio de Justicia. Desde ese momento el condenado sale de la esfera judicial y entra al ámbito administrativo y su situación se regula a partir de ese acto de acuerdo con las normas del régimen penitenciario.

Sin embargo, lo explicado anteriormente en la práctica no funciona tan simple. La intervención judicial en la ejecución de la pena privativa de libertad se extiende hasta el ámbito administrativo, sobre todo por medio de la figura del *Juez de Ejecución Penal.*

La idea fundamental para la creación de esta figura, es que el Juez de Ejecución Penal, éste controlando que las penas se cumplan, en especial la pena privativa de libertad, y se ejecuten de acuerdo con las normas de la Constitución, las leyes respectivas y los reglamentos penitenciarios. Es un intento de no dejar solo en la esfera administrativa la ejecución de la pena privativa de libertad, sino tener cierto control jurisdiccional sobre esta delicada actividad.

Se pensó que este funcionario sería un medio entre el condenado, el Poder Judicial y la autoridad administrativa que tiene a su cargo los Centros Penales. Además, de una posibilidad para que los reclusos puedan quejarse cuando sean sometidos a tratamientos inhumanos, degradantes e injustos, que no estén de acuerdo con las leyes y reglamentos [84].

Aparte de las funciones de vigilancia o de control, el C.P.P. encarga al Juez de Ejecución otras funciones relacionadas con las medidas de seguridad, las cuales puede mantener, sustituir o dar por terminadas. La libertad condicional puede concederla o revocarla, al igual determinar las modalidades del tratamiento penitenciario y dirigir los servicios de libertad vigilada. A simple vista pareciera que el Juez de Ejecución tiene amplias facultades, pero la realidad es otra. Desde un punto de vista teórico, la práctica no debe ser diferente, las funciones del Juez de Ejecución Penal están muy reducidas [85]. La idea es buena, pero eso no basta para una correcta aplicación y eficientes resultados.

Quien en realidad y en forma definitiva resuelve, son las tribunales que impusieron la pena, es decir el Tribunal Sentenciador. Al igual tiene este Tribunal la facultad de resolver todas las cuestiones que se susciten durante la ejecución (Art. 500 C.P.P.). Las otras funciones relacionadas con la determinación del tratamiento y la dirección de los servicios de libertad vigilada, por la naturaleza misma de las actividades, las realiza la Dirección General de Adaptación Social.

La determinación de las modalidades de tratamiento es materia que debe decidir la administración del centro con el recluso. Mientras que la determinación de los objetivos de las penas es una función de rango superior, constitucional y legal, los diferentes tratamientos o posibilidades que el sistema penitenciario ofrezca al condenado, sólo pueden ser acordados por el reo, como sujeto de la relación jurídica penal y la administración. Lo contrario, dejar que decida el Juez de Ejecución o cualquier otro, es equiparar al reo con un "objeto de tratamiento" y no como un sujeto, una persona, como debe ser.

Si algún abuso se comete por parte de la administración contra el recluso, éste debe tener los mecanismos procesales simples de accionar para hacer valer sus derechos. Desde luego, esas dos normas (Art. 518 y 519 C.P.P.) son completamente insuficientes para afrontar todas las circunstancias de la ejecución de la pena privativa de libertad.

La otra función encomendada al Juez de Ejecución de Penas de "dirigir" los servicios de libertad vigilada y la Oficina de Prueba, nunca los ha realizado. Estas funciones las realiza el Instituto Nacional de Criminología, organismo dependiente del Ministerio de Justicia, con la creación desde 1980 del "Programa de Prueba y Libertad Vigilada", que no puede tener mucho alcance jurídico, por ser una simple disposición administrativa, no tiene rango ni siquiera de decreto [86].

La creación de la figura del Juez de Ejecución Penal fue una buena idea, pero nunca se le ha apoyado con los recursos necesarios para que pueda cumplir sus funciones. Actualmente, como está previsto, no beneficia la situación jurídica en la ejecución penal, aunque se le aumenten sus facultades. La administración prácticamente se encuentra sola en la ejecución material de la pena privativa de libertad. La idea de garantizar la legalidad en la ejecución de las penas, debe ser mantenida y apoyada, pero por otros medios, más funcionales, prácticos y simples, orientados en una ejecución efectiva y humanista. Todo lo cual debería ser discutido en la elaboración de un proyecto legislativo para una Ley de Ejecución Penal.

6.3.2. La Fase Administrativa

La pena privativa de libertad en C.R. se ejecuta en Centros más o menos especializados, bajo la responsabilidad directa del Ministerio de Justicia, que realiza esta función por medio de la Dirección General de Adaptación Social. Entre importantes funciones que tiene esta última institución, se destaca la ejecución del trinomio, encierro, custodia y tratamiento, de todas las medidas privativas de libertad dictadas por los Tribunales de Justicia del país.

Después de una larga evolución penitenciaria, caracterizada por prisiones arquitectónicamente anticuadas, insalubres, y anárquicas, sin personal calificado para una racional ejecución, impera en todo el país desde el año 1976, el llamado Sistema Progresivo Penitenciario. Este Sistema se caracteriza por la individualización y progresividad [87]. La individualización está definida por la existencia de períodos de diagnóstico, tratamiento y evolución para cada interno. La progresividad se caracteriza por la existencia de distintos regímenes a los que el interno puede ir teóricamente ascendiendo, con incremento de las responsabilidades y libertades ambulatorias.

Como fin de la ejecución de la pena privativa de libertad, se resalta la rehabilitación social del interno, que se pretende lograr por medio de un tratamiento, que lo prepare para la vida fuera de los Centros de Adaptación Social, sin perjuicio de la seguridad pública.

La estructura institucional penitenciaria de C.R. se caracteriza por su horizontalidad y división en módulos, con dos tipos de Centros detentivos que han alcanzado cierta especialización, estos son: Las *Unidades de Admisión*, que tienen recluidos por lo general reos que no han sido sentenciados y las *Unidades de Tratamiento*, en las cuales la mayoría está cumpliendo una pena privativa de libertad. Dentro de estos dos tipos de Centros se cubren todas las instituciones que se encuentran bajo control del Ministerio de Justicia [88].

Cinco son los diferentes regímenes que se aplican en los Centros detentivos, a saber:

1) Máxima Seguridad que tiene tres etapas (Cerrada, Semi-abierta y Abierta).
2) Mediana Seguridad con dos etapas (Cerrada y Abierta).
3) Mínima Seguridad sin etapas.
4) Confianza que tiene tres etapas (Limitada, Amplia y Total).
5) Contraventores sin etapas.

Se trata de un Sistema caracterizado por etapas, o períodos, en donde los estímulos (progresividad) y los castigos (regresividad) juegan un rol determinante y resueltos principalmente por la variable comportamiento. Los primeros son favorecidos por la ubicación en mejores etapas, con menor vigilancia, mayor espacio, más tiempo libre, hasta alcanzar un régimen de confianza total. Mientras que los segundos son ubicados en fases del todo cerradas, con más restricciones, menos espacio y mayor disciplina.

La progresividad del sistema penitenciario es teórica, la pena privativa de libertad se ejecuta principalmente en Centros Cerrados. Los

regímenes de Máxima, Mediana y Mínima Seguridad son de ejecución cerrada y es donde se encuentran ubicados la mayoría de los internos. Según el último censor de Población Penal del Ministerio de Justicia (1986), el 91% que equivale a 3.211 internos estaban recluidos en ejecución cerrada. Mientras que los reos que se encuentran en la etapa de Confianza, disfrutan de permisos para salir de los Centros y se hayan en una ejecución Semi-abierta, los cuales eran no más de un 9%, que corresponde a 314 internos [89].

Para la evolución del interno en las diferentes etapas de tratamiento, el factor disciplina es fundamental. Todas las etapas están reguladas por las variables, disciplina, aseo e higiene, educación, trabajo, convivencia y relaciones con el mundo exterior. Cualquier falta a las reglas que regulan estas variables tienen como consecuencia, entre otras, la regresión, que puede ser total, dentro de la evolución del Sistema.

La individualización se logra por medio de un diagnóstico que consiste en un estudio de la personalidad del recluso, que debe contener aspectos médicos, psicológicos, sociales, pedagógicos, ocupacionales y jurídicos. Con base en este diagnóstico se deciden las pautas del tratamiento y la ubicación del recluso.

Aunque expresamente no hay disposición legal que regule los aspectos relacionados con el tratamiento, podemos entender por estos, las diferentes oportunidades y medios que el Sistema ofrece al recluso para procurar su rehabilitación social. Así tenemos, la educación que puede ser variada, (vocacional y formal). El trabajo, que tiene carácter esencial en el tratamiento, es obligatorio y remunerado para todos los internos sin excepción y cumple una importante función para redimir la pena. Las relaciones con el mundo exterior, que se materializa básicamente por medio de las visitas (amigos, familiares, cónyuge) y comunicación (correo y teléfono) [90].

En cuanto a la situación pragmática, en todo el país actualmente se cuenta con las siguientes Instituciones en Régimen de Ejecución Cerrada: 10 Unidades de Admisión [91] y 7 Unidades de Tratamiento [92]. Para el Régimen de Ejecución Semi-Abierto, existen 3 Unidades de Confianza [93] y 7 Centros Agropecuarios [94]. Todas las anteriores instituciones para adultos, mientras para menores infractores, existen sólo dos instituciones.

Aunque es considerable el número de Centros Semi-abiertos, su capacidad es muy inferior en comparación con los Centros Cerrados. En 1986 había un total de población penal adulta de 3.531 (100%), de los cuales 1.304 (36.9%) se encontraban en Unidades de Admisión y 1.745 (49.4%) en Unidades de Tratamiento. Sólo 336 internos (9,3%) se hallaban en Unidades de Confianza y en Centros Agropecuarios. El resto fue ubicado en las llamadas Cárceles de las Cabeceras de Cantón [95].

Los reclusos sentenciados siguen siendo más que los indiciados o en prisión provisional. El panorama completo para el año 1986, de la distribución de internos adultos según su condición jurídica, la podemos resumir por medio del presente cuadro [96].

Condición Jurídica	absolutos	relativos
Total	3.531	100%
Sentenciados	1.715	50%
Indiciados	1.331	39%
Medida de Seguridad	52	2%
Contraventores	116	3%
Otros	317	6%

En cuanto a la duración de las sentencias condenatorias, del total de condenados para el año 1986 (1715), se encontraban sentenciados a menos de 6 meses 19 personas (1.1%), de 6 a 12 meses 56 internos (3.2%), de 13 a 24 meses 115 reclusos (6.7%), de 25 a 36 meses había 140 (8.1%), de 37 a 60 meses 416 reos (24.2%). La mayoría de recluidos 610 (35.5%) fueron condenados a una pena entre 61 a 120 meses. Mientras que 171 internos (10.0%) deben cumplir una pena de entre 121 a 180 meses y sólo 179 (10.4%) deben permanecer más de 181 meses [97].

7. COMENTARIO FINAL

Los sistemas de sanciones penales de Alemania Federal y Costa Rica deben ser considerados bajo la perspectiva del desarrollo internacional, en general del Derecho Penal y particularmente de la pena y de la prevención del delito. Sin dejar de tomar en cuenta el concepto actual del Estado, como un Estado sometido al derecho, porque el tema de las sanciones penales está fuertemente entrelazado con la naturaleza del Estado actual.

La tendencia internacional, actualmente caracteriza al Derecho Penal por el respeto cada vez mayor de la libertad individual, la limitación sucesiva del principio de autoridad y el reconocimiento de la dignidad humana. Lo cual se manifiesta tanto en su aspecto material, formal y en la fase ejecutiva. Además, es propio del Derecho Penal moderno la descriminalización o despenalización del mayor número de conductas y sólo dejar cubiertas bajo la protección penal el mínimo posible, según el principio de "ultima ratio".

Sin duda Alemania Federal ha alcanzado una preponderancia de la pena de multa sobre la pena privativa de libertad, ésto no sólo se advierte en el campo legislativo sino también práctico. La pena de multa es la más utilizada por los tribunales de justicia y en la mayoría de los casos es cancelada. Por lo que se ha reducido drásticamente el uso de la prisión. Sin que empíricamente se haya comprobado un aumento de la reincidencia, aunque realmente tampoco una disminución.

Este positivo dato se ve ensombrecido, según nuestra opinión, con la pena perpetua de prisión que todavía existe en Alemania, aunque su uso sea muy reducido. Este tipo de pena es inhumana y responde sólo a fines de prevención general, aislando por completo al delincuente, como al condenado a pena de muerte. Se omite cumplir el fin de la prevención especial, desocupándose del delincuente individualmente e imposibilitado su posterior reforma. Este último principio también está reconocido por el Derecho Penal Alemán por lo que no se debe sacrificar en aras sólo de la prevención general.

En Costa Rica aunque la multa ocupa un lugar destacado en las sentencias penales de los tribunales de justicia, hoy en día la pena que más se aplica es la prisión. Esto obedece principalmente a razones legislativas. Las posibilidades que tiene el Juez siempre son mayores, para decidir por una pena privativa de libertad que por cualquier otro sustituto. En nuestro país deben buscarse subrogatios de la prisión, más económicos y quizás más efectivos, que ya se están practicando en muchos países, tales como el trabajo en favor de la comunidad, el arresto de fin de semana, la suspensión de derechos, o innovar algunos otros ensayos menos gravosos, como podrían ser, la advertencia con aplazamiento de la sentencia, la condena sin sentencia, indemnización de las víctimas, etc. Especialmente para los casos que correspondería una pena privativa de libertad de corta y media duración. Al igual deben ampliarse los requisitos para el otorgamiento de la condena de ejecución condicional y de la libertad condicional, de tal forma que la prisión se convierta en última alternativa del sistema.

Criticable en ambos sistemas es la distinción teórica entre penas y medidas de seguridad. En la práctica, sobre todo las medidas internativas no son otra cosa que una pena de prisión. Un pronóstico futuro desfavorable de conducta, así como la peligrosidad, son criterios demasiado inciertos para justificar o mantener a una persona privada de su libertad. Sobre ese tipo de medidas, mientras se mantengan, deben ejercerse fuertes y distintos controles, no sólo judiciales, sino de los particulares o parlamentarios por ejemplo, para garantizar el respeto de la dignidad humana. Resulta más criticable el sistema alemán que permite el uso de estas medidas, aún para los llamados menores adultos.

No podemos dejarse pasar inadvertido un aspecto del sistema correccional costarricense que nos parece negativo, el criterio único de la edad cronológica (17 años) para definir la responsabilidad penal. Debe tomarse en cuenta otros aspectos socio-culturales, psiquiátricos y sobre todo plantear la responsabilidad desde la perspectiva moderna de la psicología evolutiva, que ha dejado ya de plantearse la infancia para hablar de la evolución desde el nacimiento hasta la muerte. Además, el legislador costarricense ha descuidado un grupo que sin ser "menores" tampoco son "adultos", que se ubican normalmente entre los 17 y 21 años de edad, los cuales requieren un tratamiento diferente, no sólo del Derecho Penal material, sino también en la etapa de la ejecución de las sanciones. En este último aspecto quizás sea más viable y urgente introducir reformas en nuestro sistema correccional.

La pena de prisión tanto en Alemania Federal como en Costa Rica están fundadas actualmente en la rehabilitación y resocialización de los reclusos. Fines que deben guiar al Juez a la hora de determinar la magnitud de la sanción, así como a las autoridades administrativas encargadas de la custodia y ejecución de la pena de prisión. El pesimismo norteamericano actual, reflejado en el movimiento radical de la "no intervención" (Nonintervention-movement) y el sentimiento general negativo de "nada sirve" (nothing works), en la ejecución penal, todavía no ha afectado el idealismo filosófico alemán, en el campo de las sanciones penales. Se efectúa sin un exagerado optimismo, todas las medidas posibles concernientes a la educación, formación y rehabilitación de los delincuentes, no sólo como una responsabilidad del Estado, sino como una tarea en la que debe participar toda la sociedad.

En Costa Rica la ejecución de la pena de prisión, a nuestra manera de ver la situación actual, presenta dos serios problemas. Uno de tipo formal: la falta de una Ley Penitenciaria que concretice los objetivos de la pena privativa de libertad, regulando todos los aspectos relacionados con el régimen penitenciario y el tratamiento, defina la posición del recluso frente a la administración (derechos–deberes), establezca medios de ayuda post-penitenciaria, y materialice un Plan Nacional de Política Penitenciaria, como una parte de la Política Criminal del Estado. Otro de tipo material: el Estado costarricense y la colectividad en general todavía no se han comprometido realmente con el fenómeno social de la delincuencia. El apoyo al sistema penitenciario debe ser tanto en la fase de ejecución como post-carcelaria, debe reconocerse, que si la prisión en cualquier parte resulta cara, más vale que se aproveche el tiempo que el recluso debe permanecer en ella. Para esto se necesitan recursos materiales y humanos en las instituciones penitenciarias, para hacer efectivo el fin rehabilitador propuesto en la ley. El

primer obstáculo formal es más fácil de superar, pero sin el apoyo material y humano, sería aumentar las letras muertas de la ley. Vencer estos dos problemas es el desafío que se nos presenta.

NOTAS

1) Para la historia de la reforma penal alemana, véase, Moccia, S. *Politica criminale e reforme del sistema penal.* L'Alternativ-Entwurf e l'esempio de la Republica Federale Tedesca. Napoli. 1984, págs. 71-256.

2) Véase Jescheck, H.H. *La Reforma del Derecho Penal en Alemania.* Parte General. Buenos Aires. 1976, págs. 65-82.

3) Baedeker, S. *Entwicklung und Stand der Freiheitsstrafe in Costa Rica.* (Desarrollo y situación de la Pena Privativa de Libertad en C.R.). Freiburg. 1984, págs, 54-307.

4) Sobre la pena pecuniaria su desarrollo histórico y aplicación, véase Jescheck, H.H./Grebing, G. *Die Geldstrafe im Deutschen und ausländischen Recht (La Pena de Multa en el Derecho Alemán y Extranjero).* Baden-Baden. 1979, págs. 1249 y ss.

5) En Latinoamérica son siete los Códigos Penales ordinarios que tienen prevista la pena de muerte: Cuba, Chile, Guatemala, Haití, Nicaragua, Paraguay y El Salvador. Véase Zaffaroni, E. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina.* Buenos Aires. 1986, págs. 389-439.

6) Sobre las diferentes concepciones de la pena de prisión, véase Bueno Arus, F. *La dimensión jurídica de la pena de prisión.* En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.* Tomo XL. Fascículo I. Madrid. 1987, págs. 15-36.

7) Desde 1977 la Corte Constitucional (BVerfGE 45, 187) al confirmar una sentencia, reconoció la constitucionalidad de las penas privativas de libertad perpetuas o de por vida.

8) Dünkel, F. *Die Geschichte des Strafvollzuges als Geschichte von Vollzugsreformen. (La historia de la ejecución penal como historia*

de las reformas de ejecución). En: *Strafvollzug. Erfahrung, Modelle, Alternativen.* (Ejecución penal, Experiencias, Modelos, Alternativas). Göttingen. 1983, págs. 25-54.

9) Véase *Strafvollzug als eine Säule der Strafrechtspflege* (La ejecución penal como un pilar de la Tutela del Derecho Penal). En: *Strafvollzug (Ejecución Penal).* Kaiser, G/Schöch, H. Heidelberg. 1983, págs. 22 y 23.

10) Véase, Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código Penal. San José. 1969, pág 49.

11) Jescheck, H.H. *Rasgos Fundamentales del Movimiento Internacional de Reforma del Derecho Penal.* En: *Seminario Hispano-Germánico de Derecho Penal.* Barcelona. 1980, págs. 9-22.

12) Sobre la multa en Costa Rica, véase González Alvarez, D. *El Sistema de Días Multa.* Revista Judicial, No. 27. San José. 1983, págs. 15-30. Para las alternativas a la pena privativa de libertad, véase Dünkel F. *Alternativen zur Freiheitsstrafe im europäischen Vergleich (Alternativas a la pena privativa de libertad en comparación europea).* Tübingen. 1986, págs. 146-186.

13) Jescheck, H.H. /Grebing, G. op. cit. págs. 1249 y ss.

14) Strafverfolgung 1986. Statistisches Bundesamt, Wiesbaden. Tabellenteil 3, pág. 14 y ss.

15) Poder Judicial de Costa Rica. Sección Estadística Informe Anual 1986. San José. 1987. Cuadro No. 1.

16) Baedeker, S. op. cit. pág. 409.

17) Ejemplos de inhabilitación en el *Código Penal* se encuentran en los artículos: 180, 187, 199, 203, 205, 231, 232, 233, 270, 356 y 371.

18) Un buen ejemplo de esta situación lo representa los EE.UU. en donde a pesar de la existencia y aplicación frecuente de la pena de muerte en más de la mitad de los Estados de la unión, en 1986 se cometieron 13.2 millones de delitos y se arrestaron 12,5 millones de personas, con una de los record de población penal mundial más grandes. Véase *Uniform Crime Reports for the United States.* U.S. Department of Justice, Washington, D.C. 1987, Tablas 1-24, págs. 41 y 164.

19) Véase comentarios críticos sobre esta situación en Cruz Castro, F. *La Pena Privativa de Libertad en Costa Rica.* Revista de Ciencias Jurídicas. No. 42. San José. 1980, págs. 57-93.

20) Véase Morris, N. Quien establece tres diferentes métodos por los cuáles se puede pronosticar la conducta futura de un individuo: El anamnésico, el categórico y el intuitivo. El primero basado en la observación del comportamiento de otra persona en situaciones idénticas o similares del pasado. El segundo se fundamenta en los cuadros estadísticos y aspira pronosticar no solamente la mera repetición del comportamiento pasado, sino su escalada a delitos más graves. El método intuitivo por el contrario no se diferencia mucho del azar. Véase *El Futuro de las Prisiones.* México. 1985, págs. 59-63.

21) Véase Arias Méndez, M. *Las Medidas de Seguridad. Investigación sobre su Naturaleza.* Tesis, Facultad de Derecho. San José. 1980, págs. 173 y ss.

22) Véase Cifras Estadísticas Atinentes al Régimen de Libertad Vigilada. Movimiento Comparado en Materia Penal. Sección Estadística. Ministerio de Justicia. San José. 1978. Cuadro No. 7.

23) Para otros años, en 1984 de 6273 penas impuestas sólo 19 fueron Medidas de Seguridad, en 1985 de 5525, también, fueron 21 de un total de 6426 penas. Véase Sección de Estadística del Poder Judicial. Informenes Anuales de 1984-1985-1986-1987.

24) Véase Jescheck, H.H. *Tratado de Derecho Penal.* Parte General. Trad. Mir Puig/Muñoz Conde. Tomo II. Barcelona. 1981. págs. 1114-1149.

25) Véase Strafverfolgung 1986. Reihe 3. Statistisches Bundesamt. Wiesbaden. Tabellenteil No. 6 pág. 52.

26) Sobre el tema de la responsabilidad penal, véase Harro, O. *Grundkurs Strafrecht. (Curso básico de Derecho Penal).* Berlin-New York. 1982, págs. 42-161.

27) Por ejemplo en América Latina se adquiere la mayoría de edad penal en Bolivia, Chile, Cuba, Colombia, a los 16 años. En El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras, Brasil, Perú, México y Uruguay se

fija a los 18 años. En: Tiffer, C. *Das Jugendkriminalrecht in Lateinamerika – dargestellt am Beispiel von Costa Rica. (El Derecho Penal de Menores en América Laitna)*, bei Kaiser, G. Freiburg. 1987, pág. 6.

28) La mayoría de países latinoamericanos decretaron sus respectivas Leyes Tutelares de Menores en la década de los setenta, así por ejemplo: México 1973, El Salvador 1974, Nicaragua 1973, Cuba 1979, Brasil 1979, Venezuela 1975, Bolivia 1975. En la década de los sesenta, Costa Rica 1963, Guatemala 1969, Colombia 1968, Perú 1962, y las leyes más recientes de Argentina 1980 y Paraguay 1981. En: Tiffer, C. op. cit. pág. 16.

29) Hartung-Aysisi, G. *Crime Prevention Policies in Latin America.* En: *Youth Crime, Social Control and Prevention: Theoretical Perspectives and Policy Implications.* Wuppertal, 1986. págs. 210-223.

30) Véase Issa El Khoury, H. Algunas consideraciones sobre las medidas tutelares. Revista Judicial, No. 17, San José, 1980, págs. 59-66.

31) Estadísticas del Tribunal Tutelar de Menores de San José. Sección Estadística, Poder Judicial, Costa Rica. 1985. Cuadro 24, pág. 37.

32) Un panorama completo de la legislación tutelar en América Latina se encuentra en Zaffaroni, E. op. cit. págs. 239-262.

33) Véase los comentarios sobre el tema en Herz, R. *Jugendstrafrecht (Derecho Penal Juvenil)* Köln. 1987, págs. 37-94 y en Boehm, A. *Einführung in das Jugendstrafrecht* (Introducción al Derecho Penal Juvenil), München. 1985, págs. 23-98.

34) Teóricamente no se les denomina penas sino consecuencias, en alemán "Folgen", por la comisión de un hecho antijurídico realizado por un menor, al igual en C.R. se le denomina a las sanciones que se le imponen a los menores infractores "medidas tutelares".

35) Véase, Mir Puig, S. *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho.* Barcelona. 1982, págs. 49 y ss.

36) Lo que no podemos dejar es de buscar los métodos para una ejecución humanizadora y efectiva, como tan bien lo ha explicado, Kaufmann, H. En: *Principios para la Reforma de la Ejecución Penal.* Buenos Aires. 1977, págs. 17-33.

37) Véase Dünkel, F. *Infra.* 12, op. cit. pág. 160.

38) Sobre la reforma legislativa penal en Alemania. Véase Schmidt, E. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege (Introducción a la Historia del Derecho Penal Alemán).* Göttingen. 1951. Mayer, H. *Strafrechtsreform für heute und morgen. (Reforma del Derecho Penal de Hoy y Mañana).* Berlin, 1962.

39) Sobre la orientación de la política criminal, véase Marc Ancel. *Directions et directive de politique criminelle dans le mouvement de réforme pénale moderne.* Müller-Dietz, H. *Integrationsprävention und Strafrecht. Zum positiven Aspekt der Generalprävention. (Prevención integrativa y Derecho Penal. Desde un aspecto Positivo de la Prevención General).* Ambos artículos, en: *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag. (Celebración en Honor de Hans-Heinrich Jescheck en su 70 Natalicio).* Berlín. 1985, págs. respectivamente, 779-789 y 813-827.

40) Sobre la regulación de la pena privativa de libertad a nivel internacional, véase *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht. (La pena privativa de libertad y sus substitutos en el Derecho Alemán y Extranjero).* Dirigido por Jescheck, H.H. Tomos 1, 2 y 3. Baden-Baden, 1983-1984. Un resumen de la situación en Costa Rica en págs. 1103-1202.

41) Véase Stratenwerth, G. *Tatschuld und Strafzumessung. (Culpabilidad por el Hecho y Determinación de la Pena).* Tübingen, 1972.

42) Sobre el tema de los fines de la pena y en especiales sobre las diferentes concepciones, véase: *Streng, F. Strafzumessung und relative Gerechtigkeit (Determinación de la pena y su relativa Justicia).* Heidelberg 1984, págs. 168 y ss.

43) "A nadie se 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 ejercer su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad..." Art. 39. C. Pol. Imprenta Nacional, San José 1971.

44) "La pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma que una ley especial determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción rehabilitadora..." Art. 51. C.P. Imprenta Lehmann. San José, 1975.

45) Véase, en este sentido los artículos del C.P. 34, 35, 36, 38, 42, 93 inc. 2, 98 inc. 1.

46) Véase, *Código Penal Tipo para América Latina*. Parte General, Tomo I. Capítulo 4. Culpabilidad. Artículos 24-32. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1974.

47) Véase, por ejemplo, los siguientes arts. del C.P.: 39, 40, 41, 60, 64, 65 inc. 2), 71 inc. e), 98 inc. 3), 4), 6), 99 y 102.

48) Sobre el tema de la culpabilidad en C.R. véase Cruz Castro, F. *El Significado de la Culpabilidad en nuestro Derecho Penal*. Revista Judicial. No. 22. San José, 1982, págs. 61-83.

49) Veáse Jescheck, H.H. *Las penas y medidas de seguridad en el Código Penal Tipo para América Latina comparado con el Derecho Alemán*. Nuevo Pensamiento Penal. Buenos Aires. 1973, págs. 283-304.

50) En este sentido serían inconstitucionales el Art. 98 inc. 3), 4) y 6) del C.P. en vista que contrarian el principio de culpabilidad.

51) Véase Alvarado Velloso, A. *El Juez. Sus Deberes y Facultades*. Buenos Aires, 1982, pág. 289-308.

52) Cruz Castro F. infra 19. op. cit. págs. 57-93.

53) En cuanto a la adopción de la mayoría de los países de América Latina a las corrientes defensistas de la sociedad, véase Del Olmo R. *América Latina y su Criminología*. México. 1984, págs. 81-121.

54) Estos términos se encuentran por ejemplo en la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia, Art. 7. (No. 6739, del 20/4/1982). En la Ley que crea la Dirección General de Adaptación Social, Art. 3, 8 (No. 4762 del 30/4/1971). En el Reglamento del Centro de Adaptación Social La Reforma, Art. 1, 2, 8 (No. 6738 G, del 31/12/1976) y en el Reglamento sobre Tratamiento de Menores Infractores, Art. 2 (No. 12813-J del 24/7/1981).

55) Véase Kaiser, G. *Resozialisierung und Zeitgeist. (Resocialización y el Espíritu de la Epoca)*. En: *Kultur, Kriminalität, Strafrecht. Festschrift für Th. Würtemberger zum 70. Geburtstag. (Cultura, Criminalidad, Derecho Penal*. En: *Celebración del 70 natalicio deTh. Würtemberger)*. Berlín 1977, págs. 359-372.

56) Véase Müller-Dietz, H. *Strafvollzugsrecht. (Derecho de Ejecución Penal)*. Berlin, New York. 1977, págs. 19-39.

57) Steinbeisser, F. *Der Resozialisierungsgedanke. (El pensamiento resocializador)*. Zürich. 1973, págs. 37-91.

58) Véase García Pablos, A. La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: Utopía, Mito y Eufemismo. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XXXII, fascículo III. Madrid. 1979, págs. 654-700.

59) Sobre las diferentes posiciones en cuanto a la resocialización, véase Ortmann, R. *Resozialisierung im Strafvollzug. (Resocialización en la Ejecución Penal). Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*. Freiburg. 1987, págs. 6-29.

60) Véase las opiniones de Bueno Arus, F., García Valdés, C. Carrido Guzmán, L., Cuesta Arzamendi, J., Mapelli Caffarena, B., Manzanares Samaniego, J. En: *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Madrid 1984, págs. 9 y ss. Al igual en la doctrina alemana en: Kaiser, G./Kerner, H.J.(Shöch, H. op. cit. págs. 93-220.

61) La jurisprudencia Constitucional (BVerfGE, 14/361972) impulsó el proceso legislativo, al considerar insuficiente como fundamento jurídico para la limitación de los derechos fundamentales de los reclusos, las disposiciones administrativas entonces en vigor y provocó al legislador para la aprobación de una ley adecuada. Véase Dünkel, F. op. cit. pág. 265.

62) Como garantía Constitucional prevista en la Ley Fundamental, Art. 104. Para la protección de los derechos constitucionales durante la ejecución, véase Hoffmeyer, C. *Grundrechte im Strafvollzug. (Derechos Fundamentales en la Ejecución Penal)*. Darmstadt. 1979, págs. 34-168.

63) Müller-Dietz, H. op. cit. págs. 25-28.

64) 10 son los Estados Federales de la R.F.A., Baden-Würtemberg, Baviera, Bremen, Hamburgo, Hessen, Baja Sajonia, Renania del Norte-Westfalia, Renania Palatinado, Sarre y Schleswig-Holstein.

65) Aunque el desarrollo de la ejecución no ha sido uniforme y se notan diferencias entre algunos estados de la Federación, poniéndose de manifiesto una "diferencia Norte-Sur", en donde los estados del Norte (Baja Sajonia, Bremen, Hamburgo) se caracterizan por una mayor apertura en la ejecución, más permisos con o sin vigilancia, mientras que los Estados del Sur (Baviera, Baden-Württemberg, Sarre) se muestran más conservadores al limitar las posibilidades de este tipo de permisos. Véase Dünkel, F./Rosner, *A. Die Entwicklung des Strafvollzugs in der Bundesrepublik Deutschland seit 1970. Materialien und Analysen (El desarrollo de la ejecución penal en la R.F.A. desde 1970. Materiales y Análisis)*. Freiburg. 1982, págs. 343-365.

66) En ese mismo parágrafo de la Ley de Ejecución se señala como función de la ejecución, "La defensa de la generalidad frente a ulteriores hechos delictivos". Se trata de un principio de protección, que procura seguridad tanto en el Centro de privación (interna), como frente a la sociedad (externa). Lo que conduce a un conflicto de fines según la meta y función de la pena. Véase este tema desarrollado en: Kaiser, G./Kerner, H.J./Schöch, H. op. cit. págs. 84 y ss.

67) Kaiser, G. Strafvollzugsgesetz. *Einführung (Ley de Ejecución Penal. Una Introducción)*. München. 1987, págs. 9-26.

68) Véase Egg, R. *Die sozialtherapeutische Behandlung von Straftätern in der Bundesrepublik Deutschland. (El tratamiento socialterapéutico de los delincuentes en la R.F.A.)* En: *Strafvollzug. Erfahrungen, Modelle, Alternativen. Göttingen*. 1983, págs. 124-144.

69) Idem, pág. 157.

70) La apertura de los Centros Socialterapéuticos fue la última etapa dentro de la reforma de la ejecución penal en la R.F.A. (Oficialmente en enero de 1985). Actualmente se han instalado 12 Centros y se cuenta con 712 plazas. Véase Kaiser, G./Dünkel, F./Ortmann, R. *Die sozialtherapeutische Anstalt - das Ende einer Reform? (Las Instituciones Socialterapéuticas - ¿El fin de una Reforma?)* Zeitschrift für Rechtspolitik, No. 8. 1982, págs. 198-207.

71) La doctrina Alemana es clara al considerar que la declaración Tratamiento tiene unas connotaciones desvalorativas de enorme significación. Al igual se han percibido tendencias, sobre todo en

Escandinavia y en EE.UU. hacia un abandono de las ideas sobre el tratamiento. Pero no se ha querido renunciar a todas las posibilidades que ofrece en el marco penitenciario las Ciencas de la Conducta, como una alternativa más, dentro de un proyecto racional de ejecución. Algunos artículos sobre el tema en Ortner, H. *Freiheit statt Strafe (Libertad en lugar de Pena)*. Tübingen. 1986, págs. 16 y ss.

72) Un recluso puede disfrutar de hasta 21 días de permiso, en un año, fuera de la prisión. Por lo general se exige que haya cumplido al menos 6 meses en período de ejecución. El condenado a prisión perpetua de libertad puede obtenerlo si ha pasado 10 años en período de ejecución. También se puede autorizar desempeñar fuera del establecimiento una ocupación con regularidad bajo control o sin control. Así como abandonar el establecimiento durante unas determinadas horas, con o sin vigilancia del personal. § 11 y 13 StVollzG.

73) Véase Rehn, G. Behandlung im Strafvollzug. Ergebnisee einer vergleichenden Untersuchung der Rückfallquote bei entlassenen Strafgefangenen. (Tratamiento en la Ejecución Penal. Investigación comparativa de resultados de la cuota de reincidentes con los liberados). Basel. 1979.

74) Dünkel, F. Vom schuldvergeltenden Strafvollzug zum resozialisierenden Justizvollzug. Zwischen Anspruch und Wirklichkeit. (De la ejecución penal retributiva hasta la ejecución justa resocializadora. Entre la Pretensión y la Realidad). Freiburg. 1987, págs. 158-223.

75) Idem, pág. 163.

76) Infra 10. op. cit. pág. 49.

77) Algunas ideas en relación a este problema se encuentran en Gadea Nieto, D. *La Criminología a nivel académico*. Revista de Ciencas Jurídicas No. 51. San José. 1984, págs. 85-93.

78) Tampoco es que abunden las discusiones teóricas, pero el número de investigaciones empíricas que se lleva a cabo es muy reducido. Una buena política criminal debe estimular la realización de investigaciones empíricas, como método de comprobación de la realidad penitenciaria. Los enfoques doctrinales críticos o reformistas carecen de todo sentido si no se conocen y se confrontan con las realidades sociales y políticas.

79) Los problemas inherentes a la justicia penal, tradicionalmente se han contemplado en forma unilateral, fragmentada, fuera de contexto, marcados por un enfásis positivista del Derecho Penal. Los planteamientos modernos y audaces, por el contrario, propugnan por un análisis en forma completa, multilateral, dentro del contexto al que pertenecen, de ahí que se hable del Sistema de Justicia Penal. Algunas ideas sobre este tema se encuentran en: Ramírez Hernández, E. Sistemas de Justicia y Criminalidad. Funciones del Sistema de Justicia. En: Ensayos de Derecho Penal y Criminología. México. 1985, págs. 349-362.

80) Aunque el Art. 153 de la C.Pol. también menciona la función de ejecución, se trata más bien de la ejecución de las resoluciones, o sentencias como función del Poder Judicial y no de la ejecución material de una pena.

81) En concreto sólo el artículo 505 del C.P.P. expresamente se refiere a la ejecución de la pena privativa de libertad.

82) El principio es que las sentencias se ejecutan y que las penas se cumplen. En la doctrina alemana se diferencia muy bien cada uno de estos actos, por medio de dos institutos diferentes, "Vollstreckung" y "Vollzug", la primera comprende todo el conjunto de medidas necesarias para hacer efectivo un pronunciamiento judicial (resolución, sentencia, auto, de cualquier materia). Mientras que la segunda, se refiere exclusivamente a las penas y medidas de seguridad, reguladas por una normativa federal unitaria. Véase Köbler, G. Juristisches Wörterbuch. Für Studium und Ausbildung. München. 1986, págs. 369-370.

83) Algunas medidas condonatorias previstas en la legislación costarricense son: La condena de ejecución condicional, la conmutación, la amnistía, el indulto, el perdón judicial. (Art. 51, 69, 89, 90 y 93 del C.P.).

84) Sobre los antecedentes del Juez de Ejecución Penal, véase Porte, H. *El Juez de Ejecución de la Pena. Conferencias sobre el nuevo C.P.P.* Colegio de Abogados. San José. 1974, págs. 1-11.

85) Hasta la fecha no se han publicado investigaciones sobre el funcionamiento del Juez de Ejecución Penal. No se cuentan con datos confiables para enfocar desde un punto de vista práctico las actuaciones de esta importante figura.

86) Véase González Alvarez, D. *La Libertad Vigilada en el Sistema Penitenciario Costarricense*. Revista Judicial, No. 31. San José. 1984, págs. 47-60.

87) Véase Mapelli Caffarena, B. *Sistema Progresivo y Tratamiento*. En: *Lecciones de Derecho Penitenciario*. Madrid. 1985, págs. 137-171.

88) Véase Plan Nacional de Desarrollo Política Penitenciaria. Ministerio de Justicia. San José. 1982-1986.

89) Véase Censo de Población Penal del 1 de julio de 1986. Ministerio de Justicia, Gráfico No. 16. Cuadro 33. San José. 1987, pág. 35.

90) Véase, por ejemplo, el Reglamento del Centro de Adaptación Social La Reforma (31/12/1976), en donde se regula detalladamente en cada régimen todas las variables mencionadas (Art. 10-14). Al igual que la tipificación de faltas y castigos (Art. 114-125). Sobre el ingreso y clasificación (Art. 30-40) y las relaciones con el mundo exterior (Art. 61-87).

91) Unidades de Admisión que se encuentran en las ciudades de San José, Pérez Zeledón, Alajuela, San Ramón, San Carlos, Cartago, Heredia, Liberia, Puntarenas y Limón.

92) Unidades de Tratamiento que se denominan, Seguridad Especial, Mediana Cerrada, Mediana Abierta, Mínima Sentenciados, Mínima Indiciados, San Lucas y Buen Pastor, esta última el único Centro destinado para mujeres.

93) Unidades de Confianza de San José, San Agustín y San Gerardo.

94) Centros Agropecuarios o Regionales de Pérez Zeledón, Tierra Blanca, San Luis de Heredia, La Soledad, Jalaca, de Nicoya y Sandoval de Limón.

95) Véase Censo de Población Penal. 1 de julio de 1986. op. cit. Cuadro No. 27, pág. 30.

96) Idem. Gráfico No. 9. Cuadro No. 18, pág. 17.

97) Idem. Cuadro No. 24, pág. 26.

LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD ANONIMA

II

GENESIS Y CONCLUSION DE LA RELACION DE ADMINISTRACION RETRIBUCION DE LOS ADMINISTRADORES

Prof. Dr. Gastón Certad M.
Catedrático de la Universidad de Costa Rica y
de la Universidad Autónoma de Centro América

Sumario

5.– Nombramiento de los administradores.

A. Designación de algunos administradores atribuida a los accionistas minoritarios (o a –todos o algunos de– los accionistas privilegiados). La reforma al artículo 181 del Código de Comercio.

B. Requisitos de idoneidad.

C. Duración del cargo.

CH. Fuente y naturaleza de la relación de administración.

D. Inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil.

6.– Causas de "inelegibilidad" y de caducidad del nombramiento.

7.– Causas de incompatibilidad (el administrador dependiente; el administrador persona jurídica; etc.).

8.– Causas de cesación.

A. La revocación del nombramiento.

B. El vencimiento del plazo de nombramiento.

C. Otras causas de cesación (la renuncia, la muerte, la cláusula "simul stabunt, simul cadent", etc.).

CH. Inscripción de la cesación en el Registro Mercantil.

9.– El derecho a una retribución.

A. Modalidades de la retribución. La participación en las utilidades.

B. Retribución a administradores investidos de cargos o funciones particulares.

C. Retribución a aquellos administradores que cumplen prestaciones ajenas a la relación de administración.

CH. Retribución del dependiente de la sociedad controlante encargado de administrar a la sociedad controlada.

5.– *Nombramiento de los administradores.*

Como regla general, los administradores –quienes pueden ser o no socios (art. 181) [1]– son nombrados por la asamblea general ordinaria de accionistas (art. 155, inciso b).

Sin embargo, el código prevé tres casos particulares en los que el nombramiento de los administradores no le corresponde a la asamblea general ordinaria:

a) el nombramiento de los primeros administradores de la sociedad, que se efectúa en la escritura constitutiva (art. 18, inciso 12) [2];
b) el nombramiento de los directores en caso de constitución de la sociedad por suscripción pública o fundación sucesiva, que es hecho por la asamblea de suscriptores (art. 116, inciso e); y
c) el nombramiento para llenar las vacancias, temporales o definitivas, de los consejeros, según lo dispongan, a su arbitrio, los socios en la escritura social: así por ejemplo, el nombramiento de consejeros hecho por el mismo órgano gestor (designación que compete a los restantes administradores) cuando, durante el transcurso del ejercicio, por cualquier circunstancia, alguno o algunos llegaren a faltar. Generalmente, esta sustitución, conocida como cooptación, es provisional, pues los consejeros así nombrados permanecen en sus cargos únicamente hasta la próxima asamblea general, la que ratificará el nombramiento hecho por la junta o procederá a la

---

(1) De ahora en adelante, cuando citemos un artículo sin indicar el código de procedencia, se entenderá que pertenece al Código de Comercio.

(2) La escritura constitutiva no puede limitarse a indicar el número de integrantes del órgano gestor, pues debe incluir los nombres de los primeros administradores, indicando, en particular, quién o quienes tendrán la representación de la sociedad, con su aceptación, si fuere del caso. Si no se indicare el cargo que cada uno desempeñará dentro de la junta, se aplica lo establecido en el párrafo primero del art. 184.
La falta de designación nominativa de los administradores puede determinar la no homologación registral del documento, pero no conlleva, en nuestra opinión, a la nulidad del acto constitutivo.

definitiva sustitución de los designados con otras personas cuyos nombramientos tendrán el mismo plazo de duración que el de los restantes compañeros de junta [3].

El fundamento normativo de esta cláusula –o de cualquier otra similar– no es otro que el párrafo primero del artículo 185 (conjuntamente con el inciso 19 del artículo 18). Nótese que esa primera norma deja a la escritura social la determinación de la forma en que se llenarán las vacantes provisionales o definitivas de los consejeros, de donde, ya sea el comentado sistema de sustitución por cooptación (nombramiento de los consejeros faltantes por el mismo órgano al que pertenecen) o cualquier otro que deseen

(3) El "Codice Civile" de 1942, en su artículo 2386, dispone: "(Sustitución de los administradores). –Si en el curso del ejercicio llegaren a faltar uno o más administradores, los otros procederán a sustituirlos mediante acuerdo aprobado por el colegio sindical. Los administradores así nombrados permanecerán en sus cargos hasta la próxima asamblea.
Si desaparece la mayoría de los administradores, los que permanecieren en sus cargos deben convocar a la asamblea para que proceda a sustituir a los que faltan.
Los administradores nombrados por la asamblea decaen conjuntamente con los que estaban en sus cargos al momento de su nombramiento.
Si cesare el administrador único o todos los administradores, la asamblea para la sustitución de los que faltan debe ser convocada de urgencia por el colegio sindical, el cual puede cumplir, mientras tanto, los actos de ordinaria administración".
Los administradores coopatados, no obstante el carácter provisional del encargo, tienen poderes análogos a los de los demás administradores; y el consejo de administración incompleto, porque no haya procedido aún a la cooptación, conserva todos sus poderes, Sansone, op. loc. ult. cit.; Silvetti, op. cit., p. 261.
Nótese que si "en el curso del ejercicio" desaparece la mayoría de los administradores, el legislador italiano regresa a la regla general de la competencia de la asamblea ordinaria para el nombramiento de los consejeros, y así, los administradores supérstites deberán convocar a la asamblea, para que efectúe la sustitución. Es importante apuntar que la jurisprudencia italiana está orientada en el sentido de que la mayoría de los administradores a que alude el número 2386 c.c., no es otra que la mayoría nombrada por la asamblea: consecuentemente ha considerado ilegítima la composición de un consejo de administración en el cual, a continuación de sucesivas coopataciones, desapareció la mayoría de los administradores nombrados por la asamblea (ordinaria o de suscriptores) o en el acto constitutivo.

los socios (como, por ejemplo, designación hecha por el órgano contralor interno), debe considerarse, en Costa Rica, arreglado a derecho (al igual que el nombramiento de consejeros suplentes, situación ésta prevista expresamente por el art. 185 in fine).

Es importante destacar que caso de que la escritura social nada disponga sobre la sustitución, temporal o definitiva, de uno o más administradores, el código establece que "deberá convocarse inmediatamente a asamblea general" (art. 185, párrafo primero).

No somos muy proclives a admitir este sistema que nos propone el código para cubrir las vacancias de los directores, pues nos parece harto peligroso dejar en manos de los socios, abiertamente, la determinación de la competencia de los órganos sociales que, en nuestra opinión, debe ser materia de reserva de ley.

Nuestro Registro Mercantil ha venido admitiendo, en los pactos constitutivos de algunas sociedades anónimas, la cláusula que le quita a la asamblea general ordinaria la facultad de nombrar a los consejeros para conferírsela a la asamblea general extraordinaria de accionistas [4], posición correcta a la luz de la disposición que venimos comentando.

(4) Ahora bien; las más importantes diferencias entre la asamblea general ordinaria y la extraordinaria son las materias que cada una competentemente conoce, y los distintos quórums de constitución o formación y de votación, que cada una de ellas tiene (arts. 155, 156, 169, 170 y 171). Dichas normas son, en nuestra opinión, de orden público, salvo, por lo que ha quedado dicho en el texto, el inciso c) del art. 155, que sí es modificable en el pacto so- cial, con fundamento en lo dispuesto por el repetido párrafo primero del número 185.
El Registro Mercantil, basado en una interpretación "ad literam" del inciso d) del artículo 155 ("Los demás –asuntos– de carácter ordinario que determine la escritura social"), ha venido sosteniendo el (correcto) criterio de que los socios no pueden, en el pacto social, destinar a conocimiento de la asamblea ordinaria, asuntos que la propia ley ha calificado (en el artículo 156) como propios (y exclusivos) de una asamblea extraordinaria. Dentro de ese mismo orden de ideas, y siguiendo el mismo criterio hermenéutico, esta vez fundándose en lo escrito bajo el literal c) del artículo 156 ("Los demás asuntos que según la ley o la escritura social sean de su conocimiento"), el Registro admite que asuntos asignados por la ley a la competencia de la asamblea ordinaria, puedan los socios, en el pacto social, atribuírselos a la asamblea extraordinaria.
Por su parte el mismo Registro ha (correctamente) sostenido, siempre echando mano a la interpretación literal, que los quórums de constitución y votación en primera convocatoria establecidos en el artículo 169 para las asambleas ordinarias, así como los indicados para toda asamblea general en segunda convocatoria por el artículo 171, no pueden ser variados por lossocios en el pacto so-

En la doctrina y en la jurisprudencia italianas es pacífico el punto de que los socios pueden, en la asamblea ordinaria, votar por su propia elección como directores, sin que se considere que existe por ello un conflicto de intereses capaz de viciar de nulidad el acuerdo de nombramiento [5]; es, por el contrario, muy controvertido si los administradores–socios, cuyos nombramientos han sido revocados como consecuencia de haberse acordado en asamblea el ejercicio de la acción social de responsabilidad en su contra (art. 192), pueden votar el acuerdo de nombramiento de sus sustitutos [6].

---

cial; mientras que los fijados para las asambleas extraordinarias, siempre en primera convocatoria, por el artículo 170, sí pueden ser aumentados por los accionistas por esa misma vía.

Consideramos que la interpretación registral expuesta en la parte final del párrafo trasanterior es tan solo parcialmente exacta: la posibilidad de que se conozcan en asamblea extraordinaria asuntos legalmente asignados a la ordinaria, sólo es lícita respecto al inciso c) del 155 y limitadamente, como está establecido, al nombramiento de administradores (y esto porque existe norma expresa en ese sentido, ex art. 185, párrafo primero). En cuanto a las restantes materias previstas en esa misma norma, siendo ésta de orden público y, por ahí, inderogable, no pueden los socios, mediante cláusula expresa en el pacto social, destinarlas al conocimiento de la asamblea extraordinaria. Sería muy contradictorio e inconsecuente admitir la tesis registral bajo análisis y, a un mismo tiempo, como hace el Registro, negar que los socios puedan aumentar los quórums de primera convocatoria de las asambleas ordinarias. Pregunto, no estaríamos así llegando al mismo resultado que se pretende evitar cuando se prohibe la disminución de los quórums de la asamblea ordinaria en primera y segunda convocatoria, habiéndose establecido por la ley esta materia como propia de ese tipo de asamblea".

(5) Sobre el conflicto de intereses como causal de nulidad de acuerdos de asamblea de socios, Certad, Gastón, *"Nulidad e impugnación de acuerdos de asamblea"*, en esta misma Revista, # 28, enero–abril 1976, San José, Costa Rica, # 7, pp. 262 ss.; Certad, Gastón, *"La administración de la sociedad anónima. I. Composición y funcionamiento del órgano gestor"*, en el número anterior de esta Revista, nota 11, y más genéricamente, bajo el numeral 3.

(6) La jurisprudencia italiana se ha pronunciado en el sentido de excluir en este caso el derecho al voto, por considerar que hay conflicto de intereses, tesis no compartida por Walter Bigiavi ni por Karl Jaeger, citados por Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 55, nota 7.

En general, puede consultarse sobre el tema del nombramiento de los administradores: Broseta Pont, Manuel, *"Manual de Derecho Mercantil"*, Edit. Tecnos, Madrid, 1977, p. 225; Garriguez, Joaquín, *"Curso de Derecho*

A. *Designación de algunos administradores atribuida a los accionistas minoritarios (o a –todos o algunos de– los accionistas privilegiados). La reforma al artículo 181 del Código de Comercio.*

De conformidad con la reforma al artículo 181 del Código de Comercio recientemente operada, entre otras, por la Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio # 7201 del 10 de octubre de 1990 (en adelante la "Ley Reguladora"), las sociedades anónimas deben elegir a los miembros de su directorio echando mano a un sistema de votación, denominado "voto acumulativo", que garantiza la representatividad de la minoría en la integración de ese órgano social, y somos de la opinión, interpretando el sentir del legislador del 90', que el pacto constitutivo puede lícitamente contener, en lo tocante al tema del nombramiento de los consejeros, y más en particular, a la forma de votación de ese asunto, otras cláusulas particulares que propongan distintos sistemas al legislativamente sancionado pero que produzcan idénticos resultados. Como corolario de lo dicho, y frente a lo estipulado por el párrafo primero del artículo 185, no sólo es posible que los socios, a través de cláusulas estatutarias especiales [7], le sustraigan a la asamblea general ordinaria el nombramiento de los consejeros, sino también y a mayor razón, es factible la inclusión de cláusulas particulares –diferentes al voto acumulativo– pero que tiendan como éste a satisfacer el interés de los accionistas minoritarios –y también el de los privilegiados– de estar representados en el consejo de administración [8]. Sin embargo, nuestro

---

Mercantil", I, Edit. Porrúa S.A., México, 1977, p. 481 s.; Iglesias Prada, Juan Luis, "Administración y delegación de facultades en la Sociedad Anónima", Edit. Tecnos, Madrid, 1971, pp. 163 ss.; Lara Velado, Roberto, *"Introducción al estudio del Derecho Mercantil"*, Edit.Universitaria de El Salvador, 1969, p. 93; Mantilla Molina, Roberto, *"Derecho Mercantil"*, Edit. Porrúa S.A., México, 1979, p. 399 s.; Pinzón, Gabino, *"Sociedades Comerciales"*, II, Edit. Temis, Bogotá, 1983, p. 126 s.; Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *"Curso de Derecho Mercantil"*, I, Edit. Porrúa S.A., México, 1966, p. 126 s.

(7) Alguna duda existe sobre la posibilidad de llegar a idénticos resultados mediante pactos para–sociales, cuya validez la doctrina pone muchas veces en entredicho.

(8) Nótese que un interés similar puede presentarse también en la hipótesis en que en la sociedad existan distintas categorías de accionistas, y se quiera que todas o algunas de ellas estén representadas, a veces con un número de directores prestablecido, en el órgano gestor.

La noción tradicional generalmente admitida de minoría, en su sentido técnico–jurídico, implica la oposición o disidencia frente a una voluntad

legislador permite, a las sociedades anónimas de capital cerrado (que son las reguladas en el Código de Comercio, en contraposición a las de capital abierto, reguladas en la Ley Reguladora), que su pacto constitutivo derogue el sistema de voto acumulativo propuesto, y vuelva al sistema tradicional en la elección de los consejeros.

Y es que el pacto social puede contemplar particulares sistemas de nombramiento, diferentes al voto acumulativo, que les permita a la minoría accionaria –o a determinadas categorías de socios– el nombramiento de una parte de los administradores (por ejemplo: el sistema de listas bloqueadas; de un número de candidatos inferior al número de puestos que deben ser cubiertos; opción del voto de lista; etc.) (9) (10).

---

mayoritaria, dentro del proceso de formación de la voluntad social de un organismo o cuerpo colegiado.

El concepto de minoría, compartido por muchos autores, se determina por contraposición al de mayoría y puede caracterizarse por dos elementos: la asistencia a una asamblea y la discrepancia frente a una decisión mayoritaria.

Por otra parte, y siempre dentro de esa misma línea de pensamiento, el connotado mercantilista venezolano René de Sola ha dicho que "la existencia de mayorías o minorías en las sociedades anónimas es únicamente una cuestión de hecho, accidental y variable"; que "la expresión accionistas minoritarios no representa, pues, ninguna institución jurídica particular" y que se aplica a los accionistas que se encuentran en una situación de hecho, inferior desde el punto de vista numérico y pecuniario, respecto del conjunto de títulos que representan en un momento dado el control de la sociedad anónima (en Revue Internationale de Droit Comparé, París, 1953, p. 406). En cuanto a nuestro pensamiento sobre tan debatido tema, véase *"Reflexiones sobre el Mercado de Valores Costarricense, IV. La Protección del Inversionista en nuestra Ley Mercantil"*, en Revista Jurídica #44, pp. 17 ss.

(9) Un ejemplo de este tipo de cláusula es el siguiente: "Salvo acuerdo unánime en contrario de la asamblea general ordinaria de accionistas, cada acción da derecho de expresar el voto para el nombramiento de un solo consejero. Resultarán elegidos aquellos que obtengan el mayor número de votos. Caso de empate, serán designados los más ancianos". Por la validez de semejantes cláusulas se ha pronunciado en Italia, no sólo la jurisprudencia, sino también la doctrina: Ferri, op. cit. en nota 3, p. 492 y autores como Cavazzuti, Pesucci Pacchi, Sansone, Scalfi y Sotgia.

Debemos aquí mencionar que ni los códigos de comercio ni las leyes especiales españolas, francesas o italianas, que normalmente sirvieron de modelo a nuestros legisladores, ni tampoco los proyectos de Vivante, de D'Amelio y de la Confederación General de la Industria Italiana, regulaban una institución o mecanismo de nombramiento semejante al que aquí estamos

Generalmente se cree que los derechos de las minorías tienen exclusivamente una función defensiva o de tutela y que surgen cuando la mayoría abusa del poder. En nuestra opinión, el derecho que venimos comentando se aparta sensiblemente de esa orientación doctrinal, porque nos parece que

---

analizando. El antecedente normativo lo encontramos, sin lugar a dudas, en los párrafos 4 y 5 del artículo 708 del Código Civil de las Obligaciones suizo, en su versión de 1936, en la Ley austríaca del 10 de julio de 1925 y en el Código Civil del Principado de Liechtenstein (Benoit, Armand, *"Le représentation de groupes et des minorités d'actionnaires à l'administration des societés anonymes"*, Lausanne, 1956, p. 68 s.).

En los Estados Unidos de América, desde 1870, aparecieron constituciones estatales y leyes de sociedades que, mediante la técnica del voto acumulativo, otorgaban a los accionistas minoritarios el derecho a estar representados en los **boards of directors** o autorizaban pactos estatutarios para ese fin; el propósito, era apartarse del sistema del **straight voting** tradicional que conducía a que la mayoría accionaria pudiera elegir a todos los **managers**.

Para un análisis más profundo de este tema, con referencia específica al artículo 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, véase Salinas Martínez, Arturo, *"El nombramiento de consejeros por una minoría de accionistas"*, en Estudios en Homenaje a Jorge Barrera Graf, II, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, pp. 1259 ss.

(10) Sabíamos que nuestro Registro Mercantil se mantuvo reacio, antes de la reforma del 90', a la inscripción de estas cláusulas. Creemos que la negativa se fundaba en una evidente confusión entre lo que es la competencia orgánica y la forma de votación: en las cláusulas de comentario, es la asamblea general ordinaria de accionistas la que, en definitiva y como la ley lo establece, procede a nombrar a los administradores; lo que la cláusula propone no es un despojo de esa facultad a la asamblea–despojo que, dicho sea de paso, el propio código autoriza en el párrafo primero del repetido 185–, sino un sistema de votación que garantice a las minorías –y/o a los accionistas privilegiados– su representatividad en el órgano gestor. Esto, por ninguna parte, estuvo prohibido en el código. Como hemos dejado claramente fijado en el texto, somos de la opinión que la sociedad puede perfectamente asumir, sin violentar el espíritu de la reforma, sistemas distintos que garanticen los mismos resultados; y no se piense que con estos otros "sistemas de votación" se está trasgrediendo lo establecido en el art. 139, pues en cualesquiera de ellos que se adopte se respeta el principio de que "cada acción común tiene derecho a un voto".

Esta equivocada posición registral fue la que llevó al legislador del 90' a proponernos la redacción actual del 181.

Es importante destacar que en la misma Ley Reguladora, el sistema de voto acumulativo se establece como obligatorio para elegir directores, fiscales y liquidadores en las sociedades anónimas de capital abierto (artículos 136, 137 y 144).

este derecho en concreto es más bien un derecho de participación en la vida orgánica de la sociedad anónima, en cuanto la minoría concurre, paralelamente con la mayoría, en la elección de los integrantes del órgano gestor. Al mismo tiempo, la mayoría interviene en el proceso de formación y manifestación de la voluntad social, dentro del marco específico de competencia que le asigna excepcionalmente la ley, con normas inderogables.

Ahora bien, este derecho de que puede ser titular la minoría, no sólo constituye un límite objetivo al poder de la mayoría de elegir a todos los consejeros, sino que cumple además una función preventiva, al mantener debidamente informada a la minoría interesada sobre las políticas y actividades de la sociedad y al intentar el consenso en el ámbito reducido del propio consejo de administración, antes de la adopción y ejecución de los acuerdos, y no a **posteriori**, en el cuerpo más amplio de una asamblea general. Por otra parte, simultáneamente facilita cumplir una función de supervisión o vigilancia, siempre en pro de la minoría.

Desde otro punto de vista, un sector de la doctrina no ha dejado de señalar los riesgos que conllevan los mecanismos de representación de las minorías en el órgano administrativo: así, se habla de intereses particulares y facciosos, de obstáculos para el funcionamiento del órgano, de ineficiencia por falta de unidad y homogeneidad, de polarización de opiniones y del espíritu de oposición sistemática, de fuente de discordias y campo de batalla, etc.

Es claro que esos peligros no pueden negarse ni deben ser subestimados, pero parece que las ventajas que trae aparejada la representación minoritaria con espíritu de colaboración, y concretamente el efecto de objetividad, madurez y transparencia que puede producir en la dirección de las sociedades anónimas, superan los riesgos e inconvenientes apuntados.

Siempre con fundamento en el párrafo primero del artículo 185, consideramos válidas aquellas cláusulas estatutarias que tienen como efecto final sustraerle a la asamblea ordinaria la facultad de nombrar a los administradores, por ejemplo, confiriéndole a cada grupo de socios la designación de un cierto número de administradores [11].

---

(11) Para nosotros una cláusula de estas sería, sin lugar a dudas, la sustitución de los administradores por cooptación. v. supra, nota 3.
Por análogos motivos debe considerarse válida tanto la cláusula estatutaria que le atribuya a terceras personas la designación de los administradores, como la que le confiera a los administradores nombrados por la asamblea ordinaria (en la escritura social o por la asamblea de suscriptores) la facultad de nominar a los otros hasta alcanzar un número determinado, previamente establecido como techo; Ferri, op. cit. en nota 3, p. 492 s.; Minervini, op. cit. en nota 3, pp. 14 ss.; se manifiestan en contra de este criterio, Giuliani y Valsecchi, cit. por Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 57, nota 13.

Con fundamento en las mismas razones, y siempre a nuestro criterio, los socios pueden predeterminar válidamente, en pactos parasociales, la composición del órgano gestor, vgr. comprometiéndose a integrar el consejo de acuerdo a una composición previamente acordada [12].

En conclusión: hoy es perfectamente lícito e indiscutible en nuestro país, asegurarle a las minorías (o a determinadas categorías de accionistas) el derecho de nombrar una parte de los miembros del consejo de administración; para alcanzar esa finalidad es posible, no sólo el uso de cláusulas estatutarias y la estipulación de pactos parasociales que tengan como último efecto sustraerle a la asamblea ordinaria su facultad, legalmente atribuida, de nombrar a los administradores de la sociedad (v. hipótesis contenidas en los dos párrafos anteriores), sino también alcanzar el mismo resultado estipulando, en cláusulas estatutarias especiales y expresas, y aun distintas al voto acumulativo pero con sus mismos efectos, modalidades particulares para el nombramiento de los administradores por la asamblea (v. hipótesis comentadas en la página anterior). Para impedir luego que la mayoría evada, modifique o derogue las cláusulas estatutarias que le permiten a las minorías (o a los socios privilegiados) nombrar a algunos de los administradores, se acostumbra incluir en el pacto social, ya una cláusula que permita la modificación del mismo sólo con una mayoría tal que se haga necesario el voto favorable de una parte, cuando menos, de la minoría [13], ya la cláusula "simul stabunt,

---

Es importante apuntar que algunas legislaciones exigen, dentro de un sistema de cogestión, que haya en el órgano gestor uno o más administradores representantes del personal. Sobre el particular, véase Iglesias Prada, op. cit. en nota 6, pp. 181 ss.; Menéndez Menéndez, Aurelio, "Los administradores representantes del personal y la Ley de Sociedades Anónimas", en Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garríguez, Edit. Tecnos, Madrid, 1971, pp. 181 ss.

(12) Como estos pactos parasociales parecen ser válidos a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, por un lado, la nominación hecha por la asamblea ordinaria sería nula (si la violenta) y, por el otro, contra los socios que incumplan esos pactos sería procedente una acción de resarcimiento de daños y perjuicios.
Reconocemos que los pactos parasociales a los que nos estamos refiriendo, son muy frecuentes en la práctica societaria, sobretodo por el vínculo moral y jurídico que ellos crean.

(13) Nótese que semejante cláusula es perfectamente lícita en nuestro país de acuerdo a la letra del art. 170, y ha venido siendo contínuamente homologada por nuestro Registro Mercantil.

simul cadent" [14] [15], lo que es perfectamente viable en Costa Rica con fundamento en el inciso 19 del artículo 18.

B. *Requisitos de idoneidad.*

Nuestro código no establece ningún requisito particular de idoneidad que deban reunir las personas que vayan a ser nombradas administradoras de una sociedad anónima; pero los socios pueden, en el pacto social, con fundamento en el inciso 19 del artículo 18, establecer requisitos de este tipo, tales como una cierta edad, experiencia, títulos académicos, buena conducta o bien exigirles la condición de socios (esto último también con fundamento en el artículo 181).

---

(14) Esta cláusula crea una conmixtión entre todos los integrantes del consejo de administración en modo tal que, si uno o más de ellos, por cualquier causa, dejan de ser consejeros, de modo que el consejo no quede ya compuesto en la forma que originalmente estuvo, también sus compañeros cesan automáticamente en sus cargos, y el consejo debe ser completamente reintegrado.
La jurisprudencia y la doctrina italianas están decididamente orientadas hacia la validez indiscutible de esta cláusula.

(15) Otra cláusula estatutaria, utilizada sobretodo en las pequeñas sociedades anónimas denominadas familiares o cerradas, que si bien no le asegura a la minoría el nombramiento de un cierto número de directores, sí le permite llegar a acuerdos con la mayoría sobre el particular, es la que exige, para el nombramiento de los administradores, mayorías ultralegales tales de hacer imprescindible el voto favorable de, al menos, una parte de la minoría, aun para la asamblea ordinaria en segunda convocatoria. Consideramos que semejante cláusula es nula frente a lo dispuesto en cuanto a quórums de primera y segunda convocatoria por los arts. 169 y 171, criterio éste que comparte, hasta donde entendemos, nuestro Registro Mercantil e indubitablemente la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria italianas. Sin embargo, como se vió –supra, nota 4– el Registro admite indirectamente esta solución permitiendo, creemos que con fundamento en el párrafo primero del 185, que los socios puedan, por cláusula estatutaria expresa, atribuirle a la asamblea general extraordinaria la facultad de nombrar a los administradores, tesis está amparada por nuestro Tribunal Superior Contencioso Administrativo, según se vió supra, nota 4. Claro que esta última solución comentada surte efectos similares a la anterior sólo si la minoría es suficientemente consistente.

C. *Duración del cargo.*

El nombramiento de los administradores, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 185, puede hacerse por un plazo fijo, a entera discreción de los socios en el pacto constitutivo, o bien por todo el plazo social.

Cuando el pacto constitutivo establece un plazo de nombramiento fijo, sin más indicaciones, en Italia se sostiene que el número de años por los que se hizo el nombramiento está referido a los "ejercicios sociales" y no a los "años solares" [16]; nótese, que sea porque el vencimiento del plazo se verifica cuando concluye el ejercicio social (en nuestro país con la terminación del año fiscal, el 30 de setiembre), o al momento de aprobarse el balance, la duración de permanencia en el cargo puede no coincidir, con diferencias a veces muy marcadas, con el número de años (solares) para los cuales se hizo el nombramiento [17].

En nuestra opinión, salvo disposición en contrario del pacto constitutivo, los administradores pueden ser reelegidos (en derecho privado, lo que la ley no prohíbe, está permitido).

CH. *Fuente y naturaleza de la relación de administración.*

Es éste, tal vez, el problema más controvertido a propósito del órgano gestor. Algunos se inclinan a considerar que la relación administradores–sociedad tiene su origen en un contrato, discutiendo si se trata de un contrato especial, autónomo [18], o, por el contrario, de un contrato

---

(16) Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 59.

(17) Por ejemplo, en el supuesto de un ejercicio social que cierre el 31 de diciembre, con aprobación del balance al 30 de abril siguiente, si el nombramiento fue hecho por un trienio, la permanencia en el cargo será mayor a tres años cuando los administradores hayan sido designados en los primeros meses del año (los administradores nombrados en el mes de enero de 1990 durarán en su cargo hasta abril de 1993), y menor de tres años cuando los consejeros han sido nombrados en los últimos meses del año.

(18) Tesis principalmente expuesta por Minervini, op. cit. en nota 3, p. 71, quien precisa que dicho contrato tiene por objeto una prestación laboral con el contenido de una actividad prevalecientemente jurídica desarrollada en una posición en algunos aspectos de subordinación, en otros de autonomía.

de trabajo en sentido amplio [19]. En lo que sí hay consenso absoluto en la doctrina italiana es en que no se trata de un mandato, tesis ésta que prevaleció durante la vigencia del Código de Comercio italiano de 1882 [20].

Otros sostienen que el nombramiento es un acto unilateral, pues, en cuanto se concreta a un acuerdo de asamblea, se trataría más bien de un acto interno concerniente a la organización de la sociedad, respecto al cual la aceptación no da origen a un vínculo contractual, sino que opera como una condición de eficacia del nombramiento [21]. En el ámbito de esta tesis hay quien sostiene que el acto de nombramiento, precisamente porque se refiere a la organización de la sociedad, constituye la fuente de los poderes de los administradores; afirmación ésta que es combatida por quien, no obstante criticar las tesis contractualistas, afirma que los poderes de los

(19) Posición desarrollada por Cottino, op. cit. en nota 3, p. 655.Nuestros tribunales han sostenido que los directores de las sociedades anónimas no son trabajadores: Sala Segunda de la Corte, sent. # 95 de las 14:10 hrs. del 16 de mayo de 1984, en Rev. Jud. # 39, parágrafos 606-607 (hay voto salvado); Tribunal Superior de Trabajo, sent. # 42 de las 15:30 hrs. del 10 de enero de 1983, en Rev. Jud. # 27, par. 1100.

(20) La crítica de la teoría que asimila la relación de administración al contrato de mandato es hoy unánime en Italia: Allegri, Vincenzo, *"Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori"*, Giuffrè Editore, Milano, 1979, pp. 1-66; Cottino, op. loc. ult. cit.; Ferrara Jr., Francesco, *"Imprenditori e società"*, Giuffrè Editore, Milano, 1975, p. 469 s.; FRE, op. cit. en nota 3, p. 426; Galgano, Francesco, *"Diritto commerciale. II. Le societá"*, Bologna, 1984, p. 324; Minervini, op. cit. en nota 3, pp. 70 ss.; Minguzzi, *"Gli amministratori di società per azioni. I poteri"*, Rimini, 1980, pp. 46-54; Ragusa Maggiore, Giuseppe, *"La responsabilità individuale degli amministratori (art. 2395 c.c.)"*, Giuffrè Editore, Milano, 1960, pp. 37 ss. También se manifiestan en contra de esta posición, Garríguez, op. cit. en nota 6, p. 484 s.; Rodríguez Rodríguez, op. cit. en nota 6, p. 127.

(21) Ferri, op. cit. en nota 3, pp. 493 ss; FRE, op. cit. en nota 3, p. 426. Sin embargo, Ferri no excluye que entre la sociedad y el administrador pueda existir una relación intersubjetiva, que puede asumir naturaleza contractual, dirigida a regular, tanto las condiciones para el desarrollo de la actividad del administrador, como su remuneración: esta relación debe considerarse, y tenerse, separada de la relación interna de administración.
Dicho sea de paso, la Sala Primera de la Corte, en sentencia número 33 de las 14:30 hrs. del 1 de julio de 1983, ha reconocido que los acuerdos "tomados por las asambleas de accionistas implican una declaración de voluntad que participa de la categoría de los negocios jurídicos y que regula intereses privados".

administradores son originarios y están directamente unidos por la ley a los órganos necesarios de ejecución del contrato de sociedad [22].

En todo caso, para estas teorías, los administradores pueden definirse como órganos de la sociedad [23], calificación ésta que es admitida por la jurisprudencia italiana prevaleciente [24].

D. *Inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil.*

El nombramiento de los administradores debe inscribirse en el Registro Mercantil, de conformidad con lo dispuesto en el inciso e del artículo 235, ya sea que la designación se realice por la asamblea general ordinaria de accionistas (art. 155, inciso c); en la escritura constitutiva (art. 18, inciso 12); por la asamblea de suscriptores (art. 116, inciso e); o bien, con fundamento en el párrafo primero del artículo 185, por la asamblea general extraordinaria, por la asamblea especial, por el propio órgano gestor (sustitución por cooptación); por el órgano de vigilancia; por algún o algunos terceros designados; o en cualquier otra forma establecida por los socios en el pacto social.

En Italia se considera que la inscripción del nombramiento de los administradores en el registro, es meramente declarativa. En nuestro país el punto no es suficientemente claro, pues mientras en algunos fallos se ha dicho que tanto la inscripción de la sociedad como la de sus modificaciones son constitutivas [25], la misma claridad no se desprende en lo tocante a la inscripción del nombramiento de los directores.

6.– *Causas de "inelegibilidad" y de caducidad del nombramiento.*

Nuestro código no establece ninguna causa específica o especial que impida el nombramiento de algunas personas como administradores; en consecuencia, consideramos que deben aplicarse a esta materia, las reglas que descienden del derecho común: así, no pueden ser nombrados

(22) Galgano, op. cit. en nota 20, pp. 324 ss.

(23) Ferri, op. loc. ult. cit.; Galgano, op. loc. ult. cit.

(24) Véase Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 61, nota 28.

(25) Tribunal Superior Contencioso Administrativo, sent. número 1810 de las 10:07 hrs. del 5 de mayo de 1976 y Sala de Casación, sent. número 82 de las 15 hrs. del 2 de noviembre de 1977.

administradores, el menor de edad, el incapaz legal de actuar y el sordomudo que no sabe leer ni escribir (arts. 37, 41 y 42 del Código Civil) [26].

Algunas leyes especiales señalan causas de "inelegibilidad", como, por ejemplo, la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, # 1644 del 26 de setiembre de 1953 y sus reformas, que establece, en el inciso 2 del artículo 22, que no podrán ser designados directores de un banco del Estado "los que...formen parte del directorio de una misma sociedad por acciones. Cuando con posterioridad a sus nombramientos se presentare una de estas incapacidades, caducará el nombramiento al de menor edad".

Si la causa de "inelegibilidad" se produce –o el requisito de idoneidad establecido en el pacto constitutivo se pierde– después de que el director ha aceptado el cargo, ella –y él– se transforma(n) en una causa de caducidad del nombramiento.

La caducidad determina, con efecto inmediato y automático, la cesación del cargo de administrador [27]: desde ese momento, ninguna acción u omisión puede imputársele al administrador cesado, a menos que éste hubiere continuado, "de hecho", administrando la sociedad.

Además, nos parece que con fundamento en el artículo 1260 del Código Civil, no puede ser designado presidente del consejo de administración –que es el representante judicial y extra-judicial de la sociedad anónima, por expresa disposición del artículo 182–, ni asumir dentro de ese órgano ninguna facultad representativa, ni ser designados apoderados de la sociedad (de acuerdo al número 187) "los que no tienen capacidad para obligarse por sí mismos", tales como los incapaces legales arriba indicados y las personas declaradas en estado de quiebra o de insolvencia.

---

(26) Por la razón de que es inadmisible que quien no tiene plena y absoluta capacidad para administrar su propio patrimonio, pueda administrar un patrimonio ajeno, Dell'Oro, *"Dell' emancipazione"*, en Commentario del codice civile dirigido por Scialoja y Branca, (artt. 390-413), Bologna–Roma; 1972, p. 88; FRE, op. cit. en nota 3, p. 445; Greco, Paolo, *"Le società nel sistema legislativo italiano"*, U.T.E.T., Torino, 1959, p. 280; Minervini, op. cit. en nota 3, p. 96.
Sobre causas de "inelegibilidad" en España, véase Broseta Pont, op. cit. en nota 6, p. 254; Garríguez, op. cit. en nota 6, pp. 476 ss.; Iglesias Prada, op. cit. en nota 6, pp. 171 ss.; en México, Mantilla Molina, op. cit. en nota 6, p. 400; Rodríguez Rodríguez, op. cit. en nota 6, p. 125 s.; en Colombia, Pinzón, op. cit. en nota 6, p. 253 s.

(27) Ferrara JR., op. cit. en nota 20, p. 488, nota 19; Ferri, op. cit. en nota 3, p. 519; Minervini, op. cit. en nota 3, p. 466 s.

Por último, creemos que con base en el inciso 19 del artículo 18, los socios pueden, en el pacto constitutivo, establecer causas de "inelegibilidad" y de caducidad no previstas legalmente (como, por ejemplo, la inhabilitación absoluta o la inhabilidad especial para el ejercicio del comercio o de cargos públicos; etc.).

7.– *Causas de incompatibilidad (el administrador persona jurídica, el administrador dependiente, etc.).*

Particulares causas de incompatibilidad están previstas por algunas leyes: la ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, # 6872 de 17 de junio de 1983, establece, en su artículo 22 que "los ministros de gobierno, los viceministros y los presidentes ejecutivos, gerentes y sub-gerentes de los entes descentralizados o de las empresas públicas, no podrán ejercer...cargos de administración, dirección o representación de empresas privadas o públicas, salvo cuando esta representación sea otorgada por ley", agregando que "los ministros o viceministros podrán formar parte de juntas directivas, comisiones, consejos o demás organismos colegiados cuando la ley expresamente así lo indique". Por su parte, la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, # 1552 del 21 de abril de 1953 y sus reformas, establece, en el inciso 4 del artículo 25, que el cargo de director del B.C.C.R. "es incompatible con el de miembro de la junta directiva o del consejo directivo de bancos privados o de sociedades financieras privadas, o que a la fecha de su nombramiento tengan a sus padres, cónyuges o hijos en esa condición en las entidades dichas". Esa misma ley, en su artículo 129, dice que "ningún funcionario de la Auditoría General de Entidades Financieras podrá ser director, gerente, representante legal, personero... de ninguna de las entidades sujetas a la fiscalización de la Auditoría General...". La Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, establece, en el inciso 4 del artículo 23, que el cargo de director de un banco del Estado es incompatible con el de "directores, gerentes, personeros o empleados de cualquier otro banco", y en el inciso 5, con el de aquellos que "sean o durante el año anterior hayan sido miembros de la junta o del consejo directivo de sociedades financieras privadas, o que a la fecha del nombramiento tengan a sus padres, cónyuges o hijos con esa calidad". En cuanto a bancos privados que, de conformidad con el artículo 141 ibídem, sólo pueden organizarse como sociedades anónimas o como uniones o federaciones cooperativas, el número 144 dice que sus consejeros "no podrán ser directores, gerentes, personeros o empleados de cualquier otra institución bancaria" y el 147 afirma que "los estatutos de cada banco

establecerán las condiciones personales requeridas para ser miembro de la junta directiva; las incompatibilidades e incapacidades para serlo; las causales de cesación en el cargo;...y todos los demás requisitos, condiciones y procedimientos que se aplicarán en el nombramiento, actuación y reposición de los miembros de la junta directiva".

Además, no puede ser administrador de la sociedad el fiscal de la propia sociedad (art. 196, inciso b, a contrario senso); se trata ésta de una prohibición implícita en la disciplina legislativa [28].

Algunas dudas existen acerca de la compatibilidad del cargo de administrador con el de dependiente de la sociedad. La acumulación de funciones de administrador y dependiente es muy frecuente en la praxis societaria contemporánea, sobretodo al máximo nivel direccional. Esto se debe a la evolución del poder de gestión en el ámbito del órgano administrativo, pues la clase de los "managers" no se agota con los administradores. Además, esta circunstancia responde a necesidades de orden práctico: el administrador adquiere, en cuanto dependiente, estabilidad en su trabajo y el derecho a un tratamiento económico más apetecido, y no sólo los riesgos de una carrera administrativa.

Por mucho tiempo en la doctrina italiana prevaleció la tesis de que la acumulación de estas funciones debía considerarse prohibida, porque el administrador, en cuanto órgano de la sociedad, sería sustancialmente el patrono, y si él fuera, además, dependiente, no existiría el vínculo de subordinación que caracteriza la relación obrero–patronal, como elemento típico y esencial (pues sería dependiente de sí mismo). Hoy, la opinión prevaleciente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia italianas, fundamentándose en la circunstancia de que el contrato de trabajo se celebra entre la sociedad y el administrador y, por ende, entre dos personas distintas, admite, en línea de principio, la acumulación de las dos figuras, subordinando su legitimidad a una investigación casuística dirigida a determinar, en primer lugar, la existencia del vínculo de subordinación (que constituye la característica esencial del trabajo subordinado), y, en segundo lugar, la existencia de un acto de asunción válido, esto es, no viciado por un conflicto de intereses (la denominada "auto-sanción"). Con fundamento en estos principios, se excluye, casi pacíficamente, la acumulación en la hipótesis de un solo administrador (situación no factible en nuestro país, dado lo claramente dispuesto por el art. 181); se admite, también pacíficamente, la acumulación en la hipótesis de simple consejero delegante;

(28) Mignoli, Ariberto–Nobili, Raffaele, *"Amministratori di società"*, en Enciclopedia del Diritto, II, Giuffrè Editore, Milano, 1958, p. 136; Minervini, op. cit. en nota 3, p. 99.

y, por último, se examina, concretamente, si hay o no subordinación frente al consejo en la hipótesis de administrador delegado, a veces reconociéndola, a veces negándola [29]. Como se aprecia, la problemática ha evolucionado hacia principios más elásticos.

Sobre el particular, es importante recordar que el artículo 144 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional dice expresamente que los directores de los bancos privados "no podrán ser, al mismo tiempo, gerentes, personeros o empleados del mismo banco...".

Muy discutida es la cuestión de si una persona jurídica puede ser nombrada administradora de una sociedad. Aquí juega papel preponderante la posición que se asuma frente al fenómeno de la personalidad jurídica: si se reconoce ésta como una categoría general, que se coloca como alternativa de la persona física en cuanto dotada, por disposición normativa, de los mismos atributos, la respuesta positiva nos parece posible. Pero si ponemos el acento sobre el hecho de que la persona jurídica no existe en sí y por sí, sino que es un puro y simple instrumento, legalmente permitido, del accionar humano, entonces el problema se reduce a examinar si la disciplina de los administradores es compatible con la asunción, por parte de una persona jurídica, de la función administrativa en una sociedad anónima; y aquí sí nos parece difícil que la respuesta pueda ser positiva: la administración de una sociedad confiada a una persona jurídica rompería realmente la relación que se instaura entre la compañía y sus propios administradores; quien administraría sería, en realidad, la persona jurídica designada pero a través de sus propios representantes, ante ella responsables y por ella revocables en cualquier momento. Y como la persona jurídica no existe como realidad física, tangible, sucedería, a fin de cuentas, que el presidente de X S.A. sería, en realidad, el presidente de la persona jurídica Z y no Z S.A.; de donde se produce ese fenómeno de desarticulación ahora denunciado; así las cosas, si la asamblea de accionistas de Z cambia a su presidente, indirectamente estaría cambiando también al presidente de X [30].

(29) Sobre el particular, véase la jurisprudencia citada por Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 7, nota 50. En doctrina, Borgioli, A., *"I direttori generali di società per azioni"*, Giuffrè Editore, Milano, 1974, pp. 231-237; Cottino, Gastone, *"La società per azioni"*, U.T.E.T., Torino, 1972, p. 116; FRE, op. cit. en nota 3, p. 447; Minervini, op. cit. en nota 3, p. 98. En España, véase Iglesias Prada, op. cit. en nota 6, p. 167 s.

(30) Cottino, op. cit. en nota anterior, p. 114 y op. cit. en nota 3, p. 657 s.; Ferri, op. cit. en nota 3, pp. 495 ss.; Galgano, op. cit. en nota 20, p. 320; todos, con fundamento en distintos argumentos, contrarios a que una persona jurídica pueda ser administradora de una sociedad.

En síntesis, sería como aceptar que los administradores de la sociedad fueran nombrados por un tercero extraño a la sociedad que, al ser administrados por los representantes de la persona jurídica administrante, estas personas son nombradas por los asociados de ésta, sustituibles y revocables por ellos, lo que parece contrario a la disciplina de los artículos 181 y siguientes, y sobretodo, a los artículos 189 y 190. Aparte de que no vemos la necesidad de crear, también a nivel del órgano gestor, el problema de la "administración en cadena; a estrella; piramidal; etc.", que ya es un dolor de cabeza a nivel de tenencia accionaria. Además, creemos que la disposición contenida en el artículo 183, parece excluir esta posibilidad ("el cargo de consejero es personal y no podrá desempeñarse por medio de representante").

También hay incompatibilidad legal para los corredores jurados, de conformidad con el inciso d) del artículo 312.

Estas causas de incompatibilidad, a diferencia de las causas de "inelegibilidad", no anulan el nombramiento de los administradores, pero sí colocan al interesado en la necesidad de escoger entre uno u otro de los cargos incompatibles.

Somos de la opinión que, con base en el inciso 19 del artículo 18, los socios pueden, en el pacto constitutivo, establecer causas de incompatibilidad no previstas legalmente [31].

En Francia, el artículo 91 de la Ley n. 66-537 del 24 de julio de 1966, lo admite expresamente, al igual que lo hacen las legislaciones de Inglaterra y del Principado de Liechstenstein. Por el contrario, la Ley de Sociedades por Acciones de Alemania y el Código de las Obligaciones suizo lo prohíben. Sobre el particular y en cuanto a la legislación mexicana, véase Bauche Garciadiego, Mario, *"La empresa"*, Edit. Porrúa S.A., México, 1977, pp. 540 ss. En relación a la legislación española, consúltese el detallado trabajo de Polo Sánchez, Eduardo, *"El ejercicio del cargo de administador de las sociedades anónimas por las personas jurídicas"*, en Revista de Derecho Mercantil, Madrid, oct.-dic. 1965; también, más genéricamente, véase Iglesias Prada, op. cit. en nota 6, p. 169 s.

La Sección primera de nuestro Tribunal Superior Contencioso administrativo se ha pronunciado en contra de esta posibilidad argumentando que el articulado del Código en tema de administración y representación de sociedades anónimas (Sección VI, Capítulo VII, Título I, Libro I) tiene como presupuesto la persona física; amén de que la palabra "miembros" utilizada en el artículo 181, significa individuos, esto es, personas físicas (Sent. # 362-90 de las 10:35 hrs. del 30 de mayo de 1990).

(31) Estamos pensando en una cláusula que le impida a una persona, por ejemplo, ser administradora de la sociedad si está ejerciendo, por cuenta propia o ajena, una actividad concurrente, o cuando es, contemporáneamente, socia

8.– *Causas de cesación.*

Nuestro código no está provisto de una disciplina apropiada que regule, sistemáticamente, la cesación de los administradores, salvo lo establecido en los artículos 155, inciso c (revocación del nombramiento); y 185, párrafo segundo, y 186 (expiración del plazo de nombramiento).

A. *La revocación del nombramiento.*

Aun en el caso de administradores nombrados en el acto constitutivo o por la asamblea de suscriptores o por cualquier otro órgano social o persona, de conformidad con el párrafo primero del artículo 185, la asamblea general ordinaria de accionistas puede, en cualquier momento, acordar la revocación del nombramiento de uno, varios o todos los consejeros (art. 155, inciso c): sin embargo, si la revocatoria se da sin que medie justa causa, el administrador revocado tiene derecho a exigir de la sociedad el resarcimiento de los daños y perjuicios causado, de acuerdo a las reglas del derecho común.

La potestad de revocación es inderogable, y no puede ser renunciada o limitada por cláusulas estatutarias o pactos parasociales [32]. La revocación es acordada por la asamblea ordinaria (art. 155, inciso c), no tiene que ser motivada (salvo que fuere fundada en justa causa, precisamente para evitarse la sociedad una acción de resarcimiento de daños y perjuicios en su contra) y, según una sentencia italiana, puede acordarse aunque no esté incluida en el orden del día [33]; puede ser implícita (vgr., acuerdo de sustitución de

---

ilimitadamente responsable de una sociedad concurrente. Nótese que quien se encuentre en tal situación, no es a priori "inelegible" para el puesto de administrador, sino que debe simplemente escoger entre las dos posiciones incompatibles.

(32) Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 74; FRE, op. cit. en nota 3, p. 451; Weigmann, R., *"Responsabilità e potere legittimo degli amministratori"*, U.T.E.T., Torino, 1974, pp. 160 ss., quien sostiene la invalidez de las cláusulas estatutarias que le limitan a la asamblea ordinaria la facultad de revocar los nombramientos de los administradores.

(33) Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 74, nota 62.

Es importante recordar aquí que para nuestro Tribunal Superior ContenciosoAdministrativo es válida la cláusula del pacto social que le confiere a la asamblea general extraordinaria la potestad de remover a los administradores, según vimos en nota 4, párrafo 5.

consejeros precedentes) e indirecta (vgr., acuerdo de disminución del número de consejeros) [34].

A falta de justa causa, el derecho al resarcimiento de daños y perjuicios es consubstancial a todos los supuestos de revocación, aun tratándose de revocación implícita o indirecta; sin embargo, es éste un derecho (patrimonial) renunciable por el consejero, desde el momento mismo de la aceptación del cargo [35]. Sí nos parece muy dudoso que la acción resarcitoria proceda en aquellas hipótesis en que la cesación del cargo de administrador sea consecuencia de las dimisiones de otros consejeros en presencia de la cláusula "simul stabunt, simul cadent".

El administrador revocado puede, tanto impugnar el acuerdo de revocación (de conformidad con los arts. 176 y 177) [36], cuanto incoar la acción resarcitoria por la revocación: esta última demanda –que puede ser presentada por el administrador conjunta pero subsidiariamente con la de impugnación– prescinde de la determinación de la invalidez de la revocación, pues presupone su plena eficacia.

El problema más delicado en esta materia es la determinación de cuándo hay "justa causa" en la revocación. La prevaleciente jurisprudencia italiana considera que valen, en línea de máxima, los mismos principios vigentes en tema de revocación del mandato [37], y por lo tanto ha afirmado que la causa justificativa de la revocación puede consistir, tanto en un incumplimiento imputable de las obligaciones del administrador [38], cuanto en una circunstancia objetiva, es decir, en un hecho ajeno a la persona del revocado, como consecuencia del cual resulte vulnerado el vínculo de confianza y de colaboración que debe existir entre la sociedad y los administradores.

---

(34) No nos parece que pueda técnicamente hablarse de revocación (ni siquiera indirecta) cuando la desaparición de los administradores sea consecuencia directa del funcionamiento o de la aplicación de la cláusula "simul stabunt, simul cadent", pues aquí no estamos ante un acuerdo de asamblea, ya que la "caída" de todo el consejo es producto de la "iniciativa" de uno o más consejeros.

(35) Weigmann, op. cit. en nota 32, pp. 160 ss.

(36) Se considera que la anulación de los denominados acuerdos "self-executing", como los de nombramiento o revocación de los administradores o fiscales, remueve inmediatamente los efectos del acuerdo anulado.
Es muy controvertido si los administradores (socios) deban o no abstenerse de votar, por conflicto de intereses, el acuerdo que decide su revocación.

(37) FRE, op. cit. en nota 3, p. 452; Minervini, op. cit. en nota 3, p. 474.

(38) Para Greco, op. cit. en nota 26, no hay justa causa en la revocación cuando el incumplimiento del administrador es de escasa importancia.

Dentro de esos lineamientos, hay justa causa para la revocación, sea cuando se verifica una situación de antagonismo perjudicial con la sociedad, aunque no exista culpa en el administador [39], sea cuando medie la disolución anticipada de la sociedad.

Siempre dentro de ese mismo orden de ideas, no constituyen justa causa de revocación ni la mera conveniencia económica de la sociedad (como la disminución del número de los administradores operada mediante reforma a la cláusula de administración en el pacto social) [40]; ni el simple disenso de un administrador en cuanto a decisiones orgánicas o hechos relativos a la gestión de la sociedad [41].

Bastante dudosa resulta la cuestión de si el acuerdo tomado por la asamblea general de socios de ejercer contra todos, algunos o algún administrador la acción social de responsabilidad ex. art. 192, conlleva, de iure condendo, la revocación del nombramiento del administrador o administradores endilgados; ante la no muy clara redacción de esa norma, recomendamos, si esa es la intención de los socios, revocar expresamente el o los nombramientos respectivos.

La revocación tiene efectos inmediatos [42] y la misma asamblea que revocó debe proceder a nombrar a los sustitutos de los administradores revocados, tesis ésta que parece condividir la Sección Segunda de nuestro Tribunal Superior Contencioso Administrativo (sent. # 499 de las 8:15 hrs. del 24 de setiembre de 1982).

---

(39) Weigmann, op. cit. en nota 32, pp. 163 ss., quien, además de admitir como causa justa de revocación la pérdida de la cualidad de socio, cuando el pacto constitutivo la exige, considera que puede haber justa causa de revocación aunque no haya culpa imputable al administrador (vgr., una larga enfermedad).

(40) Weigmann, op. cit. en nota 32, pp. 160 ss. En contra de este criterio se manifiesta en Italia PESCE (cit. por Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 78, nota 76), quien considera que es suficiente, para que exista justa causa, la existencia de intereses no coincidentes; por eso, tanto la conveniencia económica de la sociedad, como la reducción del número de administradores –siempre que sean reales y no simuladas–, integrarían los extremos de la justa causa.

(41) Como el disenso que podría darse sobre los ítems que deben ser incluidos en el balance o sobre la forma en que se están trascribiendo las actas de las sesiones de la junta directiva.

(42) Minervini, *op. cit.* en nota 3, p. 484.

B. *El vencimiento del plazo de nombramiento.*

El vencimiento del plazo de nombramiento está previsto como causa de cesación por los artículos 185 infine y 186.

Salvo disposición en contrario del pacto constitutivo o bien del acto de nombramiento, por vencimiento del plazo el Registro Mercantil ha interpretado que es el vencimiento del año solar (o de los años solares) de nombramiento. Según esta interpretación, en caso de nombramientos, por ejemplo, por un trienio, acordados el 15 de enero de 1990, el plazo vencería el 15 de enero de 1993. Como se dijo, el pacto constitutivo o el acuerdo de designación pueden establecer el vencimiento con referencia, verbigracia, al ejercicio social (o a los ejercicios sociales) o a cualesquiera otra circunstancia, tal como la aprobación del ejercicio social (o del último ejercicio social al que se refiere el nombramiento); así, y retomando el ejemplo dado, en el entendido de que el ejercicio social concluye siempre con el año fiscal, esto es, el 30 de setiembre, el plazo de esos nombramientos vencería el 30 de setiembre de 1992 [43]. Claro que de conformidad con lo estipulado por el citado

(43) Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 82, considera preferible el vencimiento del plazo de nombramiento referido al ejercicio o ejercicios sociales o a la aprobación del balance, pues el año solar presenta el problema que, debiéndose computar el plazo en cuestión a partir de la aceptación de cada administrador y siendo posible que las aceptaciones no se den contemporáneamente, los nombramientos de los administradores podrían vencer en oportunidades distintas, lo que parece inconveniente.
No sabemos si el Registro se ha cuestionado esta situación, pero consideramos que allí se cree que el plazo comienza a correr desde el momento de la designación y no desde la aceptación del cargo, lo que nos parece del todo incorrecto, exigiendo la ley, como exije (art. 18, inciso 12), la aceptación del designado.
Pero lo cierto es que nuestro código no parece acoger el criterio de Bonelli arriba expuesto en cuanto al año solar, pues la letra del 186 nos indica que la cesación de los administradores (de todos) por vencimiento del plazo de nombramiento, cualquiera que sea el hecho al que esté referido, se verifica en un mismo momento, de donde los administradores nombrados con posterioridad vencen conjuntamente con los que estaban en funciones al momento de su designación. Fiorentino, *"Gli organi delle società di capitali"*, Morano Editore, Napoli, 1950, p. 103 s.; Minervini, op. cit. en nota 3, p. 36.
Ahora bien; sobre cuál de los dos momentos sea preferible entre el vencimiento del ejercicio social –o de los ejercicios sociales– o la aprobación del balance –o del último balance– nos parece mejor este último, pues es conveniente que los administradores que redacten el estado de situación sean los mismos que han ejercido la gestión a que el balance se refiere y de la cual ellos son responsables a tenor del art. 189.

número 186, "los consejeros continuarán en el desempeño de sus funciones hasta el momento en que sus sucesores puedan ejercer legalmente sus cargos", pero la determinación del momento en que el plazo de designación vence es indispensable para que los administradores convoquen con la debida antelación a la asamblea e incluyan en el orden del día la elección de los nuevos consejeros.

Nuestros tribunales han venido manteniendo, mayoritariamente, una interpretación del artículo 186 que nosotros decidamente no compartimos: para nuestros Jueces el tenor literal de la norma se aplica sólo cuando aparece anotada, al margen de la sociedad, acta de asamblea de socios en donde se procede a nombrar a los sustitutos; a falta de dicha anotación aplican el artículo 155 del Código de Procedimientos Civiles, hoy derogado [44]; nuestros tribunales con semejante interpetación pretenden decirnos que para aplicar el 186 debe demostrarse que los sucesores han sido nombrados, siendo ese el

(44) Del Tribunal Superior Primero Civil, véanse las siguientes sentencias: # 1126 de las 8:55 hrs. del 2 de julio de 1986, en Rev. Jud. # 48, parágrafo 1096; # 512 de las 8:20 hrs. del 18 de abril de 1986, en Rev. Jud. # 47, par. 728; # 2533 de las 9:40 hrs. del 13 de diciembre de 1985, en Rev. Jud. # 45, par. 2670; # 2485 de las 8:20 hrs. del 10 de diciembre de 1985, en Rev. Jud. #45, par. 2188; # 363 de las 8:15 hrs. del 8 de abril de 1983, en Rev. Jud. # 35, par. 874; del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, sent. # 410 de las 9:10 hrs. del 10 de julio de 1985, en Rev. Jud. # 44, par. 1663; del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, sent. # 647 de las 15:10 hrs. del 16 de setiembre de 1985; # 643 de las 15:25 hrs. del 11 de julio de 1985, en Rev. Jud. # 44, par. 1663; # 683 de las 9:35 hrs. del 4 de diciembre de 1981; # 303 de las 9 hrs. del 15 de mayo de 1984; del Tribunal Superior Civil, véanse las siguientes sentencias: # 303 de las 9:10 hrs. del 9 de mayo de 1979; # 423 de las 8:50 hrs. del 29 de mayo de 1978, en Rev. Jud. # 13, par. 980; # 618 de las 8:30 hrs. del 28 de julio de 1976, en Rev. Jud. # 6, par. 1716; # 142 de las 8:45 hrs. del 24 de marzo de 1975; #10 de las 9:35 hrs. del 11 de enero de 1972; del Tribunal Superior de Trabajo de Alajuela, sent. #925 de las 14:10 hrs. del 26 de octubre de 1978, en Rev. Jud. # 16, par. 3225; de la Sala Primera Civil las sentencias # 299 de las 9:10 hrs. del 2 de octubre de 1973 y # 10 de las 9:35 hrs. del 11 de enero de 1972; del Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo, la sent. # 566 de las 15:10 hrs. del 22 de agosto de 1969; y del Tribunal Superior Contencioso Administrativo, la sents. #4956 de las 9:30 hrs. del 4 de agosto de 1981 y 4401 de las 10:15 hrs. del 16 de diciembre de 1980.
La importancia de esta última sentencia es que se separa del criterio de las demás, interpretando la norma en su verdadero alcance e intención. En un sentido similar, véase la sent. # 117 de las 15:40 hrs. del 27 de junio de 1973 de la Sala Segunda Civil.

supuesto que la norma prevé. Lo cierto es que la "ratio legis" de la norma de comentario es impedir que la sociedad anónima quede acéfala, "al garete" en cuanto a su dirección, por el hecho, puro y simple, de haberse vencido los nombramientos de los consejeros; para nosotros lo que la norma establece, con claridad que no admite otra interpetación, es que la cesación de los administradores como consecuencia del vencimiento del plazo de nombramiento surte sus efectos una vez que el consejo ha sido reconstituido [45].

C. *Otras causas de cesación (la renuncia; la muerte; la cláusula "simul stabunt, simul cadent"; etc.).*

a) Nada establece nuestro Código en cuanto a la renuncia, pero la Sala Segunda Civil, en sentencia # 36 de las 15:50 hrs. del 4 de marzo de 1975, dijo: "No existe regla que prohíba dimitir de sus cargos a los miembros del consejo de administración de una sociedad anónima, dado lo cual tiene que admitirse el derecho de renunciar a los integrantes del consejo sin quedar sujeta la dimisión a que la apruebe la asamblea, pues ésta carece de facultades para no aceptarla; de ahí que la renuncia produzca efectos de inmediato y no pueda el dimitente revocar su renuncia y reintegrarse al cargo, pues la vacante sólo puede llenarla la asamblea de accionistas por un nuevo nombramiento" [46].

(45) Este principio responde a la evidente necesidad de evitar que se determinen vacíos de poder en la administración de la sociedad (Cottino, op. cit. en nota 3, p. 677; Santini, Gerardo, "Società a responsabilità limitata", (art. 2472-2497 bis), en Commentario al Codice Civile dirigido por Scialoja y Branca, Bologna-Roma, 1971, p. 202, nota 5) y ha sido constantemente afirmado por la jurisprudencia italiana.

(46) Para otra sentencia sobre renuncia, véase la # 499 de las 8:15 hrs. del 24 de setiembre de 1982, en Rev. Jud. # 32, par. 1570 de la Sección Segunda del Tribunal Superior Contencioso Administrativo.
Por su parte, el Tribunal Superior Civil y de Trabajo de Alajuela (sentencias # 925 de los 14:10 hrs. del 26 de octubre de 1978 y 517 de las 9:30 hrs. del 17 de julio de 1978) ha aplicado a la renuncia lo dispuesto por el artículo 186, norma que se refiere al solo vencimiento del plazo de nombramiento.
Sobre los efectos que se producen sobre un proceso en curso como consecuencia de la renuncia del presidente, a quien se le había notificado la acción, véase sentencia número 982, de las 9 hrs. del 3 de setiembre de 1980, del Tribunal Superior Primero Civil.

Ante "el mutis" del legislador, el Registro Mercantil ha venido interpretando que la renuncia debe ser presentada ante la asamblea de accionistas, que es el órgano competente para nombrar y remover a los administradores; si bien debemos reconocer que esta posición registral es correcta desde el estricto punto de vista de las competencias orgánicas, semejante tesis ha encontrado en la práctica serias dificultades: ¿qué pasa con el administrador renunciante cuando la asamblea no se reúne? Una sentencia del Tribunal Superior Primero Civil, la número 34 de las 8:40 hrs. del 9 de enero de 1981 (en Rev. Jud. # 26, parágrafo 265) ha venido a resolver la cuestión, en nuestro criterio, bastante satisfactoriamente, al disponer que el administrador puede renunciar en escritura pública y registrar dicho instrumento en la Sección Mercantil del Registro Público.
Es muy controvertida la legitimidad de las cartas de renuncia firmadas en blanco [47], así como la cuestión de si los administradores que renuncian sin justa causa deban o no resarcirle a la sociedad los eventuales daños producidos [48].

b) La muerte del administrador determina automática e inmediatamente la conclusión de la relación.

c) Muchas pueden ser las causas de caducidad del cargo: de ellas ya hemos hablado, e indicado también el momento a partir del cual corren los efectos de la cesación [49].

ch) Algunos requisitos de idoneidad puestos por los socios en el pacto constitutivo pueden perderse y llevar así a la cesación del administrador: una cláusula sin duda válida, es la que exige la

(47) Se ha dudado de la validez de estas cartas en cuanto consistirían en una especie de revocación, sustraída a la decisión de la asamblea de accionistas. En todo caso, nótese que la renuncia preventiva –hecha en el momento de la aceptación del cargo– a cualquier acción resarcitoria en caso de revocación del nombramiento sin que medie justa causa –renuncia que la doctrina considera válida–, puede en muchos casos conferirle a la sociedad resultados análogos a los de una carta de renuncia firmada en blanco.

(48) Por la solución afirmativa, Greco, op. cit. en nota 26, p. 230; Minervini, op. cit. en nota 3, p. 477 s.; por la negativa, Fiorentino, op. cit. en nota 43, p. 104, nota 46; FRE, op. cit. en nota 3, pp. 468 ss.

(49) Véase supra, n. 6.

cualidad de socio como requisito para ser nombrado administrador de modo que la pérdida de esa cualidad conlleva la automática cesación del cargo (o una condena penal cuando el pacto requiere buena conducta en los administradores)[50].

d) Por último, el acto constitutivo puede establecer con base en el inciso 19 del artículo 18, otras causas de cesación del cargo de administrador: muy típica y relativamente frecuente es, por ejemplo, la cláusula **simul stabunt, simul cadent** [51].

CH. *Inscripción en el Registro Mercantil.*

Así como vimos respecto a los nombramientos, también la cesación de los administradores, por cualquier razón que se produzca, está sujeta a inscripción en el Registro Mercantil (art. 235 incisos d y e).

En Italia, porque la inscripción de la cesación (y también la del nombramiento) del cargo de administrador tiene efectos tan solo declarativos, los terceros tienen derecho a considerar válidos y obligatorios para la sociedad los actos realizados por los nuevos y verdaderos administradores, dotados de poderes representativos, aunque su nombramiento no esté todavía inscrito en el Registro; por otro lado, si un administrador, dotado de poder representativo, cesa en el ejercicio de sus funciones, pero esa cesación no se ha inscrito todavía en el Registro, los terceros de buena fe tienen derecho a considerar válidos y obligatorios para la sociedad los actos ejecutados por ese administrador cesado [52].

Como hemos ya dicho líneas arriba, desde el momento en que la cesación en el cargo surte efectos, ninguna omisión o incumplimiento puede imputársele ya al administrador quien, a menos que haya continuado "de hecho" a administrar la sociedad, no responde de los daños y perjuicios ocasionados a terceros por los nuevos administradores [53].

(50) Véase supra, n. 5-B.

(51) Sobre esta cláusula, véase supra, nota 14.

(52) Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 84 s.
En cuanto a la naturaleza del efecto de la inscripción del nombramiento, véase supra, n. 5-D; iguales comentarios pueden hacerse respecto a la eficacia de la inscripción de la revocación del nombramiento.

(53) Ver supra, p. 12; Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 85.

9.– *El derecho a una retribución.*

Nuestro código, a diferencia de otras muchas leyes societarias, no establece un derecho de los consejeros a percibir una retribuición económica por el ejercicio de sus funciones; esto no significa, obviamente, que el derecho no exista, aunque sí nos parece dudosa su existencia respecto a las sociedades anónimas denominadas familiares o cerradas. Lo normal, y así lo exige con norma inderogable el "Codice Civile", es que la respectiva retribución sea establecida en el pacto constitutivo o bien fijada por la asamblea (ordinaria) de accionistas; pero nada impide en nuestro medio que se utilicen otros métodos, como por ejemplo, incluir el monto como extremo contable en el balance aprobado o bien mediante pacto para-social estipulado entre los socios y los administradores. Creemos nosotros que la asamblea puede deliberar válidamente sobre la retribución de los administradores, aunque en el orden del día no esté expresamente indicado y sólo se haya convocado para los nombramientos, porque siendo la retribución un derecho del administrador, su fijación debe considerarse conexa a los respectivos nombramientos [54].

La asamblea no puede, sin el consentimiento, tácito o expreso, de los propios administradores, disminuirles la retribución conferida. Tampoco puede eludir este derecho del administrador atribuyéndole una **retribución evidentemente inadecuada**. Ya en este supuesto, ya en el caso en que la asamblea no haya dispuesto absolutamente nada sobre la retribución y ésta tampoco haya sido fijada en el acto constitutivo, el administrador puede pretender la fijación en la vía judicial, como claramente lo ha dejado establecido la jurisprudencia italiana. Aquí, el problema más delicado, es la determinación de los criterios que el juez debe adoptar para la fijación de la retribución; y sobre el particular parece haber consenso en que ella debe ser "adecuada a la importancia de la función y al decoro de la profesión" y siempre respetando el criterio de la "equidad", lineamientos estos que nos ofrecen escasas indicaciones para una precisa y justa cuantificación de la retribución debida. Nosotros creemos que el elemento de referencia más significativo resulta la retribución corriente en el mercado de prestaciones análogas, en relación a sociedades de análogas dimensiones, criterio éste que puede deducirse claramente de la letra del artículo 322, que remite "a la costumbre del lugar donde el mandato se haya ejercido".

(54) Es importante apuntar que en doctrina se duda (por considerarse que hay conflicto de intereses) de la validez del acuerdo de fijación de la retribución de los administradores cuando éste ha recibido el voto decisivo favorable del socio-administrador interesado.

Existe un acuerdo sustancial entre los autores sobre la existencia de un derecho del administrador a obtener de la sociedad una retribución por sus servicios, aun en aquellos casos en que el pacto constitutivo nada diga, ni la asamblea nada haya dispuesto [55]. No creemos que el silencio del código sobre el particular deba interpretarse como una negativa de nuestro legislador a ese derecho de los administradores, toda vez que existen otras normas jurídicas de las que éste se puede inferir (piénsese en el artículo 1258 del Código Civil, que establece que el mandato no se presume gratuito; en el número 322, que dice que el sueldo o emolumento del factor se fijará de acuerdo con lo convenido en el contrato respectivo y, a falta de estipulación, se estará a la costumbre del lugar donde el mandato se haya ejercido; y en los artículos 289 y 292 que hablan de los honorarios del comisionista, que otra cosa no es que un mandatario sin representación).

A. *Modalidades de retribución. La participación en las utilidades.*

La retribución puede consistir en una cantidad fija periódica, sin que por ello se genere una relación de trabajo subordinado [56], o en un monto liquidado una tantum, o bien reconociéndoles –o adicionándoles– dietas por

(55) Ferri, op. cit. en nota 3, p. 495, nota 4; Graziani, Alessandro, *"Diritto delle società"*, Morano Editore, Napoli, 1963, p. 379, nota 2; Mignoli, Ariberto, *"Le participazioni agli utili nelle società di capitali"*, Giuffrè Editore, Milano, 1966, pp. 92 ss.; Minervini, op. cit. en nota 3, p. 104 s., quien arguye que, oscilando el contrato de administración entre los dos polos del mandato –que se presume oneroso– y del trabajo subordinado –en donde la onerosidad es esencial–, no puede ciertamente negarse que la onerosidad en aquel es un elemento natural.
La opinión contraria sólo es sostenida por FRE, op. cit. en nota 3, p. 458, porque cada socio tiene el derecho y el deber de administrar. A este criterio se contrapone la jurisprudencia italiana para la que la relación entre administrador y sociedad no tiene naturaleza contractual, sino que es un acto unilateral de la asamblea, respecto al cual la aceptación del designado sería una condición de eficacia.
Algunos autores consideran que la prestación brindada por los administradores nada impide que sea gratuita, máxime si se trata de sociedades "familiares o cerradas", Broseta Pont, op. cit. en nota 6, p. 256; Garríguez, op. cit. en nota 6, p. 486 s.; Mantilla Molina, op. cit. en nota 6, p. 399.

(56) En este sentido algunos fallos de las Cortes italianas citados por Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 134, nota 2.

su presencia en cada reunión del consejo. En todas estas hipótesis, las retribuciones son verdaderos y propios gastos para la sociedad y, como tales, deducibles de sus réditos, de conformidad con la ley. También se acostumbra, y algunas leyes societarias lo prevéen (como la alemana y la italiana), otorgarles a los administradores, a título de retribución por sus servicios prestados, una participación en las utilidades sociales. En esta hipótesis, la posición del administrador, que renuncia a una retribución fija y acepta una aleatoria ligada al suceso y a la suerte de la empresa que administra, se acerca a la del accionista [57]; el administrador se convierte, en una cierta medida, en partícipe del riesgo de empresa, con la consecuencia de que, a falta de utilidades, no podrá pretender ninguna otra remuneración.

El porcentaje en las utilidades que corresponde a los administradores se computa, usualmente, sobre las ganancias netas que resulten del balance, pero puede fijarse también sobre las ganancias brutas, o sobre las utilidades generadas por sólo uno o varios sectores bien individualizados de la empresa, o sobre el giro de los negocios, etc. [58].

Esta forma de retribuir a los administradores, a diferencia de las arriba comentadas, no constituye un gasto normal del ejercicio, sino una distribución de utilidades y, como tal, no es deducible del rédito de la sociedad. Sin embargo, si a los administradores, amén de una participación en las utilidades, se les promete una suma mínima prestablecida, estamos en presencia de un sistema mixto, con un mínimo fijo garantizado sujeto al tratamiento de la retribución fija, más allá del cual comienza a aplicarse la disciplina de la participación en las utilidades, con la consecuencia de que el mínimo fijo garantizado sí es deducible del rédito de la compañía.

La retribución a un administrador puede serle prometida y debida por un socio o por un tercero, y no por la sociedad; doctrina y jurisprudencia italianas concuerdan en considerar válido el pacto mediante el cual alguien es inducido a aceptar el nombramiento de administrador proveniente de un socio o de un tercero interesado en el buen éxito de la gestión social,

(57) En este sentido Mignoli, op. cit. en nota 55, pp. 122 ss., quien destaca que, sin embargo, las dos figuras son muy distintas; además, debemos hacer notar que mientras los accionistas tienen derecho a recibir sólo las utilidades cuya distribución hubiere sido acordada en firme por la asamblea general ordinaria, con exclusión, por ejemplo, de las ganancias destinadas a la formación de reservas facultativas, el porcentaje de utilidades asignado a los administradores se computa sobre todas las ganancias, aunque no hayan sido distribuidas, comprendidas aquellas destinadas a reservas facultativas.

(58) Mignoli, op. cit. en nota 55, pp. 130 ss.

obligándose este último a retribuir él mismo al administrador [59]. Sin embargo, para que este pacto –que es un contrato a favor de tercero– sea válido, es necesario, en nuestra opinión, que el administrador no esté obligado a acatar las directrices de gestión que le dicte el socio o el tercero que lo retribuye.

B. *Retribución a administradores investidos de cargos o funciones particulares.*

Los administradores investidos de cargos o funciones particulares pueden también ser remunerados; esta remuneración tiene carácter retributivo, es decir, representa la remuneración de un trabajo prestado a favor de la sociedad que, según algunos, puede ser establecido bajo la forma de participación en las utilidades [60]; en este caso particular, tal participación, dado su carácter retributivo, constituye un gasto de ejercicio (y no un empleo de las utilidades en el balance), y como tal es deducible del rédito de la sociedad.

A diferencia de la retribución examinada en el literal anterior, cuya determinación corresponde normalmente al pacto constitutivo o a la asamblea general de socios, ésta la fija, generalmente, la propia junta directiva (así lo establece mediante norma inderogable el "Codice Civile", que además exige la previa consulta al órgano contralor), aunque en nuestro medio, dada la carencia absoluta de regulación, podría ser establecida de cualquier otra forma.

Entre estos administradores están, seguramente, los administradores delegados (cuando la delegación de funciones está permitida por el pacto constitutivo) y, según la opinión doctrinal prevaleciente, el presidente del consejo de administración [61].

C. *Administradores que cumplen prestaciones ajenas a la relacion de administración.*

Nadie duda de que el administrador que haya cumplido prestaciones profesionales extrañas a la relación de administración, tiene derecho a

(59) Ver sentencias citadas por Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 138, nota 12, con la adhesión de autores como Alpa, Felicetti Giannattasio y Guarnieri. Minervini, op. cit. en nota 3, p. 72 s.

(60) FRE, op. cit. en nota 3, p. 461; Mignoli, op. cit. en nota 55, pp. 125 ss., con el criterio contrario de Giannattasio.

(61) Cottino, op. cit. en nota 3, p. 662; FRE, op. cit. en nota 3, p. 461; Graziani, op. cit. en nota 55, p. 373; Mignoli, op. cit. en nota 55, p. 114. En contra, Minervini, op. cit. en nota 3, p. 448.

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

obtener de la sociedad una retribución especial por el servicio prestado [62]. El problema aquí no concierne la existencia del derecho a la retribución, que nadie niega, sino en establecer cuáles son esas prestaciones ajenas a la relación de administración que deben ser remuneradas separadamente. El criterio adoptado por la jurisprudencia y la doctrina para determinar el contenido de las prestaciones del administrador, es el del objeto social: se consideran prestaciones del administrador en cuanto tal las que son inherentes al ejercicio de la empresa social (aunque se trate de actividades normalmente profesionales) [63].

Por último, es importante anotar que la fijación de la retribución en estos casos puede ser hecha por cualquiera (asamblea de accionistas, consejo de administración, comité ejecutivo, consejero delegado, gerente, etc.).

CH. *Dependiente de la sociedad controlante encargado de administrar a la sociedad controlada.*

Mientras nadie somete a discusión que el administrador tiene derecho a una retribución ulterior cuando desarrolla, contemporáneamente, la actividad de administrador y la de dependiente de la misma sociedad [64], la doctrina sólo casuísticamente se arriesga a admitir la procedencia de una retribución para el dependiente de la sociedad (o ente) controlante que cumpla la función de administrador en una sociedad por aquella controlada (o, más claramente, en la cual él ha sido nombrado administrador en resguardo y representación de los intereses de la sociedad o ente en el cual él es trabajador subordinado). Y en verdad puede suceder, según el caso concreto de que se trate, que:

a) las prestaciones de administrador en la sociedad controlada estén comprendidas entre las que el dependiente debe ejecutar

(62) Mignoli, op. cit. en nota 55, p. 121 s.; Migoli-Nobili, op. cit. en nota 28, p. 144; Minervini, op. cit. en nota 3, p. 449.

(63) Se ha considerado no comprensiva de la actividad administradora, la asesoría legal desarrollada por el presidente–abogado de una sociedad editorial a favor de la sociedad misma y de sus afiliadas; por el contrario, sí se ha considerado comprensiva de la prestación genérica de administrar, el cumplimiento de prestaciones técnicas ejecutadas por el administrador–ingeniero de una sociedad constructora.

(64) En aquellos casos en que se admite la convergencia de estas funciones. Véase supra, #7.

forzosamente según el contrato de trabajo subordinado que lo liga a la sociedad controlante, de modo tal que él ya ha sido retribuido por tales prestaciones y no le corresponde entonces ninguna retribución ulterior [65]; o

b) por el contrario, tenga derecho a una separada y ulterior retribución como administrador de la sociedad controlada, cuando la función de administrar a esta última no esté comprendida dentro de las que él debe cumplir como dependiente de la controlante.

En cualesquiera de las dos hipótesis descritas, el dependiente, cuando es administrador de la sociedad controlada, no puede ser obligado a ejecutar las directrices provenientes de la sociedad controlante (y no debe, como administrador de la sociedad controlada, realizar actos en conflicto de intereses; esto es, no debe, en síntesis, para favorecer a la sociedad controlante, o a otra sociedad del mismo grupo económico, perjudicar a la sociedad que administra).

(65) Aquí, la sociedad controlada está obligada a cubrir la retribución que le corresponde a dicho administrador por la actividad desarrollada por éste a su favor –a menos que hubiere mediado consentimiento, expreso o tácito, de su parte, de ejercer la función gratuitamente–, retribución que tocará, o que el administración deberá entregar, a la sociedad controlante.

EL AJUSTE ESTRUCTURAL Y EL DERECHO

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Catedrático Universidad de Costa Rica
Profesor Facultad de Derecho
Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Sumario

RESUMEN

Para el pago de la deuda externa y aumentar la subordinación de los países subdesarrollados a las naciones desarrolladas, los organismos financieros internacionales (OFI) han servido como puente e instrumento para hacer de cobradores de esas cuentas. De esta manera los programas de ajuste estructural han servido para incrementar la pobreza en todas sus manifestaciones en los países deudores y en especial en Costa Rica. La contradicción aparece si se piensa en que si los países acreedores quieren cobrar su deuda externa, debieran permitirle a los países acreedores que se desarrollen y acumulen divisas (dólares) para hacer esos pagos; empero, la realidad es que lo único que aumenta en las naciones deudoras del Tercer Mundo es la miseria.

ABSTRACT

The financial organisms (OFI) has served as bridges and instruments to collect the payment of the external debt and increase the subordination of the "Third World Countries" to the develop nations. The objective of the structural adjustment programs seems to be only to increase the poverty in all its manifestations in the debtors countries.

The contradiction seems to be the following: "How can the creditors nations believe the debtors nations will pay if they do not let the second ones develop and accumulate money to make the payments?"...the truth is that the only thing that increases on the Third World Debtors Nations is Misery.

SIGLAS MAS USADAS

PAE	Programa de Ajuste Estructural
RCP	Revista de Ciencias Jurídicas (Costa Rica)
OFI	Organismos Financieros Internacionales
ICI	Instituto de Cooperación Iberoamericano (España)
UCR	Universidad de Costa Rica
CFE	Fondo de Cultura Económica (México)
IICA	Instituto Interoamericano de Ciencas Agrícolas (Costa Rica)
UNAH	Universidad Nacional Autónoma de Honduras

I INTRODUCCION

Los programas y los préstamos conocidos como ajuste estructural han provocado en los países del Tercer Mundo donde se aplican una serie de respuestas de muy diversa naturaleza. Interesa en esta investigación, analizar lo que ha sucedido en Costa Rica respecto de estos ajustes.

II CONCEPTO

El programa de ajuste estructural es un conjunto de medidas y de decisiones públicas cuyo propósito no es otro que eliminar o reducir, sustancialmente, los obstáculos y entrabamientos que impiden el uso adecuado de los factores de la producción para así acelerar el desarrollo económico del país, a la vez, del proceso social de toda la población (Eduardo Lizano, "El programa de ajuste estructural" en el libro colectivo *Crisis económica y ajuste estructural*, San José, UNED, 1990, p. 40).

Por otra parte, se puede entender este ajuste como un conjunto de políticas económicas cuya intención es inducir a una serie de *transformaciones importantes de la economía costarricense*, entre ellas:

Transformaciones:

a) *de la estructura productiva:* unas actividades de producción desaparecen o merman para dar lugar a otras,
b) *a nivel institucional:* reducción del grado de participación del Estado en la economía
c) *en el nivel de la relación entre la economía local y el sistema económico internacional*. Se habla de un incremento de las exportaciones dentro de la tónica del libercambismo y del flujo de recursos con amplia libertad comercial. A esto le llaman inserción de la economía costarricense en el mercado mundial (cf. Luis Paulino Vargas en *Crisis económica* y ..., op. cit., pp. 9 y 10).

Según Lizano los obstáculos, entrabamientos o distorsiones que presenta la economía costarricense para llegar al desarrollo económico y al progreso social tienen su origen en grupos de interés de diversa naturaleza:

Grupos que originan distorsiones:

a) *empresariales:* buscadores de mercados cautivos, así como de subsidios, de precios garantizados para sus productos y de todo tipo de protección,
b) *agrupaciones políticas:* buscadoras de beneficios políticos para mantener cautivas a sus clientelas electorales,
c) organizaciones burocráticas, fundamentalmente gubernamentales con el fin de mantener cautivas sus expectativas y sus beneficios (el poder burocrático),
d) asociaciones sindicales de trabajadores y de profesionales, que buscan mercados cautivos de beneficios y de privilegios (por medio de laudos, convenciones colectivas, arbitrajes, etc.) (cf. Lizano, *idem.*, pp. 41 y 42).

Desde el punto de vista de una definición o de una conceptualización el ajuste de estructura económica tiene como objetivo o finalidad evitar, disminuir o eliminar lo que se califica como distorsión, obstáculo, entrabamiento o impedimento que se da en un sistema económico, que está imposibilitando que la sociedad alcance el desarrollo económico y el progreso social.

En este punto, tenemos que recordar que el tema del ajuste estructural no es criollo ni nacional; han sido los organismos financieros internacionales los que han impuesto estos programas a los países subdesarrollados y endeudados para asegurarse los países ricos el pago de la deuda externa; y los tales organismos citados son meros instrumentos ejecutores de esas políticas de sujeción de los países acreedores. En este sentido esta temática estructural es inducida e importada, nada tiene que ver con las reales necesidades de cambio social, económico, político e institucional de los países subdesarrollados. Este recetario de medidas de política económica ha sido elaborado en los países ricos para ser impuestos a los países del Tercer Mundo.

Por otra parte, ¿cuál país carece de distorsiones en el sistema económico? El propio Estados Unidos tiene un enorme subsidio para sus agricultores. Los llamados tigres del Pacífico (Taiwan, Corea, Japón...) han llegado adonde están gracias a una intervención muy fuerte del Estado, y a la distribución de subsidios y de otras regalías estatales. Pero, esta situación ha sido negada y ocultada maliciosamente (porque la conocían) por parte de los ideólogos y profesionales pagados por los países ricos y por los organismos financieros internacionales (OFI).

Entonces, esta definición puede ser aplicada a cualquier país del mundo y se convierte en muy genérica y amplia; vaciando así su contenido y su significado.

Sigue un esquema tan simple como este:

El país rico, mediante su instrumento el OFI, le ordena al país deudor (para que pague su deuda externa) que, como tiene una economía distorsionada, aplique las medidas que el OFI le indica.

Si el país deudor no hace lo que el país rico le ordena (a través del OFI), lo ahogan financieramente y lo sacan del mercado mundial (le aplican embargos de los productos de exportación, le hacen caer encima medidas proteccionistas del país rico, lo ponen en la lista negra de los OFI, etc.).

Además, venir a decir que estas medidas impuestas por los países ricos a los países deudores son para beneficio de las naciones subdesarrolladas es una hipocresía y una falsedad enorme. Pero, los ideólogos y profesionales pagados por las naciones desarrolladas y los OFI hacen coro en este sentido; y, los medios de comunicación de las transnacionales y las cúpulas de poder económico y político difunden a más no poder.

¿Qué le queda al pueblo expuesto a esas "notificias" y a esas "informaciones"? Ser los receptores de esos mensajes arreglados y sufrir la dominación ideológica de tales medios de control social.

Así que de entrada este *concepto* (recordando un pasaje de *Alicia en el país de las maravillas* (1865), de Lewis Carroll, 1832-1898) es elaborado por los que tienen el poder.

¿Acaso los países ricos con graves problemas económicos se someten a estos ajustes? El caso de los Estados Unidos es muy claro en este sentido: tiene la deuda externa más alta del mundo y sus problemas económicos (cobijados bajo el término de recesión o *stagflation*) son de una magnitud inimaginable. La verdad es muy sencilla: los ajustes se los aplican a los países periféricos, subdesarrollados y deudores porque los países ricos tienen toda la fuerza necesaria para obligarlos a someterse a los dictados de los OFI, fieles ejecutores de la voluntad de las naciones del Centro.

¿Qué queda de este concepto? Este concepto sirve de algo para entender la realidad o para cambiarla? ¿Cuál es su consistencia imperativa y técnica?

Este concepto (etimológicamente viene de *concebir*, latín, *conceptum*) debe responder a:

* Símbolo verbal sobre la realidad, para su comprensión y aprehensión,
* representación intelectual de los carácteres comunes a un grupo de objetos,
* debe expresar la esencia de las cosas a las que se refiere (cf. *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Vol. 2, Madrid: Ed. Aguilar, 1976; *Diccionario de Ciencias Sociales*, T.I., Madrid: Unesco, Instituto de Estudios Políticos, 1975).

En el caso concreto el concepto de *ajuste estructural* como medidas de política económica destinadas para:

Eliminar, reducir, mermar, disminuir las distorsiones que se dan en el sistema económico *con el fin de*: lograr el desarrollo económico–social se convierte en un concepto operacional en manos de los grupos que tienen el poder en la sociedad, ya que estos grupos (locales y extranjeros) decidirán cuando la realidad se acerca o se aleja de la definición. El que tiene el poder decide sobre todo lo que tiene que ver con el concepto de ajuste estructural:

* ¿qué son distorsiones? (las define)
* ¿Cuándo se dan esas distorsiones y en qué lugar del sistema económico?
* ¿quiénes provocan esas distorsiones y cómo sancionarlos?
* medidas que hay que tomar para enfrentar esas distorsiones
* como aplicar esas medidas de control sobre la distorsión
* etc., etc.

Todo el mecanismo, proceso y naturaleza de las distorsiones y todo lo concerniente al concepto citado queda en manos de la élite (de los que mandan). Las clases subalternas deberán sujetarse a ese poder y sin discusión alguna obedecer lo que la cúpula del poder dicte sobre todo lo concerniente al tema del ajuste estructural. Esto funciona como una iglesia y una religión absolutamente jerarquizada y burocratizada con sus sacerdotes (ideólogos) respectivos.

III. ¿QUE SON LOS PROGRAMAS DE AJUSTE ESTRUCTURAL?

¿Cuál es el *objeto* bajo estudio?

El radio de acción del PAE, el campo sobre el cual versa es:

a) *Política arancelaria:* se supone dentro de este esquema neoliberal extranjero e importado que si se reduce el proteccionismo, el mercado se amplía (¿para quién?) y de esta manera las oportunidades de inversión y de especialización y las economías de escala aumentan. Es una argumentación como si se tratara de un malabarismo ideal sin ningún referente empírico. Se toma la tiza y se escribe en la pizarra que si A y B y C, etc. Son neoliberales de pizarra, así como a fines del siglo pasado se habló de socialistas de cátedra, porque eran solo palabras...dentro del aula; y, en la calle...nada.

b) *Política de precios:* los subsidios para reducir precios al consumidor, los precios de sustentación elevados (además de los impuestos de importación) así como las fijaciones de precios en general, alteran drásticamente o fuertemente, el funcionamiento adecuado de los mercados de bienes y de factores (cf. Lizano, 1990, p. 45).

c) *Política impositiva:* los impuestos transfieren recursos de unas personas y empresas a otras. El sistema tributario debe actuar sobre el consumo y la excesiva acumulación de riqueza (cf. Lizano, *id.*, p. 45).
Efectivamente eso sería lo deseable que los que tienen más, tributen más. Pero, en la realidad sucede lo contrario, los ricos tienen muchos medios y mecanismos para evadir los impuestos. Esto no es ninguna novedad. Son las clases medias y bajas las que pagan los impuestos sin poderse escapar al mecanismo tributario.

d. *Finanzas públicas:* otro pío deseo es que el financiamiento del sector público no sea de naturaleza inflacionario, con el fin de impedir los efectos negativos de la inestabilidad en el sistema económico, social y político (cf. Lizano, *ib.*, p. 45).
Se trata de otra buena intención, pues la Administración Pública o el sector público se seguirá financiando inflacionariamente y no hay forma de evitarlo. Las cúpulas de poder están cómodas con esa situación.

e. *Reforma del Estado:* con el PAE III el área de trabajo o de acción del ajuste estructural se amplía al Estado, pero entendido como el Poder Ejecutivo, municipalidades y empresas públicas. Es decir queda por fuera el Poder Judicial y el Poder Legislativo. De este modo no se trata de una reforma del Estado en su totalidad, sino sólo en algunas de sus partes integrantes.

Esta reforma o re-estructuración del Estado (así entendido) atañe al *despido* de trabajadores públicos o a su renuncia. En una primera etapa, a principios del año 1991 el Gobierno impulsó el *despido* y le llamó movilidad laboral; luego ante la crítica de sectores sindicales y de opinión pública, cambió la técnica de los despidos (rompimiento de la relación laboral sin o contra la voluntad del burócrata pública) por la de motivaciones para que el trabajador dejara de ser un empleado del Estado (cf. nuestra investigación *La reforma del Estado*, San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 69, 1991).

Dentro de esto que llaman reforma del Estado o reducción de puestos en el sector público, también se incluye las *privatizaciones* o venta de empresas del Estado al sector privado transnacional o local (cf. Romero, *idem.*).

Ya hemos afirmado que esta reforma del Estado es importada e inducida, pues se propone en el PAE III de acuerdo a los intereses de los OFI y de los países acreedores; sin importar obviamente los intereses nacionales y las

necesidades de la sociedad costarricense. En este sentido el documento publicado por la COREC I es relevante por su sentido nacionalista y no extranjerizante. Esto explica, en parte, por qué los medios de comunicación colectiva criticaron este documento, ya que no se acomodó a los dictados de los OFI (cf. Romero, *ibidem*).

IV. ¿EL POR QUE DEL PAE?

¿Cuál es la razón de ser del PAE?
¿Por qué razones aparecen en la escena nacional?

Estas preguntas y otras semejantes podrían plantearse para efectos de entender lo que le está pasando al país.

A partir del año 1981, durante la Administración Carazo el país entró en la lista negra del FMI, por cesación de pagos de la deuda externa. Costa Rica fue el primer país en actuar de esta manera, luego fue México en 1982. (cf. J. Romero, *Deuda externa y crisis en América Latina*, UCR, 1992, este libro es una recopilación de investigaciones sobre esta temática que hemos publicado en la Revisa de Ciencias Jurídicas a lo largo de cuatro años).

Ante la crisis generalizada por el pago de la deuda externa, los países acreedores le impusieron los países deudores estos ajustes estructurales concebidos para que se le garantice a los países ricos el pago de esa deuda del Tercer Mundo.

V. OBJETIVOS DEL PAE

Las finalidades o los objetivos que persigue este programa son de dos clases:

a) latente u no confesado abiertamente: lograr que el país deudor pueda hacerle frente al pago de la deuda externa,
b) manifiesto o pregonado por doquier: obtener el desarrollo económico y social del país.

Así, incluso la Cámara de Comercio repite la propaganda del PAE afirmando que mediante este programa se trata de lograr el desarrollo económico a través de:

* una mayor competencia
* reducción del sesgo anti-exportador para fomentar las exportaciones
* uso más eficiente de los escasos recursos productivos
* una disposición de más y mejores niveles de consumo.

Esos se lograran, según la propaganda oficializada y divulgada, por medio de:

* desmantelamiento de las distorsiones a los costos internos de producción,
* implementación de una adecuada infraestructura para la exportación,
* reducción de las barreras arancelarias
* virtual eliminación de los obstáculos técnicos al comercio (cf. documento de la Cámara de Comercio respecto del PAE III, San José, 1991).

Estas otras cosas, se puede indicar que a pesar de la propaganda oficial del librecambismo, monetarismo, desmantelamiento del Estado, eliminación de subsidios y de exoneraciones, etc.; los sectores del turismo y de la exportación son los más favorecidos con la intervención estatal proteccionista y llenos de incentivos, subsidios y regalías. Entonces, ¿en qué queda esa propaganda?

Los objetivos del PAE no se han cumplido ni existen estudios de auditoraje o evaluación de esos programas a lo largo de su ejecución durante la década de los años 80 y los años de esta década de los 90.

Al contrario de lo que dice la propaganda oficial no hay desarrollo sino pobreza; no hay progreso social, sino desempleo, hambre, enfermedades que se habían eliminado antes de los PAEs; no hay estabilización, sino mayor crisis económica (cf. Otton Solis, *PAE-crisis*, San José, UNED, 1991).

Los objetivos que el PAE postula no se han cumplido. Lo que se ha ocurrido en la realidad es mayor pobreza para la sociedad costarricense.

VI. CARACTERISTICAS

Las notas que caracterizan el PAE pueden ser detalladas de la siguiente manera:

a) *PAE I:*

* monto del financiamiento: $80 millones
* ese dinero se desembolsa entre 1985 y 1986
* reforma financiera, en apoyo a la banca privada y en perjuicio de la banca estatal
* impulso de la privatización, entendida como la venta de empresas públicas al sector privado local o transnacional
* etc.

(cf. Carlos Pacheco, *El programa de ajuste estructural y el futuro de las operaciones bursátiles* en Crónica bursátil y financiera, San José,

Banex Valores, noviembre de 1989; convenio de préstamo para el ajuste estructural entre Costa Rica y el Banco de Reconstrucción y Fomento BIRF, PAE I, Ley No. 6993, 20 de agosto de 1985; Omar Brenes, *El programa estructural en Costa Rica*, San José, UCR. Facultad de Derecho, 1990, inédito, pp. 15 y 16, posgrado).

Durante la Administración Monge Alvarez (1982–1986) se hace presente el PAE I encaminado a la venta de empresas públicas a la empresa privada; y, al control del presupuesto público, por medio –entre otras– de la Ley de autoridad presupuestaria, y Ley, para el equilibrio financiero del sector público, No. 6955, 24 de febrero de 1984.

b) *PAE II:*

* monto del préstamo: $200 millones. El Banco Mundial y el Gobierno de Japón prestan cada uno la mitad de esa suma,
* se insiste en el ordenamiento fiscal y en las reformas tributarias,
* medidas bancarias en apoyo de la empresa privada,
* medidas para el control de los créditos públicos,
* incentivos a las exportaciones (que obviamente contribuyen al incremento de las llamadas distorsiones del sistema económico)
* continuación de la política minidevaluaciones del colón
* aumento en las tarifas de los servicios públicos (agua, luz, teléfono, por ejemplo),

(cf. Convenio de préstamo para ajuste estructural II, Ley No. 7134, 5 de octubre de 1989; y, Brenes, 1990, pp. 18 y 19, idem).

Este PAE II se aplicó durante la Administración de Oscar Arias (1986-1990) y en parte de la Administración Calderón Fournier (1990-1991), ya que para 1992 el PAE III es el que se está poniendo en práctica, aclarando que ya desde el año anterior su ejecución comenzó.

Hay que insistir en que ni el PAE I ni el PAE II han sido puestos a prueba mediante la fiscalización y la evaluación respectivas.

c) *PAE III*

* Monto del préstamo: $300 millones. Prestamistas: Banco Mundial, Gobierno de Japón y Banco Interamericano de Desarrollo, por tareas iguales (cf. *La Nación*, 24 de setiembre de 1991).
* mejorar finanzas públicas
* recortar personal de la Administración Pública ("movilidad laboral"),

* fortalecimiento de la banca privada (cf. Ley de modernización del sistema financiero de la República, No. 7107, 26 de octubre, 1988),
* incentivos a la exportación,
* privatización de empresas y de servicios del Estado (cf. J. Romero, *La reforma del Estado*, cit.; *La Nación, idem*).
* aplicación de medidas para la reforma del Estado.

(cf. Convenio con la AID, *La Nación*, 5 de junio de 1990 y Carta de intenciones del 27 de febrero de 1991, *La Nación*, 6 de marzo de 1991 y del 23 de setiembre de 1991: fallas en los PAE retrasan ajustes).

VII. PRE-REQUISITOS FUNCIONALES DEL PAE

La aplicación del PAE, en su conjunto, requiere una serie de factores que favorezcan la buena marcha de este programa, dicen sus apologetas o defensores.

Ellos mismos afirman que sin esos pre-requisitos, el programa de ajuste estructural es imposible de llevar a cabo; y, por supuesto que no se aplicará, porque esos factores previos no se dan ni se darán en la realidad, que es la que importa.

a. *Renegociación de la deuda externa:*

aquí puede avanzar algo la situación al temor de la dimensión del problema para los países deudores (cf. nuestros trabajos sobre este tema, que se indican en la bibliografía),

b. *estabilidad de la economía:*

aquí sucede todo lo contrario, la crisis es una grave y nefasta realidad. Solo este elemento hace que el PAE sea una ficción,

c. *apoyo político:*

obviamente de la cúpula de Poder. Aquí el asunto también anda mal, ya que los grupos políticos denominados Partido Liberación Nacional y Partido Unidad Social Cristiana, sus estructuras de mando, no garantizan estabilidad y un frente unido para lograr el consenso entre estas cimas.

Dentro de este tema del apoyo político están dos aspectos más:

i) reformas constitucionales en el campo de la hacienda pública y
ii) concertación o pacto social.

Hace tiempo, tal vez 15 años que el país tiene el debate sobre la convocatoria a una asamblea nacional constituyente (cf. J. Romero, *Notas sobre la Constitución Política*, San José, UNED, 1991) y sin embargo no ha consenso político en la cúpula de poder para hacer esa convocatoria. Existen en la Asamblea Legislativa varios proyectos integrales de Carta Magna y una gran cantidad de reformas parciales a la Ley Fundamental, pero archivados.

Por otra parte, el tal pacto o concertación social ha quedado en un pío deseo desde la propaganda oficial que le dieron en la Administración de Rodrigo Carazo (1978-1982). Han pasado 10 años y las palabras se las sigue llevando el viento.

Estos elementos hacen también que el PAE siga en el papel y en los discursos de los políticos oficiales.

d. *Papel del Estado*

El estado debe ser inducido hacia su papel (rol) coadyuvante o propulsor del PAE; pero en la realidad el Estado es tomado con frecuencia por asalto por parte de los grupos de presión y de interés particulares; instrumentalizan al Estado para promover sus intereses. Aquí aparece el tema del gremialismo; es decir, como los gremios de cafetaleros, ganaderos, arroceros, etc., usan al Estado para su exclusivo beneficio. Esto no es una historia nueva, porque siempre ha sucedido así, desde el siglo pasado, en donde los cafetaleros eran los dueños de este importante "instrumento" de enriquecimiento. Ahora la diferenciación social y la complejidad de los sectores productivos y capitalistas hace que varios gremios compitan por gozar de excensiones, préstamos blandos, bajas tasas de interés, condonaciones crediticias, subsidios y una gama más de privilegios que el Estado les da (cf. E. Lizano, 1990, pp. 52 a 58).

Aquí se puede hacer una observación sobre el *Estado*.

Efectivamente, en el siglo pasado se concibió al *Estado* como una máquina, un instrumento, una cosa, un aparato.

El Estado es *máquina, aparato, cosa, instrumento, herramienta* en manos de la clase dominante.

Se trata de una concepción del Estado cosificada o fosilizada. Es ver al Estado como algo separado de la sociedad civil, aquí se tendría:

sociedad política y sociedad civil
(Estado) (sociedad)

sociedad –(civil) y política (Estado)–.

Como cosa que es el Estado, se decía, está en poder de la clase dominante, superior o alta, que lo usa o maneja a su antojo, como guste, sin obstáculos.

Esta es una interpretación mecánica, en la cual hay una dependencia del Estado respecto de la clase dominante en la sociedad, en forma absoluta y total. Es decir, en este esquema haga lo que hagan las clases dominadas o subalternas, siempre y en todo lugar, la clase dominante se saldrá con la suya respecto del manejo del Estado.

Respecto de esa interpetación mecánica y de dependencia completa del Estado en relación con el dominio que ejerce la clase hegemónica o alta, en el siglo actual se han elaborado otras interpretaciones *relativas*; ya no *absolutas*, como la anterior.

La dependencia del Estado, como institución, poder político y público, persona jurídica, etc., es *relativa*, ya que la clase que manda en la sociedad (por su poder ideológico, militar, político, jurídico, económico, religioso y social) no puede usar el Estado libre y arbitrariamente. Las clases dominadas o subalternas tienen un espacio que les permite relativizar el poder de la clase hegemónica sobre ellas.

Como bien lo expuso Max Weber (1864-1920) el Estado está basado en la fuerza, en el ejercicio legítimo de la coacción, de la violencia. Así el Estado es una relación de dominación de hombres sobre hombres, que se sostiene por medio de la violencia legítima (Weber, *La política como vocación*, Madrid: Alianza Ed., 1967, pp. 82 y 84, "el político y el científico").

El bloque en el poder, formado por la clase dominante, heterogénea y conflictiva entre sí, permite la formación de sectores hegemónicos que luchan por liderear tanto la fracción de punta de la clase dominante como la entera clase social superior (cf. Nicos Poulantzas, *Las clases sociales en el capitalismo actual*, México: Siglo XXI, 1976; y, *Clases sociales y poder político en el Estado capitalista*, México, Siglo XXI, 1969).

Precisamente, esa autonomía relativa del Estado se entiende cuando en el análisis se incorpora el cuerpo de burócratas o burocracia pública con sus laudos, convenciones colectivas, estatuto del servicio civil, reglamentos de personal, etc.

Pero no sólo los burócratas públicos hacen que el Estado sea parcial (en favor) de la clase hegemónica, pero en forma no total, sino relativa; también, las demás clases sociales subalternas o inferiores reclaman del Estado

servicios públicos, programas de vivienda, salud, empleo, comida, etc. Todos estos factores hacen que el Estado tenga que dar concesiones y servicios de todo tipo a sus burócratas y a las clases medias y bajas. Ello es así, cabalmente para que la dominación por el ejercicio de la violencia legítima del Estado sea "aceptada" por la sociedad civil, como si se tratara de un arbitraje o pacto social de entendimiento para el logro de la "paz social" y la "estabilidad política".

Otra dimensión del Estado, como *institución*, es la de constituir un espacio en el cual las fracciones y los grupos que componen la clase alta, superior, dominante luchan y se enfrentan para obtener de ese espacio todos los beneficios que puedan; así se explica las luchas inter-clase de los cafetaleros, arroceros, industriales, ganaderos, exportadores, etc. (cf. J. Romero, *Estado social y democrático de derecho ante la crisis*, San José, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 60, 1988).

VIII. COSTO SOCIAL DEL PAE

Además del costo político que paga cada Gobierno por la aplicación de las medidas del PAE, existe un costo social que pagan las clases subalternas o la gran mayoría del pueblo costarricense; obviamente, se excluye la clase alta, que siempre gana con las pobrezas de los sectores populares.

Hasta el Ministro de Trabajo ha afirmado que la mitad de la población es pobre (*La República*, 23 de agosto de 1991). Es un hecho probado, como dicen las resoluciones administrativas y judiciales, que la pobreza se ha incrementado en el país de una manera peligrosa y grave, cabalmente, durante la época de la aplicación de los PAEs, de ahí que resulta infundado afirmar que resulta más cómodo para algunos culpar de la pobreza a los cambios estructurales –reductores de gollerías y distorsiones– que reparar objetivamente en las causas (editorial de *La Nación*, 12 de febrero de 1991).

En primer las gollerías y distorsiones de que se habla han favorecido a la clase alta o dominante (arroceros, ganaderos, cafetaleros, exportadores, etc., a los ricos en una palabra) y por otra parte esas gollerías se mantiene y se amplían, por ejemplo, a los ricos que se dedican al turismo y a las exportaciones. Entonces, ¿esas palabras de qué sirven? De nada.

Reconociendo el aumento de la pobreza, el Gobierno anunció que se crearían 200.000 empleos en el Plan nacional de lucha contra la pobreza; sin embargo, este espejismo y falsedad fue criticado también por *La Nación* (editorial del 6 de febrero de 1991) al decir que la existencia de una porción del país sumida en la pobreza causa angustia. Más angustia causa, sin embargo, formular planes, que por impensados puedan crear falsas esperanzas entre los pobres.

Por su lado *La República* expresó en editorial que ese plan de lucha contra la pobreza del Presidente de la República, debe entenderse como una medida urgente para congraciarse con los sectores populares, que son los más golpeados con la situación actual de crisis que vive el país en toda su cruda realidad (6 de febrero de 1991).

De más está indicar que ese plan contra la pobreza quedó en el papel. Pura palabrería. Siguiendo nuestra sociedad con ajuste, pero sin crecimiento ni equidad (*La República,* editorial del 8 de noviembre de 1991); eso sí con más pobreza y desempleo.

De este modo este ajuste estructural golpea los programas de salud (*La Nación*, seminario sobre ajuste y salud finalizado el 1 de noviembre de 1991).

Este crecimiento de la pobreza ha sido claro en el área metropolitana, según estudios de MIDIPLAN (*Universidad*, 29 de noviembre de 1991).

Precisamente esta sujeción de los gobiernos a los organismos financieros internacionales (OFI) es la que agudiza la crisis, y esa sujeción o subordinación se expresa por imposición o por complacencia ante un recetario que hacen los OFI desde sus escritorios, como indica el economista Helio Fallas (*Universidad*, 29 de noviembre de 1991).

Asimismo, toda esta crisis generada por la aplicación de los PAEs, informa *La Nación* deteriora la inversión social (salud, educación, servicios públicos) (21 de octubre de 1991).

Este ajuste con recesión, que le da la espalda a los planes nacionales de desarrollo de cara a los intereses del país, ha provocado más desempleo y pobreza (cf. Helio Fallas, *Universidad*, 31 de enero de 1992).

Incluso desde la sede de las cámaras, Samuel Yankelewitz afirmó que las consecuencias del PAE (III) son de un mayor deterioro social y si no que le pregunten a los chilenos y a los argentinos (*La República*, 5 de enero de 1991).

Este aumento de la pobreza en el país está probado y causa estupor debido a que no se ven cercanas las soluciones a este enorme problema social (*La Nación*, 9 de febrero de 1992; *La República*, 20 de febrero de 1992).

No sólo los medios de comunicación publican informaciones sobre el aumento de la pobreza y su impacto dañino sobre la estabilidad económica, social y política del país; también la iglesia centroamericana se ha pronunciado en contra de los PAEs por su impacto negativo en el pueblo de esta área (*Universidad*, 23 de agosto de 1991).

A MODO DE CONCLUSION

El programa de ajuste estructural pensado y elaborado desde los OFI para aplicarlos a los países deudores del Tercer Mundo, han logrado incrementar la pobreza, el desempleo y la dependencia hacia los países acreedores.

Un desarrollo económico y social, pensado y ejecutado en función de nuestros intereses y de las necesidades de los países subdesarrollados es teoría, una fantasía (cf. *Sociología del desarrollo*, Unesco, Buenos Aires, Ed. Solar/Hachette, 1970). La dependencia de los países subdesarrollados respecto de las naciones desarrolladas se ha fortalecido más vía el problema de la deuda externa que ha permitido la elaboración y ejecución de los PAEs.

A nivel internacional se hizo clásica la frase de que la década de los años 80's era una "década perdida" para los países deudores (Enrique Yglesias, BID). Así lo fue. Y el retraso que sufrió América Latina de 20 años, hará muy difícil su recuperación.

Costa Rica con su deuda externa de $4.000 millones y con sectores cada vez más amplios de pobreza extrema y relativa, está frente a una callejón sin salida, pues su cúpula política carece de un proyecto político nacional y subordinado a los programas económicos que los OFIs le dictan (cf. *La República*, 21 de febrero de 1991: PAE empobrece a la población).

BIBLIOGRAFIA BASICA DE REFERENCIA

AGUILAR, Gustavo *et al. La crisis económica centroamericana* (Tegucigalpa: UNAH, revista "Economía política", No. 23, 1984).

ALFARO, Fernando *et al. El comercio internacional de servicios en la Ronda Uruguay. Implicaciones para Costa Rica en los sectores de banca, seguros y educación.*(San José. UCR. Facultad de Derecho. Tesis de grado en Licenciatura. 1991).

ASELEX S.A. *Compendio de legislación bancaria.* (San José: Asamblea Legislativa–UNED, 1990).

BOECKH, Andreas. *The Debt Crisis and the Crisis of the Burocratic Development State in Venezuela.* (Tübingen: Germany, "Law and State", vol. 43, 1991).

BONILLA, Arturo. *Crisis, desarrollo tecnológico y endeudamiento externo.* (Tegucigalpa: Revista Centroamericana de Economía, mayo-agosto de 1987, UNAH).

BRENES, Omar. *El programa de ajuste estructural* (San José: UCR, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1990).

BRIZUELA, Mario. *Estudio de los organismos internacionales e instrumentos jurídicos involucrados en la deuda externa.* (San José: UCR, Facultad de Derecho, tesis de grado en licenciatura, 1991).

CABRERA, Edgar *et al. El impacto del ajuste sobre la vida del pueblo* (Heredia: UNA, 1991).

CABRERA, Jorge *et al. La Ronda Uruguay y el fortalecimiento del sistema multilateral de comercio del GATT* (San José: UCR, Facultad de Derecho, tesis de grado en licenciatura, 1991).

CARVAJAL, Mario. *El reto del desarrollo* (San José: UNED, 1991).

CASTILLO, Martha. *Relación entre los contratos de préstamo internacional y los programas de ajuste estructural.* (San José: UCR, Facultad de Derecho, inédito, 1991).

CASTILLO, Fernando. *Elementos económicos en la Constitución política.* (San José: Juritexto, 1992).

CORDERO, Luis (comp.). *Banca y desarrollo económico* (San José: UNED, antología, 1988).

CORONADO, Juan. *El PAE y nacionalización bancaria* (San José: UCR, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1991).

CORRALES, Jorge. *Evaluación del PAE.* (San José: "Actualidad económica", revista de la Cámara de comercio de Costa Rica, octubre de 1991).

DROMI, José R. *et al. La reforma del Estado y privatizaciones* (Buenos Aires: Ed. Astrea, 3 tomos, 1991).

EL–ERIAN, Mohamed. *Mexico's External debt and the Return to Voluntary Capital Market Financing.* (Washington:IMP, Working Paper, 1991).

ESQUIVEL, Max. *El servicio de la deuda externa y su impacto sobre la economía de los países latinoamericanos* (San José: UCR, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1991).

FALLAS, Helio y RIVERA, Eugenio. *Agricultura y cambio estructural en Centroamérica* (San José: IICA, 1988).

FALETTO, Enzo *et al. Cambio social en América Latina* (Madrid: "Pensamiento Iberoamericano", No. 6, 1984, ICI–CEPAL).

FRENCH–DAVIS, Ricardo. *Conversión de la deuda externa y financiación del desarrollo en América Latina* (Buenos Aires: grupo Ed. Latinoamericano, 1990).

FRANCO, Rolando y LEON, Arturo. *Estilos de desarrollo, papel del Estado y estructura social en Costa Rica.* (Madrid: "Pensamiento Iberoamericano", No. 6, 1984, ICI–CEPAL).

FUENTES, Mario. *El costo del ajuste* (San José: Alforja *et al*, 1990).

GARNIER, Leonardo. *Gasto público y desarrollo social en Costa Rica* (Heredia: UNA, 1991).
et al. El costo social de los plantes de estabilización y ajuste estructural (Heredia: UNA, 1991).
et al. Costa Rica entre la ilusión y la desesperanza (San José: UNA–Cedal, 1991).
et al. Alternativas de desarrollo frente a la crisis de los años 80's (San José: Revista de Ciencias Económicas, mayo–agosto, 1987, UCR).

GUILLEN, Héctor. *La política de austeridad y el nuevo patrón de acumulación en México.* (Tegucigalpa: UNAH, Revista Centroamericana de Economía, enero–abril).

GLEWWE, Paul. *Los pobres en Latinoamerica durante el ajuste: el caso de Perú.* (San José: Centro de Economía Aplicada, en el libro Progreso técnico y estructura económica, editores: Juan Vargas y Félix Delgado, 1989).

GONZALEZ, Oscar. *La privatización de empresas públicas en Costa Rica.* (San José: UCR, Facultad de Derecho, posgrado, 1991, inédito).

GONZALEZ, Víctor. *El ajuste estructural en Costa Rica* (San José: UCR, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1990).

HERNANDEZ, Alcides. *El neoliberalismo en Honduras* (Tegucigalpa: Ed. Guaymuras, 1987).

HOFFMAISTER, Alexander. *The Cost of Export Subsidies: Evidence from Costa Rica.* (Washington: IMF, Working Paper, 1991).

JIMENEZ, Oscar. *Los proyectos de reforma del Estado* (San José: UCR, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1990).

JUAREZ, Luis. *Efectos económicos, sociales y políticos de los PAE en Costa Rica.* (San José: UCR, Facultad de Derecho, inédito, 1991).

LICHSTENZTEIN, Samuel. *Políticas económicas neoliberales.* (Tegucigalpa: Revista Centroamericana de Economía, setiembre, 1987–abril, 1988, UNAH).

LIUKSILA, Claire. *La Ronda Uruguay de negociaciones comerciales y multilaterales y los países de América Latina y el Caribe.* (Santiago: Chile, CEPAL, junio de 1991).

LIZANO, Eduardo. *Economic Policy Making: Lessons from Costa Rica.* (San Francisco, California, USA: International Center for Economic Growth, 1991).

MARTINEZ, Aurelio. *Reflexiones en torno a la crisis económica de los años 70's* (Valencia, España: ed. Fernando Torres, 1977).

MATA, Federico. *El futuro de América Latina* (s.l.ed.: inédito, 1991).

MENA, Ricardo. *Los programas de ajuste estructural.* (San José: UCR, Facultad de Derecho, inédito, posgrado, 1990).

MONCADA, Efraín. *La deuda externa de América Latina y Centroamerica* (Tegucigalpa: UNAH, Revista Centroamericana de Economía, enero–abril de 1989).

MONTOYA, Aguiles. *El neoliberalismo y la privatización en la economía.* (Tegucigalpa: UNAH, Revista Centroamericana de Economía, mayo–agosto, 1990).

MYRDAL, Gunnar. *El elemento político en el desarrollo de la teoría económica.* (Madrid: Gredos, 1967).

PANTOJAS, Emilio. *La iniciativa para la cuenca del Caribe* (Caracas: Nueva Sociedad, No. 89, 1987).

PREBISCH, Raúl. *Centro y periferia en el origen y maduración de la crisis* (Madrid: "Pensamiento Iberoamericano" No. 3, 1983, ICI–CEPAL).

REUBEN, Sergio. *Ajuste estructural en Costa Rica* (San José: Ed. Porvenir, 1988).

RODRIGUEZ, José M. *et al. Política económica, ética social y espiritualidad* (Heredia: UNA, 1991).

RODRIGUEZ, Marlene. *El proyecto de democratización del sector público* (San José: UCR, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1991).

ROMERO MORA, Patricia *et al. Impacto del programa de ajuste estructural en el comercio internacional* (San José: Universidad Interamericana de Puerto Rico, maestría, inédito, 1990).

ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *Derecho y clases medias* (San José: Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, 1985); *Algunas notas sobre los diversos enfoques acerca de la crisis* (Costa Rica) (San José: Revista de Ciencias Jurídicas Nº 46, 1982); *¿La deuda externa...o eterna?* (San José: La Nación, 24–XII–87, p. 16-A); *El aporte de la CEPAL y las perspectivas del Estado costarricense* (San José: Revista Judicial Nº 22, 1982); *Derecho Administrativo y Estado Costarricense* (San José: UCR, 1984); *La deuda externa: otra cara de la crisis* (San José: RCJ Nº 59, 1988); *Coyuntura y proyecto nacional* (San José, inédito, 1988); *Estado social y democrático de derecho ante la crisis* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 60, 1986); *Derecho y deuda externa* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 62, 1989); *Deuda externa y derechos humanos* (San José: inédito, 1989); *Los supuestos del neoliberalismo económico y la deuda externa* (ensayo de derecho económico internacional) (San José: RCJ, Nº 66, 1990); *El derecho internacional como instrumento de solución al problema de la deuda externa* (San José: UCR, Nº 67, 1990). *Aspectos jurídicos, iniciativa de las Américas y deuda externa* (San José: RCJ, Nº 68, 1991). *El servicio público.* (San José: UCR, 1983). *La reforma del Estado* (San José: UCR, RCJ Nº 69, 1991).

SAMTLEBEN, Jürgen. *Cláusulas de jurisdicción y legislación aplicable en los contratos de endeudamiento externo de los Estados latinoamericanos* (Buenos Aires: Revista del Derecho Industrial, mayo–agosto, 1989, No. 32, Ed. Depalma).

SCHATAN, Jacobo. *Endeudamiento externo y dependencia: el caso de América Latina* (Tegucigalpa: UNAH, Revista Centroamericana de Economía, setiembre 1987–abril 1988).

SCHIPANI, Sandro. *Principi generali del diritto e iniquità nei rapporti obbigatori* (Brasilia: VII seminario Brasilia 22 al 24 de agosto de 1990: aspectos jurídicos de dívida externa dos países latinoamericanos).

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Síntesis de la evolución de la ciencia económica y sus métodos.* (Barcelona: eds. de Occidente, 1963).

TIMOSSI, Gerardo. *Centro América, deuda externa y ajuste estructural* (San José: DEI, 1989).

VALVERDE, Sergio. *La iniciativa para la cuenca del Caribe* (San José: UCR, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1991).

VARGAS, Alejandro. *Las políticas agropecuarias en Costa Rica, el PAE y el ingreso al GATT* (San José: UCR, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1990).

VARGAS, Luis Paulino. *Los grandes vacíos: la política económica del 91* (San José: revista Aportes, No. 84, diciembre 1991)

WALKER, Ian. *Deuda y ajuste estructural: el caso de Honduras* (Tegucigalpa: UNAH, enero–abril 1990, Revista Centroamericana de Economía).

REVISTAS E INFORMES	AÑO: 1991
Revista de Ciencias Jurídicas	San José: UCR, Facultad de Derecho, Colegio de Abogados.
Revista de Ciencias Económicas	San José: UCR.
Revista de Ciencias Sociales	San José: UCR.
Revista Aportes	San José.
Revista Actualidad Económica	San José: Cámara de Comercio.
Revista Trimestre Económico	México: CFE.
Revista Iglesia solidaria	San José.
Comercio Exterior	Banco Nacional de Comercio Exterior, México.
Nueva Sociedad	Caracas.
Revista Centroamericana de Economía	Tegucigalpa: UNAH.
Finanzas y Desarrollo	Washington: IMF–WB.
Pensamiento Iberoamericano	Madrid: ICI–CEPAL.
Informe Fondo Monetario Internacional	Washington D.C.

INDICE