

REV 164020

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

BIBLIOTECA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

4 DIAS  
01 NOV. 1990

Sistema de Bibliotecas - UCR  
REV164020

REVISTA DE DERECHO  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA  
DE  
CIENCIAS JURIDICAS

BIBLIOTECA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

65

(1963-1990)

27 AÑOS

SAN JOSE, COSTA RICA  
1990  
ENERO-ABRIL

CA

IN MEMORIAN

Fernando Coto Albán  
Rodrigo Odio González

Dos ilustres juristas han fallecido.  
El primero, destacado Magistrado del Poder Judicial y el segundo notable  
Ex-Presidente del Colegio de Abogados  
Tanto el país como el foro costarricense están de duelo.

JUNTA DIRECTIVA DEL  
COLEGIO DE ABOGADOS

1990

Presidente:

Lic. Alfredo Bolaños Morales

Vicepresidente:

Lic. Carlos I. Echeverría Perera

Secretaria:

Licda. Egennerly Venegas Villegas

Prosecretario:

Lic. Bernal Ulloa Flores

Fiscal:

Lic. José Manuel Arroyo Gutiérrez

Tesorero:

Lic. Carlos E. Muñoz Vega

Vocal 1:

Lic. Oscar Arias Valverde

Vocal 2:

Dr. Ovelio Rodríguez León

Vocal 3:

Lic. Federico Sáenz Mendiola

Vocal 4:

Lic. Carlos Ramírez Aguilar

Vocal 5:

Licda. Rosa E. Blanco Matamoros

AUTORIDADES  
UNIVERSITARIAS

Director Consejo Universitario:  
Lic. Francisco Arroyo Camacho

Rector:  
Dr. Luis Garita Bonilla

Vice-Rectora de Docencia:  
Licda. Elizabeth Odio

Vice-Rector de Investigación:  
Dr. Primo Luis Chavarría

Vice-Rector de Acción Social:  
Dr. Sergio Guevara

Vice-Rector de Vida Estudiantil:  
Lic. Fernando Mayorga

Vice-Rector de Administración:  
Máster Carlos Serrano

Decano Facultad de Derecho:  
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Vice-Decana Facultad de Derecho:  
Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas:  
Dr. Diego Baudrit Carrillo

Decano Sistema de Estudios de Posgrado:  
Dr. Luis Camacho

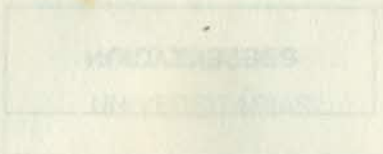
Coordinador de la Comisión Editorial:  
Ing. Mario Murillo Rodríguez

PRESENTACION

En este número se publican investigaciones en el campo del derecho comercial, constitucional civil, internacional, laboral, agrario, administrativo y sobre derechos humanos.

Con este número 65 se abre el año 27 de editarse esta revista y durante este año se celebran los 50 años de fundada la Universidad de Costa Rica.

*El director y editor*



Facultad de Derecho

En esta facultad se imparten las carreras de Derecho y Ciencias Jurídicas y Sociales, así como cursos de posgrado y diplomados.

De la Facultad de Derecho

Con este número se inicia el número 25 de la revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Costa Rica.

Costa Rica, 1988

El director es:

Vice-Rector de Investigación  
Dr. Pedro Pablo Kuczynski

Vice-Rector de Asesoría Jurídica  
Dr. Sergio Gómez

Vice-Rector de Vida Estudiantil  
Lic. Ramiro Méndez

Vice-Rector de Administración  
Lic. Miguel Ángel Soto

Decano Facultad de Derecho  
Lic. José Enrique Román Pérez

Vice-Decano Facultad de Derecho  
Lic. María Antonia Sáenz Estrada

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas  
Lic. Germán Andrés Oros

Director Sistema de Estudios de Posgrado  
Lic. Daniel Oros

CINCUENTENARIO UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

## EVOLUCION RECIENTE DEL DERECHO EN COSTA RICA (30 AÑOS DE ENSAYO)

Lic. Eduardo Ortiz\*

Cuando alguien me pregunta cómo ha evolucionado el derecho en Costa Rica, me acuerdo de los años de la infancia y de la adolescencia. Me acuerdo de los años de la infancia y de la adolescencia, cuando el derecho era un mundo mágico y misterioso, un mundo de fantasmas y de brujas. Me acuerdo de los años de la infancia y de la adolescencia, cuando el derecho era un mundo de reglas y de normas, un mundo de deberes y de obligaciones. Me acuerdo de los años de la infancia y de la adolescencia, cuando el derecho era un mundo de justicia y de equidad, un mundo de valores y de principios. Me acuerdo de los años de la infancia y de la adolescencia, cuando el derecho era un mundo de esperanza y de fe, un mundo de sueños y de aspiraciones.

Las tres décadas por las que voy a hablar en esta conferencia son tres décadas de evolución, tres décadas de crecimiento. En las tres décadas que voy a hablar de ellas he vivido momentos muy importantes de la historia del derecho en Costa Rica. He vivido momentos de crisis y de renovación, momentos de dolor y de esperanza. He vivido momentos de lucha y de victoria, momentos de sacrificio y de triunfo. He vivido momentos de oscuridad y de luz, momentos de desesperanza y de esperanza. He vivido momentos de tristeza y de alegría, momentos de dolor y de felicidad. He vivido momentos de soledad y de compañía, momentos de aislamiento y de unión. He vivido momentos de silencio y de ruido, momentos de quietud y de movimiento. He vivido momentos de paz y de guerra, momentos de armonía y de conflicto. He vivido momentos de esperanza y de desilusión, momentos de fe y de duda. He vivido momentos de amor y de odio, momentos de bondad y de maldad. He vivido momentos de vida y de muerte, momentos de nacimiento y de muerte.

Trabaja para el cambio del Derecho en Costa Rica, y de esta manera el derecho debe ser capaz de responder a las necesidades de la sociedad. El derecho debe ser capaz de resolver los problemas que plantea la vida cotidiana, de proteger los derechos de los ciudadanos y de promover el bienestar de la comunidad. El derecho debe ser capaz de ser un instrumento de justicia y de equidad, de ser un instrumento de paz y de armonía, de ser un instrumento de vida y de esperanza.

\* Jurista Costarricense. Especialista en Derecho Público. Texto conferencia pronunciado en el Colegio de Abogados en ocasión de cumplirse los 25 años de fundación de la Revista de Ciencias Jurídicas, el 25 de agosto de 1988.

### 1.—*El ambiente en los años cuarentas y cincuentas*

Cuando empecé mis estudios de Derecho se estudiaba en apuntes. Los apuntes eran las notas escritas de las lecciones de los profesores, quienes, a su vez, habían estudiado en apuntes. El hecho fundamental en la vida del Derecho en Costa Rica durante los años cuarenta y cincuenta es éste: El nivel de la enseñanza estaba dado por las lecciones, en ausencia total de textos, y, por ello, tocaba únicamente los puntos salientes de la materia, que se concretaba en las leyes que la regían. Una lección es difícilmente equiparable a un estudio legal y suele referirse a la ley, que es el punto de arribo de todo Derecho, pero que es, sobre todo, el instrumento de más fácil manejo para explicar el Derecho en un breve lapso.

Las lecciones son, por regla general, exégesis de la letra de la ley o, a lo sumo, exposición de los conceptos necesarios para su aplicación. En las lecciones que se nutren de otras lecciones resulta casi imposible plantear los problemas fundamentales del Derecho, las soluciones generales que pueden tener, las alternativas y las derivaciones de esos conceptos fundamentales. Todavía más: si se escogiera la exégesis como método, podrían lograrse esos objetivos, aunque siempre referidos a un texto, que es ya el remedio del problema; pero cuando la exégesis viene impuesta por la carencia total de doctrinas, la presencia de la ley se vuelve excluyente de ellas y aquella exige equipararla al Derecho, en lugar de esas doctrinas. El comentario no es de la ley como solución a un problema sino de la ley como un hecho o dato de la realidad, es decir: como dogma. No interesa el problema que resuelve, los intereses que se enfrentan, los valores que exigen respeto, sino más bien los problemas que genera el texto mismo, su letra, como si los conflictos jurídicos fuesen gramaticales y no sociales. Así visto el Derecho no sólo no ilumina ni resuelve problemas sociales, poniendo al hombre en contacto con la realidad, sino que más bien los oculta y lo aísla en la gramática del legislador, que, además, es generalmente mala.

Todavía más: el estudio del Derecho a través de la ley y de sus intrínsecas literales hace imposible conocer las dificultades que presenta la relación entre varias leyes, pues casi siempre son varias, y no una, las que hay que aplicar simultáneamente para resolver un problema. La tendencia de la exégesis y de la interpretación gramatical es la de buscar la solución jurídica en el texto que se reputa aplicable y que, por lo mismo, se reputa suficiente para la regulación de la materia, con prescindencia de los otros textos relacionados con éste. Y ello por una razón: la relación entre textos contradice el dogma de la exégesis, sobre todo de la hecha a través de apuntes, porque re-

vela que no hay equivalencia entre texto y norma, desde luego que para armar una norma es preciso relacionar varios textos. Desde el momento en que ello es así, resulta claro que lo importante es descubrir la norma detrás o delante del texto y la insuficiencia de éste para dar a conocer cabalmente el Derecho o la norma aplicable. El exegeta de poco calibre tiene miedo a la interpretación sistemática, más por las dificultades que encierra encontrar una norma justa, que por las que presenta el conocimiento minucioso de la letra de la ley, a menudo muy compleja o muy defectuosa.

El siguiente paso en este conocimiento gramatical y fragmentario del Derecho, a través de normas aisladas, es naturalmente el empirismo en la solución de los casos no literalmente previstos, que se enfocan o haciéndolos encajar en un texto que no se relaciona con ellos, con evidente forzamiento de su gramática; o inventando una solución poco justa, por falta de observación y valoración adecuadas de la realidad que constituye el problema jurídico. Es decir: el gramaticalismo jurídico y el enfoque del Derecho a través de la ley matan la capacidad para buscar soluciones a lo nuevo e imprevisto, deforman la novedad equiparándola a lo ya conocido y, sobre todo, impiden ver más allá del ámbito circunscrito por el texto mismo, hacia los principios generales del Derecho que contemplan la materia y el problema del caso, aunque no tengan aparente relación con texto alguno.

En síntesis: en los años cuarentas y cincuentas el Derecho como ciencia o como arte era un conocimiento de lo jurídico como un conjunto de leyes sueltas, sin otra coherencia que la que les imponía su texto más o menos afín, con cuya limitada expresión literal había que resolver —por libre invención o por tergiversación— la totalidad de los problemas y conflictos que creaba la vida diaria en sociedad.

## 2.—El conocimiento del Derecho como problema o como sistema

Soy modesto, aunque diga que todo esto cambió cuando —por el año 1959— se inició la recepción del Derecho italiano en Costa Rica, cauce generoso de la civilización jurídica francesa, que así vino también a fertilizar nuestras inquietudes en la creación, en la aplicación y en el cultivo del Derecho como ciencia. Sería inútil hacer una historia del derecho costarricense en los últimos 25 ó 30 años mediante la mención de juristas —con el insalvable peligro de las injustas omisiones— o de trabajos doctrinarios, de nivel y relevancia muy desiguales. Lo importante en el Derecho costarricense de los últimos años, a partir de aquél que califiqué como decisivo, es más bien una diferente concepción del Derecho y del método para conocerlo, explicarlo y aplicarlo. No es mucho, pero es importante, lo que hay que decir al respecto.

Correspondió a Walter Antillón y a mí ser los primeros estudiantes de Derecho en Italia que regresaron para enseñar Derecho —y no otra cosa— en

Costa Rica. El estado del Derecho italiano de entonces se transmitió a nuestras cátedras, a medida que, en un plan piloto de formación de profesores en Italia, Francia y España, el claustro universitario se llenaba con jóvenes importadores de las instituciones jurídicas fundamentales de esos sistemas europeos. Lo principal en el Derecho italiano de entonces era lo siguiente:

- 1) La existencia de una nueva Constitución republicana, que superaba el fascismo y la monarquía y fundaba el nuevo orden social en el trabajo y en los derechos humanos. Esa Constitución reconocía, además de los derechos subjetivos, la existencia de intereses legítimos como situaciones jurídicas subjetivas dignas de tutela (art. 113). Sobre la distinción entre derechos e intereses existía en Italia una división de jurisdicciones contra o de la Administración Pública. En Costa Rica no sólo no se había legislado la distinción sino que se desconocía como institución jurídica. Se hizo de inmediato el esfuerzo por darla a conocer y finalmente se constitucionalizó por reforma constitucional No. 3124 de 25 de junio de 1963, que la incorporó al art. 49 C. Política y que sirvió de base para la fundamental Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, No. 3667 de 12 de marzo de 1966, todavía vigente. El interés legítimo es la expectativa de un acto administrativo legítimo y favorable, en aquél que, por la situación en que se halla colocado frente a la Administración, va a recibir los efectos de ese acto, sea directamente como su destinatario, sea reflejamente como tercero en competencia con el destinatario. Hasta la reforma constitucional de 1963 y quizá todavía hasta la ley de la justicia administrativa de 1966 —pues antes no se aplicó la reforma constitucional— únicamente tenían protección ante el Juez los titulares de derechos subjetivos violados por la Administración. El avance que introdujo la presencia de los intereses legítimos como causa de legitimación del actor contencioso y de anulación del acto administrativo lesivo significó un paso enorme, pues la situación jurídica más común de la Administración frente al particular es la potestad para dictar actos administrativos frente a los cuales o no existen, o desaparecen los derechos subjetivos, en la medida en que resulten incompatibles con el ejercicio —aun ilegítimo— de esas potestades. No obstante que la difusión en Costa Rica de la figura del interés legítimo fue obra de quienes estudiamos en Italia, fue Gonzalo Retana Sandí, recién llegado de España, quien propuso la reforma constitucional y redactó el proyecto de la ley de lo contencioso-administrativo, tomando el concepto de España, donde había sido injertado

a través del conocimiento de la doctrina y la jurisdicción administrativa italiana.

- 2) La teoría del ordenamiento jurídico de Santi Romano y sus derivaciones. Más importantes que la importación a Costa Rica de los intereses legítimos fue la de concepción ordinamental del Derecho, a través de la obra del gran jurista italiano Santi Romano. Antes de 1959 nadie en Costa Rica la había mencionado jamás, por lo que mi sorpresa fue mayúscula cuando en ese año, ya en Italia, Raffale Juso me dijo que lo único importante del Derecho italiano en el siglo XX era la obra de aquel viejo maestro titulada *L'Ordinamento Giuridico*. No es el caso de exponer aquí los detalles de esa doctrina. Pero valga la pena resaltar algunos rasgos decisivos. La teoría del ordenamiento jurídico sostiene que el Derecho es norma, por ser realidad social, organización social, cuya existencia da lugar automática y necesariamente a las reglas, que reflejan y legitiman esa organización para dictar el Derecho. El Derecho es la existencia de lo que Romano llamó "la institución", que podemos definir como una unidad cerrada y permanente de acción colectiva, causa y efecto al tiempo de un ordenamiento jurídico que persigue mantener y mejorar esa unidad de acción. El Derecho no es, entonces, la ley del Estado, sino toda regla de organización y de conducta de la institución, ahí donde ésta exista y aunque no sea el Estado. Así nace la teoría de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, pues cada institución, cada organización social es, por el mero hecho de su existencia, un ordenamiento jurídico autónomo, aunque todos estén en definitiva subordinados al Estado. Esto significa algo decisivo en la concepción del Derecho: el Derecho es producto de la realidad social, con toda su carga de ideas, creencias y valores, que así se conciben como con fuerza normativa, con capacidad creadora de Derecho. En la teoría del ordenamiento jurídico la realidad, el ser, tiene exigencias e imperativos de alcance normativo, lo que bien podría llamarse, sin que el autor lo haya dicho nunca, la naturaleza de la vida social organizada como fuente autónoma del Derecho. Esto genera dos ideas adicionales de capital importancia: la existencia de una Constitución material –fuera de la que es oficial y decretada– que es la valoración social favorable a ésta y fuente de integración e interpretación de ésta; y las instituciones jurídicas, que son, en un principio, la solución de problemas sociales típicos, acorde con los datos reales de esos problemas. Para entenderlas es necesario, ante todo, entender el tipo de problema que resuelven. En síntesis, una especie de Derecho Natural histórico y circuns-

tanciado, que existe sólo para una determinada institución social y a la medida de las necesidades y aspiraciones de esa institución social. Esto mismo da la clave de la unidad del ordenamiento. Si éste es el reflejo o el producto necesario de una institución social, todo acto de creación o de aplicación del Derecho repercute sobre la vida de la institución y sólo puede entenderse en relación con ese conjunto. Como dijo Savigni, ya antes, al aplicar una norma, se aplica, en realidad, un ordenamiento, porque han de aplicarse no sólo todas las normas relacionadas con el problema por resolver sino, además, todas las valoraciones colectivas incorporadas al sentido y finalidad de esas normas, producto de la institución con la que se identifican y que les da vida. Como se ve, la teoría institucional u ordinamental de Romano tiene grave peso sobre la vida y la dinámica del Derecho. Incluye los conceptos y las funciones de la institución social, de la pluralidad de instituciones y ordenamientos, de la relación entre ellos, de la unidad de cada ordenamiento (aun del que está subordinado), de la Constitución material de cada institución social, de las instituciones jurídicas como componentes complejos de la institución social y de la jerarquía de las normas, no por razón de su origen formal (al modo como se distinguen la ley del reglamento o la Constitución formal de la ley) sino por su utilidad, mayor o menor, como instrumento de solución de un problema social típico. Esto nos lleva directamente a la idea de los principios generales del Derecho y del Derecho como la sistematización de un conjunto de problemas sociales y de sus remedios normativos y coactivos.

- 3) El "naturalismo" y la "jurisprudencia de intereses" como reacción contra el fascismo y el totalitarismo. Los valores jurídicos y los principios generales de Derecho. El amor a la exégesis, a la buena exégesis y no a la que se basa en apuntes de clase, se nutre de una confianza en la bondad de la ley, emanada en una confianza en la voluntad del legislador, como agente del pueblo. La ley luce así como la expresión de la voluntad general de que habló Rousseau, de quien le vino a la ley ese valor de santidad. Y siendo así, la ley tiene que ser respetada como única expresión posible del Derecho, que ni la Administración ni el Juez pueden crear, porque sólo son sirvientes del legislador para imponer la misma voluntad general. La ley no sólo no se impone a la sociedad sino que es más bien la fiel expresión de la armonía entre una y otra, como reflejo (la ley) de las aspiraciones sociales a través de su inexorable benefactor, el legislador. De aquí derivó el positivismo legal, que consiste en reputar la ley como única

expresión del Derecho y como no jurídico lo no legislado, que así pertenece a la libertad del individuo. Los problemas nuevos, no previstos, no tienen solución, salvo en contra del que la pretende, porque se le niega, sin importar las consecuencias sociales que tal actitud de aplicación del Derecho genere. Hoy se sabe mejor y sabía mejor la Italia de los años cincuenta, hasta la fecha. El fascismo demostró —como el nazismo en Alemania— la injusticia de la ley, formalmente perfecta, materialmente inicua. Y la teoría institucionalista de Romano, en favor de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, favoreció la tendencia creciente a reputar el Derecho como un conjunto de soluciones a conflictos de intereses, formalizadas ora en la ley, ora en la jurisprudencia o en las mismas concepciones e ideologías de turno en el gobierno. Es decir: desde antes de la segunda guerra mundial, pero, sobre todo, después de ésta, se entendió bien en Italia —y esta concepción dominó tanto los fallos como las doctrinas— que lo que es esencial en el Derecho no es la ley sino los llamados principios generales doctrinarios, que son las reglas de solución de un conflicto extraídas de la generalización de sus elementos componentes y de la elección entre los diversos remedios posibles según un orden de valores, dados fundamentalmente por la Constitución formal y material vigentes, pero, sobre todo, por el tipo de resultados sociales que se quieren obtener a título de solución del problema planteado. Se trata ya no sólo de abstractos y universales principios generales de tipo ético, comunes a todas las ramas del Derecho, como el de la buena fe, el de la responsabilidad, el de la legalidad, el de la confianza en la declaración, sino, mucho más concretamente, de los medios técnicos precisamente necesarios para obtener un resultado jurídicamente valioso o deseable como solución a los conflictos de intereses, generales o particulares. Preguntamos por ejemplo: ¿es principio general del negocio jurídico no sólo la obligatoriedad de la declaración dada con plena voluntad sino, a partir de la tutela a la confianza, aun la de aquélla dada sin esa voluntad, pero en circunstancias que la aparentan y hacen creer en su existencia a un tercero, induciéndolo a actuar en beneficio del declarante? Aquí es decisivo, ante los hechos del problema (declaración no querida pero aceptada de buena fe por un tercero, como si lo fuera), buscar los valores que se quieren proteger: ¿será exclusiva o principalmente la autonomía de la voluntad que sustenta la validez únicamente de lo querido; o será también o principalmente la existencia del tráfico negocial y, con ella, la protección de la confianza de los terceros de buena fe, que exige la obligatoriedad de lo creído aunque no sea querido por quien lo declaró? El principio

general, que podríamos llamar técnico, porque referido a un problema específico y a la solución igualmente específica —pero no casuista— del mismo, es la regla de que prevalece la tutela de la confianza y de que, en consecuencia, el declarante queda obligado tanto por su declaración querida como lo contrario, cuando ella ha inducido una conducta consecuente del tercero de buena fe que la recibió. Y si es en el derecho público es lo mismo: hay una institución municipal —porque administra una empresa que es de una municipalidad— que sufre las mismas directrices y regulaciones en materia presupuestaria que las demás instituciones, no obstante que las municipalidades son constitucionalmente autónomas y están sustraídas a tales directrices y regulaciones. ¿Es constitucional y legal la situación de la empresa municipal? Nuevamente aquí todo depende de lo necesario para conseguir el resultado buscado o deseado: si es la protección total de todo lo que es municipal, como si se transmitiera a todo ello la autonomía constitucional de los municipios, la situación es inconstitucional e ilegal, por violación de la Constitución y aplicación indebida de las directrices y reglamentos ejecutivos, lo que sería la formulación de un principio general del derecho municipal; pero si la autonomía municipal es un régimen de excepción a la superioridad del Poder Ejecutivo o, en general, del Estado sobre el municipio, ha de protegerse ésta por encima de la autonomía de la empresa municipal, a la que no se transmitiría la autonomía constitucional del municipio. El principio general sería, entonces, que la autonomía constitucional del Municipio sólo lo beneficia a éste y es intransmisible, por excepcional. Como se desprende del ejemplo, no puede llegarse a la solución del caso sino por aplicación de un principio preexistente, cuyo contenido depende, a su vez, de una jerarquización de los intereses puestos en juego por los hechos del caso. Ese principio y esa jerarquía dependen también de los valores confrontados y de la jerarquía que les asigne o bien la ley, o bien el Juez, pues el caso puede no tener solución legislada y prevista. Bien se comprende la diversa solución que los casos expuestos tendrían en una interpretación meramente positiva de la ley: para empezar, se rechazaría la demanda no fundada en ella, por ejemplo: la del tercero que se atuvo a la declaración no querida, porque la ley sólo prevé ésta; o la de la empresa municipal que quiere liberarse de la Autoridad Presupuestaria, porque la ley de ésta no la excluye expresamente de su aplicación. En ambos casos, se estaría violando el “espíritu de la ley” si éste llevara, en virtud de los valores del sistema y del tipo de conflicto planteado, a la respuesta inversa, en tutela de la confianza y de la autonomía mu-



nicipal, respectivamente. Pero, sobre todo, y esto es lo más importante, se estaría decidiendo mecánicamente con base en el texto y la letra de la ley y haciendo caso omiso del tipo de problema y del tipo de intereses sociales afectados, no obstante la eventual inconveniencia o injusticia de la solución legislativa. El asunto iría más allá: al atenerse a la ley, aun sistemáticamente interpretada, sin considerar el tipo de problema y el fin que el ordenamiento debe perseguir frente al mismo, en función de sus valores y principios generales, se omitiría igualmente la identificación y la formulación de estos últimos, que, sin embargo, son el origen y el fundamento de validez de la ley en cuestión. Es decir: se estaría matando la doctrina legal, que no es otra cosa que la identificación y correlación entre los valores que presiden una institución jurídica —como solución a un tipo determinado de conflicto— y los medios técnicos para resolverlo en la forma más justa y económica, mediante la formulación precisamente de principios generales para ese tipo de caso o de conflicto.

Todo esto conduce a una importante conclusión: el positivismo legalista, que agota en la ley la fuente no sólo formal sino material y de conocimiento del Derecho, identificándolos, ha venido a ser sustituido necesaria e inevitablemente, más bien diríamos justamente, por una jurisprudencia o bien jusnaturalista, que cree en el valor normativo de la realidad frente al poder público en el enfoque y solución de los problemas sociales, dentro de un ámbito histórico determinado; o bien por la llamada jurisprudencia de intereses, que cree en la reducción del Derecho a intereses, entendidos como necesidades sociales y remedios satisfactorios, y en los intereses no sólo como objeto de regulación jurídica sino también como criterio inspirador de esa misma regulación, como principios generales de Derecho que enmarcan o determinan las disposiciones jurídicas.

Es de notar que, en ambos enfoques, resulta imposible abandonar a la realidad casuista la formulación de los problemas y su solución, porque resulta imperativo reducir los conflictos a tipos y los remedios a principios generales. Aquí nace la necesidad de una doctrina general tanto de unos como de otros, que tiene que operar por conclusiones que se apoyen mutuamente, en función de metas y de valores. El conjunto de esas conclusiones típicas para los problemas sociales y su solución, ordenado y correlacionado en función de un todo viviente, que es el organismo social que padece esos problemas y mantiene sus valores fundamentales, principalmente expresados en la Constitución formal y en la Constitución material, es lo que puede

llamarse o bien un ordenamiento, si se trata de la realidad social de índole normativa; o bien un sistema jurídico, si se trata del conocimiento de esa realidad. He aquí como, a partir de la teoría institucional del Derecho y pasando por la muerte del positivismo legalista hasta llegar al jusnaturalismo historicista o a la jurisprudencia de intereses, se ha cerrado un círculo jurídico, dentro del cual se inscriben tres entidades fundamentales: un ordenamiento jurídico global y unitario; un conjunto de instituciones, relativas a problemas concretos de la sociedad que sustenta ese ordenamiento, para la cual éste existe; y los principios generales de derecho, más o menos importantes según su grado de generalidad, pero posibles tanto para el ordenamiento como un todo, como fundamento mismo de su Constitución material y formal, cuanto para partes de su entramado normativo, que son precisamente las instituciones jurídicas, de las cuales vienen a ser síntesis y fundamento rector. El naturalismo o la jurisprudencia de intereses, sin embargo, no son capaces, como tales, de llegar al problema jurídico concreto, al del hombre de carne y hueso. Surge, ahora, el derivado natural de estos enfoques, que es el método de aplicación del Derecho al caso concreto.

Pero antes de comentarlo, una breve alusión a dos instituciones centrales del Derecho italiano que también han tenido decisiva influencia sobre el costarricense de última hora. Nos referimos a las instituciones fundamentales constituidas por el negocio jurídico y por el acto (provvvedimento) administrativo.

- 4) El negocio jurídico y el acto administrativo. No se trata de hacer aquí una teoría, ni siquiera elemental, de ambos fenómenos de la dinámica jurídica, en cuanto ambos son creadores de Derecho singular. Se trata simplemente de apuntar a la existencia de ellos como condensación de la doctrina de los intereses en cuanto fin y regla del Derecho, predominante hoy en Italia.

Su teoría no necesariamente es italiana y probablemente es alemana, como los mismos juristas italianos lo confiesan. Pero en Alemania es parte más bien de lo que —anticipando conceptos— podría llamarse un enfoque axiomático y conceptualista del Derecho, como expresión de la corriente jurídica que allá se llamó pandectista, con pretensiones de encerrar todo el Derecho en un sistema lógico deductivo de conceptos, no necesariamente vinculados a los problemas que se tratan de resolver; en tanto que en Italia ambos fenómenos son la institución central de lo que podría llamarse el “realismo italiano” actual en el estudio del Derecho. En todo caso, la importación de

estas dos instituciones centrales se hizo de Italia, no de Alemania, naturalmente con total prescindencia de Francia, donde no tienen del todo cabida. Si hay algo que llama la atención a los estudiosos del Derecho privado es la ausencia de una teoría general del acto o negocio jurídico en Francia y, todavía más al publicista, la casi total ignorancia en Francia de una teoría del acto administrativo, con muy leves aunque significativas excepciones, como la reciente obra sobre el tema de Devolve, que padece la limitación fundamental de estar rígidamente centrada sobre la jurisprudencia del Conseil d'Etat, en lugar de partir del problema o de la necesidad que la correspondiente doctrina trata de resolver.

El negocio jurídico es un acto de voluntad dirigido a producir efectos de derecho y capaz para hacerlo a la medida de lo querido, por disposición del ordenamiento. Se trata de una programación de los intereses privados, que se autoregulan, sea unilateralmente (en beneficio de terceros), sea por acuerdo, principalmente a través de la figura del contrato, en el campo patrimonial. Sin embargo, el negocio jurídico es institución mucho más amplia que el contrato y abarca no sólo actos unilaterales patrimoniales (como el testamento o la concesión inter vivos de beneficios patrimoniales), sino también los no patrimoniales (como las adopciones, las renunciaciones a derechos disponibles, etc.). Su importancia jurídico-técnica es la siguiente: supone que la autonomía o capacidad de la voluntad privada para autoregularse es jurídicamente valiosa y tutelable, salvo limitaciones de orden público, por lo que es el principal origen de reglas para sujetos privados, con aplicación preferente a aquellas del ordenamiento (llamadas supletorias o dispositivas) que no expresan el orden público imperativo. De este modo, la teoría del negocio jurídico es la teoría del hecho causal de efectos jurídicos más universal y eficiente para la satisfacción de necesidades del sujeto en el Derecho privado. Su estudio y principios son la parte fundamental de éste, conjuntamente con el de las relaciones jurídicas que crea, como reconocimiento del Derecho a su virtud generadora de reglas para los mismos sujetos que las crean. Y, naturalmente, es éste el reino casi ilimitado de la jurisprudencia de los intereses, pues toda la teoría del negocio se reduce a identificar los que son prevalente por virtud de su regulación dentro del marco del orden público. El negocio es la expresión máxima de la libertad privada con efectos jurídicos sobre sus partes, a medida de sus intereses.

Contrapuesta viene, como es natural, la idea del acto administrativo, expresión de discrecionalidad, no de libertad, de la Adminis-

tración, necesariamente sujeta al principio de legalidad, que impone una regulación mínima de los elementos materiales del acto para reputarlo legítimo. No hay aquí tutela de la voluntad del agente, que actúa por y para la Administración, sino más bien un hecho jurídico, consistente en la declaración de voluntad con todos los requisitos externos exigidos por la ley para producir efecto, aunque internamente esa voluntad no exista o esté gravemente viciada. Lo que requiere el negocio no es la voluntad del efecto sino la declaración para causarlo, en función de un interés público impuesto por el ordenamiento a la Administración y, por su medio, al funcionario agente. La discrecionalidad es la potestad para configurar los elementos materiales del acto-motivo y contenido, pero sobre todo el motivo—no determinados por la ley, mediante una elección que se considere justa, lógica y conveniente dentro de la circunstancia, respecto de un fin que sí impone el ordenamiento. Y aquí, al igual que con el negocio jurídico, la teoría del acto es la de los principios generales que regulan la existencia y el ejercicio de la discrecionalidad por la Administración, dentro del marco de la ley que le otorga esa potestad y de la situación de hecho que provoca ese ejercicio. Alrededor del acto y de la situación de hecho que provoca ese ejercicio. Alrededor del acto y de la discrecionalidad se hilan todos los principios fundamentales de la conducta administrativa propiamente pública y distinta de la que es privada, también al alcance de la Administración. Un principio surge como el decisivo y fundamental, el de legalidad, que ha de entenderse no sólo como la necesidad de una ley que autorice el acto administrativo in abstracto, sino, además, como la necesidad de la procedencia del acto in concreto, dentro de la circunstancia, según una potestad singular nacida de los hechos, en relación con los cuales el acto debe ser, si no necesario, al menos posible y reunir aquellas notas de justicia, proporcionalidad, racionalidad y conveniencia.

Ninguna ciencia jurídica del mundo latino ha desarrollado ambas doctrinas con el grado de detalle, coherencia y racionalidad de la doctrina italiana. Su importación a Costa Rica ha sido decisiva para una comprensión mejor de los dos polos de todo ordenamiento: la autoridad frente a la libertad en el derecho público y la libertad frente a la ley (no frente a la autoridad concreta) del Estado, en el derecho privado. ¿Se habrá exagerado el conceptualismo en el cultivo de ambas teorías centrales del Derecho? No pocos incriminan la doctrina italiana con el pecado de un logicismo exasperante y alejado de la realidad, presente en algunos de sus más grandes juristas—según estos detractores— como Giannini en el Derecho público, Pugliatti en el privado o Carnelutti en el procesal. ¿Será cierta la imputación?

5) El problema del método de conocimiento y exposición del Derecho: el Derecho como juicio y el Derecho como remedio. Esto viene ya anticipado. Ante un problema jurídico es necesario formular una norma que lo resuelva imperativamente. Pero esta norma puede estar más o menos cerca, o lejos, del problema que trata de resolver, según su origen. Si el origen de la norma aplicable es el problema, éste configura directamente su contenido y alcance; si es otra norma, ésta sirve de diafragma y causa necesariamente un desfase entre el problema y su remedio normativo. El asunto se complica por doble razón: primero, porque el Derecho, incluso el casuista, supone siempre la realización de valores contenidos en los hechos, que tienen fuerza normativa propia, según lo descubrió y explicó acertadamente Santi Romano. Estos valores tienen vocación de universalidad, en cuanto normalmente exigen expresión a través de principios generales, como también antes se apuntó, cuya formulación y conocimiento son necesarios para la solución del caso concreto. Este identifica inicialmente un valor y el valor un principio general, que es el fundamento de la posible solución. De modo que todo Derecho, aun el más próximo al problema del caso, opera primero distanciándose de éste para recoger los imperativos del valor que debe utilizarse en su solución práctica, mediante la formulación de un principio general, que sirve de paso inicial en un camino de regreso a los hechos concretos, según reglas cada vez más próximas a ellos, hasta desembocar en el fallo del Juez; esos pasos intermedios son, a su vez, otras reglas de ámbito progresivamente reducido, expresiones del principio general en relación con un círculo de hechos y necesidades también progresivamente determinados. Ahora bien: una segunda complicación surge porque el jurista puede encontrarse —y normalmente ello ocurre— ante un dilema clave: o bien busca la aplicación más breve y sencilla del principio general al caso, para lo cual se mantiene dentro de los límites que le imponen los hechos y características del mismo y, concretamente, la necesidad que trata de satisfacerse; o bien puede convertir el principio general en la premisa mayor de un silogismo y hacer deducciones y concreciones lógicas a partir de esa base, hasta llegar al caso concreto sin tomarlo en cuenta, como si lo importante fuese la coherencia con el principio y no la satisfacción de la necesidad creada por los hechos, sea en abstracto (a nivel de legislador), sea en concreto (a nivel de juez o de administrador). Estos son los enfoques que suelen llamarse —más bien como métodos— tópico o problemático, y lógico o axiomático del Derecho. Su cambiante predominio gobierna toda la historia del Derecho. Su confrontación más

reciente y aguda ha ocurrido en Europa en la lucha entre la jurisprudencia de conceptos y la de intereses, con vuelcos decisivos e inesperados en favor de una y de otra durante el último siglo.

No podemos decir que en Italia haya predominado ninguno de los dos, como tampoco en Costa Rica. Creemos, sin embargo, que la objeción de conceptualismo excesivo contra algunos de los más eminentes juristas italianos de la segunda mitad de este siglo, principalmente contra Giannini en el derecho público y contra Pugliatti en el privado, carece totalmente de base. Hay, sí, conceptualismo denso en ellos, pero no por abuso del método deductivo, sino por uso intenso del análisis descriptivo y estimativo en el conocimiento de la realidad jurídica, que ellos reputan integrada, dentro de una concepción institucionalista, no sólo por las normas sino por la organización social que las crea y aplica, con todo su repertorio de necesidades y de valores.

Lo importante y decisivo es que los que hemos estudiado en Italia hemos venido a enseñar alguno de los dos métodos o los dos, aunque, en mi concepto, mucho más el lógico o axiomático que el tópico o problemático, que, en mi opinión, debe llevarse decididamente en su favor la disputa así empeñada. Aparte de tomar partido en ella, lo importante es señalar que, principalmente como consecuencia de los aportes antes descritos de la cultura jurídica italiana, la costarricense cambió radicalmente a partir de 1959, porque entonces se inició la enseñanza y la concepción del derecho como una ordenación de problemas o de juicios imperativos, pero en ambos casos con una clara conciencia de la necesidad del sistema, que sólo a través de conceptos puede construirse. En otras palabras: es desde entonces que en Costa Rica se enseña, se investiga y se aplica el derecho como un sistema de conceptos, que tiende a sintetizar y resolver los diversos tipos de problemas y de necesidades de nuestra sociedad, a través de reglas cuyo contenido y alcance depende fundamentalmente de esos conceptos y no del texto de las leyes, aunque obviamente tomándolas en cuenta y sin necesaria discrepancia de ellas. Esos conceptos son reflejos de otros y todos forman un conjunto unitario visto desde el ángulo de los valores y los principios generales del ordenamiento como un todo y de cada tipo de problema en particular. Lo que cambia, según el enfoque tópico o axiomático, es el principio de reducción del ordenamiento a unidad, que es la observación del problema para formular la norma con apego a los valores sugeridos o impuestos por los hechos de ese problema, una vez éste tipificado, en el método tópico; o la coherencia del silogismo a partir del principio general,

con vista de hipótesis abstractas cada vez más reducidas, según las leyes propias del pensamiento o de la norma como juicio, no según los datos del problema real e histórico planteado, en el método axiomático. Pero siempre es el Derecho un sistema normativo conceptual, superior a la ley, que es sólo su expresión accidental y que sirve al principio general como medio o instrumento para la realización de valores sociales. En último término, el texto normativo que contradiga la norma que el ordenamiento intenta expresar por su medio se aplicará en la medida en que no exista la contradicción o podrá sustituirse por el que se adapta a esa norma a nivel de aplicación del Derecho, siempre que se entienda que éste consiste, entonces, no en una creación libre y casuista, al hilo de las emociones del intérprete o de la autoridad encargada de aplicarlo, sino precisamente en un conjunto de principios correlacionados con problemas, desglosados y jerarquizados a partir de la realidad tópica de éstos, en una jerarquía material según su mayor o menor generalidad, aparte de su jerarquía formal según el orden constitucional de las fuentes.

No queremos concluir sin tomar abiertamente partido por una concepción del Derecho como arsenal de remedios para los grandes conflictos de intereses sociales, cuyo conocimiento y sistematización sólo pueden hacerse a través de las guías que para esos remedios sugiera o imponga el tipo de problemas en cuestión. Remedios, que, por eso mismo, sólo puede sistematizarse por esferas reducidas de esos problemas y dentro del ámbito de los principios e instituciones especializados que los contemplan, sin pretender abarcar la totalidad del Derecho a través de uno o pocos principios privilegiados, origen de todo lo jurídico.

Una obra ya no tan reciente de un autor alemán, Theodor Wiveg, *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus, Madrid, pág. 129, enuncia los tres postulados fundamentales de esta forma de entender y aplicar el Derecho, diciendo:

1. "La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema;
2. Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él;
3. Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema. Cualquiera otra es preciso evitarla".

6) Conclusión: el Derecho como sistema de conceptos, principios e instituciones, es el cambio fundamental. Se desprende de todo lo anterior cuál es, para mí, el cambio más importante sobrevenido al Derecho costarricense en los últimos treinta años: hemos abandonado el positivismo jurídico para incorporarnos a una concepción del Derecho como sistema de conceptos, de principios y de instituciones, del cual la ley es condensación o fenómeno, pero no centro ni fundamento. Esto se enuncia prácticamente diciendo que lo importante para conocer el Derecho no es leer los Códigos —que también hay que leer cuidadosamente— sino los tratados y doctrinas que explican no su texto, o no sólo su texto, sino el tipo de problemas, intereses y valores propios de la materia y el tipo de satisfacción y realización, inspiradas por aquella realidad social e institucional problemática, que el Derecho les da a través de instituciones y principios generales de Derecho. Es el cambio del Derecho, como haz de leyes sueltas y llenas de trucos y artilugios gramaticales, al Derecho como sistema de reglas fundadas en los valores de justicia, racionalidad y economía. Es el salto de la penuria a la grandeza del pensamiento jurídico.

7) El aporte europeo y latinoamericano. Ese cambio fundamental, cumplido hoy a través de estudios y publicaciones de muy desigual valor, se debe en gran parte a Italia, pero no únicamente a Italia, Francia, España y Latinoamérica —a través de su doctrina— han contribuido notablemente también a su áspera consolidación en Costa Rica, donde la mayoría de los abogados que no son profesores no la entienden todavía y donde la mayoría de los profesores que en un tiempo fueron sus principales protagonistas y agentes de cambio se han dedicado hoy intensamente al quehacer profesional, sin grandes compromisos académicos. Paradójicamente es Costa Rica el país que menos ha contribuido a que ese cambio material y formal del nuevo Derecho costarricense tenga aquí casa y dé buenos hijos. El corazón de la reforma académica-jurídica estuvo en el programa de formación de profesores en Europa, que empezó en 1966, después de una labor preparatoria de varios años, anticipado por el cambio de métodos y textos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, donde, desde mucho antes, se había hecho obligatoria la lectura del italiano y del francés. De 1966 a 1980 se doctoraron cincuenta y pico de profesores nuevos en Europa, principalmente en Italia. De ahí salieron no sólo los nuevos catedráticos de la Facultad —que entonces era la única de Derecho en el país— sino también los únicos colaboradores de las *Revistas Jurídicas* actuales, todas posteriores a 1963. Esperamos que

sigan siendo quienes las mantienen todavía. Sin embargo, todo empezó a morir, con grave retroceso, cuando la ineptitud académica inició las maniobras contra aquel ilustre plan hasta destruirlo, por mano de varios Decanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, que cargan con esa histórica y gravísima responsabilidad. Desde 1980 el plan está suspendido y nuevamente hay una seria desproporción entre el número de estudiantes y el de profesores especializados en su ramo, fuente de toda clase de empirismos. Es Costa Rica quien ha deshecho lo que hicieron italianos, franceses y españoles, con mucho menos amor por el derecho nacional que el que éstos le han dado desde sus cátedras extranjeras, fuente de luz para nuestros becarios. Porque, en efecto, Francia y España han dado también importantes aportes a la cultura jurídica de la Costa Rica reciente. Todavía más: mientras el aporte de Italia ha sido casi todo académico y de concepciones jurídicas, el aporte de España, por ejemplo, ha sido positivo y muy fecundo a nivel de instituciones legislativas, como veremos de inmediato.

Para empezar debe decirse que también hay varios profesores costarricenses formados en Francia y en España, que han aportado sus luces.

Innecesario resulta exaltar el aporte de Francia, que más que generoso es obligatorio y obligado. Todo nuestro Derecho legislado—tanto público como privado—debe mucho a sus instituciones y, en el caso del Derecho Público, a su excelente jurisprudencia. Aunque Francia no ha acompañado a Italia en toda su larga penetración reciente dentro del derecho nacional, siempre han sido su Derecho Positivo y su doctrina jurídica ejemplos de sistema claro y ordenado, en mucho mayor grado—desde este ángulo—que el propio del Derecho italiano. Esta deuda con el Derecho francés nunca ha sido pagada y, por fortuna, aumenta con los años.

A España debemos casi literalmente la actual y capital Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que es muy parecida a la española sobre lo mismo de 1956. Esta ley consolida el ingreso de los intereses legítimos en el ordenamiento costarricense, pues ahí son pivote de la legitimación y de las pretensiones de mera anulación. Esta ley ha tenido importante complemento en otra que creó el Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, el cual ha venido a especializar el conocimiento de las apelaciones en esa materia.

Se ha dictado un Código Municipal nuevo, que se limita a muy poco como innovación y a casi ninguna de importancia. Se expeditan

ahí los trámites y procedimientos municipales, pero se reafirman los vicios fundamentales del orden local en Costa Rica: el sistema electoral para elegir los regidores y el carácter absoluto de la autonomía municipal, que sólo daños ha causado en Costa Rica. Este es un Código nuevo, pero no es, en absoluto, una reforma sustancial del régimen municipal. El Código es criollo y doméstico y parece no tener fuentes materiales extranjeras.

Argentina le ha dado a Costa Rica su nuevo Código de Procedimientos Penales, casi copia del de la Provincia de Córdoba; Latinoamérica su nuevo Código Penal, de la matriz del Código Penal Tipo Latino-americano.

Y los tres países, Italia, Francia y España, en ese orden, han inspirado la Ley General de Administración Pública, columna vertebral de nuestro Derecho Administrativo material o sustantivo.

Italia ha inspirado el régimen de la nueva jurisdicción agraria, con reconocimiento pleno de la función social de la propiedad rural y agrícola en general.

Sorpresivamente, en el Derecho Civil ha habido una fuerte revolución doctrinal—debida sobre todo a las enseñanzas de Pugliatti y Falzea—que ha cambiado totalmente el sistema y el método de enseñanza del mismo, típico ejemplo de toda la evolución antes descrita, sin que, pese a ello, se hayan producido cambios positivos de importancia. El Código Civil sigue el mismo de 1888, con muy pocas variantes, y se ha dictado un Código de Comercio que nació viejo y caduco, sin aporte ninguno de valor técnico o científico. Los doctrinistas posteriores—que han hecho sustanciales contribuciones científicas en numerosos artículos—no han logrado derogar ni reformar esta pobre colección de leyes comerciales que es nuestro actual Código de Comercio.

En el campo del Derecho Privado el cambio legislativo más notable ha sido la introducción de un Título Preliminar del Código Civil, que contiene importantes innovaciones y que está inspirado claramente en el título correspondiente del Código Civil Español, de 1983. En este Título Preliminar merece destacarse el reconocimiento de los principios generales de Derecho como fuente supletoria y de interpretación del ordenamiento escrito en leyes, lo que, sin embargo, es un paso atrás. Pues, en efecto, el art. 7.1 y 3 de la Ley General de Administración Pública igualmente los consagró, desde 1978, pero también como fuente autónoma y eventualmente superior al de la misma ley cuando se trata de principios constitucionales, diciendo sibilina pero significativamente que:

"Las normas no escritas (entre las que cuentan los Principios Generales del Derecho) prevalecerán sobre las escritas de grado inferior".

Contiene este Título Preliminar una consagración de la interpretación teleológica del Derecho, al disponer su art. 10 que las normas se entenderán "atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas"; y se consagra también la equidad como fuente de interpretación del derecho privado y de integración solamente cuando otra ley expresamente lo permita, según lo prevé el art. 11 *ibídem*.

Sorpresivamente, el art. 14 de este Título constituye al Código Civil en norma supletoria de todas las demás del ordenamiento, lo que sólo puede entenderse y aceptarse si así es en ausencia total no sólo de norma escrita sino también no escrita propia del ramo del Derecho que se quiere acabar o rellenar.

Finalmente, este Título recoge la doctrina del abuso del Derecho y del principio de la buena fe en la aplicación de las normas, lo que revela el tinte no positivista, sino impregnado de valores trascendentes, de la reforma en cuestión.

A la luz de las nuevas concepciones se preparan nuevas reformas de importancia: un nuevo Código Procesal Civil; una nueva ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional, que pretende una reforma total de los procesos de amparo, de hábeas corpus y de inconstitucionalidad; y una reforma total de la jurisdicción contencioso-administrativa, convirtiéndola en declarativa y condenatoria —con abandono de su actual función meramente anulatoria o de condenación a indemnizaciones pecuniarias —sobre la base del llamado juicio de ottemperanza de los italianos.

Cambios importantes de la legislación y las instituciones ha habido, como se ve.

Fruto durable de todo el cambio importado han sido las dos principales Revistas jurídicas del país, la de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, cuyos 25 años celebramos hoy, dirigida por quien les habla durante los doce primeros años de su vida, los rudos y a menudo frustratorios, y después y hasta la fecha, en forma acuciosa y tenaz, por Jorge Enrique Romero; y la Revista del Poder Judicial, dirigida desde su primer número hasta ahora, en forma inteligente y fecunda por Víctor Pérez, uno entre los mejores juristas —y no sólo privatistas— del país.

La función de pulmón jurídico que estas Revistas han cumplido ha sido decisiva para la marcha de las reformas académicas, que, si son buenas,

siempre han de traducirse en publicaciones. Son necesarias porque sin ellas estaríamos condenados a continuar construyendo nuestro Derecho desde afuera, con base en textos y libros extranjeros, sin el indispensable aporte doctrinario nacional, único capaz de unir al conocimiento del Derecho Comparado, el de las urgencias, de las fallas y el del nivel técnico nacionales.

Pero preocupa intensamente el estado de postración de las Facultades de Derecho, que ahora son varias, y todas llenas de problemas por la falta de un cuerpo suficiente de profesores especializados, que sepa transmitir los rasgos esenciales de la reforma emprendida en 1959, a la luz de aquella nueva concepción del Derecho y de sus métodos.

El fenómeno es realmente frustratorio: con la decadencia de las Facultades ha sobrevenido la de la jurisprudencia. Hoy la jurisprudencia —al menos en los primeros niveles— es menos buena que hace veinte o treinta años. El nivel del abogado, sobre todo el de sus inquietudes y curiosidades intelectuales, pareciera más bajo que nunca.

La pregunta es: ¿vamos a volver a los apuntes de clase?

La salvación está en una regeneración de las Facultades, en la vuelta al programa de formación de profesores, en la importación de visitantes ilustres, que galvanicen y conmuevan la pereza reinante. Y está, sobre todo, en un humilde reconocimiento a la decadencia y postración actuales, tanto más agudas cuanto más fecunda e incitante fue aquella onda de luz y de asombro que nos vino tardíamente de Europa. Saltemos nuevamente a la luz.

Quedan brasas y puede hacerse tarde para encender otra vez el fuego del espíritu. Hagámoslo ahora, porque la curiosidad intelectual, como el amor, es frágil, y muere con el ocio y la frustración.

### EL OMBUDSMAN(\*)

*Dr. Hugo Alfonso Muñoz Q.*  
Profesor Derecho Institucional - Facultad de  
Derecho Universidad de Costa Rica

El Ombudsman es una institución que surge en el seno de los Estados democráticos para velar por el cumplimiento de la ley y la defensa de los derechos de los ciudadanos. Su origen se remonta a Suecia, donde fue creado en 1809 por el rey Gustavo III. Desde entonces, esta figura ha sido adoptada por numerosos países, adaptándose a sus respectivos contextos jurídicos y políticos.

En primer término, el Ombudsman actúa como un mecanismo de control y supervisión sobre el poder público. Su función principal es recibir y investigar las quejas de los ciudadanos contra los actos de los funcionarios públicos. Para ello, cuenta con facultades de acceso a la información, de audiencia y de requerir la actuación de los órganos del Estado.

FRANCO, JOSÉ. LA ANTE EL PODER INSTITUCIONAL. San José, Costa Rica, 1975.

(\*) En Costa Rica, el proyecto de ley lo denomina "Defensor de los Habitantes". Se discutió mucho sobre el nombre de la Institución y se llegó, con dudas sobre su acierto, a esa denominación.

## SUMARIO

### Introducción

- I. El sentido del Instituto Ombudsman
- II. Contenido del Proyecto Costarricense:
  - 1- Las disposiciones generales
  - 2- La organización
  - 3- El Funcionamiento
- III. Experiencia Costarricense
  - 1- La Procuraduría de Derechos Humanos
  - 2- El Procurador del Consumidor
  - 3- El Defensor del Usuario
  - 4- El Defensor del Recluso
  - 5- El Defensor de los Derechos Universitarios

### Conclusión

### Introducción

Permítanme comenzar con una reflexión sobre el ser humano, que se explica a las instituciones. Según el psicólogo VIKTOR E. FRANKL: "El paciente típico de nuestros días no sufre tanto, como en los tiempos de Adler, bajo un complejo de inferioridad, sino bajo un abismal complejo de falta de sentido, acompañado de un sentimiento de vacío, razón por la que me inclino a hablar de un vacío extencial"<sup>(1)</sup>. Podemos afirmar que, en la actualidad, el vacío institucional es colmado en gran medida con la institución del Ombudsman, como un complemento fundamental de los controles clásicos<sup>(2)</sup>. Pero antes de hablar del Ombudsman como complemento de los controles clásicos, precisa responder a una pregunta fundamental: ¿Qué sentido tiene el Ombudsman? ¿Para qué se insiste en la creación de este órgano? ¿Cuál es su razón de ser y la tarea que ha de cumplir? Responder esto nos lleva necesariamente al sentido de la Institución.

#### I.-El sentido de la Institución Ombudsman:

En primer término, llegó el momento de acabar con la supervaloración de la institución. Al contrario, hay que desmistificarla y ubicarla en el contexto institucional adecuado, con sus virtudes y con sus defectos. Seducidos por la idea que, con el Ombudsman, todos los problemas desaparecen, como una institución divina o como un Quijote que desfaze por doquier entuertos, se perjudica a la institución y al país. La verdadera dimensión del Ombudsman nos permitirá esclarecer cuál puede ser el sentido de su creación en nuestro país. Para ello es preciso establecer las razones de su establecimiento.

Como lo afirman los autores Braibant, Questiaux y Wiener, en su obra sobre el control de la Administración y la protección de los ciudadanos:

"Paralelamente a la redacción de los ciudadanos con el poder político, próxima o distante de aquéllos, democrática o no, se establece a la vez en

(1) FRANKL (Viktor E.), ANTE EL VACIO EXISTENCIAL, Heder, 1986, Barcelona, p. 9.

(2) BECET (Jean Marie), "L'OMBUDSMAN ET LES INTITUTIONS ANALOGUES", Institut International des droits de l'homme. 1977. VIII session d'enseignemsnt, 4-29 de juin.



todos los regímenes una relación directa, cotidiana, entre los ciudadanos y la Administración. En esa interacción, los funcionarios públicos cuentan con poderes que, desgraciadamente, ejercen muchas veces abusiva y arbitrariamente, y crean tensiones y conflictos que requieren instancias para conciliar intereses y para ayudar a sancionar abusos. Dentro de esta perspectiva se enmarca el Ombudsman<sup>(3)</sup>.

Los problemas derivados de las relaciones de los ciudadanos con la Administración, son universales y actuales. Se dan en todas partes y en los distintos regímenes políticos. Un estudio realizado en Inglaterra sobre este fenómeno de la relación entre los funcionarios y los ciudadanos, nos puede dar una idea clara de la situación: "Hacia el final de la Segunda Guerra Mundial, una comisión parlamentaria británica para la formación de funcionarios públicos emitió un útil resumen de las críticas cotidianas contra el burócrata y el informe constituye, indudablemente, un catálogo impresionante. Los defectos enumerados con máxima frecuencia son la excesiva devoción hacia el precedente; el distanciamiento respecto del resto de la comunidad, la inaccesibilidad y el mal trato hacia el público en general; la falta de iniciativa y de imaginación; la organización ineficiente y el despilfarro de energías humanas; la morosidad o la falta de disposición para asumir responsabilidad o tomar decisiones"<sup>(4)</sup>.

Frente a esa devoción hacia el precedente, el Defensor puede intervenir para señalar y cuestionar algunas decisiones que no responden claramente a los auténticos intereses de los ciudadanos. Ante el distanciamiento respecto de la comunidad, el Defensor puede presionar para que el trato de los funcionarios sea más humano y para recordarles que cumplen un servicio público, un servicio para el público, pagado por el pueblo. Si el administrador es inaccesible, el Defensor informará al jerarca para facilitar el acceso racional del ciudadano ante los organismos públicos; si existe maltrato de la Administración en perjuicio del público, el Ombudsman debe denunciarlo. La falta de iniciativa e imaginación de los funcionarios, ha de sacudirse y remediarse aunque sea parcialmente, con una intervención del

(3) BRAIBANT (Guy), QUESTIAUX (Nicole), WIENER (Céline), "LE CONTROL DE LA ADMINISTRATION ET LA POTECTION DES CITOYENS", Ed. Cuya, 1987, p. 5.

(4) Report of the Committee on the Training of Civil Servants (mayo 1944), citado por E. Strauss, LA MENTALIDAD BUROCRÁTICA, Antología de Derecho Constitucional, Universidad de Costa Rica, 1986). Incorporado al dictamen de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración.

Defensor para recomendar procedimientos más ágiles y menos entrabados, que originen rápidas decisiones sin los comunes recursos de evadir las y "congelarlas", ante la frustración del ciudadano<sup>(5)</sup>.

Con gran claridad, el profesor francés, Jean Rivero, señala:

"Para la Administración, existen dos maneras de atentar contra las libertades: una brutal y voluntaria, otra insidiosa y casi inconsciente. Como ejemplos de la primera, cabe citar las brutalidades policíacas, las prohibiciones fundadas en sexo o raza, el tomar en cuenta para la decisión opiniones políticas o religiosas. Frente a abusos de tal gravedad, no hay lugar para "recomendar" o "negociar". Por lo demás, algunos abusos caen bajo el peso de la ley penal; otros están, al menos, viciados de ilegalidad. Por definición, se está, pues, en el dominio del juez, a quien la acción del Mediador, orientada hacia la conciliación, no podrá sustituir".

"Pero la amenaza, que la acción de la Administración hace pesar sobre la libertad, toma otra forma más sutil y que no procede de una voluntad clara. La multiplicación de reglamentos que agobian cada vez más, la vida cotidiana de los administradores —se trata de la circulación, el urbanismo, la protección del ambiente—, responde a necesidades. Pero ello no obsta a que ella desemboque en una apoderamiento progresivo del espacio en el cual el hombre puede moverse, decidir, actuar libremente. La necesidad, antes de realizar un acto, de interrogarse sobre las precauciones que se deben tomar, para no exponerse a un rechazo administrativo o a una sanción, pesa sobre la decisión. Ahora bien, las administraciones, en Francia —pero la comprobación no vale únicamente para Francia—, tienden, según la lógica burocrática, a multiplicar las formalidades, a ordenar los procedimientos en razón de necesidades propias y no de las de los ciudadanos, a dar más importancia al funcionamiento armónico de la maquinaria administrativa que a la calidad del producto en vista del cual ella ha sido construida, es decir para el servicio de los administrados. Esta reducción progresiva del espacio de la libertad necesaria para el hombre, se encuentra evidentemente agravada por los errores y las rigideces imputables al mal funcionamiento de la Administración. Luchando contra ellas, el Mediador sirve de modo indirecto, pero eficaz, a la causa de la libertad"<sup>(6)</sup>.

(5) El autor de este artículo participó en la elaboración del proyecto de ley sobre el Ombudsman, cuando ocupaba el cargo de Ministro de Justicia (1984-1986). También colaboró en la redacción del Dictamen de la Comisión de Gobierno y Administración, favorable al proyecto.

(6) RIVERO (Jean), MEMORIA DEL PRIMER CONGRESO MUNDICIAL DE DERECHOS HUMANOS, Alajuela, Imprenta Nacional, 1984, p. 96-97. Traducción del autor de este artículo. También en esta Revista, No. 51, 1984.

El Ombudsman puede ayudar a determinar áreas especialmente críticas. No sólo por denuncias concretas sobre reiterados actos propios de una mala administración, en determinados servicios públicos, sino que con sus investigaciones directas, comprueba cuáles son los sectores más peligrosos y sensibles en donde se da la arbitrariedad y el abuso. La experiencia desarrollada por la Procuraduría de Derechos Humanos y del Defensor de Reclusos, unida al Defensor del Usuario, nos permiten afirmar que, en efecto, existen campos especialmente propicios para violar derechos fundamentales. Estas infracciones obedecen al tipo de actividad y a la inevitable tendencia del ser humano a abusar del poder y a "deformarse", por la profesión o tarea que realiza. Nos referimos concretamente al fenómeno de la policía.

Con acierto, el Profesor José María Rico afirma: "Una sociedad democrática necesita cierto orden y seguridad, pero también precisa de libertad. De ahí la importancia de establecer un equilibrio escrupuloso entre los poderes indispensables para el cumplimiento de la misión policial y el derecho del ciudadano a ser protegido contra los abusos posibles cometidos en el ejercicio de tales poderes"<sup>(7)</sup>.

Este aspecto último tiene que preocupar a la ciudadanía y, particularmente, a la Asamblea Legislativa. La policía, cualquiera que sea su organización y su ubicación, en cualquier poder, ha de tener controles, justamente por cuanto sus poderes son extraordinarios y los abusos, peligrosos, graves e inminentes. El Defensor de los Habitantes se convierte así en un freno importante frente a esas arbitrariedades, mediante acciones que le confiere este proyecto de ley: investigar, mediar, conciliar y denunciar las violaciones contra los ciudadanos ante la opinión pública y ante el Parlamento.

El peligro de los abusos de la policía se agravan por el amplio poder discrecional de la policía, que le permita actuar sin reglas, con prontitud, y que, de no guardar una adecuada proporcionalidad entre la necesidad y la acción, puede abusar. Como lo señala Lavare: "El poder discrecional de la policía puede ser definido como cualquier toma de decisión que no está estrictamente regida por reglas legales, sino que contiene más bien un elemento significativo de juicio personal"<sup>(8)</sup>.

El antecedente de estas instituciones, el Ombudsman, ha tenido en todos los países, un amplio auge, por su éxito como órgano contralor de carácter preventivo. No es por azar que todos los países europeos hayan introducido la institución: Suecia, su precursor, Finlandia, Dinamarca, Noruega,

(7) RICO (José María), "El Poder Discrecional de la Policía y su control", en el libro "Policía y sociedad democrática", Alianza Editorial S.A., Madrid, 1983, p. 211.

(8) LAVARE (W.R.), Arrest, cit. por RICO (José María), Ibid.

Nueva Zelandia, Gran Bretaña, Israel, Francia, Alemania Federal, Isla Mauricio, Guayana, Canadá, Islas Fiji, Tanzania, Zambia, Ghana, Chipre, Italia, Portugal, Austria y España. Además en muchos Estados Federales, por ejemplo, en la India: el estado de Bihar y de Maharastra; en los Estados Unidos, Hawai, Iowa, Nebraska, entre otros<sup>(9)</sup>. Este movimiento de expansión del Ombudsman contrasta con la ausencia de ejemplos en América Latina. Sin embargo, cabe señalar que la Nueva Constitución Guatemalteca de 1986 incorpora la institución, con rango constitucional, que denomina PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS. En Argentina existe un proyecto de ley que pretende, dentro del proceso de democratización, la figura del Ombudsman. Venezuela y Perú tienen instituciones que, si bien no pueden considerarse como un Ombudsman, sí presentan algunas de sus características.

## II.-Contenido del Proyecto Costarricense:

El proyecto se divide en CINCO TITULOS: el primero, relativo a LAS DISPOSICIONES GENERALES; el segundo se refiere a la ORGANIZACION; el tercero, al FUNCIONAMIENTO; el cuarto a LAS DISPOSICIONES FINALES; y el último a LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS.

### 1.- Las Disposiciones Generales

La atribución general del Defensor de los Habitantes y su independencia, constituyen aspectos ligados íntimamente y por esa razón aparecen en el título primero del proyecto.

- a) La atribución general del Defensor. El artículo 1 del proyecto recoge el objetivo básico de la actividad del Defensor: proteger los derechos de los ciudadanos, para lo cual velará por el funcionamiento legal y justo de la Administración Pública, con excepción de lo electoral. El proyecto recoge esa doble función del Defensor: la protección de los derechos fundamentales y con ello, ayuda a mejorar el servicio. Dicho en otras palabras, protegiendo los derechos de los ciudadanos se alcanza más eficiencia en el servicio que, al perfeccionarse,

(9) GIL ROBLES (Albaro), EL CONTROL PARLAMENTARIO DE LA ADMINISTRACION, España, 1981, p. 28 y 29.

protege mejor los derechos de los administradores. Estos últimos, con sus denuncias, ayudan al Defensor y a la Administración. Existen dos tipos de denuncias contra un servicio público determinado: la denuncia, denominada "subjetiva", cuando se produce un perjuicio concreto contra un ciudadano: la queja de éste ayuda a corregir deficiencias del servicio público, al ponerlas de manifiesto. Pero existe también otra denuncia, llamada "objetiva", por la doctrina Española, que se da cuando la queja de un ciudadano se dirige contra el funcionamiento deficiente del servicio público, por considerarlo desastroso o muy lento<sup>(10)</sup>. La intervención del Defensor contribuye a mejorar ese servicio, lo que trae como consecuencia una satisfactoria protección de los derechos administrativos. En general, existe una correspondencia entre un satisfactorio servicio público y la adecuada tutela de los derechos del administrado; y entre el mal servicio y la arbitrariedad, la corrupción y la ineficiencia, aunque también excepcionalmente existen administraciones arbitrarias y, a la vez, eficientes. Pero, en todo caso, la ineficiencia implica siempre violación del derecho de encontrar oportuna y satisfactoria respuesta a las solicitudes del ciudadano.

Mucho se ha escrito sobre la naturaleza jurídica de esta Institución: sin embargo, de todos esos trabajos cabe extraer la conclusión de que su naturaleza es esencialmente de complemento al insuficiente control clásico. En ese sentido, no se trata de un órgano parlamentario aunque aparezca ligado a él por su nombramiento a cargo de las asambleas legislativas y por su función contralora. En efecto, admitiendo la función contralora del Ombudsman sobre la Administración Pública, precisa indicar que no tiene carácter político ni jurisdiccional. De ahí que sea un control distinto y complementario de aquellos clásicos. Mediante la supervisión de la Administración, el Ombudsman protege derechos y ayuda a resolver problemas administrativos, pero va normalmente más allá: concilia, media, denuncia públicamente... Esta denuncia pública trae consecuencias políticas para el funcionario involucrado. Sin duda, el efecto político de esa "exhibición pública" constituye una sanción más drástica muchas veces que la que imponen órganos que resuelven, deciden y sancionan.

La función del Ombudsman carece del carácter administrativo y jurisdiccional de las propias del Poder Ejecutivo y Judicial. Y si

(10) *Ibidem*, p. 297 y 298.

como afirmamos no tiene naturaleza parlamentaria, ni jurisdiccional ni administrativa, ¿en qué consiste la función del Ombudsman? Un complemento de los aspectos contralores que realiza cada uno de esos órganos estatales. Complementa el control parlamentario que normalmente no se ejerce sobre la vida administrativa cotidiana: el papel de supervisión política de las asambleas se concentra en los aspectos más relevantes de la actividad gubernamental y no en violaciones burocráticas más frecuentes, pero no tan espectaculares como para ser llevadas al debate legislativo.

Es cierto que la Administración Pública cuenta con mecanismos internos de supervisión: consultas obligatorias o facultativas, la relación de jerarquías, los procedimientos con participación del propio administrado, los recursos administrativos, etc., pero esas herramientas que se encuentran dentro de la burocracia, resultan insuficientes. En ese marco, el Ombudsman se presenta como un vigilante externo que ayuda al ciudadano común; que media entre éste y el funcionario público; con su principal arma, la posibilidad de hacer del conocimiento público las irregularidades e ineficiencias de determinado servicio, evoca una magistratura de influencia fundamental para encontrar reparaciones en favor del administrado.

Ante una justicia excesivamente lenta, bastante cara, formalista aún e ineficiente, el Ombudsman interviene con mecanismos rápidos, flexibles, activos que dan solución a los problemas del ciudadano. No sustituye a la Administración de Justicia, la complementa en el control de la legalidad de la conducta administrativa, particularmente, cuando se trata de infracciones pequeñas que no son objeto de recursos contencioso-administrativos.

- b) La independencia. (Art. 2). La institución que se crea está adscrita a la Asamblea Legislativa. Por el origen de su nombramiento y por la naturaleza de su función, este órgano del Estado tiene aspectos de órgano parlamentario. Sin embargo, se consagra la autonomía funcional, administrativa y de criterio. Esta independencia resulta ser una garantía para su buen funcionamiento. Someterla directamente a la Asamblea Legislativa, por la naturaleza política de esta última, puede afectar el cumplimiento de su cometido. Lo anterior no significa que se va a desligar del Parlamento, sino que la naturaleza de su función, como se indicó, constituye un complemento de la actividad que ejercen los diputados como auténticos representantes del pueblo. El Defensor también ayuda a cumplir el papel representativo de la Asamblea, al proteger a los ciudadanos. Muchas denuncias que los diputa-

dos reciben de sus conciudadanos se canalizarían por medio del Defensor, cuya función se asimila bastante a la del Diputado en lo que se refiere a mediar entre la Administración y los administradores, a conciliar los intereses de los administrados entre éstos y los distintos servicios públicos; y a interceder en favor de los habitantes ante los funcionarios. Pero esta estrecha relación del Defensor con la Asamblea Legislativa y con sus miembros, no debe confundirse con una situación de subordinación jerárquica: el Defensor goza de autonomía en el desempeño de sus tareas.

## 2.- *La Organización*

El título relativo a la Organización se divide en cuatro capítulos: a) la elección; b) el cese; c) las incompatibilidades e inmunidades y ch) el Defensor Adjunto y los defensores especiales.

- a) La elección. En este capítulo se regulan los aspectos relacionados a la designación, a los requisitos y a la juramentación. La designación, por un período de cinco años, por mayoría calificada de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa, resulta adecuada. No podrá reelegirse, de conformidad con una moción que varió el texto original del proyecto, que permitía la reelección por una sola vez.

La decisión de la Comisión se justifica en varias razones: en primer término, se estima que quien ocupe este cargo tan importante, debe soportar enfrentamientos con la Administración, interceder ante funcionarios, conciliar, proponer, etc., lo que produce un natural desgaste que justifica su inexorable reemplazo.

En lo relativo a requisitos, se mantuvo la propuesta original del Ministerio de Justicia: costarricense por nacimiento, en pleno ejercicio de los derechos, mayor de treinta años, abogado de prestigio y solvencia moral reconocida.

- b) Cesación. Después de debatirse en la Comisión, se estimó que la vacante debe declararla el Presidente de la Asamblea Legislativa, en los casos de renuncia, muerte o incapacidad sobreviniente, como lo contempla el texto original. Pero, además, se agregaron los casos de incompatibilidad y de sentencia condenatoria firme por delitos dolosos, como atribución del Presidente de la Asamblea, lo cual es diferente a lo que establecía el proyecto, que le asignaba esa función

a la Asamblea Legislativa. Se mantuvo, con ligeras variantes, la posibilidad de que la Asamblea Legislativa cese al Defensor por notoria negligencia o violaciones del ordenamiento jurídico, si la decisión se toma por dos terceras partes del total de sus miembros.

- c) Las inmunidades e incompatibilidades: El Defensor de los Habitantes gozará de las inmunidades previstas para los miembros de los Supremos Poderes. Es indudable que, por lo delicado de su trabajo, tiene que contar con la protección de la inmunidad. De otra forma, se vería afectado por persecuciones de particulares y de la Administración. En lo relativo a las incompatibilidades, la Comisión modificó el inciso 2), para finalmente consagrarlo así: "El cargo de Defensor de los Habitantes es incompatible con cualquier otro cargo público o privado que no sea la docencia o investigación universitaria".
- ch) Defensor Adjunto y los defensores especiales. El Defensor contará con la colaboración de un Defensor Adjunto y de defensores especiales, en razón de la materia.

## 3.- *Funcionamiento*

El título tercero, sobre el FUNCIONAMIENTO, se divide en tres capítulos: el primero, la Competencia; el segundo, el Procedimiento y el tercero, la Obligación de los órganos públicos y las sanciones.

- a) Competencia. El Defensor realiza diversos actos: investigaciones relativas a las actuaciones materiales, actos u omisiones de la actividad administrativa del sector público, inspecciones en oficinas públicas, sin previo aviso, con la posibilidad de pedir documentos e informaciones, recomendaciones y prevenciones a los órganos públicos. El Defensor de los Habitantes podrá, además, interponer recursos de amparo, hábeas corpus e inconstitucionalidad. Finalmente, debe rendir un informe anual sobre sus actividades, así como comparecer en la última semana de junio a exponer oralmente un resumen de su informe.

Este capítulo fue objeto de modificación respecto del texto original. La Comisión agregó un párrafo que dice: "No obstante, no podrá intervenir en forma alguna respecto de las resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral". Este agregado obedece a la necesaria autonomía que deben tener las resoluciones del Tribu-

nal Supremo de Elecciones en materia electoral. De igual manera, se adicionaron dos incisos al artículo 12. Uno que establece que cuando el Defensor conozca por cualquier medio de alguna irregularidad de tipo administrativo que se atribuya a algún órgano del Poder Judicial o a sus servidores, se dirigirá a la Corte o a la Inspección Judicial. El otro señala que: "En tales casos, la Corte a través de la Inspección Judicial procederá a investigar los hechos con participación del Defensor o su delegado, en toda actuación o trámite que éste estime conveniente, a quien además se notificará y dará audiencia, en forma inmediata, para lo que a bien tenga gestionar".

Finalmente, conviene señalar que el Defensor de los Habitantes no sustituye los actos, actuaciones materiales u omisiones de la Administración. Sin embargo, si de su acción se desprende que existe ilegalidad o arbitrariedad en la actividad administrativa, deberá recomendar o prevenir al órgano respectivo la rectificación correspondiente. Además, si concluye en que la acción lo amerita, tiene que remitir el expediente al Ministerio Público para que éste interponga la acción penal correspondiente.

b) Procedimiento. Toda persona física o jurídica puede acudir ante el Defensor, quien deberá atenderla sin formalismos, gratuitamente, con rápido y fácil acceso. Deberá registrar y acusar recibo de las quejas y, para rechazar alguna de ellas, fundamentará, de modo racional y adecuado, la no aceptación; pero orientará al quejoso sobre las vías oportunas para reclamar sus derechos. La interposición de una queja ante el Defensor no interrumpe ni suspende los plazos administrativos o judiciales. El Defensor no podrá examinar aquellos asuntos sometidos a los tribunales. No obstante, podrá investigar cuando exista una denuncia denominada "objetiva", es decir, sobre problemas generales de determinado servicio público.

En caso de admitir una queja, el Defensor iniciará la investigación que juzgue conveniente, que deberá ser sumaria e informar, y se comunicará con la dependencia administrativa correspondiente para que el jefe y el funcionario denunciado, obligatoriamente, remitan el informe del caso en un plazo perentorio de cinco días hábiles. Para garantizar el debido proceso, el funcionario no sólo podrá contestar y defenderse, sino también apersonarse ante el Defensor, ofrecer las pruebas de descargo y los alegatos correspondientes, de todo lo cual se dejará constancia en el expediente respectivo.

Se establecen en el proyecto plazos y términos para resolver sobre las quejas ante el Defensor.

Contra las decisiones, actuaciones e informes del Defensor, solamente cabrá recurso de reconsideración dentro de los ocho días hábiles posteriores, a partir de la notificación.

Es obligación del Defensor notificar el resultado de sus investigaciones a los interesados y al funcionamiento correspondiente. También deberá el Defensor cubrir los gastos en que incurrieron los testigos que hayan rendido declaración ante él.

c) Obligación ante los órganos públicos y las sanciones. Para poder cumplir con sus delicadas tareas, el Defensor tendrá acceso a todo expediente, documentación e información administrativos, salvo los secretos de Estados declarados así por el Consejo de Gobierno. La norma es amplia y conveniente para evitar que los funcionarios escondan información. Además, los funcionarios están obligados a colaborar, preferentemente con el Defensor, en sus investigaciones y a ayudarlo a cumplir con sus tareas. Por otra parte, no podrán ser objeto de censura ni interferirse la correspondencia y las comunicaciones dirigidas al Defensor de los Habitantes, especialmente aquellas conversaciones telefónicas hechas desde centros de detención, internamiento o custodia.

El proyecto de ley señala que la negativa o negligencia del funcionario o de sus superiores en contestar o enviar la documentación requerida por el Defensor, así como cualquier acto u omisión que entorpezca las funciones de aquél, hará que incurran en el delito de desobediencia, de lo cual dará cuenta inmediata al jerarca y al Ministerio Público, sin perjuicio de hacerlo del conocimiento de la ciudadanía en general.

Cuando el Defensor, en razón del ejercicio de sus funciones, tenga notificación de una conducta o de hechos presuntamente delictivos, pondrá el caso en conocimiento del Ministerio Público. De todas maneras esta obligación la tiene todo funcionario público, pero aparece en forma expresa en el proyecto, para darle mayor fuerza a aquellas intervenciones del Defensor que comprueben la comisión de hechos delictuosos.

Finalmente, el proyecto de ley recoge, con algunas modificaciones, una norma que aparece en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, entre las funciones de protección a los derechos humanos. La disposición concretamente establece que en caso de comprobar violación, configure ésta un delito o no, si se afectan los derechos constitucionales, constituye también una infracción a los deberes de la relación de servicio del funcionario autor de ella. En

consecuencia, se requerirá al respectivo jerarca que imponga la sanción disciplinaria que legalmente proceda, de lo cual deberá el jerarca dar cuenta al Defensor en el término de treinta días naturales a partir de su imposición.

De los títulos relativos a las Disposiciones Finales y Transitorias, cabe resaltar que estas últimas se indica que los funcionarios del Poder Ejecutivo que realicen actividades semejantes, deberán pasar al Defensor. Ello se orienta básicamente a evitar duplicidad de funciones, concretamente las que realizan el Procurador de Derechos Humanos y el Defensor del Usuario. Esta norma es sana, pues así se aprovechan mejor los recursos.

### III.—*Experiencia Costarricense*

En Costa Rica, se ha acumulado ya una importante experiencia con instituciones que se inspiran en el Ombudsman. Ellas no tienen todas las características de un Ombudsman tal y como lo concebimos; pero en el radio de su acción constituyen herramientas importantes que desempeñan tareas propias de aquí.

#### 1.— *La Procuraduría de Derechos Humanos*

Me refiero, concretamente, a la Procuraduría de Derechos Humanos, creada por ley número 6815 de 27 de setiembre de 1982, que en su artículo 3 inciso k) otorga a la Procuraduría General de la República la competencia de defender los derechos humanos de los habitantes de la República<sup>(11)</sup>.

La Procuraduría de Derechos Humanos realiza las investigaciones que considere convenientes, y recibe denuncias de cualquier persona contra

(11) En el proyecto de ley, elaborado en su texto original durante la Administración Carazo, aparecía una Procuraduría de Derechos Humanos, sin definirse sus atribuciones y, en consecuencia, de haberse aprobado esa redacción original su papel hubiera sido únicamente consultivo. Al ocupar el cargo de Procurador General de la República, en mayo de 1982, integré una comisión que modificara esa redacción original y le confiara a la Procuraduría de Derechos Humanos atribuciones semejantes a la de un Ombudsman y así se abriera el camino para el establecimiento definitivo de esta última institución. De esa manera se elaboró el artículo 3 inciso k) de la ley vigente.

funcionarios y autoridades administrativas o de policía. Si constata una violación que constituye delito, presenta la denuncia ante el Jefe del Ministerio Público, el cual debe informar al Procurador del resultado de aquélla. Cuando la Procuraduría comprueba que existe una violación de los derechos humanos, delictuosa o no, ese hecho por sí solo configura una infracción a la relación del servicio del funcionario o empleado autor de ella.

Es oportuno advertir que el Procurador de Derechos Humanos posee una competencia amplia para investigar por medio de inspecciones en oficinas públicas, así como requerir todo tipo de documentos, con la excepción de los secretos de Estado, declarados así por el Consejo de Gobierno y aquellos que por ley tienen el carácter de confidenciales. Ningún funcionario podrá negarse a colaborar con el Procurador en el ejercicio de sus tareas.

Una evaluación rápida de esta Procuraduría, cinco años y medio después de su entrada en acción, permite observar que su evolución se acerca más a un tribunal administrativo, contralor de los derechos humanos, que a una institución del carácter del Ombudsman. En efecto, la Procuraduría de los Derechos Humanos dicta resoluciones administrativas sobre derechos humanos. En este sentido, la forma de sus actos debió asimilarse a informes, mucho menos formales, que una resolución. Habría ganado en rapidez para su emisión. Ha sido queja del Procurador de Derechos Humanos la falta de recursos materiales y humanos para el desempeño de sus tareas, lo que, unido al hecho de depender jerárquicamente del Procurador General de la República nombrado por el Consejo de Gobierno, reducen su ámbito en el ejercicio de sus funciones. Pero sin duda la omisión que se percibe con mayor notoriedad, resulta ser la ausencia de la magistratura de influencia por medio de la prensa u otros mecanismos de denuncia pública. Esa importante herramienta no se ha utilizado con la frecuencia necesaria para reforzar su labor. Tampoco se propone una intervención abusiva y arbitraria en los medios de comunicación colectiva que resulta a todas luces inconveniente. Pero en estos medios su presencia más constante fortalecería la institución.

Sin embargo, se advierten aspectos positivos: seriedad, responsabilidad y formación altamente calificada del Procurador de Derechos Humanos, con rigor y la riqueza conceptual en sus resoluciones constituyen una importante fuente de consulta doctrinal y jurisprudencial sobre los derechos humanos. Por otra parte, es preciso advertir que las denuncias ante la Procuraduría han ayudado a determinar donde se producen las principales infracciones a los derechos fundamentales. Finalmente, su establecimiento ha sentado las bases para el proyecto de ley de creación del Defensor de los Habitantes de la República.

## 2.- El Procurador del Consumidor

No se tenía bien perfilada la institución de la Procuraduría del Consumidor cuando se elaboró el proyecto de ley que la estableció. Las intervenciones del Estado que regulaban la actividad privada han sido frecuentes en nuestro país, pero órganos como el Ombudsman del Consumidor no tienen antecedentes en Costa Rica, como tampoco en América Latina, con la salvedad de la Procuraduría del Consumidor de México. Si bien es cierto que, dentro del Ministerio de Economía y Comercio, laboran desde hace años inspectores de precios, éstos encuentran, en el ejercicio de sus funciones, obstáculos reales y jurídicos; además, su actividad se orienta básicamente hacia el aspecto represivo y no preventivo.

Una Procuraduría del Consumidor ha de cumplir al menos, las siguientes tareas: orientar y asesorar a la población consumidora, conciliar intereses contrapuestos (comerciantes y consumidores), representar los intereses de la población consumidora, estudiar y proponer medidas encaminadas hacia la protección del consumidor, denunciar ante autoridades competentes la existencia de prácticas monopolíticas y abusivas, en cuanto a la calidad y al precio, organizar comités de protección al consumidor. Para desempeñar eficientemente las tareas indicadas se requiere procedimientos sistemáticos rápidos y de fácil acceso. La organización popular debe respaldar y apoyar su gestión por medio de Comités de Defensa del Consumidor, asociaciones privadas y otras instancias no gubernamentales.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República únicamente establece entre sus funciones, encargada a una Procuraduría específica: "Tomar las acciones legales en resguardo de los intereses de los consumidores" (art. 3 inciso k). En el proyecto de Ley de Protección al Consumidor se pretendió subsanar las omisiones en lo relativo a competencias, procedimientos, sanciones y otros aspectos fundamentales para el adecuado funcionamiento de la Procuraduría del Consumidor. Empero, por ser controvertible el Proyecto de Protección al Consumidor, al afectar intereses económicos, su viabilidad resulta ser muy difícil.

Un examen crítico de la Procuraduría de Defensa del Consumidor llevaría a plantear algunas observaciones. Al igual que la de Protección de los Derechos Humanos, carece de suficientes recursos materiales y humanos. Pero sobre todo conviene señalar que, en la práctica no existe un plan de trabajo ni procedimientos claramente regulados ni un sistema orgánico y coherente de trabajo que permitan sentar las bases para su institucionalización definitiva por medio del proyecto de "Defensor de los Habitantes de la República".

## 3.- El Defensor del Usuario

A partir de 1949, con la Constitución vigente, en Costa Rica se consolida el tipo de organización política conocida como "Estado Social de Derecho". Las intervenciones estatales, por medio de instituciones autónomas o descentralizadas, se acentuaron desde entonces. Como consecuencia, el aparato estatal creció desmesuradamente, más los servicios públicos se prestan, en general, con poca eficiencia y con lentitud. Así las cosas, resulta incomprensible que el Estado no hubiera establecido instancias de defensa del usuario. Es cierto que aparecen, a menudo, grupos de particulares que forman una asociación para tal defensa, pero ello se produce no solo de manera asistemática y muy eventual, sino que es insuficiente para la debida protección del usuario.

Por esas razones, en el Registro Nacional se nombró un Defensor de los Derechos del Usuario, funcionario adscrito al Despacho Ministerial y a la Junta Administrativa del Registro presidida por el Ministro. A dicho funcionario se le han asignado tareas de gran importancia, cuyo eje reside, sobre todo, en el compromiso que aquél contrae de ser muy creativo sin contribuir a institucionalizar adecuadamente esta decisiva instancia de garantía para la eficiencia del servicio público.

Su función básica es la de orientar al público en las gestiones que éste lleva a cabo ante el Registro. Se trata, en primer lugar, de hacer desaparecer dos tipos de hechos que, lamentablemente, en la actualidad son habitantes: a) evitar la inseguridad del usuario, su zozobra al enfrentar la necesidad de averiguar cómo desenvolverse en el seno de un edificio como el del Registro, cuyas oficinas no conoce, por lo cual necesita recibir orientación para lograr obtener el servicio público que precisa y a que tiene derecho; b) prevenirlo de individuos que, aprovechándose de tales circunstancias, ilegítimamente llegan a cobrarle, por servicios que los funcionarios deben prestar en forma gratuita, sumas, que son diez o veinte veces mayores que las que corresponde pagar por concepto de timbres o derechos.

El Defensor tiene también la misión de recibir quejas contra aquellos funcionarios que, prevaliéndose de su cargo, perjudican con su maltrato o irrespeto al usuario. Además revisará procedimientos administrativos y, sobre todo, ha de controlar que se efectúe de manera correcta la aplicación de leyes y reglamentos. Con recomendaciones y acciones mediadoras tratará de evitar abusos e intercederá ante los funcionarios para corregir deficiencias administrativas. Aunque no tiene competencia para sancionar, sí podrá sugerir que se efectúen investigaciones cuando lo juzgue oportuno; o incluso puede realizarlas directamente él, en cuyo caso presentará sus conclusiones y recomendaciones.

Se ha ideado un procedimiento bastante sencillo para que el Defensor esté en condiciones de desempeñar con agilidad sus funciones. Actúa de oficio o a petición de los usuarios. Mediante investigaciones, recoge información que suministra a las autoridades del Registro Nacional y del Ministerio de Justicia. Este informe se presentará con arreglo a un esquema ordenado, donde con toda claridad exprese el hecho denunciado, el resultado de la investigación, sus conclusiones y recomendaciones. Para evitar represalias contra los usuarios, los informes del Defensor no señalan quiénes entre éstos o qué funcionarios suministraron los datos recogidos; sin embargo, los nombres son consignados por él en expediente aparte, de tipo reservado, donde quedará constancia de las pruebas suministradas. Por otra parte, el Defensor presentará cada dos meses un diagnóstico sobre la situación general de los trámites en el Registro, la evolución de los derechos de los usuarios y, en general, las condiciones de prestación del servicio; incluye allí un capítulo de conclusiones, recomendaciones y propuestas de reforma.

El adecuado ejercicio de todas esas atribuciones, llevado adelante de modo permanente por el Defensor, contribuirá a mejorar el servicio público y, por la vía, a combatir la corrupción, vicio que en gran medida no es sino un efecto de la ineficiencia administrativa. Pensamos que la incorporación de un funcionario con tales cometidos a la Administración Pública robustece la democracia, permite armonizar los derechos del usuario con la eficiencia del servicio. Está llamado a constituir, a nuestro juicio, un puente de singular trascendencia práctica entre el Estado intervencionista y un verdadero Estado democrático de Derecho.

#### 4.- *El Defensor del Recluso*

En el Primer Congreso de Evaluación del Sistema Penitenciario, celebrado en agosto de 1984, el Ministerio de Justicia y Gracia propuso que, para hacer efectiva la protección de los Derechos Humanos, se requeriría la creación de un Defensor especialmente dedicado a garantizar el respeto de aquellos derechos. Siguiendo tales recomendaciones, el Decreto Ejecutivo No. 16941-J estableció un Defensor de los Derechos Humanos del Interno del Sistema Penitenciario, adscrito al Despacho Ministerial, otorgándole competencia sobre todos los centros del Sistema Penitenciario para el cumplimiento de su cometido.

Dicho Defensor interviene cuando se presentan amenazas, obstrucciones o violaciones a los derechos de los internos; previene los abusos mediante acciones y recomendaciones que hace ante las respectivas

instancias públicas (sus informes se dirigen al Ministro, pero con copia a los órganos responsables). Cumple también funciones de mediador, para persuadir a las autoridades de que no incurran en actos que violen o puedan infringir derechos fundamentales. Difunde el conocimiento de los derechos humanos por medio de su acción y por charlas que imparte. Además, puede proponer reformas a procedimientos, leyes, aspectos físicos de los centros, etc., con el fin de mejorar la situación de los internos. Y también ha de recomendar la imposición de sanciones a los funcionarios que, por la gravedad de los hechos cometidos contra el interno, sean acreedores a ellas.

El Defensor realiza un control de la eficiencia de ese importante servicio público de la Administración Penitenciaria. Utiliza, para ello, un procedimiento sencillo de visitas periódicas y sistemáticas a los centros; entrevistas a los internos, revisa las condiciones físicas e higiénicas del centro, la alimentación y actividades propias del tratamiento (entrevistas de los psicólogos, trabajadores sociales, actividades culturales, deportivas, el trabajo, la educación). En un informe señala todos los aspectos mencionados, con sus conclusiones y recomendaciones.

Para la Dirección del Sistema Penitenciario y para el Despacho Ministerial, esos informes son de gran utilidad porque les permiten saber cuál es el estado real de los centros. Ocurre, a menudo, que los funcionarios que los dirigen no dan una información completa y objetiva. El Defensor, con sus informes, no sólo defiende los derechos de los internos, sino que ayuda a mejorar la eficiencia administrativa al señalar defectos y vicios que deben ser objeto de correcciones.

#### 5.- *El Defensor de los Derechos Universitarios*

Se propuso la creación del Defensor de los Derechos Universitarios, dentro del marco de principios democráticos y autónomos que orientan la estructura y las funciones de la Universidad de Costa Rica. Ese órgano que, de establecerse, constituye un freno a los abusos y arbitrariedades propios de la administración, viene a llenar un espacio que otras instancias universitarias no pueden hacerlo. Se trata, la del Defensor, de una función muy especial que sirve para prevenir, mediar y resolver muchos conflictos y que no corresponde a los demás órganos de la Universidad. Sin duda, la Universidad de Costa Rica ha logrado edificar una organización y desarrollar actividades bastante satisfactorias. Pero esa estructura y sus funciones requieren perfección mediante órganos que ayuden a resolver los conflictos y favorezcan la evolución institucional, sin enfrentamientos ni rupturas violentas. El Reglamento que se sometió a consideración de las



Autoridades Universitarias responde al principio de que la participación de los miembros de la Comunidad Universitaria es la mejor garantía de protección de sus derechos y ofrece, además, a todos sus componentes canales para que los procesos democráticos se desarrollen y se encaucen con normalidad dentro de la vida institucional.

El Reglamento que se propuso contempla la instauración de un órgano, cuyo objeto es la defensa de los derechos universitarios, cuando hayan sido lesionados, por alguna autoridad administrativa o administrativa docente de la Universidad. Al ejercer la defensa de los derechos de los universitarios o, de investigar sobre la forma arbitraria o no de prestar un servicio, se evalúa al mismo tiempo los procedimientos y actos de las autoridades académicas, en lo relativo a su eficiencia, legalidad, moralidad y justicia. Se procura así poner al servicio de los universitarios una instancia que sirva para dar a conocer, a las Autoridades Competentes de la Comunidad Universitaria, las irregularidades que cometen determinados funcionarios con el fin de que sean las propias Autoridades Universitarias las que lleven a la práctica las medidas correctivas que sean necesarias. En otras palabras: ante una denuncia concreta, el Defensor examina no sólo el fundamento o ilegitimidad de la parte autora sino también pasa a investigar sobre la prestación de servicio público e informa a la autoridades correspondientes para que tomen las medidas del caso. Por ello estimamos importante su creación, con el fin de integrarlo, posteriormente, al Defensor de los Habitantes.

### CONCLUSION

No cabe duda, que tanto las Procuradurías de Derechos Humanos, del Consumidor, como el Defensor del Recluso y del usuario del Registro Nacional, y, finalmente, el Defensor del Niño y el Defensor de los Derechos de los Universitarios propuesto ante las autoridades universitarias, constituyen importantes aportaciones para la protección del administrativo y para una mayor eficiencia de la actividad administrativa. Estas experiencias, con sus errores y aciertos, servirán de base al establecimiento definitivo del Ombudsman en Costa Rica.

Sin embargo, a estas alturas de la exposición conviene responder a la pregunta inicial: ¿Qué sentido tiene establecer el Ombudsman en los países de América Latina? Para responder, sin evasivas y sin presunciones, conviene recordar una frase del mexicano Zapata, sobre el ejercicio del poder: "Qué extraña es esta silla, cuando un hombre bueno se sienta, se convierte en malo". Aunque referida la frase a la silla presidencial, el

embrujo de ella se aplica, en mayor o menor medida, a todo funcionario público. Un control complementario para cubrir espacios que no llenan los instrumentos de supervisión clásicos justificaría por sí solo la creación del Ombudsman. Ha de entenderse eso sí que la institución sólo puede funcionar en regímenes democráticos. En las dictaduras cumpliría un triste e inconveniente papel, si sobrevive. Pero el verdadero sentido de la institución adquiere plenitud no solo ante realidades donde se producen violaciones brutales, sino frente a otro tipo de infracciones más frecuentes, cotidianas, aunque no tan espectaculares como las primeras: ante la ineficiencia diaria de la administración, con burócratas deshumanizados y muchas veces corruptos, ante el conformismo y la apatía de la administración en su relación con los particulares. En una frase intentaremos resumir el sentido del Ombudsman: mientras el ser humano busca por doquier la solución a sus problemas; el funcionario público, al contrario, busca problemas en las soluciones. Con sólo que el Ombudsman ayude a encontrar soluciones tanto a los problemas reales como aquellos creados por los funcionarios, su existencia tiene un profundo sentido, una importante razón de ser...

## SINTESIS DEL SECTOR LEGAL DENTRO DE LA ESTRATEGIA NACIONAL PARA LA CONSERVACION Y PROTECCION DEL AMBIENTE

*Dr. Rafael González Ballar*  
Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad de Costa Rica

“La rebeldía contra la ley es siempre desgastadora, cuando no peligrosa; el uso inteligentes de la ley –aún si es mala– es la mejor forma de vencerla y de convertirla en instrumento de trabajo y de triunfo. Y es mejor trabajar con la ley que contra ella, como es mejor triunfar que fracasar”.

Lic. Eduardo Ortiz Ortiz, *La Nación*, 28 de julio de 1988, p. 15.

### CONCLUSION

No cabe duda que tanto los Procuradores de Derechos Humanos, del Circunscripcional, como el Defensor del Ciudadano y del Ambiente del Poder Judicial, y finalmente el Defensor del Ambiente de las Facultades de las Universidades públicas son los principales instrumentos constitucionales importantes que existen para la protección del administrativo y para garantizar el cumplimiento de la actividad administrativa. Sus experiencias, conocimientos y acciones, sirven de base al fortalecimiento del Defensor del Ambiente de Costa Rica.

Los trabajos de este sector de la magistratura ambiental se han desarrollado en los últimos años de una manera exitosa. Cabe destacar en los planes de trabajo de cada una de ellas, sus acciones y sus investigaciones, así como también sus acciones de carácter preventivo y de promoción del medio ambiente. Cabe destacar en este sentido las acciones de carácter preventivo y de promoción del medio ambiente que se han desarrollado en los últimos años.

Los Estados Unidos, cuando en el pasado...

Se puede decir que la ley es siempre desgastadora, cuando no peligrosa; el uso inteligentes de la ley –aún si es mala– es la mejor forma de vencerla y de convertirla en instrumento de trabajo y de triunfo. Y es mejor trabajar con la ley que contra ella, como es mejor triunfar que fracasar”.

La rebeldía contra la ley es siempre desgastadora, cuando no peligrosa; el uso inteligentes de la ley –aún si es mala– es la mejor forma de vencerla y de convertirla en instrumento de trabajo y de triunfo. Y es mejor trabajar con la ley que contra ella, como es mejor triunfar que fracasar”.

Lic. Eduardo Ortiz Ortiz, *La Nación*, 28 de julio de 1988, p. 15.

Se puede decir que la ley es siempre desgastadora, cuando no peligrosa; el uso inteligentes de la ley –aún si es mala– es la mejor forma de vencerla y de convertirla en instrumento de trabajo y de triunfo. Y es mejor trabajar con la ley que contra ella, como es mejor triunfar que fracasar”.

La rebeldía contra la ley es siempre desgastadora, cuando no peligrosa; el uso inteligentes de la ley –aún si es mala– es la mejor forma de vencerla y de convertirla en instrumento de trabajo y de triunfo. Y es mejor trabajar con la ley que contra ella, como es mejor triunfar que fracasar”.

Se puede decir que la ley es siempre desgastadora, cuando no peligrosa; el uso inteligentes de la ley –aún si es mala– es la mejor forma de vencerla y de convertirla en instrumento de trabajo y de triunfo. Y es mejor trabajar con la ley que contra ella, como es mejor triunfar que fracasar”.

## INTRODUCCION

Siempre hemos considerado muy acertada una afirmación del maestro Eduardo Ortiz, cuando en la página 15 de La Nación manifestó: "La rebeldía contra la ley es siempre desgastadora, cuando no peligrosa; el uso inteligente de la ley —aún si es mala— es la mejor forma de vencerla y de convertirla en instrumento de trabajo y de triunfo. Y es mejor trabajar con la ley que contra ella, como es mejor triunfar que fracasar".

Los anterior pues consideramos que en Derecho Ambiental, Costa Rica y la mayoría de los países del mundo han incurrido en el problema de tener legislación para regular en casi su totalidad los aspectos relacionados con los recursos naturales y el ambiente, pero negándose, como lo afirma sabiamente don Eduardo ha convertir estas leyes en instrumentos de trabajo y de triunfo. Y hemos escogido incluso el camino de trabajar contra la ley, por ello no es extraño que podamos decir que tenemos una cantidad de leyes en materia ambiental, incluso que hemos entrado en la ley económica de los rendimientos decrecientes en esta rama del derecho, y con ello en todas las formas de destrucción en nuestro medio que ya todos conocemos.

Se impone entonces afirmar que la mayoría de las veces un Código nuevo no basta. Es preciso una visión que imponga una posible solución más global al problema. La necesidad de un Código o ley para el Ambiente no bastaría si la misma no estuviera inmersa dentro de una Estrategia Nacional para la Conservación, que fuera aceptada en concenso por nuestras fuerzas políticas y estuviera en el convencimiento de que nuestra Oficina de Planificación debe empezar a tomar la variable ambiente como una de las más importantes dentro de todo el criterio de desarrollo de nuestro país.

Cualquier otra forma de analizar el problema sería parcial y peligrosa. Incluso nos llevaría a que un nuevo Código se convirtiera en una ley más. Por ello creemos que para poder triunfar y no fracasar en una materia en que va en juego nuestro estilo de desarrollo, debemos poner más cuidado a visiones holísticas de solución del problema, dentro de los cuales el criterio ambiental es sólo una de las variables y no está por demás decirlo, una de las más importantes.

Se hace necesario diagnosticar qué es lo que refleja nuestro ordenamiento jurídico para el medio ambiente. Lo anterior para poder comprender su comportamiento negativo en las últimas décadas.

I.- Caracterización y diagnóstico del Sector Legal en materia de Recursos Naturales y Medio Ambiente

1.- Estilos de desarrollo y legislación de Recursos Naturales y Medio Ambiente

Nuestro ordenamiento jurídico actual para la protección de los recursos naturales y el medio ambiente es el fiel reflejo de lo que nuestros estilos de desarrollo han querido que éste sea. El interés siempre ha sido un crecimiento económico esencialmente exponencial; es por ello que la ley cuando regula la protección de los recursos naturales y el medio ambiente no puede oponerse jamás a la necesidad de este crecimiento económico y si lo hace, por más proteccionista que sea, el mismo sistema en virtud de la necesidad que existe de proseguir con un estilo de desarrollo, no cumple los preceptos de la ley o los irrespetan, por no estar el factor ecológico en equilibrio con el económico.

Es posible notar que ya sea en los años 1950-60, con un estilo de desarrollo de economía exportadora, esencialmente agraria; sea el estilo relacionado con el proceso de integración o industrialización sustitutiva de exportaciones de 1963-73; ya sea con la aparición o reforzamiento posterior del Estado Empresario, donde el Estado modifica su rol de apoyo y promoción a la participación directa; el ordenamiento jurídico de todos estos casos supra mencionados ha desembocado en una legislación con una serie de vicios serios:

- a) Son legislaciones de los recursos naturales y el medio ambiente "blandas y tímidas", que son el producto, y reflejan, un estilo de desarrollo de corte capitalista con intervencionismo estatal, pero donde el consumismo y la falta de planificación respecto a los recursos predomina.
- b) Regulación con influencia de intereses -de gobierno y privados- para explotar irracionalmente los recursos naturales y obtener riqueza en el menor plazo.
- c) Legislación cuya finalidad se dirige a arreglar problemas de propiedad de los recursos naturales o el equilibrio entre función social de muchos recursos contra el derecho absoluto de propiedad protegido y predominante a nivel constitucional.
- d) Legislaciones donde conviene creer que con la creación de un órgano, oficina o departamento y dándole algunas atribuciones tenemos resuelto el problema para la protección.

2.- La crisis de la ley como instrumento para regular las acciones del hombre con respecto a los recursos naturales y el medio ambiente

La ley, por sí sola, ha mostrado ser un instrumento insuficiente y ella contiene concepciones y una redacción que continúa reflejando:

- a) La mal interpretada creencia religiosa "procread y multiplicad y henchid la tierra y sojuzgadla y dominad sobre los peces del mar y las aves del cielo y toda criatura viviente que se mueva sobre la tierra" (Génesis 1:24-28). Y la creencia filosófica de que el "hombre es la medida de todas las cosas". Esto facilita, a su vez, una creencia ciega en que la ciencia y la tecnología encontrarán cómo sustituir los recursos naturales o cómo artificializar el ambiente, por lo tanto, no es necesaria una protección tan rigurosa.
- b) Las leyes actuales se han dictado con un fin ético, económico o incluso proteccionista en su concepción de fondo, pero ninguna permite encontrar el criterio "de sistema de protección".
- c) En las leyes, ha privado el criterio clásico del instrumento legal, es decir, a una regla "x" siempre le cabe una sanción "y". Hemos creado un derecho esencialmente punitivo para los recursos naturales. La concepción preventiva no ha sido fin de nuestras leyes, de ahí que en la preparación y redacción de las mismas, en este campo, no se le haya dado participación al técnico o científico.

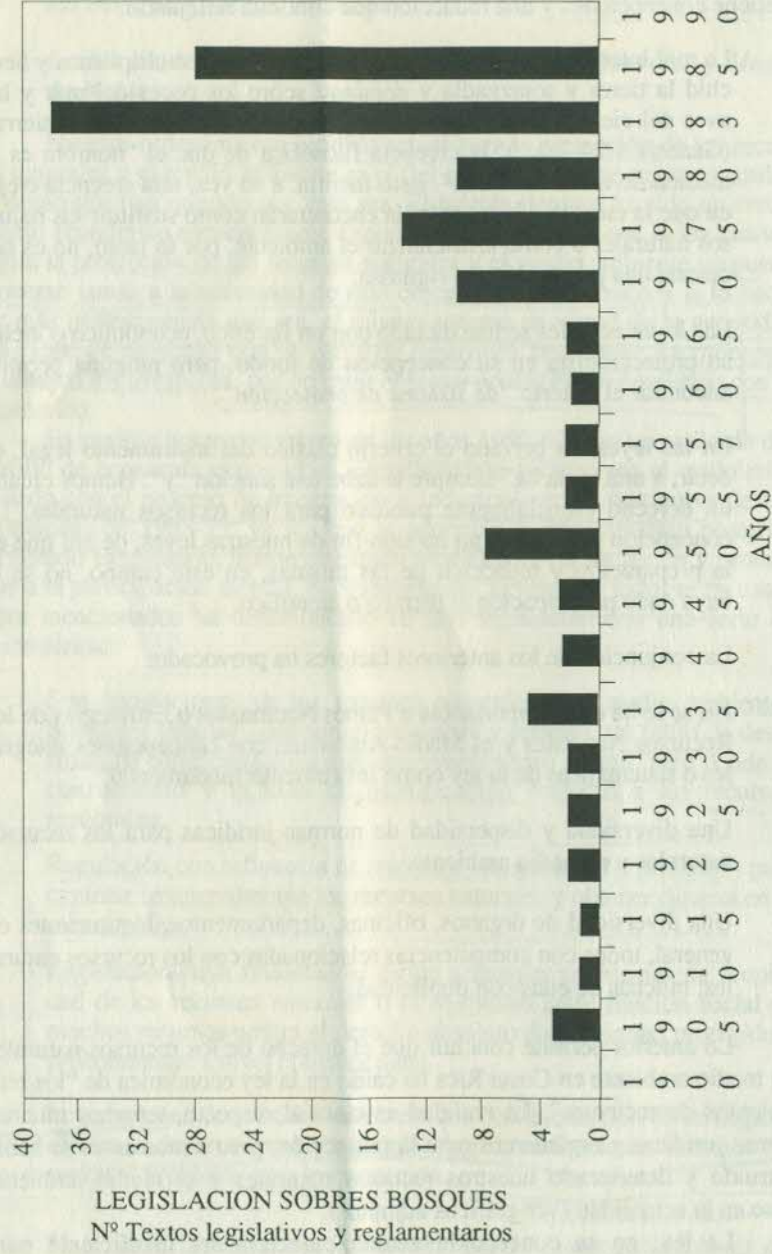
La conjunción de los anteriores factores ha provocado:

1. No se le ha dado importancia a Planes Nacionales o Estrategias de los Recursos Naturales y el Medio Ambiente, con concepciones integrales o sistemáticas de la ley como instrumento fundamental.
2. Una diversidad y dispersidad de normas jurídicas para los recursos naturales y el medio ambiente.
3. Una diversidad de órganos, oficinas, departamentos, instituciones en general, todos con competencias relacionadas con los recursos naturales; muchas de ellas con duplicidad.

Lo anterior permite concluir que el derecho de los recursos naturales y el medio ambiente en Costa Rica ha caído en la ley económica de "los rendimientos decrecientes". La realidad es clara al respecto, tenemos muchas normas jurídicas y organismos para la protección, pero nunca antes se había destruido y deteriorado nuestros recursos naturales y el medio ambiente como en la actualidad (ver gráficos adjuntos).

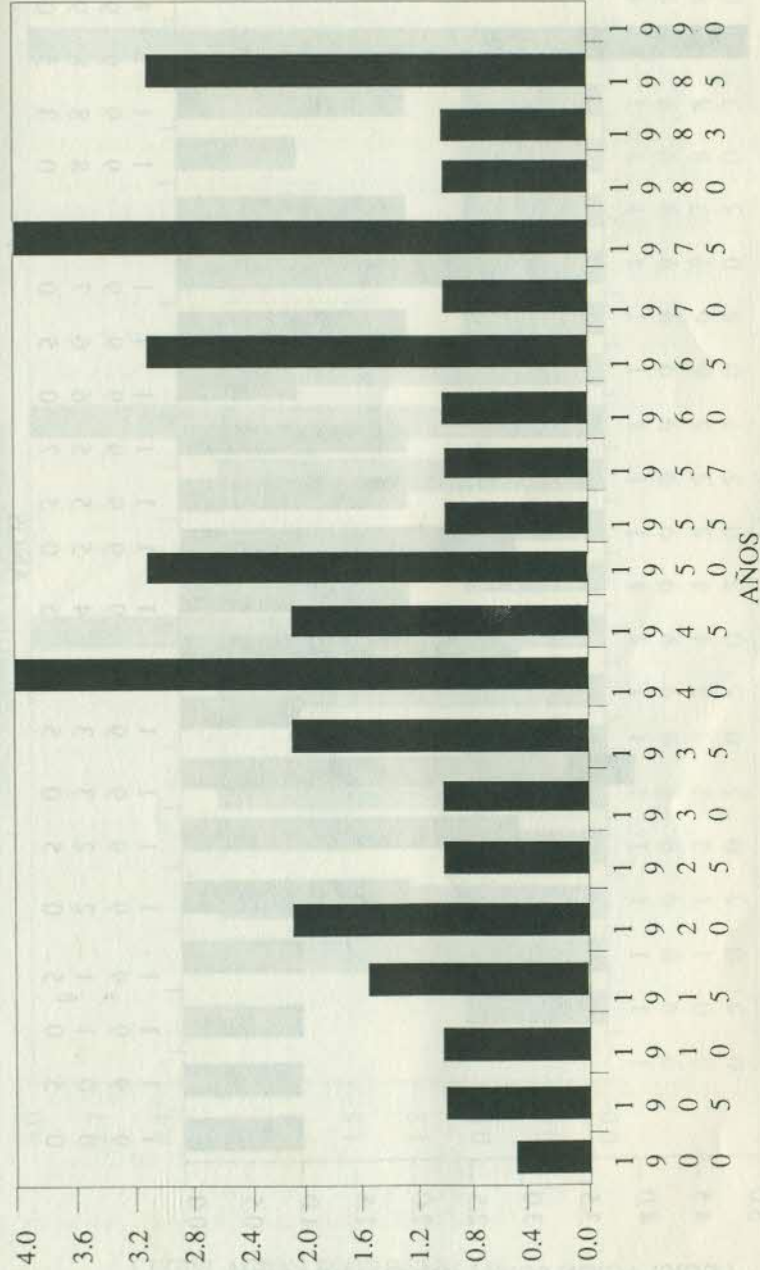
La ley, en su concepción actual, pareciera ser insuficiente para resolver los problemas con los recursos naturales y el medio ambiente.

LEGISLACION SOBRE BOSQUES Y AREAS PROTEGIDAS



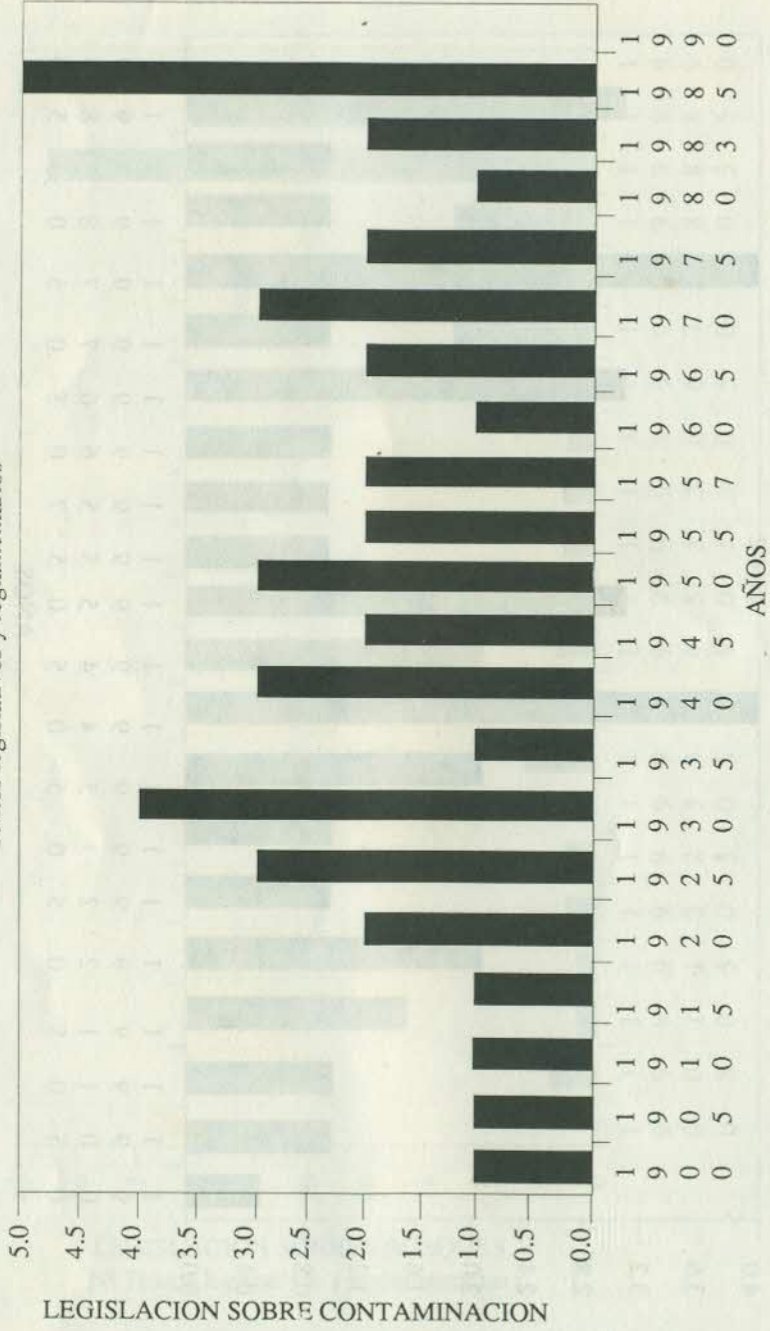
EJEMPLO DE VARIACIONES EN EL AUMENTO DE LA LEGISLACION DE 1900 A 1990

LEGISLACION SOBRE AGUAS  
Textos legislativos y reglamentarios



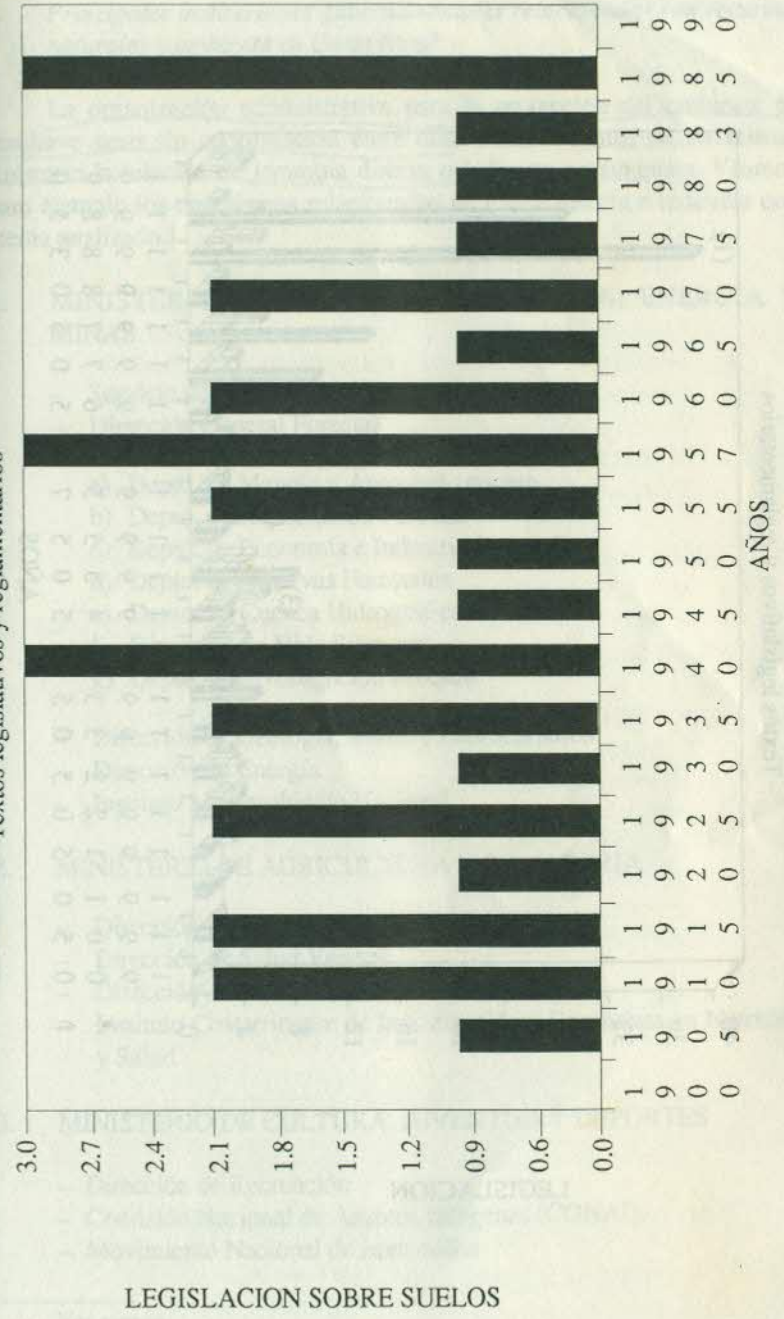
EJEMPLO DE VARIACIONES EN EL AUMENTO DE LA LEGISLACION DE 1900 A 1990

LEGISLACION SOBRE CONTAMINACION AMBIENTAL  
Textos legislativos y reglamentarios



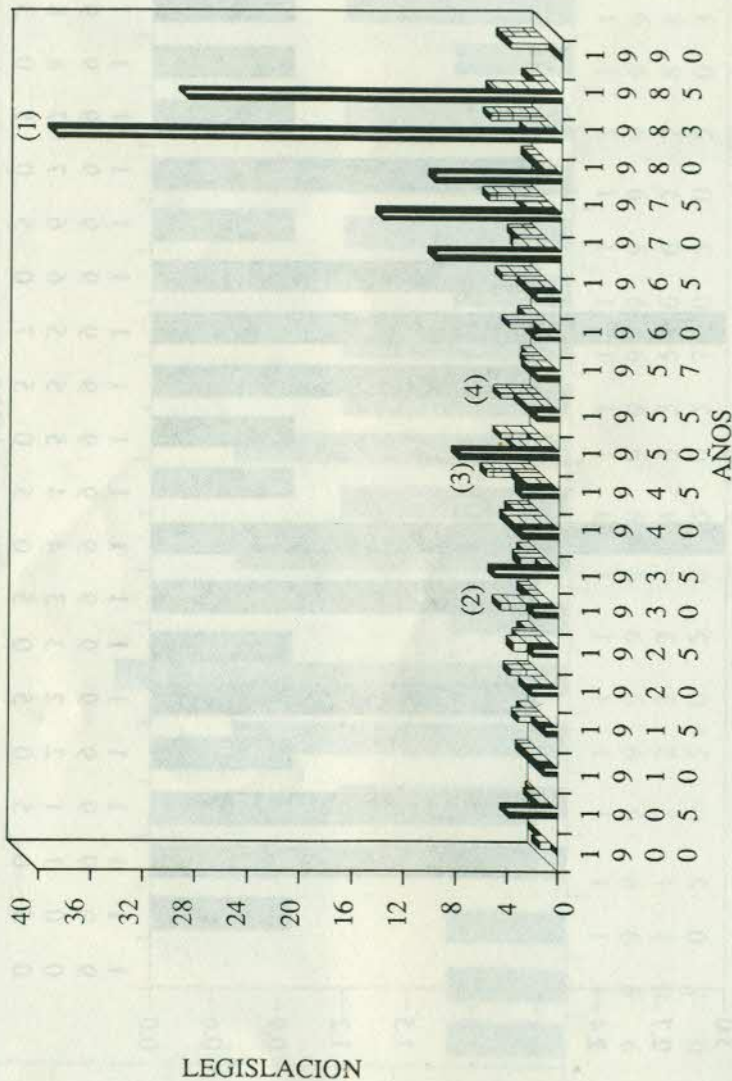
EJEMPLO DE VARIACIONES EN EL AUMENTO  
DE LA LEGISLACION DE 1900 A 1990

LEGISLACION SOBRE SUELOS  
Textos legislativos y reglamentarios



EJEMPLO DE VARIACIONES EN EL AUMENTO  
DE LA LEGISLACION DE 1900 A 1990

LEGISLACION SOBRE BOSQUES (1), AGUAS (2), SUELOS (3) Y  
CONTAMINACION (4) AMBIENTAL EN VISION DE CONJUNTO  
Textos legislativos y reglamentarios



EJEMPLO DE VARIACIONES EN EL AUMENTO  
DE LA LEGISLACION DE 1900 A 1990

3.- Principales instituciones gubernamentales relacionadas con recursos naturales y ambiente en Costa Rica\*

La organización administrativa para la protección del ambiente es abundante pero sin coordinación entre ella. Incluso dentro de un mismo Ministerio la relación de jerarquía directa o indirecta no funciona. Veamos como ejemplo los organismos relacionados en forma directa e indirecta con el tema analizado.

1. MINISTERIO DE RECURSOS NATURALES, ENERGIA Y MINAS

- Servicio de Parques Nacionales
- Dirección General Forestal
  - a) Depto. de Manejo y Aprovechamiento
  - b) Depto. de Repoblación Forestal
  - c) Depto. de Economía e Industria Forestal
  - d) Depto. de Reservas Forestales
  - e) Depto. de Cuenca Hidrográfica
  - f) Dirección de Vida Silvestre
  - g) Depto. de Investigación Forestal
- Dirección de Geología, Minas e Hidrocarburos
- Dirección de Energía
- Instituto Meteorológico Nacional

2. MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERIA

- Dirección de Recursos de Pesca y Acuicultura
- Dirección de Salud Vegetal
- Dirección de Salud Animal
- Instituto Costarricense de Investigación y Enseñanza en Nutrición y Salud

3. MINISTERIO DE CULTURA, JUVENTUD Y DEPORTES

- Dirección de Recreación
- Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI)
- Movimiento Nacional de Juventudes

\* Ver anexos.

#### 4. MINISTERIO DE PLANIFICACION

- Sistema Nacional de Protección y Mejoramiento Ambiental
- Instituto de Desarrollo Agrario (IDA)
- Junta Administrativa para el Desarrollo de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA)
- Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICIT)
- Secretaría de Planificación Sectorial Agropecuaria y de Recursos Naturales Renovables
- Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados
- Instituto Costarricense de Electricidad
- Servicio Nacional de Aguas Subterráneas
- Servicio Nacional de Electricidad
- Instituto Costarricense de Turismo
- Comisión Reguladora de la Carne

#### 5. MINISTERIO DE SALUD

- Dirección General de Salud - Departamento de Saneamiento Ambiental

#### 6. MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTES

- Instituto Geográfico Nacional (MOPT)
- Instituto Nacional de Aprendizaje
- Dirección General de Tránsito
- Dirección General de Transporte por Agua

#### 7. MINISTERIO DE EDUCACION PUBLICA

- Dirección de Educación Técnica
- CEMEC (Centro para el Mejoramiento de las Ciencias)

#### 8. MINISTERIO DE ECONOMIA Y COMERCIO

- Normas y Unidades de Medidas de Alimento

#### 9. INSTITUCIONES DE EDUCACION SUPERIOR

- Universidad Nacional Autónoma
- Instituto Tecnológico de Costa Rica

- Universidad de Costa Rica
- Universidad Estatal a Distancia
- Confederación Universitaria Centroamericana
- Universidad para la Paz

#### 10. MINISTERIO DE JUSTICIA

- Organismo de Investigación Judicial

#### 11. MINISTERIO DE LA VIVIENDA

- Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo
- Comisión Nacional de Emergencia
- Defensa Civil
- Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Agropecuarios y Recursos Naturales

#### 12. ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES

- Asociación de Amigos de las Plantas Medicinales
- Asociación Costarricense de Conservación de la Naturaleza
- Asociación Amigos de los Animales
- Asociación de ECODES
- Asociación Nacional de Protección de los Animales
- Asociación de Desarrollo Forestal
- Asociación de Desarrollo de los Peces
- Asociación de Desarrollo de la Macadamia
- Asociación de Desarrollo de la Apicultura
- Asociación Protección a los Zoológicos Nacionales
- Cámara Nacional de Empresas Forestales
- Centro de Investigaciones Sociales, Ambientales y Tecnológicas
- Cámara Nacional de Mineros
- Asociación Naturalista Costarricense
- Asociación Costarricense de Raíces Tropicales
- Asociación Alajuelense de Protección Animal
- Centro de Asociación Técnica y Promoción Desarrollo del Agro
- Organización de Estudios Tropicales Inc.
- Corporación Caribeña para la Conservación
- Asociación Costarricense de Ciencias del Suelo
- Asociación para la Protección de los Recursos Naturales, Sociales y Culturales y Medio Ambiente



- Asociación Costarricense de Derecho del Mar
- Asociación Costarricense de Desarrollo
- Asociación de Profesionales en Ciencias Forestales
- Asociación para la Preservación de la Flora y Fauna Silvestres
- Asociación para la Defensa de la Calidad de Vida
- Asociación para la Conservación Monteverde
- Asociación para la Seguridad y Embellecimiento de los Parques Nacionales
- Asociación Guanacasteca para el Desarrollo Forestal
- Asociación Costarricense para el Desarrollo de una Tecnología Apropriada
- Comisión de Desarrollo Forestal de San Carlos
- Asociación para la Conservación y Embellecimiento de las Playas
- Fundación Forestal Costarricense
- Fundación Vida Silvestre
- Fundación Conservación de la Naturaleza
- Fundación Parques Nacionales
- Fundación de Educación Ambiental
- Comité Protector de los Recursos Naturales de la Provincia de Guanacaste\*

Como se desprende de este punto, en relación a los organismos privados (asociaciones, fundaciones, etc.), existe una gran cantidad de los mismos, que directa o indirectamente pretenden contribuir a proteger o desarrollar sistemas de protección en alguna área del ambiente.

Existen, además, una serie de instituciones dentro de la organización administrativa del país, de los cuales podemos citar:

- Comisión Nacional de Asuntos Indígenas
- Instituto Costarricense de Turismo
- Instituto de Desarrollo Agrario
- Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo
- Instituto Tecnológico de Costa Rica
- Universidad de Costa Rica
- Universidad Nacional

II.— *Una nueva concepción del instrumento legal para un estilo nuevo de desarrollo para el país. Propuestas sectoriales de la Estrategia Nacional para la Conservación*

\* Fuente: Registro Público de Asociaciones, Registro Nacional.

La ley deberá sufrir cambios en sí misma y a su vez convertirse en el instrumento o medio de los nuevos cambios requeridos a señalar dentro de una estrategia o política para Costa Rica.

#### 1.— *La ley deberá sufrir cambios en sí misma*

El factor legal (ordenamiento jurídico) nos va a permitir, desde una perspectiva global, entender la nueva concepción que deben tener las normas que van a regular los recursos naturales y la lucha contra la contaminación. Y no sólo su nueva concepción sino los nuevos criterios sobre su redacción y sobre la posible organización de un cuerpo legislativo, que contenga la integración de principios y normas jurídicas, para lograr un criterio más global y completo de la protección. Debe estar integrada dentro del criterio de desarrollo sostenible que permita concretar el uso del recurso, servirse de los mismos sin menoscabarlos y sin llegar a ponerlos en peligro por el hombre mismo.

#### *Acciones prioritarias*

- 1a) La concepción de la ley y su redacción se deberán realizar dándole participación siempre al técnico o científico y que sus observaciones sean vinculantes. Se puede incluso hacer obligatorio que las resoluciones o actos de la Administración Pública, que ésta tenga que emitir resolviendo situaciones relacionadas con los recursos naturales y el medio ambiente, los jerarcas políticos tengan que asesorarse de ellos y se haga vinculante su opinión o se razone el porqué se apartan de la misma.
- 1b) Olvidarse del criterio de que la ley por sí sola puede regular en forma óptima las relaciones con los recursos naturales y el medio ambiente. Son necesarias pequeñas Estrategias en cada sector de recursos y la ECODES\* para que las normas jurídicas remitan a las mismas como criterios complementarios obligatorios y necesarios o que las mismas remitan siempre a las reglas de la técnica y la ciencia aplicables en cada caso.

\* ECODES: ESTRATEGIA NACIONAL PARA LA CONSERVACION Y EL DESARROLLO.

- 1c) El criterio de regla-sanción deberá ser variado por el de regla con previsión. El aspecto punitivo debe ser secundario y sustitutivo.
- 1d) La ley en materia de recursos naturales y medio ambiente debe dejar de ser solamente una norma para regular las relaciones del hombre con los mismos, y convertirse en un instrumento para el logro de un tipo de desarrollo sostenible. Vinculado a la declaración de la O.N.U. sobre el Derecho al Desarrollo y relacionado con la declaración también sobre un "Nuevo Orden Económico Mundial".

2.- *La ley debe convertirse en un instrumento óptimo para lograr los nuevos cambios requeridos*

#### Acciones prioritarias

- 2a) Reformar la Constitución para lograr que el derecho al ambiente tenga el rango de un derecho constitucional. Esto permite que el resto del ordenamiento ambiental tenga una base en la norma máxima que rige nuestra vida en sociedad. Pero no debe ser una norma constitucional más, sino debe contener como mínimo lo siguiente:
- 2a1) Hacer que los principios de desarrollo sostenible y el Derecho a un medio ambiente saludable tengan jerarquía constitucional.
- 2a2) Un nuevo criterio del estilo de desarrollo sobre el cual el Estado y el pueblo costarricense orienten todo el funcionamiento y la organización de las relaciones con la utilización de los Recursos Naturales, elevando a altísima prioridad el tema del medio ambiente.
- 2a3) La norma fundamental de mayor jerarquía será la base de donde derivar el fundamento de toda la otra legislación que más específicamente regirá las relaciones con los recursos naturales, pero sobre todo su relación con un Código o Ley Fundamental.
- 2a4) Garantizar a todos los costarricenses el derecho constitucional a disfrutar de un medio ambiente ecológicamente equilibrado y a que se proteja y mejore ese medio ambiente, logrando que

la Constitución y las leyes estimulen y legitimen a todo ciudadano para denunciar ante la Administración Pública y los Tribunales de la República cualquier violación a disposiciones relacionadas con los recursos naturales y el medio ambiente.

- 2a5) Permitir a las comunidades que sean los guardianes de los recursos naturales y el medio ambiente.
- 2b) Debemos reorientar las acciones de todas las instituciones vinculadas con los recursos naturales y el medio ambiente. Pero debe ser por medio de la COORDINACION y no permitiendo la creación de más organismos  
Una forma de lograr una mejor coordinación es la de centralizar en un Ministerio la mayor cantidad de funciones que tengan que ver con los recursos naturales y el medio ambiente. Siendo consecuente con lo anterior, es necesario que el MIRENEM, o adscrito al Consejo de Gobierno, funcione una Comisión Intergubernamental con suficientes poderes para poder dictar directrices vinculantes en estos aspectos.
- 2c) El Estado establecerá procedimientos sumarios y con dispensa de formalidades para tomar las medidas pertinentes para evitar daños al ambiente o a restablecer en lo posible la situación anterior cuando éste ya se ha producido. Estos procedimientos podrán ser iniciados y tramitados a petición de cualquier individuo, organización, o de oficio.  
En este sentido un posible Tribunal Ambiental dentro del Ministerio deberá poner orden y coordinar los aspectos prácticos relacionados con la aplicación de procedimientos administrativos que tienen que ser en esta materia mucho más expeditos. Resolver reclamos por daños en vía administrativa. Paralizar obras antes de que sean mayores los daños si las instituciones de la Administración interesadas no han tomado las medidas o incluso los privados se niegan a ello.
- 2d) Un Departamento de Capacitación e Información para educar y preparar a los funcionarios (administrativos, judiciales, parlamentarios) e informarles de las formas e instrumentos jurídicos que podrán emplear o que se necesitan para hacer que las normas jurídicas necesariamente se ejecuten.
- 2e) Existiendo una Procuraduría Agraria y del Ambiente, se refuerzan sus competencias.

2f) Fomento de una adecuada legislación económica que garantice el financiamiento interno y externo necesario para alcanzar la utilización sostenible de los recursos y compense el costo social de su mantenimiento.

Se debe lograr que todo cuerpo normativo, plan o estrategia que se inicie para la utilización y conservación de los recursos naturales, tenga fuentes de financiamiento suficientes.

#### Acciones

- Identificar mecanismos permanentes de financiamiento.
- Lograr la recuperación por el Estado del costo social de deforestar y de contaminar.
- Asegurar un fondo permanente para reparación inmediata de las alteraciones al medio ambiente que provoquen las actividades industriales, comerciales, turísticas, etc.
- Impulsar programas informativos a los industriales, comerciantes, entidades públicas, etc., para que adquieran conciencia del beneficio de una póliza ambiental para la actividad que realizan.
- Impulsar estudios y posibles programas sobre un criterio de "riesgo para el ambiente", dentro del marco institucional del Instituto Nacional de Seguros.
- Desarrollar mecanismos de coordinación interinstitucional para detectar, además de los proyectos detectables por los planes de impacto ambiental, otros proyectos que puedan estar obligados a pagar la póliza.
- Involucrar en la legislación el principio de que paga quien contamina y paga quien deforesta y esclarecer el conflicto entre propiedad privada y el concepto de bien común.
- Formar un patrimonio especial (único para cuestiones que afecten los recursos naturales y su degradación por cualquier tipo de fenómeno, y para estudios e investigaciones. El manejo de este patrimonio lo hará la Comisión Interministerial. El patrimonio estará constituido por todos los aportes del Presupuesto General de la República, donaciones, préstamos, y por el ingreso del medio por ciento del valor de toda obra que se inicie en el país y que afecte directa o indirectamente un recurso natural.
- Hacer obligatorio que los préstamos solicitados a bancos internacionales en materia que afecte los recursos naturales, incluyan un estudio donde se establezcan los montos para actos de recuperación, reestablecimiento o mantenimiento del recurso.

- Hacer una revisión completa y reestructurar el derecho tributario y los beneficios relacionados con las reglas sobre recursos naturales.
- Crear una póliza obligatoria o adecuar las existentes actualmente en el I.N.S. para toda actividad privada y pública que pueda causar de cualquier forma alteración al medio ambiente.

En virtud de que todos los sectores participantes en la ECODES concuerdan en que:

- Debe eliminarse la dispersión, la contradicción y la falta de concordancia entre la legislación existente.
  - Las leyes sean realmente aplicables en la realidad.
- 3.- Se hace necesario, entonces, la creación de un Código Ambiental con principios integradores que vengán a suplir esa falta de leyes y la carencia de dichos principios en nuestro ordenamiento jurídico.
- La redacción de un Código o Ley de los Recursos Naturales o Código Ambiental estará basada en los principios técnicos, científicos, económicos, sociales y educativos contenidos en la Estrategia Nacional de Conservación para el Desarrollo Sostenible<sup>(\*)</sup>.
- La primera parte de ese Código contendrá concepciones, interpretaciones y principios básicos, constituyendo ésta la parte general de dicho Código Ambiental. La división es la siguiente:

#### 3a) PARTE GENERAL. Regulaciones Generales

El ambiente es patrimonio común. El Estado y los particulares deben participar en su preservación y su manejo, que son de utilidad pública e interés social. Todo el funcionamiento de la Administración Pública y de las personas privadas que se relacionan con la utilización de los

- (\*) Como ejemplos de estos principios tenemos:
- a) Mantener y mejorar los procesos ecológicos esenciales y los sistemas de apoyo vitales, tales como el suelo, el agua y los bosques.
  - b) Mantener y mejorar la diversidad genética del país, tanto de las especies silvestres como domesticadas, que son de beneficio actual o potencial para la humanidad e indispensables.
  - c) Alcanzar y asegurar el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales del país, especies y ecosistemas tales como pesca, vida silvestre, bosques, suelos agrícolas y tierras de pastoreo.

recursos naturales deberá respetar los siguientes criterios técnicos y organizativos: (entre otros).

- 3b) Mantener y desarrollar oportunidades para el uso de los recursos naturales, y generar una calidad ambiental adecuada.
- 3c) Buscar y alcanzar un balance entre el desarrollo rural y el crecimiento urbano, mediante inversiones y controles estratégicos que promueven un desarrollo socio económico y cultural integral en el medio rural.
- 3d) Aprovechar y manejar de acuerdo con las posibilidades y los mejores intereses nacionales, los recursos naturales, a fin de desarrollar una economía sostenible a largo plazo.
- 3e) Buscar y alcanzar niveles de protección ambiental y definir políticas de población, incluyendo las migraciones externas, en balance con productividades sostenibles de los recursos naturales básicos y la disponibilidad de fondos para el suministro de servicio.
- 3f) Necesidad de complementar la organización administrativa.  
No se trata de crear más oficinas. Debemos tratar de que el MIRENEM, que se está convirtiendo en el Ministerio guía fundamental, reorganice sus oficinas para darles una nueva orientación con coordinación.
- 3g) Necesidad de una política y gestión democrática del medio ambiente.  
La presente ley promoverá la gestión democrática del ambiente a través de la coordinación más eficaz en concurrencia con todos los niveles de gobierno y el sector privado, para la solución y prevención de los problemas ecológicos y la lucha contra la contaminación. Asimismo, una corresponsabilidad de gobierno y sociedad para la concertación de compromisos en torno a las acciones y para canalizar adecuadamente demandas y proyectos para contribuir a la solución efectiva de los problemas.  
La presente ley obliga al sector público y privado a participar en la prevención, manejo y desarrollo de la preservación y restauración del equilibrio ecológico y protección del ambiente. Deberán programar y ejecutar sus actividades de acuerdo con las previsiones dictadas por el Consejo Ambiental, la Estrategia Nacional para el Desarrollo Sostenible de los Recursos Naturales y de acuerdo con los proyectos que el sector privado pudiera aportar.

- 3h) Necesidad de un Tribunal Ambiental Administrativo.  
Su principal objetivo será el prevenir más que lamentar el efecto negativo sobre el ambiente.
- 3i) Necesidad de una Procuraduría Agraria del Ambiente reforzada.  
Esta se encuentra ya trabajando, pero deben reforzarse sus competencias, a efecto de que cumpla el objetivo deseado.
- 3j) Necesidad de reorganizar oficinas dentro del MIRENEM, para preparar un CENTRO NACIONAL DE FORMACION Y CAPACITACION AMBIENTAL.
- 3k) Necesidad de introducir la evaluación de impacto ambiental.  
Las personas públicas y privadas, físicas o jurídicas que deseen implementar un proyecto de desarrollo o acción que por su magnitud o características incida significativamente sobre la calidad de vida y el equilibrio ecológico, están obligadas a presentar un Informe de Evaluación de Impacto Ambiental ante el organismo correspondiente para su análisis y consiguiente autorización para su ejecución.
- 3l) Necesidad del financiamiento del medio ambiente.  
Se creará para ello el timbre ambiental, cuyos fondos se destinarán a los propósitos del Código Ambiental.
- 3m) Necesidad de un seguro de responsabilidad civil.  
Toda persona física o jurídica, pública o privada que realice actividades señaladas en el artículo correspondiente del Código Ambiental, deberá suscribir un seguro de responsabilidad civil para contratistas, fabricantes y productos. Este seguro será administrado por el Departamento de Seguros Diversos del Instituto Nacional de Seguros, Institución que determinará la cobertura y forma en que se asumirá el seguro.
- 3n) Necesidad de que el Gobierno conceda incentivos y beneficios.  
El gobierno concederá incentivos y beneficios a las empresas o actividades que colaboren con el desarrollo sostenido de los recursos naturales, que eleven la calidad de vida, o que mantengan el ambiente ecológicamente equilibrado. Dicha concesión se otorgará mediante un contrato de protección ambiental, que incluirá tanto los beneficios como las obligaciones y garantías que en cada caso corresponda exigir al solicitante suscrito por el órgano correspondiente.

#### 4.- PARTE TECNICA O ESPECIAL

La segunda parte del Código Ambiental, que sería la parte especial y técnica, deberá en ella pensarse en lo siguiente:

- 4a) Deberá el gobierno formar comisiones de estudio sobre cada uno de los recursos naturales no renovables, fauna, flora, bosques, contaminación ambiental, etc. Comisiones con científicos y técnicos, que analizan la situación actual en cada uno de estos elementos de la naturaleza o de la contaminación. La Estrategia ya contiene gran parte del análisis.
- 4b) Estando integradas las comisiones, cada una podrá estudiar cuáles son los problemas básicos que existen en lo que respecta al elemento o a la situación del medio ambiente que están analizando. El grupo deberá empezar por recopilar todos los estudios que se han elaborado a nivel mundial por organismos de la O.N.U., asimismo por nuestros científicos aquí en Costa Rica.
- 4c) Las Comisiones deben trabajar interdisciplinariamente y con mucha mayor razón podrán ellas decir qué es lo que se necesita en cada una de esas situaciones. Todo ello para que estas directrices tengan un fundamento real y cierto, y pasen precisamente a ser lo que va a constituir, a formar la concepción de lo que deben ser las normas técnicas a incluir dentro de la parte especial del Código. Por otro lado, donde no existan estudios científicos se deberá preocupar por su realización.
- 4d) Entonces, al analizar cada uno de estos elementos de la naturaleza y los problemas que hay de contaminación, necesariamente la normativa tendrá que elaborarse tomando en cuenta, en nuestro criterio, los siguientes objetivos básicos de conservación:
  - 4da) Primero que nada tienen que partir de la importancia que debe tener el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales.
  - 4db) Como segundo objetivo primordial que deberá tenerse en cuenta está el de la preservación de la diversidad genética.
  - 4dc) Como tercer objetivo está el respetar la utilización sostenida de las especies y de los ecosistemas, lo cual necesariamente nos lleva a la idea del aprovechamiento sostenido.

Posteriormente a que tengamos formulada una lista de problemas y soluciones derivadas del análisis de todos estos recursos naturales y los problemas que presenta, corresponde al derecho darle forma jurídica e instrumentalizarlos de la mejor manera posible.

La Comisión de Capacitación e Información se encargará de mantener uniformidad en la legislación nueva. Es decir, dar continuidad a la misma para evitar contradicciones y mejorar los estudios para poner al día parámetros y criterios técnicos.

En cuanto a los gráficos, se señalan de los dos principales Ministerios que en Costa Rica tienen atribuciones directa o indirectamente, que inciden sobre el medio ambiente, con la dirección de las flechas, cómo en algunas ocasiones se supone que debe existir una coordinación entre los órganos alcanzados por dichas flechas, y tal y como lo señalan las propias leyes y sus reglamentos. Lo anterior no siempre se da. Peor aún, entre Ministerios o entre éstos y las instituciones descentralizadas se da mucho menos, salvo posiblemente en el sector energía. En cuanto a este último sector citado, coordinado por el MIRENEM cabe señalar las siguientes leyes y reglamentos: Ley No. 5225 (Ley de Planificación Nacional; el artículo 9 del Decreto, Ley No. 449 (Ley de Creación del Instituto Costarricense de Electricidad), los artículos 5, 6 y 7 de la Ley No. 258 (Ley del Servicio Nacional de electricidad), la directriz contenida en el Decreto Ejecutivo No. 7, publicado en "La Gaceta" No. 142 del 27 de julio de 1988; Decreto Ejecutivo No. 18947-MIRENEM, publicado en La Gaceta No. 84 del 3 de mayo de 1989.

## CONCLUSIONES

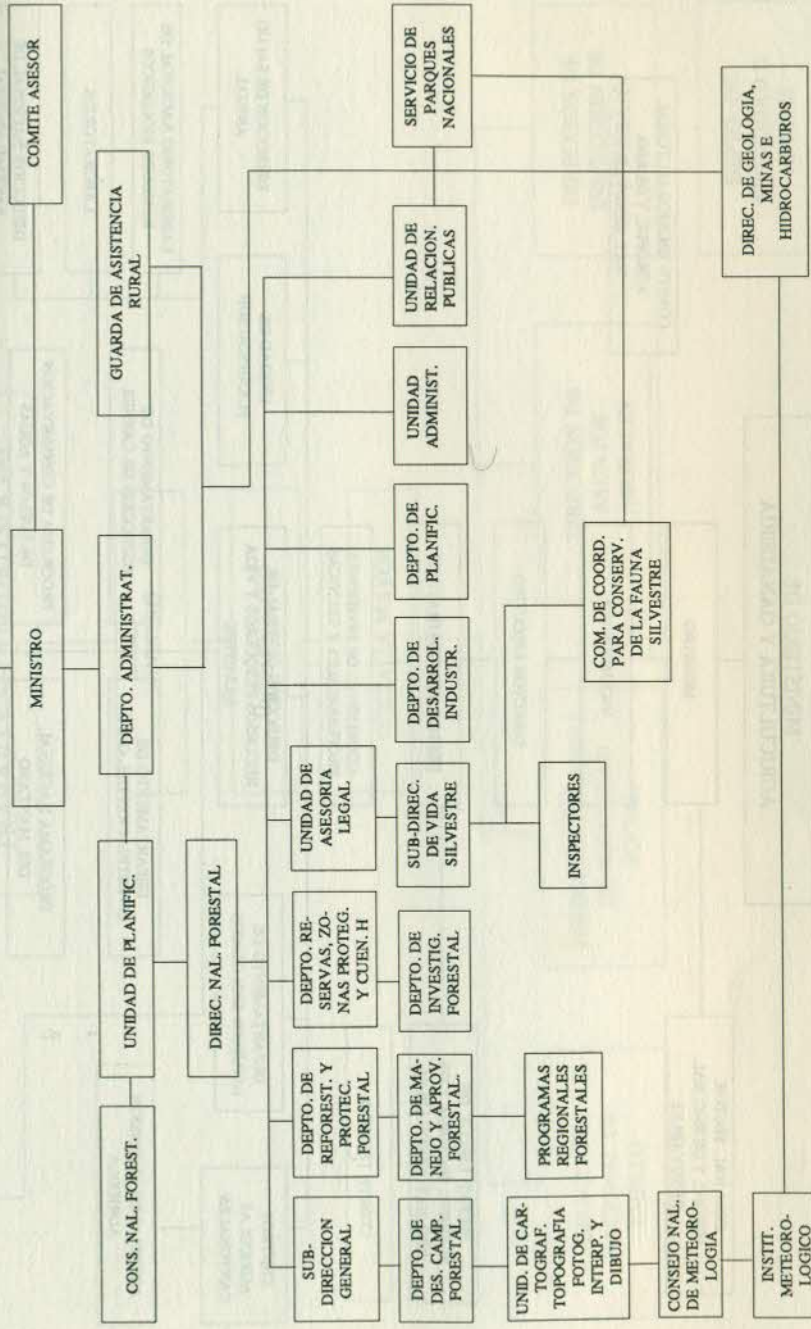
Los países desarrollados se encuentran en vías de desarrollo en lo que respecta a la protección del ambiente. Si ello es así, los países subdesarrollados cargamos todavía con una mayor cantidad de problemas a resolver que ellos.

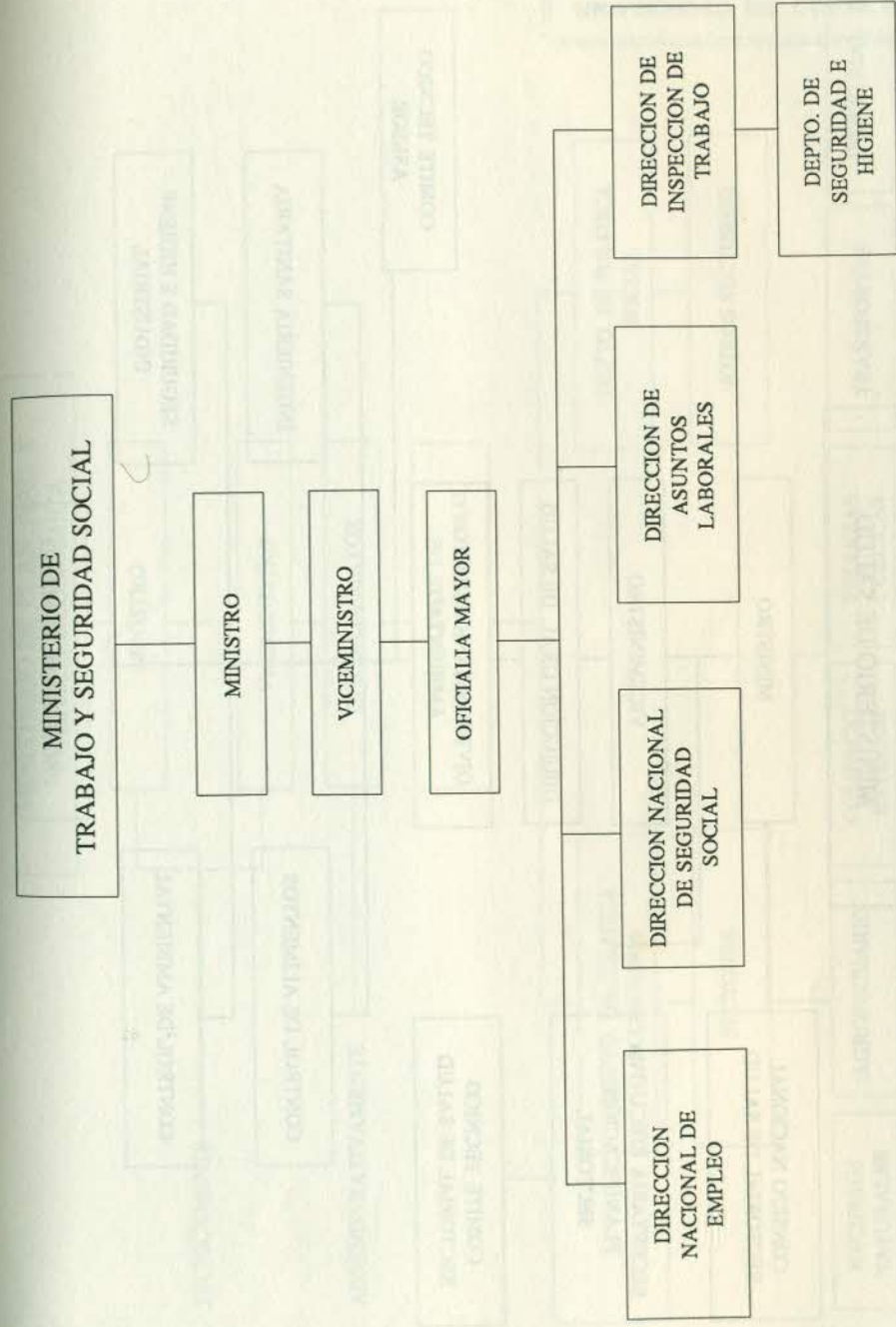
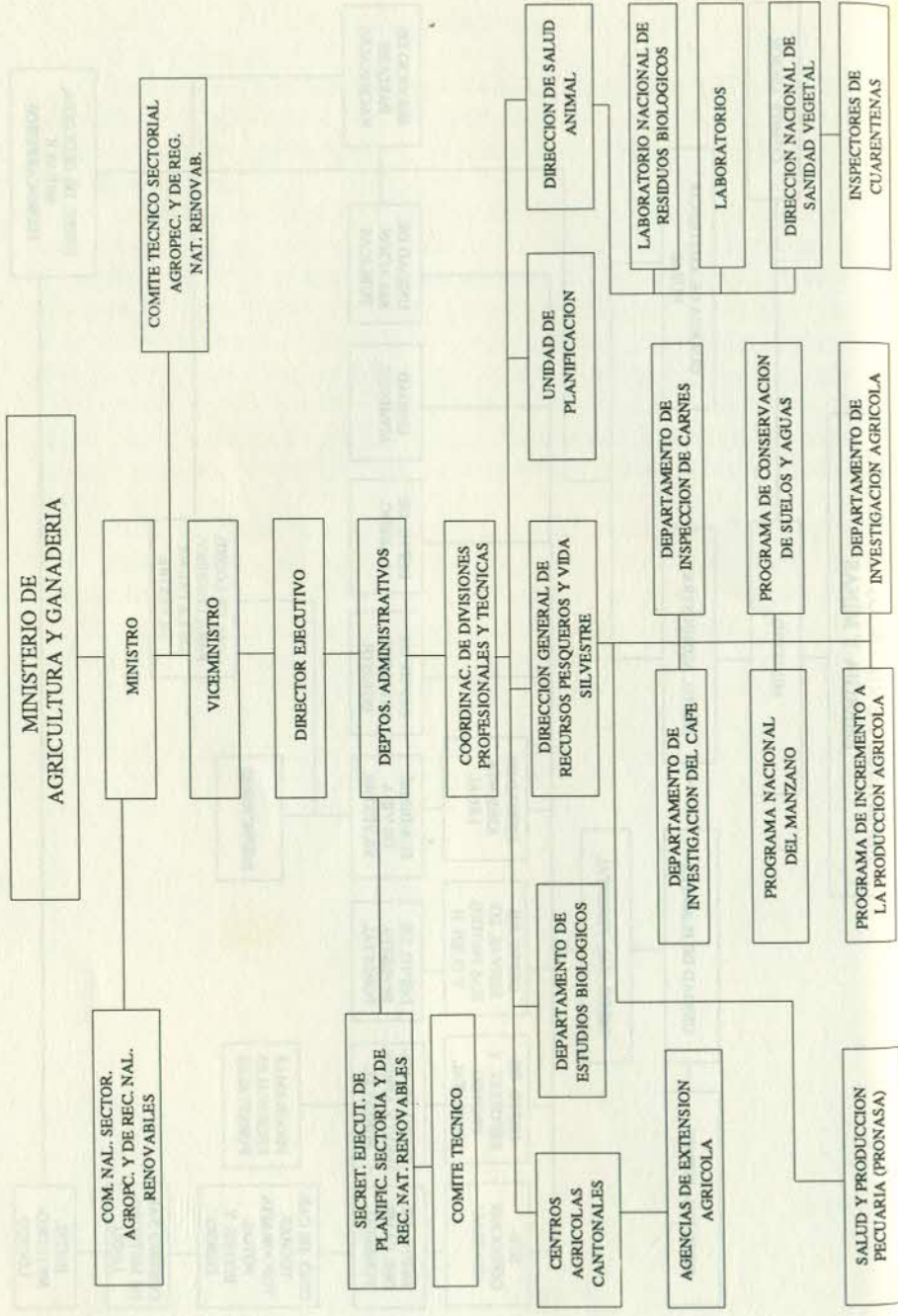
Creemos que Costa Rica en los últimos años ha dado pasos muy importantes en direcciones que pueden ayudar bastante para el logro de un desarrollo sostenible, si se enfoca bien el papel de la concepción que tiene que jugar el ordenamiento jurídico ambiental dentro de este desarrollo. Pero sí es necesario hacer la reflexión de que una reforma constitucional por sí sola no basta, un Código Ambiental no basta, una Estrategia Nacional para los Recursos Naturales y el Medio Ambiente no bastaría si la misma no recoge las necesidades de las formas de solucionar los problemas que tiene nuestro estilo de desarrollo, y con las necesidades productivas propias del mismo.

Es indispensable que tratemos de que todo marche conjuntamente y con las concepciones de fondo que reflejen desde nuestra Constitución, la Estrategia y cualquier posible Código, en busca de un punto de equilibrio ideal entre necesidades económicas y el factor ecológico que ha sido dejado de lado en todos nuestros sistemas de planificación.

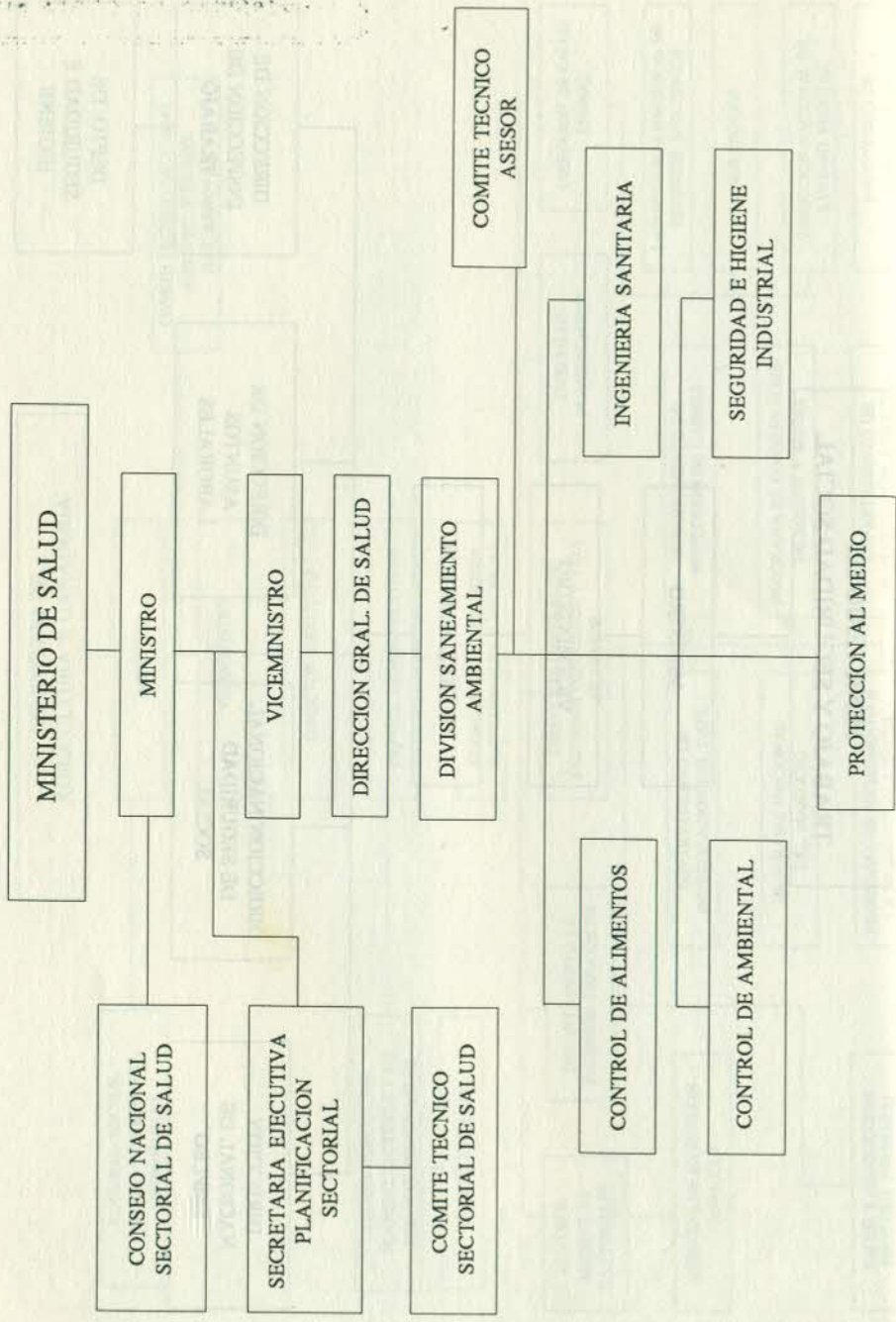
## ANEXOS

MINISTERIO DE RECURSOS NATURALES,  
ENERGIA Y MINAS

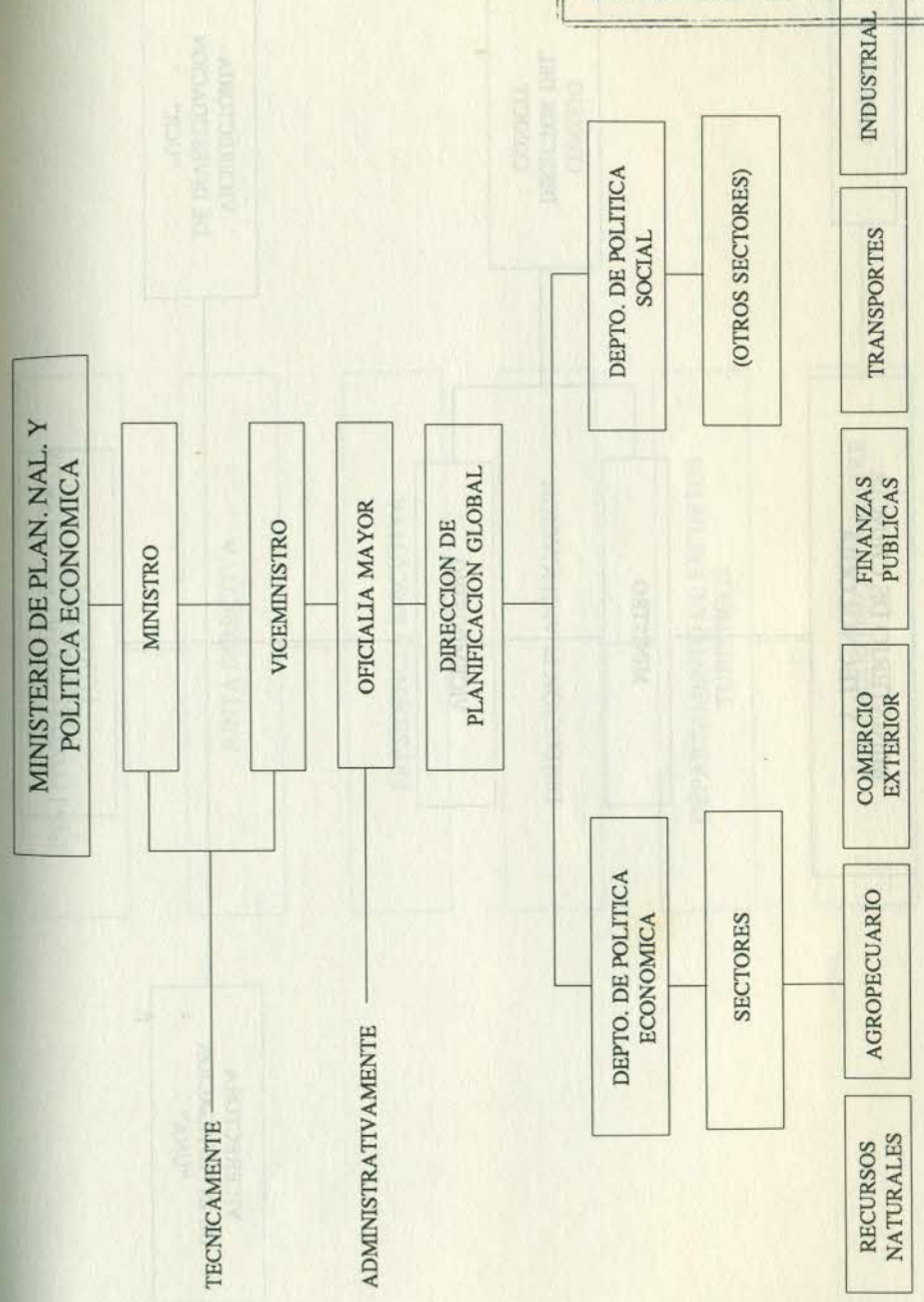


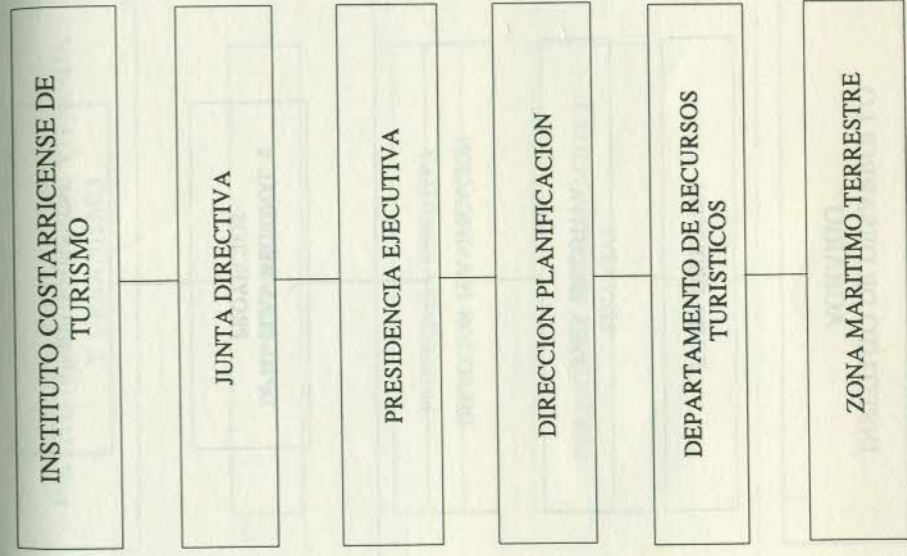
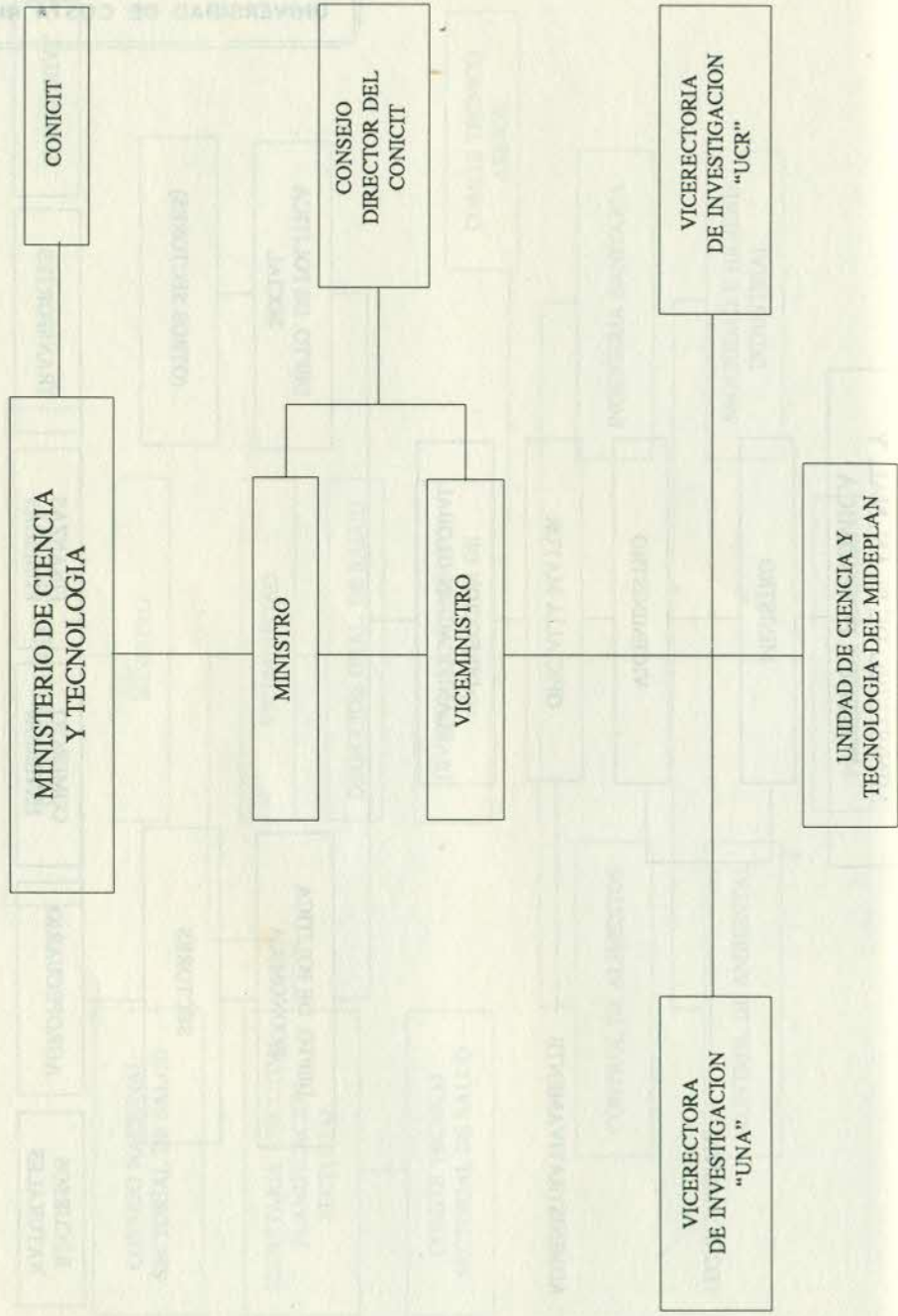


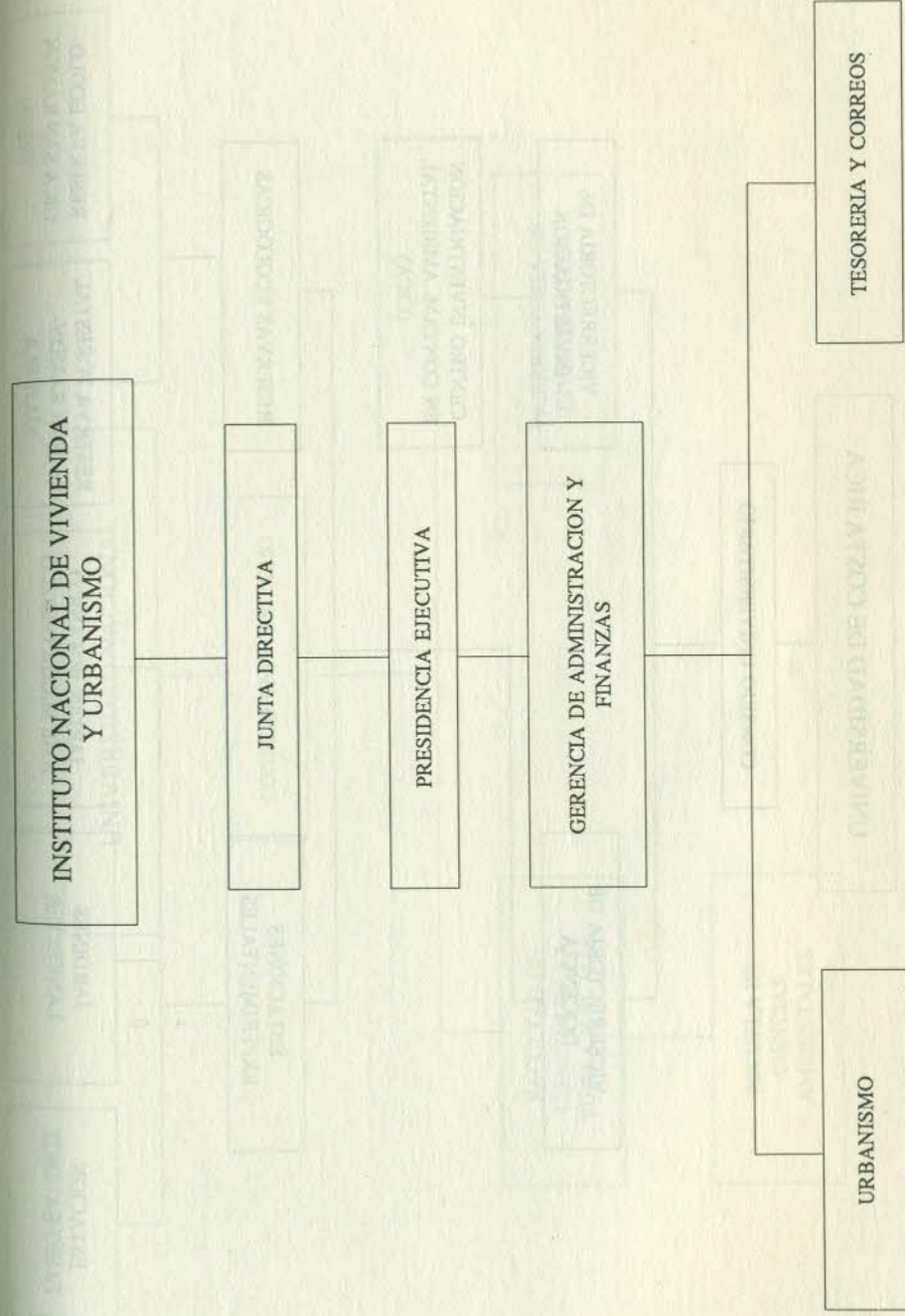
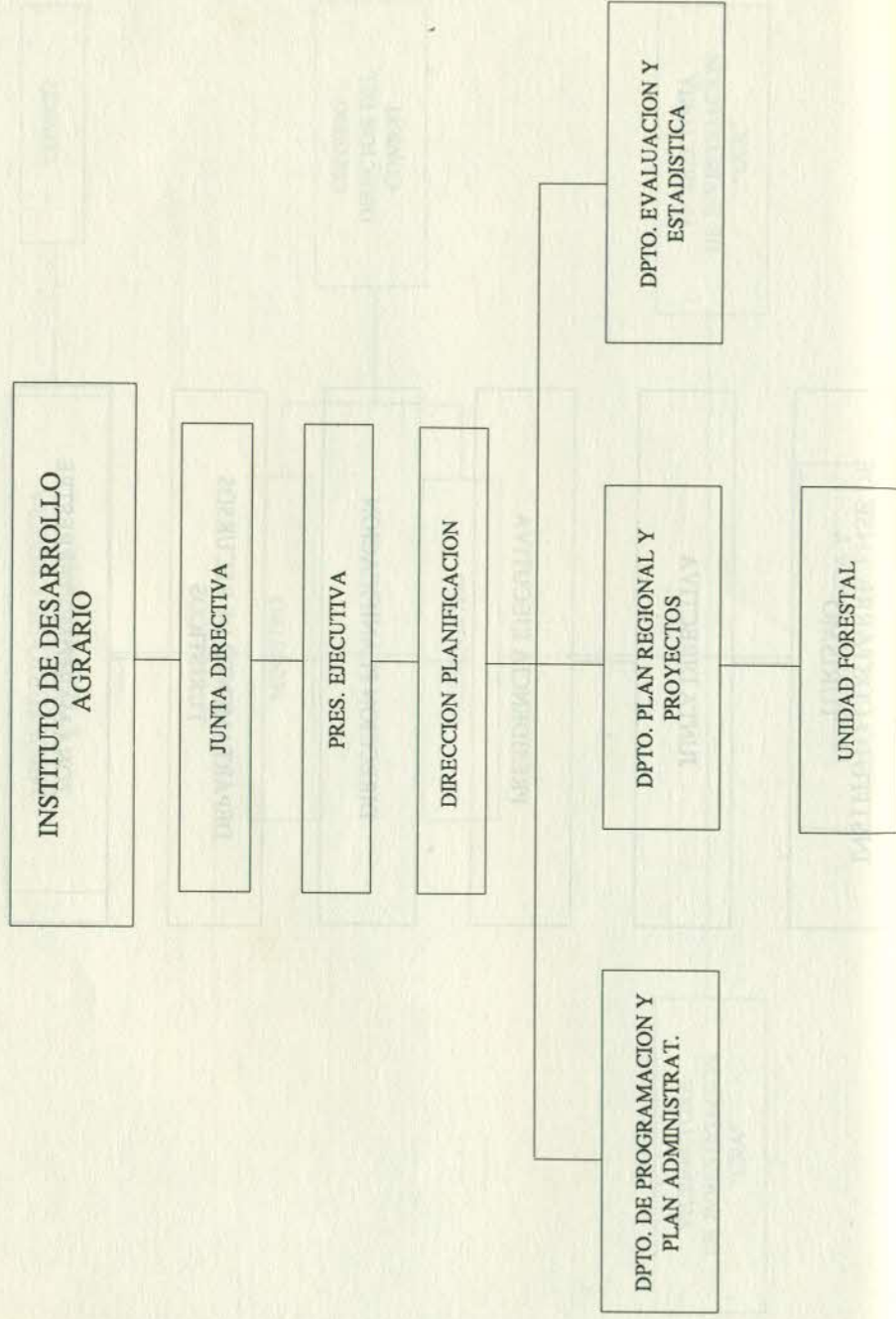


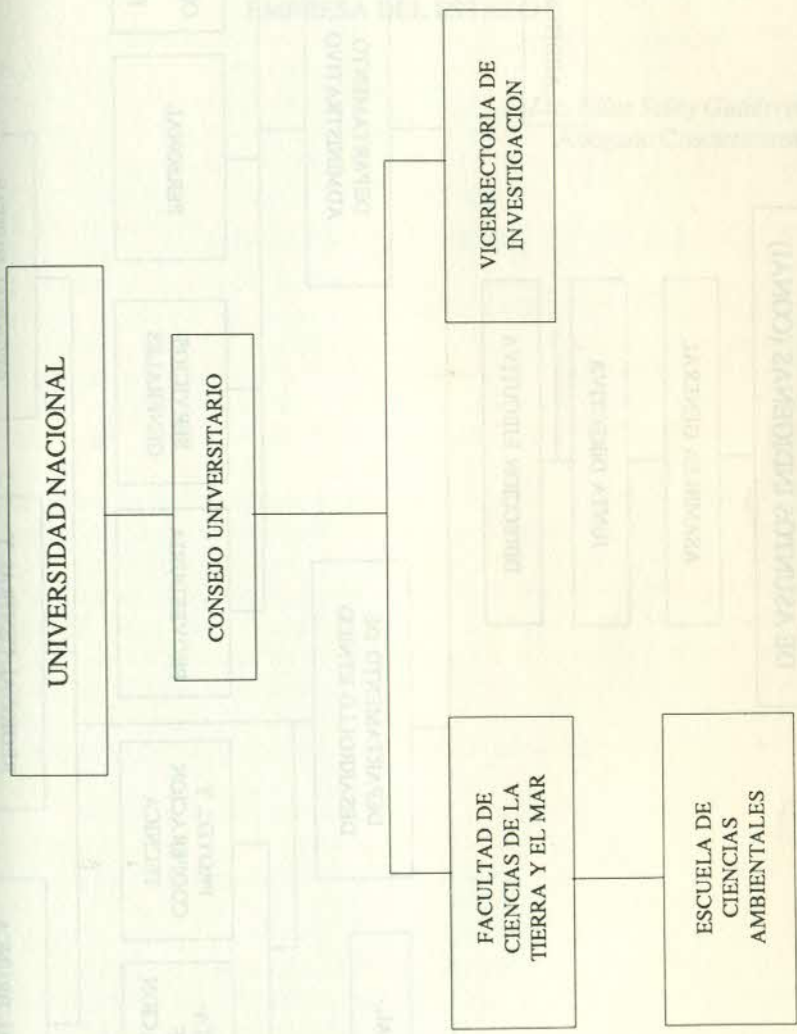
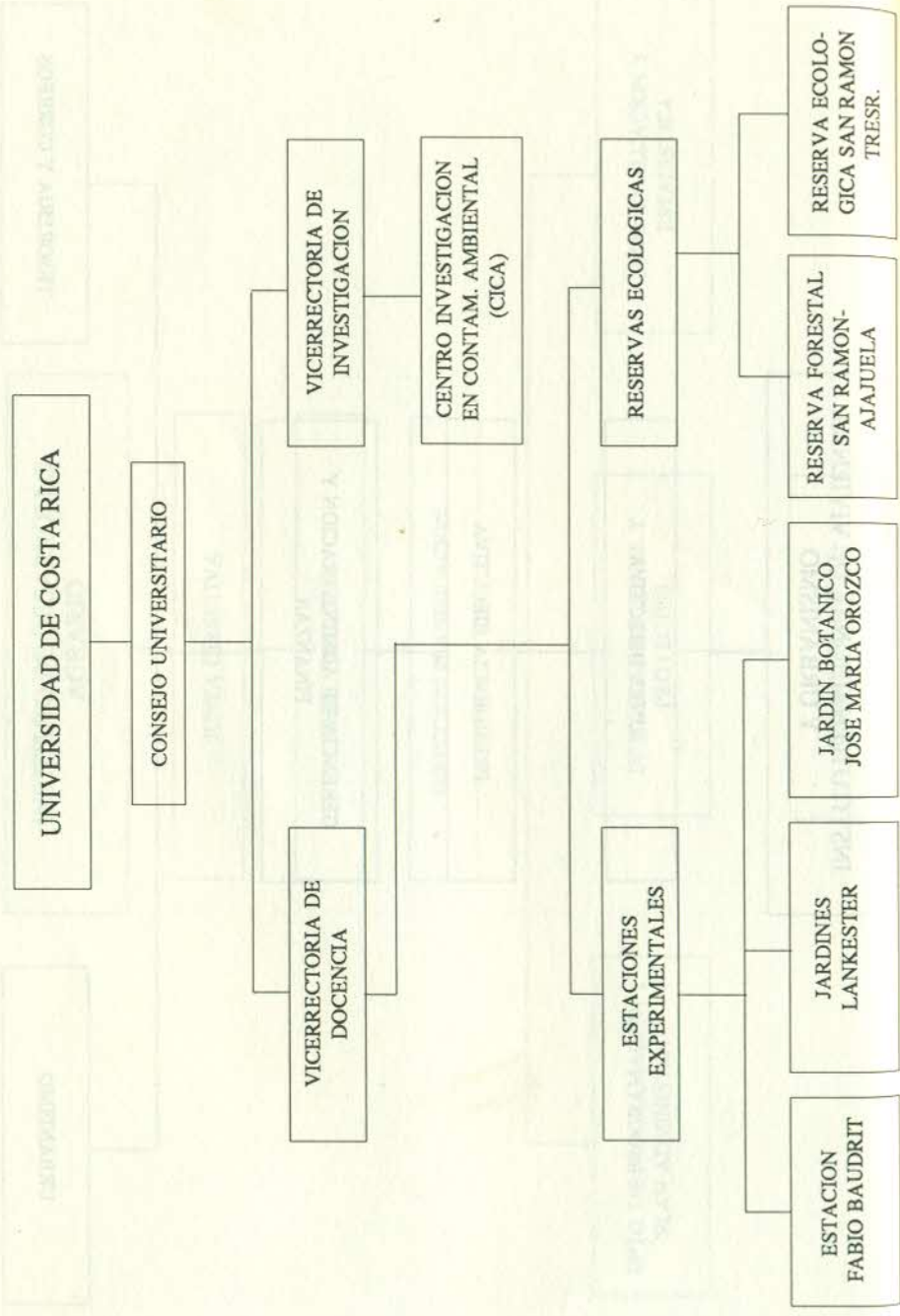


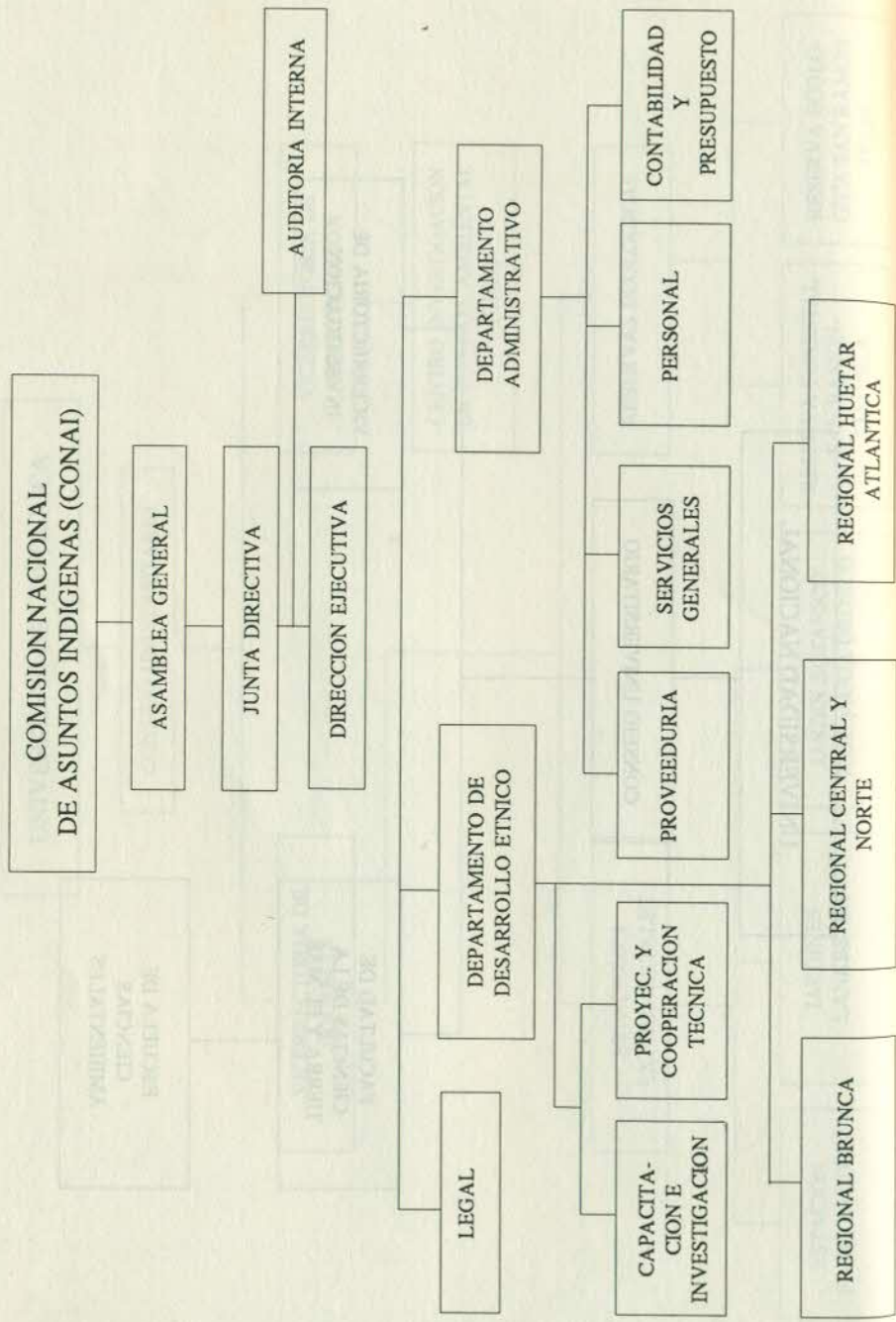
BIBLIOTECA  
 FACULTAD DE DERECHO  
 UNIVERSIDAD DE COSTA RICA











LA REFINADORA COSTARRICENSE DE PETROLEO COMO EMPRESA DEL ESTADO

Lic. Elías Soley Gutiérrez  
Abogado Costarricense

## SUMARIO

- I. Antecedentes Históricos
- II. El Intervencionismo Estatal
- III. Empresa del Estado
- IV. Empresas Petroleras Estatales en América Latina
- V. RECOPE: Naturaleza Jurídica
- VI. RECOPE como Híbrido Jurídico
- VII. Jurisdicción

## I.- ANTECEDENTES HISTORICOS

La industria petrolera se ha constituido en uno de los aspectos más importantes para el desarrollo económico de los pueblos desde la segunda mitad del siglo pasado; es de todos conocido que el gran volumen de dinero que implica esta actividad, y su carácter esencial para la movilización de las sociedades, genera que de ser una mera actividad industrial haya alcanzado tal relevancia que en la actualidad es determinante en el campo político y social de las naciones.

Concretamente en nuestro país, cuyo desarrollo político ha sido caracterizado por corrientes de pensamiento de corte eminentemente social, los posibles problemas que pudo generar un negocio de magnitudes como las del petróleo, tanto a nivel político como social, debieron ser enfrentados por el ordenamiento jurídico. Así, a manera de ejemplo, vemos como los congresistas crearon el Decreto No. 5 del 26 de noviembre de 1913 que declaraba "inalienables y del dominio público los yacimientos de carbón y los depósitos y fuentes de petróleo y sustancias hidrocarburadas"; tesis que fue ratificada por el constituyente en el año 1949, y que se encuentra consagrada en el artículo 121 de la Constitución Política en su inciso 14).

Definitivamente que la actividad relacionada con el petróleo reviste un absoluto e innegable interés público; de ahí que demos especial relevancia a que Costa Rica se ha visto influenciada por doctrinas políticas socialistas en su desarrollo institucional, doctrinas que aceptan el intervencionismo estatal en aquellas actividades de interés público y que sólo pueden ser ejercidas por el Estado para evitar un desequilibrio social; lo que según se verá sucede en materia de importación y distribución del petróleo y sus derivados.

Básicamente esta posición ideológico-social fue la que sirvió de fundamento para que en Costa Rica se estableciera el monopolio a favor del Estado respecto a la importación y distribución de los derivados del petróleo en el año 1931 (Ley No. 33 del 10 de marzo de 1931, reformada por la Ley No. 186 del 23 de agosto de 1933); posteriormente, en el año 1940, se derogaron dichas normas por razones de utilidad, eliminándose el monopolio, y facultando a las empresas transnacionales para que se encargaran de la importación y distribución de los derivados del petróleo.

Como reacción al incumplimiento, por parte de las empresas transnacionales, de algunos términos estipulados en los contratos suscritos entre éstas y el Gobierno de la República que legitimaba el ejercicio de esas empresas en este tipo de actividad, fue que se pensó en crear una refinería en

nuestro país, para lo que se preparó un concurso en el Ministerio de Industria. Fue en dicho concurso que participó una empresa denominada REFINADORA COSTARRICENSE DE PETROLEO SOCIEDAD ANONIMA, cuyo capital social pertenecía a empresarios nacionales y extranjeros, y que a la postre resultó favorecida para crear una refinería en esfuerzo coadyuvante con el Estado. Esta empresa privada suscribió un contrato con el Gobierno de Costa Rica el 24 de noviembre de 1962 para la realización de ese proyecto, contrato el cual por su naturaleza debió ser sometido a aprobación de la Asamblea Legislativa, haciéndose efectivo a partir del 28 de junio de 1963. Precisamente al momento de concretar la contratación fue que el Estado pasó a formar parte de la Asamblea de Accionistas de la citada empresa, ya que de conformidad con lo establecido en una de las cláusulas contractuales (cláusula f) debían serle traspasadas, sin costo alguno, cuatro mil quinientas acciones de las treinta mil que conformaban el capital social de la empresa en ese entonces, momento en que el capital adquirió carácter "mixto"; además, la misma cláusula del contrato precitado estipuló un sistema de traspaso progresivo del capital social de la empresa al patrimonio del Estado, con lo que se pretendía que éste poseyera la totalidad de dicho capital en un futuro inmediato, y así se transformara la naturaleza misma del capital de la sociedad anónima adquiriendo el carácter de "empresa del Estado".

En el año 1973, por medio de un nuevo contrato, sometido también a aprobación legislativa, conocido y aprobado por el órgano legislativo el 17 de abril de 1974, la totalidad de las acciones que conformaban el capital social de la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. fue traspasado al Estado costarricense por el precio simbólico de UN DOLAR U.S. (\$1,00); posteriormente, por medio del decreto 5154-P del 1 de setiembre de 1975, fue que se estableció en forma definitiva la protección arancelaria de la actividad petrolera en manos del Estado a través de RECOPE S.A.

De esta forma, Refinadora Costarricense de Petróleo se transformó en una sociedad anónima con capital social perteneciente al Estado costarricense; cuyo órgano superior, siguiendo la legislación mercantil aplicable, es la Asamblea de Accionistas, que en este caso estará conformada por el presidente de la República y los ministros integrantes del gabinete constituidos en Consejo de Gobierno y cuya actividad será regulada por la legislación común, la mercantil de conformidad con su naturaleza jurídica, y, dado su carácter de empresa del Estado, por el derecho público en lo que sea aplicable. Lo anterior abarca uno de los aspectos más sobresalientes de esta empresa, que será debidamente analizado en este pequeño análisis, y que ha sido el causante de que a RECOPE se le considere como un "Híbrido Jurídico" que utiliza simultáneamente la normativa pública y privada según sus necesidades y de conformidad con el ordenamiento jurídico, creando una excepción a

la supuesta situación excluyente que genera la dicotomía jurídica del derecho público-derecho privado.

Del anterior análisis histórico de RECOPE podemos determinar con claridad dos puntos, a mi manera de ver las cosas, sumamente relevantes: En primer lugar, se pone de manifiesto la intención del gobernante de responder a ese interés público de que el Estado tomare el control sobre la importancia, distribución, refinación, y en general de la explotación de los productos derivados del petróleo; sea, un control total de este sector energético, caracterizado como clave para el desarrollo social y que requiere, por lo tanto, de programas y metas acordes con los intereses de la colectividad. En segundo lugar, se introduce una figura jurídica de gran interés y de características muy especiales, que ha sido levemente tratada por la doctrina y que, aún al día de hoy, no cuenta con un ordenamiento claro y uniforme que regule efectivamente su actividad; me refiero concretamente a la figura de la EMPRESA PROPIEDAD DEL ESTADO.

## II.- EL INTERVENCIONISMO ESTATAL

Como elemento básico de determinada doctrina política, la intervención del Estado en ciertas actividades básicas para la colectividad es imprescindible en sociedades en vías de desarrollo como la costarricense. Así, nuestro sistema político, ampliamente influenciado por la doctrina social demócrata, ha introducido algunas posturas a nivel social que tienden a legitimar el intervencionismo estatal en actividades que por su naturaleza misma son consideradas como "privadas", pero que por ser caracterizadas por el interés público que revisten, su ejercicio se reserva, monopolísticamente, en manos del Estado. Entre éstas podemos citar a manera de ejemplo no solamente el caso de la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A., sino también tenemos a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., la Corporación Costarricense de Desarrollo (CODESA), la Corporación de Zonas Francas S.A., entre otras, cuya creación responde a los lineamientos trazados por el derecho administrativo en relación con la figura de las empresas del Estado, a cuyo estudio nos avocaremos en forma concreta en el siguiente extremo.

Volviendo al caso concreto, es importante mencionar que la intervención estatal en materia de importación y distribución de los productos derivados del petróleo se gestó desde la suscripción del contrato ley entre RECOPE y el Estado costarricense cuya finalidad era la construcción de una Refinería; vimos como el Estado comenzó su participación con un porcentaje bajo de poder en la Asamblea de Accionistas de la empresa y como rápidamente, ya que sucedió mucho antes de lo previsto en el documento contractual, adquirió el dominio absoluto al serle traspasado el total de las accio-

nes que conformaban el capital social de RECOPE. Este fenómeno ha sido catalogado como la "nacionalización" de RECOPE, tomando como fundamento tesis como la de Julliot de la Morandiere que dice que la "nacionalización consiste esencialmente en la transformación de empresas privadas, en empresas del Estado o sometidas al control de éste. Su objetivo es el de sustraer los medios de producción y de reparto de las riquezas de la propiedad privada para ponerlos en manos de la nación o en las de aquellos órganos que representan los intereses colectivos de la misma".

El fenómeno del intervencionismo se presenta básicamente en aquellas actividades que implican la prestación de un servicio público, por ello es que la participación estatal es imprescindible para el éxito de la gestión; sin embargo podríamos estar frente a actividades que no necesariamente consisten en un servicio de esa naturaleza, pero que por su onerosidad, alto riesgo o inversión, combinados con la necesidad inminente para la sociedad de contar con ellas, hacen necesaria la intervención estatal por lo menos durante la fase más riesgosa y onerosa, creándose posteriormente los mecanismos para ir trasladando la empresa a manos del sector privado.

Según se dijo anteriormente, el intervencionismo estatal responde a doctrinas jurídico-políticas que ha calado hondamente en el sistema social costarricense; su finalidad, exclusivamente de utilidad pública, podemos definirla como un mecanismo real y efectivo para buscar el equilibrio social y económico en la colectividad, impidiendo que ciertas actividades de interés público sean acaparadas por sectores privados que, dado su amplio régimen de participación, podrían lesionar los intereses de la nación. Parte de ese intervencionismo puede ser efectuado a través de las denominadas "empresas del Estado", dentro de las que se ubica RECOPE y otras anteriormente citadas, empresas que cuentan con un amplio sustento jurídico doctrinario, pero que en Costa Rica han generado una seria laguna en el ordenamiento jurídico, ya que sólo por medio de un simple decreto ejecutivo se ha regulado en términos generales el funcionamiento de estas empresas del Estado estructuradas como sociedades mercantiles (Decreto Ejecutivo 7927-H del 12 de enero de 1978), y, paradójicamente, el legislador ha sido partícipe de crear cuerpos legales especiales para cada caso concreto en lugar de unificar el marco legal que debiera regular en iguales términos a aquellas sociedades pertenecientes al Estado; obviamente el marco legal al que me refiero se circunscribe al que regule aspectos generales esenciales de la actividad y naturaleza de este tipo de empresas, lo que vendría en última instancia a facilitar las relaciones de estas empresas con las instituciones públicas e inclusive facilitar el control que sobre las mismas debe ejercer la Contraloría General de la República. Lo anterior no es una inquietud del autor, ni una inquietud de momento; sirvió como fundamento para la creación del decreto ejecutivo 7927-H (puntos V, VI y VII de los considerandos), para lo que se habló de la

necesidad de crear un marco legal adecuado para regular el funcionamiento de lo que en esa oportunidad se llamó "empresas estatales", e inclusive se mencionó la remisión de UN PROYECTO DE LEY A LA ASAMBLEA LEGISLATIVA con esa finalidad, pero que hasta el día de hoy no ha servido ni siquiera para generar la inquietud o despertar el interés del legislador nacional para llenar el vacío jurídico que muchas veces ha sido causa de desorden y de incertidumbre al momento de relacionarse estas empresas entre sí, con la Administración Pública, o con el administrador. La omisión legislativa en materia de normativa expresa para crear el marco de regulación de las empresas citadas afecta también a RECOPE, lo que se manifiesta en el carácter de "híbrido" que muchos le han dado, ya que su actividad transita bajo la tutela del derecho público y privado ocasionando, necesariamente, incertidumbre a un nivel práctico.

En Costa Rica, aunque durante la época post independencia se practicaba un marcado "liberalismo", siempre se aceptó la injerencia estatal en actividades que en la actualidad ya son consideradas propias del Estado; de ahí que muchos se han atrevido a afirmar que la intervención estatal responde más que a una doctrina pública a una doctrina muy costarricense que radica en "no predicar la intervención del Estado, pero admitirla cuando razones especiales por el bien general de la sociedad, la hacen imperativa, con carácter temporal o definitivo".

### III.— EMPRESA DEL ESTADO

Esta figura jurídica, de trascendental importancia para la evolución del desarrollo económico de las naciones, surgió entre la primera y la segunda guerra mundial; su aparición se le imputa a la situación económica y social de la mayor parte de los países afectados, los que llegaron al convencimiento de que el Estado "sin dejar de cumplir sus funciones esenciales, tenía que inmiscuirse en el desarrollo de otras actividades, primordialmente de índole comercial o industrial, semejantes, en sus caracteres exteriores, a las que llevan a cabo los particulares".

Esta necesidad hizo surgir una nueva mentalidad en materia jurídico administrativa, ya que el derecho debía ser adecuado a la realidad imperante para lo que hubo que "adoptar formas de organización lo más cercanas posibles a las utilizadas en la actividad privada, especialmente en formas societarias comunes". Así, según se desprende de la doctrina generalizada, nacieron lo que en primera instancia se denominó "empresas del Estado", y que luego, gracias a la evolución sufrida por el derecho, llegó a llamarse "SOCIEDADES DEL ESTADO", cuya naturaleza responde a las necesidades de agi-



lidad y dinamismo que requiere el marco de acción meramente comercial, en el que el Estado incurrió actuando en un plano muy especial.

Vemos así como el Estado adopta figuras propias del derecho privado para cumplir con su finalidad pública; reafirmando lo externado al momento de analizar el intervencionismo estatal, en relación al hecho generador de la intervención que radica en una finalidad pública. El Estado asume una forma jurídica para garantizar mayor excelencia y rapidez en su gestión, buscando satisfacer necesidades de la colectividad y cumpliendo efectivamente con sus finalidades propias.

La figura de la empresa del Estado se dice que responde a factores económicos políticos; el Estado interviene activa y directamente en la vida económica del país, y crea, con criterio político, empresas del Estado para que se hagan cargo de actividades industriales esenciales y claves para el desarrollo social. La empresa del Estado es utilizada como un instrumento para lograr la independencia económica en ciertas actividades reservadas para el Estado, entre las que se cita la producción de combustible que es el caso de RECOPE.

RECOPE responde perfectamente a todos los criterios que han servido de fundamento para la creación de una empresa del Estado; la naturaleza de su objeto social que constituye, sin ninguna duda, un servicio público, la agilidad y dinamismo que caracterizan sus relaciones comerciales básicas (sean aquéllas que constituyen su actividad ordinaria), la naturaleza pública de su patrimonio, el control directo que se ejerce sobre sus funciones (no sólo por parte de la Contraloría General de la República, sino por el propio Poder Ejecutivo, ya que sus directores son nombrados directamente por este Poder de la República, que por medio del Consejo de Gobierno constituyen la Asamblea de Accionistas de la sociedad), entre otras características, legitiman la acción de nuestros gobernantes por luchar en pro de lo que se llamó la "nacionalización de RECOPE". La forma societaria mantenida por RECOPE, estrictamente necesaria para la consecución de sus fines, la introdujo dentro del concepto de empresas del Estado estructuradas como sociedades mercantiles, que han sentado un precedente jurídico en Costa Rica; pero que, sin embargo, a pesar de su conveniencia social, no han sido objeto de legislación clara y unívoca que regule ordenada y congruentemente su funcionamiento.

Es por lo anterior que RECOPE se ha desarrollado y consolidado en nuestro ordenamiento como una empresa del Estado, sujeta al control público, cuyos empleados no son considerados como servidores públicos de acuerdo a la ley, y que para su funcionamiento se regula simultáneamente por el derecho público y el derecho privado; de conformidad con la Ley General de Administración Pública su actividad debe regularse por el

derecho privado, ya que su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro así lo exigen, y puede ser considerada como una empresa industrial. Es así como, dadas las características inherentes a esta empresa, podemos concluir que las empresas del Estado en Costa Rica revisten de una gran importancia, ya que el control público que sobre ellas se ejerce y la participación directa del Estado en el desarrollo de sus actividades le otorgan el carácter público, propio de ser regulado por la rama del derecho correspondiente (derecho público), sin embargo, su naturaleza jurídica exige que las consideremos como empresas conformadas acatando un modelo societario propio de la legislación comercial, que por ende exige ser regulado por el derecho privado.

#### IV EMPRESAS PETROLERAS ESTATALES EN AMERICA LATINA

En América Latina existe un denominador común muy interesante de ser analizado, en forma exclusiva, y que se refiere a la creación o constitución de una gran cantidad de empresas del Estado y empresas estatales encargadas de la conducción y ejecución de las actividades relacionadas con el petróleo en diferentes países. El tema, digno de ser tratado especialmente en otro análisis, está íntimamente ligado con los diferentes avances legislativos y doctrinarios que en materia de Legislación de Hidrocarburos se ha tenido en el Continente Americano.

Los países latinoamericanos han demostrado tener criterio unívoco, al adoptar el modelo jurídico de la empresa estatal, respecto a las necesidades propias de la actividad relacionada con la producción y venta del petróleo y sus productos derivados. Más de quince empresas de esta naturaleza son fiel ejemplo de la efectividad de esta figura jurídica para alcanzar los fines particulares del negocio petrolero, y de sus efectividad como respuesta a los requerimientos sociales de países en vías de desarrollo.

En forma consecuente con lo anterior, la Organización Latinoamericana de Energía (OLADE) ha impulsado con mucho entusiasmo el proceso de integración energética a nivel regional, con la sana finalidad de constituir una base sólida de cooperación entre los países involucrados con la actividad. Tal actividad se caracterizó por una importante contribución jurídica, relativa a la compilación y publicación de estatutos de las empresas estatales latinoamericanas encargadas de la actividad relacionada con la producción y distribución del petróleo y sus productos, así como también a la recopilación de legislación sobre hidrocarburos a nivel regional; lo que sería de gran interés, y un gran aporte, para acelerar la aprobación de una Ley de Hidrocarburos en nuestro país (la cual se encuentra en proyecto presentado a

la Asamblea Legislativa, y es imprescindible para los proyectos de RECOPE en lo que respecta a la inversión en investigaciones petroleras).

A título de ilustración para el lector, utilizando el material contenido en la publicación realizada por la OLADA ("Leyes constitutivas y estatutos de las empresas petroleras estatales de América Latina"), podemos citar que "la primera empresa petrolera estatal creada en Latinoamérica fue YACIMIENTOS PETROLEROS FISCALES (YPF) de Argentina" en el año 1922; a partir de ese momento se han creado más de quince empresas, que han adoptado el mismo modelo jurídico, entre las cuales se citan por ejemplo PETROBAS (Brasil), ECOPETROL (Colombia), ENAP (Chile), PEMEX (México), y PDVSA (Venezuela).

#### V.- RECOPE: NATURALEZA JURIDICA:

De conformidad con lo expuesto en los aparatos anteriores, podemos constatar que la REFINADORA COSTARRICENSE DE PETROLEO S.A., representa una persona jurídica de muy interesantes características; no sólo es un fiel ejemplo del fenómeno intervencionista del Estado en el ejercicio de una función de interés público, sino que su actividad misma está conformada por actos propios de una persona de derecho privado que a la vez utiliza facultades y prerrogativas propias del derecho público según la naturaleza misma de la situación.

RECOPE tiene una naturaleza jurídica fácilmente determinable ya que, por las razones expuestas anteriormente, por su estructura societaria de tipo mercantil, por su funcionamiento, su marco de acción y de control, por el interés que tiene el Estado en su funcionamiento, por el carácter público de su patrimonio nos lleva a la única conclusión de que estamos frente a una empresa del Estado, sujeta al ámbito de aplicación del derecho privado (por disposición legal expresa), que presta un servicio público, y que representa el más claro ejemplo de esta figura jurídica en nuestro medio. Sin embargo, a pesar de que doctrinariamente RECOPE encuentre sustento jurídico en las disposiciones aplicables, en Costa Rica no existe legislación unívoca que regule en un mismo marco la actividad de las empresas del Estado, sino que cada una de ellas (y ese es el caso concreto de RECOPE) tiene sus respectivas leyes especiales aplicables en forma dispersa, que, a pesar de que cumplen con su objetivo básico de mantener un régimen de legalidad, general al mismo tiempo incertidumbre, ya que la disposición normativa siempre es causa de conflictos de orden práctico.

Habiendo definido la naturaleza jurídica doctrinaria de RECOPE, es importante añadir a dicho argumento el hecho elemental e irrefutable de que

es una "SOCIEDAD ANONIMA"; no sólo estructurada como tal desde su nacimiento (cuando pertenecía al sector privado), sino que opera con ese carácter. RECOPE es toda una organización de capital y trabajo sometida a las disposiciones que sobre sociedades mercantiles contiene nuestro ordenamiento jurídico; así vemos como el órgano superior lo constituye la Asamblea de Accionistas, la que por ser el capital social de la empresa propiedad del Estado costarricense está constituida por el Presidente de la República y sus ministros constituidos en Consejo de Gobierno; es a esta Asamblea a la que corresponde nombrar los integrantes del órgano administrativo de mayor jerarquía, y sobre el cual recae la responsabilidad del manejo de los fondos y de la instauración de los planos tendentes a la consecución de los fines que constituyen el objeto social. Este órgano administrador, como en todas las sociedades mercantiles estructuradas como sociedades anónimas, está constituido por la Junta Directiva; sus funciones se pueden resumir en que es el órgano encargado de ejecutar la voluntad de los acuerdos tomados por la Asamblea General de Accionistas, ejerce la representación de la empresa frente a terceros. Además, la naturaleza de empresa del Estado que tiene hace imperativo que las decisiones que tiendan a la explotación del objeto social, y a la fijación de políticas para llevar adelante los planteamientos relacionados con el funcionamiento de la empresa, sean tomadas por el órgano administrador, teniendo por consiguiente amplísimas facultades para activar el funcionamiento empresarial; así es como doctrinariamente se ha identificado esta situación como un fenómeno dentro del derecho comercial, el que se caracteriza por la delegación que de sus facultades hace la Asamblea de Accionistas a la Junta Directiva, transformándose esta última más que en un simple órgano de ejecución en un órgano de administración y de fijación de políticas para el cumplimiento del objeto social; sin embargo, por ser RECOPE una empresa de enorme estructura a nivel nacional, estas facultades delegadas por la Asamblea a la Junta Directiva son a la vez delegadas en determinadas Gerencias, creadas según el área de ejecución de programas, en las que en última instancia recaerá la responsabilidad inherente al órgano administrador, y constituyéndose la Junta Directiva en el contralor y solidariamente responsable de los actos administrativos que se ejecuten.

A pesar de que RECOPE efectivamente está constituida como una sociedad mercantil, lo cierto es que su actividad no se regula únicamente conforme a los lineamientos emanados de su Junta Directiva o de su Asamblea de Accionistas, sino que existen cuerpos legales creados específicamente por el legislador para generar el marco jurídico de acción de esta empresa del Estado; frente a estas leyes, RECOPE se somete absolutamente, circunscribiendo todos sus actos a lo que le está en ellos permitido. Lo anterior,

aunque se contraponen a la actividad propiamente dicha de una sociedad mercantil pura y simple, responde al carácter público que mueve los intereses de RECOPE, cuya actividad se caracteriza por estar complementada por un interés directo que sobre ella mantiene el Estado.

Por último, esta empresa cumple con el requisito que nos falta detallar conforme a la legislación comercial aplicable, sea: el órgano de vigilancia. En RECOPE, las funciones del fiscal de las sociedades anónimas son ejercidas de dos formas: un control interno que está a cargo del departamento de Auditoría de la empresa, cuya estructura organizacional lo divide en varios departamentos que abarcan la totalidad de áreas que comprenden la actividad de RECOPE; y un control externo, de conformidad con lo estipulado en el Decreto Ejecutivo 7927-H, que corresponde ejercerlo a la Contraloría General de la República; la participación del órgano contralor encuentra su razón de ser en el carácter público de los fondos de esta empresa, y en el interés público que comprende su actividad.

Así hemos constatado que pese a actuar en forma particular, por consistir en una figura jurídica especial dentro del derecho administrativo, RECOPE cumple con las disposiciones que para las sociedades mercantiles establece la legislación mercantil; por ello es que se le cataloga como sociedad anónima, actuando con ese carácter y cumpliendo con su objeto social sin problema alguno, más que el señalado anteriormente, y que se refiere a la falta de una unificación del derecho en materia de empresas del Estado en nuestro país.

#### VI.- RECOPE COMO HIBRIDO JURIDICO: (Aplicación del derecho público-derecho privado);

El hecho de que el Estado asuma, o adopte figuras propias del derecho privado para la consecución de sus fines, no significa que estos fines también adquieran el carácter privado que tiene determinada actividad; precisamente la doctrina jurídica relativa a las empresas del Estado es partícipe de que el Estado asuma las figuras societarias del derecho mercantil para garantizar agilidad y flexibilidad en el desempeño de algunas funciones que por su naturaleza particular así lo requieren. El Estado adopta la figura del derecho privado para cumplir con fines eminentemente públicos (ejemplo: Refinadora Costarricense de Petróleo S.A.), enmarcando tal situación dentro del principio administrativo que estipula tajantemente que "la Administración Pública sólo puede actuar para el logro de finalidades de interés público, para la satisfacción de necesidades colectivas y el logro de fines propios del Estado", postulado del derecho público íntimamente relacionado con el principio de legalidad en la rama administrativa.

La doctrina nos señala que la acción del Estado al utilizar formas propias del derecho privado puede ser directa o indirecta. En el primer supuesto las funciones son típicamente administrativas, actuando por lo tanto con las prerrogativas que confiere el poder público; en el segundo (indirecta), el Estado actúa para satisfacer en forma mediata un interés público, por lo que su actividad podrá ser regulada por el derecho privado. De esta forma es como la misma doctrina jurídica ha legitimado el uso simultáneo del derecho público y privado como una característica especialísima de las empresas del Estado.

En el caso concreto de RECOPE, por el carácter público de sus fines, es que se ha aceptado la aplicación del derecho público (especialmente el administrativo en materia de contratación no comprendida dentro de lo que se considera como actividad ordinaria), así como también es usual la utilización de la normativa privada de todos aquellos actos referidos al cumplimiento del objeto social de la empresa. A pesar de ello, esta diferenciación no es absoluta, hasta el punto que no es fácilmente determinable cuales actos deben ser regulados especialmente por una de las dos ramas del derecho, lo que ha ocasionado la aplicación simultánea en un solo caso concreto y de ahí que se le considere como un "híbrido jurídico". Es precisamente este problema de delimitación de la aplicabilidad de una u otra rama del derecho lo que he criticado a lo largo de este ensayo, que se concentra en la falta de un marco legal claramente establecido que regule en términos generales, pero suficientes, la actividad de todas aquellas personas jurídicas estructurales como sociedades mercantiles, que cumplen una finalidad pública y que su capital social pertenezca al Estado.

#### VII.- JURISDICCION

El aspecto relativo a la extensión y límites del poder de juzgar, y a la determinación de la autoridad competente para resolver los asuntos litigiosos en los cuales RECOPE sea parte, constituyen un ejemplo contundente que reafirma la naturaleza jurídica especial de esta empresa; además, el régimen actual es fiel reflejo de la falta de un ordenamiento claro al respecto que regule expresamente la competencia de la Autoridad Judicial habilitada para resolver dichas cuestiones.

En la actualidad, la vía jurisdiccional habilitada para resolver los conflictos en que la Refinadora Costarricense de Petróleo sea parte es la contencioso administrativa; pero esta habilitación de la vía no la confiera la ley misma, sino que es por vía de INTERPRETACION JUDICIAL O JURISPRUDENCIA (Resolución de la antigua Sala de Casación No. 61 del 6 de

junio de 1980, entre otros fallos de diversas instancias) que se ha concluido *que por el incuestionable interés directo QUE EN RECOPE TIENE EL ESTADO*, en su condición de propietario del capital social de la empresa, la competencia para resolver sus conflictos recae en la Autoridad Judicial contencioso administrativa.

Véase que por vía jurisprudencial se ha llegado a establecer una regla definitiva, y actualmente RECOPE S.A. siendo una persona jurídica creada y regulada por el derecho privado (mercantil) se somete a la jurisdicción propia de los organismos públicos, lo que refleja una vez más el carácter jurídico mixto de este tipo de empresa. El interés directo que sobre RECOPE tiene el Estado ha sido el criterio fundamental que llevó a los Tribunales de la República a habilitar esta vía jurisdiccional para esta empresa; criterio muy interesante y aceptado, pero que no es más que producto de la laguna jurídica que en materia de empresas estatales existe en Costa Rica, que ha generado una improvisación casuística en esta materia regulada y tratada en muchos países.

## ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PROCESO EJECUTIVO EN COSTA RICA

*Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo*

Profesora Asociada de la Universidad de Costa Rica  
Vice-Decano Facultad de Derecho

## Introducción

En Costa Rica los temas de Derecho Procesal Civil son poco frecuentes en la literatura jurídica. Ello parece obedecer al poco interés que desde varios años, despierta el estudio de esa rama del Derecho aún cuando se pueden hacer muchas y variadas reflexiones.

Es así como queremos en este breve escrito, comunicar algunas reflexiones en lo relativo al proceso ejecutivo, figura que se trata como un instituto de poca relevancia aún cuando es de todos conocido, que es un procedimiento al que se acude muy a menudo en especial en un medio como el nuestro en que los créditos se suceden unos a otros y de ello resulta un respetable número de prendas, hipotecas y sobre todo pagarés así como por efecto, la constitución de otros títulos valores que luego no son satisfechos<sup>(1)</sup>.

Precisamente, porque creemos que el procedimiento ejecutivo, es un instrumento jurídico-procesal que podríamos denominar de "tipo popular", hemos efectuado un estudio que persigue dar una concepción general y su descripción ilustrada en gran parte con la jurisprudencia nacional y alguna bibliografía y finalmente se hace un análisis de la conformación del procedimiento y su adaptación al fenómeno real del mismo en la vida diaria del país, su función práctica y el respeto al principio del contradictorio.

No es nuestro afán afirmar como válidas nuestras reflexiones más que en la medida de un enfoque tendiente a proponer un análisis de un punto de vista que pueda tener interés para algunos lectores en función de manifestar inquietudes sobre nuestras figuras procesales en lo civil tan venidas a menos y en especial, cuando se habla de juicios sumarios a los cuales se les tiene en poca consideración dado que en principio, se utilizan para ventilar causas de escasa cuantía.

Queremos pues lanzar unas ideas sobre el tema y tal vez, oír una réplica que enriquezca esta reflexión.

Generalidades sobre el proceso ejecutivo:

(1) De acuerdo al informe anual emitido por el Departamento de Estadística del Poder Judicial para el año 1987 hubo un movimiento de 1792 ejecutivos distribuidos en todo el país. En concreto se trata de 19.830 Ejecutivos Simples; 9.070 Prendarios; 3.516 Hipotecarios. En 1988, 20.598 Ejecutivos Simples; 10.643 Prendarios; 3.769 Hipotecarios. La información corresponde al total por tipo de ejecutivo en todo el país. Obsérvese cómo de un año a otro la diferencia en aumento es respetable.

En lo fundamental, la definición de este tipo de procedimiento, se hace a partir de su carácter precisamente, *ejecutivo* es decir de su función de *actuar o materializar* derechos en virtud de la preexistencia de éstos y por su condición de derecho subjetivo "*indiscutible*" sea porque ya ha pasado por una previa fase de *discusión* y por ende, de *confirmación* en un proceso declarativo anterior. El carácter de título ejecutivo que se le da en nuestra legislación al dictado jurisdiccional de condena, proviene de aquella española tomada del Derecho Común italiano que confería esa condición a la sentencia. No obstante, hoy día las legislaciones procesales modernas, han creado procedimientos separados para el caso concreto de las sentencias sin dar la opción de realizar la ejecución de las mismas por la vía ejecutiva como lo tenemos en nuestro proceso civil costarricense<sup>(2)</sup>. En virtud de estas transformaciones, el proyecto de Código Procesal Civil de 1983, pretende realizar dicha separación y así habla de *proceso de ejecución*, no utilizando el nombre de proceso ejecutivo, en tratándose de decisiones jurisdiccionales. Sin embargo, al señalar los títulos ejecutivos, incluye la ejecutoria de sentencia así, como acuerdos conciliatorios, transacciones aprobadas por juez, el laudo firme agregando los créditos hipotecarios y prendarios con renuncia de trámites, artículos 629 ss. y 692 ss. del proyecto del 83 según el dictamen unánime de la Asamblea Legislativa.

Por su parte el Proyecto del 83 da su forma propia al proceso ejecutivo, incluyéndolo dentro de los procesos sumarios.

Volviendo a la caracterización que veníamos haciendo del procedimiento ejecutivo, debemos agregar que el típico título ejecutivo es aquel al cual la ley le confiere ese atributo: ser ejecutivo de *motu proprio*. Es así como encontramos en el artículo 425 de c.p.c. vigente toda una gama de ellos, que por lo que señala su inciso 7°, sea que remite a otras leyes, podríamos localizarlos en múltiples normas. Así tenemos en el Código de Comercio una gran cantidad de ellos como son los títulos valores tal y como se estipula en el artículo 667. Entre éstos aparece la factura comercial contenida en el artículo 460; el pagaré artículo 799, la letra de cambio artículo 727 ss.; el cheque artículo 803 ss.<sup>(3)</sup>; la prenda, artículo 564. De igual manera,

(2) Nuestro 425 c.p.c. parece responder a la distribución entre títulos ejecutivos *judiciales* y *extrajudiciales*.  
SATTA (S), *Diritto Processuale Civile*, Padova 1973, pp. 476 ss.

(3) El cheque en nuestro medio resulta ser un título "sobretutelado", toda vez que constituye un crédito cobrable tanto por vía penal al haberse creado la figura del libramiento de cheque sin fondos y la estafa mediante cheque, arts. 243 y 221 del c.p. respectivamente.

existen casos concretos en otras leyes tal es el caso del artículo 53 párrafo penúltimo de la Ley Constitutiva de la Caja del Seguro Social. La Ley de Tránsito que en su artículo 27 establece un gravamen privilegiado sobre el vehículo con el que se cauce un daño; el artículo 13 de la Ley de Asociaciones Cooperativas en lo relativo a certificaciones emitidas por el gerente de una cooperativa; el artículo 21 del Decreto - Ley No. 449 del 8 de abril de 1949, que contempla la certificación emitida por el jefe de contabilidad del ICE como título ejecutivo y en consecuencia, el recibo de la cuenta telefónica caería dentro de esta categoría<sup>(4)</sup>.

Ahora bien, la actividad que se despliega en el juicio ejecutivo, como función específica del procedimiento en estudio, se realiza además, en forma *sumaria* justamente porque en esta vía se persigue de manera primordial esa *actuación* de que hablamos antes, más que una amplia cognición pues como ya se dijo, estamos aquí frente a situaciones sustanciales confirmadas y no meramente afirmadas. Es así como entonces este procedimiento es de *ejecución* y *sumario*<sup>(5)</sup>. Vale decir además, que es un procedimiento especial frente al esquema ordinario de cognición en el cual la actividad procesal va dirigida a la búsqueda de la veracidad o certeza de situaciones jurídicas sustanciales, puestas en discusión ante el órgano jurisdiccional.

Otra característica que vemos en el procedimiento ejecutivo es su carácter esencialmente *documental*, ya que el mismo se genera gracias a la preexistencia de un *título ejecutivo*, documento que, descrito en forma breve, contiene un *derecho cierto y determinado* pero en el caso concreto inactuado o insatisfecho en virtud del incumplimiento del obligado en la situación jurídica sustancial, *rectius*: relación jurídica y de ahí que el título ejecutivo lleve implícitos tanto la legitimación como la prueba de quien su titularidad alega; lo que a su vez implica que puede bastarse asimismo sin

(4) La jurisprudencia así lo ha sostenido.

(5) El punto reviste un gran interés si pensamos que el procedimiento ejecutivo a su vez, participa de un carácter ordinario pues el mismo conlleva la constatación mediante la investigación de la obligación que se va a ejecutar y contenida en el título. Mientras que el procedimiento sumario puro, tiene otras condiciones, ya que esencialmente es el mero cumplimiento de un modelo normativo (lo que significa un simple trámite). Para resumir podríamos decir que el elemento básico para distinguir el procedimiento ejecutivo del ordinario, reside en su *modelo* y *función* antes que en su categoría frente al modelo ordinario. Una excelente exposición del tema en SATTA (S), *Diritto Processuale Civile*, Padua 1973, pp. 471-472-618 ss.

necesidad de mayores constataciones. Es por ello que la intervención del patrimonio del deudor se hace de manera directa<sup>(6)</sup>.

Las características descritas que informan el proceso ejecutivo, unidas a una óptica conservadora: netamente patrimonial, conque se enmarca el proceso civil, han hecho del mismo una figura bastante burocrática y en extremo mecánica razón por la cual incluso, forma parte de los llamados, en la jerga popular-forense-nacional, "procedimientos machoteros".

Es indudable que este estereotipo tiene su origen en la realidad misma y en el espíritu con que funciona y fue creado este procedimiento. Prueba de ello es que se le ha hecho *especial y sumario* con el fin de acortar tiempos y evitar trabajos innecesarios.

Ahora bien, es lógico que un trámite tal, depare más ventajas que desventajas. Sin embargo, si colocamos el paradigma normativo del proceso ejecutivo, dentro del cuadro de principios que caracterizan la actividad jurisdiccional manifestada a través del crisma del proceso, notamos que se dan algunos contrastes entre ambos, específicamente en tema del *principio del contradictorio*. Una hipótesis de esta naturaleza como se habrá intuido, solo podemos constatarla por medio de una breve panorámica de nuestro juicio ejecutivo.

#### *El proceso ejecutivo en Costa Rica*

El Código Procesal Civil Costarricense de 1987 -vigente-, regula la figura en los artículos 425 y ss., contemplado básicamente un proceso llamado *juicio ejecutivo simple o común*, con lo cual regula un procedimiento para aquellos casos en que las partes de común acuerdo han constituido un título ejecutivo ya sea con garantía fiduciaria o real en relación a una suma de dinero. Por lo general, cuando se trata de títulos ejecutivos cuya garantía es real: hipoteca o prenda, amparadas en la ley las partes optan por renunciar al trámite "ordinario" y así evitar el *iter* común

(6) En este sentido también se ha manifestado nuestra jurisprudencia en los últimos 14 años. Ver, Resolución del Tribunal Superior Civil, No. 556 de las 10:00 hrs. del 18 de julio de 1975. Diligencias de embargo preventivo de M.V.C. c/C.N.R. Además, dice nuestra jurisprudencia en cuanto al valor y eficacia del título, que si la exigencia de la obligación se remitiera a lo alegado y probado en otro juicio, el título deja de ser suficiente por sí mismo y pierde su idoneidad para apoyar en él la ejecución, Trib. Sup. Civ. No. 570 de las 8:02 hrs. del 7 de mayo de 1974. ejecutivo de W.E.F. c/I.R.R.

para llegar directamente al apremio: ejecución directa que se traduce en un privilegio más de este tipo de títulos. Es oportuno agregar que precisamente por existir un convenio de partes desde el acto de constitución del título para no utilizar el trámite común del ejecutivo, la interposición de excepciones queda precluida. No obstante, de *ex* artículo 392 pfo. 2º, del c.p.c. y 565 del C. com., es posible promover la *excepción de pago* por la vía incidental. De igual manera, por jurisprudencia, se admite también el *incidente de prescripción* por tratarse de una excepción con efecto extintivo de la obligación<sup>(7)</sup>.

En consecuencia, en los casos en que la ley no autoriza la renuncia de trámites, el procedimiento que se sigue es el descrito por el c.p.c.:

- a) entablar la demanda en los mismos términos generales acordados para cualquier otro proceso civil (arts. 436 en relación con el 208 c.p.c.);
- b) hecha la comprobación por parte del órgano jurisdiccional, de la "validez formal" del título, (*rectius*): condiciones de fácil verificación como son: una suma líquida o liquidable, obligación cierta y exigible (arts. 426 y ss. c.p.c.). Se excluye la "cognición" sobre hechos constitutivos, modificativos y extintivos del crédito por el que se procede: básicamente la labor del juez en este promonto, se reduce a una neta comprobación de las condiciones del título: su *literalidad y contenido*. Nuestra jurisprudencia corrobora estas afirmaciones al prescribir que al juzgador le corresponde aquí ponderar la calidad del título ejecutivo y si no tiene la condición de título ejecutivo, no podrá despachar la ejecución y por error si lo hiciere, deberá ser deshechado en sentencia aún si no se hubiere opuesto el demandado<sup>(8)</sup>. Aquí debemos advertir que hay casos que se localizan en el resto del articulado, en los cuales por su naturaleza, no pueden ser tramitados por la vía común, tales como las deudas que

(7) Trib. Sup. Civ., No. 647, 9 hrs., 14-8-1975, hipotecario de T.S.A. c/R.L.P.B.; Trib. Sup. Civ., No. 607, 16:30 hrs., 11-9-1973, hipotecario de "I.M.O.S.A." c/O.P.S.; Trib. Sup. Civ., No. 99, 15:30 hrs. 7-3-1975, prendario de E.S.V. c/H.Q.H. También el P. 83, la incorpora como una excepción más a este tipo de procedimiento.

(8) Trib. Sup. Civ., No. 586, 14 hrs., 6-9-1973, ejecutivo de S.T.S.A. c/V. y M. Ltda.; Trib. Sup. Civ. Alajuela, No. 570 de 8:02 hrs., 7-5-1974, ejecutivo de W.F.F. c/I.R.R.

consisten en especies que se miden, pesan o cuentan (art. 428 c.p.c.) o cuando la obligación sea de *hacer o no hacer* (art. 429 c.p.c.) razón por la que se hace necesario, remitir también de manera directa al procedimiento de ejecución de sentencias condenatorias y de igual manera se procede con las ejecutorias (art. 432 c.p.c. en relación con el 989 y ss. del c.p.c.). Lo mismo se aplica en tratándose de sumas por intereses o perjuicios que integran la deuda reclamada pero no liquidados al ordenarse la ejecución (art. 430 c.p.c.). En cuanto a la exigibilidad o vencimiento es bueno recordar que conforme lo señala el Código de Comercio en su artículo 420, en relación con los artículos 425 inc. 7, 426-437, la deuda comercial puede exigirse al incumplirse el abono mensual a que se obliga el deudor<sup>(9)</sup>;

- c) verificada la "ejecutividad" del título, se procede a *despachar la ejecución*. Interesante es puntualizar que al resolverse el "mérito" del título para proceder a la ejecución, el juez consigna en el mismo proveído, la orden de embargo de bienes suficientes para cubrir la deuda y el 50% más para cubrir intereses y costas (art. 437 c.p.c.).

Ahora bien, el despacho de la ejecución junto con las medidas del decreto de embargo, se notifica al demandado que tendrá la oportunidad para oponerse a aceptar la ejecución dentro de cinco días (art. 439 c.p.c.).

Este acto es el que se denomina *auto de precepto solvendo*. El significado de tal expresión responde al origen que tuvo el procedimiento ejecutivo en el Derecho Común, por cuanto el *precepto* era una prevención que el juez hacía a solicitud del acreedor, al deudor para que atendiera el pago del crédito por eso su origen lo constituye el *mandatum de solvendo*<sup>(10)</sup> y que tiene a su vez, relación con la normativa procesal de la época que daba carácter ejecutivo a las letras de cambio y actas notariales como instrumentos de tutela inmediata del acreedor.

Resulta evidente entonces, que antes de dársele trámite a la ejecución, el "ejecutado" no es prevenido para que pueda intervenir evitando la eje-

(9) Así nuestra jurisprudencia de Trib. Sup. Civ., No. 675, 14 hrs., 2-10-1973, ejecutivo de C.A.G.Z. c/E.V.Ch. En cuanto a las condiciones del título. Ver jurisprudencia de Trib. Sup. Civ., No. 556 de 10 hrs., 18-7-1975, embargo preventivo de M.V.C. c/C.N.R.; Trib. Sup. Civ. Alajuela, No. 570 de 8:02 hrs., 7-5-1974, ejecutivo de W.F.F.c/I.R.R.; Trib. Sup. Civ., No. 830 de 15:30 hrs., 30-11-1973, ejecutivo de S.C.S.A. c/C.A.S.A.

(10) SATTA (S), *Diritto...* pp. 482-483.

ción, situación que nos ha llevado a pensar que nuestro Código no utiliza el *mandatum de solvendo* y en consecuencia la denominación de esa primera resolución no es correcta pues esa no constituye un *precepto solvendo (rectius)*: una intimación al deudor efectuada mediante, el órgano jurisdiccional, para actuar —en vía preventiva— el crédito reclamado, sin recurrir *necesariamente*, a una intervención *manus militari* del patrimonio del deudor.

Es claro, que el *precepto* ordena el cumplimiento previo con el fin de evitar la ejecución forzada. En nuestro sistema no encontramos expresa la denominación, más bien se reconoce a través de la jurisprudencia<sup>(11)</sup>.

En otras palabras, la orden de ejecución se realiza de manera *ex abrupta* para que el deudor —suponemos—, no tenga posibilidad de "manipular" su patrimonio en perjuicio del acreedor ya que podría disponer de sus bienes: enajenándolos, donándolos u ocultándolos de alguna otra manera (sobre todo tratándose de muebles), burlando así el crédito del ejecutante. De ahí esa concurrencia del despacho de la ejecución y el decreto de embargo, resolución que contiene además, la comunicación para la fase de oposición mediante la interposición de *excepciones ex* artículo 441 c.p.c. que para el ejecutivo común serán las mismas alegables en el proceso ordinario sea aquellas *perentorias* (pago, compensación, prescripción, cosa juzgada, transacción, etc., art. 224 c.p.c.) sean de *forma*: incompetencia, falta de legitimación *ad agere* del actor, del abogado del actor y la litispendencia (art. 214 c.p.c.).

Se trata así de un procedimiento que da inicio a su dinámica con una intimación al deudor para que se oponga directamente a la ejecución dentro de un breve plazo: cinco días (art. 439). Este mecanismo da lugar a la fase sucesiva que podemos considerar como una *cognición "rudimentaria"*<sup>(12)</sup> ya que se realiza dentro de un arco muy corto de tiempo como hemos señalado

(11) Ver, Trib. Sup. Civ., No. 973 de 9:15 hrs., 7-11-1975, ejecutivo de "M. y T." c/ "T.S.A."; Trib. Sup. Civ., No. 877 de 16 hrs., 9-10-1975, ejecutivo de "H.S.C.A.S.A." c/ "P.S.A.". Es interesante observar como no se da exactamente una definición de la prevención pero se deduce del contenido de la resolución, en especial, de la primera resolución. Veamos: "No puede decirse que la parte demandada se dio por notificada del *auto de precepto solvendo*, desde el momento en que se presentó a estrados judiciales con un memorial haciéndose sabedor de ese auto ya que se le debió haber notificado del mismo personalmente o en su casa de habitación por tratarse de una resolución de las que llaman a juicio y si bien la parte se presentó a estrados lo hizo movido por una información que le llegó del Banco y no por la notificación que nunca se le hizo.

(12) MONTESANO (L), "Luci e ombre in leggi e proposte di 'tutela differenziate', nei processi civili", *Riv. Dir. Proc.*, 1979 No. 4, p. 595.



pero que constituye una etapa de *cognición especial* si vemos que la oportunidad que se confiere a las partes de proponer excepciones y sus respectivas pruebas. Claro está, se trata de evitar amplias discusiones porque ello iría contra el espíritu de la técnica procesal aplicada al juicio ejecutivo que debe caracterizarse por su condición sumaria especial para satisfacer al titular del título ejecutivo en el menor tiempo posible.

Ahora bien, contemplando la figura en cuestión, podemos afirmar que estamos ante una controversia dotada de los instrumentos básicos para garantizar un debido proceso puesto que como se indicó, el demandado a igual que el actor, oponen sus excepciones.

Por otro lado, debemos señalar que la aparición del juicio ejecutivo debe encontrar sus raíces en la formación del Derecho Comercial<sup>(13)</sup> y precisamente su función va dirigida a la tutela de una posición de derecho sustancial que por su relevancia en el campo económico, amerita de una fácil y eficaz acción por parte de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, un análisis más detenido de esa estructura procedimental en nuestro medio; permitirá determinar que en ella se da una suerte de "mutilación" de las garantías procesales del *debido proceso*, al efectuarse una omisión aún cuando parcial, de la igualdad procesal, entendida como la "paridad de armas" que redundaría en una potencial desventaja para la parte llamada a juicio (ejecutado).

El punto adquiere mayor trascendencia si lo enfocamos desde la óptica constitucional, específicamente al establecerse en la Carta Magna el derecho de "ser oído y convencido en juicio" (art. 39 c.p.). Sea el ya muy conocido *principio del contradictorio*<sup>(14)</sup>.

Ciertamente, dentro del esquema analizado para el proceso ejecutivo costarricense, las cosas parecen encontrarse en orden puesto que al ejecutado se le concede el derecho a oponerse a la ejecución, pero si pensamos en el momento y la forma en que se confiere esa facultad todo tiende a indicar que dada la "peligrosidad" del deudor, el modelo procesal está orientado a impedir cualquier acción eventual que realice éste para perjudicar el derecho del acreedor, tutela que conlleva evidentemente, una protección casi exclusiva para el acreedor.

(13) KOZOLCHYK (B) TORREALBA (O), *Curso de Derecho Mercantil*, San José, 1983, pp. 32-33.

(14) LUISO, (F.P.), *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza*, Milano 1981, p. 16. Cita el autor además, otros importantes estudiosos de los cuales daremos noticia, en páginas posteriores. Señala el concepto de acuerdo a la doctrina más reciente que lo considera como *participación paritaria* para influir en el proveído que se va a emanar.

### *La garantía del principio del contradictorio en el proceso ejecutivo:*

Ya señalamos el artículo 39 de la Constitución Política Costarricense como aquel que consagra la obligatoriedad de los órganos jurisdiccionales, de oír a las partes antes de emitir sus pronunciamientos. En otras palabras, el respeto al principio del contradictorio que se ha definido como una *paritaria participación*, en la fase de debate entre quienes recibirán los efectos de proveído final<sup>(15)</sup> de modo tal que con ello influirán o contribuirán además en la formación del criterio del órgano jurisdiccional<sup>(16)</sup>. Es así como el contradictorio constituye la forma de actuar el derecho de defensa universalmente aceptado en función del carácter democrático que es connatural al proceso moderno, al darse un debate con igualdad de armas.

Expresado en el adagio latino *audiatur et altera pars*, el principio del contradictorio, viene a ser hoy en día, el pilar básico del debido proceso ya que es la oportunidad de *decir y contradecir*, de *oír y ser oído*, de *convencer y ser convencido*.

Para el caso que nos ocupa, la interrogante que nos hemos planteado acerca del respeto de esta importante garantía, creemos que en el mismo, la oportunidad del deudor para ejercer su defensa queda postergada a un momento procesal en que las medidas más serias ya han sido tomadas, pues el juez ya ha ordenado el embargo por la suma cobrada y un 50% adicional para intereses y costas (art. 437 c.p.c.), no ofreciéndosele mecanismo alguno para evitarlas por lo que podríamos concluir que la primera fase del proceso, se celebra de forma *unilateral*. (*rectius: inaudita altera parte: actor-juez*). Dijimos antes que ello obedece a una presunción de "peligrosidad" que se tiene sobre el deudor y en particular en nuestro medio, donde es común burlar al acreedor mediante maniobras de traspasos y demás negocios simulados. No obstante creemos que no es esa la forma de atacar esta predisposición del deudor costarricense en algunos casos. En el proceso ejecutivo como bien lo señaló Carnelutti, es tan preciosa la participación de

(15) FAZZALARI (E), *Istituzioni di diritto processuale*, Padova 1986, Siguiendo esta posición, LUISO (F.P.) op. cit. p. 6.

(16) FAZZALARI (E), Idem. También de FAZZALARI, "Proceso (Teoría general)" en *Novissimo Digesto Italiano*, T.XII, Turín, 1968. Versión en español del profesor Walter Antillón en Antología para el curso de Teoría General del Proceso, Universidad de Costa Rica, 1989.

la contraria a la acción como en el proceso de cognición<sup>(17)</sup> ya que el deudor no debe ser considerado únicamente como parte en sentido sustancial sino también en sentido procesal. De ahí que no es justificable sacrificar tan relevante garantía si existen otros medios para proteger al acreedor de la maniobra del deudor. Podríamos pensar que nuestro proceso ejecutivo lleva en sí la condición de oportunidad de *oír y ser escuchado*, cuando el artículo 439 y ss. del c.p.c., autoriza una fase de oposición en donde como dijimos, se pueden formular todas las excepciones acordadas para el ordinario (art. 441 c.p.c.) pero que esa garantía se desplaza al momento en que ya el deudor ha sido "embargado" aún cuando solo exista el decreto de embargo (art. 453 c.p.c.). Para el momento anterior no es prevenido de ahí que el citado principio se rompe o debilita. Por otro lado creemos, que la advertencia acerca del embargo con despacho de la ejecución desnaturaliza la figura original del proceso ejecutivo además de restarle agilidad. Lo propio sería que el deudor tenga ante el órgano jurisdiccional, la oportunidad de hacer efectivo el título con la oportunidad de evitar que se celebre la ejecución. La presunta peligrosidad del acreedor puede resolverse creando la nulidad de los actos de disposición que el deudor efectúe una vez prevenido. Nulidad que operará de *pleno derecho*: sin que se requiera de otro trámite para declararla más que el hecho de perpetrarla dentro del plazo preclusivo. La propuesta puede despertar dudas y posiciones negativas pero si nos proyectamos a nuestros antepasados, comprobaremos que la prevención de marras, se daba como parte natural de este tipo de procedimiento. Aunque repetimos todavía hoy nuestro, sistema da lugar a una posibilidad de contradictorio, aún cuando parcial, desde el punto de vista procesal y justo. En el Código General de Carrillo se trataba con mayor sentido práctico y en su Capítulo IV al referirse al juicio ejecutivo nos señala en el artículo 427 y ss. que el ejecutante deberá demandar pidiendo el cumplimiento de la obligación. Acto seguido (art. 427) y comprobada la legitimación del demandante, ordenará se cumpla con la obligación dentro de tres días con apercibimiento del embargo, costas y prisión si así se ha

(17) TARZIA (G), "Il contraddittorio nel processo esecutivo", *Riv. dir. proc.*, 1978, No. 2, pp. 199 ss., el autor contrapone la posición de CARNELUTTI, *Lezioni di diritto proc. civ., Processo di esecuzione*, I, Padova 1969, No. 32 (426) pp. 64-66 a aquella de SATTA, *L'esecuzione forzata*, Milano 1937, pp. 99-101, quien sostiene que el proceso ejecutivo debe realizarse *inaudita altera parte* pues el contradictorio en él es innecesario ya que tiene carácter unilateral por tratarse de una acción inmediata en el patrimonio del deudor quien es un mero sujeto pasivo de la ejecución al ser portador de un interés económico y no ser parte de un conflicto jurídico.

pedido en la demanda. El 428 señala que vencido ese plazo, y si el reo (demandado) no cumplió lo mandado, el juez a petición del actor, ordenará decretar el embargo y la prisión.

Por su lado, en la legislación extranjera tenemos por una parte, el Código de Procedimientos Civiles Italianos de 1942 que señala en su artículo 480, el *precepto* como una intimación al deudor para que se cumpla la obligación que resulta del título ejecutivo dentro de diez días, caso de no cumplirse lo mandado, se procederá a la ejecución forzada. El 481, establece que el *precepto* no satisfecho, caducará a los noventa días de notificado, si no se inicia la ejecución<sup>(18)</sup>. Por otro lado, para citar un caso más encontramos el Código Procesal Civil Austríaco que encuadra la figura dentro del *procedimiento por mandato*. El artículo 548 lo define como procedimiento que se da en virtud de una petición producida para hacer valer un crédito en dinero o de *otras cosas* fungibles en el que el actor puede hacer la propuesta para que se dicte contra el demandado, un precepto de pago (mandato) en relación a los hechos en que se fundamenta la pretensión principal del actor y los accesorios sean probados mediante documentos que deben ser originales.

En el artículo 550 pfo. 2 señala que en el precepto de pago se deberá advertir que el demandado debe satisfacer dentro de 14 días desde la intimación del precepto de pago, caso contrario, se celebrará la ejecución.

Con estas breves pero valiosas referencias, podemos concluir que no es un absurdo hablar de una fase de *defensa preventiva* para el deudor en el juicio ejecutivo ya que ello no solo viene a plantear la posibilidad de un pago forzado —pero espontáneo, aunque parezca contradictorio— del capital adeudado prescindiendo del trámite "ordinario" del mismo, así como sin entorpecer la prontitud en la administración de justicia. Así se ofrecen todas las garantías a ambas partes, además de que el acreedor, siempre conservará la alternativa de continuar con el trámite "ordinario" del ejecutivo. Es evidente, que estaríamos en presencia de un procedimiento ampliado en relación al que hoy nos rige pero que podría ofrecer la oportunidad de una cancelación del capital cobrado más rápido (dada la presión que comúnmente ejerce un conflicto judicial sobre el obligado) y la virtual extinción de la fase posterior del mismo lo cual se traduciría en una mayor celeridad y justicia. Por su lado, la experiencia cotidiana da muestras de la eficacia de un sistema de requerimiento de pago. Es de todos sabido que los Bancos Comerciales del país constantemente, realizan tales requerimientos

(18) Un amplio estudio de la temática en SATTA (S), *L'esecuzione forzata*, Torino 1963, pp. 59 ss.

al enviar notas de cobro preventivo en que se propone el pago antes de iniciar el cobro judicial. Este requerimiento produce una reacción inmediata del deudor que en la mayoría de los casos, lo induce a cumplir con la obligación a entrar en un arreglo de pago, salvando así el trámite judicial y sus consecuencias patrimoniales. Una muestra nos puede servir de ilustración y es la citada jurisprudencia del T.S.C.<sup>(19)</sup>, en donde claramente se describe a un deudor que atemorizado por el memorial que le envía una entidad bancaria, comparece presuroso a los estrados judiciales.

Es claro también, que no se trata aquí de promover una actuación oficiosa del órgano jurisdiccional pues es obvio que ello violaría el principio de la demanda inherente también a todo proceso jurisdiccional, por cuanto el órgano jurisdiccional no puede intervenir si no por promoción de parte: (*nemo iudex sine actione agit*), (art. 8 L.O.P.J.) más bien estamos pensando en un "requerimiento judicial" de los previstos por la Ley sea, aquellos que reclama un actor.

Un vestigio o semejanza de este sistema lo podemos encontrar en el actual proceso ejecutivo costarricense (art. 428). Aquí se habla de un plazo que el juez dará para el caso del reclamo en la vía ejecutiva común, de una obligación estipulada en especies que se cuentan o miden con efectos de comercio. El mismo artículo señala que caso de no reintegrarse tales especies o efectos de comercio, se procederá a reducir las a dinero y a despachar la ejecución.

Se trataría pues de rescatar un procedimiento que permitiría al deudor y al acreedor una alternativa más, sin el riesgo de maniobras, dada la intrínseca nulidad con que se gravarían las mismas (*rectius*: nulidad formal) a fin de dotar el sistema de un total respeto por el principio del *debido proceso* y evitar -tal vez- las funestas consecuencias de una ejecución forzosa del patrimonio del deudor sin menoscabo a su vez, del interés del acreedor.

(19) Ver nota 10 *retro*. También CALAMANDREI (P), *Estudios sobre el proceso civil*, "El proceso como juego", Buenos Aires, 1961, pp. 259 ss. El enfoque dado por el A. resulta sumamente interesante por cuanto nos pone a pensar en el fenómeno psicológico que desencadena el proceso desde diferentes ángulos entre ellos el de servir como instrumento preventivo para compeler al cumplimiento de un deber jurídico.

## CONCLUSIONES

Esperamos que nuestra posición aún cuando un poco atrevida, haya sido captada por el lector toda vez que ya ubicados dentro de esquemas tan arraigados como es el que nos rige en cuanto al carácter altamente rígido para el proceso ejecutivo simple o común, es difícil concebir otras alternativas tendientes a ampliar las posibilidades del deudor dentro del mismo.

Nuestro propósito ha sido únicamente aquel de cuestionar un poco la existencia o no del principio del contradictorio en el proceso ejecutivo toda vez que dada la evolución que ha determinado el modelo procesal con que hoy contamos, pareciera que ha restringido tal principio en aras de otorgar mayores garantías al acreedor y partiendo de una posición de aparente temor por parte del legislador: temor que muy posiblemente, derive de las "tribulaciones" vividas por algunos acreedores que con el sistema anterior, se vieron afectados con maniobras de mala fe por parte del deudor.

Sin desconocer ese carácter podríamos decir "muy costarricense", creemos que el principio del contradictorio no debe sacrificarse sin antes buscar una solución que en cierto modo concilie intereses entre las partes involucradas y el respeto al mismo. De ahí que hablemos en este trabajo de la restitución del llamado *auto de precepto solvendo*, ya que hoy el Código de Procedimientos Civiles lo omite en su verdadero sentido, sea: como una prevención de pago antes de despachar la ejecución a fin de que se abra una oportunidad más para que el deudor pueda cumplir sin llevar a cabo el resto del trámite del proceso ejecutivo y desde luego sin perjuicio de que ante el incumplimiento, se despache la ejecución de inmediato, pero advirtiéndose que cualquier acto de disposición del patrimonio dentro del plazo conferido será nulo.

Tal propuesta se hace en aras de un mejoramiento de los procedimientos que permita una virtual economía procesal y perjuicios innecesarios en el patrimonio del deudor así como una ventaja para el acreedor en caso de que el deudor cancelara dentro del plazo conferido.

## BIBLIOGRAFIA

- CALAMANDREI (P). "El proceso como juego" en *Estudios sobre el Proceso Civil*, Buenos Aires, 1961.
- CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale Civile*. Processo di esecuzione, I, Padova 1969, No. 32.
- FAZZALARI (E), *Istituzioni di Diritto Processuale*, Padova, 1986.

FAZZALARI (E), "Proceso" (Teoría General) en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIII, Torino, 1968. Versión en español del Prof. Walter Antillón, pp. 1 a 6 en Antología de Teoría General del Proceso, Universidad de Costa Rica, 1989.

KOZOLCHYK (B), TORREALBA (O), *Curso de Derecho Mercantil*, San José, 1983.

LUISO (F.P.), *Principio del contraddittorio e efficacia della sentenza*, Milano, 1981.

SATTA (S), *Diritto Processuale Civile*, Padova 1973. MONTESANO (L), "Luci e ombre in leggi e proposte di" tutela differenziata, "nei processi civile", *Riv. Dir. Proc.*, 1979, No. 4.

SATTA (S), *L'esecuzione forzata*, Milano 1937.

SATTA (S), *L'esecuzione forzata*, Torino, 1963.

TARZIA (G), "II contraddittorio nel processo esecutivo", *Riv. Dir. Proc.*, 1978, No. 2.

#### CODIGOS Y LEYES

Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica.

Código Penal de Costa Rica.

Código de Procedimientos Civiles Austríaco.

Ley Orgánica del Poder Judicial.

Proyecto de Código Procesal Civil de 1983. Costa Rica.

#### OTROS DOCUMENTOS

Informes de la Oficina de Estadística de la Corte Suprema de Justicia de los años 1987-1988.

#### JURISPRUDENCIA:

Resolución del Tribunal Superior Civil, No. 556 de las 10:00 hrs. del 8 de julio de 1975.

Tribunal Superior Civil, No. 647, 9 hrs. del 14 de agosto de 1975.

Tribunal Superior Civil, No. 607, 16:30 hrs. del 11 de agosto de 1973.

Tribunal Superior Civil, No. 99 de las 15:30 hrs., del 7 de marzo de 1975.

Tribunal Superior Civil, No. 586, 14 hrs. del 6 de setiembre de 1973.

Tribunal Superior Civil (Alajuela), No. 570 de 8:02 hrs., del 7 de mayo de 1974.

Tribunal Superior Civil, No. 675, 14 hrs. del 2 de octubre de 1973.

Tribunal Superior Civil, No. 570 de las 8:02 hrs. del 7 de mayo de 1974.

Tribunal Superior Civil, No. 556 de 10 hrs. del 18 de julio de 1975.

Tribunal Superior Civil (Alajuela), No. 570 de 8:02 hrs. del 7 de mayo de 1974.

Tribunal Superior Civil, No. 830 de 15:30 hrs. del 30 de noviembre de 1973.

Tribunal Superior Civil, No. 973 de 9:15 hrs. del 7 de noviembre de 1975.

Tribunal Superior Civil, No. 877 de 16 hrs. del 9 de noviembre de 1975.

### LA DESPENALIZACION DE LA USURPACION AGRARIA

Lic. Juan Diego Castro Fernández  
Abogado Costarricense

*"Hablar de descriminalización es poner en juego una consideración analítica, profunda y global del sistema penal, esto es, de su utilidad, de su capacidad, de sus fines y de sus funciones".*

Lolita Aniyar de Castro

Como forma de sanción penal, la pena de prisión y la multa, en el sistema penal, son instrumentos de control social que buscan modificar el comportamiento del individuo en el momento de cometer el delito.

En el presente artículo se abordará la despenalización de la usurpación agraria, considerando los aspectos de política criminal y de derecho penal.

El sistema penal es un instrumento de control social que busca modificar el comportamiento del individuo en el momento de cometer el delito. La despenalización de la usurpación agraria es una medida que busca reducir la carga del sistema penal y promover la justicia social.

La despenalización de la usurpación agraria es una medida que busca reducir la carga del sistema penal y promover la justicia social.

Como resultado de la despenalización de la usurpación agraria, se espera que se reduzca la carga del sistema penal y se promueva la justicia social.

Por lo tanto, la despenalización de la usurpación agraria es una medida que busca reducir la carga del sistema penal y promover la justicia social.

### LA REALIDAD CENTROAMERICANA

El sistema penal en Centroamérica es un instrumento de control social que busca modificar el comportamiento del individuo en el momento de cometer el delito.

El sistema penal en Centroamérica es un instrumento de control social que busca modificar el comportamiento del individuo en el momento de cometer el delito.

## I.— INTRODUCCION

Costa Rica, es un país eminentemente agrícola, y sus principales productos de exportación son el café y el banano. Las mayores latifundistas del país son las compañías bananeras norteamericanas.

En el presente artículo hacemos reflexiones sobre la “despenalización, fenómeno jurídico que sin lugar a dudas es el más claro y definitivo indicador de la evolución del derecho penal en nuestro país.

El desenvolvimiento de nuestra República, lo debemos sin lugar a dudas, a los liberales que jugaron un importante papel en esa etapa histórica acentado las fuertes bases de la democracia. Y porque no decirlo, se lo debemos a los grandes juristas liberales que fundaron el ser mismo de nuestra institucionalidad, con el Dr. José María Castro Madriz a la cabeza. Pero la situación de hoy día requiere de soluciones democráticas modernas, que representen el desarrollo lógico y libre de nuestro sistema político.

En este momento de transición, el Derecho puede jugar un vital papel, si se sintoniza con el progreso social que la coyuntura histórica exige.

Concretamente, el Derecho penal para continuar su evolución al ritmo que la situación requiere, ha de resolver muchas importantes situaciones, de las que hemos escogido “LA USURPACION AGRARIA”, para analizarla ahora.

Hoy día que el desempleo y la miseria aparecen como problemas insolubles, y constituyen el principal factor criminógeno en Costa Rica, sostenemos con DENIS SZABO, que: “Con mucha frecuencia, la ausencia de empleo estable es el empujoncito que pone en marcha una carrera criminal”<sup>(1)</sup>, y siendo el sector agrícola el más importante de la economía nacional, la reforma agraria es tarea primordial de nuestro Estado, por lo que la despenalización de la usurpación agraria se debe concretar.—

## II. LA REALIDAD CENTROAMERICANA

Centroamérica está en llamas. En este conflicto que cuesta tanta sangre a nuestros PUEBLOS HERMANOS, Costa Rica lucha con decisión por

(1) DENIS SZABO, CRIMINOLOGIA Y POLITA EN MATERIA CRIMINAL. Siglo XXI Editores, México, 1980, pág. 217.

fortalecer y desarrollar su democracia y por mantener la abolición del ejército (Artículo 12 de nuestra Constitución).

Quizá hablar de libertad, de democracia o de derecho a la vida, hoy día en Centroamérica sea subversivo. En este contexto el triunfo de la democracia. Es poco viable. Resulta absurdo pensar en algún desarrollo del derecho penal o de la criminología, en donde la más cruel represión está a la orden del día.

Centenares de centroamericanos han sido condenados a muerte por tribunales especiales y secretos, así como centenares de ciudadanos son asesinados por los grupos paramilitares. Comunidades indígenas han sido exterminadas por las fuerzas genocidas. Poblados enteros han sido borrados del mapa.

Ante este panorama: ¿Qué clase de criminología se puede hacer?, ¿Quiénes son los verdaderos criminales?

La crisis centroamericana ha llegado a un punto en donde la violencia es tal que se convierte en antídoto de sí misma.

Pero en Costa Rica la violencia, suponemos, no llegará al genocidio jamás. La violencia es otra. Es la violencia con que la crisis económica golpea cruelmente a los sectores trabajadores, con el real empobrecimiento, con el desempleo, con el hambre, con la miseria. La crisis económica y social ha provocado temblores tan fuertes en la estructura política que gracias a nuestra trayectoria democrática, no se ha derrumbado como se derrumba en un terremoto sangriento en Centroamérica. Pero las grietas que van quedando producto del constante y creciente sismo de la crisis van tomando proporciones peligrosas, agravadas ahora por las posiciones militaristas de algunos altos funcionarios del actual gobierno.

### III.- LA CRISIS Y LA CRIMINALIDAD

Entre esas grietas que deja la crisis en nuestra sociedad, la de la delincuencia crece y se profundiza aceleradamente. La delincuencia ha alcanzado niveles insospechados hace pocos años. El desempleo y la miseria, indudablemente han incrementado la ola de delitos contra la propiedad, fundamentalmente. Y estos hechos provocan reacciones no solo en la esfera propiamente represiva del Estado, sino que también en toda su estructura. (Legislativa, administrativa y judicial).

Se ha informado recientemente que las denuncias por delitos contra la propiedad, puestas en conocimiento del "Organismo de Investigación Judicial" el año pasado sobrepasaron las noventa mil, logrando esclarecerse en insignificante proporción.

Esta dinámica situación social provoca necesariamente cambios en lo criminológico y en lo jurídico penal.

### IV.- LA DESPENALIZACION DE 1970

El quince de noviembre de 1970 se produjo una despenalización de gran importancia al entrar en vigencia el actual Código Penal.

El Código Penal anteriormente vigente, del 30 de agosto de 1941, en su artículo 54 establecía que la pena de prisión se extiende de un mes a treinta años. El Código actual en su artículo 51 establece veinticinco años como límite máximo de la pena de prisión. Esta disminución en las penas operó también al promulgarse el nuevo Código. El de 1941 castigaba el hurto simple con prisión de tres a siete años, si lo hurtado valía más de cinco mil colones. La pena era de cuatro a nueve años si el hecho constituyere merodeo, por ser la cosa hurtada producto agrícola o enseres de finca (artículos 266 y 267).

### V.- LA DESPENALIZACION DE 1982

A nivel legislativo, aunque con la lentitud del caso, porque evidentemente resultaba costosísimo y ridículo, que se hicieran juicios ante Tribunal Superior Penal por el hurto de unos ayotes o de una gallina, se produjo una despenalización de los hurtos de objetos de un valor inferior a los mil colones, bajando la pena de "un mes a tres años de prisión" a "tres a treinta días multa". Así como también el hurto de cabezas de ganado mayor o menor, aves de corral, frutos, productos o elementos que se encuentran en uso para la explotación agropecuaria, cuyo valor no excede de cinco mil colones, las penas se bajaron de "uno a diez años" a "tres meses a tres años".

Esta reforma de nuestro Código Penal se produjo en marzo de 1982, significó un necesario ajuste a la situación monetaria del país en primer lugar y también a la necesidad de evitar elevados e innecesarios gastos en juicios por motivos ridículos. La despenalización en nuestro país ha de operarse a nivel legislativo estrictamente, y esta reforma del Código Penal fue la última despenalización ocurrida.

### VI.- LA DESPENALIZACION SEÑALA EL DESARROLLO DEL DERECHO PENAL

Pareciera que la inflación económica tratándose fundamentalmente de delitos contra la propiedad, provoca también su semejante en la política

punitiva. Hoy día el hurto de una cosa que valga menos de mil colones es una mera contravención, pero el hurto de esa misma cosa hace diez años o hace veinte años con ese valor, era un grave delito.

La "Despenalización" y la "descriminalización" son los más claros parámetros para medir el desarrollo del derecho penal desde el punto de vista criminológico en un determinado país.

Precisamente la evolución de la sociedad tiende al desarrollo pleno o individual del ser humano. La evolución del derecho penal se aprecia en la proporción en que las penas se disminuyen. El criterio de que aumentando las penas se frena la delincuencia es un mito quebrado. Las causas de la delincuencia están en la sociedad misma; no en el Derecho.

El ritmo del desarrollo social y político de una República Democrática irá marcado también por una despenalización y una baja en la criminalidad.

Que la delincuencia no se combate con represión, sino con bienestar para el pueblo, con una justa distribución de la riqueza, es criterio generalizado entre los criminólogos.

El Derecho Penal, como el Derecho en general, está íntimamente ligado al desarrollo político de la sociedad. En una sociedad clasista, el derecho y concretamente el Derecho Penal juega el rol asignado por la clase en el poder en protección de sus intereses.

Que mayor despenalización que la abolición de la pena de muerte, de la que en 1983 celebramos su centenario. Indudablemente este hecho trascendental es uno de los grandes avances del Derecho Penal Costarricense. Ya en marzo de 1987, escribía LORENZO MONTUFAR: "Por todo esto la Constitución Costarricense contiene estas palabras que tanto honran a los ciudadanos que las consiguieron: LA VIDA HUMANA ES INVIOLABLE EN COSTA RICA. Si el terror no está ni en la naturaleza ni en el principio del sistema republicano no lo empleamos como un medio de gobierno. Se dice que no hay peligro de que la pena de muerte infiera males irreparables, porque los jueces deben siempre juzgar bien. Es verdad, pero muchas veces juzgan mal. La América Central nos presenta sentencias de muerte dictadas con fechas atrasadas por jueces letrados para salvar a jefes que habían cometido fríos asesinatos. La América Central nos presenta jueces también letrados que aplicaron una ley de Partida derogada por los Códigos Modernos para poder imponer la muerte a reos de un delito frustrado".

A nadie se le ocurriría negar, que es un incuestionable avance de nuestro Derecho Penal Democrático, la "descriminalización" del adulterio que castigaba en su artículo 564 (parte segunda, Materia Penal). El Código General del Estado de 1841, estableciendo que: "La mujer que cometa adulterio, perderá todos los derechos de la Sociedad Conyugal y sufrirá una reclusión por el tiempo que quiera el marido, con tal que no pase de seis años. El cómplice en el adulterio sufrirá igual tiempo de reclusión que la mujer, y

será desterrada del pueblo mientras viva el marido, a no ser que éste consienta lo contrario".

En estos momentos de crisis, de inminente transformación, en vez de retroceder en nuestro sistema político jurídico, es tarea de quienes creemos firmemente en la democracia, luchar por el avance y oponernos al retroceso, impulsando el desarrollo del Derecho Penal, despenalizando conductas que en verdad no son crímenes, sino todo lo contrario, como en el caso de la usurpación agraria que adelante desarrollaremos.

## VII.- LA DESPENALIZACION DE LA "USURPACION AGRARIA"

Costa Rica es un país cuya economía depende fundamentalmente de la agricultura. Nuestras exportaciones en más de la mitad corresponden al café. Y la restante mitad a bananos, azúcar, carne y otros productos agropecuarios y en menor importancia algunos productos industriales. Nuestro pueblo es un pueblo agricultor. Pero la situación político-económica ha concentrado la propiedad de la tierra en muy pocas manos, y en gran parte en manos de compañías transnacionales.

El latifundio acapara tierras productivas que permanecen ociosas. Las empresas extranjeras varían del cultivo del banano al de la palma africana, provocando desempleo en las zonas bananeras. Miles de obreros costarricenses caen súbitamente en la miseria, llegando el hambre a sus familias.

Ante este panorama agrario, el Estado ha intentado echar a andar un plan de reforma a través del Instituto de Desarrollo Agrario, pero el conflicto social es de tal magnitud, que el dinero nunca ha alcanzado para solucionarlo e indemnizar a los propietarios de los latifundios.

Entonces, que es lo que pasa: La tierra ociosa es invadida por campesinos "precaristas" que desean trabajarla para producir y llevarles el sustento a sus familias. Se da la invasión y los agricultores sin tierra son denunciados penalmente como usurpadores. Los agricultores eran encarcelados.

## VIII.- NUESTRO DERECHO POSITIVO

El Código Penal establece en su artículo doscientos veinticinco que:

"SE IMPONDRÁ PRISION DE SEIS MESES A TRES AÑOS":

1. Al que por violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza o clandestinidad, despojase a otro, total o parcialmente de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido



sobre el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él expulsando a los ocupantes.

2. Al que para apoderarse de todo o parte de un inmueble, alterase los términos o límites del mismo, y
3. Al que, con violencia o amenazas turbase la posesión o tenencia de un inmueble.

Por otra parte el artículo noventa y dos de la ley del Instituto de Desarrollo Agrario, dispone que: "El Instituto es el organismo facultado para intervenir en todos los casos de posesión precaria de tierras, y procurará encontrarles solución satisfactoria, de acuerdo con las disposiciones establecidas por esta ley".

Para efectos de esta Ley se entenderá que es poseedor en precario todo aquel que por necesidad realice actos de posesión estables y efectivos, como dueño en forma pacífica, pública e ininterrumpida, por más de un año y con el propósito de ponerlo en condiciones de producción para su subsistencia o la de su familia, sobre un terreno debidamente inscrito a nombre de un tercero en el Registro Público".

Por otra parte nuestra Constitución Política establece:

"ARTICULO 45: La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la Ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente, se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.

Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social".

Además dispone nuestra Carta Magna:

"ARTICULO 50. El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza".

Las normas precitadas nos presentan un marco jurídico adecuado para resolver este conflicto, sacándolo de la esfera del Derecho Penal. Lo lógico y

lo legal en estos casos de "usurpación agraria" es que la intervención de los órganos jurisdiccionales penales no actúen o intervengan hasta tanto el "conflicto" haya sido resuelto por el Instituto de Desarrollo Agrario. Esto no quiere decir, que va a existir una sanción administrativa semejante a la del Derecho Penal, puesto que la despenalización no es sacar del ámbito del Derecho Penal la figura de la "usurpación", sino dejarla sin sanción la "Usurpación Agraria".

Sin embargo la realidad judicial era otra. Repetidas veces las cárceles de las regiones con problemas agrarios, se vieron repletas de agricultores detenidos y acusados de usurpación.

## IX. EL BIEN JURIDICO TUTELADO: PROPIEDAD O PRODUCCION

La discusión nos lleva a plantear cuál debe ser el bien jurídico tutelado, si la producción o la propiedad. Al chocar estos conceptos jurídicos en lo atinente a la usurpación de inmuebles rurales, creemos que bajo ningún criterio el agricultor precarista es un delincuente, todo lo contrario es un pequeño productor, como los clientes de miles de nuestro país, que en un Estado de Derecho, merece todo el respaldo del ordenamiento jurídico para que continúe produciendo. Claro, que esta aparente contradicción entre "propiedad y producción", nos lleva necesariamente a replantear la definición moderna y democrática de propiedad, que sea acorde con nuestra realidad socio-económica, que exige una producción plena y el aprovechamiento racional de nuestros recursos, adoptando una posición frente a los que los acaparan y desperdician!

## X. DESPENALIZACION TACITA Y EXPRESA

Con respecto a la "usurpación agraria" se ha dado una despenalización tácita, con las normas apuntadas y más aún con la entrada en vigencia de la Ley de la Jurisdicción Agraria.

Sin embargo se hace necesaria una despenalización expresa, excluyendo a la "Usurpación Agraria" en la que un precarista es el imputado, del tipo previsto por el artículo doscientos veinticinco del Código Penal. Sugerimos como propuesta de lege ferenda que se agregue a dicha norma: "En todo caso de usurpación agraria debe solicitarse pronunciamiento al Instituto de Desarrollo Agrario, quedando exento de pena el poseedor en precario."

“DEBE observarse con el mayor escrúpulo que no altere el debido equilibrio proporcional entre la gravedad del evento típico y la reacción estatal: a nivel legislativo, la punibilidad debe establecerse tomando en consideración, básicamente, el valor del bien que se protege”<sup>(2)</sup>.

Pero muy bien, si nosotros consideramos que se debe despenalizar la usurpación agraria, ha de criminalizarse el acaparamiento y no uso adecuado de tierras productivas.

“Imposible olvidarse que, paralelamente a la función de descriminalización, es necesaria la de criminalización, en cuanto a aquellas conductas que, hasta ahora, no obstante su dañosidad social permanecen al margen de los Códigos Penales”<sup>(3)</sup>.

## XI. LA CRIMINALIZACION DEL ACAPARAMIENTO DE TIERRAS OCIOSAS

Nuestro país subdesarrollado y fundamentalmente agrícola, atravesando, como lo aseguran los ostentadores del poder actualmente, la peor crisis económica de su historia, quienes asimismo plantean como única salida el incremento de la producción, utilizando al máximo nuestros recursos. Entonces debería penalizarse el acaparamiento y desperdicio de los medios de producción, y en primer lugar el de la tierra.

En una República democrática como la nuestra, el Derecho impera, y es mediante el Derecho que deben operarse entonces las transformaciones propias del desarrollo social y económico. Dentro de la legalidad, el Derecho Penal podría jugar, como factor de desarrollo, un rol importante, en la medida en que proteja bienes jurídicos propios del mismo desarrollo. En este sentido ha de precisarse si en la usurpación agraria el bien jurídico tutelado (como en realidad lo es) es la propiedad privada (en el sentido civil francés del siglo pasado), o es la producción.

Esta aparente contradicción entre disposiciones constitucionales, como arriba lo anotábamos, entre los artículos cuarenta y cinco y cincuenta de la Carta Magna, incide en nuestra legislación, y específicamente en la legislación penal relativa a la usurpación agraria.

(2) DE LA BARRERA SOLORZANO, LUIS. EVOLUCION E INFLACION PUNITIVA. REUNION PREPARATORIA AL IX CONGRESO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA. Mineógrafo. Panamá, 27 de agosto de 1982. pág. 4.

(3) IDEM., pág. 13.

Propugnamos entonces por la despenalización ya no solo tácita de esta figura, para que deje ser “usurpación” y se convierta en “precarismo” o “posesión precaria”, materia de conocimiento de los Tribunales Agrarios y no de los Tribunales Penales, para que el sembrar la tierra para dar de comer a sus hijos, no sea delito en un país agrícola, como Costa Rica.

Esto nos hace necesariamente pensar asimismo, en la penalización del crimen de acaparamiento y desperdicio de los medios de producción, en este caso de la tierra productiva que conforma grandes latifundios ociosos, mientras a sus alrededores las familias campesinas están en la miseria, y las poderosas compañías ganan plusvalía.

Esto nos lleva a la discusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliamente analizada por la doctrina penal, pero en lo que nos interesa, tratándose de lo que podríamos denominar los “DELITOS CONTRA LA PRODUCCION NACIONAL”, y partiendo del precepto constitucional del artículo cincuenta y tomando en consideración la realidad de nuestro país, la penalización del acaparamiento y desperdicio de tierra productiva, con sanciones de carácter económico que lleguen hasta la misma expropiación, sin lugar a dudas vendría a constituir un importante factor de progreso social y económico.

Recién asumió el mando el gobierno del Presidente Monge, se tomaron una serie de medidas de carácter penal en lo relacionado a las “Divisas”. Nuestra moneda estaba siendo convertida en mercancía de un grupúsculo irresponsable y voraz que con sus malabares especulativos la llevaba aceleradamente a límites espantosos, causando estragos en la economía nacional con su gravísima repercusión social. Se cerraron las casas de cambio y se encarcelaron a los mercaderes criminales de divisas, y sin lugar a dudas todos aplaudimos esa criminalización y consecuente penalización.

El Derecho Penal, como en general todo el Derecho, en estos países subdesarrollados y dependientes, está llamado a jugar un vital papel metamórfico que nos permita, una transformación pacífica de nuestras estructuras hacia una sociedad más justa.

Es utópico considerar que en Costa Rica el Derecho pueda jugar este papel, pero para los extranjeros también resulta extraño observar que en Costa Rica no hay ejército ni guerra civil y que la pena de muerte la abolimos hace más de un siglo. La disyuntiva es una sola, o el DERECHO JUEGA ESE PAPEL FLEXIBLE Y PROGRESISTA, O SE CONVIERTE EN UNA BARRERA ENSANGRENTADA COMO EN CENTROAMERICA, que la presión social termina por derrumbar desde sus profundos cimientos.

Por supuesto que no caeremos en la candoridad de estimar que este cambio en la ideología punitiva se va a operar de la noche a la mañana, será producto de la discusión profunda y toma de conciencia de nuestro “legislador” y de su capacidad para escoger la vía correcta a través del desenvolvi-

miento de nuestro derecho, incluyendo al Derecho Penal, hacia el progreso social.

“La ideología punitiva de una sociedad responde a la ideología dominante de un momento histórico determinado, subordinándose a las leyes del mercado de trabajo, lo cual implica la constatación importante de transformaciones de esa ideología en diferentes instancias históricas y de acuerdo con las necesidades de cada sociedad. En este sentido, la relación entre la ideología punitiva en lo que se refiere concretamente a la llamada “Política Criminal” y la necesidad de creación de la criminología no puede ignorarse.

Al contrario de lo que comúnmente se piensa, sostenemos que la penología no es una ciencia independiente de la criminología, sino que ambas son parte de una totalidad. Por eso no puede afirmarse que el sistema penal de cualquier sociedad sea un fenómeno aislado sujeto a sus propias leyes.

Es parte integral de todo el sistema social y comparte sus aspiraciones y defectos<sup>(4)</sup>.

## XII.- CONCLUSION

La situación de guerra en Centroamérica. La crisis socio-económica de nuestro país, que ha provocado miles de desocupados. Son dos hechos que nos hacen meditar, aun desde el punto de vista criminológica, al notar el incesante aumento de la curva de la criminalidad nacional. La miseria y el hambre ya no son problema de unos pocos costarricenses, la crisis del capitalismo dependiente golpea cruelmente cientos de miles de compatriotas. La delincuencia (especialmente contra la propiedad), es ciertamente una válvula natural de la sociedad, cuando la gran mayoría de sus componentes caen en la miseria.

Las posibilidades son dos: “Encarcelar a todos los que hurtan para comer o hacer efectivo el derecho constitucional al trabajo”, abriendo fuentes de empleo y producción. Nuestra economía es eminentemente agrícola y toda la tierra tiene dueño, pero muchos de esos pocos dueños, mantienen enormes extensiones de terreno ocioso y rodeados por campesinos que no tienen que comer y con voluntad de trabajar y producir riqueza para la nación.

(4) DEL OLMO, ROSA. AMERICA LATINA Y SU CRIMINOLOGIA. SIGLO XXI. EDITORES MEXICO, 1981, pág. 43.

Entonces es donde nos percatamos que el derecho en vez de jugar un papel progresista se convierte en factor de estancamiento social y económico, que solo puede superar evolucionando y convirtiéndose en medio de desarrollo.

Con este pequeño esbozo pretendemos sentar las bases para propugnar por la despenalización de la usurpación agraria y la consiguiente penalización del acaparamiento de tierras ociosas, protegiendo como bien jurídico superior en este aspecto, la producción frente a la propiedad.

La Reforma Agraria es un problema político y no judicial. Se resolverá tarde o temprano en favor de los trabajadores de la tierra, en la contienda política y no en la jurisprudencia.

## ACERCA DE UNA NUEVA LEGISLACION DE AGUAS LAS MEDIDAS SOBRE LA CONSERVACION DE LAS AGUAS

*Ms. Roxana Salazar*

Abogada Costarricense - Master en Derecho Ambiental

La Ley General de Aguas y el Decreto 11.138, de 1997, que modificó el artículo 10 de la Ley General de Aguas, han establecido los límites de la explotación de las aguas subterráneas. A pesar de que las aguas subterráneas son un recurso renovable, no se debe sobre-explotar. Este artículo establece un porcentaje máximo de explotación y establece que el agua subterránea puede provenir de la descarga de agua lluvia o de aguas superficiales, ríos o quebrados, de aguas frías o calientes, o de aguas que al estar ya subterráneas, se han perdido por la acción de un valle que se hundió. Sin embargo, tal explotación con una explotación regular que demuestre una clara violación de las leyes que regulan el uso de las aguas subterráneas puede resultar en la explotación de las aguas de las comunidades campesinas y urbanas que están controladas por las autoridades locales. A pesar de que los recursos y las actividades campesinas que se desarrollan con los recursos de la Ley General de Aguas para el consumo humano, el riego y el agua calienta para el consumo de los animales, así como el agua calienta para el consumo de los animales, así como el agua calienta para el consumo de los animales, así como el agua calienta para el consumo de los animales.

La Ley General de Aguas establece que la explotación de las aguas subterráneas debe ser controlada por las autoridades locales. A pesar de que las aguas subterráneas son un recurso renovable, no se debe sobre-explotar. Este artículo establece un porcentaje máximo de explotación y establece que el agua subterránea puede provenir de la descarga de agua lluvia o de aguas superficiales, ríos o quebrados, de aguas frías o calientes, o de aguas que al estar ya subterráneas, se han perdido por la acción de un valle que se hundió. Sin embargo, tal explotación con una explotación regular que demuestre una clara violación de las leyes que regulan el uso de las aguas subterráneas puede resultar en la explotación de las aguas de las comunidades campesinas y urbanas que están controladas por las autoridades locales. A pesar de que los recursos y las actividades campesinas que se desarrollan con los recursos de la Ley General de Aguas para el consumo humano, el riego y el agua calienta para el consumo de los animales, así como el agua calienta para el consumo de los animales, así como el agua calienta para el consumo de los animales.

### *Contaminación de las aguas. Situación actual*

La Ley General de Salud se refiere en forma muy clara a la contaminación de las aguas. Establece la prohibición de contaminar los abastos de agua. De la misma manera el Código Penal establece sanciones contra los que contaminan el agua. A pesar de ello, las sanciones, tanto administrativas como penales, son inadecuadas e insuficientes, se requiere de todo un nuevo capítulo respecto a esto.

La Ley General de Salud indica cuáles aguas pueden ser objeto de contaminación no permitida superficiales, subterráneas y marítimas. La contaminación también puede provenir de la descarga de residuos o desechos líquidos, sólidos o gaseosos, de aguas negras o cualquier otro tipo de sustancia que altere sus condiciones, la hagan peligrosa para la salud o inservible para el uso. Sin embargo, nos encontramos ante una entristecedora realidad que, demuestra una clara violación de tantos preceptos legales y una falta de interés por resolver el desfase existente. Un análisis, realizado con fines periódicos, de las aguas de 40 comunidades costarricenses revelaron que están contaminadas con desechos fecales. Algunas de las comunidades investigadas consumen agua, que de acuerdo con los parámetros de la OMS, no es apta para el consumo humano. Además el agua está siendo contaminada por medio de los agroquímicos usados en los cultivos, lo que representa una gran peligrosidad para la salud. Especialmente, porque muchas veces esa agua contaminada es usada en la irrigación de los cultivos.

¿Falta normativa para sancionar? Aunque la Ley General de Salud expresamente establece la prohibición de contaminar o deteriorar las cuencas hidrográficas, que sirven los establecimientos de agua para el consumo y uso humano (artículo 277), la normativa no está completa. No se ha establecido con claridad las responsabilidades que a cada usuario del recurso le compete, ni existen tampoco sanciones severas sobre las violaciones en que se incurre. La Ley General de Salud al igual que la ley constitutiva del SNE y del ICAA incluyen normas relacionadas con la protección de las *cuencas hidrográficas* (unidad de planeamiento con que se busca integrar en la estrategia de desarrollo sostenido del recurso), no obstante el recurso está siendo objeto de grandes alteraciones debido a un mal manejo de los otros recursos que integran el concepto de cuenca. Como vemos la normativa una vez más ha cumplido su rol de estar impresa. Incluso la legislación —en exceso también— ha venido a regular partes aisladas del recurso hídrico, y al carecer de un enfoque integral sobre el recurso, ha fraccionado su protección.

La realidad demuestra la existencia de una contaminación incontrolada de las aguas, los costarricenses estamos sufriendo las consecuencias de la falta de aplicación efectiva de las normas. Los ríos de nuestro país sufren un proceso de contaminación profundo, que se ha visto acelerado especialmente con las actividades industriales, químicas, domésticas y agropecuarias, que lanzan en forma irracional los desechos a los cauces de los ríos. Los cauces abiertos de los ríos y el abandono en que se encuentran ha acelerado su contaminación, ya que se les usa como botaderos de basura, principalmente por ciudadanos con carencia de conciencia sobre el problema, así como algunas industrias y aserraderos localizados a orillas de los ríos. La descarga de materia orgánica de los desechos del café, desechos industriales y desechos domésticos son las principales causas de la contaminación de los ríos nacionales. Igualmente mayoría de las aguas negras domésticas (alcantarillados y tanques sépticos y drenajes y letrinas) son descargadas sin ningún tratamiento dentro de los ríos. De la misma manera produce su contaminación la aplicación de plaguicidas y abonos en las zonas agrícolas.

La contaminación de las aguas proveniente de los procesos industriales (excluyendo los beneficios de café) demuestra la evidente violación de las normas de la Ley General de Salud, ya que el 95% de las industrias carecen del tratamiento obligatorio de los desechos industriales. Un reporte realizado por la División de Saneamiento Ambiental del Departamento de Control Ambiental del Ministerio de Salud nos hace un análisis sobre la situación del país en cuanto a:

“En el país existen más de 3.500 industrias que emplean para sus desechos líquidos el sistema de alcantarillado en su mayoría (93%). El 45% de estas industrias señala no realizar ningún tratamiento a sus residuos industriales o no lo tienen del todo. Únicamente un 4% indica emplear algún tipo de tratamiento previo a sus desechos y el resto descarga sus desechos líquidos directamente a los cuerpos de agua.

El principal problema que producen estas industrias consiste también en la descarga de materia orgánica, que es equivalente en términos de Demanda Bioquímica de Oxígeno a la descarga por una población de más de un millón y medio de habitantes.

Las actividades industriales más contaminantes en este aspecto son la Fabricación y Refinación de Azúcar (ingenios), Productos de Molinería, la Industria Textil, la Industria Fabricadora de pulpa, madera, papel y cartón la industria de curtiembres y acabados y preparación de tenerías y pieles.

Los desechos de algunas de estas industrias contienen otro tipo de contaminantes tales como metales pesados, ácidos, bases, aceites y otros que, aunque no han sido cuantificados, producen otro tipo de problemas que hacen las aguas imposibles de utilizar para otros usos (riego y consumo doméstico por ejemplo) siendo algunas de ellos tóxicos”.

En cuanto a los desechos del café, su contaminación es algo increíble, “casi siete meses al año los ríos permanecen altamente contaminados y en estado de putrefacción”. El 61 por ciento de los beneficios del país están alrededor de los ríos, lo que agrava su contaminación. Además de la legislación, existen soluciones sobre el uso y aprovechamiento de esos residuos del café para convertirlos en alimento para ganado. Sin embargo, no ha existido la voluntad política de obligar al cumplimiento de la ley o al establecimiento de algún método adecuado que sirva para impedir la degradación de nuestros ríos. De esta manera vemos como el modelo de desarrollo, en este caso el agroexportador, determina prioridades que imperan aun en contra de lo dispuesto en las normas.

La contaminación de las aguas, se realiza también desde un punto de vista doméstico, con una mala disposición de las aguas negras, servidas y pluviales y las excretas. Estas aguas por ley (artículo 285 Ley General de Salud) deben ser correctamente *eliminadas*, con el fin de evitar la contaminación del suelo y fuentes de aguas o la formación de focos de infección. Con esta finalidad la misma ley ha establecido la obligación de toda persona, física o jurídica, de realizar obras de drenaje, por donde discurran tales aguas.

El sistema de alcantarillado está a cargo del ICAA, mientras que el Ministerio de Salud realiza un control técnico. Se prohíbe descargar residuos industriales y de establecimientos de salud en el alcantarillado sanitario, cuando no medie autorización del Ministerio de Salud. Se busca evitar daños en el alcantarillado, la contaminación de agua, suelo o aire, y/o la formación de riesgos para la salud.

Nuestro país a pesar de la normativa existente cuenta con una incorrecta disposición de las aguas negras, que está provocando problemas de contaminación de las aguas, superficiales y subterráneas. Así por ejemplo se ha denunciado que las aguas de diferentes lugares del país están contaminadas con coliformes fecales. La evacuación final de las aguas negras se realiza generalmente lanzando estas aguas al mar. Sin embargo, este sistema presenta problemas como el denunciado de la contaminación fecal de las playas limonenses, originado por una incorrecta disposición de las mismas, ya que se descargan en las orillas de la playa. Se encontró que las aguas de Limón no solo contenían coliformes fecales, sino también la *bacteria patógena de la salmonella*.

La violación a las normas existe también con relación a empresas particulares que se dedican a limpiar los colectores sanitarios de las viviendas. Sin embargo, las descargas fecales que estas empresas recogen reciben poco control en cuanto a dónde son depositadas. Se estima que incluso algunas de estas empresas depositan las aguas negras en cualquier

lugar donde ellos decidan abrir un hueco para descargarlas. Esto provoca contaminación de las aguas subterráneas. ¿Hasta cuándo se llegará a un concreto control de las normas? Se debe tomar conciencia de que es menos costoso dar un tratamiento adecuado a las aguas residuales y reusarlas, sobre todo cuando vemos que la capacidad de dilución de los ríos costarricenses está siendo excedida.

La *Ley General de Salud* en el artículo 264 establece que el agua es un bien de utilidad pública. El Ministerio cumple una función contralora sobre la calidad del agua con el fin de preservar la salud pública. El agua que se dedique al uso y consumo de los habitantes debe ser *agua potable*, entendiendo por tal el "agua que reúne las características físicas, químicas y biológicas que la hacen apta para el consumo humano" (artículo 265). En Costa Rica, a pesar de lo dispuesto en gran diversidad de normas, algunas comunidades reciben agua contaminada y existen posibilidades de continuar con este problema a menos que se tomen medidas inmediatas sobre el control de la contaminación de las aguas, se debe evitar a sobrepasar los límites máximos de su contaminación. En este campo aunque previsto en la normativa, aunque deficiente, no ha contado con el apoyo político necesario para alcanzar su verdadero control.

Otro problema que existe es la deforestación, sobre todo alrededor de las nacientes, lo que afecta de manera grave en relación a la cantidad de agua que discurre por los ríos. El hombre cuando ha necesitado tierra para trabajar la toma de los bosques, sin preocuparse mucho del valor intrínseco que éstos poseen. Mucho de este valor intrínseco no es claramente tangible. Los bosques tropicales son misteriosos y maravillosos, ellos poseen grandes tesoros muchos de los cuales todavía no se han descubierto. La gran capacidad que los bosques poseen de capturar la energía solar y la recolección que ellos realizan del agua llovida, son dos de los tesoros más importantes y necesarios no solo para nosotros los costarricenses sino también para toda la humanidad.

La deforestación elimina la forma natural que tiene el bosque de recoger el agua y proteger las gradientes que el terreno presenta provocando que sea mayor la cantidad de agua que corre desde las alturas, creando el efecto de una "bola de nieve", que se lleva consigo la tierra superficial que encuentra en su bajada. Esto puede producir inundaciones y derrumbes, además de sedimentación de ríos, riachuelos y represas, pérdidas de cosechas, etc. Se debe recalcar sobre el hecho de que menos centímetros de tierra significa menos productividad, sea menos y más costosa comida. Ganaderos y campesinos deben recibir asistencia técnica y financiera para asegurar la capacidad productiva de los suelos, y evitar consecuencias que podrán ser desastrosas como sequías, inundaciones, derrumbes, escurrimiento superficial, arrastre

de sedimentos, pérdidas de cosechas, además el hecho de cuándo el suelo es erosionado no puede ser reemplazado.

### *Sobre la contaminación*

En el proyecto de Ley de Aguas, que venimos analizando, se incluye un capítulo específico sobre la contaminación de las aguas. En un análisis de la normativa sobre el agua en otros países pudimos comprobar que existen leyes específicas sobre este tema. La contaminación y tratamiento de las aguas se ha convertido en un tema de suma importancia, especialmente cuando organismos como la FAO la consideran el elemento más importante para la producción agrícola y para la vida en general. De igual manera agua potable significa salud. Sin embargo, algunos especialistas en el recurso agua, consideran la contaminación como un uso más que se le da a este recurso. Nosotros, empero, consideramos que no es un uso, sobre todo cuando vemos nuestra realidad en que se estima que ríos como el Grande de Tárcoles tienen agotada su capacidad de autodepuración. Además no podemos olvidar que el desarrollo sociourbano del país ha repercutido negativamente en el equilibrio natural que existe en las cuencas, por ello se debe buscar que la cuenca hidrográfica se estabilice y equilibre con el ambiente en que se localiza, a través una normativa adecuada en que se determine la estrategia para la planificación del uso, conservación, recuperación y mantenimiento de la cuenca.

El proyecto en estudio establece que toda persona física o jurídica, pública o privada que contamine o deteriore el recurso agua afectando la calidad de vida o el equilibrio ecológico, será responsable, independientemente de la existencia de culpa y por ello deberá indemnizar y/o reparar los daños causados al ambiente y a terceros afectados.

El capítulo tiene como *objetivo general* sentar los lineamientos para restaurar y mantener la calidad química, física y biológica de las aguas nacionales a través de un programa de control de la contaminación de las aguas en Costa Rica. Se busca de esta manera que se logre preservar, mantener o corregir la calidad de las aguas superficiales de todas las *cuencas hidrográficas* del país, dentro de un enfoque integrado que establezca un equilibrio entre el control de la contaminación y el desarrollo económico.

Además se incluyen unos *finés específicos* que la Ley, a través de los organismos competentes, deberá alcanzar en cuanto a la lucha contra contaminación:

- a) Controlar las principales fuentes contaminantes mediante fiscalización y exigencias de tratamiento de desechos líquidos y conocer la calidad de agua de los cuerpos de agua superficiales y subterráneos.

- b) Eliminar en forma gradual la descarga de contaminantes a las aguas nacionales.
- c) Prohibir en un plazo máximo cinco años la descarga de tóxicos en cantidades que hagan imposible la vida acuática o imposibiliten el agua para usos domésticos o agrícolas.
- ch) Lograr que los contaminadores pongan en práctica plantas de tratamiento de las aguas residuales.
- d) Desarrollar y asesorar la tecnología necesaria para eliminar la descarga de aguas residuales contaminantes dentro de las aguas nacionales.
- e) Lograr la participación efectiva del sector privado y la ciudadanía en general para alcanzar los principios y objetivos que inspiran la Ley.
- f) Lograr la eliminación de contaminantes y mantener la calidad del agua del mar dentro de la jurisdicción nacional en situación óptima.

Se establece la obligación de las instituciones usuarias del agua, de las organizaciones de usuarios y del sector privado de proyectar y desarrollar a corto plazo los siguientes objetivos:

- a) Prevenir, reducir, tratar, informar sobre la contaminación de las aguas debido a desechos o residuos generados por actividades agropecuarias, agroindustriales e industriales.
- b) Colectar e informar sobre el tratamiento y ubicación de las aguas negras.
- c) Dar un adecuado tratamiento y depósito a los desechos líquidos y sólidos.
- ch) Eliminar y/o controlar la descarga de aguas residuales calientes. Las industrias que por razón de su proceso productivo, viertan aguas de temperatura que esté fuera del nivel o intervalo permisible, no podrán incorporarlas a las corrientes receptoras, sin previa adecuación.
- d) Controlar la contaminación de las aguas por residuos industriales. Desarrollar y fortalecer proyectos de prevención de esta contaminación

- e) Alcanzar y desarrollar esfuerzos conjuntos para el tratamiento y purificación de las aguas entre municipalidades, grupos organizados, asociaciones, cooperativas, empresas o industrias.

El Consejo Nacional de Recursos Hídricos (ente rector del sector), de manera previsor y acorde con los principios ambientales y de desarrollo sostenido, tiene la obligación de recomendar la utilización de tecnología no contaminante en los proyectos en relación al uso y aprovechamiento del recurso y fomentar su utilización en el sector privado. En caso de que se vaya a utilizar algún tipo de tecnología contaminante, aún en grado mínimo, se deberá contar con la autorización del Consejo.

Incluso se preve que el Estado deberá preferir en la promoción de inversiones, nacionales o extranjeras, proyectos de contaminación cero. Las empresas nacionales o extranjeras, que presenten proyectos de inversión y desarrollo de contaminación cero, tendrán derecho a exigir la colaboración del Estado para su implementación.

#### *De la coordinación*

EL CONSEJO NACIONAL DE RECURSOS HIDRICOS deberá coordinar con los usuarios del recurso para *desarrollar y publicar* normas técnicas ecológicas y guías, para dar publicidad sobre las normas, las medidas de previsión, las sanciones, penales o administrativas existente por violación, que existen. Esto constituye un punto muy importante ya que se alega que se desconoce la normativa vigente y se conoce una educación ambiental que sirvan de base para la protección del recurso. El Consejo Nacional de Recursos Hídricos deberá desarrollar un monitorio sobre las aguas, para determinar las clases de contaminación que tienen y los efectos que sobre la salud se puedan producir debido a la presencia de contaminantes peligrosos o en cantidades dañinas. (Para esto será muy útil el registro de que hablaremos más adelante). Información que deberá ser diseminada para *educar a la ciudadanía* sobre la contaminación de las aguas.

La coordinación interinstitucional deberá guiar la acción de trabajo entre los diferentes ministerios y usuarios del recurso. El objetivo principal es integrar fuerzas para poder alcanzar un manejo integral del recurso. Así en su campo específico cada ministerio deberá guiar su interés en, por ejemplo, Salud velar por la calidad del agua y prevenir y controlar la contaminación de las aguas; Agricultura velar por el control de la contaminación de los suelos producidos por agroquímicos; Industria y Comercio coordinar por la prevención y control de la contaminación por



actividades industriales o comerciales. Se ha establecido que el Consejo contará, no solo con la coordinación de organismos estatales encargados, sino que también con los laboratorios oficiales, organizaciones públicas o privadas y grupos interesados en general, para de esta manera suplir la falta de personal técnico-científico.

La Secretaría Técnica tendrá a su cargo:

- a) Señalar y aprobar los métodos técnicos más adecuados para los sistemas de captación, almacenamiento, tratamiento y distribución del agua para uso público y privado.
- b) Controlar para que las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que cumplan las condiciones de recolección, abastecimiento, conducción y calidad de las aguas.
- c) Fijar requisitos para los sistemas de eliminación de excretas y aguas servidas.
- ch) Determinar, previos análisis físico, químico y biológico, los casos en que debe prohibirse o condicionarse el vertimiento de residuos, basuras, desechos y desperdicios, en una fuente receptora.
- d) Controlar la calidad del agua, mediante análisis periódicos, para que se mantenga apta para los fines a que está destinada, de acuerdo con su clasificación.
- e) Determinar los casos en los cuales será permitida la utilización de aguas negras y prohibir o señalar las condiciones para el uso de éstas.
- f) Someter a control las aguas que se conviertan en focos de contaminación y determinar las actividades que quedan prohibidas, con especificación de área y de tiempo, así como de las medidas para la recuperación de la fuente.
- g) Promover y fomentar la investigación y el análisis permanente de las aguas interiores y de las marinas, para asegurar la preservación de los ciclos biológicos y el normal desarrollo de las especies y para mantener la capacidad oxigenante y reguladora del clima continental.
- h) Colaborar con el SINART e instituciones usuarios para informar a la ciudadanía sobre la existencia de las disposiciones de esta ley, buscando alcanzar su debida observancia.

## SISTEMAS DE PERMISOS DE ACTIVIDADES CONTAMINANTES

El proyecto contempla la creación de un sistema de permisos de actividades contaminantes. Este sistema ha sido propuesta en diversos estudios realizados sobre la contaminación de las aguas costarricenses. Tiene como objetivo controlar la implantación y operación de cualquier fuente o equipo contaminante o potencialmente contaminante del ambiente nacional, con el fin de prevenir las actividades contaminadoras del agua.

Por medio de permisos la Secretaría Técnica autorizará la contaminación del recurso agua, con la obligación de parte del usuario de establecer y adecuar tratamiento de los desechos o aguas residuales antes de lanzarlos al agua y bajo las siguientes circunstancias:

- a) Cuando las sustancias contaminantes vertidas a un cuerpo de agua no superen los límites que se le establezcan.
- b) Si las aguas contaminadas son sometidas por el usuario a un tratamiento adecuado que permita alcanzar una calidad igual o mejor a la mínima establecida en las normas de calidad, según se establezca por él.
- c) Si se trata de aguas residuales que cumplan con las disposiciones de calidad que se establezcan.
- ch) Si se demuestra a la Secretaría Técnica, por parte del responsable de la contaminación, que ésta no causará daños significativos al ecosistema acuático o al ambiente en general, acorde con la clasificación de los cuerpos de agua que se determine por reglamento.

Para determinar lo anterior la Secretaría Técnica mantendrá un inventario actualizado en cuanto a la calidad y cantidad de las aguas se refiere. Para comprobar la existencia y efectividad de los sistemas empleados, se someterán a control periódico las industrias o actividades que, por su naturaleza puedan contaminar las aguas. Los propietarios no podrán oponerse a tal control y deberán suministrar a los funcionarios todos los datos fidedignos y necesarios.

Se establece el principio de *prohibir la contaminación de cualquier cuerpo de agua por los vertidos de sustancias contaminantes o de cualquier descarga que produzca alteraciones de las mismas*, sin embargo, si por los aprovechamientos a que sean sometidos dichos cuerpos de aguas, se llegaran

a contaminar los mismos, las entidades públicas y privadas que produjeran la contaminación, deberán pagar un *canón* que se calculará considerando:

- a) El resultado de multiplicar la carga contaminante del vertido, expresada en unidades de contaminación por el valor que se le asigne a la unidad.
- b) Como unidades de contaminación, patrones convencionales de medida, establecidos vía reglamento, que corresponden a la carga contaminante equivalente al vertido de aguas domésticas, producidas por mil habitantes en el período de un año, así como a los patrones de equivalencia para los vertidos de aguas residuales de otra naturaleza. En los casos de vertidos y transporte de contaminantes, siempre y cuando estén dentro de los índices de contaminación para cada cuerpo de agua, se fijarán las tarifas en función de las normas de calidad.

La Secretaría Técnica, por reglamento, fijará los niveles de descarga y los montos a pagar. El reglamento también establecerá la categoría de usuarios y contribuyentes en función de las actividades; destino del recurso, cantidad y características de sus vertidos. Los recursos obtenidos por la aplicación del *canon* tienen el destino específico de destinarlos al financiamiento de programas de prevención y control de la alteración de las aguas y de tratamiento y disposición de las aguas negras y residuos industriales. Cuando el costo de estos programas así lo requiera, el valor de la unidad de contaminación será revisado y actualizado.

En los casos de entidades públicas o privadas, siguiendo los principios que inspiran el proyecto, tienen la obligación de disminuir paulatinamente sus niveles de contaminación de aguas a través de un plan aprobado por la Secretaría.

Sin perjuicio de otras disposiciones establecidas en el proyecto, se podrá autorizar el aprovechamiento de aguas de mejor calidad para usos menos exigentes, siempre que los mismos no perjudiquen la calidad que corresponde a la clasificación del cuerpo de agua utilizado. Asimismo, se podrán utilizar aguas de menor calidad para su aprovechamiento cuando se tomen las previsiones necesarias.

Todos los cuerpos de agua, en lo posible, serán objeto de programas de control de la contaminación, siendo éstas más intensivas en aquellos casos en los cuales éstos presenten un alto nivel de degradación. Los programas de control se desarrollarán tendientes a lograr, cuando se requiera, la recuperación de los cuerpos de agua hasta niveles deseables o aceptables dentro de las normativas de calidad establecidas por reglamento.

### *Del Registro*

Se establece como medida preliminar para el control efectivo de la contaminación de las aguas, el establecimiento de un registro de descarga de aguas residuales, con excepción de las provenientes de usos domésticos. El proyecto contempla un plazo de seis meses a partir de la vigencia de la ley para que toda persona, física o jurídica, pública o privada, registre el tipo de descarga que realiza en las aguas costarricenses. Este sistema, que ya existe en otras legislaciones, es sumamente importante porque en este momento en nuestro país no se conoce qué ni en qué cantidad está siendo lanzado a las fuentes de aguas, sea superficiales, subterráneas o suelos.

El registro deberá realizarse ante la Secretaría Técnica, que deberá enviar una copia al Ministerio de Salud. El registro se hará bajo fe de juramento y deberá indicar en forma precisa sobre las materias, sustancias o combinaciones, o compuesto o derivados químicos o biológicos tales como humos, polvos, gases, cenizas, bacterias, residuos y desperdicios, y cualesquiera otros que de uno u otra manera sean incorporados a las fuentes de agua, aguas subterráneas y suelos. Se deberá indicar con claridad las características físicas, químicas y bacteriológicas de las aguas residuales.

El registro tendrá por objeto contribuir a los estudios para determinar la calidad de los cuerpos receptores y las condiciones particulares que deban cumplir las propias descargas; así como la programación a corto, mediano y largo plazo, de la acción para prevenir, controlar y abatir la contaminación de las aguas.

### *De la clasificación*

La Secretaría Técnica tendrá a su cargo la clasificación de las aguas y fijará su destino y posibilidades de aprovechamiento, mediante análisis periódicos sobre sus características físicas, químicas y biológicas. A esta clasificación se someterá toda utilización de las aguas, sea pública o privada.

Por reglamento se establecerá la clasificación de los cuerpos de agua y las normas de calidad del recurso, considerando a su efecto:

- a) Características ambientales de las aguas dulces y marítimas, así como las salobres localizadas en las áreas de interfase tierra mar.
- b) Necesidades estéticas y sanitarias y de bienestar de las poblaciones.
- c) Características y efectos de los vertidos.

- ch) Los costos del tratamiento de los vertidos según los niveles de depuración y el impacto sobre la economía nacional.
- d) Los programas de ordenamiento y manejo de cuencas.
- e) Otros aspectos que se consideren necesarios.

El Consejo Nacional de Recursos Hídricos deberá crear comisiones consultivas de cada cuenca o región, para estudiar y opinar sobre la prevención y control de la contaminación de las aguas en la propia cuenca o región, así como sobre la clasificación del agua de los cuerpos receptores, según su uso.

#### *De la prevención*

La lucha contra la contaminación de las aguas es muy complicada y seria, otra medida preliminar que se establece es la potestad del Consejo de incentivar y promover medidas o beneficios fiscales para lograr la adecuación e instalación de equipos o/y aditamentos que tengan por objeto evitar, controlar o abatir la contaminación del agua, lo mismo que para las personas físicas o jurídicas, que utilizando desechos y sustancias residuales contaminantes obtengan subproductos aprovechables o energía, con la consecuente disminución de la contaminación ambiental. Se deben controlar también las aguas residuales provenientes de usos públicos, domésticos o industriales que descarguen en los sistemas de alcantarillado de las poblaciones o en las cuencas, ríos, cauces, vasos, mares territoriales y demás depósitos y corrientes, así como las que por cualquier medio se infiltren en el subsuelo. Estas aguas deberán reunir las condiciones necesarias para prevenir:

- a) Contaminación de los cuerpos receptores.
- b) Interferencias en los procesos de depuración de las aguas.
- c) Modificaciones, trastornos, interferencias o alteraciones en los aprovechamientos, en el funcionamiento adecuado de los sistemas y en la capacidad hidráulica de las cuencas, cauces, vasos y demás depósitos de propiedad nacional, así como los sistemas de alcantarillado.

Se parte del principio de que las aguas sobrantes deberán devolverse en forma similar a cómo se recibieron. Para alcanzar tal objetivo la Secre-

taría Técnica en coordinación con el Ministerio de Salud y el de Industria y Comercio deberá determinar las medidas necesarias para que toda descarga de agua residuales cuente con obras o instalaciones de purificación. Los usuarios o concesionarios de aguas industriales deberán sujetarse a los reglamentos del Ministerio de Salud, en cuanto a las aguas sobrantes que son devueltas a los manantiales para evitar contaminaciones o fetidez. Los que no cumplan los reglamentos perderán el derecho al aprovechamiento de las aguas, fuera de las sanciones de carácter penal, civil y administrativo.

Se incluye un control por medio de estudios ambientales previos para todo relleno sanitario o cualquier actividad susceptible de provocar contaminación de las aguas. Lo ideal sería incluir el establecimiento de *evaluaciones de impacto ambiental*, sin embargo no se establece en forma específica para las aguas, ya que se espera que el proyecto de Código Ambiental, que está en Asamblea Legislativa en estudio, sea aprobado, y en este Código se incluye todo un capítulo sobre el tema de la evaluación de impacto ambiental. Específicamente se establece que las personas públicas y privadas, físicas o jurídicas que deseen implementar un proyecto de desarrollo o acción que por su magnitud o características incida significativamente sobre la calidad de vida y el equilibrio ecológico, están obligadas a presentar un Informe de Evaluación de Impacto Ambiental ante el organismo correspondiente para su análisis y consiguiente autorización para su ejecución. De no cumplirse con este requisito ningún proyecto será tramitado oficialmente por los organismos e instituciones públicas pertinentes. Este punto es sumamente importante y adquiere gran trascendencia en momentos en que los organismos internacionales, tales como el Banco Mundial, en los préstamos para proyectos consideran fundamental la protección ambiental. El impacto ambiental es ahora un requisito complementario que se incluye en los contratos de préstamos internacionales.

#### *La conservación de los bosques y de los suelos*

La estrategia para alcanzar un uso racional de nuestros recursos naturales se plantea desde diferentes aspectos, uno de ellos está incluido en el proyecto de Ley de aguas, al fijar medidas sobre la conservación de los suelos y los bosques, que se consideran bienes conexos al recurso agua. Cerca del 68 por ciento del territorio costarricense es montañoso, consecuentemente las fuertes lluvias a qué está expuesto y una mala cobertura del suelo constituyen su mayor problema. Esto es muy significativo sobre todo cuando se considera que el recurso agua se ha visto afectado principalmente por un uso irracional de otros recursos, tales como bosques o suelos.

El proyecto contempla el otorgamiento al Consejo Nacional de Recursos Hídricos de la potestad de establecer limitaciones o medidas restrictivas al libre uso de los predios, basado en el interés público ambiental y con el fin de garantizar la cantidad y calidad del recurso agua. Las medidas de conservación y protección se impondrán sobre inmuebles particulares y del dominio público con el fin de tomar las medidas necesarias y esenciales para el manejo adecuado del recurso, especialmente cuando exista evidente violación a las prohibiciones establecidas en la Ley y leyes relacionadas. Las limitaciones o medidas restrictivas se establecerán conforme con las leyes y planes de ordenamiento debidamente aprobados.

Se establece la obligación de todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas de proteger las masas forestales u otro tipo de cobertura vegetal. El Consejo tendrá la facultad de:

- a) Declarar zonas o áreas protegidas en los casos en que los propietarios o poseedores de fundos que limiten con un río o canal realicen construcciones que puedan deteriorar o dañar las aguas, o no repararen las obras existentes de modo que deterioren el terreno con una faja de 35 metros contiguo a la orilla.
- b) Declarar como obligación de todos la preservación en forma permanente de bosques y demás fundos de vegetación natural situados a lo largo de cursos de agua.
- c) Dictar las medidas necesarias para proteger las cuencas, especialmente mediante el establecimiento de macizos forestales y otras medidas que estime convenientes. Así como cualquier medida para proteger y conservar los suelos y el agua.
- ch) Velar porque en cualquier reforma agraria se incluyan obras de conservación del suelo y del agua.

El Consejo en concurso con las instituciones competentes tiene la obligación de elaborar el Plan Nacional de Recursos Hídricos. Uno de sus objetivos principales es desarrollar un programa para prevenir la erosión y controlar y disminuir los daños causados por ella. El velar por la conservación del suelo es un medio para prevenir y controlar la erosión, promover la conservación del suelo, del agua edáfica y de la humedad. Los organismos competentes deberán establecer inventarios actualizados de los caudales y de la calidad física, química y biológica de las aguas territoriales, determinar distritos de conservación de suelos, levantar planos de las zonas que puedan ser afectadas por inundaciones.

Para evitar la disminución de la calidad y cantidad, de las aguas producidas por la tala de bosques, todas las autoridades deben procurar por todos los medios a su alcance, el estricto cumplimiento de las disposiciones legales referentes a la conservación de los bosques, especialmente los que se encuentran en las zonas de recargo de acuíferos y de los ríos mismos.

Toda persona física o jurídica, pública o privada podrá realizar las obras o actividades que considere necesarias para la conservación y protección de las aguas, de acuerdo con los lineamientos emitidos por el organismo competente, quien también podrá ordenar a cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, la ejecución de obras y actividades necesarias para la conservación y protección de las aguas y bienes conexos, prestando especial atención a las medidas destinadas a prevenir y controlar la escorrentía superficial y la erosión.

Sin perjuicio de derechos legítimamente adquiridos podrá declararse en reserva una porción determinada o la totalidad de los recursos naturales de una región o zona, cuando sea necesario adelantar programas de restauración, conservación o prevención de esos recursos en general y del recurso agua en especial o para organizar y facilitar la prestación de un servicio público.

Al determinar prioridades para el aprovechamiento de las diversas categorías de recursos naturales se tendrá en cuenta la conveniencia de la preservación ambiental, la necesidad de mantener suficientes reservas de recursos, cuya escasez fuere o pudiere llegar a ser crítica y la circunstancia de los beneficios y costos económicos y sociales de cada proyecto.

La Ley en procura de preservar los nacientes de agua, prohíbe destruir tanto en los bosques nacionales como en los particulares, los árboles situados en un radio mínimo de *doscientos metros* de los manantiales que nazcan en los cerros o a menos de *cien metros* en terrenos planos, en aras de mantener la estabilidad de los terrenos circundantes; o los árboles situados a menos de *diez metros* de los ríos o arroyos que discurren por los predios.

En aras de los mismos principios, se definen como zonas protectoras las tierras que circunden los sitios de captación o tomas surtidoras de agua potable, en un perímetro no menor de *doscientos metros* de radio; y la zona forestal que protege o debe proteger el conjunto de terrenos en que se produce la infiltración de aguas, así como el de los que dan asiento a cuencas hidrográficas y márgenes de depósito, fuentes surtidoras o curso permanente de las mismas aguas.

Los propietarios de terrenos atravesados por ríos, arroyos o aquellos en los cuales existan manantiales, en cuyas vegas o contornos hayan sido destruidos los bosques que les servían de abrigo, están obligados a sembrar árboles en las márgenes de los mismos ríos, arroyos o manantiales, con el

objetivo de garantizar la estabilidad de las mismas, en una extensión no inferior a los diez metros de distancia de las expresadas aguas, y en todo el trayecto del curso de las aguas comprendidas en la respectiva propiedad.

Las áreas comprendidas como zonas pluviales, zonas lacustres o como áreas de recarga acuífera se entenderán sujetas, en cuanto a su extensión final, a lo que al efecto determinen los estudios técnicos pertinentes, y si así lo ameritare, se podrán modificar las áreas mínimas estipuladas en la Ley.

Con el fin de evitar los efectos perjudiciales de las aguas sobre los suelos, se establece que todo propietario o tenedor a cualquier título de tierras rurales tiene la obligación inexcusable de prevenir la degradación u otro efecto perjudicial de los suelos, que pudieran causar las aguas, tanto en terrenos propios como ajenos. A estos fines deberá construir y ejecutar los trabajos necesarios para prevenir o controlar los efectos perjudiciales de dichas aguas. Esta obligación se extiende a la de prevenir o impedir la contaminación o salinización de acuíferos o capas de agua subterránea.

Los propietarios y tenedores a cualquier título de tierras ribereñas a cualquier curso de agua están facultados para proteger sus predios contra la acción de las aguas, mediante obras de defensa, pero cuando éstas deban penetrar en los cauces mismos, se requerirá autorización del organismo competente.

Cuando las aguas cuyo contenido en sólidos y velocidad de escurrimiento hayan tenido una sedimentación nociva, sean derivados de sus cauces naturales y hayan de ser devueltos a éstos, el organismo competente podrá imponer a sus usuarios las obligaciones de construir y operar instalaciones desarenadoras o desaterradoras.

### *Conclusión*

Se busca con las disposiciones analizadas alcanzar la protección real de las aguas, no solo de la contaminación por efectos de su mal uso, sino que también su protección desde el momento en que nacen los ríos y se forman las aguas subterráneas. De esta manera se espera alcanzar una protección real del concepto cuenca hidrográfica, concepto basado en existencia de relaciones de interdependencia entre los diferentes recursos que la componen. Se protege así no solo el agua, como recurso integral, sino que también el suelo y los bosques al incluir medidas sobre su protección en relación con el agua.

El proyecto de ley ha incluido principios nacidos a raíz de propuestas realizadas por investigadores nacionales sobre la solución de los problemas en que la cruda realidad ha superado la normativa existente.

## LA TUTELA DE LOS DERECHOS: EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

*Dr. Luis Guillermo Herrera Castro*

Profesor Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

I JUSTIFICACION: Desde hace muchos años diversos organismos y personas han venido planteando diferentes tipos de quejas sobre el funcionamiento de los tribunales de justicia. Se han señalado entre las fallas del sistema judicial, la tardanza en la administración de justicia que se traduce en una larga duración de los procesos civiles, contenciosos, laborales y penales; también la ausencia de mecanismos legales que le permitan a los ciudadanos de más escasos recursos disfrutar de una adecuada defensa.

Existen algunos mecanismos procesales e instituciones que en una u otra forma han contribuido a llenar tales vacíos, pero los mismos resultan totalmente insuficientes: Nos referimos a los consultores jurídicos patrocinados por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, cuyos servicios en el campo de la asistencia jurídica está a cargo de estudiantes. Este sistema, si bien llena una importante finalidad social al proyectar la educación superior a la sociedad, lo cierto es que se torna insuficiente por cuanto los estudiantes al terminar sus estudios dejan los casos a medio tramitar. Estos nuevamente son retornados por otros estudiantes.

El otro instituto procesal es el beneficio de litigar como pobre regulado en el Código de Procedimientos Civiles. Este mecanismo permite que personas con ingresos no mayores de trescientos mil colones anuales puedan litigar sin someterse a ciertos obstáculos de tipo económico, como por ejemplo el afianzamiento de costas. Lamentablemente tal beneficio es extendido a la parte contraria, pese a que tenga suficientes recursos económicos.

Nuestro país tiene establecido en la Constitución Política una serie de garantías fundamentales relativas al proceso judicial: la libertad de petición que es el fundamento del derecho a la jurisdicción o a la tutela jurisdiccional (artículo 27); la igualdad formal ante la ley (artículo 33); la irretroactividad de la ley (artículo 34); el principio de inocencia (artículo 36); el principio de legalidad en materia penal (artículo 39); el derecho a la defensa (idem), la cosa juzgada (artículo 42); etc. Todas estas garantías han sido incorporadas, además, en los convenios relativos a Derechos Humanos ratificados por nuestro país. Especialmente el Pacto de San José o Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la práctica no se cumplen muchas de esas garantías que forman parte del contenido del llamado debido procesal legal.

Interesa señalar algunos problemas relacionados con el proceso contencioso administrativo.

El estudio de este proceso es importante, dado que a través de él pueden impugnarse los actos arbitrarios cometidos por los agentes públicos en el ejercicio de sus funciones. La situación en este proceso merece una atención especial,

pues, los ciudadanos prácticamente no pueden ejercer esos derechos constitucionales de tutela jurisdiccional. Quedan así, sin el debido control jurisdiccional una gran cantidad de actos arbitrarios, lesivos de los derechos e intereses de los ciudadanos, especialmente en perjuicio de los sectores de menores recursos económicos, que es donde se centra el problema fundamental. Algunos sectores de nuestra sociedad se han interesado en este problema, pero generalmente las propuestas que se han hecho son para reforzar ciertos mecanismos oficiales de protección de los derechos fundamentales como el ombudsman, o la ampliación de la competencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de amparo. Sin embargo, y pese a que estos esfuerzos son muy importantes para la vida democrática del país. lo cierto es que el acceso a la justicia administrativa queda prácticamente vedada, a pesar de que es en el seno de la Administración Pública donde se cometen la inmensa mayoría de los actos arbitrarios, muchas veces contrarios a normas fundamentales específicas y a las leyes del país (ilegalidad). Estos sectores no se han preocupado de crear los mecanismos procesales que en forma rápida y sin costo alguno, le permita a los ciudadanos de escasos recursos, impugnar las actuaciones ilegales e inconstitucionales de los funcionarios públicos, salvo el contencioso administrativo en virtud del cual se puede, una vez agotada la vía administrativa, impugnar los actos del Estado y de sus instituciones viciados de ilegalidad. Otras pretensiones podrán deducirse en la demanda relativas a desviación de poder, incumplimiento, interpretación de los contratos, cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado. Pero, no obstante éste carece de eficiencia frente a las necesidades como luego lo explicaré.

La posibilidad de que los ciudadanos puedan impugnar en general todos los actos y disposiciones del Estado, es una cuestión de la mayor importancia en el ámbito de los Derechos Humanos, pues generalmente es en el seno de la Administración Pública donde se cometen las mayores irregularidades y arbitrariedades en perjuicio.

Cierto tipo de violaciones, que inciden en las garantías fundamentales que reconoce la Constitución (artículo 48) son atacables a través de un procedimiento especial que es el llamado "recurso de amparo", salvo en el caso específico de la libertad personal y la de tránsito cuya protección queda reducida al llamado "recurso de hábeas corpus".

Tal ámbito de protección es demasiado reducido, por cuanto la mayor parte de las violaciones de los agentes públicos inciden más en normas legales que en normas constitucionales. Ante esta situación únicamente que el proceso administrativo conforme a las leyes especiales que lo tengan regulado, o bien conforme a la Ley General de la Administración Pública, que establece un procedimiento común y supletorio para todas las instituciones del Estado.

En el campo de la protección Constitucional se han presentado algunos importantes proyectos como la Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional en virtud de la cual se pretende regular en un único cuerpo legal todo lo relativo

a Hábeas Corpus, Amparo, Recurso de Inconstitucionalidad y conflictos entre los órganos supremos del Estado. Una de las mayores novedades de este proyecto es la posibilidad de recurrir en vía de amparo en contra de ciertos actos de los sujetos privados. En todo caso, si bien es cierto el proyecto es de mucha importancia, lo cierto es que no llena el vacío que venimos comentando, y que es donde se producen las mayores violaciones, las cuales, por afectar únicamente aspectos de legalidad, quedarán fuera de esa jurisdicción y en consecuencia se produce una desprotección de los ciudadanos frente a la Administración Pública.

Los aspectos más importantes son los siguientes:

a) La duración del proceso: Es bien conocido por todos que este proceso es el que más dura en resolverse. Se conocen muchos casos de procesos que han durado más de ocho años, aun cuando la mayoría dura un período promedio de cinco años. Así resulta de un muestreo que recientemente realizamos en los juzgados contenciosos administrativos. Obviamente la duración depende de muchos factores: volumen de trabajo, capacitación y número del personal, responsabilidad del juez, participación responsable de los abogados en la conducción del proceso, complejidad del objeto del proceso, etc. En todo caso, lo que si es efectivo es que cualquier proceso contencioso administrativo de mediana complejidad tendrá una duración no menor a los cuatro años.

Esta situación se torna en un verdadero obstáculo para que los ciudadanos de menores recursos puedan obtener la tutela de sus derechos e intereses afectados por la Administración Pública, dado que es difícil que un ciudadano en tales condiciones pueda soportar tanto tiempo para obtener un pronunciamiento judicial, máxime si sus pretensiones fuesen de poco valor económico.

b) La tecnicidad extrema del proceso: La forma en que está redactada la Ley General de la Administración Pública, lo mismo que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, son verdaderos obstáculos para el disfrute del derecho a la Tutela jurisdiccional. Quienes han tenido influencia en esta materia nunca se han preocupado de crear un mecanismo o proceso que le permita a los ciudadanos de pocos recursos económicos impugnar los actos de los agentes públicos violatorios de sus derechos. Los procedimientos instaurados han sido inspirados o responden a concepciones de otros países, generalmente europeos cuya realidad social, económica y cultural es otra; sin que este criterio se mal interprete que estoy en contra del estudio del derecho comparativo, el cual es de gran importancia académica, pero no determinante para crear las instituciones procesales de un país. Pero esto es otra cosa. El positivismo, las concepciones

normativistas, siguen privando en esta materia, la cual camina muy alejada de la realidad social.

c) *El costo del proceso: Este es el mayor problema.* El problema del costo podemos analizarlo desde varios aspectos:

1) *El costo de la defensa:* Precisamente producto de los aspectos antes mencionados, el acceso a la jurisdicción Contencioso Administrativa se ha convertido en un impedimento casi absoluto para que tales sectores obtengan su derecho a la tutela jurisdiccional. Basta ver los libros de entradas de los Juzgados para darse cuenta de que los actores en un alto porcentaje son instituciones estatales que litigan contra el Estado o importantes empresas comerciales, o bien personas físicas con suficientes recursos. Los costos de estos procesos son extraordinariamente elevados y ello ha hecho que sean muy pocos abogados, muy pocos bufetes los que se dediquen a la defensa de los intereses, de quienes pueden sufragar los elevados honorarios. En definitiva, esta Jurisdicción se ha convertido en el gran salón de las disputas económicas de los sectores de la burguesía nacional que dirimen sus controversias (contradicciones) frente al aparato estatal, el cual es a la vez controlado por ellos mismos.

2) *La cuantía del proceso:* Basta examinar los informes o estadísticas de la Corte, para darse cuenta que quienes están litigando en este momento en la vía contencioso administrativa son intereses muy fuertes. El siguiente cuadro nos demuestra la situación:

#### CLASIFICACION POR CUANTIA

AÑO	HASTA 10.000	de 10.000 a 15.000	de 15.001 a 20.000	de 20.001 a 25.000	de 25.000 a 50.000
1983	5	1	2	3	8
1984	6	6	7	—	—
1985	—	1	4	10	4
1986	1	2	—	3	3
1987	1	3	3	1	7
(a)	(b)	(c)	(d)	(e)	

#### AÑO MAS DE 50.000 INESTIMABLES

1983	87	71
1984	—	—
1985	135	82
1986	103	89
1987	126	98
(f)		(g)

Del cuadro anterior y cuyo detalle habrá que seguir en una investigación más amplia, se demuestra claramente que las pretensiones que se formulan ante los tribunales contencioso administrativos superan la cuantía de 50.000; sin poderse establecer aun, y lo cual haremos en su momento, las verdaderas cuantías de los juicios ordinarios, pues es muy probable, que esa distribución progresiva se mantenga hasta ciertos límites en donde ya las cuantías llegan a sumas exorbitantes. En la columna marcada con la letra a) se puede observar que el número de juicios presentados llega tan solo a 6 en el año 1984. Lo mismo ocurre en la columna b) en lo que se refiere a juicios con cuantías que oscilan entre diez y quince mil colones. Luego en la columna c) el mayor número de juicios llegó a la cifra de siete en el año 1984 y en la columna d) referida a cuantías entre 20 y 25.000 colones la cifra máxima llegó a 10 en el año 1985. Luego en la columna e) que contempla las cuantías entre 25 y 50.000 colones el número mayor fue de 8 en el año 1983. Es a partir de las dos últimas columnas referidas a cuantías mayores a cincuenta mil colones o de cuantías inestimables que el número de procesos contenciosos aumenta considerablemente. Se observa en la penúltima columna marcada con la letra f) que en todos los años desde 1983 a 1987 el volumen de juicios ingresados es mucho mayor que las anteriores columnas, relativas a cuantías inferiores a la suma de cincuenta mil colones. La explicación del cuadro anterior demuestra sin la menor duda, que en materia de derecho administrativo cuando se trata de las violaciones cometidas por funcionarios públicos en contra de los ciudadanos, éstos no tienen la posibilidad real de ejercer los derechos que le consagran la Constitución Política y los Pactos Internacionales relativos a la tutela jurisdiccional, como por ejemplo el trato igual y la protección igualitaria ante la ley (artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 27 y 33 de nuestra Constitución Política, artículos 8 a 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el artículo 8 de la D.U.Ds.Hs que garantiza un derecho a recurrir en forma efectiva ante los tribunales de justicia, o el 10 de esta Convención que garantiza el derecho a ser oído en condiciones de igualdad, garantizando así la defensa en juicio tanto en materia civil como penal.

No obstante lo dicho, debemos aclarar, que el acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa se ha establecido en forma expresa como un derecho fundamental de los ciudadanos (artículo 49 de la Constitución Política), de



tal forma que resulta más evidente el estado lamentable en que se encuentran la mayoría de los costarricenses que deseen impugnar la ilegalidad de los actos realizados por los funcionarios públicos, tanto del Estado como de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.

En conclusión, la justicia administrativa se ha convertido en un negocio bastante lucrativo para un pequeño sector dominante de los intereses políticos y económicos del país; sometiéndose la tutela jurisdiccional a los efectos de las leyes de la oferta y de la demanda, y en consecuencia, encareciéndose la defensa e impidiéndose en forma real y objetiva a que las mayorías puedan impugnar la ilegalidad y la inconstitucionalidad de los actos de los agentes públicos.

Pareciera que la alta técnica empleada en la construcción del complicado proceso contencioso administrativo, se ha constituido en el principal soporte de los ideólogos del Derecho Administrativo, quienes caminan muy lejos de la realidad social y de la democracia social a que todos deberíamos aspirar. Por ello, cuando no vemos la posibilidad de encontrar soluciones nacionales, rápidas y eficaces aparte de los obstáculos jurídicos academicistas y normativistas, más seguimos creyendo de que la justicia en general es una meta bastante lejana. La Democracia de que nos regocijamos es muy cuestionables, salvo para quienes viven del gran negocio y entorpecen la búsqueda de las soluciones realistas y democráticas.

Las grandes construcciones teóricas de los juristas costarricenses, los modelos procesales impulsados, son tan solo el resultado de la dogmática jurídica y del más cerrado positivismo. Los procedimientos son construidos desde base estrictamente normativistas, con pleno desconocimiento de los demás elementos sociales. La técnica jurídica en definitiva, en manos de los monopolistas del Derecho, se han asentado a lo largo de décadas en el desconocimiento de la realidad social y en la creencia de que en la norma se encuentra la solución a todos los problemas y controversias objeto de la tutela jurisdiccional. Es en alguna medida la perpetuación ideológica de los principios y reglas jurídicas que impiden que se produzcan los cambios sociales, y en donde el abogado juega el principal papel. Esta concepción o manera de ser del abogado se manifiesta también en la enseñanza del Derecho en las Facultades, sobre todo en las privadas donde priva esencialmente un interés mercantilista.

Otro factor que efecta sustancialmente ese acceso a la justicia administrativa, es el factor ideológico el cual se proyecta en dos modos. Por un lado en cuanto a la construcción doctrinal, al mantenerse los mismos esquemas y principios, sobre lo cual ya hemos explicado anteriormente.

Por otro lado en cuanto al mantenimiento de una misma corriente ideológica en el sistema judicial. Esta uniformidad ideológica la evidenciamos sobre todo en el nombramiento de Magistrados y de Jueces. En cuanto a los primeros, los dos partidos mayoritarios se han puesto de acuerdo para repartirse

el número de Magistrados, de tal forma que no existe la posibilidad de ingreso de abogados con concepciones ideológicas diferentes. Esta situación hace que la Corte Suprema de Justicia sea uno de los Poderes menos democráticos, sin pluralismo, dado que, persiste una única corriente de pensamiento con muy ligeros matices diferenciadores, los cuales en modo alguno repercuten cuando se trata de dar respuesta a los grandes problemas políticos constitucionales. La interpretación de la Constitución Política se va estancando y en esa medida se estancarán las posibilidades de solucionar el gran problema del acceso a la justicia administrativa.

En lo que a jueces se refiere el fenómeno es le mismo, dado que el ingreso al Poder Judicial está prácticamente reservado para aquellos abogados que no pongan en peligro la "estabilidad" del Poder Judicial y del Estado de Derecho que aquel concibe.

El problema de la tutela de los derechos es en síntesis un asunto de la mayor importancia para la vida democrática del país, pero con muy pocas expectativas de vida mientras todos esos factores se sigan dando. El Derecho Administrativo en los aspectos negativos que he señalado, la composición del Poder Judicial y en general las concepciones normativistas sobre las instituciones jurídicas, lo mismo que el abogado como agente de aplicación del derecho, son factores que impiden ese acceso y una evaluación democrática del Derecho.

CONSIDERACIONES JURIDICAS EN TORNO AL MEDIO AMBIENTE

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Decano Facultad de Derecho
Catedrático de Derecho Público y Administrativo
Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la
Universidad de Costa Rica

\*\*\*

A: los ecologistas, ambientalistas,
conservacionistas y verdes

\*\*\*

La protección y mejoramiento del medio
humano es una cuestión fundamental que
afecta al bienestar de los pueblos y al
desarrollo económico del mundo entero, un
deseo urgente de los pueblos de todo el
mundo y un deber de todos los gobiernos.

Declaración de Estocolmo, 1972

## INDICE

Siglas más usadas

Summary/Síntesis

Presentación

- I INTRODUCCION
- II UN ASPECTO DE LA PROBLEMÁTICA DEL MEDIO AMBIENTE: SUS IDEOLOGÍAS
  - 1. Ideologías en torno al medio ambiente
    - a) Tesis liberal
    - b) Tesis del intervencionismo estatal
- III ALGUNOS TEMAS RELEVANTES
  - 1. Derecho y ecología
  - 2. Derecho ambiental
  - 3. Nacimiento del derecho ambiental
  - 4. Problema angustiante
  - 5. Perspectiva interdisciplinaria
  - 6. Enajenación y ambiente
  - 7. Ecología y política
  - 8. Costa Rica y la legislación ambiental
  - 9. Subdesarrollo y medio ambiente
  - 10. Política, derecho y medio ambiente
- IV A MODO DE CONCLUSION
- V VOCABULARIO ESENCIAL
- VI PREGUNTAS SOBRE EL TEMA
- VII BIBLIOGRAFIA BASICA DE REFERENCIA
- VIII DECLARACION DE ESTOCOLMO (1972)

## SIGLAS MAS USADAS

- CFE Editorial Fondo de Cultura Económica (México)
- EUNED Editorial Universidad Estatal a Distancia (Costa Rica)
- IEAL Instituto de Estudios de Administración Local (España)
- RCJ Revista de Ciencias Jurídicas (Costa Rica)
- RJ Revista Judicial (Costa Rica)
- RF Revista de Filosofía (Costa Rica)
- ONU Organización de Naciones Unidas
- UCR Universidad de Costa Rica

## SUMMARY

This paper tries to state the relation between the law and the environment; taking into consideration that Costa Rica is an underdeveloped country. This is why it is so important for nations like us to have an appropriate and effective protection of our environment. The destruction of the nature will continue unless an enormous political will appear to put a brutal stop to it.

## SINTESIS

Este artículo trata de plantear las relaciones entre el derecho y el medio ambiente, tomando en cuenta que Costa Rica es un país subdesarrollado. De ahí la enorme importancia que tiene para naciones como la nuestra la protección eficaz y adecuada del medio ambiente.

La *destrucción* de la Naturaleza continuará en forma suicida, salvo que exista una enorme voluntad política para *frenarla*.

## PRESENTACION

El derecho tiene ante sí un reto sumamente impactante, cual es el de lograr elaborar una normativa que sea factible de aplicar y que resuelva, aunque sea parcialmente, las urgentes necesidades de protección al medio ambiente, es decir, de conservación de la vida y del integral medio en que se desarrolla. Este reto parece difícil de cumplir y la realidad enseña o muestra que lo que avanza es la contaminación y la destrucción de la Naturaleza y del ser Humano. De ahí que el "*homo sapiens*" está empeñado en probar que es sucio, contaminador y destructor de todo lo que da muestras de vida, incluso la suya propia.

Este trabajo mostrará lo que se podría llamarse una introducción al derecho ambiental, desde uno de sus ángulos factibles de elaborar.

## I INTRODUCCION

El *derecho ambiental* o las normas jurídicas que tienden a proteger el medio ambiente está tomando un desarrollo importante debido a la angustia y la crisis que provoca la destrucción de nuestro planeta y de cada uno de los países que lo componen (cf. *¿Quién defiende la Tierra?* Barbara WARD, et al, México: CFE, 1975; y Barbara WARD y René DUBOS *Una sola Tierra*, México: CFE, 1974).

Los ecologistas, *verdes*, ambientalistas o proteccionistas forman una legión en cada nación que tiende a crecer como un clamor por la preservación de nuestro planeta y de la vida.

Este artículo se une a todas esas voces que internacionalmente, por encima de las artificiales barreras de las fronteras de cada Estado, reconocemos como un fundamental problema el enfrentar el reto por la sobrevivencia y la conservación de la Tierra como nuestra casa habitable.

## II UN ASPECTO DE LA PROBLEMÁTICA DEL MEDIO AMBIENTE: SUS IDEOLOGÍAS

### 1. Ideologías en torno al medio ambiente

En una acepción llana y simple, (y, al interior de este trabajo), definiremos la *ideología* como un conjunto de ideas, *sin* entrar a calificarlas como conservadoras, progresistas, revolucionarias o retrógradas, etc. (cf. Armando CASSIGOLI y Carlos VILLAGRAN *La Ideología en sus textos*, México: Marcha editores, 1982, 3 tomos).

La presentación de este tema sirve para ilustrar que existen maneras o formas de enfocar el problema ecológico o ambiental.

#### a) Tesis liberal

En esta corriente se expresa el criterio de que el Estado no debe intervenir, ya que la Naturaleza buscará su punto de equilibrio y que el medio ambiente se mantendrá estable por sí solo, aunque al final del proceso en donde habían bosques ahora hay desiertos. Desde este ángulo, la planifi-

cación e intervención del Estado para proteger el medio ambiente distorsiona o afecta el funcionamiento del sistema ecológico, sujeto también al nacimiento, desarrollo, reproducción y muerte (ciclo vital) (cf. Ramón Martín Mateo *Derecho ambiental*, Madrid: IEAL, 1977).

#### b) Tesis del intervencionismo estatal

En esta tesis están los que admiten que el Estado debe intervenir en la sociedad para proteger el bien común, el interés público, ya que la Administración Pública es la garante del Común.

De acuerdo con este planteamiento, el Estado tiene un rol relevante en la protección y conservación del medio, ya que tutela los intereses generales frente a los afanes de destrucción del ambiente mediante los grupos de comerciantes que viven de esa destrucción o que la promueven como parte de sus actividades empresariales.

## III ALGUNOS TEMAS RELEVANTES

### 1. Derecho y ecología

El término *ecología* fue acuñado por el biólogo alemán Ernest K. Haeckel (1834-1919), quien en 1869 introduce ese concepto para denotar las relaciones entre un organismo con su medio ambiente. Viene del griego esa voz: *oikos*=casa; *logos*=estudio, análisis (cf. Santiago Oliver *Ecología y subdesarrollo en América Latina*, México. Ed. Siglo XXI, 1986, pp. 21 y 22).

De este modo el *derecho*, como instrumento de coacción social o de control social, incluso por medios policiales (usando la fuerza militar) regulará el medio ambiente, protegiéndolo, conservándolo, ampliándolo.

En este punto cabría indicar que existen dos corrientes, al menos:

\* Penal: aquella que considera que el Código Penal debe sancionar aquello tipificado como "delito ecológico" y en un tratamiento equiparable a cualquier otro tipo de conducta sancionable por esta rama del derecho.

\* Administrativo sancionatorio: aquí también se podría indicar la existencia de un derecho penal administrativo con un mercado sesgo preventivo más que represivo-sancionatorio.

Como es usual, las soluciones prácticas son eclécticas, ya que son una mezcla de ambos criterios, haciendo énfasis ya sea en el aspecto criminal o penal o en el administrativo preventivo.

## 2. Derecho ambiental

El derecho ambiental contiene el grupo de normas de derecho internacional y nacional (derecho internacional público y derecho público interno) que tiene por objetivo la protección del medio ambiente para beneficio del ser humano. La idea que subyace en esta definición es la de que debe existir un balance ecológico de la biosfera que debe ser preservado y protegido (cf. Roxana Salazar *Justificaciones para una adecuada protección del medio ambiente*, San José, Revista Judicial No. 41, 1987. p. 69, citando a Alexandre Ch. Kiss *Survey of current development in international environment law*, IUCN, 1976, p. 16).

Esta rama del derecho es relativamente nueva y se está abriendo campo con éxito, a pesar de la lentitud de su avance, en los países del Tercer Mundo.

En nuestro país cerca de diez Ministerios de Gobierno tienen espacios institucionales para proteger el medio ambiente y en relación directa con él, además de -aproximadamente- 2.000 normas jurídicas (leyes, reglamentos, decretos) que atañen con el medio ambiente y unas 40 asociaciones y fundaciones protectoras o conservacionistas; y, por supuesto, un proyecto de código ambiental depositado en la Asamblea Legislativa, etc., forman parte de ese cuadro ambientalista en esta nación; empero, la cúpula de poder político y económico no es sensible a la destrucción de nuestra Naturaleza, recursos naturales, flora y fauna.

El derecho ambiental en Costa Rica y las instituciones (públicas y privadas) no han servido para proteger real y efectivamente el medio ambiente (cf. Rafael González Ballar, *Síntesis del sector legal dentro de la estrategia nacional para la conservación y protección del medio ambiente*, San José, RCJ No. 65, 1989 y *La protección del medio ambiente en Centro América*, de próxima publicación en la RCJ).

## 3. Nacimiento del derecho ambiental

Esta rama del derecho público nace como producto de la Revolución Industrial y del desarrollo del sistema capitalista.

Debido al proceso de alteración profunda, grave y seria del ecosistema, los países están tomando medidas legales (entre otras) para enfrentar este trágico problema.

En los últimos 20 años el desarrollo del derecho ambiental ha sido importante tanto a nivel de cada país como internacionalmente, como por ejemplo la conocida *Declaración de Estocolmo de 1972 de las Naciones Unidas.*

En nuestro país, el derecho ambiental, se ha fortalecido en la década de los años 80, también ante el hecho de la destrucción de los bosques, de la flora y fauna inmisericorde a manos de comerciantes y empresarios que irracionalmente explotan nuestra Naturaleza con fines estrictamente mercantiles.

Desde su inicio, el derecho ambiental se ha considerado como aquella rama del derecho que incide sobre conductas individuales y colectivas para prevenir y remediar las perturbaciones que alteran su equilibrio (cf. Ramón Martín Mateo *Derecho ambiental*, Madrid: IEAL, 1977, p. 79; y, *Derecho público de la economía*, Madrid: Ed. Ceura, 1985, caps. 8, 9 y 10).

Para los efectos del nacimiento detallado del origen de esta rama del derecho, Ramón Martín Mateo en la Introducción (cap. 1) y en el cap. 2 de su obra *Derecho ambiental* (cit, pp. 9 a 170) nos da una análisis pormenorizado de esa temática.

## 4. Problema angustiante

Sin duda alguna estamos ante una crisis ecológica palpable. Todo está contaminado: aire, agua, tierra. La deforestación pone a nuestro planeta al borde del colapso. Cuando desaparecen los bosques, la productividad del suelo se destruye también, y con ella la rica variedad genética producida por la Naturaleza en lapsos de millones de años. En 40 años, el Tercer Mundo será testigo de cómo sus bosques se convertirán en desiertos (cf. Ingemar Hedström *Somos parte de un gran equilibrio*, San José: DEI, 1985, p. 3).

Esta destrucción de la Tierra significa más hambre para millones de seres humanos. A los ya clásicos estudios de Josue de Castro (*El hambre, problema universal*, Buenos Aires: La Pléyade 1969; y, *Ensayos sobre el subdesarrollo*, Buenos Aires: Siglo Veinte, 1965, *Géopolitique de la faim*, París: Eds. Ouvrières, 1952; y, *Géographie de faim: la faim au Brésil*, París: Eds. Ouvrières, 1949, *Una zona explosiva en América Latina: el noroeste brasileño*, Buenos Aires: Solar/Hachette. 1965) se les une muchos otros trabajos de investigación corroborando la información de este investigador.

Así por ejemplo, se sabe que más de 40 millones de personas mueren de hambre y de desnutrición en el Tercer Mundo, siendo la mitad de ellos niños. La causa de esas muertes es la manera en que se distribuye la comida en el mundo y los factores que tienden a esa distribución. La forma irra-

cional con que los intereses económicos orientan la explotación de los recursos naturales, ha implicado en la Naturaleza que se rompa su equilibrio ecológico, poniendo en inminente peligro la vida de los seres humanos que viven en los países subdesarrollados, que son tres de cada cuatro personas (cf. Hedström, cit., pp. 1 y 2).

Entre la gran cantidad de hechos que producen alarma, se pueden citar éstos:

- \* Para 1990 habrá 3 mil millones de toneladas de desechos circulando por Europa.
- \* El buque petrolero norteamericano *Exxon Valdez* derramó en Alaska el 24 de marzo de 1989, 40 mil metros cúbicos de petróleo.
- \* En enero de 1989, el buque argentino *Bahía Paraíso* volcó en los mares antárticos por lo menos 700 metros cúbicos de crudo.
- \* Al cabo de 130 destrucciones de material enviado al cosmos por el ser humano, circulan 7 mil objetos de un diámetro superior a los 10 centímetros.
- \* En Africa se matan 80 mil elefantes por año para comerciar el marfil de sus colmillos.

#### *El panorama presenta:*

- \* Radiaciones cósmicas.
- \* Arrasamiento de la selva.
- \* Calentamiento de la tierra.
- \* Desechos industriales.
- \* Petróleo derramado en el mar.
- \* Basura cósmica.
- \* Alimentos envenenados.
- \* Extinción irracional de flora y fauna.

Entre otros hechos de la destrucción de nuestro planeta, continente y país.

#### 5. Perspectiva interdisciplinaria

El problema ecológico debe ser analizado interdisciplinariamente. Se trata de tener una *visión holista* (del griego: *holos*: entero, completo) (cf. José Rodríguez *Principios para una legislación sobre el medio ambiente*, San José: RCJ No. 44, 1981, p. 66).

Ya no estamos ante un problema que le interesa o le compete solo al biólogo, v. gr., sino a todos los profesionales y a todas las personas del Mundo.

Con la colaboración interdisciplinaria, es posible formar frentes para combatir la destrucción del planeta y del ser humano.

Ante la crisis ambiental en que nos encontramos, solo cabe hacer una interpelación en cuanto a que clase de *proyectos* estamos apoyando, gestando o ejecutando: *de vida o de muerte* (de *eros* o de *thanatos*) (cf. I. Hedström *¿Volverán las golondrinas?*, San José: DEI, 1988, p. 42).

El General Millán Astray en un discurso en la Universidad de Salamanca, siendo rector el filósofo Miguel de Unamuno, gritó:

- \* muera la inteligencia
- \* viva la muerte (cf. Hugh Thomas *La guerra civil española*, París: Eds. Ruedo Ibérico, 1961, p. 295).

Esta corriente astrayista de la muerte (*thanatos*) tiene sus beneficiarios y defensores en el campo de la destrucción de la Naturaleza y de la vida (*eros*).

Los *necrófilos* y los *biófilos* siempre estaremos enfrentados.

El movimiento *verde* y el *ecologismo* representan tendencias de la sociedad moderna por la protección y conservación del planeta y de la vida.

Los *necrófilos* con su amor por la muerte y el instinto de la destrucción. Para éstos la fuerza es la que destruye, las personas son cosas, se deleitan convirtiendo lo orgánico en inorgánico. Les gusta lo que los aparta de la vida o se orienta contra ella. Los *biófilos* aman la vida y luchan contra la muerte. Comprenden por qué los hebreos consideraban que el peor pecado era no servir a Jehová con alegría y con gozo de corazón por la abundancia de todas las cosas (Deuteronomio, cap. 28, vers. 47).

Esa concepción del ser humano estructurado, organizado, autómeta, consumista y mecánico, convertido por el sistema económico en un cosa más (una mercancía agregada al mercado) es *necrófila*. Esa figura humana producto de la sociedad burocrático-industrial debe ceder su lugar a una concepción *biófila*. Ese ser humano-cosa (cosificación y alineación del ser humano) se hace y lo hacen indiferente a la vida, sin capacidad crítica no reflexiva; la propaganda convierte al "homo sapiens" en un títere —de— reflejos condicionados (Ivan Pavlov, fisiólogo ruso, 1849-1936) (cf. Vance Packard *Las formas ocultas de la propaganda*, Buenos Aires: Ed. Sudamericana, 1967). La información se hace interesante cuando la vida monótona se interrumpe con noticias sobre muerte, sangre y violencia (cf. Erich Fromm *El corazón del hombre*, México: CFE, 1966, pp. 36 a 60).

## 6. Enajenación y ambiente

La relación del ser humano con el medio ambiente es innegable y obvia.

Analíticamente, se puede desagregar de este modo:

- Externa al ser humano: aquí tanto la sociedad como la Naturaleza tiene autonomía y es independiente.
- Interna al ser humano: en este caso, la sociedad y la Naturaleza tiene una integración con el "homo sapiens".

Ambas proposiciones plantean una paradoja social esencial y profunda (cf. José Miguel Rodríguez, *Principios para una legislación sobre el medio ambiente*, San José: RCJ, No. 44, 1981, p. 66 y *Derecho y enajenación*, San José: RCJ, No. 40, 1980, p. 83).

La tesis que parece más aceptable es que la Naturaleza, sociedad y ser humano formen una unidad debidamente integrada, armónica, sin embargo ese animal sucio y destructor que es el "homo sapiens" (cf. Henry Still, *El animal sucio*, México: Ed. Novaro, 1975) destruye esa armonía y con el culto a la fuerza y a *thanatos*; se autodestruye, combate a la Naturaleza y a la sociedad con una *violencia* brutal, pero que le deja indiferente.

Nuestra posición parte de la observación que el ser humano está divorciado de la naturaleza, del ambiente, de la sociedad y del sistema económico. Y, por ello, está subordinado y alineado por ese contexto, por lo que le rodea. Como lo expresa Rodríguez la relación entre la crisis ecológica y el sistema económico es bastante cercana. El *objetivo* del modo de producción capitalista no es el de producir bienes de uso, sino bienes de cambio. El sistema económico tiene como norte la producción de plusvalía y, por ende, de capital (reproducción del capital) en un proceso de acumulación (reproducción ampliada) que condiciona al entero Sistema (macro concepción) a su reproducción en todos los niveles, dimensiones y estructuras-relaciones (ideológico, religioso, político, social, etc.).

Así, en una sociedad donde los *seres humanos* están condicionados a producir bienes para otros y como extraños a *ellos* mismos (enajenación), la naturaleza también se les presenta como ajena a *ellos*, extraña (extrañada y extrañante). Por la lógica de la enajenación (lo que rodea al ser humano no es él, sino *algo*, una *cosa*, extraña, ajena) se explota al propio ser humano y a la naturaleza para producir plusvalía, para reproducir el capital. A pesar de que con esta práctica alienante y de explotación, se destruya al ser humano y a la naturaleza. Tal es la concepción de muerte (*thanatos*) de este sistema institucionalizado (cf. Rodríguez, *Principios para...*, p. 70).

Rev. Juni 7

El ser humano no sólo se siente extraño frente a todo lo que le rodea, sino que también se siente ajeno a su propia individualidad. Se siente una mercancía más en el sistema económico; se siente como un bien de consumo más en el mercado.

Agregando Fromm que la *enajenación* es total: impregna todas las relaciones; con el trabajo, la naturaleza, el Estado, con sus semejantes y con el propio *homo sapiens*(?!). (cf. Erich Fromm, *La condición humana actual*, Buenos Aires: Paidós, 1973, pp. 8 y 9; y, *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea*, México: CFE, 1964, pp. 104 a 109).

## 7. Ecología política

En Europa y en los Estados Unidos (USA) los *verdes* son grupos de personas con militancia política, que tienen conciencia sobre la influencia partidista en la toma por el poder o en procesos de formación de opinión pública con proyección social.

En nuestro país no hay partidos *verdes*, pero existen cerca de 40 asociaciones de ciudadanos y fundaciones ecologistas, conservacionistas o proteccionistas. Lamentablemente tienen poca presencia en la sociedad y su peso político es muy débil. Pero, el futuro parece prometedor en cuanto que la destrucción de nuestros recursos naturales, flora y fauna está impactando cada vez más a las personas, todo lo cual hace creer que esas agrupaciones se fortalecerán.

Por su parte, los partidos mayoritarios tienen en sus programas algunas partes dedicadas a la ecología y a la protección ambiental.

En este sentido los que comercian con la destrucción de los bosques y los que convierten bosques en potreros para el ganado son grupos económicos de presión muy fuertes con una cuota política muy alta, a la par de otros sectores de la clase alta de Costa Rica ("los que mandan").

## 8. Costa Rica y la legislación ambiental

Nuestro país cuenta con cerca de 2.000 normas jurídicas sobre medio ambiente que no se aplican, que no se cumplen, que carecen de eficacia. No hay voluntad política para aplicarlas ya que hay muchos intereses políticos y económicos en juego de empresas nacionales y de las transnacionales. Además, hay en la Administración Pública una serie de oficinas, agentes públicos y recursos de diversa índole que no funcionan, que están yuxtapuestos, erosionados o neutralizados. Es una telaraña de oficinas pú-



blicas atrapadas por el *Estado-mamut* sin el respaldo de la cúpula de poder político y económico del país y con un apilamiento de normas jurídicas en estado de obsolescencia (cf. GONZALEZ BALLAR, Rafael, *El derecho público y el medio ambiente en Costa Rica*. San José: Revista de Ciencias Jurídicas No. 46, 1982, pp. 101 y 102. Por todo lo que he escrito sobre el tema en periódicos *Protección ambiental: para qué?! San José: matutino La República*, jueves 7 de setiembre de 1989, p. 17A).

En este lamentable estado de cosas, la Asamblea Legislativa cuenta con un proyecto de ley ambiental, que poco agregará a la situación cualitativamente deteriorada de protección al ambiente, ya que existen fuertes intereses de ganaderos, madereros y toda clase de empresas radicadas en nuestro suelo y transnacionales que mantendrán en el papel esa normativa, en el supuesto de que el Poder Legislativo la apruebe.

Es posible que con grupos organizados y fuertes de *verdes* o ecologistas, se logre mejorar dicha situación; pero para este desarrollo político de los *verdes* se requieren condiciones objetivas y subjetivas que apenas si están en embrión.

### 9. *Subdesarrollo y medio ambiente*

Los países subdesarrollados tienen como parte de su tragedia la de ver como grandes y fuertes intereses destruyen su medio ambiente. En nuestro país la situación, por ejemplo, en destrucción de *bosques*, es la siguiente (cf. Bonilla, Alexander *Crisis ecológica de América Central*, San José: Guayacán, 1989, pp. 10, 71 y 72).

Año	Costa Rica (bosques)	% de bosque
	<b>Porcentaje de destrucción</b>	
1890	2	90
1950	30	70
1970	50	50
1980	60	40
1988	80	20

En 38 años el bosque de Costa Rica fue destruido hasta llegar a un 80%. Solo queda un 20% de bosque.

Costa Rica solo tiene una quinta parte de bosque. El 80% restante ha sido destruido. Dentro de 7 años (1989 a 1996) nuestro país tendrá que

importar madera por un monto superior a la factura por petróleo (es decir más de \$350 millones). Por ello Avendaño se pregunta si el país está en condiciones de conservar sus recursos naturales y sus parques nacionales (cf. Avendaño, Roberto, *Conversión de deuda externa por naturaleza-Costa Rica*. San José: versión mimeografiada, 1989, p. 11).

En este año, los países ricos gastan en armamento la suma de mil millones de dólares y las transnacionales le han vendido al Tercer Mundo un billón de dólares (USA) en plagicidas para que envenenen su medio ambiente.

Bien expresa Bonilla que años de miseria, hambre, explotación y regímenes militares, han convertido a América Central en una zona de conflictos, sangre, muerte y refugiados. Se trata de una guerra militar, económica, política, ecológica y religiosa que ha provocado más de 200.000 muertos, dos millones de refugiados y someter a dos terceras partes de la población en una pobreza atroz y destruyendo los recursos naturales (cf. Bonilla, Alexander, *Crisis...*, cit., p. 20).

La tasa de deforestación en Costa Rica es de 50.000 hectáreas al año. Y, no hay nadie con poder suficiente para ponerle *alto* a esta barbarie!!

La Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente, reunida en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972 afirmó meridianamente que en los países en vías de desarrollo, la mayoría de los problemas del medio ambiente son causados por el subdesarrollo mismo (González Ballar, Rafael, *Reflexiones sobre el derecho de protección a la naturaleza y la lucha contra la contaminación ambiental en Costa Rica*, San José: Revista Judicial No. 19, 1981, p. 67).

### 10. *Política, derecho y medio ambiente*

Josue de Castro indicó que el subdesarrollo es la principal causa de contaminación o polución (del griego, *contaminatio*: corromper y del latín *pollutus*: sucio, inmundo). Ello es cierto sin duda (Oliver, Santiago, *Ecología y subdesarrollo*. cit., p. 138).

La *crisis* ecológica, la *crisis* energética y la *crisis* socio-política van de la mano en el Tercer Mundo; y, tal parece que "los que mandan" no hacen nada para frenar esa catástrofe.

Camacho ha señalado el abuso que se da del término *crisis*, cuando dice que ese abuso en el uso del vocablo *crisis* lleva a la conclusión de que siempre estamos en crisis y que, por lo tanto, nada decimos cuando afirmamos que en un momento determinado estamos en crisis (Camacho, Luis, *Uso*

y abuso de las nociones de "crisis" y "modelo" en Ciencias Sociales en Costa Rica. San José: URC, Revista de Filosofía, Nos. 63 y 64, p. 93).

De acuerdo a lo que podrían ser las *políticas estatales del medio ambiente*, cabría decir que en Costa Rica no han existido y mucho menos se han aplicado. Se han emitido cerca de dos mil normas jurídicas (leyes, reglamentos y decretos) sobre el ambiente, pero inconexas, incoherentes, llenas de lagunas, obsoletas, pero sobre todo sin ningún afán de que tengan eficacia. Se trata de una legislación vigente pero ineficaz (sin aplicación).

También se han creado oficinas en diversos lugares del aparato estatal, pero sin los recursos suficientes y necesarios, con personal poco capacitado; con un porcentaje excepcional de expertos sin apoyo institucional, que se aburren o se van de la Administración Pública. Duplicidad de funciones, yuxtaposición, neutralización funcionarial, etc., hacen que esa zona del Estado con rótulos que se supone están orientados al medio ambiente, no pasan de ser estructuras burocráticas son proyección social real.

Como bien señala González, nuestro país no ha tenido ni tiene planificación ni política ambiental (González Ballar, Rafael, *Política, derecho y medio ambiente*, San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 54, 1985, pp. 29 a 39).

#### IV A MODO DE CONCLUSION

La situación del medio ambiente en América Latina y Costa Rica es muy lamentable. Por supuesto que en la totalidad del Tercer Mundo, ocurre cosa semejante.

Parte de la política de dominación de los países ricos sobre los países pobres, es la destrucción de la naturaleza y del medio ambiente a manos de las transnacionales con la complicidad de las oligarquías de poder económico y político ancladas parasitariamente en las naciones del Tercer Mundo.

En nuestro país solo nos queda una quinta parte de bosque. El 80% ha sido destruido por los madereros, ganaderos y otros "empresarios" de hacer dinero con la destrucción del país.

No hay política de protección al medio ambiente. Escasamente en los documentos políticos se hace mención, como por cumplir, al tema ambiental.

Se requiere la formación de grupos fuertes de presión *verde*, ecologista para obligar a las cúpulas de poder a que se preocupen "a la fuerza" por la Naturaleza, por nuestra casa (*oikos*).

## V VOCABULARIO ESENCIAL

### A

#### ADMINISTRACION AMBIENTAL

Se refiere a las instituciones del Estado dedicadas a la protección, conservación y desarrollo de recursos naturales, globalmente considerados.

#### AMBIENTE

También *medio o medio ambiente*.

Ataño a los factores exteriores a un organismo, que lo afectan. Se refiere también al marco o entorno, animado o inanimado en el que se desarrolla la vida de un organismo y que lo afecta.

#### ASOCIACIONES ECOLOGISTAS

Grupo formal o informal de personas, dedicado a la protección, conservación y desarrollo de los recursos naturales, integralmente considerados.

### B

#### BASURA

Puede usarse como sinónimo de desechos.

#### BASURAS DE POBLACION

Desechos domésticos que pueden ser usados como abonos orgánicos.

#### BIOSFERA

Espacio que la vida orgánica ocupa sobre el planeta.

En un libro sobre los Alpes, publicado en 1875 el geólogo austriaco Eduardo Suess (1831-1914) dividió la *Tierra* en estas *esferas*: *atmósfera* (aire), *hidrosfera* (agua), *litosfera* (piedra), *biosfera* (vida), luego se le ha llamado *ecosfera*.

## BIOTOFO

Espacio vital.

## BIOCENOSIS

Comunidad viviente.

## C

### CALIDAD DE VIDA

Alude a todo lo que tienda a mejorar las condiciones globales de existencia de los seres vivos, fundamentalmente del ser humano. Se le esgrime como corrector del sistema económico del desperdicio o de la sociedad del despilfarro.

### CARSON, Rachel (1907-1974)

Bióloga y oceanógrafa, nacida en Estados Unidos (USA).

En 1962 publica el primer manifiesto ecologista Primavera Silenciosa (*Silent Spring*), en el cual denuncia el uso indiscriminado de pesticidas.

### CARTAS

*Del agua* (1968): publicada por el Consejo de Europa, fundamentalmente orientada a impedir la contaminación de las aguas, como un problema internacional.

*De Atenas* (1933): manifiesto sobre la destrucción urbana, redactado en esta ciudad.

*De Beirut* (1973): destinada a la protección del Mar Mediterráneo.

*Europea para la conservación del aire puro*: declaración del Consejo de Europa en la que se establece que todo el que contamine el aire está obligado a reducir esa contaminación y a garantizar su debido control.

*Verde Mainau* (1961): es la base para la protección de la Naturaleza.

### CICLO

En general cualquier proceso vivo que transcurre de forma circular.

### CLUB DE ROMA (1968)

Asociación internacional fundada en 1968 y formada por científicos de disciplinas diversas, así como empresarios e intelectuales. Su publicación *Los límites del crecimiento* (1972, inglés) causó un gran impacto.

## CONSERVACION DE LA NATURALEZA

Movimiento inicial del siglo XIX, impulsado por europeos y norteamericanos para proteger ciertos espacios (parajes y bosques) para su disfrute personal. Posteriormente, ya en el siglo XX, conservacionistas y naturalistas han ampliado ese criterio para incluir una protección amplia de la Naturaleza considerada como patrimonio de la Humanidad presente y futura.

## CONTAMINACION

En sentido genérico: cualquier sustancia extraña a un medio dado. También se le conoce como *polución*.

## CONTROL BIOLÓGICO

Se controlan animales, plaga o parásitos por medio de otros organismos. Se le contraponen al *control químico*, en el cual se utilizan pesticidas.

## D

### DDT

Dicloro difenil tricloroetano (o, metil metano). Pesticida. Desarrollado por el químico suizo Paul Müller (1899-1965) en 1939.

### DEMOGRAFIA

Ciencia social que estudia el tamaño, estructura y desarrollo de las poblaciones humanas.

### DESECHOS

Cualquier producto inservible, residual o basura procedente de las diversas actividades humanas.

### DIA MUNDIAL DEL MEDIO AMBIENTE

Desde 1975 se instituyó el 5 de junio de cada año.

## E

### ECOLOGIA

Disciplina biológica que estudia los seres vivos en los *ecosistemas*.

Es la rama de la biología que estudia las interrelaciones entre los organismos y su medio ambiente. Fue Ernest Haeckel (1865-1909), biólogo

alemán el que acuñó este término en 1866. Viene del griego *oikos*=casa y *logos*=estudio.

## ECONOMIA

Ciencia social cuya preocupación esencial es el modo en que la sociedad utiliza sus limitados recursos (tesis de la escasez), los cuales tienen usos alternativos (tesis del costo de oportunidad), destinados a producir bienes y servicios para el consumo presente y futuro. Viene del griego *oikos*=casa y *nomos*=orden, pauta, regla.

## ECOSISTEMA

Sistema completo, compuesto por organismos y por el complejo total de factores físicos que forman el *ambiente* que les rodea.

Tansley en 1920 acuñó este término.

## ETOLOGIA

Ciencia que estudia el comportamiento de los animales. El biólogo Konrad Lorenz (1903-1987) austriaco, cultivó esta rama de la biología.

## F

## FACTORES AMBIENTALES

Elementos susceptibles de actuar sobre los seres vivos. El médico militar británico Fanning demostró en 1967 la relación existente entre el tipo de vivienda y la posibilidad de contraer enfermedades, por ejemplo.

## G

## GENETICA

Parte de la biología que se ocupa de la importancia de los factores hereditarios en la formación de las características propias de la especie en los organismos vivos y de la regularidad de su transmisión a los descendientes (*teoría de la herencia*). Este concepto lo introdujo William Bateson (1861-1926), biólogo inglés en 1906.

## H

## HABITAT

Condiciones naturales que rodean a una especie vegetal o animal y el lugar mismo donde vive dicha especie. En este sentido se puede usar como sinónimo de *medio*.

## HIGIENE

Teoría y práctica del cuidado de la salud y de las posibilidades de inmunización tanto del individuo como de la comunidad. Max Joseph von Pettenkofer (1818-1901), higienista alemán; fue el fundador del tratamiento de la higiene en forma científica.

## I

## INDUSTRIALIZACION

Proceso europeo del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX (Revolución Industrial) que se inició en Inglaterra y alcanzó su máximo desarrollo en Estados Unidos (USA) y Japón. La *industrialización* es el factor de deterioro ambiental más importante. La *sociedad de consumo*, despilfarradora de recursos y productora de desechos y del aumento del CO<sub>2</sub> (dióxido de carbono) en la atmósfera, tiene sus raíces directas en este proceso histórico.

## M

## MALTUSIANISMO

Teoría de la población fundada en las tesis de Thomas Robert Malthus (1766-1834) economista inglés. Planteo que la población crecía en progresión geométrica (2, 4, 8, 16, 32...) y los alimentos se incrementaban de modo aritmético (1, 2, 3, 4...). El exceso de personas implicaba hambre, la cual solo con el control de la natalidad podía ser corregida y no mediante la técnica. En 1798 publicó su primer libro *Ensayo sobre la población*, en el cual expone esas ideas.

## MEDIO

Se puede hacer sinónimo de medio ambiente. Es el marco animado o inanimado en el que se desarrolla la vida de un organismo.

## L

### LIMNOLOGIA

Relación entre los organismos acuáticos y su ambiente.

## O

### ORDENACION DEL ESPACIO

O, del territorio. Concepto genérico que se refiere a cualquier planificación oficial del territorio o un espacio.

### OZONOSFERA

Capa de ozono que rodea la Tierra. Es una capa dentro de la estratosfera (entre los 20 y 40 km de altura). Tiene un papel clave para la vida en la Tierra, ya que al absorber las radiaciones ultravioleta del sol, actúa como reguladora del calor (clima). Esta capa está perforada y el diámetro de la abertura crece continuamente poniendo en peligro el *clima* terrestre, como efecto del uso de cierto tipo de *aerosoles*, entre otros factores.

## P

### PACIFISMO

Movimiento social a favor de la paz y contra la destrucción de la vida por la guerra y las armas nucleares.

### PAISAJE

Porción de espacio de la superficie terrestre aprehendida visualmente.

### PESTICIDAS

Sustancias que matan o impiden el crecimiento de ciertos organismos competidores del ser humano y sus intereses.

V. gr.: herbicidas, insecticidas, bactericidas, alguicidas, fungicidas.

## R

### RECURSOS NATURALES

A la par de los conceptos de *ecosistema* y *paisaje*, el de recursos naturales es básico en *ecología*. Se refiere a la totalidad de materias primas y

de los medios de producción aprovechables en la actividad económica, procedentes de la Naturaleza. Se suelen dividir en renovables y no renovables.

## S

### SCHUMACHER, Ernest Friedrich (1911-1977)

Ecologista y economista, nacido en Alemania. En su libro Lo pequeño es hermoso (*Small is beautiful*, 1973) alega en favor de la sociedad planteando una crítica al culto del crecimiento económico.

Este libro se considera como una biblia ecologista.

### SELECCION NATURAL

Tesis atribuida a Charles Darwin (1809-1882) por la cual se sostiene la sobrevivencia de los individuos más aptos (1859).

### SOCIEDAD DE CONSUMO

Se le llama también sociedad del desperdicio. Lo que se produce está hecho para durar un plazo de tiempo, al cabo del cual se desecha, se bota, se convierte en basura.

## V

### "VERDES"

Agrupaciones de personas para la protección de la Naturaleza, recursos naturales y el medio ambiente. Integran asociaciones, partidos, fundaciones, etc.

## VI PREGUNTAS SOBRE EL TEMA.

- 1) ¿Qué es la ecología?
- 2) ¿Cómo se puede explicar la destrucción acelerada de los bosques en Costa Rica?
- 3) ¿Cómo pueden los seres humanos evitar o impedir la destrucción acelerada de los recursos naturales?
- 4) ¿Cómo se podría definir el derecho ambiental?
- 5) ¿Cuáles son algunos de los problemas angustiantes de la crisis ecológica?
- 6) ¿Cómo se podría explicar que en Costa Rica, con aproximadamente 2.000 normas jurídicas sobre el medio ambiente, la destrucción de la Naturaleza avance aceleradamente?
- 7) ¿Por qué las 40 fundaciones y asociaciones de protección al medio ambiente en Costa Rica, tienen poco peso o impacto en la sociedad costarricense?
- 8) ¿La promulgación de un Código Ambiental frenará la destrucción de los recursos naturales en Costa Rica?
- 9) ¿Existe voluntad política en nuestro país para proteger y conservar los recursos naturales?
- 10) ¿Las grandes empresas transnacionales tienen un real y efectivo interés en la conservación de los recursos naturales en nuestra nación?
- 11) ¿Qué puede hacer el pueblo costarricense por evitar la destrucción de su país?
- 12) ¿Se puede esperar que el Estado haga algo *efectivo* para frenar la destrucción de nuestro medio ambiente?

## VII BIBLIOGRAFIA BASICA DE REFERENCIA

- AVENDAÑO, Roberto. *Conversión de deuda externa por Naturaleza* (San José: mimeógrafo, 1989).
- ASIMOV, Isaac. *Enciclopedia biográfica de ciencia y tecnología* (Madrid: Revista de Occidente, 1973).
- AYLESWORTH, Thomas. *La crisis del medio ambiente* (México: CFE, 1982).
- BIFANI, Pablo. *Desarrollo y medio ambiente* (Madrid: Cifca, 1981-82, T. 1, 2 y 3).
- BONILLA, Alexander. *Crisis ecológica de América Central* (San José: Guayacán, 1989). *Situación ambiental en Costa Rica* (San José: MCJD, 1985).
- CAMACHO, Luis. *Uso y abuso de las nociones de "crisis" y "modelo" en las ciencias sociales en Costa Rica* (San José: RF, Nos. 63 y 64, 1988).
- CANO, Guillermo. *Derecho, política y administración ambientales* (Buenos Aires, DECAMA, 1978).
- CARDENAS, Marta. *Políticas ambientales y desarrollo* (Bogotá: Fescol-Inderena, 1986).
- ECKHOLM, Erik. *La tierra que perdemos* (Buenos Aires, Tres Tiempos, 1977). *Estudio de los problemas críticos del ambiente. La influencia del hombre en el medio global* (México: CFE, 1976).
- FARB, Peter. *Ecología* (México: Life, 1965).
- FRANKEL, Maurice. *Manual de anticontaminación* (México: CFE, 1982).
- FROMM, Erich. *La condición humana actual* (Buenos Aires: Paidós, 1973). *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea* (México: CFE, 1964). *El corazón del hombre* (México: CFE, 1966).
- GONZALES BALLAR, Rafael. *El derecho público y el medio ambiente en Costa Rica* (San José: RCJ, No. 46, 1982). *Política, derecho y medio ambiente* (San José: RCJ, No. 54, 1985). *Reflexiones sobre el derecho de protección a la naturaleza y la lucha contra la contaminación*

*ambiental en Costa Rica* (San José: RJ, No. 19, 1981). *La protección del medio ambiente en Centro América* (San José, inédito, 1989).

HEDSTRÖM, Ingemar. *Somos parte de un gran equilibrio* (San José: DEI, 1988). *¿Volverán las golondrinas?* (San José: DEI, 1988). *La situación ambiental en Centroamérica y el Caribe* (ed.) (San José: DEI, 1989).

HIDALGO, Roberto; MONGE, Guillermo. *El futuro cercano y la capacidad tecnológica costarricense* (San José: UNED-UCR, 1989).

LEMKON, L.; BUTTEL, F. *Los movimientos ecologistas* (Madrid: Mezquita, 1983).

LOPEZ PORTILLO Y RAMOS. *El medio ambiente en México: temas, problemas y alternativas* (México: CFE, 1982).

LUNDAHL, Mats; PALUPESSY, WIM (eds.). *Crisis económica en Centroamérica y el Caribe* (San José: DEI, 1989).

MARTIN MATEO, Ramón. *Derecho ambiental* (Madrid: IEAL, 1977). *Derecho público de la economía* (Madrid: Ceura, 1985).

MCCIOSKEY, H. Z. *Ética y política de la ecología* (México: CFE, 1988).

NOVOA MONREAL, Eduardo. *Nacionalización y recuperación de recursos naturales ante la ley internacional* (México: CFE, 1974).

OLIVER, Santiago. *Ecología y subdesarrollo en América Latina* (México: Siglo XXI, 1986).

PIGRETTI, Eduardo. *at al. Derecho Agrario y recursos naturales* (Buenos Aires. Abeledo. Perrot, 1983).

RODRIGUEZ, José Miguel. *Principios para una regulación sobre el medio ambiente* (San José: RCJ, No. 44, 1981). *Derecho y enajenación* (San José: RCJ, No. 40, 1980).

ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *El derecho del mar* (San José: Imprenta Nacional, 1985). *La destrucción del ambiente* (San José: periódico La República, 26 de set. 1989). *Protección ambiental: ¿para qué?* (San José: periódico La República, 7 set. 1989).

SALAZAR, Roxana. *Justificaciones para una adecuada protección del medio ambiente* (San José: RJ, No. 41, 1987).

SALAZAR, Roxana; ZUÑIGA, Isabel. *Nociones sobre la legislación de la salud en Costa Rica* (San José: EUNED, 1989).

SEMENT, Juan. *La contaminación* (Barcelona: Salvat, 1973).

STILL, Henry. *El animal sucio* (México: Novaro, 1975).

TURK, A. *et al. Ecología-contaminación-medio ambiente* (México: Ed. Interamericana, 1973).

VOIGT, Bürgen. *La destrucción del equilibrio biológico* (Madrid: Almiza, 1971).

WARD, Barbara *et al. ¿Quién defiende a la Tierra?* (México: CFE, 1975); y DUBOS, René. *Un sola Tierra* (México: CFE, 1974).

WEIDNER, Helmut; y HILKEK, Toens. *Hacia una conciencia ecologica* (Caracas: Ed. Nueva Sociedad, 1989).

WILSON, Carroll *et al. La influencia del hombre en el medio global* (México: CFE, 1976).

\*\*\*\*\*

## VIII DERECHO AL MEDIO AMBIENTE

Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano. Estocolmo, junio de 1972

*La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Reunida en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972, y*

*Atenta a la necesidad de un criterio y unos principios comunes que ofrezcan a los pueblos del mundo inspiración y guía para preservar y mejorar el medio humano*

*Proclama que:*

1. El hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente. En la larga y tortuosa evolución de la raza humana en este planeta se ha llegado a una etapa en que, gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuando lo rodea. Los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los Derechos Humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma.

2. La protección y mejoramiento del medio humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos.

3. El hombre debe hacer constantemente recapitulaciones de su experiencia y continuar descubriendo, inventando, creando y progresando. Hoy en día, la capacidad del hombre de transformar lo que lo rodea, utilizada con discernimiento, puede llevar a todos los pueblos los beneficios del desarrollo y ofrecerles la oportunidad de ennoblecer su existencia. Aplicado errónea e imprudentemente, el mismo poder puede causar daños incalculables al ser humano y a su medio. A nuestro alrededor vemos multiplicarse las pruebas del daño causado por el hombre en muchas regiones de la Tierra; niveles peligrosos de contaminación del agua, el aire, la tierra y los seres vivos; grandes trastornos del equilibrio ecológico de la biosfera; destrucción y agotamiento de recursos insustituibles y graves deficiencias, nocivas para la salud física, mental y social del hombre, en el medio por él creado, especialmente en aquel en que vive y trabaja.

4. En los países en desarrollo, la mayoría de los problemas ambientales están motivados por el subdesarrollo. Millones de personas viviendo muy por debajo de los niveles mínimos necesarios para una existencia humana decorosa, privadas de alimentación y vestido, de vivienda y educación, de sanidad e higiene adecuados. Por ello, los países en desarrollo deben dirigir sus esfuerzos hacia el desarrollo, teniendo presentes sus prioridades y la necesidad de salvaguardar y mejorar el medio. Con el mismo fin, los países industrializados deben esforzarse por reducir la distancia que los separa de los países en desarrollo. En los países industrializados, los problemas ambientales están generalmente relacionados con la industrialización y el desarrollo tecnológico.

5. El crecimiento natural de la población plantea continuamente problemas relativos a la preservación del medio, y se deben adoptar normas y medidas apropiadas, según procesa, para hacer frente a estos problemas. De cuanto existe en el mundo, los seres humanos son lo más valioso. Ellos son quienes promueven el progreso social, crean riqueza social, desarrollan la ciencia y la tecnología, y, con su duro trabajo, transforman continuamente el medio humano. Con el progreso social y los adelantos de la producción, la ciencia y la tecnología, la capacidad del hombre para mejorar el medio se acrece cada día que pasa.

6. Hemos llegado a un momento de la historia en que debemos orientar nuestros actos en todo el mundo atendiendo con mayor cuidado a las consecuencias que puedan tener para el medio. Por ignorancia o indiferencia podemos causar daños inmensos e irreparables al medio terráqueo del que dependen nuestra vida y nuestro bienestar. Por el contrario, con un conocimiento más profundo y una acción más prudente, podemos conseguir para nosotros y para nuestra posteridad unas condiciones de vida mejores en un medio más en consonancia con las necesidades y aspiraciones del hombre., Las perspectivas de elevar la calidad del medio y de crear una vida satisfactoria son grandes. Lo que se necesita es entusiasmo, pero, a la vez serenidad de ánimo; trabajo afanoso, pero sistemático. Para llegar a la plenitud de su libertad dentro de la naturaleza, el hombre debe aplicar sus conocimientos a forjar, en armonía con ella, un medio mejor. La defensa y el mejoramiento del medio humano para las generaciones presentes y futuras se ha convertido en meta imperiosa de la humanidad, que ha de perseguirse al mismo tiempo que las metas fundamentales ya establecidas de la paz y el desarrollo económico y social en todo el mundo, y de conformidad con ellas.

7. Para llegar a esa meta será menester que ciudadanos y comunidades, empresas e instituciones, en todos los planos, acepten las responsabilidades que les incumben y que todos ellos participen equitativamente en la labor común. Hombres de toda condición y organizaciones de diferente índole plasmarán, con la aportación de sus propios valores y la suma de sus actividades, el medio ambiente del futuro. Corresponderá a las administraciones locales y nacionales, dentro de sus respectivas jurisdicciones, la mayor parte de la carga en cuanto al establecimiento de normas y la aplicación de medidas en gran escala sobre el medio. También se requiere la cooperación internacional con objeto de allegar recursos que ayuden a los países en desarrollo a cumplir su cometido en esta esfera. Y hay un número cada vez mayor de problemas relativos al medio que, por ser de alcance regional o mundial o por repercutir en el ámbito internacional común, requerirán una amplia colaboración entre las naciones y la adopción de medidas por las organizaciones internacionales en interés de todos. La Conferencia



encarece a los gobiernos y a los pueblos que aúnen sus esfuerzos para preservar y mejorar el medio humano en beneficio del hombre y de su posteridad.

## II

### Principios

*Expresa la convicción común de que:*

*Principio 1.* El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el *apartheid*, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión y de dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse.

*Principio 2.* Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga.

*Principio 3.* Debe mantenerse y, siempre que sea posible, restaurarse o mejorarse la capacidad de la Tierra para producir recursos vitales renovables.

*Principio 4.* El hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y fauna silvestres y su hábitat, que se encuentran actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos. En consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y fauna silvestres.

*Principio 5.* Los recursos no renovables de la Tierra deben emplearse de forma que se evite el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que toda la humanidad comparta los beneficios de tal empleo.

*Principio 6.* Debe ponerse fin a la descarga de sustancias tóxicas o de otras materias y a la liberación de calor en cantidades o concentraciones tales que el medio no pueda neutralizarlas, para que no se causen daños graves o irreparables a los ecosistemas. Debe apoyarse la justa lucha de los pueblos de todos los países contra la contaminación.

*Principio 7.* Los Estados deberán tomar todas las medidas posibles para impedir la contaminación de los mares por sustancias que puedan poner en peligro la salud del hombre, dañar los recursos vivos y la vida marina, menoscabar las posibilidades de esparcimiento o entorpecer otras utilidades legítimas del mar.

*Principio 8.* El desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable y crear en la Tierra las condiciones necesarias para mejorar la calidad de vida.

*Principio 9.* Las deficiencias del medio originadas por las condiciones del subdesarrollo y los desastres naturales plantean graves problemas, y la mejor manera de subsanarlas es el desarrollo acelerado mediante la transferencia de cantidades considerables de asistencia financiera y tecnológica que complemente los esfuerzos internos de los países en desarrollo y la ayuda oportuna que pueda requerirse.

*Principio 10.* Para los países en desarrollo, la estabilidad de los precios y la obtención de ingresos adecuados de los productos básicos y las materias primas son elementos esenciales para la ordenación del medio, ya que han de tenerse en cuenta tanto los factores económicos como los procesos ecológicos.

*Principio 11.* Las políticas ambientales de todos los Estados deberían estar encaminadas a aumentar el potencial de crecimiento actual o futuro de los países en desarrollo y no deberían menoscabar ese potencial ni obstaculizar el logro de mejores condiciones de vida para todos, y los Estados y las organizaciones internacionales deberían tomar las disposiciones pertinentes con miras a llegar a un acuerdo para hacer frente a las consecuencias económicas que pudieran resultar, en los planos nacional e internacional, de la aplicación de medidas ambientales.

*Principio 12.* Deberían destinarse recursos a la conservación y mejoramiento del medio, teniendo en cuenta las circunstancias y las necesidades especiales de los países en desarrollo y cualesquiera gastos que pueda originar a estos países la inclusión de medidas de conservación del medio en sus planes de desarrollo, así como la necesidad de prestarles, cuando lo soliciten, más asistencia técnica y financiera internacional con ese fin.

*Principio 13.* A fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano en beneficio de su población.

*Principio 14.* La planificación racional constituye un instrumento indispensable para conciliar las diferencias que puedan surgir entre las exigencias del desarrollo y la necesidad de proteger y mejorar el medio.

*Principio 15.* Debe aplicarse la planificación a los asentamientos humanos y a la urbanización con miras a evitar repercusiones perjudiciales sobre el medio y a obtener los máximos beneficios sociales, económicos y ambientales para todos. A este respecto deben abandonarse los proyectos destinados a la dominación colonialista y racista.

*Principio 16.* En las regiones en que exista el riesgo de que la tasa de crecimiento demográfico o las concentraciones excesivas de población perjudiquen al medio o al desarrollo, o que la baja densidad de población pueda impedir el mejoramiento del medio humano y obstaculizar el desarrollo, deberían aplicarse políticas demográficas que respetasen los derechos humanos fundamentales y contasen con la aprobación de los gobiernos interesados.

*Principio 17.* Debe confiarse a las instituciones nacionales competentes la tarea de planificar, administrar o controlar la utilización de los recursos ambientales de los Estados con miras a mejorar la calidad del medio.

*Principio 18.* Como parte de su contribución al desarrollo económico y social, se debe utilizar la ciencia y la tecnología para descubrir, evitar y combatir los riesgos que amenazan al medio, para solucionar los problemas ambientales y para el bien común de la humanidad.

*Principio 19.* Es indispensable una labor de educación en cuestiones ambientales, dirigida tanto a las generaciones jóvenes como a los adultos y que preste la debida atención al sector de población menos privilegiado, para ensanchar las bases de una opinión pública bien informada y de una conducta de los individuos, de las empresas y de las colectividades inspirada en el sentido de su responsabilidad en cuanto a la protección y mejoramiento del medio en toda la dimensión humana. Es también esencial que los medios de comunicación de masas eviten contribuir al deterioro del medio humano y difundan, por el contrario, información de carácter educativo sobre la necesidad de protegerlo y mejorarlo, a fin de que el hombre pueda desarrollarse en todos los aspectos.

*Principio 20.* Se deben fomentar en todos los países, especialmente en los países en desarrollo, la investigación y el desarrollo científicos referentes a los problemas ambientales, tanto nacionales como multinacionales. A este respecto, el libre intercambio de información científica actualizada y de experiencia sobre la transferencia debe ser objeto de apoyo y asistencia, a fin de facilitar la solución de los problemas ambientales; las tecnologías ambientales deben ponerse a disposición de los países en desarrollo en unas condiciones que favorezcan su amplia difusión sin que constituyan una carga económica excesiva para esos países.

*Principio 21.* De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios de derecho internacional; los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política

ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

*Principio 22.* Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción.

*Principio 23.* Sin perjuicio de los criterios que puedan acordarse por la comunidad internacional y de las normas que deberán ser definidas a nivel nacional, en todos los casos será indispensable considerar los sistemas de valores preexistentes en cada país y la aplicabilidad de unas normas que si bien son válidas para los países más avanzados pueden ser inadecuadas y de alto costo social para los países en desarrollo.

*Principio 24.* Todos los países grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados, para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados.

*Principio 25.* Los Estados se asegurarán de que las organizaciones internacionales realicen una labor coordinada, eficaz y dinámica en la conservación y mejoramiento del medio.

*Principio 26.* Es preciso librar al hombre y a su medio de los efectos de las armas nucleares y de todos los demás medios de destrucción en masa. Los Estados deben esforzarse por llegar pronto a un acuerdo, en los órganos internacionales pertinentes, sobre la eliminación y destrucción completa de tales armas.

16 de junio de 1972

## INDICE

	<i>Pág.</i>
Presentación .....	9
<i>Ensayos:</i>	
Evolución reciente del Derecho en Costa Rica (30 años de ensayo)	
<i>Lic. Eduardo Ortiz</i> .....	11
El Ombudsman	
<i>Dr. Hugo Alfonso Muñoz Q.</i> .....	33
Síntesis del Sector Legal dentro de la estrategia nacional para la conservación y protección del ambiente	
<i>Dr. Rafael González Ballar</i> .....	55
La Refinadora Costarricense de Petróleo como Empresa del Estado	
<i>Lic. Elías Soley Gutiérrez</i> .....	93
Algunas reflexiones sobre el Proceso Ejecutivo en Costa Rica	
<i>Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo</i> .....	107

La Despenalización de la Usurpación Agraria

*Lic. Juan Diego Castro Fernández* ..... 125

Acerca de una nueva Legislación de Aguas. Las medidas sobre la conservación de las aguas

*Ms. Roxana Salazar* ..... 139

La Tutela de los Derechos: El Contencioso Administrativo

*Dr. Luis Guillermo Herrera Castro* ..... 157

Consideraciones Jurídicas en torno al Medio Ambiente

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez* ..... 167

\*\*\*\*\*

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