

340
R

REV 156073

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

4 DIAS

Sistema de Bibliotecas - UCR



REV 156073

UNI

REV 120023

BIBLIOTECA, FACULTAD
DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

FA
UNIV
E

63

(1963 - 1989)

26 AÑOS



SAN JOSE, COSTA RICA

MAYO — AGOSTO

1989



JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS

1989

Presidente:

Dr. Enrique Rojas Franco

Vicepresidente:

Lic. Rodrigo Montenegro Trejos

Secretario:

Lic. Marco A. Jiménez Carmiol

Prosecretario:

Lic. Juan A. Casafont Odor

Tesorero:

Dr. Gonzalo Fajardo Salas

Vocal 1:

Licda. Aracelly Pacheco Salazar

Vocal 2:

Dr. Ovelio Rodríguez León

Vocal 3:

Lic. Federico C. Sáenz de Mendiola

Vocal 4:

Lic. Carlos Ramírez Aguilar

Vocal 5:

Lic. Rosa E. Blanco Matamoros

Fiscal:

Dr. Román Solís Zelaya

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Directora Consejo Universitario:
Dra. María Amoretti

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-Rectora de Vida Estudiantil:
Lic. Fernando Mayorga

Vice-Rector de Administración:
Máster Carlos Serrano

Decano Facultad de Derecho:
Dr. Bernardo Van Der Laat

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 Estrada Navas

Coordinador de la Comisión Editorial:
Ing. Mario Murillo Rodríguez

PRESENTACION

En este número se publican trabajos de investigación en las áreas del derecho procesal, constitucional, penal, administrativo, comercial civil; como también, acerca de la teoría general e historia del derecho.

Se complementa esta edición con varias reseñas bibliográficas; y, la impresión de la Ley de inquilinato, dado su significativo impacto en la sociedad.

El director y editor

LIBRARY
UNIVERSITY OF COSTA RICA

En este trabajo se pretende analizar el proceso de la investigación en las áreas del derecho procesal, administrativo, penal, laboral, tributario, comercial civil, como también, áreas de derecho general y derecho del decisor.

Se complementa con el libro en otras fuentes bibliográficas y la importancia de la ley en el desarrollo de la investigación jurídica en la actualidad.

- 1. Introducción
- 2. El proceso de la investigación
- 3. El derecho procesal
- 4. El derecho administrativo
- 5. El derecho penal
- 6. El derecho laboral
- 7. El derecho tributario
- 8. El derecho comercial
- 9. El derecho civil
- 10. El derecho del decisor

DEL PROCESO Y LA CULTURA

Prof. Walter Antillón

Profesor Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

La cultura tiene un papel importante en el desarrollo de la investigación jurídica. El proceso de la investigación jurídica es un proceso que requiere de una cultura jurídica que permita al investigador comprender y analizar los hechos y las normas jurídicas de manera crítica y creativa.

El proceso de la investigación jurídica es un proceso que requiere de una cultura jurídica que permita al investigador comprender y analizar los hechos y las normas jurídicas de manera crítica y creativa. La cultura jurídica es el conjunto de valores, actitudes y conocimientos que permiten al investigador comprender y analizar los hechos y las normas jurídicas de manera crítica y creativa.

El proceso de la investigación jurídica es un proceso que requiere de una cultura jurídica que permita al investigador comprender y analizar los hechos y las normas jurídicas de manera crítica y creativa. La cultura jurídica es el conjunto de valores, actitudes y conocimientos que permiten al investigador comprender y analizar los hechos y las normas jurídicas de manera crítica y creativa.

- 1. Introducción
- 2. El proceso de la investigación
- 3. El derecho procesal
- 4. El derecho administrativo
- 5. El derecho penal
- 6. El derecho laboral
- 7. El derecho tributario
- 8. El derecho comercial
- 9. El derecho civil
- 10. El derecho del decisor



1. Una reciente muestra realizada con los alumnos de la Cátedra de Derecho Procesal Penal en algunos Tribunales de Justicia de Costa Rica me trae a la presente reflexión de teoría general acerca de la relación entre el proceso jurisdiccional y la cultura del país, pasando por el reexamen de ciertos aspectos de la debatida cuestión de la "naturaleza jurídica del proceso".

La muestra trata de lograr algunas informaciones que permitieran sugerir una respuesta a la pregunta *¿Se está produciendo una involución inquisitorial en el nuevo proceso penal de Costa Rica?* Como es sabido, por Ley N° 5377 de 19 de octubre de 1973 (que sólo alcanzó vigencia general desde el 1° de julio de 1976) se promulgó un nuevo Código de Procedimientos Penales que siguió el modelo vigente desde 1939 en la Provincia de Córdoba, Argentina, abandonando desde entonces el modelo del Código de 1910, de raigambre española pre-liberal.⁽¹⁾ Era, visiblemente, un progreso importante en la legislación procesal costarricense. Sin embargo, en los años más de diez años de vigencia del nuevo Código, muchos abogados particulares, y también algunos defensores públicos advirtieron frecuentes síntomas de una "lectura inquisitorial" del articulado del mismo de parte de los operadores prácticos: no sólo de parte de algunos jueces y fiscales, sino incluso de los propios defensores privados y públicos.

¿Qué estaba ocurriendo en realidad? De existir la denominada involución ¿cuáles eran sus dimensiones precisas, es decir, se trataba de un fenómeno generalizado o sólo de algunos casos aislados? El muestreo que mis alumnos y yo organizamos hace aproximadamente un año no pretendía dar una respuesta segura a la pregunta básica, sino más bien descubrir algunos indicadores que nos permitieran construir una hipótesis que sirviera de punto de partida para ulteriores investigaciones. Procedimos del siguiente modo:

- a. Se eligieron dos períodos de estudio: uno al inicio de la vigencia del nuevo Código (años 1976 y 1977) y otro lo más reciente posible (1985 y 1986).
- b. Para el primer período se tomaron 157 expedientes de los tribunales de la provincia de San José, escogidos al azar; para el segundo período se tomaron 163 expedientes de los mismos tribunales, también al azar.
- c. En la investigación participaron alrededor de cincuenta alumnos del curso de Derecho Procesal Penal.

(1) HEVIA BOLAÑOS, Juan: *Curia Filipica*; Rosa y Bouret, París, 1783; TOMAS Y VALIENTE, Francisco: *El derecho penal de la monarquía absoluta*. Tecnos, Madrid, 1969; pág. 153 y ss.

d. Frente a cada expediente los alumnos darían respuesta a las siguientes cuestiones:

1. Detención del imputado;
2. Incorporación por lectura, dentro del debate, de la prueba testimonial recogida durante la instrucción;
3. Ejercicio de la acción civil;
4. Coincidencia entre las razones que sustentan la elevación a juicio y las que sustentan la sentencia;
5. Comparación entre la cantidad de medios de prueba evacuados durante la instrucción y durante la etapa de juicio.

Pues bien, los resultados de la muestra fueron los siguientes:

A) En el bienio 1976-1977, en el 67% de los casos se decretó la detención preventiva del imputado, mientras que en el bienio 1985-1986 el porcentaje fue de 83.3%.

B) En el bienio 1976-1977, en el 35% de los casos se incorporó por lectura, al debate, la prueba testimonial producida en la instrucción; mientras que en el bienio 1985-1986 ese porcentaje fue del 43,5%.

C) Durante el bienio 1976-1977, se ejerció la acción civil en el 14,6% de los casos, mientras que en el bienio 1985-1986 el porcentaje fue del 13,9%.

D) Durante el bienio 1976-1977, en el 61% de los casos hubo coincidencia entre las razones que sustentaron la elevación a juicio y las que sustentaron la sentencia; en el bienio 1985-1986 el porcentaje fue del 60%.

E) Durante el bienio 1976-1977, en el 64% de los casos la prueba evacuada en la etapa de instrucción fue más abundante que la evacuada durante el juicio; en el bienio 1985-1986 el porcentaje fue del 65%.

2. El carácter equívoco y conjetural de algunos de los datos obtenidos fue planteado claramente en el curso de la investigación y en la evaluación final de los resultados. Sin embargo creo que, aún en el peor de los casos, ciertas conclusiones importantes quedan en pie.

Por ejemplo, podemos tener por cierto que la tendencia a decretar la detención de los imputados es mayoritaria y ha aumentado notablemente en los últimos años. Sin embargo, de la aplicación del articulado del nuevo Código cabría esperar, en general, otros resultados, puesto que los artículos 1 y 3 consagran el principio de inocencia y el "favor libertatis" (en armonía

con los arts. 37 y 39 de la Constitución Política) y el arresto, la detención y la prisión preventiva están concebidos como excepcionales (art. 265 del Código de Procedimientos Penales).

Asimismo resulta bastante notable la tendencia, también creciente, a incorporar al debate, por simple lectura de las actas, la prueba testimonial que se había recibido durante la instrucción. Como es sabido, este mecanismo está concebido en el nuevo Código como excepcional (art. 384 ídem) puesto que contraría uno de los principios básicos que dicho cuerpo legal consagra, y tiende a conferir a la etapa instructoria una influencia inadmisibles en la decisión de la causa.

Refuerzan esa tendencia los datos sobre la coincidencia de los razonamientos del juez de instrucción en el auto de elevación a juicio con los del Tribunal en la Sentencia, y sobre la mayor abundancia de prueba en la instrucción que en el juicio. Todo sumado permite hipotizar un debilitamiento no deseable del momento del juicio, con todas sus garantías para los derechos del imputado y la mejor discusión de los hechos, en beneficio de la etapa instructoria.

Por su parte, la progresiva deserción de la víctima alejaría de nuestro proceso la posibilidad de reconstruir el conflicto con sus partes naturales y acentuaría el enfrentamiento directo entre el imputado (un particular) y el Estado.

Así las cosas, tenemos por un lado un Código de Procedimientos Penales que consagra un modelo mixto cuyo punto más alto es la etapa de juicio, predominantemente acusatoria y garantista; por otra parte tendríamos, según la hipótesis examinada, una práctica que se mueve hacia una paulatina restauración del viejo modelo inquisitorio, correspondiente al Código de 1910, a través de una "lectura" peculiar del nuevo texto. El caso merece, en verdad, una investigación profunda y rigurosa que no era mi pretensión realizar en aquel momento.

A propósito de este contraste, recordemos que en sus memorables charlas mexicanas sobre "Proceso y Democracia" hablaba bien CALAMANDREI de la costumbre judicial, para denotar precisamente esa fuerza que a veces contrasta y vence a los Códigos,⁽²⁾ generalmente no aparece como una violación abierta de las normas escritas, sino como un cierto sesgo interpretativo, más o menos sutil, que produce como resultado una praxis contraria a la lógica interna del Código; que lleva subseptivamente a soluciones reñidas con los principios en los cuales aquél se sustenta.

Estas ideas, que nutren la hipótesis de una práctica "correctora" del texto legal vigente me trajeron a la memoria una *anécdota* de juventud y algunos planteamientos de teoría del proceso que me parece oportuno exponer aquí.

(2) CALAMANDREI, Piero: *Proceso y democracia*. EJE, Buenos Aires, 1960; pág. 42 y ss.

3. La anécdota es la siguiente: Una noche, hace muchos años coincidimos en el vestíbulo de la Sede del Colegio de Abogados de Costa Rica un grupo de jóvenes estudiosos del Derecho Procesal con dos viejos colegas, un juez y un abogado, que habían cenado allí con sus esposas. Cambiamos saludos y, al enterarse el abogado de nuestros afanes científicos, dijo irónicamente dirigiéndose al juez: "dejémosles que elaboren sus proyectos y sus teorías; nosotros hacemos los procesos". Pensamos entonces que el viejo abogado quería afirmar así la supremacía de la práctica sobre el quehacer teórico: el valor de su trabajo cotidiano por encima de nuestros "sueños" doctrinarios y reformadores. Ahora, en cambio, la frase se me aparece con el valor de un paradigma de la nueva teoría.

4. En efecto, ahora pienso que el proceso es un hecho, una actividad concreta del juez y las partes. El proceso no queda hecho, de una buena vez, cuando terminamos de elaborar el proyecto del Código, ni cuando este proyecto se convierte en ley de la República. Al proceso hay que hacerlo cada día en las salas de los tribunales, sí, pero también en cierto modo se puede decir que al proceso hay que hacerlo igualmente en las aulas universitarias, en las escuelas y en las fábricas, en el seno de las familias: el proceso es historia y cultura; una obra humana que refleja la cultura política, el grado de civilidad y de humanismo de la sociedad; que refleja también el balance de las fuerzas que pugnan en esa sociedad.⁽³⁾

5. A pesar de la tradición democrática de Costa Rica, que afortunadamente en los últimos tiempos se ha visto reforzada en muchos aspectos, creo que en el campo penal la clase jurídica (y me atrevería a decir: la opinión pública en general) se ha formado en una tradición con ciertos rasgos inquisitoriales, que estaban presentes en el Código General de 1841 y que persistieron en el Código de Procedimientos Penales de 1910. Esta tradición forma parte de una cultura clasista y maniquea, que tiene una fuerte presencia en la pequeña burguesía nacional e incluso en sectores de las clases más modestas; es la cultura que hace exclamar a un honrado comerciante, incapaz, aparentemente, de matar una cucaracha, que para resolver el problema de la deuda pública habría que empezar a matar a todos los reclusos del sistema penitenciario: un pequeño Hitler con delantal, que luego almuerza cristianamente en el seno de su familia.

(3) La concepción del proceso como actividad es sostenida hoy por Elio FAZZA-LARI (Instituciones de Derecho Procesal; Cedam, Padua, 1975), Franco CORDERO (Procedimiento Penal; Giuffrè, Milán, 1985) y Giovanni CONSO (Los hechos jurídicos procesales penales; Giuffrè, Milán, 1960) entre otros. Antes de ellos, con una concepción radicalmente diferente, pero con muchos puntos de coincidencia, conf. Salvatore SATTA (Comentario al Código de Procedimientos Civiles; Vallardi, Milán, 1966; Tomo I).

Pues bien, me parece que es esta cultura la que está presente, cada día, en la Sala de juicio, y hace sentir allí su fuerza frente a otras fuerzas de signo más o menos distinto y opuesto: en la tensión de estas fuerzas son modelados el proceso y la sentencia que le pone término, de modo que ello explicaría tentativamente la emergencia de una "lectura inquisitorial" del nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica.

Entonces cabe preguntarse cuál es el papel de un Código en la realidad del proceso jurisdiccional; cuál es el valor de la dogmática jurídica-procesal en la explicación científica del proceso.

6. El proceso es actividad social: es parte de la realidad social.

Por lo tanto, el estudio del rito que se desenvuelve en la Sala del Tribunal no basta, en sí mismo, para explicar el proceso, dado que también éste es (como recientemente se ha dicho del comportamiento del imputado que el proceso debe "reconstruir") una "variable dependiente"⁽⁴⁾ de la realidad social. ¿Cómo conocer científicamente esa variable dependiente? ¿Cuál es el papel y cuál es el lugar que debemos asignar al Código en esta búsqueda?

A. Una tentativa de estudio del proceso penal, como parte de la realidad histórico-social nos llevaría a desarrollar incompatibles con las dimensiones de este trabajo. En todo caso es evidente que nos situamos así en una perspectiva alejada de la dogmática procesal que hemos estudiado tradicionalmente. Porque, en efecto, surge de allí una imagen del proceso que no cabe dentro de los angostos márgenes de la dogmática, sino que se inscribe en las coordenadas de la historia político-institucional.

La experiencia histórica nos muestra al proceso penal como un modelo de intervención del Estado en la solución de conflictos que surgen en el seno de la sociedad. A través de un arco de muchos siglos el hombre ha venido forjando este instrumento que hoy se nos ofrece, sintéticamente, como el resultado de aquella experiencia; dotado de un alto valor heurístico y capaz de conformar, colocado en buenas manos y en conjunto con otras instituciones, el arsenal de la vida democrática.

Sin embargo es a este instrumento, captado en sus momentos más trágicos, al que alude Salvatore SATTA en su célebre ensayo "El misterio del proceso" el misterio mismo del ordenamiento jurídico que el jurista, encerrado en la jaula del idealismo, no ha podido descifrar.⁽⁵⁾ Porque no

(4) BARATTA, Alessandro: *La existencia y el laboratorio del derecho*. A propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal (en "Dei delitti e delle pene"; Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1987; N° 1, pág. 41).

(5) SATTA, Salvatore: *El misterio del proceso* (en "Revista de Ciencias Jurídicas"; Lehmann, San José, 1964; N° 4, pág. 11).

todo ha sido democrático en la historia del proceso. Antes bien, probablemente la verdad sea lo contrario: como el proceso es un instrumento político, un instrumento del poder del Estado, resulta ser por ello un reflejo fiel de la correlación de fuerzas dentro del Estado; por medio del proceso se busca mantener o restablecer un orden conforme a aquella correlación de fuerzas, que ha sido enteramente democrática sólo en contadas ocasiones históricas.

En la conformación cotidiana de este instrumento que es el proceso penal, el Código de Procedimientos Penales juega un papel importantísimo: no el rol exclusivo y excluyente que le asigna la dogmática tradicional (la cual, invirtiendo los términos de la realidad, otorga plena objetividad al modelo abstracto del Código y degrada al rango de "desviación", sin categoría real, a los procesos concretos que, según determinada interpretación, no se conformaron al modelo), pero sí al valor de un momento necesario.⁽⁶⁾

En efecto, el Código, al igual que todo otro acto legislativo, asume para el juez y las partes el valor de un dato ineludible, de un material necesario en la construcción del proceso. Pero no se trata, tampoco en este caso, de un dato unívoco, con un significado transparente. El jurista, en un trabajo de Sísifo, trata infatigablemente de construir una abstracción de proceso "a imagen y semejanza del Código", queriendo con ello reducir a unidad la incesante diversidad de los procesos reales; queriendo anteponer a estos procesos reales la superior realidad de su "idea del proceso". Pero también los juristas son innumerables, de modo que sus exhortaciones, a la unidad son otras tantas pruebas de la irreductible diversidad. Se trata, por lo demás, de una historia conocida que no es necesario repetir.

Ahora bien, su idea acerca del proceso penal no es el único ingrediente que el juez y las partes llevan cada día a la Sala del Tribunal para hacer el proceso real: también aportan su arsenal de concepciones y creencias, fobias y prejuicios acerca de la sociedad, la justicia penal, el sistema judicial, la política, el derecho, la delincuencia; y sus hábitos, intereses, valoraciones y preferencias. Y todo ello va a condicionar de alguna manera sus opciones y sus comportamientos durante el desarrollo del proceso, y va a pesar en la conformación de éste.

Sin embargo, frente a esta diversidad de factores, el Código posee lo que podríamos llamar su peso específico, derivado de la autoridad del Estado y de su valor como síntesis de técnica jurídica; de manera que no puede extrañar que la mayoría de los procesos en un país dado no contienen discrepancias estridentes con el modelo ideal del Código, sino que más bien conforman variaciones alrededor de un esquema predominante.

Pero más allá de la apariencia de un esquema, los operadores del proceso pueden perfectamente insuflar en el proceso mismo contenidos que

(6) SATTA, Salvatore: *Derecho Procesal Civil*; EJE, Buenos Aires, 1972; Tomo I, pág. 118 y ss.; 197 y ss.

no rozan su estructura técnica, pero traicionan los "ideales del legislador": un caso más del llamado "uso alternativo del proceso".⁽⁷⁾

Frente a este reto, una dogmática procesal que se encierre en el universo del articulado del Código y se niegue a mirar la realidad cotidiana del proceso como palestra de los intereses sociales en pugna, facilita más bien la ocultación del objeto que se propuso explicar.

Frente a este reto sólo cabe responder con un "modelo integrado" de ciencia procesal que tenga por objeto el proceso como fenómeno real, en toda su riqueza.⁽⁸⁾

7. Creo que no se debe a una mera obsesión histórico-materialista el concebir la promulgación de un nuevo Código de Procedimientos Penales como un momento de la lucha social en el plano ideológico. El proyecto incide en un contexto social y cultural concreto, donde ha regido hasta ese momento otro Código que quizás muchos esperan suplantar, pero que de todos modos ha contribuido a conformar una cultura jurídica. Parece evidente que la perduración de ese viejo Código ha dependido de la adhesión o la inercia (que es otra forma de adhesión) de los grupos más influyentes de la sociedad, que vieron en él un instrumento adecuado a la satisfacción de sus intereses. Por lo tanto, la aparición del proyecto de nuevo Código será seguramente valorada en función de aquellos intereses por aquellos grupos y también por los que sostienen intereses distintos o antagónicos. Pero la pugna ideológica no va a terminar con la sanción de la ley que pone en vigencia el nuevo Código, sino que va a continuar en otro campo de batalla: en los tribunales y, más allá de éstos, en muchas diversas articulaciones de la Sociedad.

La irrupción de un Código Procesal Penal, diseñado sobre la base del respeto a los derechos del imputado en el sistema normativo de Costa Rica ha colocado en una virtual pugna ideológica a los que ven en el proceso un instrumento de educación democrática y de respeto a la dignidad humana y a quienes, por el contrario, consideran que el proceso es un instrumento de contención para que los privilegiados, libres de la amenaza de los "otros" (es decir, de esa incomprensible raza de los marginados), disfruten de la vida que merecen. Los primeros ven en el Proceso Penal un instrumento

(7) Sobre la tendencia, en sentido progresista, del uso alternativo, confr. el libro editado por Pietro BARCELLONA: *El uso alternativo del derecho*; Laterza, Bari, 1973.

(8) Sobre la idea de un modelo integrado de ciencia penal véase: Alessandro BARATTA: *Criminología crítica y crítica del derecho penal*; Siglo XXI, México, 1986; pág. 161. Confr. también: Winfried HASSEMER: *Fundamentos del derecho penal*; Bosch, Barcelona, 1984.

para mejorar la calidad de la vida humana; los segundos la asumen como un medio para imponer un orden frente a la "amenaza" del caos social. El resultado de esta lucha parece por ahora favorecer a estos últimos, pero no es, afortunadamente, una situación irreversible: está en nuestras manos luchar para poner contenidos democráticos allí donde han venido colocándose contenidos autoritarios; aunque no podemos ilusionarnos pensando que se trata de una tarea fácil, o apenas difícil: se trata nada menos que de estimular el desarrollo de una cultura jurídico-procesal democrática y humanista, que triunfe cada día en los tribunales de justicia, haciendo prevalecer una nueva lectura del texto del Código de Procedimientos Penales e incluso exigiendo allí donde haga falta, la superación de la norma del Código. Un esfuerzo colectivo en sentido garantista debe llevar al Código hasta sus límites óptimos; posteriormente vendrá la reforma legislativa para reforzar la independencia del juez, para abrir el proceso a la participación popular, para acentuar, en fin el carácter acusatorio del proceso, tal como lo están planteando los proyectos de Código Procesal Penal y de Ley Orgánica del Sistema de Enjuiciamiento Penal para la Nación Argentina, hoy sometidos a la discusión parlamentaria.

8. Termino recalcando algunas consideraciones estratégicas:

No basta la sanción legislativa del Código. La naturaleza del proceso jurisdiccional impone planear y preparar, después de la batalla parlamentaria, las duras batallas para "la promulgación" del nuevo Código en el seno de los tribunales, en las facultades, en la comunidad (las duras batallas contra el conservatismo, los hábitos burocráticos, los prejuicios). El proceso, como la democracia misma, debe ser conquistado cada día.

CONSTITUCION Y EMERGENCIA

(Apuntes en torno al proceso constituyente de Nicaragua)

Enrique Pedro Haba

SUMARIO :

- I) ¿Es posible el Estado de Derecho en situación de emergencia?
- II) ¿Es compatible el proceso de institucionalización con la situación de emergencia?
- III) ¿Cuáles derechos humanos deberán ser garantizados en cualquier situación, por extrema que fuere?
- IV) ¿Debe existir un "núcleo sólido" en toda Constitución? ¿Cuál debe ser su contenido?
- V) Acotaciones:
 - (i) la Constitución como "freno" al Poder;
 - (ii) necesidad y efectos favorables del Poder;
 - (iii) sobre los llamados "derechos económicos, sociales y culturales";
 - (iv) remisiones;
 - (v) addenda.

Es una tontería pretender que los gobernantes de . . . , cuando han llegado a acostumbrarse al poder, conserven la psicología proletaria y sientan que su interés de clase es el mismo que el de los trabajadores ordinarios. No ocurre así ahora en . . . , por muho que la verdad se disimule con bellas frases. El Gobierno tiene una conciencia de clase y unos intereses de clase enteramente distintos de los del proletariado genuino, que no hay que confundir con el proletariado abstracto del esquema marxista.

B. RUSSELL

Los términos "interés nacional" son únicamente inoportunos vocablos que solo pueden empañar el análisis y en modo alguno hacerlo prosperar. Con la excepción de comunidades sumamente reducidas y sobremanera simples (quizá los esquimales groenlandeses) o en la isla de Utopía, los intereses particulares de grupos de intereses par-

ticulares son los únicos términos con que el análisis puede operar.

M. I. FINLEY

La guerra proporciona un buen pretexto para las exacciones pecuniaras y, al mismo tiempo, para tener grandes ejércitos que sirvan sobre todo para mantener al pueblo sometido.

J. J. ROUSSEAU

En definitiva, el estado de necesidad justifica toda infracción del orden jurídico y de la misma Constitución . . . Tras la ingenua afirmación de que el Estado tiene que vivir, suele ocultarse generalmente la voluntad desbordada de que el Estado viva de la forma que estimen justa aquellos que se aprovechan para sus fines particulares del "estado de necesidad política".

H. KELSEN

El tema que se indica en el título, será tratado en forma de respuesta a las cuatro preguntas planteadas en la sección respectiva del Programa de este Seminario⁽¹⁾. El análisis que ofrezco es "abstracto", en el sentido de que, por no tener a la vista el proyecto de la nueva Constitución de Nicaragua⁽²⁾ ni hallarme debidamente al tanto de los pormenores de ese proceso constituyente, mi examen tiene que limitarse a subrayar algunas ideas generales. Pongo el acento sobre todo en que, a mi juicio, deberían ser planteadas ciertas cuestiones básicas. De ellas dependen —quíérase o no— las soluciones normativas específicas que puedan adoptarse, pues estas emergen de opciones dentro del marco formado por dichas bases. A decir verdad, adopto ese ángulo de enfoque no solo por mis lagunas de información, sino porque no pocas veces quedan sin salir a la superficie, y por tanto sin ser discutidas, cuestiones de tal índole, a pesar de que son decisivas. Pero si mis observaciones resultan demasiado elementales, si los puntos que deseo destacar hubieren sido ya examinados a fondo en el actual proceso constituyente, me alegrará enterarme de que mi ponencia es redundante.

* * *

Abreviaturas utilizadas:

- DH: derechos humanos.
ED: Estado de Derecho.
SE: situación de emergencia.
X: situaciones de hecho sociales que se procura mantener en pie o llegar a establecer, mediante medidas gubernamentales adoptadas al amparo de la declaración de una SE.
Y: medio social en el que se trata de conservar o implantar X.

(1) El presente artículo recoge una ponencia que el autor presentó en el Seminario Internacional "Derecho y Justicia en la Constitución", efectuado en Managua, Nicaragua, del 15 al 17 de diciembre de 1986. Aquí se agregan las citas del epígrafe (tomadas, respectivamente, de: Bertrand Russell, *Teoría y práctica del bolchevismo*, trad. de Juan C. García, Ariel Quincenal N° 13, Barcelona, 1969, p. 137; Moses I. Finley, *Vieja y nueva democracia*, trad. de Antonio Pérez-Ramos, Ariel Quincenal N° 150, Barcelona, 1980, pp. 81-82; J. J. Rousseau, *Escritos sobre la paz y la guerra*, trad. de Margarita Morán, Centro de Estudios Constitucionales - Colección "Civitas", Madrid, 1982, p. 40; Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, Editora Nacional, México, 1965, p. 206), el último punto (v) del apartado V y todas las notas; además ha sido revisada, mejorándola en detalles, la redacción original de la ponencia.

(2) Esto es, yo no lo conocía en el momento de redactar la ponencia original.

I. ¿ES POSIBLE EL ESTADO DE DERECHO EN SITUACIÓN DE EMERGENCIA?

La pregunta puede entenderse de distintas maneras, según el sentido en que tomemos la palabra "posible". Cabe distinguir por lo menos dos grandes planos: (i) *compatibilidad* ("posibilidad") lógico-conceptual, (ii) *compatibilidad empírico-práctica* ("posibilidad" fáctica). Aunque la primera es presupuesto de la segunda, esta no es igual a aquella, por lo cual se justifica efectuar un examen separado de ambas instancias; sin perjuicio, claro está, de no perder tampoco de vista las interrelaciones.

(i) La respuesta, en el plano primero, depende de las definiciones que se acepten para los dos conceptos involucrados: "Estado de Derecho" (ED) y "situación de emergencia" (SE). Cada uno de ellos no está libre de indeterminaciones semánticas, sobre todo el segundo. Esas indeterminaciones aparecen resueltas convencionalmente, de unas u otras maneras, por los usuarios de dichas expresiones. Como supongo que, en el contexto del Seminario, la pregunta formulada no se dirige a obtener una tópica de definiciones y un cuadro de sus relaciones semánticas, no me detendré en tal punto. Me limito a advertir que emplearé aquí esas expresiones de acuerdo con determinados usos habituales de ellas, aunque no son los únicos. Así, por ED entiendo aquella categoría del Derecho Público y de la Teoría Política que suele recibir tal denominación en la doctrina y en la práctica del liberalismo político; no presupongo, en cambio, que ella implique necesariamente la práctica de unas u otras modalidades del liberalismo económico (esta cuestión la dejo entre paréntesis). En cuanto al rótulo SE, lo empleo para indicar, entre las múltiples hipótesis que bajo ese nombre recoge el Derecho comparado, el caso específico de un gobierno sometido a ataques armados que intentan derrocarlo. Supongo que estas dos definiciones estipulativas armonizan con lo que se procura discutir en el presente Seminario.

(ii) El término "posible", si pasamos al segundo de los planos indicados, no apunta a unas compatibilidades o incompatibilidades simplemente semánticas, sino que se refiere sobre todo a oposiciones de carácter empírico, prácticas. Su examen ha de basarse, pues, en el conocimiento (verdadero o presunto) de factores reales que son decisivos en el seno de una dinámica social. Afirmar que ED resulta "posible", entonces, significa considerar que él no constituye —necesaria o muy probablemente— un impedimento real para lograr que se mantenga o se produzca determinada situación fáctica, caracterizada por tales o cuales hechos bien identificables. Llamémosle a estos: situación X. A la inversa, decir que ED resulta "imposible" en tales circunstancias, significaría afirmar que él constituye —necesaria o muy probablemente— un impedimento decisivo para lograr mantener o producir semejante X en la realidad. La "posibilidad" o "imposibilidad" que estamos considerando depende, pues, de dos órdenes de cosas: a) de cuáles sean *exactamente* los hechos que se considere deseables, vale decir, esos que denominamos X; b) de las leyes o tendencias de la dinámica

social que entran o pueden llegar a entrar en juego en el medio de que se trata. Llamémosle a este último: Y. Por tanto, según que la X a que nos refiramos consista en unas u otras cosas concretas, y según el Y examinado, la respuesta varía. En síntesis, "posible" (o "imposible") es una función de dos variables, X e Y, que pueden ser vistas —técnicamente dicho: llenadas, interpretadas— de muy distintas maneras. Nuestro problema es: ¿de qué X y de qué Y depende la posibilidad (o imposibilidad) a que se refiere la pregunta formulada?

Supongamos conocido Y, digamos que es la situación actual de Nicaragua. [En realidad, exagero al decir que esto es "conocido". Para que así fuera, en la medida que precisamos, tendríamos que estar también al tanto de aquellas regularidades —leyes o tendencias de la dinámica social— que van más allá de una mera constancia de hechos; pero, a tal respecto, las ciencias sociales nos dejan mucho margen de dudas.] En cuanto a X, las posibles interpretaciones son muy variadas, por lo menos son tantas como las tendencias y subtendencias políticas del ruedo. Según que esta X se proponga como encarnada en tales o cuales instancias del aparato estatal, en tales o cuales reformas económicas, en tales o cuales proyectos políticos globales, etc., la respuesta (¿eso es "posible" o "imposible"?) sería distinta, en correlación con Y. La pregunta, de la manera en que está planteada en el Programa del Seminario, deja indefinida la interpretación de X. Sería necesario comenzar por precisar *bien* las metas (X), sobre todo las más cercanas y directas, como paso preliminar indispensable si queremos abocarnos a una discusión *científica* acerca de estos asuntos.

En suma: un ED es "posible" o no, para la actual sociedad nicaragüense, según *qué* aspectos de ella se quiera conservar o cambiar; según, también, *qué* estratificación social se trate de apoyar y con qué grado de intransigencia por parte de las élites en el Poder. Cualquiera de las sociedades contemporáneas está fuerte y desigualmente estratificada, aunque las modalidades de esa estratificación no son las mismas en todas ellas: diferencias en las formas de acceso y en los estatus mismos de las élites privilegiadas, condiciones de otros estatutos, etc.⁽³⁾. Las "posibilidades" de

(3) Así, una nueva estratificación se hizo notar, desde el principio, en la Revolución rusa: "Yo hablé con un trabajador de Moscú, patentemente hambriento, que me dijo, señalando al Kremlin: 'Ahí hay bastante comida...'" (Russell, *op. cit.* en la nota 1, p. 151). Cf. también la cita de Popper recogida más abajo, en el apartado V (v): "¿No les sería fatalmente fácil...". De ahí que en Nicaragua, como en cualquier otro país, sea capitalista o socialista, la élite en el Poder —por más "popular" que este se autodenomine— no se decidirá a compartir *realmente* la situación material de las masas, las privaciones y en general las dificultades a que se enfrentan día con día los ciudadanos comunes (*¡solamente* estos!). También el régimen sandinista, como es natural, impone los sacrificios a unos, a la población en general, y reserva los verdaderos beneficios para otros, la élite gobernante. Así, para citar un ejemplo (poco importante en sí mismo, pero ilustrador): mientras Nicaragua sufre una extrema escasez de divisas y su población común soporta toda clase de privaciones, la esposa del Pre-

toda X dependen de las relaciones de poder entre distintos estratos de la colectividad —relaciones en las cuales también juegan su papel, desde luego, las ideologías en presencia—. El tipo ED es, entre las formas de organización del Poder, aquella por la cual las élites gobernantes tienen una mayor (o, en todo caso, la menos insuficiente) posibilidad de ser controladas y "frenadas"; ahí pueden ser llamados a responsabilidad inclusive miembros prominentes de ellas, ante otras instancias estatales y ante la población⁽⁴⁾. Por tanto, un ED sería posible en Nicaragua, como en cualquier otro país, solo si la élite en el Poder *no* dispone del exceso de fuerza como para impedirlo, o sea, en la medida en que el poderío de otros estratos sociales —grupos privilegiados fuera del Poder y sectores mayoritarios de la población— no quede encogido al extremo de resultar prácticamente inermes ante dicha élite, por la estructura social y militar que esta tenga a su servicio⁽⁵⁾.

Acotación primera.—Podría pensarse, acaso, que la indeterminación de X se supera diciendo, por ejemplo, que de lo que aquí se trata es de defender la *Revolución*; o sea, X = "Revolución"⁽⁶⁾. Pero este término es, como se sabe, bastante elástico. Lo aplauden, cuando ella se da, sectores con distintos

sidente se va (1987) de paseo a Costa Rica... ¡y acompañada de sus seis hijos! (Desde luego, también gobernantes de otros países —por ejemplo, el actual Presidente de Costa Rica— hacen uso del erario público para llevar a pasear a sus hijos al extranjero. Respecto a esto, como en general para los privilegios que se autodecreta la clase política, no cuentan mucho las diferencias entre las ideologías invocadas por las autoridades de unos y otros países.)

- (4) Esto es: que un alto dirigente sea "llamado a responsabilidad" no simplemente como resultado de salir perdidoso en unas luchas entre *ellos mismos*, disputas *intestinas* al Poder.
- (5) Y en este punto habría que encarar también la siguiente pregunta: ¿es verdaderamente posible que, si esa élite es de ideología leninista, no haga todo lo que esté a su alcance para *desembarazarse* precisamente de las limitaciones propias de un ED? He examinado con algún detenimiento tal cuestión, a propósito del experimento de la Unidad Popular en Chile, en mi artículo: "Gobierno marxista y Estado de Derecho: ¿una conciliación posible?" (aparece probablemente en el N° 3 de *Archivos Latinoamericanos de Filosofía y Metodología del Derecho*, Valencia, Venezuela). En dicho trabajo llego a la conclusión de que: "a) un gobierno de inspiración marxista-humanista sería, por supuesto, muy conciliable con el modelo Estado-de-Derecho; b) en cambio, es imposible conciliar este modelo con la *realidad* de organizaciones estatales donde el Poder está en manos de gobernantes marxistas-leninistas". Vid. también la nota 9, *infra*.
- (6) Aquí el término "Revolución" designa, desde luego, mucho más que solamente el proceso de toma del Poder por parte de los sandinistas, al derrocar a Somoza; lo que quiere significar es la realización de todo un programa político desde el gobierno, o sea, utilizando para ello *todo* el tiempo que se estime necesario (puede ser muy largo) para construir y afianzar el modelo de sociedad que se proyecte llevar a la práctica bajo tal denominación.

proyectos políticos y con toda clase de ambiciones personales en disputa. En el seno de una corriente revolucionaria, como en cualquier conglomerado social, bullen poderosas contradicciones internas: personales, ideológicas, de intereses sectoriales, etc. Aparecen, allí, anchas discrepancias acerca de cuáles son los "verdaderos" intereses (concretos) y las "verdaderas" soluciones (concretas) que correspondan al "verdadero" pensamiento de la Revolución. Así como en los regímenes capitalistas se acude a la etiqueta "bien común" para disimular conflictos de intereses inconciliables, fórmula retórica que cada sector utiliza (igual que las palabras "patria", "nación", "interés general", "libertad", etc.) para presentar bajo un manto de putativa generalidad sus conveniencias propias; análogamente, se invoca la "Revolución" o el "Socialismo", en los regímenes que se legitiman mediante esta terminología, por parte de quienes allí detentan el Poder o aspiran a ocuparlo (o a ejercer una influencia sobre él). Cada quien interpreta esos *términos-bandera* de acuerdo con sus específicos intereses o ideología de grupo. Sería asombroso que este conocido expediente retórico del lenguaje de la política, la criptouniversalización de intereses sectoriales bajo el manto de unos ubicuos *topoi* emocionalizantes, no se viera también en Nicaragua. Empero, si X = Revolución, habría que aclarar ante todo: ¿quienes se da por entendido que deciden *cuál* es la "interpretación auténtica" al imputar contenidos políticos específicos a dicha palabra? Y, en fin, ¿esa "autenticidad" depende de la *razón* o de la *fuerza* de quienes pretenden encarnarla? (si se tratara de lo primero, no podría evitarse la pluralidad de interpretaciones...).

Acotación segunda.—Por otro lado, y aunque la pregunta no hace la distinción entre lo sincrónico y lo diacrónico, la eventual compatibilidad entre ED y SE habría que examinarla también, o sobre todo, desde el segundo de estos ángulos (la pregunta parece referirse antes bien al primero). Importa distinguir dos clases de SE: a) aquellas que, por las medidas de que el Poder se vale entonces, sirven más que nada para preparar o consolidar un régimen autoritario de tipo duradero, el cual llega a tomar la condición de normal como tal; b) aquellas que no tienen mucha duración, solo unos días o pocas semanas, breve intervalo del ED corriente. Según experiencia muy repetida, si la SE se hace durable, y máxime cuando aparece acompañada de drásticas medidas de censura a la expresión pública y gran concentración de poder discrecional en los mandos militares, ello suele revelarse, diacrónicamente, como incompatible —cuando menos para un término que no sea de años o décadas— con las características definitorias del ED. En tales circunstancias, los mandos militares van engullendo cada vez más, en beneficio de una autoridad suya irresistible (y también de personales provechos materiales), las posibilidades de control sobre los gobernantes y de crítica pública a las autoridades; se esfuman los rasgos más distintivos del ED. Cuanto más crece el poder de los militares y, en cambio, desaparece todo centro de poder (civil) capaz de contrabalancearlo, más endebles, por no decir nulas, son las posibilidades de que tenga allí vigencia un ED.

II. ¿ES COMPATIBLE EL PROCESO DE INSTITUCIONALIZACIÓN CON LA SITUACIÓN DE EMERGENCIA?

Las variantes señaladas para la pregunta anterior reaparecen en la presente. Lo dicho en aquella sobre qué cosas sean "posibles" se aplica también a las condiciones para juzgar sobre lo "compatible", en cuanto al punto que consideramos ahora. La compatibilidad o incompatibilidad en cuestión depende de *cuál* sea la "institucionalización" que se procure establecer. Esta no puede sino guardar las relaciones de correspondencia más estrechas con lo que hemos llamado X en el apartado anterior. Si se trata de una institucionalización del tipo ED, pluralista, la experiencia histórica enseña que, por desgracia, las SE durables han servido más bien para destruirlo. En cambio, si se procura institucionalizar un régimen autocrático, sea capitalista o socialista-leninista, la SE puede constituirse, por cierto, en un manto para legitimar así la posición de las élites privilegiadas, tanto más cuanto mayor sea la concentración de poder en los mandos militares y cuanto menores sean las posibilidades de efectuarle críticas en los medios de difusión pública a los más altos jefes del Poder. Para que exista la posibilidad de construir o mantener un ED dentro mismo de una SE, sería indispensable que esta, sin perjuicio de permitir la máxima firmeza *militar* contra las actuaciones *militares* de los sectores opuestos al gobierno, de ninguna manera consista en dejar a la población civil inerme frente a él. O sea, que no resulte impedida: a) la crítica pública —¡incluso la *más* radicalmente contraria a la ideología del *establishment!*— en la prensa y en los medios audiovisuales, respecto a *cualesquiera* actuaciones o discursos de los gobernantes⁽⁷⁾, con la *única* excepción de revelar unos secretos estrictamente militares; b) la actuación de órganos de control estatales —parlamento, jueces ordinarios, etc.— que *no* dependan de los gobernantes, con el fin de que aquellos puedan eventualmente obstaculizar las medidas de estos que allanen el camino hacia un bonapartismo, incluso el "socialista"⁽⁸⁾. Si existen posibilidades de que el proceso de institucionalización

(7) En el Seminario, León Cortiñas-Peláez recordó que en Inglaterra, en plena Guerra Mundial II, subsistía la más completa libertad de criticar públicamente los actos del Gobierno.

(8) Al Estado burocrático (bonapartismo) se refiere Marx con las siguientes palabras: "El poder del gobierno, con su ejército permanente, su burocracia que todo lo dirige, su estupidizante clero y su servil jerarquía judicial, se había hecho tan independiente de la sociedad misma..." (primer proyecto de redacción para *La guerra civil en Francia*, en *Marx-Engels Werke*, MEW, t. XXVII, pp. 493-571, Berlín; la cita es de la p. 540). Y Engels señala que, "lo mismo en la antigua monarquía absoluta que en la monarquía bonapartista moderna, el *verdadero* Poder se encuentra en manos de una casta particular de oficiales y de funcionarios... La independencia de esta casta, que parece mantenerse fuera y, por decirlo así, por encima de la sociedad, confiere al Estado un viso de independencia respecto a la sociedad. La forma de Estado que se ha desarrollado... es, en estas condiciones sociales contradictorias, un constitucionalismo *aparente* (*Scheinkonsti-*

nicaragüense consiga orientarse hacia un modelo pluralista (y la experiencia histórica moderna no muestra ningún otro que los del tipo ED), para ello deberá vencer dos obstáculos, ambos incompatibles con dicho modelo: el neosomocismo (FDN), por un lado, y el leninismo-estalinismo⁽⁹⁾, por el otro. Pienso que si a los nicaragüenses se les concede la posibilidad de decidir *por sí mismos*, sin tuteladas externas ni internas, la mayoría de ellos inclinará su voto hacia el rechazo de *cualquiera* de las vías autoritarias. Empero, habida cuenta de la indefinida prolongación de la SE, cabe preguntarse: ¿llegarán a tener alguna vez esa posibilidad plenamente?⁽¹⁰⁾.

tionalismus: pseudo- o cripto-constitucionalismo)" (Engels, *Contribución al problema de la vivienda*, sección II, cerca del final de dicha sec. —los subrayados son nuestros—). La posibilidad de que también un gobierno "socialista" resulte ser en realidad de tipo burocrático-bonapartista, si pone en práctica un modelo como el de los regímenes leninistas, fue advertida desde el comienzo por los observadores más lúcidos (incluso entre los de la izquierda: Rosa Luxemburgo, etc.) de la Revolución de 1917. Posibilidad que luego se vio confirmada, una y otra vez, por la experiencia de lo que pasó en *todas* las revoluciones donde el Poder cayó en manos de marxistas-leninistas (mejor dicho, leninistas-estalinistas: pues no se sabe de ningún país donde los llamados "marxistas leninistas", una vez adueñados del Poder, no hayan puesto en práctica antes que nada las típicas medidas estalinistas de progresiva expansión y reforzamiento elefantíacos del aparato represivo del Estado, para asegurar así al máximo las privilegiadas posiciones de la nueva élite). Marx alcanzó a advertir con mucha claridad ese fenómeno general de los nuevos tiempos, el de la extensión de la maquinaria estatal para beneficio directo de la nueva capa gobernante: "Todas las revoluciones *perfeccionaban* esa máquina (la del Estado), en vez de destruirla. Los partidos que luchaban alternativamente por la dominación consideraban la toma de posesión de ese inmenso edificio del Estado como el *botín principal* del vencedor" (*El Dieciocho Brumario de Luis Bonaparte*, sección VII, hacia el comienzo de dicha sec. —subrayados nuestros—). Y lo propio se da, pero alcanzando unas dimensiones que Marx no llegó a imaginarse, en nuestra época; señaladamente, en los países de bonapartismo socialista. *Vid.* también, respecto a todo esto, las observaciones transcritas *infra*, apartado V (v), y las tres notas que siguen a la presente.

(9) Leninismo-estalinismo: es el nombre correcto para el mal llamado "marxismo-leninismo", modelo social que más bien corresponde a lo que ya el propio Marx denominó *communisme de caserne* (comunismo de cuartel). "Qué formidable ejemplo de un comunismo de cuartel! Todo está ahí: comedores y dormitorios comunes, comisarios de control y *comptoirs*, la regulación de educación, producción y consumo; en síntesis, de toda actividad social. Y en lo alto, *nuestro Comité*, anónimo y desconocido, como suprema dirección" (Marx, *La Première Internationale: Recueil de documents*, ed. J. Freymond, Ginebra, 1962, p. 446) [cita tomada de: Shlomo Avineri, *El pensamiento social y político de Carlos Marx*, trad. de Esteban Pinilla de las Heras, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 321]. Cf. también las precisiones de Marx sobre el "comunismo grosero", en sus *Manuscritos económico-filosóficos* de 1844, tercer manuscrito, cerca del comienzo (folios III y IV).

(10) La nueva Constitución nicaragüense autoriza, en términos que para nada se diferencian de lo que es usual en las Cartas constitucionales de los países capitalistas, a que: "El Presidente de la República en caso de guerra o cuando así lo demande la seguridad de la nación, las condiciones económicas

Un proceso de institucionalización *pluralista* es compatible con una SE como la actual de Nicaragua, solo en la medida en que, a pesar del mantenimiento de dicha situación, la élite en el Poder NO disponga de fuerzas tan poco limitadas como para que le permitan encaminar ese proceso hacia el establecimiento de una autocracia que, sean cuales fueren los eslogans ideológicos invocados, no podría sino constituir un expediente para sostener en calidad de nueva clase privilegiada a esa misma élite. Claro que *toda* institucionalización, también la del tipo ED, no puede menos que traducirse en privilegios para unos estratos (minoritarios) y beneficiar menos a otros (mayoritarios); y habrá también allí una ideología dominante que sirva para legitimar dichos privilegios. Pero la forma ED es la estructura institucional del Poder donde los abusos de las clases dominantes tienen, dentro de la relatividad de las cosas, posibilidades de ser menos dañinos para la mayor parte del resto de la colectividad. Una SE, por su lado, suele su-

o en caso de catástrofe nacional, podrá suspender en todo o en parte del territorio nacional, los derechos y garantías consagrados en la Constitución" (art. 185). Esa es la forma de legitimar un clásico medio de represión: "el estado de sitio. ¡Magnífico invento, aplicado periódicamente en cada una de las crisis sucesivas en el curso de la revolución francesa! Y el cuartel y el vivac, puestos así, periódicamente, por encima de la sociedad francesa para aplastarle el cerebro y convertirla en un ser tranquilo; el sable y el mosquetón que periódicamente regentaban la justicia y la administración, ejercían tutela y censura, hacían funciones de policía y oficio de serenos; el bigote y la guerrera que se preconizaban periódicamente como la sabiduría suprema y como los rectores de la sociedad: ¿no tenían necesariamente el cuartel y el vivac, el sable y el mosquetón, el bigote y la guerrera, que dar por último en la ocurrencia de que era mejor salvar a la sociedad de una vez para siempre, proclamando su propio régimen como el más alto de todos y descargando por completo a la sociedad civil del cuidado de gobernarse por sí misma?" (K. Marx, *El Dieciocho Brumario de Luis Bonaparte*, apartado II). Ese "magnífico invento" ha seguido siendo utilizado por las élites en el Poder, hasta nuestros días, en regímenes de los más variados signos ideológicos. En Nicaragua se ha vivido bajo estado de sitio —aunque no sea ese el nombre oficial— en forma prácticamente ininterrumpida desde el triunfo de la revolución sandinista, o desde muy poco después. Así, al ser aprobada la nueva Constitución (enero de 1987), el estado de emergencia, levantado sólo por algunas horas, se reinstaló de inmediato. Cabe acotar que las características típicas de los estados de sitio: férrea concentración del poder político en los jefes de las fuerzas armadas, estricta censura de los medios de difusión pública (prensa, radio, TV), toda clase de restricciones a la oposición política, etc., se dieron en Nicaragua desde mucho antes de existir la acción armada de la "contra" (cuyo núcleo principal —FDN— responde, es cierto, al mando de conocidos elementos de la dictadura somocista). [Con posterioridad a esta ponencia, Eduardo Ortiz Ortiz publicó un estudio de la actual Carta nicaragüense titulado: *Comentarios sobre la Constitución sandinista*, LIL, San José de Costa Rica, 1987. Ese trabajo confirma, mediante un detallado y penetrante análisis del texto en cuestión, el bonapartismo (aunque él no le llama así) de dicha Carta, respecto a la cual el autor concluye que: "la Constitución sandinista crea un gobierno presidencial fuerte, que puede ser arbitrario y que está centrado en un Presidente irresponsable" (p. 10, y también en la contratapa).]

ministrar —provenza ella o no de un ED— oportunidades particularmente favorables para que tales abusos se multipliquen⁽¹¹⁾, máxime los de las autoridades, y tanto más cuanto mayores sean las prohibiciones puestas a la crítica *pública* de lo que hagan y de lo que digan (o no digan) los más altos jefes estatales. De ahí que, en general, las institucionalizaciones efectuadas bajo SE hayan correspondido poco, por lo menos en la práctica, al tipo ED. Antes bien, han servido para aniquilarlo o para impedir que él llegue a establecerse.

III. ¿CUÁLES DERECHOS HUMANOS DEBERÁN SER GARANTIZADOS EN CUALQUIER SITUACIÓN, POR EXTREMA QUE FUERE?

Esta pregunta, a diferencia de las dos anteriores, no se dirige esencialmente a indagar unos condicionamientos fácticos, sino que apunta a un *debe ser*. La respuesta que se formule dependerá, en consecuencia, del sistema de valores adoptado, la ideología política que se prefiera.

No bastaría proponer, para dejar bien determinado el punto, el ceñirse a la doctrina *general* de los "derechos humanos" (DH). Esta contiene tanto concepto indeterminado —"dignidad de la persona humana", "libertad", "orden público", "derechos de los demás", etc.— y tolera tanta antinomia —por ejemplo, entre los mencionados conceptos, e incluso entre distintas interpretaciones en el seno de cada uno de ellos—, que en definitiva es susceptible de ser entendida (y de hecho lo es) en las formas más variadas. ¡Hasta dictaduras militares tan represivas y tan inescrupulosas como la de Pinochet, o la de Castro, dicen estar "a favor" de los derechos humanos⁽¹²⁾, al unísono con la totalidad de los locutores del mundo diplomático!

En efecto, la *terminología* de los DH puede ser usada de muchas maneras, ella es usual hasta en el lenguaje público de gobiernos muy opre-

-
- (11) "Una situación brutal no puede ser mantenida en pie sino con brutalidad" (Marx, carta a Arnold Ruge, mayo de 1843).
- (12) "...destaco la clara definición que se hace en la propia Constitución de las bases fundamentales de la nueva institucionalidad, donde se afirma una concepción del hombre basada en su *dignidad espiritual* ... un notorio robustecimiento de los *derechos personales*, y en particular de aquellos que más interesan a cada hombre y mujer en su vida diaria o familiar" (Augusto Pinochet Ugarte, Exposición hecha al país el 10 de agosto de 1980). "DECIDIDOS a llevar adelante la Revolución triunfadora del Moncada y del Granma, de la Sierra y de Girón encabezada por Fidel Castro ... CONSCIENTES ... de que sólo el socialismo y el comunismo, cuando el hombre ha sido liberado de todas las formas de explotación: de la esclavitud, de la servidumbre y del capitalismo, se alcanza la *entera dignidad del ser humano*; y de que nuestra Revolución elevó la *dignidad* de la patria y del cubano a superior altura" (Constitución de la República de Cuba, Preámbulo). [Los subrayados son nuestros.]

sivos. Pero a pesar de todo, aun con el provecho que de su retórica puedan eventualmente sacar las élites en el Poder, el papel histórico más específico de dicha doctrina ha sido el de servir para conformar unos discursos y unos institutos capaces de "frenar" a los gobernantes, por lo menos hasta cierto punto. En el contexto de los ED ella ha llegado a obstaculizar, en alguna medida, el autoritarismo y en general la irresponsabilidad de las autoridades, inclusive de las más altas. Cuando el discurso de los DH no se utiliza para simples efectos retóricos —en oratorias de día feriado, en los organismos internacionales, etc.—, entonces las apelaciones a esos derechos (me refiero a las concretas) han mostrado que pueden tener un alcance práctico, que es su sentido valioso: poner en movimiento defensas frente a la élite en el Poder y a sus subalternos. Simplificando un poco, puede decirse que, a grandes rasgos, la teoría político-constitucional se divide básicamente, hoy como ayer, en dos grandes campos: el de quienes privilegian la *Razón de Estado* (llámese Doctrina de la Seguridad Nacional, marxismo-leninismo [nombre más correcto: leninismo-estalinismo], etc.) y el de quienes privilegian los derechos frente a las autoridades (doctrina de los DH, teoría del ED, etc.). En ambos casos, el sistema constitucional funciona, por supuesto, más en beneficio de unos sectores minoritarios dominantes que en favor del resto de la población. Solo que, en regímenes donde los detentadores del Poder disfrutaban con máxima amplitud de los beneficios que les brinda la excusa "Razón de Estado" —los más representativos, aunque no los únicos, en América Latina son el de Chile y el de Cuba—, allí el grado de indefensión de los particulares frente a las autoridades es mucho mayor que en los ED. La élite en el Poder puede, así, prescindir más fácilmente de tomar en cuenta los intereses de los sectores populares y en general de quienes no forman parte de esa élite, del mismo modo que viola con impunidad los DH básicos de opositores.

Puesto que, sea cual fuere el régimen político, se dan inevitables antinomias entre DH, las medidas que se adoptan para favorecer a tales o cuales de ellos implican, como contrapartida, perjuicios para tales otros. Y esto no solo con el fin de asegurar unos beneficios típicos a los estratos privilegiados del país en cuestión, sino incluso por las múltiples contradicciones de intereses entre distintos sectores (no privilegiados o menos privilegiados) de la población en general. En materia de DH, la cuestión decisiva es: ¿qué DH, y los de quiénes, serán sacrificados en beneficio de otros DH de otras personas? Para esta pregunta no hay una respuesta única, ya que la opción —¿quiénes y en qué medida serán privilegiados?, ¿quiénes y en qué medida serán perjudicados?— depende de: a) la ideología política que se tome como base, las preferencias axiológicas que esta postula y el tipo de estratificación social para el cual ella sirve de apoyo; b) las circunstancias de hecho y, por tanto, cuáles son los DH que resulta imposible realizar todos a la vez (en ciertos grados) *bic et nunc*. Si lo expresamos mediante la nomenclatura utilizada antes [apartado I], los DH que incluyamos en nuestro "debe ser" constituyen la X cuyas posibilidades hay que examinar en función de Y.

Si esta X no la construimos como subordinada a una Razón de Estado, o sea, a la defensa incondicional de los intereses privilegiados de los detentadores del Poder —pues siempre son estos, y algunos sectores minoritarios, los principales beneficiarios, en la práctica, de las medidas represivas que se adoptan en nombre de tal Razón—; y si, en cambio, tomamos como pauta de X la doctrina clásica (¡no la simple retórica!) de los DH —vale decir, si no se consiente que haya libre disponibilidad sobre los gobernados por parte de los gobernantes—: entonces, el común de la gente no podría ser instrumentalizada sin más, contra *su voluntad* (p. ej., servicio militar *obligatorio*), al servicio de la élite en el Poder, ni siquiera en SE o con el pretexto de que esa élite es la sacerdotiza de la Razón de Estado.

Ahora bien, hay una "fuerza" que es *conditio sine qua non* para que las autoridades se sientan coercionadas, así sea hasta cierto punto, a respetar derechos que a ellas les resulten incómodos. Es el hecho de que puedan ser puestas en práctica *todas* las libertades de expresión del pensamiento, por todo tipo de medios de difusión, y más que nada la de publicar *cualquier* crítica a los gobernantes. Ya advertía Marx (¡no Lenin ni Stalin, desde luego!):

"La verdadera censura, fundada sobre la propia naturaleza de la libertad de prensa, es la *crítica*; este es el tribunal que la libertad de prensa instituye en su propio seno [subrayado por Marx]. La censura es la crítica como monopolio del gobierno... Con la falta de libertades de prensa, *todas* las otras libertades son *ilusorias* [subrayados nuestros]"⁽¹³⁾.

No pretendo afirmar —ni, seguramente, lo pensaba Marx— que la libertad de expresión del pensamiento es el DH más importante *en sí mismo*. Sólo señalo que, si no se respeta *ese* derecho, lo más probable es que tampoco sea respetado ningún otro; ni siquiera, por ejemplo, el derecho de huelga, en cuanto "moleste" a los gobernantes. Y de ahí que, como decía Aníbal Barbagelata:

"cuando un régimen se encamina hacia la autocracia, es por instinto que la libertad de expresión viene a constituir lo primero que es objeto de ataque"⁽¹⁴⁾.

En síntesis, mi respuesta a la presente pregunta es: sean cuales fueren los derechos humanos que deberán ser garantizados en cualquier situación

(13) K. Marx, *Debates sobre la libertad de prensa*.

(14) A. Barbagelata, intervención oral, agosto de 1982.

(por ejemplo: derecho a la vida⁽¹⁵⁾, a la integridad física, a no ser condenado sin debido proceso legal ante tribunales independientes, etc.), ninguno de esos derechos será efectivo si no está asegurado el derecho a la libre expresión pública del pensamiento, por todos los medios de difusión, sin excluir *ningún* tipo de críticas o denuncias contra los gobernantes —salvo, en todo caso, la difusión de secretos estrictamente militares—. En cuanto se establecen restricciones a tal libertad, con o sin el pretexto de unas SE, en igual (o mayor) medida descaecen, de hecho, las *garantías* para los otros DH también. Claro que semejante libertad NO es una ventaja para los gobernantes, para sus intereses de élite... ¡mas de *eso* se trata, justamente!

Acotación.—Es cierto que ningún instituto jurídico puede bastar para ofrecer una verdadera "garantía" del respeto por tales o cuales DH. Sin embargo, las garantías jurídicas constituyen un medio menos imperfecto, para tales fines, que la inexistencia de estas. Y la condición mínima —no digo la condición suficiente— para la efectividad, aunque sea relativa, de otras garantías jurídicas de los DH básicos, es el mantenimiento de la más amplia libertad para la divulgación *pública* de informaciones y opiniones. Sobre todo, el que no exista ningún impedimento de crítica a las autoridades: que sea posible difundir y objetar *cualquier*⁽¹⁶⁾ conducta de estas, y hacerlo desde *cualquier* posición doctrinaria. ¡Con *más* razón aún si está decretada la SE! Porque las facultades que las autoridades se arrogan en tales situaciones son, precisamente, las que mayor facilidad les otorgan para incurrir en abusos y, en general, para allanarles el camino hacia una autocracia, sea capitalista o socialista⁽¹⁷⁾.

(15) Esto es, el "derecho a la vida" incluso *frente* al Poder; por ejemplo, que este no tenga la potestad de mandar a morir a los ciudadanos comunes imponiéndoles un servicio militar *obligatorio*. (En cambio, no habría nada que objetar si —¡pero es utópico pensar que se conseguiría hacerlo realidad!— esa obligación fuera establecida antes que nada para los gobernantes mismos y en general para todos aquellos que ocupen altos puestos de decisión en el aparato estatal, vale decir, para quienes son los que resuelven, o por lo menos corresuelven, que haya una guerra. No habría por qué negarles, precisamente a *ellos*, que disfruten también el privilegio de ocupar la primera fila en las líneas de los combates *reales*, ya que están de acuerdo con que los haya; y el resto de las fuerzas militares estaría formado por aquellos ciudadanos que, voluntariamente, compartan el entusiasmo guerrero de esas autoridades estatales.)

(16) Este "cualquier" ha de entenderse, como ya advertimos, con la excepción de ciertos secretos *estrictamente* militares. Claro que también podría pensarse en algunas otras excepciones: por ejemplo, en cuanto a rumores falsos capaces de producir un pánico financiero, o el anuncio (no científico) de catástrofes naturales inminentes que provocarían una huida masiva de poblaciones, etc. Pero no son *esos* tipos de casos los que dan lugar a los impedimentos de que la libertad de expresión es objeto en Nicaragua, ni en general cuando en un país la élite en el Poder acude a la censura. Cf. también *supra*, la nota 7.

(17) Cf. *supra*, nota 8, e *infra*, el apartado V (v).

IV. ¿DEBE EXISTIR UN "NÚCLEO SÓLIDO" EN TODA CONSTITUCIÓN? ¿CUÁL DEBE SER SU CONTENIDO?

Esta pregunta cabe responderla de modo similar a la anterior. La doctrina del "núcleo sólido", o de las "cláusulas pétreas", es una *façon de parler*, convencional como toda terminología jurídica. Puede dársele ese nombre, si se quiere, a ciertas partes de la Constitución. Se trata de aquellas que deberían, de acuerdo con preferencias ideológicas fundamentales de la doctrina política a la que se estime afiliada esa Constitución, estar al abrigo de modificaciones, para que no se altere la "esencia" de esta. Así, por ejemplo, la Constitución italiana y la de Alemania Federal declaran inmodificables los derechos fundamentales y la forma republicana de gobierno consagrados en ellas.

El verdadero plano del asunto está bien indicado en la pregunta: no se trata de una cuestión de "es", como se imaginan los iusesencialistas, sino de "debe". Quiere decir que no existe *necesidad*, ni lógica ni ontológica, de que las Constituciones tengan tal o cual "núcleo sólido". Es un problema de *opciones* valorativas. Pero *si* se desea, por ejemplo, que la Constitución sea un factor favorable para cumplir el principal papel *tuitivo* que tales documentos puedan tener, el de "frenar" al Poder, entonces resulta aconsejable, en efecto, consignar allí como "núcleo sólido" algunas cosas que son indispensables para esos efectos: verdadera división de Poderes, régimen verdaderamente pluralista de elecciones, oponibilidad de derechos fundamentales (inclusive la libertad de expresión) frente al Poder, etcétera. Si así se hace, con ello se abre lugar en la dinámica social para un factor favorable, aunque no siempre decisivo, en cuanto a limitar el arbitrio de la élite en el Poder y proteger mejor contra este a las personas de la población en general, los no privilegiados; en la medida, claro está, en que dicha élite no sea, de hecho, lo bastante poderosa como para desacatar impunemente el texto constitucional o para interpretarlo a su libre gusto.

Sin embargo⁽¹⁸⁾, la teoría del "núcleo sólido" no deja de revelar cierta ingenuidad en quienes la sostienen. En el fondo, es tributaria de ilusiones iusnaturalistas (esencialistas) y normativistas respecto al papel de los textos constitucionales. Supone que los cambios en las Constituciones, o en la aplicación de estas, puedan ser detenidos por la letra de unas interdicciones, si se estampan tales o cuales fórmulas de artículos. Lo cierto, por el contrario, es que no existe manera de evitar que una Constitución sufra alteraciones, expresas o tácitas, sea en la parte que sea, si las fuerzas sociales dominantes en la sociedad respectiva están resueltas a cambiar de soluciones. En tal caso, o bien será impuesta una nueva Constitución, diga lo que diga la vieja, o bien, aunque mantenga su vigencia formal el mismo

(18) Las observaciones que siguen, hasta el final de este apartado (IV), no estaban en la ponencia original. Se formulan ahora, teniendo en cuenta la discusión que sobre el asunto del "núcleo sólido" tuvo lugar en la sesión final del Seminario, donde la mayor parte de las intervenciones al respecto estuvieron orientadas en la dirección que arriba se critica.

texto, habrá juristas que se las ingeniarán para ajustarle unas interpretaciones que en definitiva permitan hacer (¡legalmente!) lo que aquellas fuerzas quieren.

La fijación de un "núcleo sólido", aun en el caso de resultar operante, esto es, si logra obstaculizar cambios en la letra de ciertas partes de la Constitución, no por ello está en condiciones de asegurar también que, en su caso, se mantenga incambiada la aplicación misma de esas partes. Para poner en práctica los preceptos constitucionales, siempre existen anchos márgenes de opciones —conceptos indeterminados, antinomias entre derechos establecidos, posibilidades variadas de acomodar las relaciones sistemáticas entre artículos, etc.— libradas a la decisión del operador de esos textos, a lo que digan los intérpretes autorizados. Se podrá, acaso, fijar como "núcleo sólido" las palabras de tales o cuales disposiciones constitucionales. No hay forma, en cambio, de "solidificar" la interpretación de estas palabras, en cuanto las autoridades interpretantes deseen (o se vean presionadas a) darles una nueva orientación al aplicar dichas fórmulas.

Si bien se mira, la doctrina del "núcleo sólido" guarda correspondencia, en el nivel jurídico, con tendencias muy arraigadas en la conciencia lingüística vulgar. Nuestras maneras corrientes de "ver" la madeja de lo social están guiadas básicamente por precomprensiones mitológicas acerca de ese mundo, y en particular es tal el caso de las ideologías políticas más difundidas. Nuestra "construcción social de la realidad"⁽¹⁹⁾ consiste, en gran parte, en asignarle unas dimensiones de fetiche a ciertos símbolos lingüísticos, mediante los cuales hacemos palpables los ídolos y las normas en que creemos: por ejemplo, el nombre que "construye" a la patria, o el de instituciones, las palabras claves de ideologías, etc. A menudo, esos fetiches obran en la conciencia de los individuos de manera tal que estos, por creerlos entes reales, hacen o dejan de hacer cosas, en homenaje a la veneración que sienten por aquellos. Mas también ocurre, con frecuencia no menor, que el fetiche llena una mera necesidad psíquica de quien cree en él, esto es, no tiene efectos prácticos externos. Entonces se siente la necesidad de invocarlo, de expresar una "fe" en él, aunque de hecho no se acaten las normas imputadas a ese ser imaginario. Se *aceptan*, pero no se *actúa* de acuerdo con ellas⁽²⁰⁾. Aun en este último caso, sin embargo, el sujeto

(19) Cf. Peter L. Berger y Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad* (trad. de Silvia Zuleta, revisión técnica de Marcos Giménez Zapola), Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1968.

(20) El ejemplo típico de este desfase entre el "dicho" y el "hecho" son, cosa que todo el mundo sabe, las formas corrientes como se profesan creencias religiosas, máxime en el caso del cristianismo (por formular este las más altas exigencias de conducta, en la teoría, ello es también lo que *menos* se realiza, en la práctica). Tal desfase caracteriza igualmente al discurso público de los dirigentes políticos en general: "...el 'bien público', la 'felicidad de los súbditos', la 'gloria de la nación'; palabras siempre proscritas en los gabinetes ministeriales y tan profusamente empleadas en los edictos públicos, que no hacen más que anunciar órdenes funestas y consi-guen que los pueblos giman de antemano cuando sus amos les hablan de sus desvelos paternos" (Rousseau, *op. cit.* en la nota 1, p. 39).

no se da cuenta de la fantasmagoría del fetiche, sino que, muy por el contrario, asigna una importancia cardinal al hecho de proclamarlo, de hacer manifiesta su adhesión a él. Está convencido de que esto no es indiferente, le parece indispensable pronunciar esas palabras como conjuro. Diciéndolas, o estampándolas en un documento, se presupone que conllevan, por la fuerza de *ellas mismas* (son rasgos del pensamiento mágico), unos efectos irresistibles que han de recaer sobre sus locutores o hasta sobre colectividades enteras; piénsese, por ejemplo, en el rito de las juramentaciones para desempeñar cargos públicos o en las declamaciones que se ponen como pre-ámbulos constitucionales. De manera análoga, la idea de que mediante unas fórmulas incorporadas a las Constituciones pueda "solidificarse" el devenir histórico de estas, no es sino otra manifestación de esas orientaciones mágicas en el uso del lenguaje, que para el Derecho toman cuerpo sobre todo en los modos normativistas de encararlo⁽²¹⁾.

Mas a pesar de esta endeblez teórica, también es cierto que, en la medida en que los intérpretes autorizados *crean* poder apoyarse en un "núcleo sólido" de la Constitución frente al Poder, tal idea, aunque sea más

(21) "...el sistema animista aparece acompañado de una serie de indicaciones sobre la forma en que debemos comportarnos para dominar a los hombres, a los animales y las cosas, o mejor dicho, a los espíritus de los hombres, de los animales y de las cosas. Este sistema de indicaciones [es] conocido con el nombre de *hechicería* y *magia*... No es difícil descubrir que la magia constituye la parte más primitiva e importante de la técnica animista, pues entre los medios utilizados para influir sobre los espíritus hallamos procedimientos mágicos y, además, la encontramos aplicada en casos en los que aún no parece haber tenido efecto la espiritualización de la Naturaleza. La magia responde a fines muy diversos, tales como los de someter los fenómenos de la Naturaleza a la voluntad del hombre, protegerle de sus enemigos y de todo género de peligros [actualmente, también los de origen social] y darle el poder de perjudicar a los que le son hostiles. (...) [E]l principio de la magia es tan evidente que ha sido reconocido por todos los autores...: *Mistaking an ideal connexion for a real one.* (Tomar, equivocadamente, una relación ideal por una relación real.)" [pp. 106-107]. Las cosas se borran ante sus representaciones y se supone que todos los cambios impresos a estas alcanzan necesariamente a aquellas y que las relaciones existentes entre las segundas deben de existir igualmente entre las primeras. (...) Resumiendo, podemos decir que el principio que rige a la magia, o sea, la técnica del pensamiento animista, es el de la 'omnipotencia de las ideas'. (...) La omnipotencia de las ideas, o sea, el predominio concedido a los procesos psíquicos..." [pp. 115 y 117]. "La técnica del animismo, o sea, la magia, nos revela clara y precisamente la intención de imponer a los objetos de la realidad exterior las leyes de la vida psíquica... Mientras que la magia utiliza aún en su totalidad la omnipotencia de las ideas, el animismo cede una parte de esta omnipotencia a los espíritus, abriendo así el camino a la religión" [pp. 122-123]. [Citas tomadas de: Sigmund Freud, *Tótem y Tabú* (trad. de Luis López-Ballesteros y Torres), Alianza Editorial/El Libro de Bolsillo N° 41, Madrid, 1985, cap. 3.] En el *normativismo*, o sea, la tendencia a concebir el Derecho como un mundo semántico autosuficiente y capaz de imponerse *per se* a las realidades sociales, tal fe en la "omnipotencia de las ideas" —en este caso, recurriendo como técnica mágica a la "omnipotencia" atribuida a unos textos jurídicos (p. ej., los de las Constituciones) a quienes se

o menos ficticia, en la práctica tal vez proporcione —si hay condiciones reales propicias— un elemento de resistencia contra ciertas interpretaciones autoritarias del texto constitucional.

V. ACOTACIONES

(i) *La Constitución como "freno" al Poder.*—Esta tesis, afín a ideas del liberalismo político, aparece reiteradamente expresada o presupuesta a lo largo del examen aquí efectuado. No faltará quien contra ella señale que en los Estados modernos, de todo tipo, más bien se verifica un movimiento en sentido contrario: la expansión cada vez mayor de la órbita de intervenciones del aparato estatal y la impotencia cada vez mayor de los individuos corrientes ante los detentadores del Poder. Tal es, en efecto, la tendencia real. Las posibilidades de establecer una sociedad de tipo marxista, en el sentido de la *Crítica del Programa de Gotha*, resultan día con día más utópicas. La única alternativa factible, en nuestros tiempos, se da entre: organizaciones estatales donde los detentadores del Poder son máximamente irresponsables y privilegiados, por un lado; y organizaciones estatales donde el Poder está sujeto a mayores controles —aunque, de todas maneras, sigue siendo muy poderoso— depositados en manos de otros sectores de la colectividad, por el otro lado. Es en esta segunda clase de organizaciones donde la Constitución puede desempeñar un papel tuitivo, aunque limitado, en favor de los ciudadanos comunes, y hasta de los "herejes", si contiene las instituciones de *freno*. Para estos efectos, dichas instituciones no son superfluas ni son utópicas. Ellas, precisamente, caracterizan al modelo ED; esto es, el de países que no tienen que cerrar sus fronteras para que la gente propia no se les escape, sino, en todo caso, preocuparse porque no escapen hacia allí los súbditos de países donde *no* hay ED. El ED, ese régimen donde los "frenos" son *mayores*, aunque no sean suficientes, es a la vez el sistema donde los intereses de las mayorías se hallan *menos* desprotegidos. Por tanto, vista la imposibilidad de crear una sociedad como aquella con que soñó Marx, y dada la amplia experiencia hecha con modelos antimarxistas como son todos los de orientación leninista, no hay más remedio que concluir que, a pesar de sus defectos (¡enormes!), el modelo constitucional ED es, por los "frenos" que *solo él* contiene, el menos desfavorable de los disponibles en la época actual. Y también es, como lo demuestra la Historia,

confía la obtención de esos efectos— desempeña un papel decisivo. [También en otro contexto me he referido a semejantes precomprensiones, tan comunes entre juristas, y no solo entre ellos, dándole entonces a esa figura el nombre de "platonismo de las reglas" (así le llama Hubert Rottleuthner): cf. Enrique P. Haba, "De la fantasía curricular", en *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 56 (mayo-agosto 1986), pp. 11-48. San José de Costa Rica, 1987; *vid.* allí, pp. 33 y sigs.] Cf. también: Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester (Mass.), 1970; *vid.* allí los sitios que en el Index (p. 400 ss.) aparecen indicados bajo las rúbricas "Basic Legal Myth", "Platonism" y "Word-magic".

el más susceptible de permitir mejoras por vías del menor costo en sufrimientos humanos⁽²²⁾.

(ii) *Necesidad y efectos favorables del Poder.*—Nada de lo dicho significa negar que, a pesar de los múltiples perjuicios que las intervenciones del Poder causan a derechos humanos, sobre todo a los de miembros de estratos no privilegiados, no menos cierto es que el Poder tiene también, necesariamente, unas intervenciones *tuitivas* respecto a los particulares, incluso los de clases medias y bajas: protección contra delincuentes comunes, servicios sociales, etc. De lo que se trata, cuando hablamos de "frenar" al Poder, no es de impedirle que cumpla estas *otras* tareas, indispensables, sino de evitar que, con el pretexto de ellas (o de otras más abstractas: defensa de la moral pública, la nacionalidad, etc.), sus detentadores violen derechos humanos básicos y, en general, se aprovechen autoritariamente de sus posiciones de mando. Aquellos "frenos" son siempre necesarios, puesto que, como señala Mourgeon,

"El Poder es simultáneamente el proveedor y el sepulturero de los derechos humanos, y más esto que aquello"⁽²³⁾.

(iii) *Sobre los llamados "derechos económicos, sociales y culturales"*.—En ningún punto he mencionado estos derechos. Eso porque, a decir verdad, su enunciación en las Constituciones resulta, por lo general, prácticamente inocua. Afecta poco o nada al papel *real* que una Constitución cumple en su medio, la circunstancia de que su texto contenga o no contenga tales declaraciones. Estas, ya sea las que se recogen en las Constituciones mismas o las del Pacto Internacional homónimo, en su casi totalidad son de mera índole *programática* (de "Desarrollo progresivo" dice la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 26). Y difícilmente podrían ser otra cosa. Se trata, en lo fundamental, de una especie de excurso literario para adornar el cuerpo de las Cartas, tanto en países capitalistas como en los socialistas. Los derechos realmente operacionales, de esas pomposas listas, podrían ser el de huelga y el de sindicación. Pero estos suelen mencionarse allí con sujeción a unos límites: "orden público", "reglamentación por ley", etc., que dejan la exigibilidad del derecho en manos, prácticamente, de la buena voluntad del Poder. En las autocracias leninistas-estalinistas las huelgas son inadmisibles, están del todo reprimidas, y en las democracias capitalistas no es raro que sean declaradas "ilegales". De ahí que, en la práctica, la Constitución solo llega a jugar un papel *real* (eventualmente) en la materia de los derechos civiles y políticos, y para fijar la estructura político-institucional básica. Las posibilidades reales son dos: o el texto constitucional sirve,

(22) Sobre ese "costo", cf. Russell, *op. cit.* (en la nota 1), Segunda Parte, caps. IV y VII; *vid.* también *infra*, el párrafo final (v) de este apartado.

(23) Jacques Mourgeon, *Les droits de l'homme*, Presses Universitaires de France (Que sais-je? N° 1728), París, 1978, p. 11.

en efecto, para limitar al Poder, por lo menos hasta cierto punto (ED); o bien, al hablar de unos derechos civiles y políticos, el Poder los invoca sobre todo como *aiibi* para legitimar sus intervenciones represivas —defensa del "orden público", de la "seguridad nacional", etc.—, o simplemente se deja que esos derechos reposen como letra muerta aunque se mencionan en discursos oficiales (y en la Facultad de Derecho). No debería confundirse lo que son las posibilidades de la técnica constitucional, bastante limitadas, con la promoción real de los intereses vitales de cada individuo. Es obvio que, para una persona corriente, mucho más importante es tener casa y comida que disfrutar de la libertad de expresión... suponiendo (¡lo que no es verdad!) que ambas dimensiones fuesen incompatibles. Solo que, mientras la casa y comida es algo que depende poco o nada de que en la Constitución se diga o no se diga que hay tal derecho, en cambio respecto a otros renglones, p. ej. para la libertad de expresión, unas disposiciones constitucionales pueden, aunque no siempre, constituir un factor importante para apoyar su efectividad. Si bien no será dañino incluir en la Constitución un catálogo de derechos "económicos, sociales y culturales", la importancia práctica de la Carta se juega en otros tipos de disposiciones, aquellas que consigan establecer *controles precisos* al Poder y *recursos netos* de los particulares contra intervenciones de este violatorias de derechos fundamentales. Por eso, como la cuestión de los derechos económicos, sociales y culturales es, en el plano constitucional, un capítulo básicamente retórico, no fue tomado en cuenta a lo largo de los apartados anteriores, pues mi interés se centra en aspectos de la normativa que pueden tener real incidencia sobre la conducta de las autoridades.

(iv) *Remisiones*.—Los puntos tocados en esta ponencia tienen que ver con cuestiones que se examinan con mucho más detalle en la obra siguiente: Enrique P. Haba, *Tratado básico de derechos humanos*, vol. I (Conceptos fundamentales) y vol. II (Indicadores constitucionales), Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1986 [los vols. III y IV están redactados, pero no se ha conseguido editor]. De dicha obra se puede consultar, como ampliación de ideas expuestas en esta ponencia, sobre todo algunas partes:

- en cuanto al Estado de Derecho y sus relaciones con el Poder, cf. los §§ 16.III y 42;
- en cuanto a opciones interpretativas frente a los conceptos indeterminados del discurso de los derechos humanos, cf. el cap. III (especialmente sus §§ 18 y 23);
- en cuanto a las situaciones de emergencia, cf. el cap. VII (especialmente sus §§ 61, 64.III, 65, 70 y 71) [y cf. además *Revista Judicial* N° 36, pp. 81 y sigs.];
- en cuanto a la libertad de expresión como garantía genérica de otros derechos, cf. el cap. VIII (especialmente sus §§ 72, 75, 76 y 81) [y cf. además *Revista Judicial* N° 37, pp. 65 y sigs.];

- en cuanto al normativismo, cf. la Tesis 5 (con su Ampliación) del § 28.VII, y el § 103.IV en el t. III;
- en cuanto a los derechos económicos, cf. el cap. IX (especialmente sus §§ 83 y 84 [y cf. además *Revista Judicial* N° 38, pp. 79 y sigs.]).

Cf. además, sobre la justificación ideológica de regímenes autoritarios (con o sin declaración formal de "emergencia") en América Latina, un estudio complementario: Enrique P. Haba, "Doctrina ideal y doctrina real de la seguridad nacional", en *Memoria del Primer Congreso Mundial de Derechos Humanos*, vol. IV (Los derechos humanos y su protección por parte del Estado), pp. 153-203, San José de Costa Rica, 1934. Y particularmente en cuanto a la función de lo que denomino "términos-bandera", punto muy vinculado también con lo que suele llamarse "fórmulas vacías" (*Tratado...* §§ 17.II y 64.III), véase también: Enrique P. Haba, "Control sobre las libertades, por medio de 'la' Libertad como ideología", en *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, N° 51 (junio 1982), pp. 55-69 (cf. especialmente el apartado IV de dicho estudio).

(v) *Addenda*.—Por ejemplo, un examen como el que Bertrand Russell efectuó, luego de una visita *in situ* (1920), sobre la situación de Rusia en los primeros años de la Revolución bolchevique, sigue conservando la más rigurosa actualidad (*op. cit.* en la nota 1). Eso no solo por la asombrosa exactitud que revelaron tener las previsiones en él contenidas (casi todas ellas), sino también porque aquel modelo político sigue inspirando a gobernantes actuales, y con consecuencias muy similares en su órbita interna: regímenes de "socialismo" bonapartista (*supra*, nota 8). Respecto a Nicaragua, por ejemplo, las similitudes con lo observado por Russell no se centran, desde luego, en la trascendencia histórica, la situación internacional, etc., de una y otra Revolución. Mas las similitudes son manifiestas en cuanto a los resultados *internos* fundamentales: miseria acrecentada de la población en general, y también sacrificio de vidas (servicio militar obligatorio) por parte de esta, para defensa de los grandes beneficios que el nuevo "establishment" le reporta *exclusivamente* (cf. también *supra*, nota 3), a la nueva élite en el Poder, la cual absorbe toda clase de privilegios en sus manos y no puede ser desplazada por vías electorales. Vale la pena recordar algunas de esas observaciones de Russell [en la primera cita sustituiré "comunista" o "bolchevique", por "socialista" o "sandinista" —el lector juzgará si el texto, así presentado, conserva pertinencia—]. "Es necesario que haya una administración, es necesario que haya autoridades o funcionarios que controlen la distribución. *Esos* hombres, en un Estado socialista, son los depositarios del poder. (...) El hecho de que haya socialismo —hasta cierto punto— no significa que haya libertad. Si el socialismo fuera más completo, eso no significaría necesariamente una mayor libertad; seguiría habiendo ciertos funcionarios para el control de los abastecimientos, y *esos* hombres podrían gobernar como quisieran mientras conservaran el apoyo de sus soldados. Eso no es mera teoría; es la patente lección de la actual situación en... La teoría bolchevique es que una pequeña minoría ha de apoderarse

del poder, y retenerlo hasta que el comunismo sea aceptado de una manera prácticamente universal, lo cual, admiten los bolcheviques, puede llevar mucho tiempo. Pero *el poder es dulce y pocos hombres renuncian a él voluntariamente*. (...) ¿No es casi inevitable que hombres situados como los sandinistas están situados..., y como los mismos bolcheviques afirman que los comunistas tienen que situarse dondequiera que triunfe la revolución social, no sientan inclinación alguna a abandonar el monopolio del poder, y encuentren razones para conservarlo...? ¿No les sería fatalmente fácil, sin alterar la estructura económica [socialista], *decretar salarios elevados para los altos funcionarios del Gobierno, y reintroducir así las antiguas desigualdades de riqueza?* ¿Qué motivos tendrían para no hacerlo así?... y si la naturaleza humana es como los marxistas afirman que es, ¿por qué los gobernantes iban a abandonar semejantes oportunidades de provecho egoísta?" (*op. cit.*, pp. 135-137). "La evolución más probable es, naturalmente, que aquellos que detentan prácticamente el poder en el momento de la victoria —aquellos jefes revolucionarios que hayan sobrevivido a la lucha por el poder y las diversas purgas, junto con las respectivas camarillas— pasen a formar la nueva clase gobernante de la nueva sociedad, una suerte de *nueva aristocracia o burocracia* que, por lo demás, procurará seguramente *ocultar* este hecho. Para ello, lo más conveniente será retener el máximo posible de la ideología revolucionaria, sacando partido de los sentimientos que la nutren, en lugar de malgastar el tiempo en vanos esfuerzos para destruirlos (de acuerdo con el consejo de Pareto para todos los gobernantes [V. Pareto, *Tratado de Sociología general*, § 1843]). Y parece bastante probable, también, que puedan hacer el uso más acabado de la ideología revolucionaria si, al mismo tiempo, *explotan el temor a movimientos contrarrevolucionarios*. De esta manera, la ideología revolucionaria les servirá para fines apologeticos, *a manera de justificación del uso que hagan del poder y como medio para estabilizarlo; en pocas palabras, como un nuevo 'opio de los pueblos'*" (K. R. Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, tr. de Eduardo Loedel, Paidós, Barcelona, 1982, p. 318; la edición original es de 1945). "El venderse a los capitalistas no es la única forma posible de traición. También es posible, *una vez adquirido el poder, utilizarlo para los propios fines* y no para los fines del pueblo. Eso es lo que creo posible que ocurra en...: el establecimiento de *una aristocracia burocrática, con la autoridad concentrada en sus manos, y que cree un régimen tan opresivo y cruel como el capitalismo*" (Russell, *op. cit.*, p. 118). "Los hábitos de poder intensifican la pasión de la rivalidad; en consecuencia, un Estado en el que el poder esté concentrado será, a igualdad de las demás cosas, más belicoso que un Estado en el que el poder esté difundido. Para los que no gustan de la guerra, ese es un argumento adicional contra todas las formas de dictadura. Pero el disgusto por la guerra es mucho menos común de lo que estamos acostumbrados a suponer; y los que gustan de la guerra pueden utilizar el mismo argumento para la defensa de la dictadura" (*ibid.*, pp. 114-115). [Las cursivas en los pasajes transcritos no pertenecen a los textos de referencia, sino que han sido añadidas aquí.] *Vid.* también *supra*, las notas que van de la 8 a la 11.

LAS NULIDADES EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE

"Agrupación de Estudios Jurídico Penales"

Licda. Isabel Porras Porras

Lic. Carlos A. Jovel Sánchez

Lic. Carlos A. Chávez Solera

Lic. Jorge Rodríguez Rodríguez

Lic. Leovigildo Rodríguez Anchia

Funcionarios del Poder Judicial
Costa Rica

SUMARIO:

Sección I. Nulidades en el proceso penal

- 1.1. Introducción.
- 1.2. Concepto.
- 1.3. Sistemas de nulidades.
- 1.4. Diferentes tipos de nulidad.

Sección II. Enfoque práctico del tema

- 2.1. Sumario: Los sistemas de nulidades adoptados en nuestro ordenamiento.
- 2.2. La declaratoria del vicio, acción preventiva del órgano jurisdiccional.
- 2.3. Legitimación de los sujetos procesales para pedir la declaratoria del vicio.
- 2.4. La subsanación del vicio.
- 2.5. Efectos de la declaratoria de nulidad.
- 2.6. Recapitulación.
- 2.7. Breve enfoque de los actos pre-procesales y a la actividad de los tribunales de alzada en torno a las nulidades.

SECCION I

NULIDADES EN EL PROCESO PENAL

I. *Introducción*

Las nulidades no pertenecen, exclusivamente, a alguna rama del Derecho, pese a ser propias en un inicio del campo del Derecho Privado, por habérselas elaborado particularmente en el civil. Su repercusión y trascendencia en las diferentes ramas ha motivado la creación de una teoría general, lo que por sí demuestra que su estudio es complejo y de gran magnitud, siendo que las nociones básicas sobre nulidades son genéricas y comunes a todo el derecho, aunque posteriormente las soluciones se desvían teniendo en consideración la especial naturaleza de la rama o disciplina jurídica de que se trate. Así, Couture reza que la "teoría de la nulidad" es de carácter general a todo el derecho y no particular a cada una de las ramas. Pero también por las razones anticipadas se comprende que una vez admitidas ciertas nociones que forman la base de toda concepción acerca de la nulidad, comunes a todos los campos del Derecho, las soluciones se desvían y se hacen específicas, particulares a cada una de las ramas del orden jurídico.⁽¹⁾ Empero, el presente estudio tiene como meta, previa exposición de algunas nociones generales y doctrinales, el análisis de las nulidades en el Proceso Penal Costarricense, con el objeto de determinar y aclarar el sistema empleado por nuestro Código, y otra serie de aspectos importantes.

1.2. *Concepto*

Se inicia este estudio con la significación del término al cual se referirá el presente. J. Escriche define nulidad como "el estado de un acto que se considera como no sucedido y el vicio que impide a este acto el producir su efecto".⁽²⁾ Hugo Alsina manifiesta que la nulidad "es la sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas para ello".⁽³⁾

(1) COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, tercera edición, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 374.
 (2) ESCRICHE, J. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Librería Bouret, París-México, 1925, p. 1285.
 (3) ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, segunda edición. Tomo I, Buenos Aires, 1956, p. 627.

Por su parte Ricardo Núñez agrega que "la nulidad es el vicio que afecta un acto consistente en la omisión de una forma o de un requisito legalmente necesaria para su validez".⁽⁴⁾ Sergio García Ramírez dice que "la realización de un acto procesal fuera de las condiciones o al margen de los requisitos que la ley señala para su perfección y plena eficacia, conduce a la noción del acto defectuoso en sus diversos grados".⁽⁵⁾ Carlos Rubianes, en su análisis sobre el tema, expone que "el acto procesal es nulo cuando así lo declara judicialmente, con motivo de no haberse observado formas determinadas por la ley para su constitución, lo que determina que no produzca ningún efecto jurídico en el proceso".⁽⁶⁾ Por último, dada la concordancia existente entre los diferentes tratadistas sobre la definición del término nulidad, Clariá Olmedo, expone que la nulidad procesal es la más importante sanción de los actos del proceso. "Consiste en una conminación legal, expresa o tácita, por la cual han de declararse inválidos determinados actos procesales cumplidos sin observar las disposiciones exigidas para su realización".⁽⁷⁾

Se ha mencionado a lo largo de las diferentes conceptualizaciones expuestas que la nulidad procede cuando determinados actos no cumplen o no se han observado para su realización los requisitos exigidos por ley. Debe entenderse que estos requisitos atañen a la capacidad del que ejecuta el acto; a la intervención necesaria de ciertas personas en él o al resguardo de la situación procesal de los interesados en él, por cuanto "la nulidad impide los efectos jurídicos del acto y se debe a defectos de forma, capacidad, representación o competencia".⁽⁸⁾ A tenor de Clariá Olmedo, se menciona que "la nulidad como sanción se muestra como un medio práctico para retomar el curso normal del proceso, cuando por causa de la actividad procesal irregular cumplida se ha desviado de sus fines o ha alterado algún principio fundamental para su inicio, desarrollo o finalización".⁽⁹⁾ Posteriormente agrega que "la regla" es clara: sólo en la ley ha de encontrarse la distinción entre requisitos esenciales o meramente accidentales de la actividad procesal cumplida, a ella deben someterse las partes para reclamar la nulidad con éxito, y el Juez para declararla. Si la ley no conmina con la nulidad la inobservancia de sus disposiciones en forma expresa, sea con

(4) NUÑEZ, Ricardo. *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1978, p. 139.

(5) GARCIA RAMIREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Segunda edición, Editorial Porrúa S.A., México D.F., 1977, p. 267.

(6) RUBIANES, Carlos J. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 481.

(7) CLARIA OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo IV, Ediar, 1964, p. 186.

(8) DEVIS ECHANDIA, Fernando. *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo I, Décima Edición, Editorial, A.B.C., Bogotá, 1985, p. 593.

(9) CLARIA OLMEDO, Jorge. *Op. cit.*, p. 186.

criterio específico o con un criterio genérico, la formalidad o inobservancia no se considera esencial, por tanto, no será posible aplicar la sanción de nulidad".⁽¹⁰⁾

Mario Oderigo, en su estudio, manifiesta que "las Leyes Procesales:

- a. Declaran el carácter excepcional de las nulidades;
- b. Determinan taxativamente las causales de nulidad;
- c. Admiten su saneamiento en algunos casos".⁽¹¹⁾

Es necesario tener presente que el Derecho Procesal es accesorio y su naturaleza meramente instrumental, en cuanto al derecho procesal representa sólo un medio para la realización del derecho material, siendo imprescindible limitar la nulidad de los actos procesales a aquellos casos en los cuales la tolerancia del defecto formal resulte incompatible con la debida protección de los derechos. Así Ricardo Levenne expone que "teniendo en cuenta que las normas procesales penales son de orden público, y que es fundamental la estabilidad del ordenamiento procesal, conciliando los derechos de la sociedad con los del imputado, es conveniente que la ley determine en lo posible cuáles actuaciones son esenciales para el objeto y fines del proceso, como ser las que garantizan la inviolabilidad de la defensa, y agregue la nulidad como sanción para el caso de incumplimiento".⁽¹²⁾ Lo anterior por cuanto y como bien se manifiesta por parte del Vincenzo Manzini "no toda irregularidad procesal es sancionada con nulidad".⁽¹³⁾

1.3. Sistema de nulidades.

En la doctrina se han elaborado diferentes sistemas de nulidades, siendo los siguientes los más importantes:

- a. Sistema de especificidad: únicamente puede declararse la nulidad de los actos procesales, expresamente previstos por la Ley (*Pas de nullité sans texte*);
- b. No hay nulidad sin haberse sufrido un perjuicio por una de las partes (*Pas de nullité sans grief*);
- c. No hay nulidad si el acto procesal ha conseguido el fin propuesto por la ley;

(10) *Ibid.*, p. 197.

(11) ODERIGO, Mario. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Editorial Ideas, Buenos Aires, 1952, p. 363.

(12) LEVENE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. II edición, Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires, 1967, pp. 99-100.

(13) MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p. 58.

- d. El que libra la consecuencia de los vicios de forma a la sola apreciación de los jueces, quien a su arbitrio podrá o no declarar la invalidez del acto procesal (Judicialista);
- e. No hay nulidad de forma si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio (Principio de trascendencia);
- f. Toda contravención a la ley procesal importa la nulidad (Principio formalista).

El Dr. Luis Guillermo Herrera menciona que "de la regla general contenida en el artículo 144 del Código de Procedimientos Penales se desprende que nuestra legislación ha adoptado —en principio— el sistema de especificidad. . . en principio, porque no puede un sistema bastarse a sí mismo, sin recurrir a los demás principios que los otros sistemas ofrecen, a tal punto que el mejor sistema será el que pueda integrar en forma coherente y racional, todos los principios que conviven en el seno de la teoría de las nulidades procesales".⁽¹⁴⁾ Ello debe ser así, con el único objeto de lograr un sistema que mantenga el equilibrio entre las potestades del Juez y la de las partes procesales.⁽¹⁵⁾

1.4. Diferentes tipos de nulidad.

Habíase dicho que hemos de entender por nulidad la sanción, expresa, implícita o virtual que la ley establece cuando se ha violado u omitido las formas por ella preordenadas para la realización de un acto jurídico al que se priva de producir sus efectos normales. Es necesario agregar que "cuando mayor sea esa desviación o apartamiento respectivo de los requisitos impuestos al acto por la ley, mayor ha de ser el grado de ineficacia con que deberá ser sancionado".⁽¹⁶⁾ Así, desde el punto de vista doctrinal se ha elaborado todo un sistema en los diferentes tipos de nulidad, v.gr. Emilio Gómez Orbaneja y Vicente Herce Quemada los llaman actos procesales defectuosos, divididos en actos nulos y actos irregulares, dejando fuera la categoría de actos inexistentes. Los actos nulos pueden ser absolutos o relativos.⁽¹⁷⁾ Por su parte Miguel Fenech manifiesta que los vicios de los

- (14) HERRERA, Luis Guillermo. *Las Nulidades en el nuevo proceso penal*, Revista Judicial, N° II, marzo de 1979, San José, p. 65.
- (15) Si se quiere ahondar en este tema, véase: HERRERA, Luis Guillermo, *Op. cit.*, pp. 65-71; COUTURE, Eduardo J. *Op. cit.*, pp. 386-397.
- (16) *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XX, Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires, 1982, p. 539.
- (17) Véase: GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, VIII edición, Artes Gráficas, S.A., Madrid, 1975, pp. 117-118.

actos procesales pueden ser de dos órdenes: actos defectuosos y actos ilícitos. Los primeros los divide en actos nulos y actos irregulares, subdividiendo los primeros en cuatro órdenes: inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa y anulabilidad.⁽¹⁸⁾ Carlos Rubianes y Hernando Devis Echandía hablan de actos inexistentes, actos nulos en su modalidad de Nulidad Absoluta y Relativa.⁽¹⁹⁾ Entre los autores que comparten esta distinción están Couture, Aisina, Chiovenda, Rosenberg. Otros autores distinguen las nulidades en absolutas y relativas, clasificación que ha sido adoptada por casi todas las legislaciones modernas, inclusive el Código de Procedimientos Penales de Costa Rica. Entre ellos Brenes Córdoba, De La Plaza, Carnelutti, Liebman, Guasp, Clariá Olmedo.⁽²⁰⁾ Siendo así las cosas y retomando criterios de algunos autores apuntados anteriormente, expondremos la división de actos nulos absolutos y actos nulos relativos, no sin antes dedicar algunas líneas al acto inexistente.

a. Acto inexistente.

Se dice que la inexistencia constituirá el grado máximo de la nulidad. Sin embargo, el acto inexistente no es un acto, sólo impropiamente puede denominarse como tal. Constituye un no acto, un simple hecho material, o si se quiere un acto artificial aparente. Por consiguiente, no puede hablarse de nulidad en un acto que no existe. Enrique Jiménez menciona que "el acto inexistente no es tal en la realidad sino una mera apariencia por corresponderse con un estado jurídico en el que faltan los elementos necesarios para que fuera viable. Una especie de aborto jurídico. . .".⁽²¹⁾ Se indica que el acto inexistente es aquél que presenta vicios de una gran gravedad por no cumplir con los requisitos mínimos exigidos por la ley para el acto.⁽²²⁾ Leone indica que la inexistencia ocurre cuando lo que se presenta es la ausencia, no defecto, de alguno de los presupuestos procesales.⁽²³⁾ El acto inexistente, además de no producir efectos jurídicos, no puede ser nunca subsanado, ni necesita ser invalidado, y por consiguiente, carece de todo efecto. En conclusión y como ha sido apuntado la inexistencia es simplemente una elaboración doctrinal por cuanto la ley no habla de ella.

- (18) Véase: FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*, Volumen I, segunda edición, Editorial Labor S.A., Madrid, pp. 633-640.
- (19) Véanse: RUBIANES, Carlos. *Op. cit.*, pp. 481-486; DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op. cit.*, pp. 589-598.
- (20) Véase: HERRERA, Luis Guillermo. *Op. cit.*, p. 65.
- (21) JIMENEZ ASENJO, Enrique. *Derecho Procesal Penal*, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. (s.f.), p. 338.
- (22) Véase: CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso Penal*, Tomo III, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950, p. 182.
- (23) LEONE, Geovanny. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, p. 728.

b. *Nulidad absoluta.*

En este caso sí nos encontramos ante el grado máximo de invalidez de los actos procesales. La falta de un requisito determina la nulidad absoluta, declarable por el juez de oficio, pudiendo también las partes, naturalmente, excitar el derecho-deber del juez de declararla ex officio. Para Vélez Mariconde "lo importante es que no habrá nulidad absoluta sino cuando la inobservancia de las normas concernientes a sujetos esenciales de la relación procesal, implique violación de principios fundamentales. La correcta interpretación de éstos será siempre indispensable para reconocer la existencia de tan grave amenaza a la vida del proceso".⁽²⁴⁾

c. *Nulidad relativa.*

Las nulidades relativas son aquellas, a tenor de Clariá Olmedo, establecidas principalmente por el interesado de las partes intervinientes, a los fines de evitar los perjuicios que podría ocasionarle la irregularidad procesal. Cuando se trata de nulidades relativas la aplicación de la sanción está condicionada a la actividad de partes que tengan interés y no la haya causado, la cual debe actuar, oponiéndola dentro de un término perentorio cuya inobservancia implica la decadencia de la facultad y como consecuencia imposibilidad de aplicar la sanción convalidación.⁽²⁵⁾ Retomando lo anterior, podemos afirmar que los actos procesales que se van realizando pueden acusar desviaciones o apartarse de las formas que la ley instrumental ha impuesto para su ejecución. No se trata aquí de infracciones de suma gravedad, puesto que no vulneran principios fundamentales, sino simples errores in procedendo ocurridos durante la sustanciación o decisión del proceso, y que pueden, aún, así, ocasionar perjuicios a los litigantes al restringírseles indebidamente la defensa. Tales actos, a pesar de estar viciados, conservan su eficacia y producen normalmente sus efectos sino se les impugna por los medios y los términos jurídicamente preestablecidos. Por lo tanto, el consentimiento expreso o tácito de la parte a quien el mismo perjudica, trae como consecuencia la subsanación de aquellos vicios o irregularidades.

Por último y de previo a entrar en consideraciones prácticas, se hace necesario reafirmar que nuestro Código Procesal Civil, siguiendo la legislación cordobesa, adoptó el sistema de Nulidades Absolutas y Nulidades Relativas.

(24) VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Ediciones Lerner, Buenos Aires, (s.f.), p. 87. Al respecto Vázquez Iruzubieta y R.A. CASTRO manifiestan que sólo deben ser declaradas de oficio aquellas nulidades que se refieren a las garantías del imputado en cuando hace a su defensa. Véase: VAZQUEZ IRUZUBIETA, C. y CASTRO, R.A. *Procedimientos Penal Mixto*. Tomo IV, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1973. p. 175.

(25) CLARIA OLMEDO, Jorge. *Op. cit.*, pp. 236-237.

SECCION II

ENFOQUE PRACTICO DEL TEMA

En la siguiente fase de nuestra exposición, y utilizando como guía los conceptos teóricos atrás expuestos, trataremos de aplicar la doctrina de las nulidades al proceso penal costarricense.

Para cumplir con tal cometido, nos permitiremos tomar como asistencia, los estudios que en esta materia vienen incluidos en dos obras fundamentalmente, una, la del tratadista Ricardo C. Núñez "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba", que desglosa los ordinales de dicho cuerpo legal acompañándolos de jurisprudencia y doctrina que resultan sumamente útiles; y la otra, la del tratadista italiano Franco Cordero que en su libro "Ideologie del Processo Penale" dedica un capítulo al tema de las nulidades subrayando algunos aspectos de verdadera relevancia en relación con el tratamiento que se da a las mismas en el ordenamiento procesal penal italiano.

El motivo por el cual se utilizan ambos escritos, encuentra explicación en el hecho de que el contenido de varios de los artículos, que en el comentario iremos mencionando, en sus alcances semánticos y normativos es casi idéntico al que emplea nuestro Código, de manera tal, que lo dicho acerca de unos, es aplicable a los otros casi en forma automática, y esto obviamente permitirá que tracemos un panorama más completo de la situación.

A la par de lo ya indicado nos tomaremos la libertad de hacer una crítica absolutamente constructiva a la forma en que se conducen ante las nulidades, y en algunos casos los sujetos procesales en nuestro país, entre ellos los mismos jueces instructores, los jueces Superiores Penales, y los representantes del Ministerio Público en lo que a ellos toca.

Para introducirnos en el tema, iniciaremos un pequeño desglose de los vicios procesales causantes de nulidades, su clasificación, sus efectos, y los remedios empleados en la legislación, no dejando de tocar otros bemoles que resultan harto importantes.

El enfoque que haremos en esta sección llevará matices esencialmente prácticos, y por ello para una mayor concreción, analizaremos las normas contenidas en los artículos 144 a 150 del Código de Procedimientos Penales, haciendo referencia a sus similares en la legislación italiana y argentina, aquí consideradas, una por su supremacía conceptual y técnica, y la otra por ser antecedente inmediato de la legislación patria.

2.1. Al abordar el tema de las nulidades esencialmente interesa, precisar su naturaleza, sus alcances y efectos, y para ello debe determinarse el o los sistemas adoptados en la legislación de que se trate. En nuestro sistema procesal, adoptamos los dos tipos de conminación del vicio: El

específico⁽²⁶⁾ y el genérico, uno lo reseña el artículo 144 del Código Procesal, cuyos similares son los ordinales 184 y 170 de los Códigos italiano y argentino de Córdoba respectivamente. Aquí se reseña que los actos procesales son nulos únicamente cuando fueren cumplidos en violación de disposiciones expresamente previstas bajo pena de nulidad. Esto significa que si el legislador no estableció la existencia del vicio para condicionar el respeto a la forma procesal exigida dentro del ritual, la sanción de nulidad no puede recaer sobre el acto que no pasará de ser solamente irregular pero no nulo ni anulable. Como veremos luego, la nulidad que se deriva de una previsión expresa será siempre de carácter relativo.⁽²⁷⁾

El sistema de conminación genérica, aparece en nuestro Código en el artículo 145 y en el italiano y argentino en los numerales 185 y 171 casi en el mismo texto. Tal sistema implica que, significando una excepción para la regla anterior, aún cuando el acto de que se trate no tenga aparejada a la violación de la forma procesalmente exigida, la sanción de nulidad, serán siempre entendidos nulos, aquellos actos cumplidos con inobservancia de las disposiciones concernientes a la capacidad de los jueces y tribunales (abstracta y concreta), a su nombramiento y constitución, también los que violen disposiciones referentes a la intervención y participación del Ministerio Público en el proceso y en los actos en que ésta sea obligatoria, y finalmente los actos cumplidos sin acatar las disposiciones relativas a la intervención, asistencia y representación del imputado, *en los casos y formas que la ley establece*, (el subrayado no es del original) acotación esta última que a pesar del criterio de algunos, reduce el número de nulidades; pues las limita a los casos y formas expresamente exigidas y no a todos los casos indiscriminadamente. En torno a los contenidos y alcances de cada sistema, véase la exposición del autor Jorge Clarió Olmedo reseñada en sección anterior.⁽²⁸⁾ La previsión genérica encuentra justificación en el cuidado que pone el legislador para proteger la normal integración y desarrollo de la relación procesal, véase así, que todos los presupuestos de la norma contemplan los que a su vez son los presupuestos de la relación procesal.

Podemos entender, siguiendo el orden de ideas expuesto, que la única forma de decretar una nulidad en el proceso penal que nos rige, determinando antes su existencia, es observando primeramente si ella está expresamente prevista, analizando los presupuestos y contenidos del acto, sus requisitos y formas, y determinando si la sanción está determinada concretamente en el Código, caso contrario, orientándonos a establecer si pese a su no previsión, se trata de alguno de los casos reductibles en la norma del artículo 145 que sanciona los actos ahí descritos genéricamente con el

decreto de nulidad, teniendo excesivo cuidado en no interpretar extensivamente la norma, —como exige el artículo 3 in fine del Código Procesal—, para no lesionar el interés público y preponderante del proceso, creando nulidades donde no las hay. Finalmente, si observáramos que no estamos ante ninguna de ambos casos, habría que concluir que la nulidad no existe ni debe ser decretada. Recalcamos sobre este primer aspecto, porque creemos que es en él donde más se ha fallado de parte de nuestros jueces, decretando a veces la existencia de nulidades cuando hay una simple violación de formas que produce un acto irregular pero no nulo ni anulable.

2.2. Avoquémonos ahora a analizar el artículo 146 de nuestro Código, cuyos similares son el 187 del Código Italiano y 172 del Código Argentino. Tal numeral nos enfrenta con un problema bastante complejo, a cuyo análisis se dedica el tratadista italiano, Franco Cordero en la obra ya mencionada. La problemática la constituye, la necesidad de determinar cuáles nulidades son declarables de oficio, y cuáles a solicitud de parte, y que consiste la potestad del juzgador de eliminar el vicio?

La relación de este artículo con el 149 ibidem, hacen que de momento turbemos el orden que sigue el Código para referirnos a ambos conjuntamente dejando de lado otras normas intermedias. Principalmente, la conjunción de estos numerales permite utilizar un parámetro para determinar cuáles son las nulidades absolutas y cuáles las relativas en nuestro sistema procesal.

Siguiendo la regla de que solo las nulidades relativas pueden ser susceptibles de subsanación, dado que el vicio que representan es menos lesivo de los intereses procesales que aquel que representan las nulidades absolutas, podemos concluir bajo el texto de la norma, que las nulidades absolutas son también las declarables de oficio, y éstas a su vez son aquellas que paralelamente representan una violación a las disposiciones que contemplan el artículo 145 y a una norma constitucional (excepción hecha del caso que contempla el artículo 350 según veremos); contrariamente, todas las demás son nulidades relativas, declarables a petición de parte únicamente y dentro de ellas como ya se adelantara figuran las utilidades expresamente previstas, quedando sometidas al régimen de subsanación bajo los presupuestos de los artículos 148 y 149. Sobre este punto insistimos también, porque en relación con él surgen la mayoría de equívocos procesales que de suyo son causantes de atrasos injustificados en la tramitación, y de que el sistema vigente parezca en algunos momentos no funcionar.

Continuando la disección de la norma del artículo 146 hay que concluir entonces que todas aquellas nulidades que no importen una violación al artículo 145 por desmejorar la constitución o desarrollo de la relación procesal y a la vez sean lesivas de una norma constitucional, serán declarables exclusivamente a petición de parte. No obstante ello, tratándose de cualquier nulidad este artículo otorga al tribunal la potestad para corregir el vicio si fuere posible.

(26) Son nulidades expresas las contenidas en los artículos... 28, 36, 38, 73, 91, 92, 94, 98, 100, 106, 107, 133, 138, 189, 192, 229, 234, 243, 262, 276, 281, 287, 288, 341, 349, 350, 361, 373, 384, 385, 390, 392, 396, 400, 406, 411, 413 y 483.

(27) V. infra, pág. ...

(28) V. Supra, pág. ...

Sobre este último tópico, y haciendo eco de lo que dice Cordero, pareciera surgir una contradicción, pues cómo podrá el tribunal eliminar el vicio sin declararlo, y estándole vedado declararlo de oficio en la mayoría de los casos hasta esperar la petición de parte?

La interpretación que cabe es la que hace Núñez, al entender la actividad del Juzgador como preventiva del decreto de nulidad y de la propagación del vicio en el proceso, entendiendo además la expresión en sí no obstante que parece genérica, como relativa en sus alcances a que se trate de una nulidad declarable de oficio o a petición de parte, absoluta o relativa, lo que significa que el Juez o Tribunal sólo podrá hacer el decreto de nulidad según sea el caso, de oficio o a pedido de parte cuando ello fuere necesario para enmendar el vicio, pero si el vicio es corregible sin necesidad de ese decreto puede y debe hacer la corrección tanto más en los casos en que la declaración es oficiosa. A nuestro entender, existen casos en que ni es necesario declarar la existencia de la nulidad para enderezar el proceso, y basta con la repetición del acto viciado sin importar la vigencia del mismo. Es así por ejemplo cuando se trata de actos neutros⁽²⁹⁾ o de adquisición de prueba. Por ejemplo, si el instructor luego de recibir un testimonio advierte que el testigo no fue debidamente juramentado, como exige bajo pena de nulidad el artículo 234 del Código de Procedimientos Penales, nulidad que evidentemente es de carácter relativo, podrá, para evitar que el vicio se propague, citar nuevamente al testigo y recibir su declaración con las formalidades del caso, para lo cual no precisa decretar la existencia del vicio, perdiendo el acto viciado su relevancia de facto, al quedar sustituido, no obstante su vigencia, por un acto perfecto y absolutamente eficaz.

Lógicamente, si no pudiere operarse la enmienda del vicio, sin la previa declaratoria de su existencia, deberá el juez sujetarse a las reglas sobre la declaratoria de la irregularidad, pudiendo hacerlo de oficio sólo en los casos en que se le faculta para ello, debiendo en el caso contrario esperar la gestión de parte para examinar la procedencia de la declaratoria.

2.3. Pasamos ahora a examinar la legitimación para hacer el pedido de nulidad. En esto, hay varios aspectos a determinar: así por ejemplo, debe precisarse si la falta de legitimación por el hecho de contribuir a la creación del vicio es aplicable o no al Ministerio Público, y luego, en qué consiste la asistencia de interés a la parte gestionante, que son las dos hipótesis que incluye el artículo 147 del Código Procesal, siendo sus equivalentes 173 y 187 de los Códigos argentino e italiano según su orden.

A nuestro modo de ver la norma cobija tanto al Ministerio Público como a las otras partes, y a éste se le menciona por aparte, quizá por el resabio doctrinal de no considerarlo como parte dada su función imparcial, no obstante, sí es parte en sentido formal. Lo cierto pues es, que el

(29) Ver *Infra*.

Ministerio Público sólo podrá oponer aquellas nulidades que no concurrió a causar cuando el vicio sea de carácter relativo, puesto que la norma hace excepción de las nulidades declarables de oficio, sobre las que no rige esta limitación. El mismo principio obviamente rige para las demás partes y encuentra su razón de ser como dice Núñez al comentar el artículo 173 del Código de Córdoba en que "nadie puede invocar en su beneficio su propia torpeza".

Somos conocedores de algunas interpretaciones dadas a este numeral que se orientan a afirmar que el Ministerio Público queda exento de este límite que rige sólo para las partes, pero si el texto de nuestro Código no es claro, sí lo es el del Código Italiano que literalmente indica en su artículo 187: "Il publico Ministero e le alter apri non passono oporre le nullita alle quali hanno dato o sono concorsi a dar causa..."⁽³⁰⁾ y del cual se entiende la inclusión del órgano acusador.

Resulta importante resaltar la trascendencia de este aspecto en relación al Ministerio Público, puesto que al entender a este como un órgano unitario al que le son imputables las conductas parciales de sus representantes, si uno de ellos ha causado un vicio, no puede venir otro a solicitar su decreto, pudiéndosele rechazar su gestión por falta de legitimación; cosa que a veces es ignorada, y muchas de las nulidades decretadas en los procesos no obstante ser relativas, son declaradas a petición del mismo Ministerio Público y sobre actos que este mismo ha contribuido a viciar. Así por ejemplo muchas veces a pedido del Ministerio Público algunos instructores anulan el requerimiento de instrucción formal, derivando de esto un doble error: primero, decretar una nulidad a pedido de la parte que ha sido causante, y luego decretar una nulidad sin que haya previsión específica de su existencia (véanse los numerales 169 y 170 que a pesar de imponer la forma no aparejan la sanción a su irrespeto) y sin que se lesione el artículo 145 del Código de Procedimientos Penales.

Ocupándonos ahora de lo que significa la asistencia de interés a quien oponga la nulidad, puede recurrirse a los criterios de Núñez quien nos dice que el interés deriva del hecho de que la observancia de la disposición transgredida beneficie a la parte que invoca el vicio al darse la posibilidad de que al anular el acto éste pueda ser modificado, o puede modificarse a su vez la situación jurídica preexistente. Para establecer la concurrencia de esta situación hay que situarse ante el acto concreto, examinando la trascendencia del vicio y los efectos de su decreto, esto pues, si el vicio no tiene una significación tal, que al menos apareje la posibilidad latente de que el decreto pueda producir eventualmente una modificación, y si por el contrario la certeza de que dicha modificación no se podrá operar, la declaratoria del vicio no beneficia a nadie y sí perjudica al proceso en su normal desarrollo, pudiendo entonces el tribunal rechazar la ges-

(30) El Ministerio Público y las otras partes no pueden oponer las nulidades que han causado o han concurrido a causar.

tión por carencia de ese interés que asista al petente. Evidentemente aquí estamos situados ante las nulidades relativas, puesto que la norma hace excepción de aquellas declarables de oficio.

Para ilustrar el concepto anterior recurramos a algunos ejemplos: Si se diera el caso de que el defensor del imputado solicita un decreto de nulidad del auto de procesamiento porque él se funda en un testimonio recibido sin las formalidades del artículo 234 del Código Procesal y la supresión de esta probanza, no modifica en modo alguno el dictado, por existir otros testimonios con la misma trascendencia que por sí solos sostienen el dictado, evidentemente a la defensa no le asiste interés alguno para forzar a esa declaratoria, habida cuenta que el decreto de nulidad no variará el dictado que podrá emitirse exactamente igual, ni modificará la situación jurídica de su defendido, significando solamente una demora en el procedimiento. Por otra parte si por el contrario se pide la nulidad del mismo procesamiento porque se funda en una reconstrucción de hechos viciada trascendental para el dictado, evidentemente aquel interés está presente y constatado el vicio debe sobrevenir el decreto de la misma. Igualmente tratándose de un acto definitivo e irreproducible su nulidad podría modificar la situación jurídica preexistente o el dictado que en él se funda.

Si a alguien extrañan tantas limitaciones para poder invocar y que se decrete una nulidad, debe recordarse lo expuesto atrás cuando se dijera que la nulidad realmente es un mecanismo de reorientación del proceso hacia sus fines permitiendo retomar las formas exigidas por la ley para el cumplimiento de estos. Así, para que se haga necesario el remedio debe existir la enfermedad, y a la vez, no ser esta susceptible de curarse por otros medios, llevando ínsita la posibilidad de afectar los intereses tutelados por el proceso. Esto quiere decir, que si el proceso no enfrenta ninguna crisis realmente significativa, al grado de que puede sanarse de otra forma, o en su caso, que esta crisis no afecta los intereses tutelados, no hace falta someterlo al tratamiento que sería el decreto de nulidad y esta debe ser inaplicada más bien en satisfacción de los fines mismos del proceso.

2.4. Los artículos 148 y 149 deben ser comentados conjuntamente. El primero nos señala la oportunidad procesal en que los interesados pueden interponer las solicitudes de nulidad para los actos cumplidos en una u otra etapa del proceso, reflejamente, lleva a establecer un efecto de sanatoria del vicio, cuando la nulidad es relativa y no es opuesta oportunamente, figurando el silencio de las partes, y su comportamiento omisivo como provocador de un efecto fortalecedor del acto que adquirirá una eficacia plena. Estas oportunidades funcionan como plazos de caducidad, dentro de los cuales perentoriamente deberán los interesados deducir las excepciones relativas producidas en las etapas correspondientes del proceso, caso contrario, vencidos los mismos operará una preclusión del poder correspondiente.

Este efecto lo encontramos establecido en el artículo 149 inciso I cuando establece que las nulidades que no son absolutas vale decir declara-

bles de oficio, se subsanan cuando no son opuestas por quien tenga derecho en forma oportuna.

Otro modo de subsanación se produce cuando la parte que podrá oponer la nulidad, aceptare los efectos del acto en forma expresa o tácita. Aquí inicialmente corresponde individualizar en debida forma cuál o cuáles son las partes que pueden oponer la existencia del vicio, y en torno a esto hay que volver sobre los conceptos reseñados en el punto anterior cuando se habló del interés en la observancia de las disposiciones violadas; de tal modo que esas partes serían aquellas que se beneficiarán con la declaración del vicio y no otras. Esto resulta de capital importancia, porque es solo la aceptación de esta o estas partes la que puede provocar la subsanación de ese vicio con exclusión de las demás.

Pasando ahora a analizar los modos de aceptación, dejamos de lado la forma expresa pues evidentemente no plantea conflicto alguno. Sobre la forma tácita debe conceptuarse que existe, cuando la parte que tenía derecho a alegar la existencia del vicio realiza un comportamiento posterior a él que evidencia la aceptación de los efectos del acto, provocando un efecto preclusivo del poder que le asiste para atacarlo. Este efecto preclusivo se deriva entonces de un acto posterior, que impide volver a la situación anterior a él prescindiendo del poder jurídico precedente, impidiendo al sujeto atacar el acto que ha admitido como válido, esa situación de hecho en que consiste la aceptación, por disposición legal produce una eficacia conservativo-fortalecedora sobre el acto y hace precluir el poder del aceptante para esgrimir la nulidad.

En torno a esta situación el Juzgador debe ser muy cuidadoso a la hora de conocer una solicitud de nulidad, pues aún cuando existe el vicio, y haya legitimación para oponerlo de parte de quien solicita el decreto, puede ser que haya operado la convalidación o subsanación del mismo al haber existido aceptación de los efectos del acto, en forma expresa o tácita de parte de quien ahora solicita la anulación. Si analizáramos muchos de los decretos de nulidad que se han producido en la instrucción misma o en alzada, veríamos que la gran mayoría de ellos contienen declaratorias de nulidad injustificada por haberse operado la subsanación del vicio.

Finalmente, el artículo 149 en su inciso 3, hace relación a otra hipótesis de subsanación del vicio: —la consecución de los efectos del acto respecto a todos los interesados—. A la hora de estudiar este aspecto, debe volverse nuevamente a la determinación de quienes son los interesados, retomando el criterio expuesto líneas atrás que nos lleva a establecer que estos son los sujetos que podrían verse beneficiados con la observancia de la o las disposiciones legales violentadas.

Este modo de sanar un acto, dice Muñoz, es propio de aquellos actos que tienden a lograr un efecto procesal ulterior determinado como son por ejemplo la citación y la notificación, aún cuando existen otros actos de esta naturaleza. Si por ejemplo se llevara a cabo una notificación defectuosa v.g. si no se notificara personalmente un dictado cuando debe hacerse así,

y no obstante los interesados ejercen los derechos que pueden ejercer al ser notificados por haberse enterado del contenido de lo resuelto de cualquier otra forma, evidentemente el acto viciado alcanzó sus efectos y la nulidad ha quedado subsanada.

Según expone Franco Cordero en su obra ya mencionada, pareciera contradictorio que un acto cumplido con irrespeto a las formas exigidas pueda lograr su cometido, sin embargo, concluye, que en relación con ciertos actos del procedimiento las formas son exigidas en calidad ejemplificadora, sin perjuicio de que a veces el acto cumplido en forma diversa pueda alcanzar su objetivo. Esta es una situación que hay que observar cuidadosamente. Agrega además Cordero, que la eficacia del acto viciado, para conseguir su fin, requiere la suma de un acto sucesivo que evidencie la producción del efecto físico que el acto buscaba. Un ejemplo práctico de esta situación podría verse en el caso de que la prevención a que se refiere el artículo 223 del Código Penal en relación con la apropiación y retención indebida, le fuera hecha erróneamente al imputado a través de un tercero, pero que sin embargo el denunciado hiciera la devolución o entrega de lo retenido o apropiado dentro del quinto día, lo que pondría de relieve la realización de los efectos del acto, impidiendo que si fuera el caso a pedido del Ministerio Público se buscará anular aquella prevención.

2.5. Hemos dejado para último, lo relativo a los efectos de la declaratoria de nulidad, por ser un tema que debe ser tratado con excesivo cuidado.

Básicamente existen dos efectos al declarar nulo un acto: —uno, el menor, que implica la sola reposición del acto viciado, y otro, el mayor que significa la retracción del proceso a la fase anterior al acto anulado. Es pacífica en doctrina la posición que establece, que siempre debe recurrirse al remedio menor, es decir a la sola reposición del acto, y sólo excepcionalmente, a la retracción del proceso, ello por razones del todo evidentes. Así, la expresión del artículo 150 debe entenderse en esas proporciones, cuando dice "la nulidad de un acto... hará nulos todos los actos consecutivos que de él dependan". Esta razón de dependencia es por razones de conexidad, por lo cual también pueden resultar nulos los actos contemporáneos, sin embargo, siempre que sea posible, debe evitarse la anulación de esos actos concomitantes o posteriores cuando se pueda, dirigiéndose el efecto de la declaratoria, a la sola anulación y reposición del propio acto viciado.

Para poder determinar la eficacia del decreto de nulidad debe atenderse a la significación de los actos particulares de que se trate. Según el autor Franco Cordero hay que distinguir entre los actos denominados propulsivos y los que nosotros llamaremos neutros, y entre los primeros aquellos que son esenciales de los que no lo son.

Los actos propulsivos se definen como aquellos que constituyen un elemento necesario de la trama procesal y poseen una relevancia indispen-

sable para el impulso del proceso. Por el contrario, los actos neutros son aquellos componentes eventuales del procedimiento constituido esencialmente por las operaciones o eventos físicos o síquicos en los que consiste la adquisición de la prueba o instrucción probatoria. Los actos neutros pueden a su vez pasar a formar parte de los actos propulsivos cuando se convierten en sustento probatorio de aquellos. De su lado los actos propulsivos, según sea su relevancia gradual en el impulso del proceso, podrán ser esenciales o no.

Es importante recalcar que estos actos neutros carecen de un nexo connatural de dependencia con respecto a los otros actos, lo cual excluye la propagación del vicio en forma automática.

Por el contrario los actos propulsivos la mayoría de las veces, y sobre todo cuando son esenciales entran en un nexo causal con otros actos, por lo cual al anular un acto propulsivo, generalmente, —aunque no es la regla— implicará la retracción del proceso, cosa que no sucederá con los actos neutros salvo que hayan pasado a formar parte de un acto propulsivo esencial y por esa fusión adquieran los efectos de éste al decretarse el vicio.

La calificación de los actos propulsivos como absolutamente esenciales o no, tiene importancia a la hora de establecer los efectos del decreto, y esta esencialidad hay que buscarla en la naturaleza y función del acto mismo. Así por ejemplo, la indagatoria del imputado con las formalidades de ley es un acto propulsivo esencial, porque al cumplirse hace avanzar el proceso condicionado incluso cualquiera de los dictados a que se refiere el artículo 289 del Código de Procedimientos Penales, y en el caso de decretarse su nulidad, habría necesariamente que retrotraer el proceso. Al contrario, si bien la prevención a que se refiere el artículo 243 del Código Penal, en relación al delito de libramiento de cheque sin fondos, es un acto propulsivo, su carácter no es esencial, porque aún cuando cumpla una función necesaria en el procedimiento respectivo, carece de la virtud connatural condicionante de otros actos posteriores, ya que tal prevención es sólo expresiva de una excusa legal absolutoria que puede materializarse en cualquier momento por ello su nulidad no causará la retracción del proceso sino solo la reproducción del acto.

Existen además otros actos propulsivos cuya esencialidad debe apreciarse en conjunto con actos del mismo procedimiento, que los dotan de una eficacia complementaria, que podría perfectamente modificar el vicio que en sí mismos existiera. Un ejemplo de estos actos lo constituyen el requerimiento fiscal de elevación a juicio, y el auto de elevación a juicio cuando existiere. Eso significa que si el primero, tuviera alguna irregularidad de forma según prescribe y sanciona el artículo 341 del Código Procesal, que el segundo viene a corregir, el vicio no debe ser decretado, no obstante que en los actos preliminares del debate exista una exigencia hacia el Tribunal para que controle la forma de esos y otros actos con la potestad de declarar oficiosamente cualquier nulidad que exista, ya que el artículo 350 que como dijimos atrás representa una excepción a la regla que for-

mula el 146 párrafo segundo, exige la ponderación de ambos actos. Esa naturaleza complementaria resulta del fin del acto pues el requerimiento fiscal debe ser claro, preciso, circunstanciado y específico, al igual que el auto de elevación, con el fin de cumplir con la debida intimación en el Debate, pero obsérvese que el numeral 370 exige hacer esta intimación con ambas piezas dándoles ese carácter complementario, siendo entonces que la esencialidad de esos actos cuando coexistan hay que examinarla en conjunto, pues podría resultar enmendado el vicio del uno por el otro sin que se perjudiquen los intereses del imputado en forma alguna.

Esa situación resulta sumamente trascendental puesto que en la práctica la gran mayoría de requerimientos de elevación anulados, que en el año ochenta y siete alcanzaron la suma de ochocientos sesenta y cuatro, con una tendencia peligrosamente creciente⁽³¹⁾ han sido decretados dejando de lado el auto de elevación que bien pudo ser que corrigiera el vicio haciendo innecesaria la retracción del proceso que siempre se produce en este caso.

En torno a este aspecto es criticable el hecho de que incluso —y aunque sea una acotación marginal— esas nulidades se decretan las más de las veces a petición del fiscal de juicio y dentro de la oportunidad que concede el artículo 371, que es limitativo y admite solamente las nulidades a que se refiere el numeral 148 inciso 2 que se refiere a las ocurridas en los actos preliminares del debate, a aquellos cumplidos sólo cuando los autos estén ante el tribunal de juicio para preparar la audiencia oral.

2.6. Recapitulando todo lo atrás expuesto debe concluirse que cuando se formula un pedido de nulidad, debe el Juzgador analizar conjuntamente los siguientes aspectos:

- a. Si la nulidad está expresamente prevista o se trata de un caso de nulidad genérico. Si no es ninguna de ambas posibilidades la incidencia debe rechazarse.
- b. Si estamos bajo algún caso reconocido por el sistema de conminación específica, o bajo una nulidad genérica no declarable de oficio, deberá analizarse la legitimación del solicitante para oponer el vicio, observando si tuvo algún concurso en su producción o le asiste interés en la observancia de la disposición violada. Si faltara esa legitimación sobreviene el rechazo.
- c. Si existe legitimación habrá seguidamente que examinar si se produjo alguna subsanación ya sea porque no se propuso la nulidad en término, por aceptación expresa o tácita de los efectos del acto, o por haber este cumplido el propósito asignado en el ritual y respecto a todos los interesados.

(31) Véase informe número 15-88 de la Sección Estadística.

Si se tratare de nulidades absolutas, que impliquen violación de los presupuestos que señala el artículo 145 y a la vez de una norma constitucional, no deberá examinarse la legitimación ni la subsanación, ya que, como vimos, la nulidad absoluta no se subsana, y puede ser decretada de oficio tanto como a petición de parte en cualquier estado o grado del proceso, ello para poder tutelar el interés público que representa el proceso en forma debida.

Si el acto es anulable, ya sea por estar expresamente prevista la nulidad o por implicar inobservancia de los presupuestos del artículo 145 y existe legitimación de parte de quien plantea la incidencia y el vicio no se ha subsanado, deberá decretarse la nulidad, señalando expresamente los actos que se ven alcanzados reflejamente por el dictado ya el efecto no puede ser genérico y para ello habrá que analizar si el acto es propulsivo y su esencialidad o por el contrario es neutro.

2.7. Con dos acotaciones finales queremos dejar por terminado el análisis en torno a las nulidades ellos son, lo relativo a las nulidades decretables en segunda instancia o enalzada, y las nulidades relativas a los actos pre-procesales.

En torno al primer aspecto, por la incidencia que tiene en la celeridad del proceso dicha circunstancia, queremos subrayar el criterio de que el Tribunal de Apelaciones, conociendo en Alzada de un recurso, sólo podrá decretar oficiosamente las nulidades absolutas, pues al tratarse de una competencia derivada, atribuida por los argumentos del recurso, sólo podrá apartarse de ellos cuando quepa declarar una nulidad de esa índole, consecuentemente sólo podrá decretar de oficio aquellas nulidades que sean violatorias de las disposiciones del artículo 145 y a la vez de una norma constitucional, estándole vedado por razones sistemáticas, decretar de oficio nulidades relativas, quedando sujeto a conocer y resolver de ellas, sólo cuando fueren alegadas dentro del recurso mismo.⁽³²⁾ Igualmente, al examinar la solicitud de nulidad relativa, tendrá que fijarse en aspectos de legitimación y subsanación cosa con la que casi nunca se cumple. En la práctica este mecanismo se ve violentado en innumerables ocasiones siendo fuente de atrasos en la tramitación.

En lo que respecta a los actos pre-procesales, sostenemos el criterio de que son actos la mayoría de las veces de carácter neutro (con la significación que esto implica) que no pueden quedar cobijadas por las nulidades procesales, ya que carecen de esa virtud procesal por ser anteriores a la constitución de la relación procesal núcleo del proceso. Por ello, la nulidad de estos actos no puede ser decretada indiscriminadamente ni en forma directa como a veces se pide, sino que la forma de atacar estos actos una vez iniciado el proceso, es indirecta, atacando el acto propulsivo que les da

(32) Véase Supra Criterios de Eduardo J. Couture.

cabida dentro del mismo, y esto es así por respeto incluso de la disposición del artículo 147 in fine puesto que ningún interés tendrá cualquiera de las partes en atacar un acto que no forma parte de los actos procesales, y cuya significación por ende no ha sido establecida.

Se concluye entonces que los actos pre-procesales que conservan esa categoría no son susceptibles de ser anulados separadamente, y sólo son atacables, atacando el acto propulsivo procesal que los contempla. Así por ejemplo, no es posible anular un acta de decomiso levantada en la investigación policial sólo por aparecer agregada a los atestados de la causa en forma física, y sin que hubiere sido considerada como sustento de un acto procesal, porque la falta de esa virtud procesal hace inexistente el interés de cualquiera de las partes en el pretendido decreto de nulidad. Sin embargo, podrá anularse esa misma acta, atacando el pronunciamiento que la utilice como uno de sus fundamentos, siempre y cuando, exista al menos la expectativa de que su nulidad podrá modificar el dictado o la situación preexistente, como expresión del interés del petente.

BIBLIOGRAFIA

- ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Segunda Edición, Tomo I, Buenos Aires, 1956.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones Sobre El Proceso Penal*, Tomo III, Ediciones Jurídicas Europeas-América, 1950.
- CASTRO, R. A. *Procedimiento Penal Mixto*. Tomo IV, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1973.
- CLARIA OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo IV. Ediar, 1964.
- CORDERO, Franco. *Ideología del Proceso Penale Giuffre* Editore, Milano, Italia, s.f.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tercera Edición, Depalma, Buenos Aires, 1978.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo I, Décima Edición, Editorial A.B.C. Bogotá, 1985.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo IX, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1982.
- ESCRIBE, J. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Librería Bouret, París-México, 1925.
- FRENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*, Volumen I, Segunda Edición, Editorial Labor S. A., Madrid, 1952.

GARCIA RAMIREZ, Sergio *Curso de Derecho Procesal Penal*, Segunda Edición. Editorial Porrúa S. A., México, D. F., 1977.

GOMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*, VIII Edición, Artes Gráficas S. A., Madrid, 1975.

HERRERA, Luis Guillermo, *Las Nulidades en el Nuevo Proceso Penal*, Revista Judicial, N° 11, marzo de 1979, San José.

JIMENEZ ASENJO, Enrique. *Derecho Procesal Penal*, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

LEONE, Geovanny. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.

LEVENE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, II Edición, Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires, 1967.

MANZINI, Vicente. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1952.

NUÑEZ, Ricardo. *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1978.

ODERICO, Mario. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Editorial Ideas, Buenos Aires, 1952.

RUBIANES, Carlos J. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981.

VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Ediciones Lerner, Buenos Aires.

LEYES

Codice Penale e Codice de Procedura Penale. Editore Ulrico Hoepli, Milano, Italia, 1981.

Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Ediciones Lerner S.R.L. Córdoba, Argentina, 1978.

Código de Procedimientos Penales, Lehmann, San José, Costa Rica, 1983.

NOCION Y CARACTERISTICAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

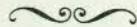
Catedrático Universidad de Costa Rica
Profesor de Derecho Administrativo

Miembro del
Instituto de Investigaciones Jurídicas

1	Introducción	1
2	I. Definición de Derecho Administrativo	2
3	II. Características del Derecho Administrativo	3
4	III. El Estado	4
5	IV. El Poder Ejecutivo	5
6	V. El Poder Judicial	6
7	VI. El Poder Legislativo	7
8	VII. El Poder Municipal	8
9	VIII. El Poder de la Policía	9
10	IX. El Poder de la Fuerza Armada	10
11	X. El Poder de la Administración	11
12	XI. El Poder de la Justicia	12
13	XII. El Poder de la Legislación	13
14	XIII. El Poder de la Ejecución	14
15	XIV. El Poder de la Inspección	15
16	XV. El Poder de la Sanción	16
17	XVI. El Poder de la Organización	17
18	XVII. El Poder de la Supervisión	18
19	XVIII. El Poder de la Evaluación	19
20	XIX. El Poder de la Rendición de Cuentas	20
21	XX. El Poder de la Transparencia	21
22	XXI. El Poder de la Participación Ciudadana	22
23	XXII. El Poder de la Responsabilidad	23
24	XXIII. El Poder de la Integridad	24
25	XXIV. El Poder de la Ética	25
26	XXV. El Poder de la Profesionalización	26
27	XXVI. El Poder de la Modernización	27
28	XXVII. El Poder de la Innovación	28
29	XXVIII. El Poder de la Eficiencia	29
30	XXIX. El Poder de la Eficacia	30
31	XXX. El Poder de la Calidad	31
32	XXXI. El Poder de la Sostenibilidad	32
33	XXXII. El Poder de la Inclusión	33
34	XXXIII. El Poder de la Equidad	34
35	XXXIV. El Poder de la Justicia Social	35
36	XXXV. El Poder de la Paz	36
37	XXXVI. El Poder de la Democracia	37
38	XXXVII. El Poder de la Libertad	38
39	XXXVIII. El Poder de la Igualdad	39
40	XXXIX. El Poder de la Fraternidad	40
41	XL. El Poder de la Solidaridad	41
42	XLI. El Poder de la Cooperación	42
43	XLII. El Poder de la Voluntad	43
44	XLIII. El Poder de la Fe	44
45	XLIV. El Poder de la Esperanza	45
46	XLV. El Poder de la Caridad	46
47	XLVI. El Poder de la Misericordia	47
48	XLVII. El Poder de la Paciencia	48
49	XLVIII. El Poder de la Humildad	49
50	XLIX. El Poder de la Gracia	50
51	L. El Poder de la Misericordia	51
52	LII. El Poder de la Paz	52
53	LIII. El Poder de la Justicia	53
54	LIV. El Poder de la Libertad	54
55	LV. El Poder de la Igualdad	55
56	LVI. El Poder de la Fraternidad	56
57	LVII. El Poder de la Solidaridad	57
58	LVIII. El Poder de la Cooperación	58
59	LIX. El Poder de la Voluntad	59
60	LX. El Poder de la Fe	60
61	LXI. El Poder de la Esperanza	61
62	LXII. El Poder de la Caridad	62
63	LXIII. El Poder de la Misericordia	63
64	LXIV. El Poder de la Paciencia	64
65	LXV. El Poder de la Humildad	65
66	LXVI. El Poder de la Gracia	66
67	LXVII. El Poder de la Misericordia	67
68	LXVIII. El Poder de la Paz	68
69	LXIX. El Poder de la Justicia	69
70	LXX. El Poder de la Libertad	70
71	LXXI. El Poder de la Igualdad	71
72	LXXII. El Poder de la Fraternidad	72
73	LXXIII. El Poder de la Solidaridad	73
74	LXXIV. El Poder de la Cooperación	74
75	LXXV. El Poder de la Voluntad	75
76	LXXVI. El Poder de la Fe	76
77	LXXVII. El Poder de la Esperanza	77
78	LXXVIII. El Poder de la Caridad	78
79	LXXIX. El Poder de la Misericordia	79
80	LXXX. El Poder de la Paciencia	80
81	LXXXI. El Poder de la Humildad	81
82	LXXXII. El Poder de la Gracia	82
83	LXXXIII. El Poder de la Misericordia	83
84	LXXXIV. El Poder de la Paz	84
85	LXXXV. El Poder de la Justicia	85
86	LXXXVI. El Poder de la Libertad	86
87	LXXXVII. El Poder de la Igualdad	87
88	LXXXVIII. El Poder de la Fraternidad	88
89	LXXXIX. El Poder de la Solidaridad	89
90	LXXXX. El Poder de la Cooperación	90
91	LXXXXI. El Poder de la Voluntad	91
92	LXXXXII. El Poder de la Fe	92
93	LXXXXIII. El Poder de la Esperanza	93
94	LXXXXIV. El Poder de la Caridad	94
95	LXXXXV. El Poder de la Misericordia	95
96	LXXXXVI. El Poder de la Paciencia	96
97	LXXXXVII. El Poder de la Humildad	97
98	LXXXXVIII. El Poder de la Gracia	98
99	LXXXXIX. El Poder de la Misericordia	99
100	LXXXXX. El Poder de la Paz	100

SIGLAS MAS USADAS

RAP	Revista de Administración Pública (Madrid)
RCJ	Revista de Ciencias Jurídicas (San José: UCR - Colegio de Abogados, Costa Rica)
RJ	Revista Judicial (San José: Poder Judicial, Costa Rica)
UCR	Universidad de Costa Rica
UNED	Universidad Estatal a Distancia
CFE	Editorial Mexicana Fondo de Cultura Económica
IEP	Instituto de Estudios Políticos (España)
CEC	Centro de Estudios Constitucionales (España)
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública (España)
ENAP	Escuela Nacional de Administración Pública (España)
RAP	Revista de Administración Pública (España, Centro de Estudios Constitucionales, antes llamado Instituto de Estudios Políticos)
IEA	Instituto de Estudios Administrativos (España)
AP	Administración Pública
E	Estado
LGDP	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
RDP	Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'étranger



SUMARIO :

Siglas más usadas
Resumen
Presentación
I. Introducción
II. Administración Pública
III. Estado
IV. Derecho Administrativo
V. Criterios definidores
VI. Ciencia administrativa
VII. Derecho administrativo y ciencia administrativa
A modo de conclusión
Bibliografía de referencia

INDICE

Siglas más usadas

Resumen

Presentación

I. Introducción

II. Administración pública

1. Preliminares
2. Criterios de las funciones con relación a la división de Poderes
3. Administración pública, funciones y agentes públicos
4. Servicios públicos, servidores del Estado
5. Administración pública: unidad y pluralidad
6. Clases de administraciones públicas
7. Personalidad única del Estado

III. Estado

1. Definiciones
2. Estado social y democrático de derecho

IV. Derecho administrativo

1. Concepto
2. Derecho público y derecho administrativo
3. Particulares y derecho administrativo
4. Actividad de derecho público y actividad de derecho privado
5. Características del derecho administrativo

V. Criterios definidores

1. Actos de autoridad y actos de gestión
2. Servicio público
3. Tesis de la prerrogativa
4. Tesis del "giro o tráfico" administrativo

VI. Ciencia administrativa

1. Concepto
2. Posibles definiciones propias de la Administración privada
3. Posibles definiciones propias de la Administración pública

VII. Derecho administrativo y ciencia de la administración

A modo de conclusión
Bibliografía de referencia

RESUMEN

El derecho administrativo tiene una larga historia y ha pasado por varias etapas.

Aquí analizaremos el concepto de esa rama del derecho público interno y aspectos relevantes relacionados con la elaboración de su definición.

Como concepto e instrumento normativo tiene un carácter *histórico*; es decir, no se trata de hechos o fenómenos eternos, inmutables, ahistóricos, universales; sino todo lo contrario. La *historia* de Francia, España, Alemania, Italia y de nuestro país le han dado su perfil, su naturaleza, sus mutaciones, dimensiones específicas y propias. Además, de que sigue evolucionando en la medida en que esas sociedades, Estados y pueblos también van mutándose. Por ello, valga la observación obvia, de que en la Sociedad el cambio es una constante, aparente contradicción!

PRESENTACION

En este trabajo haremos un repaso de los temas de la administración pública, Estado, derecho administrativo y ciencia de la administración.

El afán es presentar la temática de la definición del derecho administrativo y los problemas que esta labor conlleva.

Obviamente el enfoque es jurídico, ya que no se trata de hacer ciencia de la administración o sociología de la burocracia pública, por ejemplo.

Y, no es sólo un enfoque jurídico, sino que se intenta hacer este trabajo dentro de las modulaciones del derecho público.

I. Introducción

Se trata aquí de enfocar ese concepto básico del derecho administrativo, en su entidad propia, para los efectos de delimitarlo y de utilizarlo operacionalmente en el amplio contexto, por ejemplo, de la Administración Pública, del Estado moderno y del Derecho, en su acepción genérica.

II. Administración pública

1. Preliminares

El delimitar este concepto de la Administración Pública es clave para ubicar el concepto del Derecho Administrativo, ya que concordamos con García de Enterría en su enfoque de esta temática (I, 1983, 25-54).

Como aspecto inicial expresemos que el derecho administrativo es el que regula la administración pública, en su interior y en su relación con los administrados.

Recordemos que entre las maneras de perfilar el tema del *Estado*, se ha afirmado metodológicamente que se podría enunciar un:

- a) *Estado-aparato* (administración pública, organización administrativa)
- b) *Estado-persona* (el ente primordial del entero Ordenamiento Jurídico)
- c) *Estado-comunidad* (que se colocaría en la línea conceptual de la *Nación* o del Pueblo, políticamente organizado)

Simplificando, se tiene:

- a) Estado-aparato: administración pública
- b) Estado-persona: persona jurídica estatal
- c) Estado-comunidad: Nación, Pueblo

Se advierte, que *Nación* se ubica como concepto institucional y jurídico; y, *Pueblo* se focaliza como concepto de la sociología política.

Existen variadas formas de delimitar el concepto de administración pública, por ejemplo, identificándola con:

- a) El *Poder Ejecutivo*.

Así fue al principio del desarrollo del derecho administrativo, cuando se afirmó que este derecho regulaba el Poder Ejecutivo, al inicio de la Revolución Francesa.

Ello es así, porque se considera que el *Estado-persona* tiene la *función (criterio funcional)* de administrar. Y, el derecho administrativo, regula esa *función administrativa*. (definición funcional de este derecho).

b) El Estado-persona.

En los orígenes del derecho administrativo, se consideró que solo el Poder Ejecutivo tenía *función* administrativa; y, que los otros Poderes (Legislativo y Judicial, no).

Ese *criterio estático*, que afirmaba que a cada Poder le correspondía una función, así:

Poder	Función
Legislativo	legislativa (hacer leyes)
Judicial	juzgar y hacer ejecutar lo juzgado
Ejecutivo	administrar

fue variado posteriormente, pasándose de una concepción de la *división rígida de los Poderes Públicos a una clasificación relativa de los Poderes Públicos*.

De este modo, ahora se indica que:

a) los tres Poderes desarrollan y llevan a cabo *funciones*

* administrativa

* legislativa

* judicial, *pero* que una de tales *funciones* es la que caracteriza a cada uno de esos *Poderes*.

Así, se tiene que: (*Enfoque dinámico*)

b) Poder	función caracterizadora o esencial
Ejecutivo	administrar y ejecutar la Ley
Judicial	juzgar y hacer ejecutar lo juzgado
Legislativo	elaborar las Leyes

c) Poder Ejecutivo

función esencial:

administrar y ejecutar las Leyes

funciones secundarias e importantes:

elaborar normas jurídicas (decretos, reglamentos; y, circulares)
 Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (Tribunal Fiscal Administrativo; Tribunal del Servicio Civil, Tribunal de Carrera Docente)

d) Poder Legislativo

Esencial:

Elaborar Leyes

funciones

Secundarias:

Administrar

Judicial

(materias relativas a personal, contratación de bienes y servicios, etc.)

juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (por medio de su órgano auxiliar que es la Contraloría General de la República, materia de contratos públicos)

e) Poder Judicial (o, Jurisdiccional)

Esencial:

Juzgar y hacer ejecutar lo Juzgado

funciones

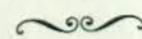
Secundarias:

Administrar

Legislar

(materia relativa a personal y contratos públicos, v.gr.)

función creadora de Derecho mediante la confección de cada Sentencia



2. *Criterios de las funciones con relación a la división de Poderes Públicos*

En términos genéricos podemos decir que *funciones* son las atribuciones o tareas adscritas a cada Poder Público.

Así podríamos indicar, en términos relativos y al interior de este trabajo (*definición operacional*) que hay dos clases (entre otras) de clasificar las funciones estatales:

- a) *formal* (o estructural): esta atañe al punto de vista *estático* que afirma que las *funciones* de cada Poder Público, son *exclusivas* de éste y no son intercambiables, ni delegables ni sustituibles.

De esta manera, el esquema es el siguiente:

<i>Poder</i>	<i>función</i>
Ejecutivo	Administrativa
Legislativo	Elaboración de Leyes
Judicial	Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado

- b) *Material* (o, sustancial, ontológico o esencial); según esta tesis, las funciones estatales pueden estar presentes en los diversos Poderes Públicos, pero, siempre existirá una que caracterizará a cada Poder; así:

<i>Poder</i>	<i>función esencial o nuclear</i>	<i>funciones secundarias e importantes</i>
Ejecutivo	administrar y ejecutar el entero Ordenamiento Jurídico	legislar y juzgar
Legislativo	elaborar las Leyes	administrar y juzgar
Judicial	juzgar y hacer ejecutar lo juzgado	legislar y administrar

Este enfoque es *dinámico*.

A estas alturas del desarrollo de este trabajo, podemos enunciar que el *derecho administrativo* regula la administración pública como: *sujeto* (como persona jurídica) y como *actividad (definición operativa)*.

Derecho administrativo:

En otras palabras, este derecho regula la persona jurídica que es el *Estado* (Estado-persona) y las *funciones* o las actividades que éste desarrolla. Ello en virtud de que toda persona o sujeto lleva a cabo actividades o funciones (en el sentido más lato).

No excluimos en esta línea de razonamiento, la definición que privilegia la administración pública en cuanto sujeto o persona, para de ahí concluir que respecto del *derecho administrativo*, la *administración pública primariamente es una persona jurídica*.

No se trata de elaborar argumentos dogmáticos que no conducen a nada. Aquí simplemente presentamos un ángulo del debate sobre el tema de la administración pública, el Estado y el derecho administrativo.

3. *Administración Pública, funciones y agentes públicos*

También se puede señalar que la administración pública desarrolla funciones o tareas y que esas funciones las ejecutan agentes públicos.

Tales *agentes públicos* se pueden clasificar en

- a) *funcionarios*: con cargos de responsabilidad ("jefes").
- b) *empleados*: subordinados al "jefe".

4. *Servicios públicos, servidores del Estado*

Dentro de este aparte podemos decir que la tesis del *servicio público* como elemento definidor del derecho administrativo se confecciona en la Escuela de Burdeos por León Duguit (1859-1928).⁽¹⁾ Este jurista francés, también hace sociología del derecho dentro de los lineamientos de Durkheim, de ahí la importancia que le da al contexto social del derecho: el grupo, la sociedad, el Estado y los servicios públicos.

En esta concepción de principios de siglo, de carácter sociológico, se justifica la presencia del Estado en la Sociedad en la medida en que proporcione servicios públicos.

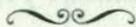
(1) *León Duguit*: docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burdeos. Miembro de la Escuela de *Emile Durkheim* (1858-1917). Algunas de sus obras son: *Tratado de derecho constitucional* (1911), *Manual de derecho constitucional* (1918); *El Derecho social, el derecho individual y la transformación del Estado* (1911). *El Estado, el derecho objetivo y la ley positiva* (1901), *Las transformaciones del derecho público* (1913).

Lógicamente, si el Estado da tales servicios, los agentes públicos que realizan esa función de dar dichos servicios, se llaman *servidores públicos*.

Esta nomenclatura se ha venido arrastrando a lo largo del siglo XX, siendo familiar esa expresión de "servidores públicos". Esta expresión no es técnico-jurídica, sino sociológica. El concepto jurídico apropiado es el de *agentes públicos*, ya se trate de funcionarios o de empleados, respectivamente.

Otra expresión o concepto que se ha divulgado debido a la sociología de la organización o de la burocracia y de la Ciencia de la Administración, es el de *burócrata*, ya sea de la administración privada o de la pública.

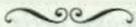
Burócrata será el agente (o, la persona física) que trabaja con el Estado o con la empresa privada. Este concepto técnico carece de connotaciones peyorativas; sin embargo, históricamente, se hizo presente la connotación del vulgo (no técnica) de *burócrata* como sinónimo empleado corrupto, deficiente e incapaz. Esta acepción no es técnica, sino propia del lenguaje popular o cotidiano.



5. Administración pública: unidad y pluralidad

> Existe una Administración Pública, en su unidad y en su totalidad que es el entero Estado-persona; pero también existe una pluralidad de centros de imputación jurídica; titulares todos ellos de relaciones jurídico administrativas.

Municipalidades, entidades descentralizadas (Instituto Costarricense de Electricidad —ICE—; Caja Costarricense del Seguro Social —CCSS—, Bancos del Estado, etc.) son administraciones públicas.



6. Clases de administraciones públicas

En Costa Rica, se podría indicar —entre otras clases de clasificaciones, la siguiente:

- a) *Administración Pública central (o, centralizada):*
Generalmente se puede focalizar aquí el Poder Ejecutivo globalmente considerado.
- b) *Administración pública descentralizada:*
Frente al concepto del Estado-persona, como ente público mayor, se puede señalar la existencia de un conjunto de entes públicos menores, que forman esta administración pública descentralizada (por ejemplo: municipalidades, entes descentralizados —ICE, CCSS, etc.—).

7. Personalidad única del Estado

El Estado tiene una personalidad. Es una sola persona jurídica.

En el pasado se sostuvo la tesis de que el Estado tenía una doble personalidad:

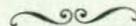
- a) la de derecho público; y, la de
- b) derecho privado.

Se decía que el Estado unas veces se presentaba como persona de derecho público y otras como persona de derecho privado.

Ahora, se sostiene que el Estado tiene una sola personalidad. Es la actividad del Estado, la que puede estar regulada por el derecho público o por el derecho privado, respectivamente. Así, se indica que existe:

- a) actividad privada de la Administración.
- b) actividad pública de la Administración.

Lo que sí se reconoce es que la actividad prioritaria o caracterizadora del Estado, es aquella que se realiza bajo los cánones del derecho público interno específico, que es el derecho administrativo.



III. Estado

1. Definiciones

Existen varias maneras de definir el *Estado*. La sociología, la política, la economía y el derecho, por supuesto pueden darnos variadas formas de conceptualización.

A continuación indicaremos algunas de esas posibles definiciones, a título meramente ilustrativo.

a) *Jurídicas.*

Estado:

la organización política de un pueblo sobre un territorio determinado (Antonio de Francesco *Istituzioni di diritto pubblico* Milano: Edizioni Cetim-Bresso, 1975, p. 18).

Estado

sociedad territorial, jurídicamente organizada con poder soberano que persigue el bien común (Emilio Fernández Vázquez, *Diccionario de derecho público*; Buenos Aires: ed. Astrea, 1981, p. 283).

Estado

persona moral de derecho público, territorial y soberano. (Charles Debbasch - Yves Daudet, *Diccionario de términos políticos*; Bogotá: Ed. Temis, 1985, p. 114).

b) Sociológica

En la corriente *sociológica*, se pueden señalar estas otras:

Estado

- * ente jurídico que reclama legítimamente el uso monopólico de la fuerza sobre un determinado territorio (Max Weber).
- * aparato de poder legitimado usado por la clase dominante para mantener su hegemonía en la sociedad (tesis marxista).
- * Es un espacio en el cual se da una relación de lucha y de fuerza, en el cual la clase dominante ejerce el Poder como un bloque heterogéneo (Nicos Poulantzas).

Cada una de las definiciones que se han dado hacen énfasis en aspectos relevantes (para cada corriente, autor o escuela de pensamiento) de ese fenómeno llamado *Estado*.

c) Nuestra definición.

Para los efectos de este trabajo definiremos el *Estado*, así:

Estado

persona jurídica de mayor relevancia en el Ordenamiento Legal de una sociedad y en un territorio dado.
Se trata del *Estado-persona* (o, sujeto).

Modernamente y en la onda jurídica, también se postula el Estado de derecho, y, el Estado social y democrático de derecho.

Sus definiciones son las siguientes:

d) Estado de derecho:

aquel en el que se dan estos elementos:

- * primacía de la Ley (soberanía de la Ley)
- * seguridad jurídica
- * principio de legalidad
- * separación de poderes públicos
- * respeto y garantía para las libertades públicas⁽²⁾

e) Concepciones del Estado

i) Concepción liberal

La *concepción liberal* (liberalismo político y filosófico, robusto en el siglo XIX) dividió la unidad de lo Social en dos: Estado (sociedad política) y sociedad (sociedad civil) y en ciertas circunstancias históricas. (Ernst Forsthoft *El Estado de la sociedad industrial*; Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp. 27-30).

Es dualismo Estado-sociedad (escindir la realidad en dos como si en el plano factual así fuera, lo cual es falso) impedía una colaboración y acción recíproca entre Estado y sociedad.

Después de las dos guerras mundiales y la crisis de 1939, ese dualismo antagónico se quebró y se planteó la *acción concertada* entre el Estado y la sociedad.

ii) Concepción del bienestar (benefactor, asistencial o protector)

La *concepción del bienestar*, propone un pacto, una concertación, compromiso, colaboración entre el sector público y el sector privado. Esta idea que ya en Europa tiene 40 años, por lo menos, se vino a "descubrir" en nuestro país durante la administración de Rodrigo Carazo (1978-1982) no pasando más allá de los meros discursos y en la administración de Oscar Arias se volvió a repetir el tema del "pacto social", fracasando igualmente. Casi medio siglo después de que en Europa se practica y se conoce esa tesis, en Costa Rica no se pasa de los discursos y de las buenas intenciones, debido a que no existen *bases reales* para que todos los sectores de la sociedad y del Estado trabajen de lleno en esa *concertación social*.

Así al *Welfare State* (Estado del bienestar) se le pueden señalar estas características:

(2) Cf. nuestros trabajos *Ensayos de derecho administrativo* (San José: UNED, 1985, pp. 11 a 40) y *Estado social y democrático de derecho ante la crisis* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 60, 1988, pp. 155 a 180).

- * expansión progresiva de los servicios públicos
- * sistema fiscal basado en la tasación progresiva
- * tutela de los derechos de los trabajadores
- * redistribución de la riqueza
- * pensión para los ancianos ("tercera edad"?!)
- * perseguir el logro del pleno empleo en la economía

Se trató de conciliar y de realizar uniformemente el *Estado del bienestar* que respondía a los criterios de la economía política (políticas estatales en la economía) con el *Estado de Derecho* (dimensión jurídica y política acorde con criterios institucionales).

Sistema político democrático	
Estado del bienestar	Estado de derecho
(dimensión económica)	(dimensión jurídica)

Economía concertada

La *idea de base* que une ambas dimensiones (la sociedad política=Estado y la sociedad civil) es la de *economía concertada*.

Estado del bienestar \Leftrightarrow economía concertada \Leftrightarrow Estado de derecho

Mediante este criterio, que se robustece después de la Segunda Guerra Mundial, se considera que el Estado y los particulares (Administración y administrados) no son enemigos que se enfrentan en la arena política, sino —todo lo contrario— socios de una empresa común: *el bienestar de la comunidad (ideología legitimante del status quo)*.

2. *Estado social y democrático de derecho*

a) *Estado policía*

El *Estado-policía* (carabinero, gendarme) ubicado a mediados del siglo XIX en lo que hoy es Alemania, fue la preocupación del Soberano por imponer su "ley y su orden" dentro de un territorio dado y configurar así el Estado territorial. De este modo todo el ordenamiento interior del Estado y su aparato de policía estaba orientado a garantizar ese territorio estatal.

b) *Estado del bienestar*

Ya en el siglo actual con las dos guerras mundiales y la depresión de 1939, el Estado deja su papel o rol de policía (*polizey*) para dar paso a otra modulación de su papel: el *Estado del Bienestar*; como parte de la citada concepción del bienestar, progreso o desarrollo.

El economista inglés *Arthur Cecil Pigou* (1877-1959) planteó en sus obras el tema del bienestar mediante la aplicación de las técnicas de la economía política.

- *Wealth an Welfare* (1912)
(Riqueza y bienestar)
- *Economics of Welfare* (1920)
(Economía del bienestar)
- *Theory of Employment* (1933)
(Teoría del empleo)
- *Economics of Stationary States* (1935)
(Economía de los estados estacionarios)
- *Employment and Equilibrium* (1940)
(Empleo y equilibrio)
- *Lapses from full employment* (1945)
(Etapas del empleo pleno)

A la par del desarrollo de la idea de la *acción concertada* entre el Estado y la sociedad y sus *conceptos-totem* "Estado del bienestar y Estado de derecho", se elabora un concepto que trata de englobar ambos principios.

Así se podría indicar que:

Estado del bienestar y Estado de derecho = Estado social y democrático de derecho.

c) *Estado social y democrático de derecho*

Se trata de una matización del *Rechtsstaat* (Estado de derecho) que trata de combinar los elementos del Estado del bienestar con el del Estado de derecho.

La frase clisé que abarcaría ambas concepciones podría ser:

Libertades y garantías públicas de los administrados con seguridad y bienestar económico y social.

Es una combinación de factores económicos (Estado del bienestar) con elementos jurídicos (Estado de derecho).

Ahora bien, modernamente, el techo que cubre esas concepciones (o, la base sobre la que se levantan) es la idea-fuerza de la *democracia*.

d) *Democracia total*

Se conoce la dicotomía entre: democracia formal y democracia sustancial o real.

i) *Democracia formal*

Rápidamente dicho, es la que se encuentra en el papel (Constitución formal, leyes, discursos, etc.). Enunciado de otra manera, es la expresión teórica de un sistema de vida y de gobierno.

ii) *Democracia real o sustancial (material)*

Es la manera real o factual de concretarse esa forma política o manera de vivir. Es la *praxis* de ese concepto.

Ejemplos:

— *Democracia formal:*

- * todos somos iguales ante la ley
- * justicia pronta y cumplida
- * los gobernantes están al servicio del pueblo

— *Democracia real:*

- * ante la ley, hay diferencias sociales y económicas que hacen que se den tratamientos diferentes (desigualdad real ante la ley)
- * el Poder Judicial procesa y fabrica sentencias en forma tardía, incumplida y retardadamente (los juicios duran años)
- * los gobernantes pertenecen a la clase alta o cúpula del país, de tal modo que gobiernan primero para su familia y su clase de pertenencia; y, luego, (o, después) para el resto de la población (recuérdese el tema de la "autonomía relativa del Estado"

iii) En el enfoque de la *democracia total*, como teoría o como concepto ideológico (que oculta o trata de ocultar la realidad o las diversidades y desigualdades que ofrece la sociedad real) pretende indicar:

Expresión	
Política	Jurídica
democracia jurídica	= Estado de derecho
democracia social y económica	= Estado del bienestar
democracia política	= Estado liberal

La combinación de los elementos que forman cada uno de esos Estados (aproximaciones a la idea del Estado), produce un concepto de democracia totalizante, en teoría.

En la práctica (*praxis*) el sistema democrático lo controla y lo ejerce una minoría en su provecho (ejercicio oligárquico del Poder en la sociedad).

Mosca, Pareto, Michels, etc., son algunos de los intelectuales que han analizado este ejercicio del poder a manos de las minorías o cúpulas del Poder.⁽³⁾

Ante esa realidad del sistema democrático controlado y bajo el poder de la élite dominante (*oligarquía*) (concepto oligárquico del ejercicio del Poder) con el apoyo de los medios de comunicación colectiva (de los cuales son propietarios), se insiste en indicar una profunda *crisis de la democracia* como gobierno y administración en beneficio de las mayorías para el logro de la justicia social, la amplia participación en la riqueza producida por la comunidad y la garantía de las libertades y derechos de los administrados.

e) *Contradicción entre democracia formal y material*

Existe, sin duda esa *contradicción* grave entre la *democracia formal* o aparente (con forma de apariencia) (lo postulado a nivel teórico) y la *democracia material*, real o sustancial (la manera en que se practica y se vive el sistema político). (Cf. Norberto Bobbio *El futuro de la democracia* México: CFE, 1986; *Bobbio et al Crisis de la democracia* Barcelona: Ariel, 1985).

(3) Gaetano MOSCA (1858-1941). Jurista y político italiano. Contribuyó a la sociología de las élites. Algunas de sus obras son: *Elementos de ciencia política* (1896), *Historia de la doctrina política* (1933) *Teoría del gobierno y del gobierno parlamentario* (1884).

Su tesis es que la minoría manda sobre la mayoría, porque la primera está organizada y la segunda no. Siempre habrá una clase gobernante, que es la minoritaria.

Wilfredo PARETO (1848-1923). Ingeniero, economista y sociólogo italiano. Algunas de sus obras son: *Curso de economía política* (1896-1897), *Los sistemas socialistas* (1902), *Manual de economía política* (1906), *Tratado de sociología general* (1915).

Pareto considera que la historia es el cementerio de las élites. Existe una circulación de las minorías gobernantes que tratan de autopropetarse en el Poder, para —"finalmente"— dar su lugar a otras argollas, roscas o cúpulas en el Poder.

Robert MICHELS (1876-1936). Economista y sociólogo alemán. Algunas de sus obras son: *Los partidos políticos* (1915) e *Introducción a la sociología política* (1927).

Michels sostiene que el Poder se ejerce mediante los partidos políticos, cuyas cúpulas de mando se oligarquizan y forman élites (minorías) que ejercen el mando de la sociedad.

Esa contradicción entre el plano teórico y el plano real (entre lo postulado y lo actuado) provoca conflictos como huelgas, mitines, movimientos populares, toma de edificios públicos, etc., ya que la mayoría subalterna o dominada hace suyo el discurso teórico (*democracia formal*) y lo lleva a la práctica (*democracia real*) ("así que la democracia es la participación de todos en los asuntos públicos; pues, entonces, participemos en los espacios políticos que podamos"). Sin embargo, como el Estado (entre otras cosas) implica el uso monopólico legitimado de la fuerza (Max Weber), entonces la élite dominante instrumentaliza esa fuerza del Estado (cada vez que puede) y ahoga los requerimientos de las clases sociales subalternas y sujetas a su dominio, con el apoyo (sin duda) de sus empresas ubicadas en el campo de los medios de comunicación colectiva. (cf. nuestro estudio *Estado social y democrático de derecho ante la crisis*, RCP, N° 60, 1988).

Sin embargo, esa crisis de la democracia y su contradicción pueden ser superadas en la medida en que las clases sociales subalternas o dominadas hagan suyo el discurso de la democracia y luchen porque ese discurso (de la democracia global o totalizante) sea una realidad y no un mero postulado teórico. Ello, a su vez, genera enfrentamientos entre la élite dominante y las clases subalternas, debido a que la élite no está dispuesta a perder poder. Pero, esto asimismo, nos lleva al tema de que el ejercicio del poder nunca es pacífico ni tranquilo, por la sencilla razón que su ejecución implica perjudicar a unos y beneficiar a otros. Recordemos que en el interior de la élite o la oligarquía dominante (bloque en el poder, en el lenguaje de Antonio Gramsci) existen enfrentamientos y luchas entre las fracciones y grupos de ese bloque por el ansia de constituirse en la fracción líder o hegemónica de la cúpula en el Poder (cf. Perter Bachrach *Crítica de la teoría elitista de la democracia*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1973).

IV. Derecho administrativo

1. Concepto

Se puede decir, combinando varios elementos que el *derecho administrativo* es la rama del derecho público interno que regula:

- * la administración pública como complejo orgánico;
- * al igual que su organización y funcionamiento;
- * norma el ejercicio de la *función* administrativa por los órganos del Estado;

- * regula la actividad administrativa del Estado; y
- * las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración y los administrados con motivo del ejercicio de la función administrativa o de alguna actividad administrativa (cf. Allan-Randolph Brewer-Carias *El concepto de derecho administrativo en Venezuela*; Madrid: Revista de Administración Pública, N° 100-102, vol. I, 1983, Centro de Estudios Constitucionales, p. 686).

Una *definición breve* sería la de García de Enterría = derecho administrativo: el que regula la Administración Pública en tanto persona jurídica.

2. Derecho público y derecho administrativo

La definición del *derecho público* puede hacerse por la vía del interés general o del interés público, indicándose que hay un:

a) *derecho público externo*:

regula las relaciones entre los Estados y la de los organismos internacionales.

b) *derecho público interno*:

abarca las ramas del derecho:

- * penal
- * procesal
- * tributario
- * constitucional
- * penal
- * financiero
- * bancario
- * fiscal
- * administrativo

debido a que se parte de la idea de que todas esas ramas del derecho presentan un interés general o público que está en juego y que amerita un tratamiento especial y diverso al derecho privado o de los particulares. Es decir, existe un interés de la comunidad o de la sociedad que el ordenamiento jurídico debe tutelar.

De este modo se observa que el derecho administrativo es parte del derecho público interno, *en principio*.

c) *Derecho administrativo internacional*

Decimos que el Derecho Administrativo es parte del Derecho público interno *en principio*, por cuanto los organismos internacionales, nacidos a la vida jurídica merced al derecho internacional público, presentan actuaciones y relaciones que son propias del derecho administrativo, como son: contratos, actos administrativos, controles jerárquicos, deberes de mando y de obediencia, requisitos de validez y de eficacia de sus actos, además de la competencia que les es propia, etc. Toda esta actividad es administrativa. Se ubica dentro del derecho administrativo; y, por ello, se puede afirmar que existe un *derecho administrativo internacional*. (cf. Agustín Gordillo *Tratado de derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, Eds. Macchi, 1974, p. IV-5).

3. *Particulares y derecho administrativo*

El derecho administrativo regula:

- * la Administración Pública como persona jurídica y como actividad (función o actividad administrativa);
- * la relación de los administrados con la Administración Pública;
- * la protección judicial de los administrados respecto de la actuación ilegal o arbitraria de la Administración Pública; y,
- * el ejercicio de actividades, potestades o funciones públicas mediante particulares (v.gr. concesiones de servicio público) (cf. Gordillo, *ibidem*, pp. IV-19, 20).

4. *Actividad de derecho público y actividad de derecho privado de la Administración Pública*

El Estado actúa, mediante dos grandes canales: el derecho público y el derecho privado. Por supuesto, que la actividad pública del Estado es la prioritaria y la que caracteriza la función estatal; pero, ello no quiere decir que el Estado carece de actuación *ius privata*. Por ejemplo, la actividad material industrial, bancaria, comercial, (cf. Eduardo Ortiz *Actividad privada de la Administración*, Revista de Ciencias Jurídicas, N° 11, 1968, San José).

Obviamente, el *derecho administrativo* regula la actividad pública del Estado; y, no la actividad privada estatal.

5. *Características del derecho administrativo*

Se le podrán adjudicar algunas notas caracterizadoras o consustanciales al derecho administrativo, como por ejemplo:

a) *Derecho estatutario*. Según García de Enterría, el derecho administrativo es un derecho estatutario por cuanto regula la Administración Pública en cuanto persona o sujeto (*status personae*). Este autor pone de ejemplo el Derecho canónico que regula personas jurídicas y personas físicas, definiendo a la Iglesia católica y la Sede apostólica como personas morales (o jurídicas) (cf. *Tratado de derecho administrativo*, T. I. Ed. Civitas, 1983, pp. 36 y 54; y, José Piñero Carrión *Nuevo derecho canónico*; Ed. Atenas, México, 1983).

b) *Derecho público*. El derecho administrativo es parte del derecho público interno.

c) *Autonomía*. Se dice que el derecho administrativo es autónomo. Con ello se quiere decir que esta rama del derecho para llenar sus lagunas acude a las normas y principios de su propio campo jurídico; recurriendo en una situación de inopia a otras ramas del derecho. (cf. Eduardo Ortiz, *Lecciones de derecho administrativo*, San José, mimeógrafo, T. I, 1970, p. 25).

d) *Jurisprudencia*. El derecho administrativo tiene la particularidad de que se hace al tenor del desarrollo jurisprudencial, tanto a nivel administrativo como judicial. Los jueces (en sentido amplio) tienen libertad para solucionar los problemas que se le presentan no sólo con las normas escritas del derecho administrativo, sino (y, principalmente) con los principios generales del derecho (*jus non scriptum*). Por ello se dice que el derecho administrativo es fundamentalmente jurisprudencial (cf. André de Laubadère, *Manual de derecho administrativo*, Bogotá: Temis, 1984, pp. 15-16).

e) *Evolutivo*. Como consecuencia de lo anterior, el derecho administrativo puede evolucionar con facilidad y adaptarse a diversas situaciones merced a su desarrollo jurisprudencial.

f) *Equilibrio entre libertad y autoridad*. Se dice que debe existir un equilibrio entre las libertades, garantías, derechos de los administrados y el poder de *imperium* (autoridad) del Estado.

Se trata de un conflicto permanente sin respuesta inmediata. Lo teórico diría que se ejerza el poder del Estado sin daño a las libertades de los particulares. En la práctica el Leviathan moderno que es el Estado presenta (parcialmente y no siempre) actuaciones que perjudican los derechos, garantías y libertades públicas de los administrados. En la práctica el equilibrio deseado no funciona, por ello y para ello es que existe la jurisdicción contencioso administrativa, la cual soluciona —jurisdiccionalmente indicado— los conflictos entre la Administración y el administrado.

g) *Derecho político*. Entre las diversas y posibles definiciones de la política está aquella que señala que atañe a las relaciones, estructuras y consecuencias del Poder. En el plano legal, las relaciones que se establecen entre la Administración y el administrado son jurídicas (en su tratamiento), pero políticas en su contenido, pues el Estado es Poder Político en su más clara expresión y su actuación primariamente es política. Pero, como se trata de sujetar al Estado a reglas de juego pertinentes (Estado de derecho), el *quid* del asunto está en *cómo* sujetar a la Ley y a los factores que integran ese Estado de derecho, la actuación administrativa.

Por ello, al igual que el derecho constitucional, el derecho administrativo es un derecho esencialmente político, pues las desnudas relaciones de poder (políticas) entre el Estado y el administrativo se les cubre con el ropaje (no siempre eficaz) de relaciones jurídicas portadoras de su propia lógica interna que se bautiza con el nombre de derecho administrativo.

De ahí, pues, que se deba tener presente que el Estado es Poder Político, antes que cualquier cosa, y que su fundamento y su raíz es la fuerza, la cual la autolegitima (Max Weber).

h) *Privilegios de la Administración Pública*. Debido a ese Poder de Imperium (*potentior personae*) que presenta el Estado se suele indicar que ejerce privilegios en más y en menos, respecto del particular.

Por ello a veces se enuncia que el derecho administrativo: derecho de la desigualdad por la superior posición de la Administración Pública en relación al administrado.

El aspecto de la evolución hacia esa singular dimensión de privilegios de la Administración, nos lo indica así Eduardo Ortiz:

el auge decimonónico posterior del intervencionismo estatal, bajo la presión de los partidos políticos socialistas o de la burguesía ilustrada termina la evolución hacia una Administración investida de gran capacidad de poderes de mando y gestión, aceptada como el único sujeto capaz de mantener la paz social y promover el bienestar colectivo. Sujeto, en el auténtico sentido de persona jurídica, titular y representante de los intereses públicos... (cf. los privilegios de la Administración Pública, *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 23, 1974, p. 16).

Se entenderá por privilegio una forma de desigualdad que agrega una ventaja (*privilegio en más*) o la elimina (*privilegio en menos*) a la esfera del poder económico o jurídico de un sujeto sin hacer lo mismo con los otros que se encuentran en igual situación, legal o de hecho (Ortiz, *idem.*, p. 37).

i) *Privilegios en más*

Se trata de un cúmulo de ventajas que tiene la Administración con relación al particular. Entre ellas, las siguientes:

- * *Agotamiento de la vía administrativa*. El particular para hacerle un juicio a la Administración tiene que agotar la vía administrativa.
- * *Autotutela*. La Administración dispone de toda clase de medios instrumentales y legales para hacer cumplir sus decisiones, actuaciones o decisiones.
- * *Decisión ejecutoria*. Forma parte del privilegio de la *autotutela* y se refiere específicamente a que la Administración ejecuta sus actos directamente, sin autorización judicial debido a la *legitimidad*.
- * *Legitimidad*. Se considera que los actos de la Administración son legítimos. Se supone la *legitimidad* y *legalidad* de la actuación administrativa. Ese es el supuesto del actuar del Estado. Ahí está la jurisdicción contencioso administrativa para que los particulares puedan llevar a los Tribunales a la Administración cuando consideren que el Estado actuó arbitraria o ilegalmente.
- * *Ejecutividad*. Los actos de la Administración deben ser acatados por los administrados. Son de obligado acatamiento y por lo tanto eficaces, es decir, capaces de producir efectos jurídicos. Y ello, es así por cuanto se supone que los actos del Estado son legítimos, legales y destinados a cumplir un fin público o satisfacer un interés general.
- * *Dominio público*. Los bienes de dominio público no pueden ser embargados, son inalienables. Se trata de la propiedad pública del Estado.

ii) *Privilegios en menos*

El Estado también tiene desventajas respecto al particular, justificadas por el concepto del bien, interés general o interés público.

Es decir, existe una desigualdad en más (superioridad del Estado en relación al administrado) y asimismo una desigualdad en menos (desventajas o inferioridad del Estado respecto del particular).

Algunos ejemplos de lo anterior son:

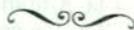
- * *Contratos*. La Administración no puede negociar con el sujeto que desee ni mediante los trámites que se le ocurra. El Estado está sujeto a la Ley (en términos generales: *norma* jurídica) y por lo tanto ésta le obliga a contratar con determinados sujetos y de acuerdo a ciertas reglas jurídicas (cf. nuestro estudio *La contratación administrativa en Costa Rica*, San José: UNED, 1989). Lo anterior es así por

cuanto el dinero de la negociación pertenece al *común* (se trata de fondos públicos).

* *Indemnización*. Toda actividad administrativa que dañe al particular debe ser indemnizada con un premio justo (*teoría*).

* *Colaboración contractual*. En el mismo campo del contrato administrativo, si el contratista no puede (por la razón que sea) terminar el negocio o la obra pública (v.gr.) el Estado le debe ayudar a que termine regularmente el contrato, ya que existe un interés público en juego que justifica y exige que el Estado preste esa ayuda para que el contrato se realice.

* *Procedimental*. Otra situación en este campo, se refiere a que el Estado debe actuar (procedimiento) de acuerdo a lo que la norma jurídica pública dicta. Está obligado a cumplir con el procedimiento establecido para una determinada actuación administrativa (cf. García de Enterría, cit., p. 43).



V. Criterios definidores

Para definir el concepto histórico (sujeto al cambio) del derecho administrativo se han dado varios criterios (que no son definitivos). Entre ellos los siguientes:

1. Actos de autoridad y actos de gestión

En el siglo XIX se indicó que el derecho administrativo regulaba aquellas relaciones en las cuales el Estado actuaba como Poder, con potestad de *imperium* o autoridad pública. Si el Estado actuaba como si fuera un particular, bajo los cánones de una mera gestión privada, se le aplicaba el derecho común (civil o comercial).

Con las dos guerras mundiales y la crisis económica de 1939, el Estado actúa fuertemente en la vida económica de tal modo que aquel rígido esquema de la actuación administrativa en actos de autoridad y de gestión (respectivamente), se quiebra para dar lugar a una serie de actuaciones de la Administración Pública comerciales, industriales, mercantiles y bancarios bajo regímenes privados, públicos y mixtos que desbordaban por completo aquel sencillo esquema del siglo XIX con un Estado policía, fruto del liberalismo político y económico.

2. Servicio público

Con la *Escuela de Burdeos* (Durkheim, Duguit, Jèze, Bonnard, etc.) a partir de 1920, en Francia, se trató de definir el *derecho administrativo* como el derecho que regula la prestación de los servicios públicos. Y, se justificó la existencia y presencia del Estado en la sociedad en la medida en que proporcionara servicios públicos a la comunidad. (cf. nuestro estudio sobre *El servicio público*, San José, Facultad de Derecho, UCR, 1983 y nuestra *antología* del servicio público, *idem.*, 1984).

i) Crisis de la noción de servicio público

Esta tesis hizo crisis porque inicialmente se creyó que el servicio público era ontológico; es decir que solo el Estado podría ofrecer tales servicios y bajo un régimen de derecho público. Con el desarrollo de la vida económica se dieron dichos servicios a cargo de particulares e incluso con una estructura jurídica de derecho privado. Todo ello dio origen a una denominada *crisis de la noción del servicio público* (a partir de 1945, en un proceso encubado con anterioridad) que pasa por la aceptación de que será servicio público lo que la Ley califique como tal (*criterio legalista*) e incluso se aceptará el *servicio público virtual* creado por el Poder Ejecutivo mediante Decreto, lo cual violenta el principio de reserva de Ley que indica que los servicios públicos sólo podrán ser creados por el Poder Legislativo.

Todo lo anterior es parte de esa *crisis*, que todavía está operándose.

ii) Crisis del servicio público y su incidencia en el derecho administrativo

Al darse esa *crisis*, se desechó el criterio del servicio público como pivote para definir el derecho administrativo.

De ahí que se buscara otra forma para conceptualizar el derecho administrativo.

3. Tesis de la prerrogativa

Maurice Hauriou (1856-1929)⁽⁴⁾ indica que se da el derecho administrativo cuando la Administración Pública actúa con prerrogativas, con privilegios respecto del administrado (particular); o, con medios excepcionales, exorbitantes respecto del derecho civil.

(4) Sociólogo y jurista francés. Entre sus obras se pueden citar: *La ciencia social tradicional* (1896), *Manual de derecho constitucional* (1923) y *La soberanía nacional* (1911).

Esta tesis de la prerrogativa se desechó, igualmente ya que existe una porción de la actuación del Estado que es de derecho administrativo y carecen de prerrogativa o imposición de autoridad pública, como por ejemplo, el fomento, la planificación indicativa al sector privado, concesión de incentivos y ventajas a los particulares (crediticias, tributarias, arancelarias, etc.). Aquí la Administración Pública no trata de imponerse con su autoridad o potestas, sino —al contrario— su deseo es estimular, colaborar, concertar con los particulares (economía concertada) para el mejor logro de la economía del bienestar y su correspondiente expresión estatal.

4. Tesis del "tráfico administrativo"

Ante este panorama de desplazamiento de criterios para definir el derecho administrativo, García de Enterría explica que el derecho administrativo es el que regula el giro o tráfico administrativo. Es decir, de modo semejante a la vida comercial que presenta cotidianamente miles de actos de comercio, así al día se dan un enorme volumen de actuaciones administrativas producidas por ese sujeto (persona jurídica) que es el Estado.

Por supuesto que la referencia a esa actuación administrativa es a la de carácter público; y, no a la actividad privada de la Administración estatal (cf. García de Enterría, *ibidem.*, p. 50).



VI. Ciencia administrativa

1. Concepto

De acuerdo a los estudiosos de la administración pública y de la administración privada, existe una variedad de definiciones sobre la ciencia administrativa o ciencia de la administración.

Los expertos en administración pública o privada han dado delimitaciones conceptuales sobre este campo de la acción humana.

La ciencia administrativa tiene como objeto de estudio la administración.

2. Posibles definiciones propias de la administración privada

a) La administración es un proceso muy particular consistente en las actividades de planeación, organización, ejecución y control desempe-

ñadas para determinar y alcanzar los objetivos señalados con el uso de seres humanos y otros recursos.

La ciencia de la administración es un cuerpo de conocimientos sistematizados, acumulados y aceptados con referencia a la comprensión de las verdades generales relativas a la Administración (cf. George Terry-Stephen Franklin, *Principios de Administración*, México: Co. Ed. Continental, 1987, pp. 22-24).

b) De conformidad con Fayol administrar implica:

- * prever
- * organizar
- * dirigir
- * coordinar
- * controlar al interior de la administración privada.

Los principios de la administración son:

- * división del trabajo
- * autoridad
- * disciplina
- * unidad de mando
- * unidad de dirección
- * subordinación de los intereses particulares al interés general
- * remuneración
- * centralización
- * jerarquía
- * orden
- * equidad
- * estabilidad del personal
- * iniciativa
- * unión del personal (cf. Frederick Taylor, *Principios de la administración científica*; Henry Fayol, *Administración industrial y general*, México: Ed. Herrero Hns. 1973, pp. 138 y 158).

Para Taylor el objetivo principal de la administración ha de ser asegurar la máxima prosperidad para el patrono y para cada uno de los empleados (cf. *idem.*, p. 19).

c) *La administración* es el trabajo contenido en la combinación y dirección del uso de los recursos para lograr propósitos específicos. Se incluye en este concepto:

- * planeación
- * organización
- * dirección
- * control

(cf. David Hapton, *Administración contemporánea*, México: Mc. Graw Hill, 1983, p. 8).

3. Definiciones propias para la administración pública.

a) *Generalidades.* El monopolio del derecho administrativo en el estudio de la administración pública, como única vía de acercamiento al objeto del Estado, en cuanto fenómeno jurídico, se rompe en la medida en que los estudios sobre este objeto de estudio se hace desde otra perspectiva. Expresa Debbasch que la aproximación jurídica al fenómeno administrativo será considerada como la única válida. La enseñanza y la investigación se realizan exclusivamente sobre el derecho administrativo (cf. Charles Debbasch, *Ciencia administrativa. Administración Pública*; Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, p. 32).

b) *Campo conceptual.* La ciencia administrativa estudia el hecho administrativo de acuerdo a:

- * conocimiento de la realidad administrativa
- * adecuación de la Administración pública a sus fines
- * previsión del futuro de la Administración para conocer sus pautas de cambio (cf. Debbasch *idem.*, p. 30).

c) Factores que integran el actuar administrativo

- * *Ordenador.* La Administración debe tener un criterio de Orden y de jerarquía de los elementos que la integran.
- * *Estabilizador.* La Administración debe ser estabilizadora para adaptarse a los cambios que ocurran y la afecten.
- * *Racional.* Los burócratas públicos deben actuar lógicamente para el cumplimiento de los fines del Estado.

* *Organización.* La Administración debe tener un sistema organizativo que le ayude a cumplir con sus fines públicos.

* *Finalista.* La Administración debe tener presente el aspecto teleológico o finalista de su actuación: el bien común, el interés público o general.

* *Centrípeto.* La Administración debe jugar un rol integrador y ordenador con el fin de cumplir con su objetivo fundamental: el bien común y el interés público (cf. George Langrod, *Tratado de ciencia administrativa*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1977, pp. 139-140).



VII. Derecho administrativo y ciencia de la administración

El *derecho administrativo* analiza y estudia la Administración Pública desde una perspectiva jurídica. Su objeto de estudio es la Administración Pública en cuanto fenómeno y hecho jurídico. Pero, por supuesto, que la Administración Pública y el Estado pueden ser estudiados desde otros ángulos y perspectivas. Esto es elemental.

Por su parte *la ciencia administrativa* pública tiene como objeto de análisis la Administración Pública, también, pero desde una perspectiva diferente al derecho administrativo.

La perspectiva de *la ciencia administrativa* pública o del experto administrador público es el conocimiento del funcionamiento real de esta organización de recursos humanos, técnicos, de capital, etc., para el logro de un funcionamiento eficaz de una sana administración.

El principio teórico del administrador público sería el de maximizar eficiencia y rendimiento con un mínimo de inversión o de costo dentro del marco general del Estado y su fin público.

A MODO DE CONCLUSION

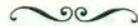
Este trabajo tiene por finalidad dar una breve explicación sobre el derecho administrativo, en su aspecto conceptual.

Varias definiciones se pueden dar y sujetar a la crítica. No se puede decir que exista alguna definición completa e inmune a la discusión. Todas presentan aspectos que pueden ser debatidos. Todas ellas hacen énfasis en aspectos propios del objeto de estudio y se pueden complementar.

En este apartado diremos que el *derecho administrativo* tiene por objeto de estudio la *Administración Pública* como hecho y fenómeno jurídico.

Para los efectos de este estudio definimos al *derecho administrativo*, así:

rama del derecho que regula la persona jurídica del Estado (Administración Pública), su actividad administrativa, su relación con los administrados y la actividad inter-administrativa que le es propia. Todo lo anterior en el ejercicio de una actividad o función administrativa.



BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

- Peter BACHRACH. *Critica de la teoría utilista de la democracia* (Buenos Aires: Amorrortu, 1973).
- Paolo BARILE. *Istituzioni di diritto pubblico* (Padova: Cedam, 1977).
- Allan BULLOCK; R. B. Woodings. *Dictionary of modern thinkers* (London: W. Collins, 1983).
- Norberto BOBBIO. *El futuro de la democracia* (México: CFE, 1986).
- . *Las ideologías y el poder en crisis* (Barcelona: Ariel 1988).
- . *et al. Crisis de la democracia* (Barcelona: Ariel, 1985).
- Allan-Randolph; BREWER-CARIAS. *El concepto de derecho administrativo en Venezuela* (Madrid: RAP, Nos. 100-102, vol. I, 1983, CEC).
- Jacques CHEVALLIER. *L'État de droit* (Paris: Revue du droit public, N° 2, 1988, LGDJ).
- Mario DE LA CUEVA. *La idea del Estado* (México: UNAM, 1975).
- Charles DEBBASCH. *Ciencia administrativa. Administración Pública* (Madrid: INAP, 1981).
- . *et al. Diccionario de política* (Bogotá: Temis, 1985).
- Antonio DE FRANCESCO. *Istituzioni di diritto pubblico* (Milano: Cetim-Bresso, 1975).
- Andre DE LAUBADERE. *Manual de derecho administrativo* (Bogotá: Temis, 1978).
- Elías DIAZ. *Estado de derecho y sociedad democrática* (Madrid: Tecnos, 1981).

- José R. DROMI. *Introducción al derecho administrativo* (s.p.i., 1988).
- Instituciones de derecho administrativo* (Buenos Aires: Astrea, 1973).
- Héctor ESCOLA. *Compendio de derecho administrativo* (Buenos Aires: Depalma, 1984).
- Emilio FERNANDEZ. *Diccionario de derecho público* (Buenos Aires: Astrea, 1981).
- Ernst FORSTHOFF. *El Estado de la sociedad industrial* (Madrid: IEP, 1975).
- Eduardo GARCIA DE ENTERRIA; Tomás-Ramón FERNANDEZ. *Curso de derecho administrativo* (Madrid: Civitas, T. I, 1983).
- Eduardo GARCIA DE ENTERRIA. *Reflexiones generales sobre la Ley y los principios del Derecho en Derecho Administrativo* (Madrid: RAP, N° 40, 1963).
- José A. GARCIA - TREVIJANO y FOZ. *Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: la explotación del "Hotel Andalucía - Palace" de Sevilla* (Madrid: RAG, N° 28, 1959).
- Fernando GARRIDO FALLAS. *Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales* (Madrid: RAP, N° 7, 1952).
- Angel GARRORENA. *El Estado español como Estado social y democrático de derecho* (Madrid: Tecnos, 1984).
- Agustín GORDILLO. *Tratado de derecho administrativo* (Buenos Aires: Eds. Macchi, 1974, T. I).
- Omar GUERRERO OROZCO. *Introducción a la administración pública* (México: Ed. Arúa, (1985).
- David HAMPTON. *Administración contemporánea* (México: Mc Graw Hill, 1983).
- Wolfgang HELLER. *Diccionario de economía política* (Barcelona: Labor, 1965).
- T. W. HUTCHISON. *Historia del pensamiento económico* (Madrid: Tecnos, 1967).
- Georges LANGROD. *Tratado de ciencias administrativas* (Madrid: IE A, 1977).
- Juan F. LINARES. *Fundamentos del derecho administrativo* (Buenos Aires: Astrea, 1975).
- Hely LOPEZ MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro* (São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1987).
- Giorgio LUZZI. *Temi suolti di diritto amministrativo* (Milano: Cetim-Bresso, 1977).
- Johnny MEOÑO. *Administración pública. Teoría y práctica* (San José: UCR, 1986).
- Costantino MORTATI. *Istituzioni di diritto pubblico* (Padova: Cedam, 1975).
- Santiago MUÑOZ. *La concepción del derecho administrativo y la idea de participación en la Administración* (Madrid: RAP, N° 84, CEC, 1977).
- Mauro MURILLO. *Ensayos de derecho público*. (San José: UNED, 1988).
- Franz NEUMARK. *Problemas económicos y financieros del Estado intervencionista* (Madrid: Ed. de Derecho Financiero, 1964).
- Alejandro NIETO. *La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo* (Madrid: RAP, N° 76, 1975).
- Eduardo ORTIZ. *Lecciones de derecho administrativo* (San José: UCR, 1970, T. I).

- Eduardo ORTIZ. *Los privilegios de la administración pública* (San José: RCJ, N° 23, 1974).
- . *Costa Rica: Estado social de derecho* (San José: RCJ, N° 29, 1976).
- . *Actividad privada de la administración* (San José: RCJ, N° 11, 1968).
- Luciano PAREJO. *El concepto de derecho administrativo* (Caracas: Ed. Jurídica venezolana, 1984).
- G. PEISER. *Droit administratif* (Paris: Dalloz, 1975).
- Nicolás PEREZ SERRANO. *Tratado de derecho político* (Madrid: Civitas, 1976).
- José PIÑERO. *Nuevo derecho canónico* (México: Ed. Atenas, 1983).
- Alfredo POVIÑA. *Diccionario de sociología a través de los sociólogos* (Buenos Aires: Astrea, 1976).
- Nicos POULANTZAS (Ed.) *La crisis del Estado* (Barcelona: Fontanella, 1977).
- Julio PRAT. *Derecho administrativo* (Montevideo: Acalí, T. I, 1977).
- Jorge Enrique ROMERO PEREZ. *Derecho administrativo y Estado costarricense* (San José: UCR, 1984).
- . *Ensayos de derecho administrativo* (San José: UNED, 1985).
- . *El servicio público* (San José: UCR, 1983).
- . *Estado social y democrático de derecho ante la crisis* (San José: RCJ, N° 60, 1988).
- . *Antología sobre el servicio público* (San José: UCR, 1984).
- . *La contratación administrativa en Costa Rica* (San José: UNED, 1989).
- Jean ROMEUF. *Diccionario de ciencias económicas* (Madrid: Labor, 1966).
- Enrique SAYAGUES LASO. *Tratado de derecho administrativo* (Montevideo: Ed. Martín Bianchi, 1959).
- Arthur SELDON; F. G. Pennance. *Diccionario de economía* (Barcelona: Oikos-Tau, 1967).
- Frederick, TAYLOR; Henry Fayol. *La administración científica* (México: Herrero, 1973).
- George TERRY. *Principios de administración* (México: Continental, 1987).
- Domenico TRAMONTANA. *Diritto amministrativo* (Milano: Cetim-Bresso, 1976).

CONTROLES SOBRE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES EN LAS LEGISLACIONES COSTARRICENSE, HONDUREÑA Y MEJICANA. BREVES CONSIDERACIONES CRITICAS.

Dr. Alfonso Gutiérrez Cerdas

Profesor de Derecho Comercial
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO

- 1) Organismo encargado del control interno en la sociedad anónima.
- 2) Nombramiento.
- 3) Causas de conclusión del cargo de fiscal.
- 4) Nombramiento de sustitutos.
- 5) Función del comité de vigilancia.
- 6) Organización del comité de vigilancia.
- 7) Naturaleza de la relación existente entre el fiscal y la sociedad.
- 8) Responsabilidad de los fiscales.
- 9) Control externo.

Organismo encargado del control interno en la sociedad anónima

El legislador costarricense al establecer el organismo encargado de la vigilancia en las sociedades anónimas (especialmente las formadas mediante el sistema de constitución simultánea), lo ha hecho en una forma oscura y confusa. Al respecto establece que "el sistema de vigilancia de las sociedades anónimas será potestativo y se hará constar en la escritura social".⁽¹⁾ A primera vista y siguiendo un análisis literal de dicha norma, se podría llegar a la conclusión de que es facultad de las sociedades adoptar o no un sistema de vigilancia.⁽²⁾

Situación esta que está claramente definida en la legislación mejicana y hondureña —inspiradoras de la costarricense—, al respecto la Ley general de sociedades mercantiles de México establece que la vigilancia de las sociedades estará a cargo de uno o varios comisarios, debiendo los estatutos de cada sociedad establecer si serán varios o solamente uno los comisarios. Similar enunciación establece la legislación hondureña.⁽³⁾

En realidad el verdadero sentido de la norma costarricense es establecer, no que el sistema de control sea potestativo, sino más bien, que será la forma de organizar dicho control lo que será potestativo, siendo por lo tanto obligatorio para todas las sociedades anónimas el tener un sistema de vigilancia,⁽⁴⁾ pudiendo aquellas que se funden por constitución

(1) Artículo 193 del Código de Comercio de Costa Rica.

(2) Creo que ésta es una posición perfectamente sostenible tomando literalmente el sentido de la norma. Analizando el significado de la palabra potestativo observamos que ella significa que algo está dentro de nuestra esfera de poder, lo que implica que será la sociedad la que debe decidir si adoptarlo o no. Además entre los requisitos que de acuerdo con el artículo 18 del Código de Comercio debe contener la escritura constitutiva de toda sociedad, no menciona por ningún lugar nada respecto al organismo de control, ni donde se refiere a la asamblea general constitutiva (artículo 116) se hace mención de la vigilancia de las sociedades, cosa que se hace en ambas ocasiones con respecto al Consejo de Administración, por ejemplo.

(3) Artículo 164 de la Ley general de sociedades mercantiles mejicana y artículo 231 del Código de Comercio de Honduras respectivamente.

(4) ZURCHER H., *Sociedades anónimas. Sus modificaciones más importantes: consejo de administración, bonos del fundador, fiscales, etc.* Seminario sobre el Código de Comercio. Asociación Nacional de Fomento Económico, San José, Costa Rica, p. 40. Al respecto el autor (corredactor del proyecto de Código de Comercio) establece claramente que "el sistema de vigilancia en las sociedades anónimas de fundación simultánea es potestativo y deberá hacerse constar en la escritura social. No debe interpretarse que en las sociedades de fundación simultánea es facultativa la existencia del sistema de vigilancia, pues

simultánea organizar el órgano de control en la forma que mejor les parezca, cosa que el legislador costarricense establece en forma oscura, prestandose a confusión.

Lo anterior conlleva otro grave problema, cual es la falta de regulación de dicho órgano en las sociedades antes dichas. Mi opinión es que mediante una interpretación analógica se deben aplicar las normas establecidas para la sociedad anónima de constitución sucesiva, pues no podemos olvidar que entre los muchos intereses representados en este tipo de organismos está, no sólo el interés social, sino también de terceros y en último caso de la comunidad en general. Debemos recordar que este tipo de sociedades es predominante en los distintos ordenamientos jurídicos, ya que las sociedades de capital formadas por constitución sucesiva son poco usadas por ser éste un sistema engorroso y complicado⁽⁵⁾ por lo que se hace necesario regular la forma en la cual se llevaba a cabo el control.

Con las anteriores salvedades, analizaremos ahora las potestades y límites del órgano de control, insistiendo nuevamente que en la legislación costarricense ellas deben referirse no solamente a las sociedades constituidas mediante constitución sucesiva, como parece establecerlo el Código de Comercio, sino extensible a las sociedades constituidas por constitución simultánea.

En consecuencia, todas las sociedades anónimas en la legislación de Costa Rica, tendrán necesariamente que prever en sus estatutos el establecimiento de un órgano de control (bajo pena de no poder ser inscritas en el Registro Público, sección mercantil, y adquirir así personalidad jurídica, por falta de requisitos legales), donde se determinará tanto el número de los componentes de dicho comité de vigilancia, como el término de duración en sus cargos. Esto puesto que el Código de Comercio solamente establece que la vigilancia de las sociedades anónimas estará a cargo de uno o varios fiscales que pueden ser socios o no, estableciendo posteriormente que salvo disposición en contrario de los estatutos, su nombramiento será de un año. En Honduras y México el término de duración de los comisarios en sus cargos es de tres años. En estos dos países se da una situación muy interesante: cuando la escritura social prevea el nombramiento de tres o más comisarios, la minoría que represente un 25% del capital social tendrá derecho a nombrar un comisario (un tercio del número total nombrado en

lo que ordena la norma es que exista la vigilancia, pero deja la forma de regularla a la potestad de la sociedad”.

- (5) SOLA DE CAÑIZALES F., *Tratado de sociedades por acciones en el derecho comparado*. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1957, III, p. 96, FERRARA F. *Gli imprenditori e la società*, 6ed, Giuffrè, Milano 1965, p. 346, FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, 4ed. U.T.E.T., Torino 1976, Madrid 1976, II, p. 429, todos estos autores —entre otros— concuerdan en p. 313, GARRIGUEZ J., *Curso de Derecho Mercantil*, 7ed. Imprenta Aguirre, que la sociedad por acciones fundada mediante constitución sucesiva es poco usada, por lo complicado del procedimiento.

Honduras), sin que ello impida que por disposición estatutaria pueda ampliarse dicho derecho minoritario.⁽⁶⁾

En la legislación costarricense esto trae una serie de problemas: siendo la asamblea general un órgano en la mayoría de los casos bajo el dominio de los administradores de la sociedad y, existiendo en nuestra legislación una norma tan amplia, esto hace simplemente que el comité de vigilancia no tenga en la práctica ningún sentido, pues quedará fácilmente bajo el dominio de los administradores. El legislador ni siquiera ha dado normas mínimas que permitan a los fiscales llevar a cabo su papel como un órgano independiente del consejo de administración.⁽⁷⁾ Así por ejemplo, tampoco se establece nada en cuanto a la remuneración de los fiscales, la cual debe ser establecida por la asamblea general para cada ejercicio fiscal. En la legislación mejicana el cargo de comisario debe ser remunerado, tal y como lo establece la Ley General de sociedades mercantiles, dicha retribución puede consistir en un sueldo o en una participación en los beneficios, o en una combinación de ambas formas.⁽⁸⁾

El problema en Costa Rica se presenta para determinar como se fija el salario de los fiscales durante el primer ejercicio fiscal —si es que se decide que el cargo sea remunerado, pues en vista del silencio de la ley, podría establecerse incluso mediante resolución de la asamblea constitutiva que dicho cargo no sea remunerado— siendo dicho órgano el que debe establecer la remuneración a recibir durante el primer ejercicio fiscal, posteriormente será la asamblea general ordinaria la que fijará el monto a percibir por los fiscales. Creo que la suma establecida por la asamblea

-
- (6) Artículos 195 del Código de Comercio de Costa Rica, 211 del Código de Comercio de Honduras y 171 de la Ley general de sociedades mercantiles de México, sobre esta última confrontar RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., *Tratado de sociedades mercantiles*, Porrúa, México 1947, II, p. 188, situación que es ampliamente criticada por MANTILLA MOLINA R., *Derecho Mercantil*, 8ed. Porrúa, México 1965, p. 423, el cual dice que los derechos de la minoría son ilusorios, pues están supeditados a que se elijan tres o más comisarios, y ello en la práctica casi nunca sucede.
- (7) Sobre este problema en general ver FERRI G., *I controlli interni nelle società per azioni*. Controlli interni ed esterni delle società per azioni, Giuffrè, Milano 1972, p. 20, el cual afirma que las causas de la crisis del control tal y como hasta ahora se ha venido llevando a cabo es consecuencia de la crisis de la asamblea, pues como ella está ampliamente dominada por los administradores, y siendo ella la que debe hacer efectiva y operante el funcionamiento de los síndicos, aún cuando ellos funcionen perfectamente sus resultados no pueden ser traducidos en acciones. “Non è perchè controllori e controllate hanno una identica matrice, in quanto entrambi sono di nomina assembleare, che l’istituto dei sindaci è in crisi, perchè anzi questo risponde a la logica dell’istituto, ma è che la logica stessa dell’istituto è messa in crisi quando l’assemblea non è più funzionante come organo autonomo degli amministratori”, MANTILLA MOLINA R., *Derecho Mercantil*, op. cit., p. 426.
- (8) Al respecto confrontar MANTILLA MOLINA R., *Derecho Mercantil*, op. cit., p. 409.

constitutiva puede ser aumentada, pero no disminuida posteriormente por la asamblea general. Tampoco establece nada el Código de Comercio sobre la separación del fiscal de su puesto. Creo que éste solamente puede ser separado del puesto de fiscal durante el período para el cual fue nombrado cuando exista causa justa para tomar dicha decisión, esto en vista de los intereses en juego, lo cual hace inconcebible aceptar una revocatoria ad nutum. La situación opuesta se da en la legislación hondureña, pues el artículo 231 del Código de Comercio establece expresamente que el cargo de comisario es revocable. Igual situación se establece en la legislación mejicana, donde se establece como característica del cargo de comisario la revocabilidad del mismo, sin necesidad que la asamblea exprese las causas de su acción. En ambas legislaciones la mayoría del capital social no puede revocar el nombramiento de un comisario nombrado por la minoría, sino revocando también los comisarios que ella nombró.

Tampoco en la legislación costarricense se prevé que dentro del comité de vigilancia exista al menos una parte de sus miembros con una preparación profesional específica en vista de las funciones que llevan a cabo y que requerirán de ciertos conocimientos técnicos particulares,⁽⁹⁾ situación prevista desde hace muchos años en otras legislaciones como la italiana. O en su caso establecer órganos técnicos a los cuales se pueda recurrir cuando haya necesidad de criterios técnicos especiales,⁽¹⁰⁾ y que incluso puedan ayudar a los socios a darle sentido al derecho que tienen de examinar los libros, correspondencia y demás documentos que comprueben el estado de la administración de la sociedad.⁽¹¹⁾

(9) En igual sentido respecto a la legislación mejicana: RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., *Tratado de sociedades mercantiles*, op. cit., p. 142 y MANTILLA MOLINA R., *Derecho mercantil*, op. cit., p. 424.

(10) COCITO C., *Il collegio sindacale*, Giuffrè, Milano 1970, p. 13 y ss., VERRUCOLI P., *Esperienze comparatistiche in tema di controlli interni ed esterni sulle società per azioni con particolare riguardo ai paesi della CEE*. Giuffrè, Milano 1972, p. 64 y ss., SOLA DE CAÑIZALES F., *Tratado de sociedades por acciones en el derecho comparado*, op. cit., p. 201 y ss., donde nos presentan diversas soluciones adoptadas en otras legislaciones, tales como los wirtschftsprüfer alemanes o los auditors ingleses, commissaires aux comptes franceses. Sobre los censores de cuentas españoles ver RUBIO J., *Curso de derecho de sociedades anónimas*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1964, p. 269 y ss. En la legislación italiana uno o dos de los miembros del "collegio sindacale" según el caso deben pertenecer a determinadas categorías profesionales, en el caso de sociedades por acciones cuyas acciones se cotizan en la bolsa, el control contable es llevado a cabo por una sociedad de revisión, sobre estas últimas ver "La riforma delle società per azioni e della borsa valori", Quaderni della rivista Impresa, ambiente e pubblica amministrazione, Giuffrè, Milano 1976, p. 165 y ss., NOBILI, VITALI, *La riforma della società per azioni*, Giuffrè, Milano 1975, p. 577 y ss., COTTINO G., *Diritto Commerciale*, Cedam, Padova 1976, I, p. 693 y ss.

(11) Artículo 26 del Código de Comercio de Costa Rica.

Nombramiento

Los miembros del primer comité de vigilancia serán nombrados en el acto constitutivo, por períodos que establezcan los estatutos. Si ellos nada dijera al respecto, durarán en sus cargos un año, pudiendo ser reelectos por la asamblea general ordinaria, la cual seguirá haciendo los nombramientos sucesivos.⁽¹²⁾

En principio pueden ser nombrados fiscales todas las personas físicas capaces, mayores de dieciocho años. De la regla general anteriormente enunciada se deben excluir los que conforme a la ley estén inhabilitados para ejercer el comercio⁽¹³⁾ o los que han sido privados de ese derecho por sentencia judicial, los quebrados no rehabilitados,⁽¹⁴⁾ los funcionarios públicos a quienes la ley prohíbe ejercer el comercio y, los extranjeros no establecidos en el país, o aún cuando lo fueren no tuvieren al menos diez años de residir en él⁽¹⁵⁾ todo con el fin de lograr una idoneidad física y moral de los fiscales. Tampoco pueden ser nombrados fiscales los cónyuges de los administradores, ni sus parientes consanguíneos y afines hasta el segundo grado.

En las legislaciones mejicana y hondureña, esta última norma es mucho más amplia, no pudiendo ejercer el cargo de comisario ni el cónyuge de un administrador, ni sus parientes consanguíneos en línea directa sin limitación de grado; en línea colateral hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo grado inclusive.⁽¹⁶⁾

Otra imposibilidad para ser nombrado fiscal, tendiente como la anterior a dar una independencia al comité de vigilancia de los administradores, se da con respecto a las personas que desempeñan otro cargo en la sociedad, para usar la expresión dada por el legislador costarricense (las legislaciones mejicanas y hondureña usan la expresión empleados de la sociedad).

(12) Artículo 155 inciso c) del Código de Comercio de Costa Rica.

(13) Artículo 196 inciso a) del Código de Comercio de Costa Rica.

(14) Cuando se ha hecho la distribución del patrimonio total del concurso, éste se da por finalizado, procediéndose a la rehabilitación del quebrado, si éste no ha sido condenado por quiebra culposa o fraudulenta. Lo mismo ocurre si los saldos pendientes una vez hecha la repartición, o los créditos legalizados antes de ella se hubiesen extinguido por prescripción.

En los casos de quiebra culposa, el quebrado puede ser rehabilitado cuando haya cumplido la pena impuesta o fuere indultado, siempre y cuando haya pagado íntegramente a sus acreedores, o demuestre haber llegado a un acuerdo con ellos.

En el caso de quiebras fraudulentas, solamente se puede rehabilitar al quebrado después de tres años de haber cumplido la sentencia penal o haber sido indultado, si hubiese pagado íntegramente sus deudas, al respecto artículos 950, 951 y 952 del Código de Comercio de Costa Rica. Confrontar VARGAS F. L., *Contribuciones al estudio del derecho de quiebras costarricense*, Colegio de Abogados, San José, 1977, p. 229 y ss.

(15) Artículo 8 del Código de Comercio de Costa Rica.

(16) Artículo 165 de la Ley general de sociedades mercantiles de México, y el artículo 232 del Código de Comercio de Honduras.

En Costa Rica la enunciación legislativa es bastante oscura y muy amplia, lo que se presta para varias interpretaciones. Podría pensarse como primera hipótesis que dicha prohibición se refiera solamente a los componentes del consejo de administración y a quienes ellos nombren para atender los diferentes aspectos y negocios de la sociedad, tales como gerentes, apoderados, agentes, etc., en razón de la relación de subordinación o dependencia en que se encuentran respecto a los administradores. Pero el problema es que en igual situación se encuentran todos los demás empleados de la sociedad, los cuales para llevar a cabo su función cabalmente tendrán que vigilar, criticar y en algunos casos hasta denunciar la labor llevada a cabo por los administradores, a los cuales están subordinados, o por lo menos dependientes y, los cuales ejerciendo sus prerrogativas pueden despedir a los trabajadores que estuviesen en ese momento cumpliendo funciones de fiscales, de donde se concluye que la vigilancia se reduciría a nada.⁽¹⁷⁾

El problema se plantea actualmente en términos más amplios, sosteniéndose que no pueden ejercer el cargo de fiscal la persona ligada a la sociedad mediante una relación continua de prestación de obra retribuida, como lo establece el Código Civil italiano. Entrando dentro de esta categoría los empleados, representantes y colaboradores permanentes. Pudiendo por lo tanto ser nombradas fiscales aquellas personas que no se encuentren en la situación anterior, como sería el caso de quien preste servicios profesionales en forma ocasional a la sociedad.⁽¹⁸⁾ Creo que el artículo correspondiente del Código de Comercio de Costa Rica se debe interpretar en tal forma, dejando la posibilidad a las personas ligadas a la sociedad mediante un contrato de prestación de obra, o como lo llama nuestro legislador, a los que desempeñan otro cargo en la sociedad, de escoger entre seguir llevando a cabo su labor, o desempeñar el cargo de fiscal renunciando a su puesto.

Causas de conclusión del cargo de fiscal

Los fiscales terminan su labor: a) Por muerte. b) Por el cumplimiento del término por el cual fueron nombrados. c) Por renuncia al cargo. El Código de Comercio de Costa Rica no establece nada al respecto, pero creo que debido a la delicada función que debe llevar a cabo no se le puede obligar al fiscal a permanecer en dicho puesto contra su voluntad, debido a que ello redundaría en un grave perjuicio para la sociedad, pues la función no la desempeñaría a cabalidad. Por lo tanto, creo que no es

(17) VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, 5ed., seconda ristampa, Francesco Vallardi, Milano 1929, II, p. 280, donde nos dice que el cargo de fiscal y empleado de la sociedad son incompatibles, no significando esto que el empleado no pueda ser electo, sino más bien, que si lo fuese tiene la obligación de escoger entre seguir siendo empleado de la sociedad no aceptando el puesto de fiscal, o ser fiscal renunciando a su puesto en la sociedad.

(18) Al respecto ver FRE G., *Società per azioni*, 4ed., Zanichelli, Bologna 1972, p. 522 y COCITO C., *Il collegio sindacale*, op. cit., p. 95.

necesaria la existencia de una causa justa para renunciar al cargo de fiscal,⁽¹⁹⁾ sino más bien que es potestad de los comisarios el poner fin a su relación con la sociedad cuando lo crean conveniente.

Con respecto a una posible indemnización a la sociedad de parte del fiscal que renuncia por los daños y perjuicios que con su acción se le cause, creo que no sea posible aceptarlo en vista de las razones antes expuestas y el silencio de la ley al respecto.

Es indudable que la renuncia del fiscal se hará efectiva cuando sea nombrado su sustituto, aún cuando queden los demás miembros (en caso de que existan) en sus puestos. Esto porque en la legislación costarricense el fiscal se concibe en forma individual, o sea no tiene una concepción colegial del órgano (punto que se tratará más adelante), como sucede en otras legislaciones. Por lo tanto, cada fiscal debe ser sustituido efectivamente, sin importar el caso que ellos sean varios, que todavía sigan en sus cargos la mayoría. En vista de ello es que el fiscal no puede dejar su puesto hasta cuando su sucesor esté en capacidad efectiva de reemplazarlo, situación establecida expresamente para los administradores.

Si el fiscal abandonase su cargo antes de esperar que su sucesor pueda ejercerlo efectivamente, será posible a la sociedad cobrarle una indemnización por los perjuicios que su acción le haya causado.⁽²⁰⁾ Una situación similar se presenta en las otras dos legislaciones analizadas.

(19) Véase al respecto FRE G., *Società per azioni*, op. cit., p. 439, el cual sostiene que los administradores de la sociedad por acciones (situación asimilable a los síndicos de la misma) pueden renunciar a su cargo cuando lo deseen, pues no se puede obligar a tener la responsabilidad de un cargo que ellos no quieren ocupar, agrega que no es necesario motivar dicha renuncia, ni se obliga al administrador renunciante a indemnizar a la sociedad por dicha decisión. En igual sentido GALGANO F., *La società per azioni. Le altre società di capitale. Le cooperative*, 2ed. Zanichelli, Bologna 1976, p. 127, para el cual el administrador puede renunciar en cualquier momento, dando comunicación escrita al consejo de administración y al presidente del colegio sindical, pero la renuncia a efecto inmediato solamente si permanecen en sus puestos la mayoría de los administradores. En sentido contrario COCITO C., *Il collegio sindacale*, op. cit., p. 140, el cual cree que el síndico solamente puede renunciar por justa causa, MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano 1956, p. 475 y ss., el cual cree que el administrador que renuncia sin tener justa causa para ello está obligado a indemnizar a la sociedad por el daño que ella sufra. "L'obbligo della società di risarcire il danno per la revoca ingiustificata si compensa col corrispondente diritto ad esgerlo nel caso che l'amministratore abbandoni intempestivamente l'ufficio", igualmente VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, op. cit., p. 269.

(20) FIORENTINO A., *Gli organi delle società di capitali*, Jovene, Napoli 1950, p. 104. RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., *Tratado de sociedades mercantiles*, op. cit., pp. 190-191. Este autor establece que si bien el cargo de comisario es renunciante, no podrá el fiscal hacer abandono de él en tanto no se le haya aceptado su renuncia, pudiendo en dicha circunstancia si hiciese abandono del cargo resultar responsable de los daños y perjuicios que a la sociedad se le causen.

d) Cuando sobrevenga alguna de las causas de inelegibilidad analizadas con respecto al nombramiento de los fiscales, la cual operará desde el momento en que la causa de inelegibilidad se ha dado, aún sin necesidad de que la asamblea general delibere al respecto, pues es evidente que en este caso nos encontramos frente a una imposibilidad legal para el ejercicio del cargo de fiscal, con la salvedad establecida para quienes presten sus servicios en forma remunerada a la sociedad siendo ya fiscales. En este caso deben escoger o seguir siendo fiscales, o el nuevo nombramiento, renunciando al cargo de fiscal, debido a la incompatibilidad entre ambos cargos como antes se estableció.

e) Por revocatoria del cargo de parte de la asamblea general. Anteriormente se había establecido que dicha revocatoria solamente se podía llevar a cabo existiendo una justa causa para ello, excluyendo por lo tanto la revocatoria *ad nutum*, que sí se establece expresamente para los administradores.

En vista del silencio del Código al respecto, creo que será falta grave, el incumplimiento de las obligaciones que el legislador pone a cargo de los fiscales en el artículo 197 del Código de Comercio de Costa Rica. Comprobada ésta, la asamblea general puede proceder a la destitución del fiscal⁽²¹⁾ quedándole a él solamente la posibilidad de impugnar en vía jurisdiccional el acuerdo tomado por la asamblea general cuando considere que no ha existido la causa justa aducida en su contra, cobrando una indemnización por los daños y perjuicios producidos con su destitución injustificada. No parece posible que en el caso que el Tribunal anule la decisión tomada por la asamblea general constatando que la causa justa aducida no existió, pueda el fiscal reintegrarse de nuevo a su puesto, pues mientras tanto el asunto se discutía en el Tribunal, se habrá nombrado otro

(21) No existe en la legislación de Costa Rica la distinción que hace el Código Civil italiano entre "decadenza" y "revoca", la primera se da con el incumplimiento de parte del "sindaco" de las obligaciones que le pone el artículo 2404 (ausencia a dos reuniones del colegio sindical durante un ejercicio fiscal) o el artículo 2405 (ausencia sin motivo justificado a una asamblea general o a dos reuniones del consejo de administración durante un ejercicio fiscal), además de cumplirse cualquiera de las causas de inelegibilidad para el puesto. A los síndicos solamente se les puede revocar su nombramiento por justa causa, debiendo aprobar el Tribunal (bajo pena de nulidad en caso contrario) dicha decisión, previo examen de la deliberación asamblearia, con el objeto de establecer si existe o no la causa aducida. Al máximo se podría pensar en nuestra legislación como causa de "decadenza" el cumplirse alguna de las causas que hacen imposible el desempeño de la función de fiscal por existir una incompatibilidad legal con el desempeño de la función de fiscal (artículo 196 del Código de Comercio costarricense), siendo el incumplimiento de las demás obligaciones posibles causas justas para revocar el nombramiento de los fiscales a juicio de la asamblea general. Esto es importante en relación con el órgano que debe conocer, si se trata de revocar el nombramiento es obvio que solamente la asamblea general lo puede hacer (artículo 155 inciso 3 del Código de Comercio de Costa Rica).

fiscal, el cual debe permanecer en su puesto, tiene pleno derecho para hacerlo pues ha sido nombrado con todas las formalidades requeridas y estará en su puesto hasta que termine el período para el cual su nombramiento fue hecho.⁽²²⁾

Tanto la Ley general de sociedades mercantiles mejicana como el Código de Comercio hondureño establecen que el cargo de comisario tiene como característica el ser revocable; teniendo la asamblea general amplio poder para revocar a los comisarios, sin necesidad siquiera de expresar la causa de la revocatoria. Dicha revoca se lleva a cabo con el consenso de la mayoría absoluta del capital social, y cualquier cláusula tendiente ya sea a establecer una mayoría especial o a reducir el poder de revocatoria será nula.⁽²³⁾

Nombramiento de sustitutos

Al ocurrir alguna de las causas antes examinadas y que conllevan la terminación de la función de fiscal, se deberá necesariamente proceder al nombramiento de un sustituto, ya que en el caso de la legislación costarricense no se prevé la existencia de fiscales suplentes conjuntamente con los titulares. Paradójicamente y en contradicción con los principios que deben informar la institución del comité de vigilancia, es el consejo de administración en nuestra legislación el órgano encargado de nombrar el sustituto,⁽²⁴⁾ convirtiendo en letra muerta, sin ningún contenido real el comité de vigilancia. Serán los administradores (órgano que debe ser controlado) quienes nombrarán el órgano contralor, haciendo nugatoria la función de éste, no podrá evidentemente este último ser suficientemente independiente del órgano sobre el cual recae básicamente su función. No se podrá garantizar una independencia de acción y juicio, requisitos esenciales de la función contralora. Simplemente con este sistema se llena un requisito formal sin que tenga ningún sentido práctico.

En las legislaciones hondureñas y mejicanas, donde tampoco se prevé la existencia de fiscales suplentes no se da la situación antes expuesta, en estos dos ordenamientos cuando falta la totalidad de los comisarios, es obligación del consejo de administración convocar inmediatamente la asamblea general para que proceda a nombrar los comisarios. Llegándose incluso a la posibilidad de que en caso de que dicha convocatoria no se haga, sea

(22) Al respecto FRE F., *Società per azioni*, op. cit., p. 525.

(23) En tal sentido RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., *Tratado de sociedades mercantiles*, op. cit., p. 190.

(24) Artículo 190 del Código de Comercio de Costa Rica.

el juez el que nombre los comisarios hasta tanto no sea convocada la asamblea con dicho objeto.

Otro ejemplo de este tipo de desnaturalización de la función contralora lo tenemos en la legislación costarricense en la disposición del artículo 197 inciso j) del Código de Comercio, donde se obliga a los fiscales a recibir e investigar las quejas formuladas por los socios sobre el funcionamiento de la sociedad, e informar posteriormente al consejo de administración de ellas, careciendo por lo tanto de todo sentido la investigación hecha por los fiscales, pues en definitiva no se traducirá en ningún procedimiento tendiente a corregir posibles errores apuntados.

Al respecto las legislaciones mejicana y hondureña tienen mucho más clara la problemática y no cometen el error de la legislación costarricense. En ambos casos es obligación de los fiscales recibir las denuncias que haga cualquier accionista sobre hechos irregulares que estén acaeciendo. Dicha denuncia debe ser investigada exhaustivamente informándose posteriormente a la asamblea general en el informe que a ella deben rendir los comisarios. En caso que dicha denuncia resulte verdadera, además de la investigación deben los comisarios a la asamblea general presentar las consideraciones y proposiciones que estimen convenientes con el objeto de que cese la irregularidad y se establezcan las responsabilidades del caso.⁽²⁵⁾

Función del comité de vigilancia

En principio se puede establecer que el comité de vigilancia debe controlar que en el desenvolvimiento de las actividades sociales no se atente contra las disposiciones legales o del pacto social, vigilando sobre todo la administración de la sociedad. A tal fin los fiscales están obligados a comprobar que se lleven las actas de las reuniones del consejo de administración, que sean ejecutadas las resoluciones que se hayan adoptado en las asambleas generales, asistir a las reuniones del consejo de administración y "en general vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad, para lo cual tendrán libre acceso a libros y papeles de la sociedad, así como a las existencias en caja".

Creo, en vista de las facultades que el legislador da a los fiscales que el tipo de control llevado a cabo por ellos sea un control de legalidad y no de mérito, puesto que ellos no tienen la posibilidad de sustituir o impedir la actividad llevada a cabo por el consejo de administración en caso de considerar que las medidas por él tomadas no sean convenientes para el

(25) Artículo 167 de la Ley general de sociedades mercantiles de México y artículo 234 del Código de Comercio de Honduras. Al respecto confrontar RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., *Tratado de sociedades mercantiles*, op. cit., p. 197.

desarrollo de la actividad social.⁽²⁶⁾ Los fiscales solamente deben controlar que dicha actividad no viole las disposiciones legales y estatutarias. Se puede decir al máximo que pueden ejercitar un control técnico sobre el modo de llevar a cabo dicha actividad,⁽²⁷⁾ pero no pueden controlar la oportunidad o no de llevar a cabo dichos actos, ya que dicha esfera compete exclusivamente al consejo de administración de acuerdo con las directrices trazadas por la asamblea general. Será él quien decida sobre la conveniencia o no, de ejercer dichos actos sin que competa a los fiscales impedirselo. Esto no impide al comité de vigilancia expresar juicios de mérito sobre la gestión social en sede asamblearia o del consejo de administración como se ha dicho anteriormente.

Dentro de este control de la gestión social se le da gran importancia al control contable, al efecto deben los fiscales "revisar el balance y examinar las cuentas y estados de liquidación de operaciones al cierre de cada ejercicio fiscal", vigilar las operaciones sociales, teniendo libre acceso a todos los documentos de la sociedad, así como a las existencias en caja. Deben compro-

(26) En tal sentido GRAZIANI A., *Diritto delle società*, 5ed. Morano, Napoli 1963, p. 393, FERRI G., *Le società*, UTET, Torino 1971, p. 540, el cual establece: "Si tratta di un controllo sulla regolarità formale delle deliberazioni e degli atti posti in essere dagli altri organi sociale, il collegio sindacale non può invece interferire sulla sostanza degli atti stessi e sulle decisioni imprenditoriali", el mismo autor en *Controlli interni nelle società per azioni*, op. cit., p. 19, FRE G., *Società per azioni*, op. cit., pp. 528-529, COCITO C., *Il collegio sindacale*, op. cit., p. 112 y ss., el cual expresa lo siguiente: "In realtà quando si parla di controllo di merito, non ci si riferisce ad un giudizio di merito come sembrano ritenere molti autori, bensì ad un controllo che si manifesta con provvedimenti che sono invece attribuiti alla competenza funzionale dell'organo amministrativo... Il controllo sugli amministratori è quindi, sotto ogni profilo un controllo di legittimità. Qualsiasi valutazione di opportunità eventualmente operata dai sindaci, pone in crisi i rapporti fra i vari organi sociali: quando dovesse verificarsi, la valutazione de sindaci non vincola gli amministratori". En ningún momento se ha negado la posibilidad de que los fiscales al participar en las reuniones del consejo de administración puedan emitir juicios sobre la oportunidad de llevar a cabo ciertas operaciones, pero no creo que ello constituya un control de mérito, pues carecen de los medios necesarios para modificar las decisiones del consejo de administración. En sentido contrario COTINO G., *La società per azioni* (extracto del Novissimo digesto italiano) UTET, Torino 1971, pp. 178-179, igualmente en *Diritto Commerciale*, op. cit., pp. 688-689, para el cual existe un control de mérito en la acción llevada a cabo por los fiscales de manifestar en las reuniones del consejo de administración sobre la conveniencia de tomar ciertas decisiones por el órgano de administración, e incluso solicitar que su opinión pueda ser consignada en las actas de dicha reunión.

(27) FRE, G., *Società per azioni*, op. cit., p. 529, el cual establece: "Il che sembra significare che aspetta al collegio sindacale non già controllare se gli amministratori amministrano bene, ma se amministrano correttamente: si potrebbe, in altre parole, dire che non si tratta di un controllo di merito sulla bontà o sull'opportunità delle operazioni sociali, ma di un controllo tecnico sui modi con i quali queste vengono attuate, indipendentemente dalla portata sostanziale di esse".

bar que se lleven adecuadamente los libros sociales y, que la sociedad haga mensualmente un balance de situación.

Con el objeto de llevar a cabo una seria labor referente al control contable, me parece conveniente el establecer ciertos requisitos técnicos para algunos de los fiscales, para que puedan examinar y juzgar concientemente todo lo referente al aspecto contable.

Otra de las funciones dadas a los fiscales es la de investigar las quejas formuladas por cualquier accionista e informar al consejo de administración sobre ellas. Evidentemente esta obligación debe ligarse con otras en el mismo artículo, dando como resultado que el fiscal debe recibir la denuncia e investigarla, con el objeto de averiguar si tiene o no fundamento. Posteriormente emitirá un dictamen al consejo de administración sobre los hechos denunciados, con todas las implicaciones que esto traerá. Evidentemente no será mucho lo que el fiscal pueda hacer, pues si la denuncia fuese precisamente por actos mal realizados por el consejo de administración, será éste quien la conocerá, haciéndose nugatoria la labor realizada por los fiscales. Otra posibilidad que creo se presente es que el fiscal reciba la denuncia del socio, la investigue, si la encuentra infundada, sigue el procedimiento anterior, pero si se comprobasen los hechos denunciados, el fiscal entonces la debe incluir en las observaciones que en relación a los resultados obtenidos en su función debe enviar al menos dos veces al año al consejo de administración, y que dicho órgano debe someter a conocimiento de la asamblea general ordinaria.⁽²⁸⁾ Me parece que es la única posibilidad de asegurarse que la asamblea general conozca las denuncias formuladas por cualquiera de los socios, como se establece expresamente en las legislaciones mejicana y hondureña. En todo caso siempre puede el veinticinco por ciento del capital social pedir en cualquier momento al consejo de administración la convocatoria de la asamblea general,⁽²⁹⁾ si ésta no fuese convocada dentro de los quince días siguientes al recibimiento de la solicitud correspondiente, o el consejo de administración se rehusare explícitamente a hacerla, se formulará la petición de convocatoria al juez competente, para que sea él quien traslade la petición al consejo de administración, o haga personalmente la convocatoria de la asamblea general.⁽³⁰⁾

Cuando no se hubiese celebrado ninguna asamblea general durante dos períodos consecutivos, o si durante dicho lapso las asambleas que se hubiesen efectuado no hayan discutido y aprobado o rechazado el informe de los administradores referente a su gestión durante el pasado ejercicio fiscal, no se haya decidido sobre la repartición de utilidades el no hacerlo en la forma establecida por el pacto social, nombrado o revocado el nombramiento de administradores y fiscales si fuese el caso, puede el titular de una acción

(28) Artículo 197 inciso f) del Código de Comercio de Costa Rica.

(29) Artículo 159 del Código de Comercio de Costa Rica.

(30) Artículo 161 del Código de Comercio de Costa Rica.

pedir la convocatoria a los administradores de la asamblea general, pudiendo inclusive obtener la convocatoria mediante resolución judicial en los términos antes vistos.⁽³¹⁾

También al comité de vigilancia compete en vía excepcional ejercer un control sustitutivo del consejo de administración,⁽³²⁾ tal es el caso que se presenta cuando los administradores omiten convocar la asamblea general, pudiendo en este caso proceder los fiscales a la convocatoria. Se trata aquí evidentemente de un control sustitutivo de parte del órgano encargado de la vigilancia, debiendo los fiscales proceder a la convocatoria, pudiendo en caso contrario ser responsables por los daños y perjuicios que se le causen a la sociedad, o a terceros por no haber cumplido con la obligación establecida por la ley al respecto.⁽³³⁾

Organización del comité de vigilancia

No creo que en las legislaciones en examen se pueda hablar de un órgano de control de naturaleza colegial. Esa es la conclusión que debe extraerse del análisis de las secciones referentes a la vigilancia de la sociedad anónima.⁽³⁴⁾ Allí en todo momento se habla de fiscales como individua-

(31) Artículos 160 y 141 del Código de Comercio de Costa Rica.

(32) Solamente en vía de excepción y en los casos establecidos por la ley, puede el órgano de control sustituir el órgano administrador, no podría el comité de vigilancia sustituir al consejo de administración en un caso no previsto expresamente por la ley, ni aún cuando exista duda sobre la oportunidad de dicha sustitución. En tal sentido FRE G., *Società per azioni*, op. cit., pp. 537-538, GRAZIANI A., *Diritto delle società*, op. cit., p. 396, este autor llama a esta situación una marginal función de administración activa, concordando que solamente en vía de excepción y en los casos establecidos por la ley se puede dar, en igual sentido COTTINO G., *Diritto Commerciale*, op. cit., p. 687. Sobre la diferencia entre administración activa y control sustitutivo confrontar COCITO C., *Il collegio sindacale*, op. cit., pp. 123-124, para el cual el control sustitutivo se da cuando un órgano en vista del incumplimiento de los deberes de otro órgano, pone en acción actos propios de competencia del órgano sustituido, el cual pudiendo hacerlos no lo ha hecho, mientras que la administración activa no se trata de una sustitución de actividad, sino actos de competencia propia del órgano en ciertas circunstancias, ejemplo artículo 2386 del Código Civil italiano donde falta el órgano de administración, corresponde a los síndicos realizar actos de ordinaria administración a título propio, no se trata de una función de control.

(33) Art. 196 inciso c) del Código de Comercio de Costa Rica.

(34) Tesis sostenida por VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, op. cit., p. 283 en la antigua legislación italiana, a pesar de establecerse en el artículo 183 del Código de Comercio tres o cinco síndicos titulares y dos suplentes

lidad, obligaciones, facultades, requisitos para su nombramiento, etc., no se establece en ningún momento una composición colegial, sin que por lo tanto se regule la forma en que se debe deliberar con el objeto de obtener voluntad del órgano, cosa que sí sucede con el consejo de administración (en el caso de Costa Rica, porque tanto en México como en Honduras dicho órgano puede ser unipersonal) donde se establece primeramente el carácter colegial de él, estableciéndose un número mínimo de miembros que lo deben formar, posteriormente se regulan la forma de llenar las vacantes, como se debe llevar a cabo la deliberación y quien presidirá las reuniones del órgano.

Aparte de las anteriores apreciaciones concernientes a la legislación costarricense, creo que dos son los puntos fundamentales que obligan a concluir que no es posible concebir un órgano de control de naturaleza colegial en las legislaciones examinadas: a) que la ley permite que el comité de vigilancia esté formado por un solo miembro y, b) que la responsabilidad de los fiscales es individual, punto que será analizado dentro de poco. Por lo tanto, cuando sean varios los miembros del comité de vigilancia, cada uno de ellos tiene la facultad y obligación de vigilar la gestión social en sentido amplio.

Con el objeto de evitar que se realice simultáneamente el mismo trabajo, se debe hacer entre los miembros una división racional de él, en manera tal que incluso se pueda controlar la labor llevada a cabo por los demás componentes, ya sea una división temporal por turnos, o una división por materias dependiendo de los conocimientos específicos de los distintos miembros, o adoptar cualquier otro método que les parezca conveniente, todo con el objeto de mejorar el desempeño de su función.

para la vigilancia de la sociedad y la revisión del balance. Argumentando que llegaba a tal conclusión del hecho que la ley no regulaba con normas colegiales dicho órgano, a pesar de estar formado por varios miembros, como si lo había hecho con el consejo de administración. Establece el autor incluso que "...lo statuto che costituisse in collegio l'ufficio dei sindaci, attribuendo alla loro maggioranza la facoltà di decidere sarebbe illegale...". En igual sentido con respecto a la legislación mejicana RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., *Tratado de sociedades mercantiles*, op. cit., pp. 186-187. Actualmente en la legislación italiana donde no existen dudas sobre el carácter colegial del colegio sindical, se manifiestan por un fuerte impulso a dar facultades amplias de investigación al miembro singularmente considerado, sin negar el carácter colegial del órgano, pero en todo caso debilitándolo un poco DE GREGORIO A., *Corso di diritto commerciale*, 7ed. Società Editrice Dante Alighieri, Milano, Roma, Città di Castello 1967, p. 312, FRE G., *Società per azioni*, op. cit., p. 533, manifestándose por una concepción colegial férrea GRAZIANI A., *Diritto delle società*, op. cit., p. 394, FERRARA F. Jr., *Gli imprenditori e le società*, op. cit., p. 505, BRUNETTI A., *Tratato del diritto delle società*, Giuffrè, Milano 1948, II, p. 402, COCITO C., *Il collegio sindacale*, op. cit., pp. 69-70.

Naturaleza de la relación existente entre el fiscal y la sociedad

No creo que se puede hablar de una naturaleza contractual en la relación que se da entre los fiscales y la sociedad. Si bien es necesaria la aceptación del cargo de parte del fiscal para configurar dicha relación jurídica, no están las partes en posibilidad de modificar dicha situación, ya que ella es prefijada por la ley y, las partes aceptan una situación establecida de antemano en cuanto a su contenido y límites, debiendo únicamente, tanto los fiscales como la sociedad aceptarla o rechazarla, sin poderla modificar.⁽³⁵⁾ Deben los fiscales cumplir sus obligaciones con la diligencia de un buen padre de familia (aunque no se establezca expresamente dicha obligación). Por lo tanto no serán responsables por los daños que la sociedad o terceros sufran cuando ellos hayan cumplido con sus obligaciones diligentemente, como puede ser el caso de que carezcan de conocimientos técnicos especiales para descubrir errores graves o malos manejos en la gestión social.

Responsabilidad de los fiscales

Establece el legislador costarricense, hondureño y mejicano que los fiscales serán individualmente responsables por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les impongan,⁽³⁶⁾ lo que implica que

(35) En sentido contrario, entre otros muchos FRE G., *Società per azioni*, op. cit., pp. 490-491, aunque parece modificar un poco su posición a p. 518 al afirmar: "...Il rapporto in questione é interamente regolato dalla legge, e i sindaci acetando l'ufficio, acetano una situazione preformata. Non vi è dunque alcuna possibilità che la società ed il sindaco determinino col loro consenso il contenuto del rapporto, el che potrebbe essere sufficiente per escludere la natura contrattuale del rapporto stesso", GRAZIANI A., *Diritto delle società*, op. cit., pp. 400-401, para el cual no se trata de un mandato ni de un contrato de trabajo subordinado, siendo más bien "un contratto di lavoro in senso lato, avente per oggetto una prestazione d'opera intellettuale", RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., *Tratado de sociedades mercantiles*, op. cit., pp. 191-192, el cual estima que la relación que liga a los comisarios con la sociedad "es la de una auténtica prestación de servicios", COCITO C., *Il collegio sindacale*, op. cit., p. 93, el cual precisa que siendo el contrato que liga fiscal y sociedad un contrato de "preposizione organica" (elaboración hecha por Minervini), "piu esattamente il contratto di preposizione organica conosce almeno due tipi contrattuali diversi, si parlerà di contratto di amministrazione quando il contratto avrà per oggetto un'attività di amministrazione, si parlerà di contratto di sindacato quando tale contratto avrà per oggetto un'attività di sindacato".

(36) Al respecto confrontar RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., *Tratado de sociedades mercantiles*, op. cit., p. 198, MANTILLA MOLINA R., *Derecho Mercantil*, Editora Herrero, México, D.F. 1975, p. 106, este último autor sostiene que los comisarios serán solidarios entre sí y con los administradores y otros responsables de los daños y perjuicios que en su actuación causen a la so-

aún cuando el órgano de control esté compuesto de varios titulares, cada uno será responsable de la parte del control que le corresponda según una división del trabajo hecha entre ellos (ya que es evidente que no se puede pretender que cada fiscal lleve a cabo toda la labor del control de la sociedad en todo momento) sin que dicha responsabilidad, en consecuencia abarque a los demás como sucede en otras legislaciones.⁽³⁷⁾

En la legislación costarricense la responsabilidad del fiscal por los daños causados a la sociedad debido a dolo o culpa de él es de naturaleza contractual en vista de la relación obligatoria que existe entre ambos. Podríamos pensar en varios tipos de responsabilidad del tipo que algunos denominan directa y exclusivamente de los fiscales. Ello aunque la ley no lo establezca directamente, pero que se obtienen de la naturaleza misma de las sociedades de capitales y del instituto de los fiscales, y son la violación del llamado secreto haciendal, o sea la divulgación de datos concernientes al desenvolvimiento de la gestión social, los cuales de ser conocidos por empresas competidoras le pueden ocasionar un grave perjuicio, y que el

ciudad. Llega dicho autor a tal conclusión basándose en el reenvío que la ley hace en el artículo 171 al artículo 160 de la misma, donde se establece la responsabilidad solidaria de los administradores actuales con los anteriores por las irregularidades que estos últimos hayan cometido, si los que actualmente desempeñan el cargo, conociéndolas no hiciesen la denuncia correspondiente. Este es un caso de excepción, donde se establece una solidaridad entre administradores y comisarios, sin que sea posible extenderla hasta constituir una situación general.

- (37) En Italia por ejemplo, con una concepción colectiva del órgano de control existe una responsabilidad colegial de los síndicos, o sea, responden todos los componentes del órgano de los perjuicios que causen con sus actos o sus omisiones. El artículo 2407 del Código Civil establece que ellos deben cumplir su función con la diligencia de un mandatario (refiriéndose a la diligencia de un buen padre de familia y no a la relación sindicato-sociedad), siendo responsables de la veracidad de sus aseveraciones y, deben conservar el llamado secreto haciendal. Además son responsables junto con los administradores por los daños y perjuicios causados a la sociedad por hechos u omisiones de aquellos, que si hubiesen vigilado correctamente no se hubieren producido. Por lo tanto, aún cuando la responsabilidad es por hechos propios se pueden diferenciar una de la otra. Así la primera será una responsabilidad exclusiva y directa de los síndicos, sin que sea necesario una acción u omisión de los administradores. Estos nada tienen que ver con este tipo de responsabilidad, siendo el daño producido por una acción exclusiva y directa de los síndicos, es consecuencia inmediata del comportamiento de éstos, mientras que en el otro caso la responsabilidad de los síndicos, aún cuando deriva del incumplimiento de sus obligaciones, tiene su origen en una acción u omisión del consejo de administración que se transforma luego en una culpa in vigilando del colegio sindical. A una culpa de los administradores se viene a agregar en este caso otra de los síndicos, al respecto ver entre otros SILVETTI C., y G. CAVALL, *Le società per azioni*, U.T.E.T., Torino 1972, p. 640 y ss., FRE G., *Società per azioni*, op. cit., p. 538 y ss., FERRARA F. Jr. *Gli imprenditori e le società*, op. cit., p. 507, GRAZIANI A., *Diritto delle società*, op. cit., p. 401 y ss., FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, op. cit., pp. 367-368 y *Le società*, op. cit., pp. 545-546.

fiscal conoce precisamente por su posición. Otra es el contenido de los informes que debe someter al consejo de administración y a la asamblea general para su conocimiento, donde el fiscal en caso de consignar datos falsos, u omitir ciertos datos, puede causar un grave perjuicio, tanto a la sociedad como a terceros. Otra puede ser la responsabilidad en que incurre por no asistir a las reuniones del consejo de administración o a las asambleas generales y que puede ser factor causante de daños o perjuicios a la sociedad o a acreedores de ella, pues en dichas reuniones tienen la posibilidad los fiscales de denunciar o plantear cualquier asunto relacionado con su cargo.

La responsabilidad que incumbe al fiscal por faltar a sus obligaciones establecidas en la mayoría de los incisos del artículo 197 del Código de Comercio de Costa Rica, aún cuando implican una responsabilidad propia, presuponen una acción previa de los miembros del consejo de administración, por lo tanto serán responsables los fiscales por dolo o culpa in vigilando, pues no cumplieron con su obligación de controlar la actuación de los administradores. Es aquí donde surge el problema de si será posible responsabilizar a los fiscales por no haber controlado que los administradores administren correctamente, para usar la expresión de Frè, un control técnico sobre el modo en que los administradores lleven a cabo su función, sin juzgar el contenido de los actos: la respuesta debe ser positiva si el fiscal cuenta con los conocimientos técnicos para hacerlo (cosa que como se recordará no es obligatorio), pues en este caso particular no estaría llevando a cabo su función con la diligencia media requerida, y por consiguiente podría ser responsable por los daños causados.

En cuanto a la acción de responsabilidad debe aplicarse por analogía la norma que la regula con respecto a los administradores, estableciéndose allí que ella solo puede ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas, la cual designará a la persona que haya de ejercer la acción correspondiente.⁽³⁸⁾ En cuanto a los acreedores sociales, al no dárseles el ejercicio de dicha acción, creo que una posibilidad que les queda es impugnar los acuerdos de la asamblea general donde se aprueban las operaciones hechas por los administradores y confirmadas por los fiscales, donde como consecuencia de ellas disminuye el patrimonio social a tal punto de no permitir el pago de sus créditos, para luego establecer la acción correspondiente por culpa extracontractual.⁽³⁹⁾

La responsabilidad de los fiscales hacia la sociedad desaparece por las mismas causas que las establecidas para el caso de los administradores, o sea por la aprobación del balance con respecto a las operaciones contenidas en él o en sus anexos, a menos que se hubiese aprobado dicho balance en razón de datos o informes falsos o incompletos, salvo que al respecto se hubiese

(38) Artículo 180 del Código de Comercio de Costa Rica.

(39) Artículo 180 del Código de Comercio y 1045 del Código Civil ambos de Costa Rica.

ya decidido establecer la acción de responsabilidad correspondiente. Por la aprobación de la gestión social, o cuando los hechos imputados hubiesen ocurrido en cumplimiento de acuerdos de asamblea que no fuesen notoriamente ilegales y, finalmente por renuncia expresa de la misma.⁽⁴⁰⁾

Queda siempre por consiguiente la posibilidad al socio individual y a terceros de obtener el resarcimiento de los daños que se les causen, siguiendo el procedimiento antes expuesto.

Control externo

En la legislación costarricense solamente están sometidas a una forma de control externo las sociedades cuyas acciones u otros títulos se coticen en bolsa. Esto debido a la imposibilidad de realizar venta pública de acciones u otros títulos valores a menos que ellos estén debidamente registrados en una bolsa de valores.⁽⁴¹⁾

Dicho control externo será llevado a cabo por las bolsas de comercio que de acuerdo con las normas establecidas en el Libro I, título IV (artículos 398 y siguientes) del Código de Comercio se establezcan en el país. Actualmente solo funciona una, la Bolsa Nacional de Valores Sociedad Anónima con sede en San José.

Como a su vez, las distintas bolsas de comercio serán constituidas bajo la forma de sociedades anónimas por exigencia expresa de la ley, se establece entonces que a su vez ellas quedarán sometidas a la vigilancia permanente del Banco Central de Costa Rica, la cual será ejercida de acuerdo con los reglamentos que dicha institución promulgue, los cuales se referirán a las normas que deben seguirse para efectuar las operaciones de bolsa, a los requisitos para el registro de acciones y títulos valores que el Banco Central estime conveniente para el cumplimiento de la ley y las normas de un ordenado funcionamiento de la bolsa.⁽⁴²⁾

Las bolsas de comercio deberán siempre ser constituidas como sociedades anónimas. Para evitar abusos se da una detallada reglamentación: así el número mínimo de socios constituyentes no podrá ser inferior a diez (siendo por lo tanto causa de disolución de la sociedad el llegar a tener en el desenvolvimiento de sus actividades un número menor a dicho mínimo,

(40) Artículos 176 inciso c) y 180 del Código de Comercio de Costa Rica.

(41) Artículo 403 del Código de Comercio y artículo 4 del Reglamento de la Bolsa Nacional de Valores S. A.

(42) Artículo 400 inciso c) del Código de Comercio y artículos 72 y 73 del Reglamento de la Bolsa Nacional de Valores S. A.

contrariamente a lo establecido para las demás sociedades anónimas en el artículo 102 del Código de Comercio), sus acciones necesariamente deben ser nominativas.

El proyecto de la escritura social de la futura bolsa de comercio debe ser aprobado por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio antes de ser presentado a la asamblea constitutiva, esto con el objeto de que se coordine con los planes gubernamentales de desarrollo económico y que no se convierta más bien en un vehículo que los entrobe. Los socios fundadores no pueden suscribir ni poseer en ningún momento una proporción mayor del cuarenta por ciento del capital autorizado, debiendo ponerse a disposición del Banco Central el restante sesenta por ciento o más si fuese del caso, con el objeto de que dicha institución lo coloque entre el público, pudiendo el mismo banco u otros institutos de crédito estatales comprar parte de dichas acciones. La sociedad debe rendir una garantía igual al capital autorizado para responder del correcto funcionamiento y cumplimiento de las obligaciones que la ley, reglamentos y estatutos sociales les imponen, siendo la anterior garantía de carácter permanente y de un tipo tal que satisfaga al Ministerio de Economía.⁽⁴³⁾

Con el objeto de que se registren en una bolsa de valores las acciones y los títulos valores que una determinada sociedad emita, debe ella comprobar a satisfacción de la bolsa, que se encuentra legalmente constituida y que cuenta con la autorización correspondiente para emitir títulos.⁽⁴⁴⁾ Debe además acompañar con la solicitud de registro un estado financiero completo de la sociedad, el cual tiene necesariamente que ir certificado por un contador público autorizado.

Si se tratase de una sociedad que inicia sus actividades solamente puede registrar sus acciones, pues a las sociedades solo se les autoriza a emitir títulos en serie (aparte de las acciones) cuando haya transcurrido un plazo de al menos cinco años desde su constitución.⁽⁴⁵⁾

Para la inscripción de sus acciones en bolsa, debe presentar todos los documentos informes y programas que la bolsa estime necesarios para conocer las características de la empresa y juzgar sobre su viabilidad. Deberá además presentar los nombres de los socios fundadores y de los miembros del consejo de administración con sus calidades personales, el número de acciones suscritas por cada uno de ellos así como sus aportes.⁽⁴⁶⁾

(43) Artículos 398, 399 y 400 del Código de Comercio.

(44) Art. 400 del Código de Comercio, 4 párrafo 2, parágrafo a) del reglamento Bolsa Nacional de Valores S. A.

(45) Artículo 713 del Código de Comercio.

(46) Artículo 405 inciso b) del Código de Comercio, y artículo 4, párrafo 2, parágrafo d) del Reglamento de la Bolsa Nacional de Valores S. A.

La bolsa no solamente se limita a ejercer un control preventivo (que asumirá la forma de una autorización para la venta pública de acciones y títulos) sobre las sociedades, sino que ellas la deben informar al menos anualmente sobre su estado financiero y acerca de los resultados de sus actividades mediante balances certificados hechos por un contador público autorizado donde se especifiquen los datos relativos a ganancias, pérdidas y pago puntual de obligaciones en el ejercicio fiscal analizado. Lo mismo, tiene la obligación de informar sobre el pago puntual de dividendos e intereses sobre sus acciones y demás títulos, todo bajo pena de cancelar la inscripción en la bolsa de sus acciones y títulos si no enviara toda la documentación solicitada, o ella no se ajustara a los cánones establecidos por la bolsa.⁽⁴⁷⁾

Además, cuando la bolsa lo juzgue conveniente debido a la naturaleza de los negocios llevados a cabo por la sociedad, le puede solicitar informes periódicos de sus actividades. Además debe la bolsa ser informada de los cambios importantes que ocurran en la estructura del capital social o del pago de dividendos dentro de un plazo no mayor de treinta días hábiles desde que se llevó a cabo la variación.

La bolsa puede comprobar mediante los medios que ella estime convenientes, en cualquier momento los informes y declaraciones recibidas de las sociedades. Cuando se tratase de instituciones públicas ellos se comprobarán mediante certificación de la Auditoría General de Bancos de la República, o de la dependencia a quien corresponda hacerlo. Con el objeto de evitar cualquier interferencia de la sociedad con el funcionario encargado de certificar su situación general, el contador público autorizado a que me he referido antes, no debe tener ninguna relación con la empresa, "debe ser independiente de la sociedad, o sea que no haya tenido ningún interés en la empresa directo o indirecto, durante el período examinado".⁽⁴⁸⁾

(47) Artículo 405 inciso b) del Código de Comercio y artículo 5 del Reglamento de la Bolsa Nacional de Valores S. A.

(48) Artículo 4, párrafo 2, parágrafo f) del Reglamento de la Bolsa Nacional de Valores S. A. Es además importante observar que el contador público que no consigne los datos reales sobre el estado financiero de una sociedad, comete el delito de falsificación de documento público, previsto en la ley penal.

EL CENTENARIO DEL CODIGO CIVIL COSTARRICENSE

Dr. Hugo Alfonso Muñoz Quesada

Profesor de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Constituye un gran acontecimiento la celebración de los cien años del Código Civil costarricense. Es propicia la ocasión para reflexionar sobre sus fundamentos, su evolución histórica y su grado de vigencia en la sociedad actual, un siglo después de promulgado.

Su antecedente jurídico es el Código Civil francés, sobre el cual la doctrina ha dicho: "Hay que destacar, en primer lugar, el lenguaje en que aparece redactado el Código Civil francés. El gran novelista Stendhal confesó que todas las mañanas leía un trozo del Código Civil, diciendo que este ejercicio le ayudaba a encontrar el tono justo para sus trabajos literarios. El *Code civil* no tiene una redacción casuística, pero no se halla tampoco dominado por la quimera de resolver de antemano, mediante exageradas abstracciones, todos los casos jurídicos imaginables. Renuncia conscientemente a la pretensión de reglamentarlo todo, sin omisiones ni lagunas. Lo decía el mismo Portalis: 'Saber que no es posible preverlo todo, es una sabia previsión' ".⁽¹⁾

El Código Civil francés, redactado en un momento especial de confrontación de ideas, introdujo el pensamiento liberal que reguló las relaciones propias de la sociedad civil: el principio de igualdad ante la ley, para suprimir los privilegios de clases; la inviolabilidad de la persona humana; la secularización del Derecho, por medio de la independencia del Estado respecto de la Iglesia; la propiedad libre de gravámenes y la plena autonomía de la voluntad en la contratación.⁽²⁾

Señala Delgado Ocando, al resumir un libro de André-Jean Arnaud: "Cada vez que una sociedad conquista la hegemonía —dice Arnaud— se organiza un modo de dominación bajo la forma de 'regla del juego', el cual garantiza a sus adherentes 'el orden, la prosperidad y la paz'. La historia del mundo occidental ha conocido los tipos de dominación que se han concretado sucesivamente en la paz del imperio romano (*Pax Romana*), en la cristiandad Medieval (*Pax Ecclesiae*) y en la sociedad occidental moderna (*paz burguesa*). La noción de 'paz burguesa' plantea un sinnúmero de cuestiones que pueden ser agrupadas bajo la forma de una relación entre dos expresiones, a saber, humanismo jurídico y orden burgués. El problema consistirá en calificar este tipo de relación, lo que debería permitir la observación de la regla del juego a través de la legislación civil que se dio la burguesía francesa".⁽³⁾

(1) G. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Breviarios Fondo de Cultura Económica, pág. 74 y 75.

(2) GUIER, Jorge Enrique, *Historia del Derecho*. Editorial Costa Rica, 1968, p. 617.

(3) DELGADO OCANDO, J. M., *Código Civil y Análisis Estructural*. Centro de Estudios de Filosofía del Derecho. Luz - Facultad de Derecho, Maracaibo, 1974, pág. 7 y 8.

Pero el Código francés es, también, un punto de ruptura. Ese Código rompe con el pasado, pero al mismo tiempo utiliza una técnica de renovación de las nociones clásicas. Y de esa manera, valiéndose de una metodología moderna, fortalece los valores ideológicos del momento: "Es así como el Código (que pasa por ser uno de los monumentos del positivismo jurídico) encuentra paradójicamente su justificación en el iusnaturalismo racionalista moderno. Se ha explicado esta paradoja mediante la tesis de que el iusnaturalismo moderno es un prepositivismo o, quizás mejor, que el vasallaje del Código respecto del derecho natural es una coartada idealista. El brazo armado de Bonaparte realiza el programa de la revolución burguesa y el Código de Napoleón no es más que el Código de las ejecuciones y de la venta forzada (Marx); pero el orden burgués consolidado identifica hombre y ciudadano y pretende realizar los ideales de las luces".⁽⁴⁾

Con dicho Código, Francia tuvo un monumento de Derecho en el cual la claridad y la simplicidad permitieron expresar las ideas y necesidades de su tiempo: libertad, igualdad, propiedad. Esas ideas, y también la forma jurídica en que allí aparecieran plasmadas, encontraron eco en la legislación de muchos otros países. También en el nuestro, precisamente en este Código cuyo centenario se celebró en 1986.

* * *

En Costa Rica, su Código Civil coincide con un proceso de consolidación del Estado. Con la Constitución de 1871 se crean las bases del Estado Liberal de Derecho. A pesar de haber nacido ella dentro de un marco autoritario, su larga vigencia —con apenas un intervalo al principio y en 1917— hará que esta Constitución marche en forma paralela con el Código Civil promulgado en 1886, el cual entra en vigencia 2 años después.

Las ideas liberales de la generación del 88 estuvieron presentes en el Código. Cinco de sus redactores fueron Presidentes de la República. No cabe detenerse en los hechos de finales de siglo, que respondieron a una corriente liberal y anticlerical que sacudía a América Latina. Pero procede recordar, de todos modos, las palabras de don Bernardo Soto en su mensaje presidencial del 1º de mayo de 1886:

"Debo mencionar especialmente la composición del Código Civil, obra en la cual han trabajado, con acierto digno de sus luces, los juriscónsultos más notables del país por su saber y su experiencia. Así es que demasiado trascendentales debían ser, y han sido, las reformas de que era susceptible nuestra legislación civil, y que se han adoptado

(4) DELGADO OCANDO, J. M., *Código Civil y Análisis Estructural*. Centro de Estudios de Filosofía del Derecho. Luz - Facultad de Derecho, Maracaibo, 1974, pág. 27.

en el nuevo Código porque nuestro estado social las reclama como un bien, y porque los principios proclamados por ellas han pasado ya por el fuego de la experiencia en casi todos los pueblos cultos, produciendo favorables efectos. Así como pienso que la tiranía de los Gobiernos ahuyenta todo progreso, porque ella es origen de muerte para la actividad de los pueblos, de la misma manera creo que la tiranía de la costumbre, sustentada por ideas absurdas, y sin fundamento, producen ese marasmo funesto que, cuando se apodera de una sociedad, la va debilitando hasta llegar a extinguirla; y si la legislación de la sociedad se inspira perennemente en aquellas costumbres y aquellas ideas, sin dar un paso hacia adelante, entonces el mal es irremediable, porque no hay tiranía peor que la de las leyes, cuando ellas no satisfacen a las necesidades públicas".⁽⁵⁾

El Código Civil costarricense tuvo méritos indiscutibles, al igual que el Código francés. Su lenguaje claro, preciso, ha perdurado, a pesar del tiempo transcurrido.

Quizá el Código, al regular a la sociedad civil se preocupó por la libertad de las relaciones entre los particulares; sin embargo, no llegó a regular el ejercicio abusivo de esa libertad. Se preocupó por la igualdad formal, sin tomar en cuenta que en las relaciones sociales existen profundas desigualdades que deben ser equilibradas por la ley. Reguló la propiedad con sentido individualista, ignoró su insoslayable función social. Por todo ello, tuvo que recibir, con el correr del tiempo, reformas importantes.⁽⁶⁾

En la relación familiar, nuevas concepciones hacen aparecer un Derecho de Familia y su correspondiente Código. Nace también la legislación social, que se inicia en 1912 con la Ley de Accidentes de Trabajo y culminará con el respectivo Código de Trabajo en la década del 40. La Constitución de 1917, de efímera vigencia, señaló en su artículo 10:

"Es obligación del Estado velar por el bienestar de las clases trabajadoras, y para ello dictará leyes necesarias; a falta de iniciativa social promoverá, y en todo caso apoyará en la medida de sus recursos, las instituciones que tengan por objeto armonizar sobre bases de justicia las relaciones entre patrones y obreros, y las que tiendan a mejorar la condición económica de estos y a ampararlos en caso de enfermedad, vejez o accidente, pero de trabajo u otras circunstancias de desgracia independientes de su voluntad".

(5) *Mensajes presidenciales*, Tomo III. Biblioteca de la Academia de Geografía e Historia de Costa Rica.

(6) VEGA CARBALLO, José Luis. *Orden y Progreso: La Formación del Estado Nacional en Costa Rica*, ICAP, San José, Costa Rica, 1981, p. 284.

Ya en 1916, por medio de la ley N° 74 para la contribución de obras de interés público, contiene una disposición que dice:

"Para toda obra pública que influya ventajosamente sobre el valor o el rendimiento de la propiedad territorial, los propietarios de los fondos directa o indirectamente favorecidos, pagarán en adelante una contribución proporcional a la mejora recibida".

Y se dictan leyes relativas al monopolio estatal de seguros, en 1924, lo que significa, por cierto, un golpe para el Estado Liberal. En 1927 se crea el Banco de Crédito Hipotecario y el Instituto de Defensa del Café. En 1936, un decreto determina que artículos son de primera necesidad. En el campo de la salud se emite, en 1923, una importante Ley sobre Protección de la Salud Pública. Y en cuanto a la asistencia social, se dicta en 1912 la Ley General sobre Pensiones. Es importante asimismo advertir que, en 1933, se promulga una ley que regula las relaciones entre exportadores y beneficiadores y que en 1939 se emite la Ley General de terrenos baldíos.⁽⁷⁾

Esas leyes restringen el ámbito amplio y casi exclusivo del Código Civil. A la vez, dan base para que se produzca lo que se ha denominado la quiebra del Estado Liberal de Derecho y la aparición de un Estado que, doctrinariamente, se llama el Estado Social de Derecho (cuyas raíces son un cúmulo de leyes e ideas políticas de variado origen: reformistas, cristianas y comunistas). Sus antecedentes inmediatos los encuentra en la década del 40. Así, la Constitución del 49 introduce nuevos valores que van a influir en la sociedad y en el Código Civil.

En ese período, el Código sufrió importantes reformas. Resultaron desgarradas partes fundamentales de su estructura, al aparecer nuevos campos jurídicos. Todo ello conduce a reflexionar sobre su inadaptación en ciertos aspectos y sobre lo incompleto que él actualmente resulta para regular la sociedad civil.

* * *

No entraré a analizar las diferentes reformas que el Código sufrió a partir de la Constitución del 49,⁽⁸⁾ ni tampoco deseo examinar cada uno de los campos jurídicos que van influyendo sobre él. Sí quiero recordar que, por la mayor participación del Estado en actividades de la sociedad, ha

(7) GUTIERREZ Eric y otros, *Perspectivas del Estado Social de Derecho*. Tesis de Grado, 1983.

(8) No cabe duda que el modelo intervencionista tuvo como principal ideólogo a Rodrigo Facio, quien expresó: "El intervencionismo de Estado es una tendencia contemporánea, que se ha extendido aún en aquellos países de firmes tradiciones democráticas, como en los casos de Estados Unidos, Inglaterra y Francia", (Estudios sobre Economía Costarricense, Ed. C. R., 1973, p. 163).

resultado modificada la concepción del Derecho Privado: sin lugar a dudas, el concepto de libertad de contratación, el de propiedad y el de igualdad sufrieron una evolución, tanto en la doctrina como en la legislación y en la jurisprudencia.

No obstante, también es cierto que el Estado Social de Derecho, creado sobre la base de la Constitución del 49, da muestras de un cierto agotamiento.⁽⁹⁾ Algunos afirman que gracias a él Costa Rica ha podido escapar de la zozobra que agobia a los países centroamericanos y de las dictaduras que han padecido otros países latinoamericanos. Sin embargo, así como en la década del 40 se sentía la quiebra del Estado Liberal de Derecho, hoy se percibe la insuficiencia y el agotamiento del modelo denominado "Estado Social de Derecho". La penetración de la burocracia administrativa en muchos ámbitos de la vida privada ha mostrado ser ineficiente, lo cual quizá obligue a replantearse el esquema estatal costarricense para el resto del siglo. En el esquema liberal, las intervenciones en la sociedad civil eran mínimas; en el Estado Social de Derecho, en cambio, la participación del Estado en la esfera privada aumentó a tal punto, en algunos sectores, que posiblemente sea ya desmesurada.

Sin sacrificar las libertades y los valores del Estado Liberal de Derecho, y sin renunciar a la justicia social que ha propiciado la intervención de los entes públicos propios del Estado Social de Derecho, habrá que buscar un equilibrio que permita desestatizar para democratizar. De acuerdo con esas ideas, la sociedad civil penetraría más al Estado y no éste a aquella. Con mecanismos de participación más democrática, podrían desplazarse hacia formas de organización no estatales, no necesariamente para privatizar. Ello resulta particularmente importante en actividades que el Estado no cumple satisfactoriamente. Conviene establecer una diferencia importante entre la privatización y la democratización. La primera busca retornar a modelos liberales, propios del siglo pasado y regidos por disposiciones del derecho privado, mientras que la segunda noción, propia de una democracia más activa, donde exista compatibilidad entre justicia social plena y democracia, con libertad real. Como lo advierte, con acierto, Elías Díaz:

"Lo importante entonces es que el binomio democracia-socialismo se institucionalice en un Estado de Derecho, es decir, que la realización de la democracia y el socialismo se lleve a cabo respetando las mencionadas exigencias fundamentales del Estado de Derecho: imperio de la ley; ley como expresión de la voluntad general; división de

(9) Con mucha frecuencia, en todo seminario se habla de la crisis o del agotamiento del modelo político y de la necesidad de reestructurar el Estado. Sin embargo, no existe un planteamiento político nuevo. Cf. ROMERO PEREZ, Jorge E., *Derecho administrativo y Estado costarricense*, publicaciones U.C.R., p. 105. La literatura, sobre el particular, es abundante (Cerdas, Rodolfo, *La crisis de la democracia liberal en Costa Rica*, Vega, José Luis, Reuben Sergio, Rovira Jorge).

poderes y legalidad de la Administración como mecanismos jurídicos antitotalitarios; y, finalmente, respeto, garantía y realización material de los derechos y libertades fundamentales".⁽¹⁰⁾

¿Qué papel jugaría el Código Civil actual en un nuevo modelo político-social que modificaría las relaciones Estado-sociedad? Sin duda, deben ser actualizados los conceptos clásicos de libertad, propiedad e igualdad. Cabe apoyar reiteradamente una libertad ligada a las circunstancias, lo que da origen al concepto de libertades fundamentales, dentro de las cuales, muchas de ellas, continúan reguladas en el Código Civil que desarrolla las normas constitucionales.⁽¹¹⁾ En este campo, el Derecho Civil y su codificación, constituyen una rama muy importante del derecho que regula relaciones entre particulares, regidas por la libertad de contratación, en condiciones de igualdad formal y sin prescindir de las realidades socioeconómicas y políticas. En ese sentido, el Código Civil requiere importantes ajustes.⁽¹²⁾

El concepto de propiedad ha sufrido importante evolución: desde un concepto individual propio de la época en que se dictó el Código Civil costarricense, hasta las variaciones señaladas que tienden hacia la progresiva concreción disciplinar de la función social de la propiedad, que comprende también la intervención pública de la propiedad privadas de los bienes culturales, productivos, forestales, etc.⁽¹³⁾ La importante revaloración que se da al hecho de la posesión como medida del derecho de propiedad individual y la ampliación de la figura de la expropiación forzosa.⁽¹⁴⁾ Finalmente, no se puede ignorar la importante transformación que se ha operado en la jurisprudencia costarricense.⁽¹⁵⁾ En este campo conviene referirse más a un concepto de propiedades, con su propio régimen jurídico y no al concepto abstracto de propiedad.⁽¹⁶⁾

(10) DIEZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Tauros, 1984, Madrid, p. 153.

(11) Sobre el tema de la libertad individual y de las libertades, cf. HABA, Pedro, *La idea de totalitarismo y la libertad individual*, Temis, Bogotá, 1976, p. 92.

(12) Cf. Cornu, Gérard, *Droit Civil*, E. Montchrestien, Paris.

(13) ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *Expropiación, limitación de interés social y sacrificio indemnizable de la propiedad privada, en la propiedad*. Ed. Juricentro, 1983, p. 378.

(14) LUNA SERRANO, Agustín, *La propiedad y sus problemas actuales, en La propiedad*. Ed. Juricentro, 1983, p. 364.

(15) Corte Suprema de Justicia, Res. del 19 de diciembre de 1971.

(16) MUÑOZ QUESADA, Hugo, *La propiedad en el derecho constitucional costarricense, en La propiedad*, Ed. Juricentro, 1983, p. 74.

En lo relativo a la igualdad, cada día el concepto formal da paso a la moción real. La jurisprudencia constitucional con acierto ha señalado:

"Igualdad ante la ley significa solo igual trato en condiciones iguales, pues resultaría contrario a ese principio aplicar una misma medida en condiciones diferentes... Pero debe hacerse hincapié en que no toda diferencia constituye causa legítima para establecer un distinto trato, menos aún sin restricción alguna, pues la diferencia puede referirse a aspectos irrelevantes, que no afectan lo medular del caso, además de que el quebranto constitucional también podría producirse por exceso, es decir, cuando se adoptan medidas desorbitadas en relación a las diferencias que pudieran justificar algún distinto trato".⁽¹⁷⁾

Ante los cambios operados, no solo en el ámbito jurídico, sino también en la realidad, cabe proponer que tanto la libertad, en sus distintas manifestaciones, como la propiedad sufran también un proceso de democratización. El Código Civil no ha de partir de una concepción formal, de una igualdad real que no existe y al contrario, debe regular las situaciones tomando en cuenta esas desigualdades reales, que motivadas en circunstancias personales, sociales, económicas, no permiten un adecuado equilibrio en las relaciones jurídicas.

Conclusión

Cien años después de promulgado el Código Civil (1886, entró en vigencia dos años después) obligan a un esfuerzo extraordinario, con seminarios que sirvan de campo fértil de ideas renovadoras, de espíritu crítico y de prudencia jurídica para establecer las bases de una nueva codificación que logre armonizar y hacer compatible la justicia social, con la libertad, dentro de verdaderos procesos democráticos.

(17) Corte Superma de Justicia, Res. del 28 de junio de 1984.

ESTADO Y DERECHO EN LA COSTA RICA DEL SIGLO XIX

Dra. Marina Volio de Kobe

Abogada e Historiadora
Profesora en la Facultad de Derecho,
en la Escuela de Historia y Geografía
y en la Escuela de Estudios Generales
de la Universidad de Costa Rica

SUMARIO

Introducción.

- I. Etapas del derecho costarricense en el siglo XIX.
- II. Fin del antiguo régimen e inicios del período liberal (1812-1841).
 1. Recepción de un nuevo derecho español y francés.
 2. El Estado de Derecho y el Código General de Carrillo.
- III. La revolución jurídica liberal (1841-1888).
 1. La codificación.
 2. El Código Civil del 88.
 3. Promulgación del Código

Conclusión.

Bibliografía.

Introducción

La historia del Derecho Privado, objeto de estudio particularmente importante en los países europeos, no ha merecido especial atención de parte de la historiografía costarricense.

En Europa, en el siglo XIX, la concepción burguesa del Estado del Derecho, frente al Estado Monárquico de origen divino, dio origen a la llamada Escuela Histórica. Frente al dominio de la concepción racionalista del Derecho de los siglos XVII y XVIII, de la llamada Escuela del Derecho Natural, la Escuela Histórica Alemana surge como la abanderada de una nueva concepción del Derecho y de una época, la del Derecho como producto de la evolución espiritual del pueblo.

En Costa Rica, el positivismo legal del siglo XIX y la mayor parte del siglo XX, dominó la mentalidad de juristas e historiadores. La convicción de que el derecho se agota en la creación legal de origen constitucional, dio como resultado la negación de una cultura jurídica propia, enraizada en la globalidad del quehacer histórico de nuestro país.

En efecto: el hecho mismo de que, en general, los países ibero-americanos durante el siglo XIX —y Costa Rica no fue una excepción— ignorando la existencia de una cultura propia, introdujeron codificaciones de tipo occidental, nos hace pensar que, tal y como lo señala el jurista alemán Franz Wiacker, nuestros antepasados pensaran más en las ventajas científicas y técnicas de un código que en la ejemplaridad de un *pathos* político o en la firmeza de una tradición.

Los jóvenes pueblos de América, siguiendo una tradición jurídico-romana-canónica que nos venía de Europa, aprendieron que el Derecho, más que una parte importante de su patrimonio espiritual, era una creación política autoritaria del Estado. En Costa Rica, la cultura jurídica quedó supeditada al texto de la ley y a vincular la labor del juez a la interpretación y creaciones jurídicas de las comisiones redactoras o a las discusiones de la Cámara Legislativa. Así, la jurisprudencia no se convirtió en fuente formal de Derecho, tal y como lo ha señalado Marcos Gutiérrez en su obra *La jurisprudencia como Fuente de Derecho*.

Tales criterios tuvieron su influencia en la enseñanza del Derecho, en la cátedra universitaria y en la elaboración misma de los textos acerca de la Historia del Derecho.

En cuanto ellos, tenemos particularmente los trabajos del jurista y tratadista don Alberto Brenes Córdoba, glosador y comentarista de la codificación civil de 1888, en su obra *Historia del Derecho*, publicada en 1913, y en la que dedica un último capítulo, después de estudiar la evolución

de la Historia del Derecho Universal, a lo que llama "Reseña del Derecho Patrio". En ella da tres subdivisiones:

- 1) Derecho Privado, de 1821 a 1913;
- 2) Derecho Público, de 1821 a 1871; y
- 3) Semblanza sobre la enseñanza del Derecho.

En este último punto es interesante hacer notar la importancia que don Alberto le da al hecho de que aunque el texto de la ley a partir de 1841 tenía marcada influencia francesa, su interpretación y el método de estudio, era el de los expositores españoles.

En los inicios de los años setenta, la Editorial de Costa Rica publicó la obra de Jorge Enrique Guier, *Historia del Derecho*, en dos volúmenes, con una visión universalista de la Historia del Derecho y con un apartado titulado "Bosquejo de la Historia del Derecho Costarricense". En él describe las diferentes constituciones políticas que ha tenido Costa Rica en su vida independiente y, además, cuál ha sido la obra codificadora en las diferentes ramas; civil, procesal civil, comercial, fiscal, militar, etc.

Siguiendo la línea constitucionalista, la Editorial Costa Rica había publicado en los años sesenta, la tesis jurídica de Mario Alberto Jiménez acerca de la evolución constitucional de Costa Rica.

En el año de 1976, la *Revista de Ciencias Jurídicas* que publica el Colegio de Abogados y la Universidad de Costa Rica en su número 29, de mayo-agosto de ese año inserta el estudio de Eduardo Ortiz Ortiz "Costa Rica: Estado Social de Derecho". Aun cuando el estudio se refiere, fundamentalmente, a un análisis de la Constitución Política de 1949, contempla un capítulo de antecedentes en el que nos da una visión de conjunto sobre la evolución jurídica del país, así como a lo que el autor llama "un sentimiento de legalidad" muy propio del ser y del sentir costarricenses".

En el año 1979, la Editorial Juricentro publica la obra de Carlos José Gutiérrez *El Funcionamiento del Sistema Jurídico* con una concepción sistemática, según las modernas corrientes sociológicas de las Escuelas Norteamericanas. En la primera parte de la obra se establecen tres etapas: un Período de Ensayo, de 1821 a 1871; la época de Primera Madurez, de 1871 a 1940, y, finalmente, de 1940 a 1970, el Estado Benefactor y el Estado Regulador.

En los últimos años en las tesis de grado que se presentan en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, se han introducido capítulos referentes a los aspectos históricos en el tratamiento jurídico de los temas y se ha publicado la tesis de Jorge Sáenz Carbonell sobre los orígenes históricos constitucionales de Costa Rica.

En el presente ensayo trataremos de analizar los factores condicionantes del quehacer jurídico costarricense en el ámbito, fundamentalmente,

del derecho privado durante el siglo XIX, partiendo de la realidad social. Es decir, comprendiendo que el derecho tanto público como privado se nos presenta como revelador del funcionamiento de una sociedad determinada y que, al mismo tiempo, viene a conformar, racionalmente, una realidad social que le interesa organizar.

Finalmente debemos señalar que para efectos del presente ensayo, es importante tener presente dos cosas: primero, cuál es el significado que vamos a utilizar de la palabra derecho y, segundo, la periodización del tema en tres etapas fundamentales, según lo señalaremos en el *capítulo I*.

En cuanto a la palabra Derecho aun cuando evoque diversos significados, la utilizaremos en el sentido de ordenamiento jurídico es decir, como conjunto de normas o pautas que regulan la vida del hombre en sociedad y que han sido fijadas y establecidas a través del poder coactivo del Estado. Sobre el empleo del vocablo conviene, para tales efectos, tener presente, el trabajo de don Gregorio Peces-Barba en su obra *Introducción a la Filosofía del Derecho*, publicada por la Editorial Debate, de Madrid, España, en el año de 1984.

I. Etapas del Derecho costarricense en el siglo XIX

Ubicados en el espacio temporal, y sobre el cual se inscribe el desenvolvimiento de los hombres, las instituciones y la sociedad, haremos nuestro análisis partiendo de la premisa de que la promulgación de la Constitución de Cádiz de 1812, aun cuando técnica y doctrinariamente corresponde al Derecho Público, constituye también la consagración constitucional de Derecho Privado. Derecho Privado que continuó, aun después de la independencia política de España, siendo regulado por las normas vigentes contenidas en la *Novísima Recopilación Española* de 1805, hasta el año de 1841, fecha en que se promulgó el *Código General* de Carrillo.

La Constitución marca la frontera entre el antiguo régimen colonial y el inicio de un nuevo régimen jurídico liberal y burgués para España y América e inicia, en Costa Rica, un largo período histórico que abarcará todo el siglo XIX y parte del siglo XX.

Para efectos de estudio podemos dividir el siglo XIX en tres etapas:

- a) Fin de Antiguo Régimen Colonial e inicios de la Revolución Jurídica Liberal. Comprende de 1812 a 1841. Época de formación del Estado Liberal o Nacional.
- b) Revolución Jurídica Liberal. Comprende de 1841 a 1888.
- c) Consolidación del Estado Liberal. De 1871 a 1924.

Supervivencia de las estructuras Decimonónicas durante el siglo XX.

En la *primera fase* (1812-1841), nos encontramos frente a un período de transición en el que la tradición jurídica española se yuxtapone con la recepción de un nuevo derecho privado de origen francés y donde, en algunos aspectos, el derecho español mantiene su vigencia en materia privada y su carácter de derecho supletorio en materia pública, en ausencia de norma expresa dictada por el legislador.

La *segunda fase* (1841-1888), corresponde a una etapa de grandes transformaciones en la vida económica, social y cultural del país y en la que, ante la imposibilidad de conservar y perfeccionar el derecho tradicional, urge una nueva voluntad de ordenación y racionalización que sólo podía satisfacerse mediante la recepción de un derecho científico, en este caso el Código Francés de 1808, llamado también Código Napoleón por haber sido promulgado por el emperador de los franceses.

El derecho francés, que tanto repercutió en el Código General de Costa Rica, promulgado en 1841 por el Jefe de Estado, don Braulio Carrillo, estaba bastante lejos de una concepción cultural de los problemas fundamentales de nuestra sociedad. Sin embargo, desde una perspectiva publicista, el Código General de Carrillo era, a su vez, el producto de una nueva concepción del Estado-Nación y un útil instrumento en el marco de las nuevas relaciones que están surgiendo y que vienen a consolidar el sector burgués de la oligarquía exportadora.

A partir de la consagración de la propiedad privada en el artículo 4 de la Carta de Cádiz de 1812, las antiguas formas de tenencia de la tierra de la época colonial irán desapareciendo en nuestro país. Es así como la tierra, como bien comerciable, se pone a circular en el mercado.

Se satisface, por otra parte, las demandas de una incipiente burguesía rural que aspira a consolidar su "status" manteniendo el principio de propiedad individual de los medios de producción. De ahí que, la mayor parte de las disposiciones del Código de 1841 en materia civil, no son imperativas o de orden público, sino interpretativas o supletorias de la voluntad de los individuos. En otros términos, el Código se aplica únicamente cuando las partes, por su propia voluntad, no han previsto una regulación expresa. No hay, pues, límites a la autonomía de la voluntad.

Es también la época de expansión del capitalismo así como de la necesidad de un nuevo ordenamiento en Derecho Privado. La codificación de 1886-1888 responde, a su vez, a una nueva evolución del concepto de las personas jurídicas privadas. Es el período en el que el desarrollo capitalista y el capital financiero que maneja el mercado exportador del café de Costa Rica, para a ser controlado por un número cada vez más reducido de personas físicas y jurídicas. Es, finalmente, la época de las grandes codificaciones en materia pública y privada y el fortalecimiento del Estado autoritario y laico que da alimento al positivismo y al nacionalismo.

La *tercera fase* coincide con el proceso de concentración capitalista, decisivo para las compañías extranjeras agroexportadoras del cultivo del banano.

La aparición y el desarrollo de las grandes empresas como la United Fruit Co., dará lugar al intervencionismo estatal, mediante la firma de los contratos-ley, a efecto de regular su actividad y modo de operación en el territorio nacional.

Igualmente, a partir de 1914, se da un rol cada vez mayor del Estado en el campo económico. Es precisamente la concentración capitalista la que provoca la intervención del Estado en el ámbito de las relaciones personales e interempresariales de los particulares. Como contrapartida, las primeras leyes obreras —la Ley de Accidentes de Trabajo por ejemplo— serán una obra de la acción de personas privadas colectivas, es decir sindicatos o partidos políticos, que obtienen, mediante ley, lo que no pueden obtener los trabajadores individualmente mediante contrato.

El amplio margen de que gozó el Derecho Privado durante todo el período tuvo, como contrapartida, en el ámbito del derecho público, un marco de referencia que venía a garantizarle, en principios doctrinales, lo que aquél trataba de consolidar en el ámbito de las relaciones sociales particulares. Efectivamente, la Constitución Política de 1871, lo suficientemente flexible como para hacerle las reformas parciales que el país requiriese sin tener que convocar al pueblo a una Asamblea Constituyente, representa un triunfo y el mecanismo de consolidación de la burguesía liberal. La Constitución de 1871 daría soporte a la estabilidad y permanencia del régimen.

El carácter flexible de la Carta Magna de 1871 no era, en efecto una simple técnica jurídico-constitucional sino más bien, como ya lo indicamos, la esencia del régimen liberal. No era un instrumento para hacer imperar el orden sino más bien una fórmula de convivencia, con el fin de evitar cualquier reacción del organismo social. Se entendía que el Estado no era un mero realizador o un espectador del derecho que ejecutaba sino también un director de las fuerzas sociales.

El positivismo jurídico, con su soporte en el positivismo educativo de la Reforma de Mauro Fernández, venía a constituir en esta tercera fase, uno de los pilares fundamentales del aparato ideológico del Estado Costarricense y cuyo espíritu liberal arranca de las Constituciones de 1812 y 1821 para llegar hasta nuestros días.

La sociedad liberal y capitalista del siglo XIX lograba sentar las bases y los mecanismos jurídicos en el campo del Derecho Público y Privado, que le permitirán su supervivencia en la sociedad democrática del siglo XX.

En el presente estudio, analizaremos los dos primeros períodos que se encuentran enmarcados, cronológicamente, durante el siglo XIX.

II. Fin del antiguo régimen e inicios del período liberal (1812-1841)

1. Recepción de un nuevo Derecho español y francés

La declaratoria de Independencia en el Reino de Guatemala, recibida en Costa Rica en octubre del mismo año de 1821, trajo como consecuencia el que los hombres que tendrían a su cargo la formación del Estado que surgía a la vida independiente y republicana, se preguntasen, no sólo cuál habría de ser el nuevo sistema político a regirnos sino también, cuál el derecho común que habría de normar las relaciones personales y comerciales de los costarricenses.

Sabido es que, en aquel momento, en el orden público constitucional Costa Rica se encontraba regida por una *monarquía moderada constitucional* y a la cual nuestro país había contribuido a dar vida. En efecto: al estallar las guerras españolas contra la invasión napoleónica de 1808 y convocar al pueblo a constituir un nuevo orden jurídico-político por medio de unas Cortes Generales y Extraordinarias que habrían de realizarse en la Isla de León, primero y luego en Cádiz, en el año de 1810, nuestro país, al igual que toda la América española fue llamado a enviar sus diputados representantes, en calidad de partes integrantes de la nación española.

Sobre las espaldas del levantamiento popular, la nueva burguesía liberal española ve llegada su hora que era la de la legitimidad democrática. Para ello era fundamental invitar a las provincias americanas a formar parte de aquella Magna Asamblea.

Es así como Costa Rica nombra representante a uno de los hombres más sobresalientes de su época, no sólo por sus virtudes sacerdotales y conocimientos filosóficos, adquiridos en el Seminario de León de Nicaragua, donde era profesor, sino también por su inteligencia y rectitud: Don Florencio del Castillo, quien llegará a ocupar los más altos cargos de representación en las Cortes gaditanas: Secretario, Vicepresidente y Presidente. Distinguiéndose en todo momento por

...su competencia, buen juicio, erudición y sobre todo la amplitud de sus ideas y nobleza de sus sentimientos, al defender con abinco los derechos de las clases infortunadas de América...¹

Resultado de trabajo de la constituyente fue la promulgación de la *Constitución de Cádiz*, el 19 de marzo de 1812. De aquí parte la historia constitucional de Costa Rica, al convertirse en nuestro primer texto constitucional en el que se dan los lineamientos de los poderes de la nación, divididos en Ejecutivo, Legislativo y Judicial y donde se establecen los Derechos y Deberes de los ciudadanos.

1. LABRA, José María. En Volio, Marina. 1980, pág. 63.

Tanto para España como para América, la Constitución pone fin al antiguo régimen e instaura, no obstante su corta vida y sus intervalos en la aplicación, un nuevo régimen de corte liberal. Nacía a la vida histórica, en un proceso irreversible, los lineamientos de una nueva ideología política que habrá de dar sustento a las reformas que la época requería.

La aplicación de la Constitución de 1812 abrió en nuestro país la experiencia de la representación por sufragio popular y las puertas para la creación de nuevos municipios en los que la burguesía criolla podría plantear y debatir sus ideas, sus necesidades y esperanzas. Abrió también las puertas de un nuevo sistema educativo al crear centros de educación superior como la Casa de Enseñanza de Santo Tomás, fundada en 1814. Y, es precisamente en ese centro y hasta el año de 1830 que se impartirán las primeras cátedras de Derecho Civil y Canónico, con el fin de poder formar y capacitar a los nuevos abogados que el país fuese requiriendo.

Igualmente, el *Pacto Social Fundamental Interino*, promulgado en diciembre de 1821, procedía a mantener vigente la Constitución de Cádiz, según lo señalaban expresamente sus artículos 13, 41 y 58. Indicando además, que se mantenía vigente, y con carácter supletorio, "la Constitución Española y leyes vigentes".

A partir de 1812, al reestructurarse el Pacto Colonial, procedemos a recibir de España las nuevas doctrinas jurídicas de la burguesía liberal española. Recepción del nuevo derecho español que, por lo demás, dará la base y el sustento para la obra codificadora del nuevo Estado costarricense pues si bien es cierto que la recepción del derecho francés en materia civil, concretamente del Código Napoleón, se hará presente en la elaboración del Código General de Carrillo de 1841, no es menos cierto que los demás códigos se hicieron copiando a sus homólogos españoles. Así la parte del Código General correspondiente a lo penal y al enjuiciamiento civil y penal fue tomado de las leyes y doctrinas españolas de su época. También las modificaciones que se le hicieron al Código General en 1858, en su segunda edición, tuvieron la influencia directa de la legislación española.

No menos importante fue la labor de los comentaristas del derecho, que se hizo bajo los auspicios primero de la Casa de Enseñanza de Santo Tomás y luego, a partir de 1843, de la Universidad de Santo Tomás donde, tanto por la formación de los profesores, que procedían de la antigua Universidad de Guatemala, como por razón de idioma y facilidad de los textos, se mantuvo la enseñanza del Derecho por medio de las obras como las *Instituciones del derecho real de Castillas e Indias*, escrita por el jurista guatemalteco, Dr. José María Álvarez y quien a su vez tomaba la influencia de la tradición romántico-germánica en la obra *Recitaciones del Derecho Romano* del autor alemán Juan Teófilo Heineccio.²

2. BRENES, Córdoba. 1913, pág. 328.

En cuanto a la recepción del derecho francés se llevó a cabo mediante el proceso de codificación (un ordenamiento en un solo cuerpo de leyes de normas que regulan la actividad de los hombres y de la sociedad en un aspecto determinado), fundamentalmente en la parte correspondiente al Derecho Civil que contenía el Código General de Carrillo de 1841.

No obstante la influencia francesa, como ya lo indicamos, nuestro código introdujo una serie de modificaciones que se apartaban totalmente del modelo adoptado, especialmente en lo tocante a matrimonio y divorcio, materias en las que nuestro derecho mantuvo vigente las normas del derecho canónico. También en materia de sucesiones se mantuvo la normativa de origen español que no permitía la libertad para testar sino que, por el contrario, se establecían herederos obligatorios a los hijos de legítimo matrimonio, dando así una mayor protección a la unidad de la familia.

El principal comentarista de la obra fue el tratadista en derecho civil don Salvador Jiménez quien en 1874 publicó, para sus alumnos de la Universidad de Santo Tomás, su obra *Elementos de Derecho Civil y Penal de Costa Rica*, dando a conocer con ella la literatura jurídica francesa.³

2. El Estado de Derecho y el Código General de Carrillo

De 1821 a 1841, el Estado costarricense inicia el recorrido de su vida independiente y federada. Poco a poco, los viejos moldes coloniales irán desapareciendo ante las nuevas realidades socioeconómicas que vive el país. El inicio y el desarrollo del cultivo del café como base fundamental de nuestra economía, siguiendo el modelo agroexportador, va a provocar el surgimiento y consolidación de una burguesía agraria que, como oligarquía cafetalera, siente la necesidad de respaldar y reforzar la implantación de un sistema liberal, no sólo para darle legitimidad democrática al sistema político sino también para fortalecer el concepto de la propiedad privada y la libre contratación en la regulación de las relaciones sociales y de mercado.

Frente al régimen autonómico y libre de la voluntad en la definición de los contratos en materia privada, era necesario que el Estado consolidara su propia unidad a través de la estructura jurídica. De ahí que, en una primera instancia de la unidad nacional, la obra del gobernante sea el fortalecimiento interno del Estado como Nación, al separarla políticamente de la República Federal de Centroamérica, en el año de 1838. Igualmente el establecimiento del Poder Ejecutivo como principal fuente de la legislación. De ahí, surge la necesidad de llevar a cabo la obra codificadora en materia civil, penal y de procedimientos.

El Código General de 1841

Quiénes y cuánto tiempo duró el trabajo de preparación y elaboración del Código, llamado General por comprender las materias civil, penal y procesal como ya lo indicamos, es labor para la investigación histórica.

Diferentes autores coinciden en señalar que tuvieron parte activa, en la redacción de él, el jurista salvadoreño don Isidro Menéndez quien, junto con el Jefe Supremo del Estado, don Braulio Carrillo, eran de los pocos juristas que tenía el país.

Don Braulio Carrillo había seguido sus estudios de derecho en la Universidad de León, en Nicaragua, y, además, había viajado por Centroamérica y radicado durante algún tiempo en San Salvador, en donde mantuvo estrecho contacto con profesionales en la materia, al desempeñar el cargo de Diputado por Costa Rica en el Congreso Federal y cuya sede se encontraba en aquella ciudad. Además, en el desempeño de la función pública desde el año de 1830, tuvo el cargo, por elección popular de la Fiscalía de la Corte Suprema de Justicia llegando a desempeñarse como Presidente del Tribunal y demostrando, en todo momento, su ilustración y talento, tal y como lo señala don Felipe Molina en su semblanza del gobernante.⁴

El mismo don Braulio, estando ya en el exilio político en el año de 1843 señalaba que viviría siempre en el corazón sencillo de los "costarricas" por su labor en la elaboración de los Códigos civil, penal y de procedimientos.

... en cuyo trabajo fui auxiliado por los cuerpos de derecho de otras naciones y por mis propios conocimientos de profesor, no lo es menos que pasé muchas noches sin dormir, animado del más puro patriotismo.⁵

Don Lorenzo Montúfar en su obra *Historia de Centro América* sostiene la tesis de que el Código General es una copia del Código emitido por el Dr. Santa Cruz, en 1836, para la Confederación de Perú y Bolivia. No obstante que es probable que don Braulio consultase dicha obra, la verdad es que, al parecer, realizó él sólo un trabajo minucioso de análisis y adaptación de la realidad costarricense.

"Aun cuando el 18 de mayo de 1840 se nombró una comisión redactora de los Códigos integrada por el citado Isidro Menéndez, Lic. Filadelfo Benavente, don Joaquín Rivas y don Felipe Molina y la cual debía redactar un reglamento de policía, uno de enseñanza general y otro de administración de justicia, no se señala en ningún documento que ellos fuesen también los redactores del Código General. Todo nos lleva a la conclusión, como nos dice don Ricardo Fernández Guardia, que "el juriconsulto costarricense licenciado don Braulio Carrillo, es el verdadero y único autor del Código General de 1841".⁶

3. BRENES, Córdoba, pág. 328.

4. MOLINA, Felipe. 1851, pág. 68.

5. GUIER, Jorge Enrique, pág. 597.

En cuanto a la materia civil, el Código contiene una parte o título preliminar y tres libros: uno en el que se reguló y establece todas las normas referentes al derecho privado de las personas; el segundo, todo lo relativo a los bienes y las modificaciones a la propiedad y el tercero, a las diferentes formas de adquirir la propiedad, según los lineamientos del derecho francés.

En materia penal regula todo lo concerniente a los delitos y las penas, a la tipificación del delincuente y a la fijación del principio de irretroactividad de la ley. También se establecen los delitos de orden político, religioso y contra la libertad individual. Sobre el particular diferentes autores señalan que en esta materia el legislador costarricense se apartó totalmente de la legislación francesa y adoptó el Código Penal Español de 1822.

Los procedimientos, o parte tercera, establece todos los trámites tanto para el juicio civil como para el penal, así como los recursos de apelación y súplica que podían establecerse contra las sentencias dadas por jueces inferiores, fijando además, las responsabilidades de los funcionarios públicos en tales materias. Esta última parte del Código mantuvo las líneas generales de las leyes y doctrinas españolas del período colonial.

Cabe señalar, finalmente, que el Código fue constantemente revisado y modificado, y en el año de 1858, fue reimpreso en New York en una edición que estuvo a cargo del jurista don Rafael Ramírez, quien llevó a cabo una labor de minuciosa anotación, concordancia y actualización, lo que dio como resultado que por decreto del 8 de abril de 1859 se le diera carácter de una nueva ley.

La obra codificadora de don Braulio Carrillo venía pues a responder a los planteamientos de la doctrina del racionalismo jurídico al considerar como fuente única del Derecho a la ley, que emana a su vez de un único legislador: el Estado.

En cuanto al conocimiento y difusión del Código, según anota don Alberto Brenes Córdoba, se mantuvo su estudio siguiendo las directrices del sistema de expositores del derecho español que se seguían en la pontificia Universidad de Santo Tomás.

Para comprender la terminología jurídica del Código General de Carrillo resultó ser muy útil la obra del Lic. Agustín Gutiérrez Lizaurzábal, abogado graduado en la Universidad de San Carlos de Guatemala y quien, en 1834, había publicado en San José el primer libro de Derecho que se publicaba en el país: *Prontuario de Derecho Práctico por orden alfabético* (o Diccionario Jurídico) y en el que, se hacía constante referencia a la ley española e indiana.

Tradicición y novedad se combinaban para abrir las puertas a un nuevo espíritu "revolucionario" que busca sujetar todos los derechos a un objetivo político de fortalecimiento del Estado-Nación, en el que los intereses de un pequeño grupo o élite, conocido en su época con el nombre de Olimpo, culminará la obra liberal iniciada a comienzos del siglo.

III. La Revolución Jurídica Liberal (1841-1888)

En esta segunda etapa hablamos de Revolución Jurídica Liberal en el sentido que le dan John Henry Merrymann y los autores Tigar y Madelaine Levy, al señalar que las leyes y teorías políticas de la Revolución Francesa y Norteamericana en el campo del derecho público, van a plasmarse luego, en el Derecho Privado, por medio de la obra codificadora del derecho común.⁷

Como ya lo indicamos Costa Rica va a realizar su obra codificadora en el campo del derecho privado, civil o común, a partir de la segunda mitad del siglo XIX. El Código Napoleón, que nos sirvió de modelo tanto para el Código General de 1841 como para el Código Civil de 1888, refleja el espíritu individualista que planteaba como dogma la burguesía liberal de la época. Tal y como lo ha señalado Karl Renner, el Código francés proclamaba dos mandamientos fundamentales:

...uno material, de cada cual debía conservar lo que tuviera, y otro personal: de que cada cual debía ocuparse de lo suyo... .8

Esta nueva concepción de las normas que deben regular las relaciones de los individuos en sociedad venía a ser, en criterio de Merrymann, producto a su vez de una verdadera Revolución Intelectual.⁽⁹⁾

...el efecto de la revolución no se limitó al derecho público. También tuvo profunda influencia en la forma, el método de aplicación y, en menor grado, en el contenido de los códigos básicos derivados de las fuentes romanas y del jus commune. La revolución intelectual produjo una nueva manera de pensar acerca del derecho que tuvo consecuencias importantes para la organización y administración del sistema jurídico y para la reglamentación del derecho sustantivo y procesal...

Uno de los más importantes principios de la revolución ideológica fue la glorificación del Estado mediante la elaboración de un sistema jurídico que expresara la unidad cultural de la Nación. Es decir, una sola norma jurídica aplicable a individuos, en teoría, iguales. Para ello era necesario eliminar cualquier otra fuente de poder normativo en el Estado. De ahí el necesario proceso de secularización del Estado. Proceso que, a partir de

6. *Ibidem.*, pág. 597.

7. Ver en tal sentido la obra de Merrymann *Tradicición Jurídica Romano Canónica* y la de Tigar Michael y Levy Madelaine *El Derecho y el Ascenso del Capitalismo*.

8. RENNEN, Karl en Tigar, pág. 236.

9. Merrymann, pág. 36.

1884, se dará en nuestro país al promulgarse las llamadas "leyes liberales" que buscan la separación absoluta del poder de la Iglesia, del poder del Estado. La glorificación del Estado laico, la implantación del divorcio y del matrimonio civil, la prohibición de que la educación privada estuviese en manos de las congregaciones religiosas, la liberalización de la mujer de la "tutela" del marido en cuanto a la libre disposición de los bienes por parte de la mujer casada y permitir así un sistema rápido y simplificado de movilización de la riqueza mobiliaria e inmobiliaria (requisito básico de todo proceso de desarrollo capitalista), serán algunas de las medidas implementadas por las fuerzas intelectuales de la revolución liberal.

Derechos naturales, separación de poderes, racionalismo, positivismo, estatismo, serán los presupuestos esenciales de la ideología política dominante.

El derecho común o civil vendrá a completarse con la promulgación, en el año de 1853 durante el gobierno de Juan Rafael Mora, de un Código de Comercio que habrá de regular la actividad de los comerciantes y los llamados "actos de comercio", así como el procedimiento o fueros especiales para juzgar a los que se dedicasen a la actividad mercantil.¹⁰

El nuevo código mercantil, copia textual del Código de Comercio Español de 1829, respondía a las no menos nuevas necesidades económicas de una clase mercantil y agroexportadora y a la de transformar la antigua legislación que sobre la materia establecían las llamadas "Ordenanzas de Bilbao", impuestas por la Corona Española a la América Hispana desde el año de 1795.

Tal y como lo señala Octavio Torrealba:

... podría hablarse de una primera etapa en la cual el Derecho Mercantil Centroamericano estaba constituido por un mosaico legislativo de origen español, que sólo hasta 1795 se logró simplificar y uniformar mediante las Ordenanzas de Bilbao. Durante ese primer período, ni la legislación, ni la costumbre ni mucho menos la jurisprudencia locales se hicieron patentes. De los países centroamericanos sólo Guatemala, en su carácter de antigua Capitanía General, contó con un Tribunal Especial de Comercio al establecer su Consulado en la real Cédula de diciembre de 1793. En segundo término, se discierne el período de los primeros códigos nacionales que consistió en la adopción del Código de Comercio Español de 1829, bien en su forma tácita como en el caso de Guatemala, Honduras y Nicaragua. Finalmente, se distingue la tercera etapa, la de la codificación autóctona, que comienza con la revisión que cada país

10. La Constitución de 1859 vino a eliminar el fuero especial de los comerciantes por ir en contra del principio de igualdad ante la ley.

*introdujo al texto del Código de Comercio español de 1829, en los últimos años del siglo XIX y primeros del XX...*¹¹

Efectivamente: el código fue modificado en 1865 mediante la Ley de Concurso de Acreedores; la Ley de Quiebras de 1901; la Ley de Cambio de 1902; y a partir de 1863 con la creación del Banco Anglo, la Ley del Sistema Bancario Nacional, Ley de Registro Mercantil, Ley de Sociedades Mercantiles, etc., hasta el año de 1964 que el viejo Código fue sustituido por uno nuevo.

Durante el mismo período y con el fin de regular los ingresos y fortalecer el Estado, se promulgó el 30 de setiembre de 1885, el Código Fiscal.

Completando la obra centralizadora del poder, como ya lo indicamos, se promulgaron, durante los gobiernos de Tomás Guardia y Próspero Fernández, los Códigos Militares de 1871 y de 1884 y que venían a sustituir las viejas Ordenanzas Militares del gobierno de Carlos II del 22 de octubre de 1768, aún vigentes. La obra codificadora en cuanto al aparato militar del Estado se verá complementada, en el año de 1898, al dictarse el Código de Justicia Militar y la Ley de Organización General del Ejército.

1. La Codificación

La idea de la codificación y de la conceptualización del Estado de Derecho se encuentran intrínsecamente unidas. El querer coordinar todas las actividades humanas mediante un sistema que se deriva y justifica lógicamente surge paralelamente, a la idea de la soberanía nacional y de la voluntad democrática de los pueblos, en criterio de Schlosser.¹²

La idea de un Estado de Derecho, formulada por el pensador inglés John Locke en el siglo XVII, en la que sus miembros pudiesen, por medio de su formulación previa, tener la seguridad jurídica de un conjunto de normas obligatorias, nos lleva directamente a la idea de la ordenación y concentración de las normas, según las materias, en un gran cuerpo de leyes llamados Códigos. Era necesario pues, la elaboración de un derecho civil nacional, común y uniforme para todos los ciudadanos. El modelo de tal ordenamiento lo van a encontrar los jóvenes países de América Latina en el Código Civil de los Franceses, conocido como Código Napoleón, el cual junto con los tratadistas y comentaristas de él, se convirtió en el instrumento idóneo para "fijar, defender y garantizar el conjunto de ideas básicas que la burguesía en ascenso elaboraba en el plano político-económico de acuerdo a sus propios intereses", tal y como lo ha señalado

11. TORREALBA, Octavio, págs. 106-107.

12. Schlosser, pág. 61.

Carlos Manavela.¹³ Además, con la doctrina jurídica que sirvió de fuente de inspiración a los tratadistas y redactores del Código Civil de Costa Rica, no sólo se extendían las ideas de la Revolución Francesa sino fundamentalmente, el modelo de las Instituciones romanas en cuanto a las personas, la familia, las obligaciones y las cosas.

El Código Civil que va a promulgarse en nuestro país en el año 1888 va a coronar, a fines de siglo, la obra codificadora que en la materia de Procedimientos Civiles, Código de comercio, Código militar y Código penal, promulgado éste último en 1880, venían a completar el círculo y razón de ser, desde el punto de vista jurídico-político, de una nueva concepción del Estado.

2. El Código Civil del 88

Trabajos preparatorios y Comisión redactora

En el año de 1882, el Presidente de la República, general Próspero Fernández, procede a integrar una comisión de juristas, —los más distinguidos del foro nacional—, con el fin de que elaborasen un nuevo Código Civil y otro de Procedimientos Civiles.

Particularmente significativa es la integración de la Comisión por cuanto sus miembros no sólo van a representar un pensamiento jurídico determinado sino también los intereses de una clase y, lo que es más importante serán, en el plano político, todos ellos los principales protagonistas del desarrollo político institucional de Costa Rica durante los siglos XIX y la gran parte del siglo XX. Como presidentes de la República, como presidentes del Colegio de Abogados, como presidentes de la Asamblea Legislativa y como presidentes de la Corte Suprema de Justicia, tendrán en sus manos el destino del país y la configuración de una ideología política liberal, lo suficientemente estructurada, como para darle una gran solidez al sistema que ellos mismos concibieron e hicieron realidad. Ese grupo de hombres, dirigentes políticos y brillantes intelectuales, formaban parte, en su mayoría, de un sólo bufete. El bufete del Dr. Antonio Cruz Polanco, abogado liberal guatemalteco quien, precisamente por persecución política en su país, había emigrado a Costa Rica.

... Había llegado a nuestro suelo sin dinero y sin amparo. En Guatemala, su país natal, o le perseguían o lo malquerían o lo desdeñaban, mientras que aquí encontró consideraciones, trabajo provechoso, especulaciones felices. Vino pobre y llegó a ser rico...¹⁴

13. MANAVELA, Carlos. Diario *La Nación*. 27 de abril 1986, pág. 18-A.

14. JIMENEZ, Ricardo, 1985, pág. 121.

Los miembros de ese bufete e integrantes de la Comisión redactora fueron: Lic. Bernardo Soto, Lic. Ascensión Esquivel, Lic. José Joaquín Rodríguez, Lic. Ricardo Jiménez Oreamuno, Lic. Cleto González Víquez, Lic. José Astúa Aguilar, Lic. Ricardo Pacheco y Lic. Alberto Brenes Córdoba. La comisión estuvo presidida por el Dr. Cruz.

La Comisión trabajó durante cuatro años, utilizando como principal obra de consulta el *Cours de Droit Civil Français* (Curso de Derecho Civil Francés) de Aubry y Rau, principal fuente doctrinaria del derecho civil francés.

El Lic. Alberto Brenes Córdoba en su obra sobre Historia del Derecho, y como secretario de la Comisión redactora, señala que también se utilizó el proyecto de Código Civil Español de 1851. Otras fuentes fueron las obras de autores franceses como Demolombe, Laurent, Comet y Anterre, Planiol con su obra *Droit Civil*, el Código Civil chileno, obra de don Andrés Bello y publicado en España y el Código Civil de Portugal, según nos lo informa otro de los miembros de la Comisión, don Ricardo Jiménez Oreamuno, en su obra *El Doctor Cruz y el Gobierno de Costa Rica* publicada en 1905. Señala asimismo don Ricardo que, en la labor de análisis e interpretación del Código, desempeñaron un papel importantísimo las opiniones de dos de los juristas más destacados de su época: el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Lic. José J. Rodríguez, y quien luego llegó a ser Presidente de la República, y del Doctor Antonio Zambrana.

*... Todo esto indica la conveniencia de aprovechar las fuentes francesas de información jurídica, en materia civil, y en particular en las obligaciones que, como es notorio, están regidas aquí, las más de las veces, por textos gálicos, simplemente puestos en castellano...
... Uno de los medios más autorizados de desentrañar la inteligencia de una ley es consultar sus orígenes. Acudamos a ese medio de investigación. El artículo 1.031, por ejemplo, con toda propiedad se puede decir que es una pieza de legislación, jurisprudencia y doctrina francesa que hemos importado y puesto en el mecanismo del Código tal y conforme nos vino. Ni recorte ni añadido hubo que hacerle. ¿Qué piensan en Francia sobre la forma de las estipulaciones en favor de un Tercero? Texto expreso no hay. Marcadé, tomo IV, pág. 437, Demolombe, Tomo XXIV, N° 204; Laurent, tomo XV, N° 552, Colmet de Santerre, V pág. 41, Planiol Tomo II, Aubry et Rau, de quienes nuestro Código tomó la mayor parte de sus artículos en materia de obligaciones y a quienes siguió casi al pie de la letra en el capítulo sobre "Efectos de los Contratos".*

La hipótesis de que los legisladores costarricenses se apartasen en este punto de sus guías habituales hay que abandonarla por inverosímil...¹⁵

15. JIMENEZ, Ricardo, 1905, pág. 60 y siguientes.

Una de las características fundamentales del Código y que se ha señalado, reiteradamente, es la claridad del texto, "sobrio y preciso y su redacción bastante clara, en correcto castellano".¹⁶

Fruto del arduo trabajo de la Comisión fue el incorporar, al Código Civil, la Ley de Hipotecas en 1865 y la Ley de Sucesiones de 1881, revisadas y modificadas de acuerdo con la nueva doctrina.

El Código en su versión original consta de 1450 artículos, regulándose todo lo relativo a las personas, y sus relaciones familiares, los bienes, las obligaciones y los contratos. También las disposiciones que reglamentan los cuasicontratos, los delitos y cuasidelitos como productores de obligaciones civiles. Siguiendo la línea del Código Napoleón, no se ocupó del nombre de las personas morales ni de las asociaciones o de las fundaciones. Se establecen en cambio, por primera vez en Costa Rica, y como uno de los primeros casos en la América Latina, el divorcio, el matrimonio civil y la capacidad de libre contratación de la mujer casada.

Antes de su aprobación, el proyecto del Código fue sometido a estudio del Colegio de Abogados. La Junta Directiva en ese momento estaba presidida por el Lic. Ascensión Esquivel, miembro de la Comisión redactora y a quien, en su calidad de Ministro en el despacho de Justicia del gobierno de don Bernardo Soto le corresponderá, en el año de 1888, poner en vigencia la nueva normativa, hoy centenaria.

El Colegio de Abogados el día 24 de marzo de 1886 dio pública lectura de su dictamen favorable a la promulgación del Código. Ante este hecho la prensa nacional saluda el evento señalando su complacencia:

...al ver cómo los jurisconsultos costarricenses, adaptándose a los más modernos principios, han considerado al individuo, la familia y la sociedad, en el concepto nuevo; cómo han asignado a la mujer el puesto y el papel que le corresponde en la vida culta: cómo han contemplado el matrimonio y el divorcio a la luz de la civilización; cómo quieren en fin transformar la sociedad verdaderamente ficticia que el derecho canónico y las tradiciones han formado, en una libre y voluntaria armonía de fuerzas cooperativas, donde a cada uno corresponde parte proporcional de derechos y deberes.

Los pueblos americanos marchan indefectiblemente hacia adelante, y ellos están llamados, según el sentir de profundos pensadores, a proponer y plantear las grandes soluciones prácticas del progreso y la libertad...¹⁷

16. BEECHE, Octavio, 1961, pág. 21.

17. "El Ilustre Colegio de Abogados". En *Otro Diario*, 26 de marzo de 1886, pág. 1.

3. Promulgación del Código

El nuevo Código fue aprobado el 26 de abril de 1886 pero entraría en vigencia hasta el 1º de enero de 1888, según lo ordena el Decreto número 3 de 26 de setiembre de 1887. Todo ello debido a la reorganización de los tribunales de Justicia. Así por ejemplo el Decreto legislativo del 28 de setiembre de 1887 establecía:

ARTICULO 1.—El Código Civil, el de Procedimientos Civiles y la Ley Orgánica de los Tribunales que el Poder Ejecutivo ha emitido en virtud de las leyes de 19 de abril de 1885 y de 25 de marzo de 1887, empezarán a regir el 1º de enero de 1888. Desde ese día cesarán la observancia de los Códigos emitidos y de Procedimientos Civiles de 30 de julio de 1841 y de las demás leyes y reglamentos que tratan de las mismas materias que los códigos y leyes mencionadas al principio.

ARTICULO 2.—La Corte Suprema de Justicia, en la forma que le da la ley del 19 de mayo de 1886, comenzará a funcionar el 1º de enero de 1888.

La intensidad y profundidad de las transformaciones de la Revolución Liberal dependía ahora de la capacidad y dinamismo de los sectores protagónicos de la vida nacional. En el ámbito económico como ya lo señalamos, la nueva legislación aseguraba la preeminencia de la propiedad privada y promovía la libre iniciativa individual.

Globalmente, el nuevo orden fortaleció considerablemente los poderes del Estado, a costa del poder de la Iglesia, y puso fin a algunos de sus privilegios.

La secularización de las propiedades territoriales, la abolición de los diezmos, el matrimonio civil y el divorcio así como la creación del Registro Civil afectaron especialmente a la Iglesia, lo mismo que las leyes en materia de educación pública. El enfrentamiento entre ambos poderes se impulsó a favor del Estado y las relaciones entre Iglesia y Estado adquirieron una nueva dimensión. El papel desempeñado en tal sentido por la nueva legislación civil venía a representar una parte importante en la modificación del sistema.

Conclusión

La obra de reestructuración jurídica del Estado costarricense a partir de 1812 y hasta 1888, al culminar con la obra codificadora de esos años, responde a un proceso de configuración del Estado Liberal en nuestro país. En tal sentido ella representa no sólo la necesidad de orden, unidad y paz para mantener la estabilidad política, sino que, responde también, a los requerimientos del desarrollo capitalista, en cuanto a los principios de seguridad y de previsibilidad necesario en las relaciones económicas del sistema. Para ello era igualmente necesario, y en tal sentido radica la inteligencia de la oligarquía dominante, la reforma educativa. Reforma educativa llevada a cabo por otro de los abogados miembros del grupo liberal, Mauro Fernández, y que vendrá a consolidar la nueva concepción del Estado del Derecho del siglo XIX. De ahí que, por ejemplo, aun cuando el Ministro de Educación procede a clausurar la Universidad de Santo Tomás mantiene el funcionamiento de la Escuela de Derecho para que, junto con el Colegio de Abogados, lleve a cabo la labor de formar los nuevos profesionales en Derecho y los cuadros de la dirigencia política que habían de consolidar el nuevo sistema.

La formulación de los derechos y libertades públicas, orden y estabilidad institucional, formación intelectual de la clase política dirigente del país bajo los lineamientos de respeto a la normativa jurídica serán, indiscutiblemente, las bases que la Costa Rica liberal del siglo XIX le legó a la sociedad democrática del siglo XX.

BIBLIOGRAFIA

- BEECHE L., Héctor y FOURNIER J., Fabio. *Código Civil de Costa Rica*. Instituto de Cultura Hispánica, Madrid: 1962. (Estudio Preliminar).
- CARBONNIER, Jean. *Sociologie Juridique*. Paris: Librairie Armand Colin, 1972.
- BRENES C., Alberto. *Historia del Derecho*. San José: Tipografía Lehmann, 1913.
- CORREAS, Oscar. *Ideología Jurídica*. México: Universidad Autónoma de Puebla, 1983.
- GUIER, Jorge E. *Historia del Derecho*. San José, Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1981.
- GUTIERREZ, Carlos José. *El Funcionamiento del Sistema Jurídico*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1979.
- GUTIERREZ R., Marcos. *La Jurisprudencia como Fuente de Derecho*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1982.
- JIMENEZ, Mario Alberto. *Obras Completas*. Tomo II. San José: Editorial Costa Rica, 1962.
- JIMENEZ, Ricardo. *El Doctor Cruz y el Gobierno de Costa Rica*. San José: Tipografía Nacional, 1905.
- KOZOLCHYK, Boris y TORREALBA, Octavio. *Curso de Derecho Mercantil*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1983.
- LOSANO, Mario. *Los Grandes Sistemas Jurídicos*. Madrid: Editorial Debate, 1982.
- MERRYMAN, John Henry. *La tradición Jurídica Romano-Canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.
- OURLIAC, Paul y MALFOSSE, J. de. *Derecho Romano y Francés Histórico*. Barcelona, España: Editorial Bosch, 1960.
- PECES-BARVA, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Editorial Debate, 1983.
- SCHLOSSER, Molitor. *Perfiles de la Nueva Historia del Derecho Privado*. Barcelona, España: Editorial Bosch, 1980.
- TIGAR, Michael y LEVY, Madelaine. *El Derecho y el ascenso del capitalismo*. México: Editorial Siglo XXI, 1978.
- WIECKER, Franz. *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. Madrid: Editorial Aguilar, 1957.
- ZELEDON, Ricardo. *Código Civil y Realidad*. San José, Costa Rica: Editorial Alma Máter, 1987.

**DESPERTAR, PROBLEMAS Y ALTERNATIVAS
DE LA CIENCIA JURIDICA(*)**

Dr. Ricardo Zeledón Zeledón
Director del Postgrado en Derecho
Universidad de Costa Rica

(*) Conferencia Magistral dictada con ocasión de la inauguración del Año Académico 1988, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el 1° de marzo de 1988.

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES Y ALTERNATIVAS
DE LA CIENCIA JURIDICA

Dr. Ricardo Salazar Salazar
Director del Instituto de Estudios
Jurídicos de Costa Rica

Este documento es propiedad de la Universidad de Costa Rica
y no debe ser reproducido sin el consentimiento de la misma.

1. Aún cuando el Derecho tiene una existencia que se afianza y perdura en los Siglos: *ubi societas ibi ius*, la ciencia jurídica aparece en el mundo de la cultura en un período relativamente reciente producto de una serie de circunstancias más complejas.

Cuando la ciencia estuvo limitada a las naturales, el conocimiento del Derecho se realizaba en los textos mismos sin imaginarse nunca la posibilidad de estructurar una para su análisis y comprensión. Ni siquiera después de la Revolución francesa, con la promulgación del *Code Napoleon* cuya función fue la de unificar toda la normativa dispersa y contradictoria en un solo cuerpo normativo, se requirió de criterios científicos, pues la ideología de la época era aplicar estrictamente la letra del Código como forma de ser lo más fiel y coincidente posible con la voluntad del legislador.

¡Lastimosa tarea la del cultor del Derecho de esa época de ser mero intérprete y aplicador de los designios del legislador!

Pero pronto el cientifismo, cuya capacidad expansiva dejó las ciencias exactas para aventurarse en abarcar otras como las culturales y sociales, creó serias esperanzas en los conocedores de la ley —principalmente en quienes tenían la tarea de su enseñanza y difusión— pues a ellos se les plantea la duda si también el Derecho sería susceptible de ser tratado, conocido y transmitido científicamente. Esto no sería posible mientras no se demostrara en forma cierta la autonomía del Derecho, ubicando un objeto determinado y distinto del reclamado por otras disciplinas, también en pos de ser calificadas como científicas.

Si fuere necesario establecerse algunos parámetros para señalar históricamente esa autonomía deberían indicarse tres fundamentos: uno de carácter filosófico, otro económico e incluso también uno político jurídico de donde afirmar su existencia. Fueron forjados por tres sólidas figuras de la cultura: filosóficamente con Kant se separa el Derecho de la moral; con Adam Smith se logra distinguir entre economía y política; y, con Savigny jurídica y políticamente se separa el Estado de la Sociedad Civil.

Kant elabora una rigurosa distinción entre legalidad y moralidad. Para él hay una diferencia entre la norma ética y la moral, pues en ellas existe un criterio distinto de la idea del deber. La moral se refiere a la interioridad mientras la jurídica se refiere al mundo de la experiencia exterior y sensible. La moralidad va a constituir el reino de los fines, de la libre conciencia individual, mientras la legalidad es el reino de los medios y por tal de la coacción externa y las necesidades. La coacción presente en la ley representa el instrumento que permite la coexistencia de la libertad individual. A partir de estos lineamientos resulta como postulado indiscutible que el Derecho debe ocuparse de los comportamientos y no de las intenciones.

Adam Smith estableció las relaciones entre economía y política. Según él cada quien es el mejor juez para definir su propio interés. Así la actividad de los privados en el campo de la producción y el comercio será mejor organizada con base en la propia experiencia fijando los criterios de producción en el mercado según las exigencias de los consumidores, no pudiendo el empresario producir todo lo que quiera o venderlo al precio arbitrariamente fijado por él, sino conforme a lo solicitado por el consumidor, equilibrando oferta con demanda. La economía (y en consecuencia su Derecho) se refiere exclusivamente a los privados, mientras la política —impregnada por el Estado— tiene como única tarea la de fijar y regular las formas de la convivencia y garantizar su ejercicio. Los privados por medio del contrato, propio del Derecho Civil, regularán sus propios intereses.

Savigny, con su Escuela Histórica, va a plantear la distinción entre sociedad civil, donde se aplica la *ley civil*, y el Estado al cual se aplica el derecho público. No pudiendo este último afectar a los privados. Pero el planteamiento savigniano va más allá al sostener la autonomía de la ciencia jurídica creando el método histórico sistemático. La tarea de la nueva ciencia debe ser la de encontrar la organicidad del sistema, uniendo los diferentes institutos, debiendo asumir el jurista el papel de mediador entre el espíritu de evolución y la norma parcial dictada por el legislador.

En esta forma, una primera precisión —aún cuando parezca elemental si es oportuno de señalar, se orienta a caracterizar y distinguir por separado al Derecho como sistema del Derecho, como ciencia. El primero, constituido por el ordenamiento jurídico, es obra del legislador, quien lo va conformando según las exigencias políticas, sociales, económicas, o culturales, con diferentes concepciones en distintos momentos históricos —de donde puede tener grandes contradicciones—, siendo a su vez fragmentario, con enormes lagunas, y no necesariamente lógico o coherente. El Derecho como ciencia, (algo totalmente distinto) es obra del científico, quien logra encontrar lógica dentro de la contratación, sistema dentro de la imperfección, conjunto sistemático aún en presencia de fracturas y lagunas.

No puede identificarse toda la doctrina dictada para la disciplina del Derecho como ciencia. Y esta es una segunda precisión importante. Existe una doctrina precientífica cuando ella se elabora antes de haber identificado el objeto, o sin la identificación del objeto. Tampoco es científica la doctrina si —a pesar de tenerse claridad sobre el objeto— funciona, o se elabora, sin un método científico.

Esto último —y constituye una tercera precisión— reviste una importancia cardinal para el tema, pues es imposible separar la referencia del objeto de la referencia al método, y viceversa. De la adecuada solución al problema de las relaciones entre objeto y método va a depender, entonces, la posibilidad de satisfacer las instancias conexas del carácter científico y de la fundación unitaria de la investigación jurídica. Naturalmente existen diferentes métodos científicos aplicables en la Ciencia Jurídica. En el campo epistemológico pueden identificarse principalmente tres grandes corrientes

en relación con el objeto y el método. La primera es una concepción unidimensional, fundada en identificar el objeto en un único fenómeno: dentro de éstas se ubican las iusnaturalistas, dikelógicas, normativas y sociológicas, cada una con sus características y particularidades propias pero el método varía: es axiológico en las iusnaturalistas y dikelógicas, tiene su propio método —por la teoría pura del Derecho— la normativa, y utiliza el sociológico en las sociológicas o fácticas. La excepción bidimensional es producto de la unión de dos de las anteriores corrientes: normativa-sociológica, dikelógica-normativa, etc. El tridimensional parte de identificar el mundo jurídico, y para tal el objeto es percibido desde una triple dimensión: fáctica, dikelógica y normativa, siendo apreciado como hecho, norma y valor.

Dicho lo anterior conviene aclarar cuáles son las pretensiones y objetivos de este trabajo. Como aspiración se busca dejar planteadas algunas inquietudes, hilvanar algunos pensamientos y meditaciones, en torno al presente y futuro de la ciencia jurídica costarricense, todas ellas elaboradas sobre líneas generales y no necesariamente refiriendo a obras o autores particulares, pero buscando dentro de esa generalidad descubrir lineamientos, señalar sus límites y ofrecer algunos correctivos. Como objetivos se busca identificar, aún cuando sea en pinceladas muy breves, el despertar (y las características) de nuestra cultura jurídica, para proceder luego a señalar los graves problemas descubiertos —tanto en el sistema como en la ciencia del Derecho— cuya aceptación pacífica podría traer serias consecuencias para la disciplina, y finalmente, plantear una serie de alternativas a las cuales puede hoy echar mano el científico del Derecho para tratar de revitalizar la disciplina y no tener que verla con graves padecimientos como los diagnosticados. Las soluciones propuestas, desde luego, en vez de fórmulas acabadas pretenden ser temas de discusión sobre los cuales deberá reflexionar el cultor del Derecho.

2. Ha sido Costa Rica un país profundamente respetuoso y amante del Derecho. La historia así lo demuestra. Cuando se afirma que el nuestro ha sido un país de abogados quizá se pretende evocar el ideal de los filósofos griegos de tener gobernantes sabios encargados de dictar leyes justas para su pueblo. A lo mejor esta idea merezca muchos reparos pero sí es lo cierto que el costarricense se caracteriza por ser respetuoso del sistema jurídico, tolerante con las ideas políticas de los demás, defensor de la democracia, y —como hoy— paladín de la paz; frente a los retos de la vida efectivamente parsimonioso y poco impulsivo, pero con ello también dispuesto a asumir en forma madura las grandes decisiones, sin temor a los cambios sobre todo cuando ellos tienen una connotación humanista y solidaria.

La eliminación hace más de un siglo de la pena de muerte por un dictador, la introducción de figuras como el divorcio, la libertad contractual de la mujer con el Código Civil de 1888, la majestad del Poder Judicial, la eliminación del ejército, el fortalecimiento constitucional del Poder Electoral, la seguridad social, la nacionalización bancaria, son tan solo algunos

de los tantos ejemplos jurídicos sobre los cuales se han escrito bellísimas páginas de la historia patria. Pero también junto a estas epopeyas, en todas las disciplinas jurídicas se percibe una modernización impresionante, encontrándose en los últimos 25 años un sistema normativo bastante diferente del de los años anteriores.

Esto, sin la menor duda, permite explicar, también, el despertar de una doctrina jurídica posiblemente con mejor suerte y con resultados mucho más positivos respecto del resto de los países de América Latina.

Pero todo esto no es el producto de un accidente. Por el contrario se trata de un fenómeno fácilmente explicable históricamente. La enseñanza del Derecho en Costa Rica se remonta a 1824 cuando por Decreto de Juan Mora Fernández autorizó a la Casa de Enseñanza de Santo Tomás —fundada en 1814— para otorgar títulos de Bachiller en Leyes con un programa organizado en Derecho civil y canónico, facultándose luego, en 1843, el otorgamiento de títulos de Licenciado en Derecho cuando por Decreto del Jefe Provisorio del Estado de entonces, don José María Alfaro, se convirtió a la vieja Casa de Enseñanza de Santo Tomás en Universidad, gracias a la iniciativa del joven abogado el Dr. José María Castro Madriz, quien —como muchos otros— tanto durante el tiempo de la Colonia como en los primeros años de Independencia, debieron trasladarse a la Universidad de San Carlos, en Guatemala, o a la Universidad de León, en Nicaragua, a estudiar Derecho por no contar el país con un centro debidamente autorizado para ello. Pero la enseñanza en el campo jurídico no ha dependido ni siquiera de la existencia de la Universidad, pues cuando el Congreso Constitucional, en 1888, escribió una de las páginas más negras de nuestra historia cerrando la Universidad, el Colegio de Abogados asumió la Escuela albergándola por más de 50 años hasta que en 1940 se funda la Universidad de Costa Rica. El Derecho, entonces, tiene 164 años de enseñanza democrática e ininterrumpida, como no sucede, posiblemente, en ningún otro país del continente; y esto explica, en síntesis, el porqué Costa Rica ha sentido la marcada influencia del abogado en la construcción de su institucionalidad, su democracia, y su estado de Derecho.

Naturalmente lo antiguo de la enseñanza no necesariamente implica profundidad en su estudio, por el contrario, por mucho más de un siglo se creó un abogado codiguero, conocedor de la letra de la ley, impulsado por la exégesis como único método, profundamente desligado de cualquier otra disciplina, aún cuando sus conocimientos le permitían vincularse con el ejercicio de las diferentes funciones del aparato estatal para lo que fue especialmente preparado. Los abogados de las generaciones anteriores creen conocer mucho mejor el Derecho respecto de las últimas generaciones, creen tener una visión más completa y práctica de la ley, y se sienten mejores profesionales; todos ellos tuvieron en sus bibliotecas la Colección de Leyes y la Colección de Sentencias de Casación, todos los Códigos anotados pero quizá pocas o ninguna obra jurídica. Fueron profundamente positivistas, pues el iusnaturalismo nunca tuvo éxito, debido a que el mundo jurídico

comenzaba y terminaba en el texto de la ley; y lógicamente —por la estructura curricular: referida solo a materias profesionales— no tuvieron noticia siquiera de modernas concepciones filosóficas o de la interpretación marxista del Derecho. Fueron pocos los juristas conocedores de la doctrina europea durante este Siglo, aún cuando existen evidencias claras de una cercanía mayor de los abogados formados el siglo pasado con los clásicos franceses del Derecho Civil y el Derecho Penal; aún cuando posiblemente algunos profesores citaran textos europeos ello fue fragmentario y aislado en los apuntes universitarios, sufriendo este mismo mal toda la jurisprudencia. En más de un siglo posiblemente solo fue Alberto Brenes Córdoba quien logró escribir en forma completa el comentario de una disciplina, aún cuando —como se sabe— fue él un gran cultor de la exégesis, la que convinó con su conocimiento de la doctrina clásica europea; los otros —y poquísimos autores— escribieron obras mucho más elementales, de donde se explica cómo también Brenes Córdoba fuera el mentor de tantas generaciones, y de una formación sobre todo civilista.

El despertar de la doctrina costarricense, de la Ciencia del Derecho, e incluso las bases de una sólida cultura jurídica, se perciben hasta que en la década de los años 1960 y 1970 un gran número de jóvenes profesores de esta Facultad comienzan a visitar los centros culturales más importantes de Europa y Estados Unidos, para nutrirse de los avances más significativos acrisolados en aquellos países en sus Facultades de Derecho y en sus Institutos de investigación jurídica; también por esa época —y en función de los avances culturales de la Universidad que crea el sistema de los estudios generales— se toman medidas para darle un contenido más profundo al estudio del Derecho, introduciendo y fortaleciendo el área de las disciplinas culturales y metodológicas junto a las profesionales, pretendiendo con ello lograr un profesional más vinculado a las realidades, a los valores y al método científico, capaz de percibir la Sociedad desde una óptica mucho más amplia de aquella de los años precedentes encarcelada en el conocimiento de la ley.

El mejoramiento de los cursos institucionales y profesionales, y la existencia de disciplinas como la Filosofía del Derecho, la Sociología Jurídica, junto con el conocimiento de criterios metodológicos para enfrentar la investigación jurídica debían dar como resultado un profesional totalmente distinto. El nuevo jurista no debía ser solo el *alter ego* del legislador, sino, por el contrario, el poseedor de una cultura con la posibilidad de percibir la evolución del mundo jurídico para darle al Derecho un significado actual, y de futuro, y no de ayer, dispuesto a buscar en los hechos del momento y los valores de la Sociedad las respuestas modernas de un espíritu permanentemente evolutivo de la norma.

El conocimiento y dominio de la teoría general de las diversas disciplinas, así como de nuevos y modernos institutos, pronto dieron como resultado una forma distinta de comprender y visualizar el objeto del Derecho. Con el mismo ordenamiento jurídico primero, y luego con reformas

sustanciales nacidas al calor de los nuevos planteamientos, la ciencia jurídica se manifestó a través de obras con un contenido más rico y profundo. La exégesis debió ceder el paso a la teoría sólidamente estructurada en las culturas más avanzadas, interpretándose el Derecho costarricense con una moderna tecnología que permitió al ordenamiento jurídico alcanzar dimensiones incalculables.

3. Conviene plantear ahora la forma como se ha venido estructurando en Costa Rica la cultura jurídica, descubrir sus ventajas y señalar sus eventuales límites.

La orientación seguida por la mayoría de la generación de los '60 y '70 tiende a la reconstrucción del sistema, para ello se buscan los elementos unificadores de los diferentes sectores de normas, tratando de descubrir un común denominador, el cual ha de constituir el elemento base de la conceptualización. Por ejemplo de los diferentes contratos, junto con figuras como la obligación unilateral, el testamento, y el matrimonio se construye la figura general del negocio jurídico; de la misma forma encontrando los elementos comunes de disposiciones referidas a la propiedad, la posesión, las servidumbres, el usufructo, la prenda y la hipoteca se logra el concepto general de derecho real. En esta forma se elaboran conceptos cada vez más generales cuya representación ha de ser la racionalización de enteros sectores de normas. A través de estos conceptos, en cierta forma, se propone también una reconstrucción de la vida del Hombre en las relaciones familiares, con los bienes, en las relaciones con los otros, siempre en términos generales y abstractos.

La función de estos conceptos es doble. Por una parte sirven para conocer las normas, el sistema normativo, operándose el proceso de percibir el ordenamiento por medio de conceptos elaborados aparentemente a través del análisis de las normas. Por otra parte, la segunda función consiste en ser vehículo para conocer la realidad y en esta forma dirigir en forma ordenada la *praxis*.

Teóricamente y desde otro ángulo el Juez debería llevar el caso concreto a la hipótesis normativa, por medio de una operación denominada subsunción del hecho empírico en la norma típica, para aplicarla a los diversos casos de la vida. En esta forma, también teóricamente, puede conocer los elementos constitutivos del hecho con los elementos constitutivos del concepto, logrando una conclusión de derecho al aplicar la norma como pura y simple deducción. El problema real radica en que muchas veces el juez debe manipular el hecho para vincularlo, o separarlo, de los datos del concepto.

El Derecho analizado desde esta óptica se convierte en un instrumento de operaciones meramente lógicas, pues las argumentaciones de los juristas son operaciones lógicas, sustancialmente fundadas en el principio de identidad y de no contradicción.

¿Cómo se legitima el método utilizado por las recientes generaciones de juristas de la abstracción generalizante que dentro de la multiplicidad de experiencias, la multiplicidad de los sujetos, de los objetos, llega a alcanzar unidad mediante la selección de las cualidades comunes? Verdaderamente no se trata de un criterio fundado estrictamente en términos lógicos sino del resultado de una valoración, de un juicio de valor condicionado por el punto de vista previamente seleccionado, expresivo a su vez de una determinada base económica y caracterizada por una cierta formación social. Esto trae como consecuencia serios problemas si no se toman en cuenta los diferentes factores que permitieron la elaboración del concepto, así, por ejemplo, la idea del hombre medio del siglo pasado es totalmente distinta a la de hoy, pues aquél era un hombre cuya idea de la economía era esencialmente ahorrativa: tenía en la medida en que lograba acumular riqueza, hoy, por el contrario, el hombre medio está sometido a las tentaciones de los bienes por medio de la propaganda y se convierte esencialmente en un consumidor: vale en cuanto sujeto de consumo. Por esto la ciencia jurídica debe necesariamente plantearse la vinculación con la base económica y con la cultura.

Un problema correlativo vinculado con el método de la abstracción generalizante radica en que los conceptos vienen ofrecidos como definiciones de la realidad, de donde bien podría incurrirse en una idealización del Derecho y de las categorías jurídicas, pudiendo éstas entrar en contradicción con la historia, y con la misma estructura económico social, de donde el traslado de los conceptos de una cultura a otra debe llevar siempre implícita la valoración real de las distintas sociedades donde el mismo concepto pueda ser aplicado. Lo contrario sería condenar a la ciencia jurídica a permanecer en una "torre de marfil" sin contacto con la realidad.

— No se puede, ni se debe, mitificar el Derecho como una operación tautológica, donde todo razonamiento deba necesariamente convalidarse con el sistema unitario y coherente, pues este es un criterio de argumentación, no necesariamente lógico, pero sobre todo porque es la realidad, son los modelos culturales, los que deben condicionar el concepto y nunca al revés. El Derecho debe ser aplicado al presente y al futuro, aún cuando provenga del pasado, y para ello debe estar siempre en función de hoy y mañana, no de ayer.

El avance de la cultura jurídica costarricense ha sido desbordante en cuanto a la aplicación de criterios teóricos y conceptuales de avanzada, pero nuestro jurista puede sufrir un fuerte revés en cuanto acepte la convicción de ser puramente un técnico, aplicador de operaciones lógicas, aceptando su subordinación a la ley, y condenándose a desempeñar una función de aplicar la subsunción del hecho al esquema conceptual.

4. Si bien los anteriores son riesgos propios de la doctrina teorizante, cuya labor científica es innegable, y sobre los cuales en gran medida

ha salido avante el jurista patrio, existen en la actualidad una serie de problemas nuevos sobre los cuales debe necesariamente meditar el científico del Derecho —sobre todo aquél a quien la sociedad le ha encomendado la difícil tarea de enseñar la disciplina— pues de no superarlos en forma rápida e inteligente pronto podría convertirse en un historiador, cumpliendo la triste misión de describir un museo de antigüedades, sumido en el trauma —conocido y sufrido en otras latitudes por el jurista— de ser un verdadero extraño del mundo.

—> El problema fundamental de hoy es la pérdida de significado del Derecho dentro de la Sociedad. Los principios sobre los cuales se ha asentado todo el andamiaje del sistema jurídico comienzan a tener serias fracturas. Son muchos los ejemplos que podrían plantearse, pero unos pocos darán una idea clara de esta pérdida de significado del Derecho.

Los postulados tradicionales sobre los cuales se fundó y estructuró el Estado de Derecho, es decir la división de poderes, la distinción entre legislación y administración, la clara separación y demarcación entre la esfera privada y la pública, y en concreto la separación entre Estado y sociedad civil, por el influjo de la economía en la política, y por la permanente invasión de la legislación en la administración y de esta en aquella, son principios con particularidades muy diferentes al momento en que se les concibieron, habiéndose adquirido hoy niveles totalmente distintos cuya destrucción de la institucionalidad original se percibe sin mayores dificultades, creando un verdadero caos no solo en la estructura de las relaciones dentro del Estado, sino también de éste con los particulares pues la cada vez más acentuada acumulación de poder —tanto político como económico— en el Gobierno, tiende a cercenar —en las formas más inimaginables posibles— los derechos y garantías de los ciudadanos.

De otro lado, el ordenamiento jurídico no ha llegado aún a regular los presupuestos básicos de una democracia económica, por ejemplo todo lo referido al mercado y a la competencia, y sin embargo ya ésta presenta fisuras claras destinándola a una crisis inminente por el caso del sistema financiero y crediticio.

También la democracia política ha sido seriamente afectada en cuando el parlamento ha dejado de ser —como siempre se afirmó— el lugar donde se conforma la voluntad general y se ejerce plenamente el poder legislativo, pues tanto la marcada influencia del Poder Ejecutivo como de los sectores más poderosos han convertido a éste en un instrumento para satisfacer los intereses de sectores económicamente organizados y del Gobierno de turno. ¿Es hoy el Parlamento un ente encargado de aprobar impuestos y empréstitos, desligado de dictar las mejores leyes para la Sociedad!

Por otra parte enteros sectores del Derecho privado se encuentran prácticamente desapplicados, pues conforme al principio dispositivo de las relaciones contractuales diariamente se impone, en todas las formas posibles, la voluntad de una de las partes dejando desprovisto de tutela al sector más débil, sustituyendo los criterios de utilidad a través de las prácticas comerciales.

La economía no logra desarrollarse conforme a sus propias leyes, exigiendo siempre el auxilio de la política, constituyendo las crisis cíclicas, los momentos complejos y las tempestades monetarias, ocasiones favorables para justificar la intervención del Estado en las relaciones económicas.

—> Hoy más que nunca la existencia de intereses públicos y sociales obligan la intervención estatal en campos otrora reservados para el privado, presentándose primero el fenómeno de la publicización como resultado de convertir derechos originalmente disponibles en indisponibles, y también surge el fenómeno de la socialización en cuanto las relaciones jurídicas deben ser apreciadas con una óptica social y de tutela.

Por su parte la Sociedad Civil se venga del Derecho Público privatizándole importantes áreas de su influencia. Unas veces como acción política y otras involucrando al Estado también en los ámbitos de la economía reservados hasta hace algún tiempo como patrimonio exclusivo de los privados, siendo el Estado-empresario el más poderoso de los privados.

Mientras todo esto sucede las obras jurídicas continúan reportando la existencia de un derecho igual, abstracto y general, adecuado para las estructuras económicas y sociales de cuando nació, pero progresivamente inadecuado a las nuevas tendencias. Este desfase entre la doctrina jurídica y los problemas cada vez más complejos y abigarrados de la Sociedad dejan al jurista relegado en la historia.

Deberán tomarse todas las medidas necesarias. La labor legislativa y administrativa continúan en forma ininterrumpida haciendo del ordenamiento jurídico un objeto permanentemente cambiante, amenazando al jurista teorizante de permanecer en un espacio vacío mientras el contenido del sistema sigue paulatinamente variando.

5. Una primera alternativa podría ser la de tratar de reconstruir un Derecho jurisprudencial, pues si cierta incapacidad de la doctrina ha sido la de aislarse del mundo de las realidades la labor del Juez como operador del Derecho podría darle una base de reconstrucción científica sobre una estructura judicial.

La experiencia didáctica del Derecho demuestra la urgente necesidad de vincular los conocimientos institucionales con los resultados jurisprudenciales, pues si bien el legislador es el creador de la ley, y el jurista es quien interpreta la norma en función de la generalidad, es el Juez el depositario de la potestad de declarar por medio de sus fallos el verdadero sentido de la norma, ofreciendo con su labor toda una doctrina cuyo desconocimiento por los demás operadores del Derecho les convierten en un frasco profesional.

Debe necesariamente reconocerse la labor de la jurisprudencia en muchos campos donde no solo se ha aclarado el verdadero sentido de la norma, sino, sobre todo, se ha logrado proyectar normas antiguas a rea-

lidades modernas ofreciendo un derecho jurisprudencial evolutivo. Para citar sólo dos casos merece destacarse la labor en materia de propiedad y de inquilinato, en el primero de ellos dándole a la norma constitucional del artículo 45 una filosofía más acorde con las exigencias de hoy, apartándose de la lectura aislada de la norma para comprenderla dentro de un contexto constitucional más amplio e incluso dentro de la Constitución material, no solo formal; y en materia inquilinaria brindando una auténtica tutela a la parte contratante más débil, impregnando en sus fallos verdaderas soluciones de equidad. Pero ello no sucede en todos los campos. Por el contrario, en disciplinas donde debería esperarse criterios de más avanzada por estar en juego intereses sociales o de la colectividad parece la jurisprudencia retrocede incluso en contra de postulados legales y constitucionales, el caso más típico se presenta en materia laboral donde se aprecia un proceso involutivo, otorgando *contra legem* derechos y garantías a las clases patronales —en demérito de los trabajadores— socabando las bases mismas de este derecho de tutela, y haciendo perder la fe de grandes masas trabajadoras en la administración de justicia.

La lectura de las sentencias judiciales en algunas oportunidades ofrecen verdaderos aportes a la ciencia jurídica, sin embargo por ser ellas de aplicación de la ley ciega y no de la justicia hay tantos casos donde sucede lo contrario que obligan a temer de su uso indiscriminado.

Unos casos podrían demostrar lo afirmado. Dentro de la práctica (ilegal) del inquilinato hoy los propietarios han comenzado a contratar a través de subarrendatarios con lo cual en el momento de querer dar por terminado el contrato demandan al subarrendatario, quien siempre es un testaferrero, logrando en esta forma lanzar al verdadero arrendatario: el inquilino, quien ni siquiera es notificado de la acción de desahucio pero sí sufre las consecuencias jurídicas. Existen muchos casos de propietarios que por haber dejado abandonado su inmueble por muchos años, e incluso haber perdido acciones (interdictales, de usurpación o reivindicatorias) simulan la constitución de una hipoteca, logrando en los Tribunales poner en posesión a quien se adjudicó en remate, lanzando en esta forma al poseedor contra quien no cabía ningún otro tipo de acción, pues la orden judicial es ejecutiva y se cumple aún cuando el poseedor legítimo no haya sido parte en el proceso ejecutivo. Frente a la práctica comercial de obligar a los deudores a suscribir dos tipos distintos de garantía: una prendaria y otra personal (a través de un pagaré o una letra de cambio), hay acreedores que en caso de incumplimiento ejecutan ambas garantías logrando un enriquecimiento ilícito. Son muchas las mujeres que han establecido una relación de hecho con un hombre divorciado (o viudo), con quien incluso han logrado formar un capital, y al momento de la muerte de su compañero se encuentran totalmente desprotegidas porque el haber sucesorio del causante es reclamado por los hijos del primer matrimonio, sin encontrar ningún tipo de protección o tutela, muy a pesar de la norma constitucional que protege a la familia, cuya interpretación para jueces y cultores de la disciplina es única y exclusivamente el matrimonio.

Se trata de casos donde siguiendo los lineamientos de la materia contractual, las normas del juicio ejecutivo, la autonomía de los títulos de crédito, o sencillamente porque se trata de una familia no legitimada por el matrimonio, los Tribunales sin detenerse a meditar aplican ciegamente y en forma automática la letra de la ley, perjudicando a sujetos legitimados como si el derecho no existiera para ellos, generando verdaderas y atroces injusticias.

En verdad esta alternativa de recurrir al Derecho jurisprudencial no resulta estimulante, aún cuando pueda pensarse lo contrario a primera vista, pues de seguirse se debería mantener un cierto grado de desconfianza.

Por el contrario, quizá, convendría iniciar por parte de la doctrina una tarea —muy apreciada por cierto en Europa— de mantener una crítica permanente a la jurisprudencia, señalando los avances doctrinarios encontrados cuando se trate de sentencias loables, pero también manteniendo un control científico, y de justicia, permanente, respecto de los fallos condenables.

Una segunda alternativa para enfrentar los complejos retos ofrecidos al jurista por el mundo de hoy consistiría en replantar las bases de la ciencia jurídica volviendo los ojos a la realidad.

Se ha acusado en repetidas ocasiones a los juristas de frustrados por haber perdido el contacto con la realidad, escudándose en fórmulas con un lenguaje especializado y en conceptos teóricos cuya función debe ser aplicada a una realidad desconocida por ellos. Se reclama la urgente necesidad de tener contacto con las experiencias de la vida de todos los días, y de comenzar a tener una cierta sensibilidad frente a los problemas sociales si es que efectivamente el Derecho deba ser catalogado dentro de las ciencias sociales. El planteamiento pretende recuperar la relación entre Derecho y estructuras sociales, como única forma de reafirmar la función de ese Derecho.

Se trata de un intento por actualizar al jurista en su imagen asumiendo el verdadero rol que debe ocupar dentro de la Sociedad, y como impulsor de la ciencia jurídica.

El jurista debe descubrir la vinculación entre la dimensión jurídica y la dimensión social, pues regulación social y jurídica deben constituir uno y el mismo momento. Con la aplicación de los valores subyacentes el jurista debe ser intérprete de una Sociedad en transformación, asumiendo el papel no sólo el espectador sino de protagonista de los cambios sociales.

Naturalmente el planteamiento no escapa a las críticas. Se acusa el riesgo de confundir la Sociedad, o de no tener claridad sobre ella. Pero principalmente se duda si esa sociedad de juristas-ingenieros no sea una quimera, o bien otra de tantas abstracciones sin mayor contenido.

La mayor crítica la ha planteado en el campo jurídico Barcelona, dentro de la corriente italiana de hace unos años del uso alternativo del

Derecho, quien señala que basta mirar para percatarse de la existencia de al menos dos sociedades: la de los grupos sociales cuyo máximo interés radica en que el Derecho desarrolle una función marginal, algo así como la guardia del sistema sin penetrar en la política del empresario, sin ejercitar control alguno sobre la forma como se ejercitan los servicios públicos, etc., y al polo opuesto la otra Sociedad, nacida del reclamo de una nueva justicia para los oprimidos y explotados. De una parte la sociedad de los oprimidos, por otra parte la sociedad de los grupos sociales interesados en que el Derecho continúe aplicándose en una zona sustancialmente inoperante. Barcelona ve en el reclamo a la realidad social una fórmula vacía, exactamente como sucedió en el pasado con la fórmula vacía de recurrir a la naturaleza de las cosas.

Una tercera alternativa para el jurista de hoy sería la de reivindicar la relación entre Derecho y política, pues la función del científico no puede desarrollarse en forma adecuada si no comprende su propio rol político: como se sabe, toda argumentación jurídica expresa en el fondo una línea política determinada. No se trata de sustituir el lenguaje jurídico por el político sino evitar la degradación del Derecho como instrumento al servicio de las fuerzas políticas, adquiriendo conciencia de los contenidos económicos, sociales y políticos escondidos en las normas jurídicas.

La forma de aplicar esta alternativa consiste en privilegiar dentro de los diferentes sectores normativos algunos sectores o algunos significados. Se pretende siempre la reconstrucción del sistema privilegiando un conjunto de normas respecto de otras en abstracto, por ejemplo la Constitución Política respecto de los Códigos, siendo posible ello porque los valores asumidos en el sistema nunca son valores absolutos sino condicionados a los intereses tutelados conforme a ciertas condiciones impuestas. Lo que hace quien da un uso político al Derecho es asumir en forma arbitraria ciertos valores y sobre ellos plantea las operaciones jurídicas necesarias, demostrando que las fórmulas, o bien los valores, contrastantes, se encuentran ubicados jerárquicamente en un grado inferior, o bien constituyen una excepción a la regla.

Naturalmente esta alternativa permitiría caer en uno de los círculos viciosos de la ciencia jurídica cual es la de privilegiar normas, valores, conceptos, y sobre ellos estructurar la unidad y coherencia del sistema, aún cuando al ser un método derivado de la conceptualización teorizante se encuentra eximido de referir en cualquier forma a la Sociedad, presentando el razonamiento jurídico en términos de operaciones lógicas puras.

6. La alternativas planteadas son meras posibilidades sobre las cuales conviene iniciar una seria discusión, no solo para asumir una de ellas sino, principalmente, para evaluar críticamente lo realizado hasta la fecha y encontrar vías de acceso al mejoramiento de la ciencia jurídica.

Antes de asumir cualquier posición es absolutamente necesario que el jurista abandone la esterilidad y el conformismo, se plante en forma urgente la conveniencia de escapar del vínculo vicioso de las fórmulas abstractas pues la realidad es siempre infinitamente más rica que la teoría, debiendo la realidad estar al servicio de esa teoría y no a la inversa; en su labor debe intentar un permanente remozamiento con las concepciones más modernas pero fundamentalmente con la realidad y los valores propios de la Sociedad donde vive, y, en fin, debe descubrir el verdadero papel al que está llamado a cumplir, no siendo únicamente y exclusivamente el intérprete del legislador o del político, pues es ésta una de las funciones más limitadas, pobres y carentes de sentido.

Hoy, como nunca, debe rechazarse el dogma de la abstracción generalizante según el cual se atenta contra la autonomía de la ciencia si el científico se acerca a la realidad, descubre los valores de la Sociedad, y sobre ambos pilares plantea su argumentación. Por el contrario, la alternativa más saludable es buscar por todos los medios posibles la Justicia, y para ello el científico del Derecho, antes de elaborar sus fórmulas conceptuales debe involucrarse en forma permanente y constante con el medio donde sus conceptos deben ser aplicados como única forma de poder contar con cierta certeza y credibilidad, al tiempo de construirlos tomando como base la historia y los valores sobre los cuales esa Sociedad se construye.

Para comenzar, un campo fértil lo constituye la forma de enseñar el Derecho, donde deben replantearse muchos temas. Debe enfrentar los nuevos problemas conocidos por la Sociedad de hoy, impulsando todos los esfuerzos necesarios para superar la pérdida de significado de que se acusa al Derecho. Respecto del ordenamiento jurídico no constituye una traición a la ciencia reconocer sus contradicciones y lagunas, sus incoherencias e incluso sus injusticias, sino, por el contrario, es la base para iniciar la construcción de un sistema sobre bases absolutamente reales: no se trata de renunciar al sistema sino, todo lo contrario, redimensionarlo para convertirlo en uno más justo, tampoco se trata de ofrecer otras definiciones respecto de instituciones como el Parlamento, la propiedad, el contrato, la familia, el Estado, sino denotar en ellas sus características propias.

Las argumentaciones de ciertos pedagogos de crear un estudiante crítico se convierten en esquemas vacíos y carentes de sentido porque ese no es el fin, como tampoco lo es la forma o el método de la enseñanza, la verdadera solución es ofrecer alternativas científicas susceptibles de darle al Derecho una posición y un significado capaz de asumir el papel impuesto por las exigencias del presente y el futuro.

Para salvar los graves problemas atravesados por las ramas del Derecho cuya función es la de servir al ejercicio de la profesión, en la mayoría de las Universidades se han integrado los estudios con disciplinas culturales y metodológicas, única forma para que el Derecho asuma una dimensión más trascendental y humana, permitiendo con ello lograr algunas deriva-

ciones del Derecho, la Sociedad y la Cultura. En Costa Rica este criterio también ha tenido acogida, aún cuando no con el éxito esperado.

Se trata de incorporar dentro del currículum universitario las disciplinas de la Filosofía del Derecho y la Sociología jurídica. Con la primera es necesario interrogarse sobre la esencia del Derecho, sobre el contenido de la justicia y sobre la ética en la experiencia jurídica, la segunda debe estudiar la praxis de la realidad jurídica. Este conocimiento para el jurista es fundamental en cuanto permite comprender el derecho positivo en su dimensión racional recurriendo a los hechos históricos, a los valores y a la ideología.

Con la cátedra de Filosofía del Derecho se está viviendo una experiencia altamente estimulante, pues dejando a un curso introducción el estudio de una serie de temas que le habían convertido en forma estéril en una disciplina informadora de las diferentes corrientes de pensamiento, hoy asume —casi como curso monográfico— el análisis de un determinado valor importante (este año el tema es el de la libertad), permitiendo al estudiante vivir la experiencia de analizar primero ese valor desde el punto de vista ontológico, del ser, y luego desde un ángulo axiológico. Por el contrario, en cuanto a la Sociología jurídica, ésta como cátedra nunca se ha organizado, limitando el conocimiento del futuro jurista con las enseñanzas de una sociología general, concebida como introductoria para muchas otras carreras, percibiéndose, en consecuencia, un vacío imperdonable.

Lamentablemente este importante esfuerzo —sobre todo el de la Filosofía del Derecho— poco ha servido para superar la forma tradicional de impulsar la construcción de la cultura jurídica, porque en las disciplinas profesionales estas experiencias no son consideradas, y lo que es peor, dentro de las obras jurídicas son pocas las orientadas a plantear una visión amplia vinculando la realidad con las normas y con los valores.

La ciencia jurídica costarricense requiere hoy de un replanteamiento importante en los mismos términos de como ello sucedió hace 25 años. Las alternativas existen. Conviene acercarse aún más a la Sociedad para percibir la realidad donde las normas deben encontrar su adecuada aplicación, el jurista debe convertirse en un experto de la vida social, debiendo tomar de ésta los valores informadores de la norma, solo así logrará el equilibrio para la duración y la evolución que constituye el *proprium* del Derecho, impregnando con sus interpretaciones —incluso políticas— el significado más adherido posible a los valores emergentes de la realidad social y humana, y participando en el proceso constructivo de una Sociedad cada vez más justa.

RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

MURILLO, Mauro, *Ensayos de derecho público* (San José: UNED, 1988).

El Dr. Roger Churnside en la *Presentación* de este libro del Dr. Mauro Murillo expresa que los funcionarios públicos, los especialistas en administración y en el campo del derecho así como los ciudadanos derivarán gran provecho de esta obra.

Sin duda que ello es cierto y este trabajo cubre un campo de investigación y de praxis de la Administración Pública importante.

El libro se divide en tres áreas:

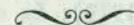
- * Derecho constitucional
- * Derecho administrativo y
- * Derecho municipal.

Los trabajos que se ubican en cada una de esas áreas responden a problemas prácticos, reales y relevantes del Estado costarricense. El Dr. Murillo, entre sus múltiples ocupaciones ha tenido la de asesor del Estado en sus diversas instancias, dimensiones y *focus* de la actividad administrativa, lo cual le ha dado un conocimiento de primera mano acerca de la teoría y la práctica de nuestro Estado.

En total son 22 trabajos de investigación sobre aspectos variados, diversos pero complementarios de la Administración Pública nacional.

Este libro es otro acierto editorial de la Universidad Estatal a Distancia (UNED) y es indispensable la lectura de esta obra para comprender y conocer el Estado actual de nuestro país.

jerp.



RICO, José María *et al*, *La justicia penal en Costa Rica* (San José: EDUCA, 1988).

EDUCA acaba de publicar un libro sumamente interesante y necesario sobre la justicia penal en nuestra nación.

Se pasa esta obra en la investigación sobre el sistema penal iniciada en 1986 (enero) y terminada en octubre de este año, merced a la colaboración de la Universidad Internacional de Florida y el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente (ILANUD).

La composición de su temario es la siguiente:

- * marco teórico y metodológico
- * el contexto del sistema penal
- * descripción del sistema penal
- * algunos aspectos de la problemática de la administración de justicia y
- * conclusión.

El objetivo básico de la investigación es presentar una descripción lo más completa posible del sistema penal costarricense y un diagnóstico sobre sus principales deficiencias y problemas.

Sin duda que el libro cumple con el objetivo.

Cabalmente, en época cercana a la promulgación del actual Código Penal, escribimos como parte de nuestras obligaciones académicas en los cursos de doctorado de la Universidad Complutense de Madrid (*Derecho Penal contemporáneo*) un trabajo de investigación sobre dicho Código Penal, que se publicó en el "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales" (Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, pp. 425 a 458) y en la "Revista de Ciencias Jurídicas" N° 38 (San José: UCR, Colegio de Abogados, 1979, pp. 319 a 370).

En ese trabajo hicimos un repaso de la historia penal del país, acerca del código penal latinoamericano, las circunstancias propias en que se gestó la actual legislación penal y los factores sociales y políticos que la plasmaron, además de unas reflexiones sobre el futuro de esa legislación.

Por lo que respecta a esta investigación del Dr. José María Rico y otros (*et al*) hace un buen inventario de lo publicado respecto de esta problemática y nos da una visión coherente sobre el tema. Luis Salas, Enrique Gutiérrez y Carlos Cruz aparecen como coautores de esta investigación.

En torno a esta temática la *editorial Siglo XXI* ha publicado, entre otros, estos libros: *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, José María Rico (1979); *La organización del crimen*, Mary Mc Intosh (1981); *Criminología y política en materia criminal*, Denis Szabo (1985); *Criminología crítica*, Ian Taylor *et al* (1985); *América Latina y su criminología*, Rosa del Olmo (1987); *Crimen y justicia en América Latina*, José María Rico (1985); *Los orígenes del sistema penitenciario, siglos XVI-XIX*, Darío Melosi y Massimo Pavarini (1980), *Control y dominación*, Massimo Pavarini (1983) y *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Alessandro Baratta (1986).

Todas ellas obras importantes para comprender el campo del derecho penal y la criminología del presente.

CASTILLO GONZALEZ, Francisco. *La autoría inmediata*, San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1987.

Dentro del programa editorial de la Facultad de Derecho está la monografía del Profesor Francisco Castillo González doctor en derecho por la Universidad de Bordeaux (Francia) y de la Albert-Ludwigs-Universität su Freiburg in Br. (Alemania, República Federal).

Como bien expresa el autor en su *Introducción*, este libro se divide en tres capítulos:

- 1) problemas generales
- 2) casos de autoría inmediata
- 3) límites y consecuencias de la autoría inmediata

Sin duda que el Dr. Castillo González con sus excelentes obras contribuye al desarrollo exitoso del Derecho Penal costarricense; y, específicamente, en este trabajo de investigación también porque este jurista tiene una formación francesa y alemana, siendo esta última muy útil para el tratamiento de la *autoría*, ya que el artículo 45 del Código Penal costarricense (referido a dicho tema) proviene del Derecho Penal alemán, a través del Código Penal Tipo para Latinoamérica, fuente directa de la Parte General de nuestro código.

El artículo 45 de nuestro Código Penal manda:

"es autor del hecho punible tipificado como tal, quien lo realizare por sí o sirviéndose de otro u otros y, coautores que lo realizaren conjuntamente con el autor".

La autoría mediata se configura en ese artículo 45, así:

"Es autor del hecho punible tipificado como tal... quien lo realizare... sirviéndose de otro u otros..."

No contiene ese artículo 45 ni una definición de la autoría mediata ni una determinación de los presupuestos de esa figura, apunta certeramente el Dr. Castillo.

Son la doctrina y la jurisprudencia las que deben desarrollar el contenido de esta forma de participación, afirma correctamente este jurista.

Con esta singular monografía, la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica da un aporte esencial al desarrollo de nuestro Derecho Penal.

TREVES, Renato, *La sociología del derecho: orígenes investigaciones, problemas* (Barcelona: Ariel, 1988).

El maestro turinense (1907-) TREVES se graduó en la Universidad de Turín en 1929, fue profesor de la Universidad de Messina (1934), Urbino, Parma; Tucumán (Argentina), etc. Y, finalmente en Milán (desde 1948) de cuya universidad es profesor emérito. Ha sido Presidente de la Asociación Italiana de Ciencias Sociales (1957-1964) y Vicepresidente de la Asociación Internacional de Sociología (1962-1966). A partir de 1974 dirige la revista *Sociologia del diritto*. Entre sus obras destacan *El derecho como relación* (1984), *Sociología y filosofía social* (1941), *Derecho y cultura* (1947), *Libertad política y verdad* (1962).

El esquema de su libro sobre *La sociología del derecho* es el siguiente:

parte primera: orígenes de la sociología del derecho (precursores, sociólogos, politólogos, juristas, sociólogos del derecho).

parte segunda: investigaciones y problemas (investigaciones empíricas, métodos, campos de aplicación, función del derecho, fin del derecho).

Se trata de una obra excelente para captar el sentido, estructura y relaciones que establece la sociología del derecho desde diversos ángulos (político, social y jurídico).

Se trata de un replanteamiento que rebasa en mucho su anterior libro *Introducción a la sociología del derecho* (1977), ya que nos muestra aspectos modernos y actuales de la discusión sobre esta materia.

ierp.

LEGISLACION

LEY DE INQUILINATO

CAPITULO I

De la ley y su objeto

Artículo 1.º - La presente ley, que se dicta en virtud de las facultades conferidas por el artículo 167 de la Constitución Nacional, tiene por objeto regular el contrato de arrendamiento de inmuebles urbanos, en sus aspectos económicos, sociales y jurídicos, y promover el mejoramiento de las condiciones de vida de los inquilinos.

Transcurre de esta ley, en lo que respecta al contrato de arrendamiento de inmuebles urbanos, el artículo 167 de la Constitución Nacional, en lo que respecta al contrato de arrendamiento de inmuebles urbanos, en sus aspectos económicos, sociales y jurídicos, y promover el mejoramiento de las condiciones de vida de los inquilinos.

Artículo 2.º - La presente ley se aplicará a los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos, celebrados con anterioridad a la promulgación de esta ley, en los términos que se establecen en el artículo 167 de la Constitución Nacional.

El presente artículo se aplicará a los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos, celebrados con anterioridad a la promulgación de esta ley, en los términos que se establecen en el artículo 167 de la Constitución Nacional.

Artículo 3.º - El presente artículo se aplicará a los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos, celebrados con anterioridad a la promulgación de esta ley, en los términos que se establecen en el artículo 167 de la Constitución Nacional.

El presente artículo se aplicará a los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos, celebrados con anterioridad a la promulgación de esta ley, en los términos que se establecen en el artículo 167 de la Constitución Nacional.

El presente artículo se aplicará a los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos, celebrados con anterioridad a la promulgación de esta ley, en los términos que se establecen en el artículo 167 de la Constitución Nacional.

El presente artículo se aplicará a los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos, celebrados con anterioridad a la promulgación de esta ley, en los términos que se establecen en el artículo 167 de la Constitución Nacional.

El presente artículo se aplicará a los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos, celebrados con anterioridad a la promulgación de esta ley, en los términos que se establecen en el artículo 167 de la Constitución Nacional.

LEY DE INQUILINATO

Ley N° 7101 publicada en "La Gaceta N° 197
del 18 de octubre de 1988.

N° 7101

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA,

DECRETA:

Ley de Inquilinato

CAPITULO I

Disposiciones generales

Artículo 1°—La presente ley, que es de orden público, regula las relaciones jurídicas originadas en los contratos de arrendamiento de inmuebles con instalaciones, edificios o locales, destinados a vivienda, comercio, industria, oficinas o servicios.

Tratándose de vivienda, los derechos del arrendatario que se deriven de esta ley o del contrato, los disfrutará, en ausencia de aquél, el núcleo familiar, entendiéndose por éste el cónyuge, los hijos, los hermanos y los ascendientes y descendientes por consanguinidad que habiten con él.

Artículo 2°—En lo no contemplado en esta ley se aplicarán las normas sobre arrendamientos de derecho común, siempre que no contradigan los principios del régimen inquilinario.

Se aplicarán también, en su orden, la costumbre, los usos y los principios generales del Derecho.

Artículo 3°—En caso de conflicto con leyes de cualquiera otra índole, prevalecerá lo dispuesto en la presente.

En caso de duda, la interpretación y la aplicación de esta ley y de las fuentes que la integran se efectuarán en favor del interés del inquilino.

Artículo 4°—Esta ley no es aplicable en el caso de los edificios o locales pertenecientes a las municipalidades, al Estado y a sus instituciones.

Artículo 5°—Las cuestiones civiles y penales relativas a la aplicación de esta ley serán de conocimiento de los tribunales comunes, en la forma que se indique en la legislación respectiva y con las particularidades que se fijan en la presente ley.

Las acciones civiles prescribirán en un año, contado desde la fecha indicada en cada caso.

En cuanto a la extinción de la acción penal y de la pena, se aplicará lo dispuesto en el Código Penal.

Artículo 6º—Se reputa como deber social la debida conservación de las casas o locales de alquiler, tanto de parte de los arrendantes como de los arrendatarios.

CAPITULO II

El contrato de inquilinato

Artículo 7º—El contrato de inquilinato se demostrará por los medios de prueba establecidos en el Derecho Civil o Mercantil, según el caso.

Los contratos correspondientes a las viviendas consideradas de interés social estarán exentos de toda clase de impuestos y timbres.

Artículo 8º—En los contratos que regula la presente ley se prohíbe el subarriendo. En este aspecto la tolerancia del arrendante no crea derechos a favor del arrendatario.

Cuando el inquilino desocupe la casa en lo personal, no tendrá derecho a prestarla o cederla a otra persona, sea ésta pariente o no, salvo el núcleo familiar cuando se ausente por cualquier causa la persona a quien estaba arrendada.

En cuanto a locales dedicados al comercio o a la industria, la venta, el traspaso o la cesión del negocio no dará derecho al arrendante a pedir la desocupación, si el adquirente del negocio acepta y cumple con las obligaciones que su vendedor o cedente tenía con él.

Artículo 9º—El plazo de los contratos regidos por la presente ley se considerará prorrogado por tiempo indefinido al vencimiento, en forma obligatoria para el arrendante y potestativa para el arrendatario.

A partir de la vigencia de esta ley, el arrendamiento de las casas de habitación y de los locales comerciales, industriales o de oficinas, que estuvieren desocupados en virtud de nueva construcción, o por cualquier otra causa, no se regirá por las disposiciones de la presente legislación sino por las del Código Civil y de la legislación común.

Se exceptúan las casas de habitación consideradas de interés social y los locales destinados al pequeño comercio, a la pequeña industria o a la pequeña artesanía. Los locales arrendados por organizaciones de artesanos, debidamente legalizadas, se regirán por las disposiciones de esta ley, sin las limitaciones indicadas en el párrafo último de este artículo.

Para los efectos de este artículo, deberán considerarse de interés social aquellas casas de habitación que tengan un valor, determinado por el Departamento de Avalúos de la Dirección General de la Tributación

Directa, no mayor del doble del límite máximo que se considere como tope para viviendas de interés social, de acuerdo con las atribuciones asignadas al Banco Hipotecario de la Vivienda en el artículo 150 de la ley N° 7052 del 11 de noviembre de 1986.

También para los efectos señalados en el párrafo segundo anterior, se considerarán locales destinados al pequeño comercio, a la pequeña artesanía, aquellos que se encuentren ubicados en un inmueble cuyo valor total, fijado por el juez, en cada caso concreto, con fundamento en un informe pericial precio, no pase de tres millones de colones, suma esta última que se ajustará anualmente a partir de la fecha en que entre a regir la presente ley, de conformidad con el índice correspondiente a los edificios, que se indica en el artículo siguiente.

Artículo 10.—En el momento de celebrar el contrato, las partes convendrán en el precio del alquiler y en su modalidad de pago. Salvo los casos de vivienda de interés social, en los contratos regidos por esta ley es lícito el pacto de renta escalonada, ya sea en caso de un incremento de acuerdo con el índice correspondiente a edificios o viviendas, elaborado por la Dirección General de Estadística y Censos del Ministerio de Economía y Comercio, o en caso de un incremento fijo que no exceda de un quince por ciento (15%) anual, a libre elección de las partes.

Artículo 11.—En cualquier tiempo, las partes podrán convenir en la modificación del precio del alquiler y su modalidad de pago. Si las partes no llegaren a ningún acuerdo para determinar el nuevo precio de la renta, y si se tratare de un contrato de término vencido o de plazo indeterminado, o del ejercicio del derecho de prioridad que la ley concede, el interesado podrá solicitar la fijación judicial del alquiler. No podrán promoverse diligencias judiciales para la determinación de la renta respecto de una misma casa o local, sin que haya transcurrido un término de treinta meses desde la fecha en que empezó a regir el precio que se pretende modificar, ya se hubiere establecido este por convenio o por resolución judicial. Las partes contratantes podrán fijar libremente el plazo para la terminación del contrato de arrendamiento, pero en ningún caso ese plazo podrá ser inferior a treinta meses, en perjuicio del arrendatario. En ambos casos, tratándose de vivienda de interés social, el plazo será de sesenta meses. Las diligencias para fijar el monto de los alquileres se tramitarán por el proceso sumario previsto en el Código Procesal Civil. Su conocimiento corresponderá a los juzgados civiles de la jurisdicción en que esté situado el inmueble, y se considerarán de cuantía inestimable.

El juez se pronunciará con base en los elementos de prueba que permitan resolver si procede o no la modificación solicitada y, en su caso, fijará la renta justa.

En la fijación del nuevo precio del alquiler, los tribunales considerarán especialmente, la opinión de un perito calificado, el valor, el estado de conservación, la antigüedad, la clase de construcción, el mantenimiento, el área útil y la ubicación del inmueble; todo en relación con el destino

de este y, en el caso de viviendas de interés social, en relación con el ingreso del núcleo familiar. La resolución definitiva tendrá los recursos de revocatoria y de apelación.

Artículo 12.—En la resolución inicial, que no tendrá recurso alguno, el tribunal fijará el precio provisional que deba depositar el inquilino, sin perjuicio de que esa resolución sea modificada en la sentencia.

Si el inquilino no depositare el monto fijado dentro de los ocho días naturales siguientes al de la notificación, incurrirá en falta de pago. El precio que se fije en la sentencia será retroactivo a la fecha en que se interpuso la demanda. Si fuere mayor al que se fijó provisionalmente, el tribunal concederá un plazo de un mes al inquilino para que pague la totalidad de las diferencias, y si no lo hiciere se ordenará su inmediato desalojo por falta de pago. Si fuere menor, las diferencias le serán devueltas al inquilino dentro de los quince días siguientes a la firmeza de la resolución que lo ordene, o si el inquilino lo prefiere, se aplicarán a rentas futuras.

Artículo 13.—El pago del alquiler se hará en la forma y en el lugar convenidos. El inquilino podrá hacer el pago dentro de los ocho días siguientes a la fecha estipulada en el contrato.

El inquilino pagará correctamente si deposita judicialmente el alquiler sin necesidad de oferta real de pago. Para que sea válido el depósito, deberá hacerse a la orden de la autoridad judicial competente del lugar en que esté situado el inmueble, e indicarse en la boleta la dirección en que deberá notificarse este primer depósito al arrendante.

Los depósitos siguientes, para que sean válidos, deberán hacerse a la orden de la misma autoridad.

Si el inquilino se limitare a depositar el monto del alquiler, sin promover ante la autoridad competente las correspondientes diligencias de consignación de alquileres, a solicitud del consignatario, dicha autoridad girará el monto del depósito, sin dilación de trámites, y decretará firme el auto en el que se ordene el giro.

Artículo 14.—De cada pago, el arrendante, o quien lo represente, estará en la obligación de extender el correspondiente recibo, con indicación de la fecha exacta del pago, de la suma recibida, de si ésta incluye sólo el alquiler o si también comprende otros servicios como agua y electricidad, y del período cubierto por el pago.

Artículo 15.—Cuando el inquilino se vea obligado a utilizar en común con otros inquilinos los servicios de electricidad y agua, el baño, el fregadero y los demás servicios sanitarios imprescindibles, por carecer el inmueble arrendado de las instalaciones necesarias, ese arrendatario tendrá la facultad de no pagar el precio del arrendamiento, hasta tanto el propietario no lleve a cabo las adiciones necesarias para el disfrute independiente de los servicios. También tendrá esa facultad cuando los servicios de agua, el fregadero y los demás servicios imprescindibles no existieren.

Asimismo el arrendatario podrá ~~no pagar el monto del alquiler,~~ mientras el propietario no lleve a cabo las reparaciones pertinentes, cuando el inmueble tenga las siguientes anomalías:

- a) Inseguridad ocasionada por el deterioro de su estructura.
- b) Pisos, paredes o techumbres en estado sumamente defectuoso, hasta el punto de que pongan en peligro la seguridad de sus moradores.
- c) Peligro inminente de que sea destruido por derrumbes o inundaciones, por falta de muros de contención o desagües.

Artículo 16.—Si la suspensión de los servicios indicados en el párrafo primero del artículo anterior la efectuare la institución que los suministra, por falta de pago de parte del arrendante, el inquilino podrá pagar o abonar a lo adeudado lo correspondiente a la última mensualidad y, si no fuere suficiente con una renta, podrá completar el pago y deducirlo de las rentas siguientes.

La institución estará obligada a recibir el pago en la forma dicha y a no suspender o, en su caso, a reconectar el servicio, aun cuando el pago no cubra la totalidad de lo que el arrendante adeude por períodos anteriores.

Artículo 17.—Salvo pacto en contrario, corresponde al arrendante el pago de la cuota básica por concepto del servicio de agua potable y de alcantarillado, y al inquilino pagar el exceso. El comprobante de pago constituye título ejecutivo contra el inquilino. En caso de que el arrendante, ante la renuencia del inquilino, se viere obligado a acudir a la vía ejecutiva, por dos o más veces, para cobrar los servicios de agua, sin lograr el reintegro, por un hecho atribuible al inquilino, éste incurrirá en causal de desalojo. Si varios inquilinos obtuviesen servicio de un mismo medidor, el monto del exceso se prorrateará de acuerdo con el área ocupada por cada uno. Esto mismo se aplicará en el caso de los servicios eléctricos.

Artículo 18.—Para poder ejercer la facultad señalada en el artículo 15, el arrendatario deberá solicitar al propietario que lleve a cabo las reparaciones o adiciones mencionadas.

El requerimiento lo hará el arrendatario mediante carta certificada, o personalmente, en compañía del delegado cantonal o distrital de la Guardia de Asistencia Rural, quien deberá practicar el requerimiento y extender constancia de ello, so pena de despido.

El arrendante deberá iniciar las reparaciones o adiciones en el término de un mes, contado a partir del requerimiento o de la resolución judicial en que, de conformidad con el artículo siguiente, se le ordene proceder a realizarlas.

En el último caso, el tribunal indicará prudencialmente el plazo dentro del cual deberán quedar terminadas las reparaciones o adiciones.

El arrendante podrá acudir ante los tribunales comunes en el término de cinco días, a partir del requerimiento, para que, por medio del proceso

sumario señalado en el Código Procesal Civil, se determine si el arrendatario tiene o no derecho a cesar en el pago del alquiler, de conformidad con lo estipulado en el artículo 15.

Artículo 19.—Las rentas posteriores al requerimiento, hasta el momento en que el arrendante lleve a cabo las reparaciones pertinentes, o hasta que se defina la situación por sentencia firme, serán depositadas por el inquilino a la orden de la autoridad competente. Mientras no lo haga no se atenderán sus gestiones.

Si el arrendante se mostrare conforme con las pretensiones del inquilino y realizare las obras solicitadas, el dinero del período en que el inquilino no disfrutó de los servicios le será devuelto a éste, lo mismo si, mediante sentencia, el tribunal determinare que era justificado el requerimiento; o lo entregará al arrendante si era injustificado.

Las reparaciones o adiciones que se realicen conforme con los artículos 15, 18 y 19, en ningún caso darán derecho al arrendante para aumentar el precio del alquiler, ni para recuperar el dinero que hubiere dejado de percibir desde el día siguiente al requerimiento, hasta aquel en que concluyan los trabajos.

Cuando, mediante sentencia, se acojan las pretensiones del inquilino, el tribunal dará un plazo prudencial al arrendante para que repare la edificación. Si el arrendante no ejecutare las reparaciones dentro del plazo conferido, el inquilino podrá ejecutarlas y rebajar su costo de las rentas futuras.

El inquilino estará obligado a pagar el alquiler una vez concluidas las reparaciones. A falta de acuerdo, el arrendante deberá comprobar ante el juez que ha concluido las obras.

Artículo 20.—Si fuere el arrendante quien dispusiere hacer las reparaciones, a falta de acuerdo entre los contratantes, cualquiera de ellos podrá recurrir al tribunal para que, mediante el proceso sumario que establece el Código Procesal Civil, se determine si son o no indispensables.

Si el inquilino manifestare que se aviene a soportar las molestias que le ocasionen los trabajos, el arrendante iniciará las reparaciones sin desalojarlo y las llevará a cabo sin causarle molestias innecesarias.

En caso de que las reparaciones sean de tal naturaleza que no permitan habitar la cosa o local, el inquilino deberá desalojarla dentro del plazo de un mes, que se contará a partir de la firmeza de la sentencia.

El inquilino que desalojare la casa o local para que se efectúen reparaciones tendrá derecho de prioridad para volver a ocuparlas. Este derecho caduca si transcurren quince días sin que se ejerza, plazo que se contará a partir de la fecha en que el arrendante le comunique formalmente que han concluido las reparaciones.

Concluidas las reparaciones, si el arrendante lo solicita, el tribunal resolverá si las obras efectuadas justifican o no un aumento en el precio del alquiler; en caso afirmativo, en qué cantidad y a partir de qué fecha.

CAPITULO III

Desalojo

Artículo 21.—Serán causales de desalojo las siguientes:

- 1) Falta de pago del alquiler.
- 2) Solicitud de la casa de habitación para uso propio o de su familia, entendida ésta como los ascendientes y descendientes hasta el tercer grado, inclusive, y los hermanos, todos por consanguinidad.
- 3) Nueva construcción total.
- 4) Reparaciones indispensables, conforme con lo dispuesto en el artículo 20.
- 5) Utilización de la casa o local para actos contrarios a la moral pública o a las buenas costumbres.
- 6) Ocupación de la casa o local por personas que promuevan escándalos, tales que hagan necesaria la intervención de las autoridades judiciales con fallos condenatorios.
- 7) La cesión o subarriendo, o el desalojo en lo personal, en los casos prohibidos en el artículo 8°.
- 8) Alojamiento de un número excesivo de personas, cuando ese exceso pueda calificarse de abusivo.
- 9) Daños de consideración ocasionados a la propiedad.
- 10) Reincidencia en los hechos a que se refiere el artículo 30.
- 11) Cambio de destino que signifique una grave contravención al contrato.

Artículo 22.—La solicitud de desalojo que formule el arrendante, para uso propio o de sus familiares, deberá hacerse con no menos de cinco meses de anticipación al establecimiento de la demanda de desahucio. Deberá hacerla judicialmente o por medio de acta notarial; en ambos casos deberá aportar testimonio de escritura de declaración jurada sobre el uso que dará a la casa cuyo desalojo solicita.

La solicitud no será procedente cuando la persona, en favor de quien se pide el desalojo, haya habitado durante el año anterior en una casa de su propiedad, o de su cónyuge, compañero o compañera.

Para los efectos de este artículo, se entenderá por familiares los indicados en el inciso 3) del artículo anterior.

Artículo 23.—Si la persona a que se refiere el artículo anterior no se trasladara a la casa dentro de un mes, contado a partir del desalojo, cuando éste se hubiere ejecutado por vía del desahucio o por vencimiento del plazo de cinco meses, o se comprobara que el traslado es ficticio, o que a la casa se le dará un uso distinto al declarado, o que simplemente es una maniobra para volver a alquilarla, al arrendante se le aplicará la pena

señalada en el artículo 29. Además, el arrendante deberá indemnizar al arrendatario con una suma no menor al monto de un semestre de renta, según el nuevo contrato, o al monto de un año de renta, según el contrato anterior, considerado el monto más alto. También deberá indemnizarlo por cualesquiera otros daños y perjuicios que el arrendatario demuestre.

Artículo 24.—En el caso de una nueva construcción, el arrendante deberá pedir el desalojo con no menos de cinco meses de anticipación al establecimiento de la demanda de desahucio. La solicitud deberá hacerla judicialmente o por medio de un acta notarial; en ambos casos deberá aportar testimonio de escritura de declaración jurada referente a sus pretensiones de construcción.

Al establecer la demanda de desahucio, el arrendante deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- 1) Presentar el permiso de construcción.
- 2) Presentar los planos de la nueva construcción debidamente aprobados por los organismos correspondientes.
- 3) Demostrar que la nueva construcción tendrá un valor real superior al actual.

Para determinar el valor real de la construcción actual, el juez solicitará el dictamen pericial. El valor de la nueva edificación se demostrará por medio del presupuesto que elaborará el profesional responsable y que será ratificado mediante declaración jurada ante el tribunal. Además, deberá informar sobre el valor real de la construcción actual.

Los trabajos para la nueva construcción deberán iniciarse dentro del mes siguiente al del desalojo.

Artículo 25.—Si el inquilino hubiere desalojado y el arrendante desistiere de construir, el arrendante deberá informarlo al tribunal con la brevedad posible, a fin de que se notifique al inquilino para que, dentro de los quince días naturales siguientes al día de la notificación, manifieste si desea regresar al inmueble, y para que, en caso afirmativo, lo haga dentro de ese plazo, por el mismo precio.

El arrendante deberá pagar todos los gastos en que hubiere incurrido el inquilino, conforme se demuestre y resuelva en el incidente establecido al efecto, del que sólo será apelable la resolución final.

Artículo 26.—El propietario de un local comercial, industrial o de oficina, que solicite su desalojo para la construcción de una edificación nueva, deberá llenar los requisitos establecidos en esta ley. El inquilino desalojado tendrá derecho a que se le pague, en el momento de entregar el local, como indemnización única y definitiva por el desalojo, el importe equivalente al monto de nueve meses de alquiler, si se tratara de locales comerciales o industriales, y de seis meses si son locales de oficina, según el precio vigente en el momento de solicitarlo. En esta forma cesará toda

relación contractual entre el inquilino y el arrendante. En este caso, el arrendante podrá disponer libremente del inmueble una vez concluida la edificación. En caso de ejecución judicial del desalojo, el juez lo ordenará previa consignación, por el propietario, de la suma correspondiente.

Artículo 27.—El arrendante tendrá derecho a visitar la casa o local una vez al mes, durante el día, estando presente el inquilino, para cerciorarse de la forma en que éste trata el inmueble arrendado. Para tal efecto, convendrá la hora y la fecha con el inquilino.

Cuando la demanda de desahucio se fundamente en la causal de que el inquilino causa daños de consideración al inmueble, antes de dictar la resolución inicial en que se le prevenga el desalojo, el tribunal, por medio de una inspección y de una prueba pericial, establecerá la existencia, la magnitud y el monto de los daños, sin perjuicio de lo que luego se dispute y resuelva en la sentencia. Esa prueba se ordenará y recibirá a la brevedad, sin señalamiento de hora y fecha. El inquilino podrá intervenir si estuviere presente y, en todo caso, se le pondrá en conocimiento de la resolución inicial en que se le previene el desalojo. Si la demanda fuere declarada con lugar, en la sentencia se condenará al inquilino a pagar los daños y perjuicios causados, y se fijará un monto definitivo cuyo cobro se hará en el mismo proceso de desahucio, en la etapa de ejecución de la sentencia.

CAPITULO IV

Sanciones

Artículo 28.—Las infracciones a esta ley indicadas en este capítulo constituyen contravenciones que se ventilarán conforme con lo establecido en el Código de Procedimientos Penales.

Artículo 29.—Se impondrá la pena de diez a cien días multa, o prisión de un mes a un año, al arrendante que:

- 1) Desalojare al inquilino de la vivienda para ocuparla él o sus familiares y no se trasladare a ella, o no lo hiciere dentro de los plazos establecidos en la presente ley, o la diere por cualquier título a otra persona.
- 2) Desalojare al inquilino para efectuar reparaciones indispensables y, hechas o no arrendare el inmueble a otra persona, o lo ocupare él o lo diere por cualquier título a otra persona.
- 3) No hiciere los trabajos solicitados por el inquilino y ordenados por el tribunal, si por ello hubiere obligado a efectuar el desalojo.
- 4) Injustificadamente suspendiere servicios indispensables para el buen uso y disfrute del inmueble.
- 5) Retirare del inmueble, materiales o instalaciones necesarias para el buen uso y disfrute de aquél. En este caso, la agencia fiscal prevendrá

al arrendante de que, en el plazo de cinco días, restituya los materiales o las instalaciones. Si así lo hiciere no habrá delito.

- 6) No iniciare la construcción dentro del mes siguiente al desalojo.
- 7) De cualquier forma discriminare a menores de edad, o pusiere como condición para celebrar el contrato de arrendamiento el que la casa no la habiten niños.

Artículo 30.—Se impondrá la pena de diez a cien días multa, o prisión de un mes a un año, al inquilino que impidiere del todo u obstaculizare, en cualquier forma, al arrendante o a quien lo represente legítimamente, la visita mensual al inmueble a que se refiere el artículo 27. La reincidencia, dentro de un mismo año calendario, será causal de desalojo.

Artículo 31.—Cuando el inquilino hubiere sido desalojado con infracción a los derechos que le otorga la presente ley, en la sentencia condenatoria, independientemente de que se haya ejercido o no la acción rescicatoria, el tribunal podrá ordenar su reinstalación en el inmueble.

CAPITULO V

Disposiciones finales

Artículo 32.—Se derogan la Ley de Inquilinato, N° 6 del 21 de setiembre de 1939, y la N° 680 del 3 de setiembre de 1946 y sus reformas.

Artículo 33.—Rige a partir de su publicación.

CAPITULO VI

Disposiciones transitorias

Transitorio I.—Los asuntos judiciales pendientes al entrar en vigencia esta ley continuarán su tramitación hasta su fenecimiento conforme con la ley anterior.

Transitorio II.—El plazo de treinta meses establecido en el artículo 11 no será aplicable a los contratos vigentes, para los cuales esté corriendo el plazo de cinco años que señala la ley anterior, sino a partir del vencimiento de ese plazo.

Transitorio III.—Hasta tanto no entre en vigencia el nuevo Código Procesal Civil, los asuntos que conforme con esta ley deban tramitarse en proceso sumario, se sustanciarán mediante el trámite de los incidentes comunes previsto en el Código de Procedimientos Civiles vigente.

Comuníquese al Poder Ejecutivo

Asamblea Legislativa.—San José, a los veintidós días del mes de setiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

CLINTON CRUICKSHANK SMITH

Vicepresidente
en ejercicio de la Presidencia

JOHNNY RAMIREZ AZOFEIFA
Primer Secretario

ANGEL MARIN MADRIGAL
Segundo Secretario

Dado en la Presidencia de la República.—San José, a los seis días del mes de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Ejecútese y publíquese

OSCAR ARIAS SANCHEZ

El Ministro de la Presidencia,
RODRIGO ARIAS SANCHEZ

El Ministro de Vivienda y Asentamientos
Humanos,

FERNANDO ZUMBADO JIMENEZ

INDICE

	Pág.
Presentación	9
 <i>Ensayos:</i>	
Del proceso y la cultura. <i>Prof. Walter Antillón</i>	11
Constitución y emergencia (Apuntes en torno al proceso constituyente de Nicaragua). <i>Dr. Enrique Pedro Haba</i>	21
Las nulidades en el proceso penal costarricense. <i>Licds. Isabel Porras, Carlos A. Jovel, Carlos A. Chávez, Jorge Rodríguez, Leovigildo Rodríguez</i>	43
Noción y características del derecho administrativo. <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	65
Controles sobre las sociedades por acciones en las legislaciones costarricense, hondureña y mejicana. Breves consideraciones críticas. <i>Dr. Alfonso Gutiérrez Cerdas</i>	97

	Pág.
El centenario del Código Civil costarricense.	
<i>Dr. Hugo Alfonso Muñoz Quesada</i>	119
Estado y derecho en la Costa Rica del Siglo XIX.	
<i>Dra. Marina Volio de Kobe</i>	129
Despertar, problemas y alternativas de la ciencia jurídica.	
<i>Dr. Ricardo Zeledón Zeledón</i>	151

Reseñas bibliográficas:

MURILLO, Mauro. <i>Ensayos de derecho público</i> (jerp)	169
RICO, José María <i>et al. La justicia penal en Costa Rica</i> (jerp)	169
CASTILLO GONZALEZ, Francisco. <i>La autoría inmediata</i> (jerp)	171

Legislación:

<i>Ley de inquilinato</i>	173
---------------------------------	-----

Impreso en San José de Costa Rica
por Litografía e Imprenta LIL, S. A.

Apartado 75-1100 Tibás