

Operación

Director

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez*

COS R

Nº30

SET-DIC

1976



Sistema de Bibliotecas - UCR



REV155840



D 21150 4 DIAS
25 ABO. 1977

BIBLIOTECA

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

No. 30

SAN JOSE, COSTA RICA
SETIEMBRE - DICIEMBRE
1976



* Profesor Asociado de la Universidad de Costa Rica. - Director de la Sección de Derecho Público del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho. - Tiene a su cargo las Cátedras de Licitaciones, y Contratos Administrativos; y, la dirección de la Cátedra de Derecho Público.

JUNTA DIRECTIVA DEL COLEGIO DE ABOGADOS

Presidente:
Lic. Edgar Cervantes Villalta

Vice-Presidente:
Lic. Alberto Raven Ramirez

Secretaria:
Licda. Elizabeth Odio Benito

Pro-Secretario:
Dr. Enrique Rojas Franco

Tesorero:
Lic. Andrés Benavides Dobles

Fiscal:
Lic. Francisco Calderón Cordero

Vocales:
Licdos. Carlos Urbina Fernández
Rafael Medaglia Gómez
Nilo Arce Sánchez
Antonio Peña Carrillo
Eduardo Sancho González

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Presidente Consejo Universitario:
Lcda. Ma. Eugenia Dengo de Vargas

Rector:
Dr. Claudio Gutiérrez

Vice-Rector de Investigación:
Dr. Manuel Murillo

Vice-Rectora de Acción Social:
Dra. María Eugenia Bozzoli de Willie

Vice-Rector de Vida Estudiantil:
Dr. Ronaldo Hirsch Keibel

Vice-Rector de Administración:
Lic. Luis F. Mayorga

Vice-Rector de Docencia:
Dr. Guillermo Chaverri

Decano de la Facultad de Derecho:
Dr. Fernando Mora Rojas

Vice-Decano de la Facultad de Derecho:
Dr. Jorge Enrique Guier Esquivel

Coordinador de la Comisión Editorial
Universitaria y del Sistema de Estudios de
Post Grado:
Dr. Fernando Durán A.



INDICE

	Pag.
Presentación. <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	11
Los Derechos Humanos en Legislación de Indias. <i>Dr. Jorge Enrique Guier</i>	17
El Derecho Costarricense (Sinopsis). <i>Profs. Wálter Antillón y Gerardo Trejos</i>	33
[De los Títulos-valores y de los Títulos cambiarios en general.] <i>Dr. Gastón Certad</i>	45
* El problema del monopolio de la acción Penal Pública en el Ministerio Público. <i>Jorge González Esquivel</i>	59
✓ La descentralización administrativa en la Constitución Política. <i>Dr. Mario Murillo</i>	75
El Derecho y la Moral. <i>Licda. Sonia Picado</i>	109
✓ Observaciones sobre la Municipalidad Costarricense. <i>Lic. Armando Arauz</i>	123
✓ El Ombudsman. <i>Dr. Enrique Rojas</i>	147
Inversión extranjera en América Latina. <i>Dr. Mario Carvajal</i>	187

PRESENTACION

Estas cuartillas se escriben para señalar la importancia que tiene para el país el hecho que la Revista de Ciencias Jurídicas cumpla su número 30 y sus catorce años de publicarse. Efectivamente, su primer número se editó en 1963, gracias al empeño de un grupo de juristas costarricenses, siendo su primer director, el distinguido profesor universitario y excelente abogado Eduardo Ortiz Ortiz, quien le dio vida y permanencia a esta publicación. Después, el Dr. Jorge Enrique Guier y el Lic. Rolando Soto asumieron la dirección y la responsabilidad de la misma en colaboración con el Profesor Ortiz.

Posteriormente, a partir de 1974 me ha tocado el honor, la responsabilidad y la dura tarea de llevar adelante esta idea hecha realidad feliz de darle a la nación y al orbe de juristas del mundo una revista que diera cuenta y fe del desarrollo, fines y rumbos del derecho nacional. En este punto hay que hacer la aclaración, que el Colegio de Abogados a lo largo de su brillante vida ha tenido una serie de publicaciones. La última de ellas, se llamó "Revista del Colegio de Abogados". Precisamente, ésta se fusionó con la "Revista de Ciencias Jurídicas" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, con el objeto de unir recursos financieros y esfuerzos humanos tendientes a lograr una revista dotada económicamente y con número de ejemplares mayor. Así, a partir del número 24 de la "Revista de Ciencias Jurídicas", se unen las mencionadas publicaciones bajo el nombre de la edición universitaria, más genérico y amplio.

En otras palabras, siete números han salido bajo el sello de la fusión indicada.

Los resultados de la fusión han sido satisfactorios para ambas partes (el Colegio de Abogados y la Universidad de Costa Rica, representada en la unidad académica ya dicha) y para los destinatarios de la revista.

En lo que respecta a este número, cabe puntualizar que el primer ensayo es del Dr. Jorge Enrique Guier Esquivel, Profesor de Historia y de Filosofía del Derecho, quien escribe sobre "Los Derechos Humanos en la Legislación de Indias".

Cabalmente uno de los temas clásicos del Derecho ha sido (y, es) el de los Derechos Humanos. En este sector del conocimiento humano el Dr. Guier realiza una investigación profunda y valiosa. En este tra-

bajo se nota meridianamente la lucha de los españoles por la dignidad y la integridad de los indios. Por supuesto, que frente a los peninsulares europeos que trataban de lograr un trato humano para los conquistados y colonizados se alzaba el otro bando de los que estimaban que la razón de la victoria militar era la fuerza y el avasallamiento de los vencidos. El Profesor Guier muestra este debate dialéctico diáfamente.

Como bien lo señala este intelectual, en sus conclusiones, "la finalidad de la legislación juzgada globalmente es clara: trata de obtener para todos los habitantes de la enigmática tierra nueva, recién descubierta, una situación jurídica estable y cierta, pero sobre todo, asimilada a la de los españoles residentes en la península de Europa. Precisamente, que "aquí no se hubiere logrado tal propósito, es otra cosa, independiente de la voluntad legislativa de los monarcas españoles y de quienes, con ellos, tenían la facultad y responsabilidad de legislar para América".

Como se puede comentar, la sociología jurídica expresa que la ley tiene sus propias dimensiones, supuestos y realidades, es decir, su propio mundo; mientras que, el mundo real, está ubicado en su específica relación de coordenadas muy específicas. No se trata de afirmar que la realidad y la ley son esferas independientes y distintas, sino que entre el Derecho y la realidad social global se da una inter-relación de fuerzas de todo tipo que no permite observar una recíproca inter-dependencia de tipo mecanicista; al contrario, estamos ante la dinámica de la aplicación, gestación, administración y elaboración del Derecho con respecto a una matizada y complejísima realidad integral. Este comunicarse lo jurídico y lo real socio-cultural, es de índole dialéctico, contradictorio, de difícil acoplamiento, de una honda y tupida red de factores disímiles que están sistemática y continuamente operando sobre el cosmos legal y el cosmos real-social.

Como es fácil de comprender, el Derecho ha sido, en buena parte, la expresión de la lucha del ser humano por los derechos que le son propios, tanto a nivel individual como colectivo.

El segundo estudio está efectuado por los profesores Walter Antillón y Gerardo Trejos acerca de una sinopsis del Derecho Costarricense.

En este trabajo se hace un análisis del sistema constitucional, las fuentes del derecho, una síntesis histórica del derecho privado. Además una reseña del derecho civil y comercial o mercantil; complementado por una presentación sobre economía y comercio. Asimismo se estudia el régimen de la concurrencia de los bienes inmateriales, finalizando con una breve descripción del derecho internacional privado y procesal internacional.

Con esta reseña de nuestro derecho, los citados docentes efectúan una contribución apreciable a la visión de conjunto del desarrollo de nuestro Ordenamiento Jurídico.

El Dr. Gastón Certad nos presenta un trabajo sobre títulos valores y cambiarios, en el cual abarca estos puntos: función económica de tales títulos; conceptos del título valor y del documento; el carácter formal del citado título, la conexión entre documento y derecho, la clasificación

de esos títulos, la relación entre títulos-valores y títulos cambiarios y el de los sujetos de la relación jurídica cambiaria.

Esta investigación, que forma parte de una más amplia que el Dr. Certad ha escrito, tiene el mérito de guiarnos en el laberinto que constituye la materia de los títulos valores; sin duda, de una enorme utilidad en el tráfico mercantil, a tal extremo que una caricatura del derecho mercantil podría hacerse partiendo del papel relevante de esta clase de documentos. Lo cual es explicable dado el grado de evolución del capitalismo moderno, en el que el formalismo jurídico va a la par del formalismo en las relaciones económicas. Efectivamente, a ese formalismo jurídico —fruto, en buena porción de la Revolución Francesa— que planteaba el Derecho en términos de estructura-función; y, como un conjunto cerrado y completo de normas jurídicas que relacionaba sujetos de derecho, como centros de imputación legal, se le suplementa (lógicamente) el formalismo de las relaciones económicas, que integra la función de los consumidores, productores, inversionistas, ahorrantes y atesorantes en una estructura denominada mercado, en el cual inciden los sujetos de la citada relación económica. Así, en ese cuadro de sujetos económicos y jurídicos que funcionan en la estructura del mercado y del ordenamiento legal, los títulos-valores cristalizan las operaciones mercantiles y hacen más expedito y viable el costo de operación del mercado de bienes, servicios y sujetos jurídico-económicos.

El tercer estudio que publica esta revista, es del estudiante Jorge González Esquivel en relación al problema del monopolio de la acción penal pública en el Ministerio Público.

En esta indagación al mencionado problema, el autor desarrolla estos temas: el juicio oral y público; el origen del Ministerio Público, y los extremos conflictivos del mismo, todo a propósito del problema supra indicado.

En vista de que en nuestra nación, el derecho penal se ha modernizado, el interés por las facetas de este terreno legal, se torna de suyo trascendente.

Cuando una legislación sustantiva y procesal es actualizada y variada, se hacen necesarios los enfoques desde todos los ángulos factibles.

Por su parte, el Dr. Mauro Murillo enriquece el inventario de estudios de derecho administrativo al publicar su trabajo acerca de la descentralización administrativa en la Constitución Política de 1949.

Este tema tiene, sin duda, aristas políticas sumamente llamativas.

Ello se comprende a la luz de los hechos políticos de los años de 1940 a 1948, cuando los excesos y desviaciones de poder del Gobierno Calderón-Picado configuraron un Ejecutivo fuerte, centralizador y con clara fisonomía de un patriarcalismo autoritario amparado a los postulados y axiomas de poder gestados en la Constitución Política de 1871. Frente a ese Estado rudimentario, monolítico, centralizado y caudillesco, la guerra civil de 1948 fue una reacción contra ese orden de cosas. Por esta razón, al vencer los "insurrectos", hubo consenso nacional de la urgencia de emitir una nueva Carta Magna, forma formarum, Carta

Cartorum o Norma normarum, que viniera a modernizar la sociedad y el Estado por medio del instrumento jurídico máximo.

Así, la descentralización administrativa se elaboró para debilitar ex-profeso al Poder Ejecutivo, forjando núcleos administrativos, financieros y legales que balancearan la instancia de Poder que dimanaba del Ejecutivo. De esta forma, se adicionaron a las ya existentes, otras sedes de la Administración Pública encargadas de llevar adelante determinados servicios públicos, en forma descentralizada.

En estos momentos históricos, un sector importante de las fuerzas políticas que lucharon por la descentralización administrativa y que integran el Partido Liberación Nacional han optado por girar hacia atrás, retroceder en la política citada, al plantear el centralismo como vía de desarrollo, planificación y reformismo democrático. Si, a nivel teórico e ideológico, el pretexto para tornar al centralismo del Ejecutivo, es la teorizada planificación para el desarrollo socio-económico, lo cierto del caso es que la "ley de la gravedad política", institucionalizada mediante el usufructo del poder público, conduce al imperativo categórico de acumular más factores e insumos de poder político y económico para tratar de garantizarse una cuota mayoritaria de dominación totalizante que lleve, cual vasos comunicantes, a los centros medulares del control social. En este caso, el fenómeno configura una centralización y acumulación de poder político que conduzca eficazmente a la acumulación y centralización del capital y su plusvalía.

En estas coordenadas se explica el por qué de la promulgación en su oportunidad de la llamada "ley cuatro-tres" (de hecho, todavía vigente, al tenor de las reglas del juego político) y la actual de las Presidencias Ejecutivas, que deviene en comisarias del Poder Ejecutivo, de tal suerte que la denominada autonomía administrativa ha sido debilitada y llevada a los campos de una descentralización administrativa vinculada al Poder Central. Esto unido a la desintegración paulatina, pero a pie firme, del régimen municipal, convierte a nuestro Poder Ejecutivo en un polo magnético de atracción que monopoliza la acción política en esa área de pugnas que es el mercado de recursos de dominación socio-económica.

Claro está que un Estado como ese tiene una propensión marginal al facismo, entendido como una acción estatal centralizadora, intervencionista y férrea que no goza de límites de contención ni de frenos y contrapesos, según la tradicional (aunque, siempre actual concepción de Montesquieu) imagen del gobierno democrático republicano.

Sin embargo, hay que aclarar que no se trata de un simple giro de 180 grados, un mero retorno al centralismo conocido en los años de 1871 a 1940; no se trata de esto, de ninguna manera. Cualitativa y cuantitativamente las circunstancias han variado bastante, como es sabido.

En este sentido cabe señalar que el trabajo del Dr. Murillo es valioso para entender lo que ha sucedido con la descentralización administrativa dentro del aparato del Estado.

En un cambio diverso, el tema de la relación entre el Derecho y la Moral, lo propone la Profesora Sonia Picado de una forma muy sugestiva y coherente.

En el contexto de las corrientes filosófico-jurídicas que, extrapoladamente, postulan un normativismo puro a ultranza, la moral constituye un factor externo al derecho; y, por tanto extra-legal. Empero, el derecho no es algo químicamente puro, sino un aspecto —entre muchos— de la vida en sociedad; y, una parte del control social, integrado, también por la moral, la costumbre, las reglas del trato social, la moda, los hábitos, la religión, etc. En este ensayo, la Profesora Picado aclara puntos polémicos de esa íntima conexión entre lo legal y lo moral.

En lo que respecta al estudio del Lic. Armando Arauz, destacado municipalista del país, hay que apuntar que en ese trabajo se nota la presencia de la crisis del régimen municipal en Costa Rica. Esencialmente, como ya lo habíamos afirmado en nuestros escritos sobre el Código Municipal y el Instituto de Fomento y Asesoría Municipal, el gobierno local está agónico porque está debilitado financieramente. Pero, las finanzas municipales no explican la totalidad de esta crisis agónica. A ellas, se le añade el fracaso de la política de formación del personal administrativo y el escaso impacto social del citado régimen. Dicho de una forma simple, el gobierno local es débil políticamente (en el sentido de la protección real a los intereses comunales) debido a que es débil económicamente; y, que, además, no hay voluntad política del Poder Ejecutivo ni del Poder Legislativo en fortalecer a la Municipalidad, ya que les conviene tenerlas en ese estado languideciente y moribundo.

Así es, al Poder Ejecutivo le conviene que las municipalidades estén agónicas en vista del centralismo vigente, que hace que el Poder Central carezca de una fuerza política que contrapesese su influencia; añadiendo a esto que a ningún gobierno le ha interesado robustecer efectivamente a las administraciones locales.

Asimismo, al Poder Legislativo, compuesto de una numerosa gama de políticos, les interesa mantener a las municipalidades como apéndices suyos, ya que de esta manera se da una supeditación que beneficia al diputado y mantiene al gobierno local en una situación de indefensión ante las manipulaciones del Poder Legislativo. Así, está dado el ajedrez político; y, es muy difícil que cambie.

En virtud de tales problemas es que el Lic. Arauz afirma que hay que moralizar las municipalidades y no suprimirlas. Siendo urgente una reforma al gobierno local que conduzca entre otras cosas a separar las elecciones municipales de las votaciones nacionales, evitando la política de que a cada cantón, necesariamente, le corresponda un gobierno local. Así, se podría pensar en municipalidades que englobaran varios cantones; es decir, gobiernos locales regionales, con mucho más poder político y económico. Otra reforma es la de nombrar popularmente el ejecutivo municipal, con el fin de que éste no esté supeditado al Consejo municipal y pueda ejercer el veto plenamente; y, que los gobiernos lo-

cales sean definidos constitucionalmente como órganos fundamentales del Estado.

El penúltimo trabajo que se publica es del Dr. Enrique Rojas Franco atinente al Ombudsman, protector de ciudadanos frente a la Administración Pública y vigilante de las libertades públicas.

El Ombudsman, protector y vigilante, nace en Suecia, en cuyas Constituciones Políticas de 1819 y 1859 se crea como órgano constitucional con el nombre de órgano general de control de la Administración Pública.

Este escrito del Dr. Rojas es importante para entender el desenvolvimiento de las relaciones entre la Administración y el administrado; y, su proyección en el dilema autoridad pública y libertad del individuo.

En la medida en que el Estado interviene más en la sociedad y el sujeto de derecho se hace pequeño ante el poder público, urgen medidas de protección legal a la persona de derecho físico y moral.

Finalmente, el Dr. Mario Carvajal nos ofrece su investigación sobre las inversiones extranjeras en América Latina, rostro polémico del capital internacional y de las empresas multinacionales tan sujetas a debate y cuestión.

Por tales expectativas e interrogantes es que el Dr. Carvajal termina diciendo que "la inversión extranjera en América Latina, pareciera destinada a mantenerse como una realidad económica y como un riesgo político".

El punto neurálgico reside en el hecho de que la fuerza y el poder de las empresas transnacionales o multinacionales es, a veces, superior al país en el cual operan esas empresas; lo cual deviene en un control político y económico sobre la respectiva nación, como trágicamente lo ilustra la I.T.T. y su nefasta intervención en Chile.

Esperamos que al llegar al número 30 de esta revista, cada edición hubiere cumplido con su deber de enriquecer la cultura jurídica nacional.

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LEGISLACION DE INDIAS

Dr. Jorge Enrique Guier.

Desde el principio deseo advertir, sin perjuicio de que durante el desarrollo del tema insista en ello nuevamente, que el estudio del desarrollo histórico del derecho colonial en América, en cuanto al problema particular de esta investigación, puede hacerse desde dos puntos de vista: a) tomando como norma ideal la "Declaración Universal de Derechos Humanos", y enfrentándola luego a un estudio empírico sobre la realidad colonial. Creo que el resultado de la investigación, juzgando *a priori*, nos daría un resultado desilusionante, entristecedor y grave, de los derechos humanos en nuestra colonia; el otro enfoque, el b), sería tomar los documentos españoles, para analizarlos en su propia circunstancia. El resultado, juzgado desde ahora, no sería tan desilusionante como el anterior, aunque no totalmente satisfactorio.

Cada época histórica se enfrenta, de un modo u otro, a la definición de una serie de derechos que se consideran inalienables, básicos e imprescriptibles del hombre. Pero esas épocas históricas tienen a su haber —en el camino difícil de la definición filosófica—, una serie de ventajas, al menos los países europeos, pues cuentan con la seguridad basilar de saber lo que es el hombre, quiénes son hombres y lo que deben ser sus derechos. Contando con estas dos premisas fundamentales, darle contenido a esos conceptos en cuestión es tarea a la que se enfrentaron, en su tiempo, filósofos, políticos y juristas. Así la gama de esos derechos humanos —naturales se llamaron antes—, es amplia, pero siempre coincidentes en sus aspectos medulares, como son la vida, la libertad, la igualdad y la propiedad —éste último vilipendiado últimamente—, colocados de distintos modos, series modales o importancia axiológica, según la circunstancia.

Pero, imaginemos por un momento, que la civilización occidental en nuestra época contemporánea, con todo su bagaje cultural, organizado, sistematizado, se enfrentara de un momento a otro con unos conglomerados de seres —no los llamamos humanos todavía para no adelantar criterios—, muy semejantes a los europeos, pero con diferencias que hacían dudar de su humanidad. Entonces, la primera situación doctrinal, iba mucho más hondo que la simple estructuración de una serie de derechos que pudieran aplicarse a estos seres parecidos a los humanos. ¿Serían o no hombres los individuos recién descubiertos? Esto es lo que sucedió al descubrirse nuestra América.

En todo este debate, una de las circunstancias más importantes fue la discusión que en Valladolid, en 1550 y 1551, sostuvieron el Padre Bartolomé de las Casas, formado en el estudio de la teología y con la experiencia de haber vivido casi cincuenta años en la América, y por otra parte, en el escolástico combate, el humanista español y cronista real Don Juan Ginés de Sepúlveda. La pregunta primera y fundamental, que llevó a dilucidar muchos problemas, era la siguiente: ¿era justo hacer la guerra a los habitantes del nuevo continente recién descubierto?

La teoría del derecho de conquista en todo el continente americano, tiene como base, según lo creo yo, dos grandes experiencias históricas que se han adentrado mucho, y muy hondo, en el sentir del americano. La primera de ellas, válida para la América de habla hispana, llega hasta encontrarse con los problemas suscitados por la guerra justa, y la otra teoría, sustento de los americanos de habla inglesa, se forma con la idea más sentida, por desgracia, que expuesta teóricamente, del "destino manifiesto" de los Estados Unidos de América.

Interesa ahora únicamente el primer fenómeno.

Fray Antonio de Montesinos en 1511, hizo a los habitantes de la isla La Española la pregunta de que con qué justicia hacían la guerra a los indios indefensos. En este momento inauguró en la América el claro ejemplo de una de las más fuertes tradiciones de pensamiento español y cristiano, porque en esta época, como lo indica certeramente Menéndez y Pelayo, España no era tan sólo una nación cristiana, sino que además era una nación de teólogos.

La idea de justificar las guerras no era posesión única de España, ni mucho menos que esa idea de justificación hubiera nacido de estas tierras cuando se hacía guerra contra los naturales de ellas. Casi todos los hombres y todas las naciones tienen la tendencia de querer explicar sus propias acciones conforme a una pauta o escala de valores, que previamente han reconocido como justa. Es más, como la guerra es un fenómeno que se presenta siempre y constantemente en la historia, son por millares los libros que únicamente en los tiempos actuales se han escrito para probar, por un bando u otro, que una guerra es o no justa. Ingleses, chinos, franceses, japoneses y americanos, para citar unos cuantos, se han sentido en la obligación histórica de tratar de explicar primero, y luego justificar, siempre desde su exclusivo punto de vista, la justicia o injusticia de las guerras en que se han visto comprometidos. Así es que cuando los españoles en el siglo XVI elaboraron el sistema según el cual podían calificar una guerra de "justa" o "injusta", plasmaban en la realidad una idea que desde antes había estado efectiva en muchas naciones, si bien los españoles fueron literales al poner en práctica sus propias teorías, con lo cual al menos obraron, para ellos, de manera inteligible.

Si no me equivoco, creo que fue San Agustín el primero de los grandes escritores católico-cristianos quien expuso ideas coherentes sobre la guerra, las cuales desde su época han servido de pauta para fijar la justicia de las guerras, enmendándose esas teorías con el transcurso

del tiempo, en cuestiones sin mayor importancia. Como para el Obispo de Hipona la justicia era la base verdadera y sostén fundamental de todo Estado, aducía que las guerras, como una consecuencia, debían ser también justas, pero que para serlo, debían reunir tres requisitos fundamentales que expuso en la forma que sigue: primero, que la guerra debía iniciarse únicamente por orden de la autoridad constituida, sea el príncipe; segundo, que la guerra debía hacerse por una razón justa, y estas razones, ejemplificaba el Santo, podían ser el castigo de una injuria o la recuperación de algo que se hubiese arrebatado injustamente; y, por último, los contendientes, los que van a las guerras, debían tener por sobre todo una intención justa, o sea pretender hacer el bien y evitar el mal.

Veamos, pues, que la calificación de la justicia en la guerra, en resumidas cuentas, viene en última instancia a colocarse en la esfera personal de cada uno de los contendientes y, es más, la que adquirirá más fuerza, será, por supuesto, la del que resulte vencedor, porque, ¿quién impone al final la justicia si no es el que triunfa?

España, por haber estado tan ocupada durante tantos siglos en las guerras contra los moros, no tuvo tiempo de teorizar sobre este punto, sino ya al final de la Edad Media, cuando los árabes andaban en desbandada. Es tal vez el primero de los teóricos españoles, Alfonso de Madrigal (1400-1455), conocido con el sobrenombre de "El Tostado", obispo de Avila perseguidor implacable de Santa Teresa de Jesús y de San Juan de la Cruz, quien, según se dice en su epitafio, nunca escribió menos de tres páginas por día, con lo que vino a componer cerca de unas sesenta mil doscientas veinticinco páginas de "doctrina sana, católica y verdadera". Aquí, en cuanto al problema que nos atañe, siguió las teorías de Inocencio IV, las cuales eran fiel reflejo de las de San Agustín. En resumidas cuentas, para El Tostado con una guerra justa se podía perdonar cualquier cosa, mientras que si era injusta se convertía en un robo público.

No todos los españoles del siglo XVI proclamaron la teoría de la guerra justa —es necesario hacer las excepciones—. Luis de Vives mantuvo que toda guerra, por ser guerra, era ilegal, inhumana y absurda. Los más destacados, sin embargo, y sobresalen entre ellos Fernando Vázquez de Manchaca y Diego de Covarrubias, el sordo juriconsulto a quien El Greco retrató de manera genial, aunque no intervinieron en problemas relativos a la tierra recién descubierta, ni defendieron la teoría de la justicia en la guerra, el último, llevó la situación al extremo, cuando sostuvo que a los hombres tan solo se les podía esclavizar como resultado de la guerra justa.

Pero como los españoles —al menos en su mayoría—, son dogmáticos y formalistas, no podían calificar de justa a la guerra a *posteriori*, sino que necesitaban una serie de formalidades previas para poder acogerse a esa prerrogativa. Así es que nació la teoría que para proceder a la guerra justa se necesitaba del "requerimiento" a los posibles contendores. En 1521 se ordenó a los capitanes que hicieran descubrimientos en Tierra Firme, que "requirieran" a los indios varias

veces después de su primera negativa, antes de hacerles la guerra. También Diego Velázquez incluyó como parte fundamental de sus instrucciones a Cortés, fechadas el 23 de octubre de 1518, órdenes de "requerir" a los indios para aceptar la soberanía indiscutible del rey de España.

Este requerimiento alcanzó también a los indios que habitaban Panamá. Lo tomo como ejemplo porque la embajada que salió a requerir a los indios panameños puede considerarse clásica en toda la conquista española: en 1536 el rey ordenó que se requiriera a cuatro caciques panameños: Penonome, Rota, Cora y San Cristóbal. El obispo, el gobernador, un notario y muchos soldados formaban la expedición. Si se mantenían en la negativa podía entonces hacerseles la guerra, y, sobre todo, esclavizar a los cautivos. El obispo Tomás de Berlanga, personalmente, iba en la procesión.

El eclesiástico exhortaba a los caciques y naturales a aceptar sin ninguna oposición la nueva fe verdadera; el gobernador, en lugar del rey y representándolo, recibía la obediencia; el notario legalizaría la ceremonia y levantaría acta de todo lo sucedido para informar al monarca. Los soldados, en último caso, eran los que llevarían a cabo la "guerra justa" si había oposición. Los caciques panameños sin entender lo que oían, escucharon embelesados toda la perorata, pero no la aceptaron, y, según nos cuenta Herrera, "rodeados por un cerco de montañas, y obstinados en su terquedad, no quisieron oír lo que les habría beneficiado, y así todos perecieron". Aunque en muchos actos de conquista no se menciona el requerimiento, acontecimientos posteriores prueban que puede bien haberse incluido siempre como parte integrante del equipo que todo conquistador habría de traer consigo a la América.

El requerimiento siempre se empleó, de un modo o de otro, durante el cuarto de siglo que siguió a su promulgación solemne por Don Fernando el Católico, una vez que fue archivado oficialmente en la Casa de la Contratación de Sevilla. El mismo Pedrarias Dávila, quien se vió obligado en 1513 a andar por España, cuando juristas y frailes debatían acerca de la promulgación del requerimiento, partió para América, de regreso, con un ejemplar del mismo entre sus papeles. Las teorías que dieron nacimiento a este notable documento se mantuvieron en vigencia muchos siglos después de que había desaparecido de las reglamentaciones oficiales. Melchor Dávalos, oidor de la audiencia de Manila, hacia 1588, preparó una lista de treinta y seis "Ordenanzas contra idolatría y sodomía", en las que recomendó que se hiciese una advertencia o proclamación semejante al requerimiento, a todos los habitantes de las islas Filipinas. En una fecha tardía, ya como 1697, el antiguo requerimiento fue solemnemente leído por Martín de Ursúa y Arizmendi al rey de los itzáes de Guatemala, antes de comenzar la guerra para someterlos al poder de España.

Aquella cuestión que planteó el Padre Montesinos resultó en una explosión de teorías que ocupó a las mejores cabezas de jurisconsultos y teólogos durante el siglo XVI, ejerciendo, sin duda alguna, gran

influencia sobre todos los conquistadores, quienes estaban determinados por las ideas de la guerra justa y del famoso requerimiento.

Las lecciones que magistralmente dictó Fray Francisco de Vitoria en la Universidad de Salamanca a partir de 1532, incrementaron y también sirvieron de reflejo al interés que en toda la península ibérica existía por todas las cuestiones relativas al nuevo mundo. Esto contribuyó a la recopilación efectuada por el autor bajo el nombre de *De India y De Iure Belli Hispanorum in Barbados*.

Sin embargo, y a pesar de Fray Francisco de Vitoria, cuando llegó Las Casas a España se encontró envuelto en una fragosa batalla, porque Sepúlveda —humanista elegante y tremendamente erudito—, ya había compuesto su tratado en el que pretendía probar la justicia de las guerras contra los indios. El libro se había publicado bajo los auspicios directos del presidente del Consejo de Indias, el Arzobispo de Sevilla, García de Loayas, quien había alentado a su autor asegurándole que con escribir esa doctrina le haría un favor a Dios y al Rey. En el raro libro de Sepúlveda, titulado *De convenientia militaria disciplinae cum christiana religione dialogue que inscribitur Democrates*, publicado en 1535, se llegaba a decir que la guerra es cuestión natural y que además era legítima cuando "tenía por objeto el sometimiento de gente irreligiosa que perturba nuestra paz". (Hanke, Lewis, *La Lucha por la Justicia en la Conquista de América*. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1949, p. 317). Tal vez es interesante apuntar que Sepúlveda, por esta época, había concluido su magna traducción de la *Política* de Aristóteles, y cuando comenzó a componer su tratado, estaba completamente influido por las doctrinas de "El Filósofo" y, en particular, con la idea muy aristotélica de que ciertos hombres son esclavos por naturaleza.

La obra de Sepúlveda fue atacada valientemente por Las Casas, y fue también seguido por las Universidades que se mantenían inflexibles en la tesis contraria. En el Nuevo Mundo se había ordenado recoger la obra para que no se difundiera, y Sepúlveda se quejaba en carta al monarca que eso se había conseguido con "falsedades, con favores y maquinaciones de Las Casas", a quien calificaba de "homo natura factiosus et turbulentus".

La idea fundamental que había expuesto Sepúlveda era sencilla y tampoco era original suya: había sido expuesta siglos antes por Santo Tomás de Aquino, alegando que las guerras eran justas cuando la autoridad que la emprende es legítima y esa guerra se lleva a cabo con espíritu justo y de manera correcta.

Las Casas refutó notablemente la doctrina aristotélica sobre la esclavitud, dividiendo a los bárbaros en tres grupos, añadiendo que sólo eran aptos para la esclavitud los que "existían sin leyes y robando a placer, como los godos, vándalos y árabes" (cit. por Hanke, ib. p. 336), pero salvó a los indígenas demostrando que no pertenecían a ninguno de estos grupos. Sepúlveda volvió a la andanada de manos de Aristóteles, pero apoyado en la actitud del dominico escocés John Major, quien ya había escrito algo sobre el asunto en 1510, sobre todo

donde explicaba que "es evidente que algunos hombres son por naturaleza libres y otros serviles. En el orden natural de las cosas las cualidades de algunos hombres son tales que, en su propio interés, es recto y justo que sirvan, mientras que otros, viviendo libremente, ejerciten su natural autoridad y mandan" (cit. por Hanke, ib. p. 337).

Elevada la disputa al máximo, no es de extrañar ahora que los jueces que actuaron en la misma, agotados y confundidos ante tanta erudición y tanta elocuente oratoria, no llegaron a ninguna decisión definitiva. Las Casas explicó que la decisión "fue favorable a las opiniones del obispo, aunque por desgracia de los indios no fuesen bien ejecutadas las providencias del Consejo" (Hanke, ib. p. 351) y, por su parte, Sepúlveda, escribió que los jueces "creyeron lo justo y legal que los bárbaros del Nuevo Mundo fuesen sometidos al dominio de los cristianos, con la sola excepción de un teólogo" (Hanke, ib. p. 351). Este teólogo indicado con menosprecio por Sepúlveda no fue otro que Domingo de Soto.

Lo que conocemos ahora no prueba ninguna de las dos opiniones, ni la de Las Casas ni la de Sepúlveda. Parece que cada uno de los jueces tomó su propio camino, no se volvieron a reunir, y durante muchos años el Consejo de Indias luchó por obtener una respuesta escrita.

¿Cuál fue, pues, el verdadero sentido y el verdadero resultado, de la gran disputa de Valladolid? ¿Tuvo la disputa algún efecto positivo?

Sería prudente indicar que todavía hoy todos los hechos de la famosa polémica no son del todo conocidos, y es cierto también que las conquistas españolas no se detuvieron, y que tampoco las guerras se terminaron, porque Las Casas con insistencia, llevada con la sacralidad de una obligación moral, continuó presentando memoriales ante el Rey.

En una época en que muchas personas sapientes y doctas dudaban que los indios pudieran salvarse en modo alguno, Las Casas alzó su voz a favor de ellos, y exclamaba, como lo había hecho Montesinos cuarenta años antes en la isla Española "¿No son estos indios hombres? ¿No tienen almas racionales? ¿No estáis obligados a amarlos como os amáis a vosotros mismos?" (Hanke, ib., p. 354).

Si enfocamos toda esa discusión bajo estos conceptos, se destaca claramente, que aquello no fue una disputa o contienda entre un fraile apasionado de la libertad y un erudito docto y frío, aristotélico y desapasionado, hasta donde se podía lograr en esta contienda, ni tampoco fueron argumentaciones para aprobar o desaprobar la impresión del libro de Sepúlveda, sino que tal disputación debe verse como un testimonio apasionado, de un hecho fundamentalmente decisivo en la historia de la humanidad y luego de la declaración de los derechos del hombre.

Al no triunfar plenamente la tesis de Sepúlveda, se adentró con paso inseguro y tambaleante, es cierto, por el camino para que se hiciera justicia a todas las razas, en un mundo lleno de múltiples razas.

Cuando Las Casas hablaba en Valladolid a favor de los indios naturales de la América, toda aquella larga, complicada, erudita argumentación tenía otra utilidad. Esto fortaleció a todos aquellos que por los siglos venideros siguieron trabajando con tesón y fortaleza, en la creencia de que todos los pueblos son habitados por hombres libres e iguales en dignidad y derechos, y que todos están dotados de razón y conciencia, lo que exige un comportamiento fraternal entre los hombres y no que el mundo estaba dividido entre hombres y hombrecillos, hombres enteros y medio hombres, y que éstos, por naturaleza deben hacer lo que otros les manden.

Es más, España, en la época, por boca de Fray Bartolomé de Las Casas, hizo una contribución sustancial a la historia del derecho, al fortalecer esa hipótesis, que es la más atrevida e importante que se haya hecho: que todos los pueblos del mundo están formados por hombres. Que éstos no eran bestias ni esclavos por naturaleza ni como niños con un entendimiento limitado, sino hombres que eran capaces del pleno derecho de gozar de su dignidad, de sus bienes y de su libertad política.

Los fundamentos, de toda esta clara y sana política de colonización, a la luz de las teorías de Las Casas, se encontraban esbozados en una cláusula del testamento de la Reina doña Isabel La Católica que dice:

"Suplico al rey mi señor, muy afectuosamente, y encargo y mando a la princesa mi hija y al príncipe su marido que... no consientan y den lugar a que los indios vecinos y moradores de las dichas islas y Tierra firme, ganados y por ganar, reciban agravio alguno en sus personas y bienes: mas manden que sean bien y justamente tratados, y si algún agravio han recibido, lo remedien y provean de manera que no se exceda cosa alguna".

Sin embargo, a pesar de los deseos de la Reina expuestos en su testamento y la gran controversia de Las Casas y Sepúlveda, hay opiniones contrarias.

Pedro Mártir de Anglería nos dice: "Las disposiciones de las leyes que se les dieron, siendo testigo ya que diariamente las estudié con los demás colegas, están formadas con tanta justicia y equidad, que más santas no puede haberlas...". Pero Mártir contemplaba la ley y no la realidad. Fray Domingo de Betanzos, por el contrario, se fijó más en la realidad que en la ley, y nos relata: "De tal manera que aunque lo que se ordena sea en sí bueno y con santa intención proveydo, cuando se viene a aplicar a la sujeta materia sale dañoso y desordenado, y redundando en daño y disminución de aquellos a quienes bien queremos hacer". (Guier, Jorge E., *Historia del Derecho*. Tomo II. Editorial Costa Rica. San José, 1968, p. 932).

Seguiremos en este ensayo el criterio de Pedro Mártir, enfocaremos el esfuerzo de la corona española por la sana doctrina y el considirar a sus vasallos indígenas como seres humanos, y nos olvidaremos de la práctica de la ley en la América colonial, haciendo a un lado

con un desprecio teñido de tristeza a corregidores y encomenderos, a los mismos curas y a los alcaldes, quienes, como nos dice German Arciniegas, aunque el "rey pudo dictar las Leyes de Indias para favorecer al pueblo de América, . . . se han convertido en instrumentos de tortura". (Guier, op. cit. p. 948).

Había que crear una legislación para la nueva América. Se elaboró un proyecto de recopilación de leyes bajo la guía de Rodrigo Aguiar y Acuña, con la eficaz colaboración de Antonio León Pinelo, quien luego continuó sólo el trabajo de toda la legislación dedicado especialmente a las Indias, que parece ser el fundamento de la "Recopilación de Leyes de las Indias", promulgada en 1680. Cuando llegó el día de la promulgación de esa Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, ésta se componía de nueve libros, que se dividían en doscientos dieciocho títulos, y que contenían seis mil trescientos setenta y siete leyes. Para llegar a esta selección, Pinelo había estudiado y organizado cerca de diez mil leyes sueltas.

Un detalle curioso de estas leyes es que más parece que aconsejan y no que mandan, careciendo muchas veces de precisión. No existe dentro de la Recopilación tampoco un plan orgánico y sistemático. La distribución de las materias muchas veces da la idea de una carencia absoluta de espíritu legislativo. Pero a pesar de todas las imperfecciones del código, y de que tiene en cuanto al sistema de las finanzas errores imperdonables, por su espíritu "humanitario y de protección en favor de los súbditos americanos del rey, encierra un valor mucho más grande que todo lo que se ha hecho en las colonias inglesas o francesas en el mismo orden" (cit. en Guier, op. cit. p. 957).

Estas Leyes de Indias de los monarcas españoles, insisto que tomadas únicamente en su sentido jurídico, y olvidándonos —vuelvo a repetir—, de los resultados que tuvieron al ponerse en práctica, pueden compararse eficazmente, y tal vez con mucha ventaja, a las leyes que cualquier país europeo haya promulgado en beneficio de las clases trabajadoras.

Tomemos como ejemplo algunos puntos de las Leyes de Indias que nos pueden interesar para el estudio en que estamos ahora: la regulación jurídica de la familia; la condición jurídica de la mujer; el derecho de propiedad y su correlativo a la sucesión y, el derecho de obligaciones.

De un modo general, puede decirse que los principios de legislación canónica, a partir del Concilio de Trento, que regularon los matrimonios en España, estuvieron en vigencia en los territorios hispanoamericanos de Ultramar.

El principio de la libertad en el consentimiento del matrimonio, que también es fundamental en el derecho canónico, no viene declarada de manera expresa en la legislación indiana, pero es incuestionable su vigencia por una serie de documentos históricos que, aunque de manera indirecta, lo vienen a poner en claro.

Dice la Ley XXXII, tit. II Lib. III de la Recopilación: "Que los Virreyes y Gobernadores no traten casamientos de sus deudos y criados

con mujeres que han sucedido en encomiendas . . . y las dejen casar y tomar estado con la libertad que tan justa y debida es".

Los matrimonios entre españoles y mujeres de las diferentes razas indias sojuzgadas estuvieron reconocidos y sancionados por la ley, desde la primera época de la conquista. El legislador se limitó, pues, a reconocer y sancionar legalmente los hechos que se habían producido y, es más, tal vez a fomentar dichas uniones. En una Instrucción del 29 de marzo de 1503 (cit. por Ots Capdequí, José María, "El Estado Español en las Indias", Fondo de Cultura Económica, México, 1946, p. 85) se lee: "Otro sí: mandamos que el dicho Nuestro Gobernador o las personas que por él fueren nombradas para tener cargo de las dichas poblaciones, e así mismo los dichos Capellanes, procuren con los dichos indios se casen con sus mujeres en haz de la Santa Madre Iglesia; e que así mismo procure que algunos cristianos se casen con algunas mujeres indias, y las mujeres cristianas, con algunos indios".

Y en Real Cédula de 5 de febrero de 1515 se advertía: "El Rey . . . my voluntad es que las dichas yndias e yndios tengan entera libertad para se casar con quien quisieran, así con yndios como con naturales destas partes".

Sin embargo, cuando algunos matrimonios se celebraron contra las prohibiciones o impedimentos, Juan de Solórzano, en su *Política Indiana*, sostiene que tales prohibiciones eran válidas también en fuero interno, porque no iban ni contra el derecho canónico ni contra la libertad que debe presidir en la celebración de los matrimonios, ya que éstos eran siempre válidos, aun cuando se contrajeran contra la prohibición expresa del Rey, añadiendo que "todos los autores están conformes en que pueden los príncipes, por justas causas, prohibir matrimonios entre sus súbditos, aunque no forzarlos" (Ots, *Ibidem*, p. 88).

El principio de la libertad para contraer matrimonio, donde con más frecuencia se violó fue en las encomiendas, lo que acarrea la condenación más drástica de las leyes. Una Real Cédula de 10 de octubre de 1618, que luego fue la Ley XXI, título IX, libro VI de la Recopilación, establece literalmente: "Que ningún encomendero u otra persona, impide casamiento de indios . . ." "Ordenamos y mandamos, que cualquier encomendero que impidiere matrimonio de indio o india de su encomienda incurra en pena . . ." "Y encargamos a los curas, que no casen indios con indias de una misma encomienda o casa, cuando el dueño de ella se los llevare, sin hacer particular averiguación si las indias van atemorizadas, o con plena libertad . . .".

Finalmente, puede concluirse esta enumeración ligera de ideas en cuanto a este problema, con un capítulo, el que lleva el número cuatro, de las Ordenanzas contenidas en el *Gobierno del Perú*, del Licenciado Matienzo, en el cual se venía a ratificar plenamente el principio que ya era constante, para prevenir extralimitaciones de los clérigos debido a un malentendido fervor apostólico. "El sacerdote de la doctrina, no compela ninguno a que se case, ni vuelva cristiano contra su voluntad más de persuadirlos por bien" (Hanke, op. cit. 97).

Al abordar la legislación indiana el problema de la libertad o esclavitud de los indios sometidos y, de manera particular, con referencia a la condición jurídica de la mujer, la posición de los hombres en el gobierno de la península fue decidida y tajante. Las mujeres indígenas debían ser consideradas libres, sin que se pudiera admitir jurídicamente ninguna causa que las hiciera perder ese estado de libertad.

De acuerdo con esta doctrina declaraban, entre muchas, las Reales Cédulas de 1553, 1563 y 1675, admitiendo que "las mujeres, sin embargo de ser apresadas en guerra, gozasen de libertad"; este mismo criterio hizo su entrada en la Recopilación de 1680, al mantenerse en la Ley XIII, tit. II, lib. VI, donde al hablarse de los indios caribes que hacían la guerra a los españoles conquistadores, se permitía que fueran considerados esclavos con la excepción clara de los "menores de 14 años ni mujeres de cualquier edad".

En la esfera del derecho sucesorio, todas las fuentes particulares de la legislación indiana, ofrecen un interés doctrinal bastante menor. En realidad todo se redujo al interés complicado de la sucesión de las encomiendas. Es mucho más importante, sin embargo, lo que podría llamarse la propiedad de la tierra entre los indios.

Se puede decir que, salvo los casos muy excepcionales en que se permitió la esclavitud de los indios, haciendo a un lado la serie grande de abusos cometidos en la práctica, los indios desde el primer momento se consideraron sin interrupción como hombres libres, vasallos de la Corona de Castilla.

La consecuencia que lógicamente tenía que extraerse de este principio general era de que en relación con el derecho de propiedad, se les reconociese a los indígenas conquistados recientemente, la más amplia capacidad para poseer, disfrutar y disponer de sus bienes, de cualquier naturaleza que fueren, aunque se condicionaba ese derecho con algunas pocas limitaciones.

Tomando el derecho de propiedad aplicado sobre la tierra, fue in cuestionable para la Recopilación, la absoluta capacidad de los indios para poseerla y beneficiarse con su cultivo, puesto que las disposiciones reales en ese sentido son amplísimas para que cuando se dieran encomiendas, a conquistadores y pobladores españoles, no se tocaran las tierras que ya estuvieran bajo la propiedad de los indígenas.

* En la *Recopilación de Leyes de Indias de 1680*, se dispone de manera general: "que a los indios se les dexen tierra... con sobre de todas las que les pertenecieren, así en particular, como por Comunidades, y las aguas, y riegos; y las tierras en que hubieren hecho azequias, o otro cualquier beneficio, con que por industria personal suya se hayan fertilizado, se reserven en primer lugar y por ningún caso no se les puedan vender, ni enagenar, y los juezes, que estos fueren invitados, especifiquen los indios que hallaren en las tierras y las que dexaren a cada uno de los tributarios, viejos, reservados, Caciques, Governadores, ausentes y Comunidades".

* Se creó también por la Corona de Castilla un fiscal de corte, de categoría especial, para regular y representar en juicio a los indios,

cuando de repartimientos de tierras se trataba, para que no fueran perjudicados en su posesión.

También, cuando se determinaba la política de crear nuevas poblaciones y se conminaba a los indios a reunirse en un determinado lugar para dar sustento humano a la población por erigirse, se ordenaba expresamente que no se les quitasen las tierras "que antes huvieren tenido".

No es tan sólo la política de la corona española dedicada en términos generales a que se respetase la tierra que ya los indios poseían, sino que, además, desde los primeros tiempos de la conquista aparecen disposiciones reales que ordenaban se hicieran también repartimientos de tierras a los indios que carecieran de ellas. Así, en una Instrucción de 29 de marzo de 1503, entre muchas otras cosas, se disponía que los indios vivieran reunidos en lugares y se le diesen a cada uno de ellos su propia heredad.

A los frailes Jerónimos, que tan importantes fueron en las empresas de colonización, se les encargó, el 18 de setiembre de 1516, que se formaran pueblos de indios señalándoseles sus límites propios "dando de lo mejor a cada uno de ellos, parte de tierra donde puedan plantar árboles e otras cosas, e hazer montones para él e para toda su familia, más o menos, segund la calidad de la persona e cantidad de la familia, e al cacique, tanto como a quatro vezinos...".

La *Recopilación de 1680* acoge toda esta doctrina de manera amplia y sin tapujos, disponiendo en la Ley XIV, tit. III, lib. VI, que "a los indios se havrán de señalar, y dar tierras, aguas y montes"; y en la Ley LXIII, tit. II lib. III, que "repartan las aguas a los Indios, para que rieguen sus chacras, huertas y sementeras, y abrenben a los ganados".

En términos generales, la Recopilación estatuyó en la Ley XII, Tit. I, lib. VI, que "los indios puedan libremente comerciar sus frutos y mantenimientos"; la declaración anterior se completaba con lo que disponen otras leyes que se encuentran en ese mismo título y libro, como, que entre indios y españoles exista la libertad de comercio; que los indios no sean atemorizados, inducidos ni apremiados en la contratación; que se procure que los indios sean acomodados en los precios de los bastimientos y cosas que compraren y que los hallen más baratos que la otra gente, en atención a su pobreza y trabajo.

Hay una indiscutible novedad o un anticipo a la mayor cultura política que tuvo cabida en las Leyes de Indias, y que puede sorprender bastante —como dice Niceto Alcalá-Zamora—, en su libro "*Nuevas Reflexiones sobre las Leyes de Indias*" (Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1944, p. 65), "porque equivale al conocimiento adelantado de un derecho político, que siglos después vendrá a figurar en las Constituciones modernas, siempre en el grupo de las garantías que pueden suspenderse, y siempre en la realidad entre las que suelen atropellarse: el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia. El título XVI del libro III... contiene las leyes VI y VII (la primera del Emperador y del Cardenal gobernador, en 1541, la siguiente de Felipe II en Burgos a 14 de setiembre de 1592) estableciendo la primera la

libertad de correspondencia con las Indias sin impedimento; la segunda que ninguna persona eclesiástica ni secular abra ni detenga las cartas y despachos del rey ni de los particulares”.

Toda la polémica Las Casas-Sepúlveda no quedó estacionada en los conventos y universidades españolas de la época, como hemos visto atrás, sino que ha tenido repercusiones no sólo en el pasado sino que en el presente. Un escritor inglés ha dicho, haciéndose eco de esa situación que “la doctrina predominante de los colonos en las áreas de colonización europea, en particular en Sudáfrica y en Kenya, es que el papel de los naturales consiste en ser una clase inferior que trabaja para una civilización que avanza” (Greaves, cit. por Hanke, ib., p. 509 nota N° 66).

Otra repercusión, todavía tardía, de la doctrina de Sepúlveda, puede verse con claridad en un discurso que Caleb Cushing le dirigió a la Sociedad Democrática de Boston, en 1858, sobre la causa primordial de la guerra con México, al preguntar: “¿No es la ocupación de cualquier porción de la tierra por los capacitados para retenerla y labrarla una ley providencial de la vida nacional?”.

Livingstone en el Africa, mantuvo una animada controversia con los boers en Kolonberg, pues le acusaban de tratar de enseñar a los naturales. “Tanto le valdría enseñar a los monos”, le replicaban. La declaración que hizo el explorador sobre la capacidad de los africanos, se parece mucho a la que Las Casas había hecho en Valladolid, trescientos años antes en relación con los indígenas de la América: “Con referencia al *status* de los africanos entre las naciones de la tierra, no hemos visto nada que justifique la noción de que son de diferente ‘casta’ o ‘especie’ que los más civilizados. El africano es un hombre con todos los atributos de humanidad. Siglos de barbarie han tenido los mismos efectos deteriorantes sobre los africanos que los descritos por Pritchard en ciertos irlandeses, que, hace algunas generaciones, fueron acorralados en las colinas de Ulster y Connaught; y estas influencias deprimentes han tenido tales efectos morales y físicos en algunas tribus, que se necesitarían probablemente edades enteras para deshacer lo que otras edades han hecho. Esta desgradación, sin embargo, mal podría darse como razón para mantener a ninguna raza en servidumbre, a menos que quien por esto abogara hubiese caído moralmente en el mismo bajo estado”.

Una parecida situación existía a fines del siglo pasado con los franceses en Argelia. En contestación a una encuesta que se basaba en la pregunta “¿Qué es un indígena de la Argelia?”, el consenso casi global fue así. “Para la mayoría de los franco-argelinos, pequeños colonos y grandes propietarios, mercaderes ambulantes o grandes banqueros, vendedores de seguros o empleados de fábricas, jefe de estaciones, brigadiers de bosques o empleados de jueces de paz —cualquiera que tuviera un título de nuestro mandarinato administrativo, público o privado—, el indígena es un ser inferior, miserable, manejable a voluntad, que la ley protege desgraciadamente en una forma ridícula, aquel al que no le debemos nada, y mucho menos de buenos ejemplos

y que puede tenerse como muy feliz de servir a nuestros intereses y de participar de nuestros vicios” (Las tres citas anteriores provienen de Hanke, op. cit., p. 509, Nota N° 66).

Toda tal discusión, sus fallidas aplicaciones en el mundo contemporáneo, la violación indefinida de la igualdad del hombre, al menos en la actualidad, ha quedado condensada en el artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al estatuirse que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derecho y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Conclusiones

La finalidad de la legislación indiana, juzgada globalmente, es clara: trata de obtener para todos los habitantes de la enigmática tierra nueva, recién descubierta, una situación jurídica estable y cierta, pero, sobre todo, asimilada a la de los españoles residentes en la península de Europa. Que aquí no se hubiera logrado tal propósito, es otra cosa, independiente de la voluntad legislativa de los monarcas españoles y de quienes, con ellos, tenían la facultad y responsabilidad de legislar para América.

Puede ser, considerado a grandes rasgos, que todo ese inmenso esfuerzo legislativo que cubrió minuciosamente tantos siglos de trabajo, quedara convertido en una idealidad y que el deseo centralizador de la corona española sucumbiera ante lo real pasmoso y extraño de América; que el ideal se desvaneciera ante la realidad no es tampoco extraño. Aunque el ideal no contara con la realización, esto en ningún modo quiere decir que se perdiera para siempre, entre los juegos de nubes de cambiantes colores que cubrían celajes esplendentes que miraban arrobados a corregidores, gobernadores, encomenderos y alcaldes mayores, trastrocando un orden precolombino y acatando pero no cumpliendo un nuevo orden real hispánico.

El ideal permaneció vivo, la idea quedó inmanente en la historia pero como toda idea es una incitación, quedó allí para ir siendo resucitada por el estudio, la investigación y la meditación, en legislaciones contemporáneas que tratan de ayudar al débil, liberar al oprimido y dar justicia al que no la tiene.

No es aventurado decir que si la ceguera de los que vinieron acá, no les hubiera impedido practicar y hacer cumplir a conciencia la legislación indiana, la suerte actual de la América hubiera sido muy otra. Los violentos contrastes se hubieran matizado desde el principio y habrían concluido hacia el final de la colonia y, tal vez, la paz, hubiera tenido un sitio de respeto entre nosotros.

BIBLIOGRAFIA

- ALCALA-ZAMORA, NICETO. "Nuevas Reflexiones sobre las leyes de Indias" Editorial Guillermo Kraft Ltda. Buenos Aires, 1944.
- GUIER, JORGE ENRIQUE. "Historia del Derecho". Tomo II. Editorial Costa Rica. San José, 1968.
- HANKE, LEWIS. "La Lucha por la Justicia en la Conquista de América". Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1949.
- OTS CAPDEQUI, JOSE MARIA. "El Estado Español en las Indias". Fondo de Cultura Económica. México, 1946.
- "Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias, mandadas imprimir y publicar por la Magestad Católica del Rey Don Carlos". Cuarta Impresión hecha de orden Real y Supremo Consejo de las Indias. Impreso por la Vda. de don Joaquín Ibarra. Impresora de ese Real y Supremo Consejo de las Indias. Tres Tomos. Madrid, 1791.

EL DERECHO COSTARRICENSE (SINOPSIS) *

*Profs. Walter Antillón
Gerardo Trejos*

* Escrito para el primer volumen de la Enciclopedia Internacional de Derecho Comparado. Ese volumen, dirigido por el Prof. Víctor Knapp, será publicado este año en Alemania en idioma inglés.

*COSTA RICA (República de Costa Rica) es un Estado Unitario,
constituido como República democrática.*

I. Sistema Constitucional.

1. *Nacionalidad.* La nacionalidad costarricense según la Constitución Política se adquiere sea por nacimiento, sea por naturalización. Son costarricenses por naturalización, de conformidad con el artículo 14 de la Constitución:

1° Los que han adquirido esta calidad en virtud de leyes anteriores a la Constitución vigente; 2° Los nacionales de los otros países de Centro América, de buena conducta y con un año de residencia en la República por lo menos, que manifiesten ante el Registro Civil su decisión de ser costarricenses; 3° Los españoles o iberoamericanos por nacimiento que obtengan la carta respectiva ante el Registro Civil, siempre que hayan tenido su domicilio en el país durante los dos años anteriores a su solicitud; 4° Los centroamericanos, españoles e iberoamericanos que no lo sean por nacimiento y los demás extranjeros que hayan estado domiciliados en Costa Rica por el término mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la solicitud de naturalización, de acuerdo con los requisitos que indica la *Ley de Naturalización y Extranjería* N° 1155 de 10 de abril de 1950, publicada en La Gaceta de 20 de abril de 1950; 5° La mujer extranjera que al casar con costarricense pierde su nacionalidad, o que manifieste su deseo de ser costarricense; 6° Quienes reciban la nacionalidad honorífica de la Asamblea Legislativa.

Según el artículo 16 de la Constitución Política la calidad de costarricense se pierde: 1° Por adopción de otra nacionalidad, salvo los casos comprendidos en los convenios internacionales; 2° Cuando el costarricense por naturalización se ausente voluntariamente del territorio durante más de seis años consecutivos, salvo que demuestre haber permanecido vinculado al país. No pierde su nacionalidad la mujer costarricense por el solo hecho de casar con extranjero.

2. El Territorio nacional se divide en siete provincias; éstas en Cantones y los Cantones en Distritos.

3. Organos del Estado.

a) *El Jefe de Estado.* El Presidente de la República, electo por voto universal y directo, junto con dos Vicepresidentes, para un período de cuatro años, es el Jefe del Estado Costarricense.

b) *El Poder Legislativo.* La potestad de Legislador reside en el pueblo, que la delega, por medio del sufragio, en la Asamblea Legislativa, compuesta de cincuenta y siete Diputados que tienen ese carácter por la Nación pero son elegidos por provincias, por un período de cuatro años, sin que puedan ser reelectos sucesivamente.

c) *El Poder Ejecutivo.* Lo ejercen el Presidente de la República y los Ministros de Gobierno en calidad de obligados colaboradores que, bajo la Presidencia del primero, constituyen el Consejo de Gobierno.

Buena parte de los servicios públicos son prestados por instituciones semiautónomas o autónomas que gozan de independencia administrativa, como el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, creado mediante la ley número 1788 de 24 de agosto de 1954 (Gaceta de 11 de setiembre de 1954) y el Servicio de Acueductos y Alcantarillados, creado por ley número 2726 de 14 de abril de 1961 (Gaceta de 20 de abril de 1961).

Dichas instituciones fueron creadas con el propósito de permitir la ampliación administrativa del Estado en una época que requiere cada vez más la intervención de éste en lo económico y en lo social, pero evitando que tal ampliación se traduzca en un acrecentamiento de la autoridad política del Poder Ejecutivo. (Cf. Arts. 188 a 190 de la CP).

d) *Otras autoridades políticas:* Las provincias son administradas por los Gobernadores, designados por el Presidente de la República y el Ministro de Gobernación y Policía; la administración de los intereses y servicios locales en cada Cantón, está a cargo de la Municipalidad, formada de un cuerpo deliberante y por un funcionario ejecutivo. Cada distrito está representado ante la Municipalidad del respectivo cantón por un Síndico propietario y por un suplente, con voz pero sin voto.

4. *El Poder Judicial.* La función judicial la ejercen la Corte Plena (integrada por los 17 Magistrados de las Salas de Casación y Apelación), y los Tribunales establecidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 29 de octubre de 1937 (Gaceta de 1º de diciembre de 1937) sus reformas, y otras leyes especiales.

a) *La jurisdicción constitucional* la ejerce la Corte Plena, la cual por votación no menor de dos tercios del total de sus miembros declara con efectos *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y de los decretos del Poder Ejecutivo contrarios a la Constitución; conoce también de todos los recursos de Habeas Corpus y de los de Amparo en los casos que señala la Ley de Amparo número 1116 de 2 de junio de 1950 (Gaceta del 18 de junio de 1950).

b) *La organización del Poder Judicial* está regulada por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 29 de octubre de 1937 (Gaceta del 1º de diciembre de 1937 y sus reformas), y por leyes especiales de jurisdicción. En los Cantones la justicia se administra por tribunales de primera instancia, competentes para asuntos de menor cuantía, las Alcaldías, que están especializadas en las diferentes materias o bien son de jurisdicción mixta. (Ley Especial sobre Jurisdicción de los Tribunales, número 5711 de 27 de junio de 1975, publicada en el Alcance número 98 a la Gaceta 121 del 29 de junio de 1975).

En los circuitos judiciales que señala la ley existen los Juzgados civiles, penales, tutelares de menores y de trabajo. Asimismo hay tres Juzgados contencioso-administrativos y civiles de Hacienda y otro Penal de Hacienda, los tres con asiento en la Capital y con jurisdicción en toda la República.

Como tribunales de segunda instancia están el Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Superiores Civiles, de Trabajo, Penales, así como dos Salas Civiles, cada una de ellas integrada por tres Magistrados. La Sala de Casación está compuesta de una Sección Penal y de otra Civil, Comercial de Trabajo y Contencioso-Administrativa.

De acuerdo con las disposiciones legales que regulan el proceso en la legislación costarricense, se parte del principio de las dos instancias, las cuales operan con todo rigor en la mayor parte de los asuntos de que conocen los diferentes funcionarios (ya se trate de Alcaldes o Jueces). Tal principio no opera cuando se trata de procesos que conocen tribunales colegiados, tales como el Tribunal de Trabajo de Menor Cuantía y el Tribunal de Tránsito. En materia civil se da el recurso de Casación, como recurso extraordinario cuando se trata de juicios ordinarios de cuantía superior a los diez mil colones (mil doscientos dólares), o bien que versen sobre el estado y capacidad de las personas y con carácter muy especial en tratándose de incidentes privilegiados de cobro de honorarios de abogado y en el caso de la existencia de una cuenta partición controvertida en juicio sucesorio. Existe también el recurso de casación en materia penal, contra las sentencias definitivas dictadas por los tribunales penales que absuelven o condenen el imputado a una pena de prisión mayor a seis meses (si es dictada por el Juez Penal) o mayor a dos años (si es dictada por el Tribunal) o le impongan medidas de seguridad de igual duración o de duración indefinida, o a ciento ochenta días multa o a tres años de inhabilitación, o a indemnizar una suma superior a cinco mil colones (seiscientos dólares), y contra los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o denieguen su extinción.

En lo referente a materia laboral la Casación tiene carácter de tercera instancia, lo que se aparta del principio establecido, cuando el tribunal dicho conoce de las sentencias dictadas por el Tribunal Superior del Trabajo en la referida materia. Cabe, eso sí, apuntar que la Casación de Costa Rica reviste caracteres muy especiales, pues a pesar de ser de origen francés, no existe el reenvío cuando se casa la sentencia correspondiente, sino que una vez declarado con lugar el recurso, el

Tribunal de Casación se desdobra, por así decirlo, y entonces resuelve sobre el fondo del asunto de que conoce.

c) El proceso contencioso *administrativo* se desarrolla en sede judicial. El Tribunal Superior del Servicio Civil, la Contraloría General de la República, y el Tribunal Fiscal Administrativo, son también órganos de justicia administrativa dentro de la órbita de sus funciones.

d) *La Procuraduría General de la República*. Adscrita a la Presidencia de la República, tiene la representación del Estado y la notaría de éste. Está integrada la Procuraduría y Subprocuraduría General de la República y por la Procuraduría Civil y Contencioso administrativo; Penal; de Trabajo; de Hacienda; Agraria; Administrativa y Específica.

La Procuraduría General de la República es el Consejero Legal del Estado y entre otras facultades y deberes le corresponde actuar las acciones por delitos en que figuran como ofendidos del Estado, las Municipalidades, Juntas de Educación y beneficencia y las instituciones autónomas o semiautónomas; intervenir en los procesos de acción pública y promover y vigilar el juzgamiento a los mismos y ejercer la acción penal por delitos reservados exclusivamente a la querrela, cuando los ofendidos sean personas incapacitadas, que carezcan de representante legal, o cuando éstos fueran delincuentes, todo según Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, número 3848 del 10 de enero de 1967. (Gaceta de 17 de enero de 1967).

II. Las fuentes del Derecho

Son fuentes del derecho: La *Constitución* Política de la República de Costa Rica, sancionada el 7 de noviembre de 1949; las *leyes* y los *reglamentos*. El reglamento es una fuente de menor rango que la ley, dirigida a disciplinar aspectos de detalle no contemplados en aquella, o bien a desenvolver principios legislativos apenas enunciados.

La jurisprudencia no es fuente formal del derecho pero las sentencias de la Sala de Casación ejercen una notoria influencia en las decisiones de los tribunales.

Las leyes, una vez aprobadas por la Asamblea Legislativa y sancionadas por el Poder Ejecutivo, se publican en el Diario Oficial (La Gaceta). Cada semestre, las leyes del período se recogen en la "Colección de Leyes, Decretos, Acuerdos y Resoluciones", compilación editada oficialmente por la Imprenta del Estado. Las leyes más importantes, en algunos casos, publicadas por editores particulares. En la actualidad, la Asamblea Legislativa prepara una compilación que contiene las leyes vigentes, con anotaciones de jurisprudencia.

Cada semestre se publican las sentencias de la Corte de Casación en los tomos "Sentencias de la Corte de Casación", editadas igualmente por la Imprenta del Estado.

III. Síntesis histórica del Derecho Privado

Derecho Civil: A partir de la independencia nacional, 15 de setiembre de 1821, y hasta el año 1841, las relaciones civiles en el Estado costarricense continúan siendo reguladas por las normas vigentes durante el tiempo de la Colonia, fundamentalmente las contenidas en la Novísima Recopilación Española de 1805. En 1841 se promulga el Código que más tarde se llamó General, porque comprendía la materia civil, penal y procesal. La Sección dedicada al derecho civil está inspirada en el Código Napoleón. En la concepción del matrimonio se separa del Código Napoleón, pues toma medidas del Derecho Canónico.

El Código General continuará en vigencia hasta el 18 de enero de 1888, fecha en que entró a regir el Código Civil actualmente vigente.

Derecho Comercial: El Código de Comercio que por primera vez rigió en Costa Rica (1885) no era otra cosa que una copia literal del Código de Comercio Español de 1829. Con derogatorias parciales (por ejemplo el Régimen de Procedimientos Mercantiles y de Quiebra) estuvo vigente en Costa Rica hasta 1964. Sin embargo, desde principios de siglo ha venido siendo integrado por leyes reguladoras de las disciplinas de las sociedades mercantiles, la actividad bancaria y de seguros, la contabilidad mercantil, etc. A partir de 1964, se encuentra vigente el nuevo Código de Comercio, cuya estructura, sin embargo, es completamente arcaica y cuyo contenido se encuentra lejos de satisfacer las necesidades reales de la estructura económica y el tráfico mercantil de Costa Rica.

IV-V Derecho Civil y Derecho Comercial

1. El Código Civil (V. Capítulo III) está compuesto de un Título Preliminar (que trata "de la publicación, efectos y aplicación de las leyes") y cuatro Libros que, por su orden, se titulan: I. De las personas; II. De los bienes y de las extensiones y modificaciones de la propiedad; III. De las obligaciones; y IV. De los contratos y cuasi-contratos, y de los delitos y cuasi-delitos como causa de obligaciones. Como se ve, conserva todavía una estructura parecida a la del Código Civil Francés, aunque una comparación de ambos pone de manifiesto que en Costa Rica el Libro Segundo del Código Civil contiene la materia de sucesión mortis causa, que encabeza el Libro Tercero y último del Código Napoleón.

El Código Civil de Costa Rica separa la materia de la parte general de las obligaciones, por un lado, y de los contratos y otros actos como causa de obligaciones, por otro, formando sendos Libros (el Tercero y el Cuarto).

El Código Civil es un instrumento más bien arcaico para regular las relaciones privadas en Costa Rica, y arriesga por ello a convertirse en obsoleto. En efecto, las necesidades modernas han hecho que nues-

tro legislador haya ido disciplinando a través de leyes especiales y de nuevos códigos importantes materias que formaban tradicionalmente parte del Código Civil: el Derecho individual del trabajo forma parte de un Código expreso (Código de Trabajo, ley número 2 de 27 de agosto de 1943, Gaceta del 29 de agosto de 1943); la materia del arrendamiento de inmuebles urbanos se rige por la Ley de Inquilinato, número 101 de 16 de julio de 1942 (Gaceta del 15 de agosto de 1942); y los problemas de los fundos rústicos son resueltos a través de lo que dispone la Ley de Tierras y Colonización (Ley número 8525 de 14 de octubre de 1961 (Gaceta de 25 de octubre de 1961)); la familia e instituciones anexas fueron disciplinadas dentro de un cuerpo independiente y autónomo, que se llama precisamente "Código de Familia".

2. El derecho comercial costarricense (V. Capítulo III) ha recibido una nueva formulación, con la promulgación del nuevo Código de Comercio que vino a recoger y sistematizar en parte las materias que antes era objeto de regulación por leyes especiales. Dicho Código se compone de un Título Preliminar y cinco Libros que tratan, por su orden: I. De los sujetos del Derecho Comercial y sus auxiliares; II. De los contratos comerciales; III. De los títulos valores; IV. De la quiebra; y V. de la prescripción.

VI. Economía y Comercio

Costa Rica es un país de economía mixta. Sin embargo después de 1948, año en que por Decreto Ley del 21 de junio (número 76, Colección de Leyes. I Semestre 1948. 233), se nacionalizan los depósitos bancarios, se acentúa la actitud intervencionista del Estado en la economía y en el comercio. En ciertos casos el Estado puede imponer coactivamente los precios en que deben ser vendidos los productos e imponer cierto régimen de garantías en beneficio comprador-consumidor fijando calidades, vigilando los procesos de manufactura, controlando la higiene, la pureza, la medida, el peso y la seguridad de los bienes vendidos al público. Buenos ejemplos de lo que apuntamos son la Ley de Defensa Económica, número 1208 de 9 de octubre de 1950 (Gaceta de 19 de octubre de 1950), derogada y sustituida por la Ley de Defensa del Consumidor, número 5665, publicada en La Gaceta el 9 de abril de 1975. La "Ley sobre el régimen de relaciones entre productores, beneficiadores y exportadores de Café", número 2762 de 21 de junio de 1961 (Gaceta del 1º de julio de 1961), etc.

La Ley número 3087 de 31 de enero de 1963 (Gaceta del 2 de febrero de 1963) creó la Oficina Nacional de Planificación como dependencia subordinada a la Presidencia de la República. La planificación económica no vincula de modo directo al sector privado, cuanto porque su acción está circunscrita a la administración central, dejando libres las manos de quienes manejan la política de las numerosas instituciones autónomas. Los planes económicos elaborados por la re-

ferida oficina, pueden ser a corto o a largo plazo. En el primer caso, el plan es anual y se incluye en el Presupuesto del Estado. En el segundo caso, el plan debe ser objeto de promulgación legal expresa.

VII. Régimen de la concurrencia de los bienes inmateriales

Desde el ángulo de la protección de los bienes inmateriales, la ley número 559 de 24 de junio de 1946 (Gaceta de 29 de junio de 1946), regula el uso de marcas, diseños industriales y nombre comercial que, al igual que los derechos de autor, pueden ser inscritos y conservados en sendos registros organizados con ese propósito.

La propiedad intelectual está regulada por la ley número 40 de 27 de junio de 1896 (Gaceta de 30 de junio de 1896) y sus reformas.

La ley costarricense de propiedad intelectual dispone que el privilegio de publicación corresponde a los autores durante su vida, y a sus herederos o legatarios por el término de cincuenta años; y que en los casos de enajenación, pertenece la propiedad al adquirente por el término de su vida, y a sus sucesores a título universal o particular, por el de veinte años, después de los cuales volverá a poder del autor, o de sus herederos o legatarios, si hubiera fallecido, por el espacio de treinta años más.

Se trata sin embargo de materias tradicionalmente descuidadas en el ordenamiento jurídico de Costa Rica, que deberán ser sustancialmente revisadas para que puedan responder a las exigencias de seguridad de una industria creciente.

VIII. Principios del procedimiento civil y comercial

La estructura actual del Código de Procedimientos Civiles de 1887 puede describirse en la siguiente forma: a una parte general —de "disposiciones generales"— francamente breve e insuficiente, sigue el diseño de los procesos singulares, basado con mucho sobre el modelo del llamado "juicio ordinario de mayor cuantía". Este último es un proceso formal, con términos amplios y apoyado en gran medida sobre la iniciativa de las partes (en especial del "actor"): corresponde al tipo del proceso contencioso "de cognición plenaria" sin oralidad, sin concentración, y (ahora más que nunca) sin intermediación. Los restantes procesos especiales, sólo están diseñados a medias en el Código, el cual reenvía, tácita o expresamente, a las disposiciones acerca del proceso ordinario: a) el llamado "juicio ejecutivo" no es en realidad tal, sino un híbrido provisto de una medida cautelar al inicio, a la que sucede una fase de cognición sumaria que se cierra con una sentencia de remate, firme la cual se da inicio a la fase propiamente ejecutiva del proceso, esto es, el "apremio patrimonial" que consiste en dos momentos: a) subasta y distribución del producto. b) El interdicto, juicio

posesorio sumarísimo y esencialmente oral y concentrado, que la práctica ha hecho escrito y lineal. c) El desahucio, con ciertos aspectos de proceso inyuntivo (al inicio) pero que puede describirse mejor en definitiva como proceso de cognición limitada y sumaria. d) Los tipos de proceso voluntario, multiplicados ahora (incluso indebidamente) por el Código de Comercio, en los cuales predomina la libertad de forma. e) El proceso arbitral en sus dos formas de: 1) árbitros de derecho, con funciones similares a los jueces civiles; y 2) arbitradores o árbitros de conciencia, provistos de facultades amplísimas para resolver los asuntos sin someterse al derecho positivo. f) Finalmente los procesos sucesorios de concurso de acreedores.

En materia mercantil merece especial mención el llamado "juicio ejecutivo prendario" (con base, claro está, en un certificado de prenda), cuya difusión deriva de un uso masivo de la prenda como instrumento de garantía en el crédito comercial, industrial y hasta agrario. Este juicio prendario es lo que más se aproxima a la ejecución forzada pura, puesto que prevee una fase regular de cognición sumaria, sino una sucesión de actos ejecutivos: embargo eventual, remate o adjudicación del bien al acreedor.

IX. *Derecho Internacional Privado y Procesal Internacional*

Aparte de las normas que sobre los extranjeros contiene la Constitución, y de las que ya nos ocupamos oportunamente, las más importantes sobre el Derecho Civil Internacional se encuentran en el Título Preliminar del Código Civil, y las del Derecho Procesal Internacional se encuentran en el Código de Procedimientos Civiles (Sentencias dictadas por tribunales extranjeros), existiendo también normas dispersas en el Código de Comercio, especialmente en materia de sociedades y de letra de cambio. Para todas esas materias es fuente supletoria el Código de Derecho Internacional Privado de 1928 (Código de Bustamante) suscrito por Costa Rica en reserva general de la legislación ordinaria.

El estado y capacidad de las personas se regulan por la nacionalidad cuando se trata de contratos celebrados por costarricenses y que deban ejecutarse en Costa Rica. La ley costarricense se aplica a los extranjeros para los contratos que celebren y deban también ejecutar en Costa Rica.

Desde el punto de vista de las relaciones civiles y comerciales, rige en general el principio del lugar de ejecución de los actos, y para casos especiales (interpretación de contratos celebrados en el extranjero, etc.) el principio del lugar de celebración; la ley extranjera debe probarse en todo caso.

Se reconoce la eficacia de la sentencia dictada por tribunales extranjeros cuando se constate que el relativo proceso judicial ha ofrecido a la parte vencida por lo menos las garantías procesales mínimas que

ofrece en Costa Rica el sistema procesal, y cuando los efectos de dicha sentencia no vayan contra el orden público nacional.

Con el "exequatur" de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia es ejecutada por el Juez Civil a quien por turno corresponda.

También existe auxilio judicial internacional para cumplir actos procesales singulares en Costa Rica, pertenecientes a procesos extranjeros en trámite, tales como notificaciones, recepción de pruebas, embargos, etc. En tales casos se aplica la ley costarricense.



DE LOS TITULOS-VALORES Y DE LOS TITULOS CAMBIARIOS EN GENERAL

Dr. Gastón Certad M.

Profesor de Derecho Privado

SUMARIO:

1. Función económica de los títulos-valores. 2. Concepto de título-valor (En nota: Terminología). 3. Concepto de documento. El título-valor como documento especial. 4. Carácter formal del título-valor. 5. Incorporación. 6. Legitimación. 7. Literalidad. 8. Abstracción. 9. Autonomía. 10. Circulación. 11. Conexión entre documento y derecho. Derecho sobre el documento y derecho de crédito. 12. Clasificación de los títulos-valores. (Según el régimen de circulación): a) Títulos nominativos; b) Títulos a la orden; c) Títulos al portador. 13. Títulos-valor y títulos cambiarios. Concepto de estos últimos. Algunas características a ellos inherentes. 14. Los sujetos de la relación jurídica cambiaria.

1. Función Económica de los títulos valores:

La economía moderna se basa en el crédito. La mayor parte de los productores, para poder colocar el mayor número de productos en el mercado, venden los mismos, como vulgarmente se dice "a pagos"; pero dichos productores, para continuar el ciclo de producción, necesitan obtener sus capitales en dinero efectivo; por ello, pueden vender al crédito sus productos siempre que y en la medida en que puedan ceder a otros (generalmente instituciones bancarias o de crédito) sus créditos contra la clientela. En líneas generales, podemos afirmar que quien tiene necesidad del crédito lo obtiene más fácilmente cuanto más seguro esté su acreedor de poder ceder el crédito a otros y realizar de esta manera su valor en metálico.

"La función económica de los títulos-valores está, precisamente, en facilitar la circulación de los créditos. Para mejor comprender cómo sucede este fenómeno es oportuno considerar la mayor formalidad y los graves riesgos que presenta, para el adquirente de un crédito, la circulación de créditos cumplida sin recurrirse a los títulos valores"¹. Se habla aquí de mayor formalidad: en efecto, con la estipulación del contrato de cesión de créditos, la persona que adquiere el crédito (cesionario) lo adquiere únicamente frente a quien se lo transfiere (cedente); para adquirirlo frente al deudor debe necesariamente notificarle el traspaso; respecto a terceros, la cesión sólo será eficaz desde su fecha cierta (artículo 1104 Código Civil).

También se habló de graves riesgos: a este propósito es necesario considerar que la mayor parte de los créditos objeto de transferencia tienen su origen en un contrato (p. ej.: del contrato de mutuo, nace la obligación del mutuatario de restituir la suma mutuada; del contrato de compra-venta, nace la obligación del comprador de pagar el precio); por ello el contenido del derecho de crédito (monto, vencimiento, etc.) depende de las cláusulas del contrato. Un primer riesgo que corre el cesionario lo constituye la posibilidad de que el cedente le refiera equi-

¹ AULETTA, Giuseppe, "Elementi di Diritto Commerciale", Giuffrè, Milano, 1955, p. 149.

vocadamente las cláusulas del contrato; sin embargo dicho riesgo puede ser superado si el contrato ha sido redactado por escrito, especialmente insuperable: es posible que, mediante un contrato posterior, hayan sido modificadas las cláusulas originales (como p. ej.: haya sido prorrogado el vencimiento), de donde el cesionario, que ha adquirido el crédito confiado en el primitivo vencimiento, cuando se presenta a cobrarlo, ve con asombro que le oponen el sucesivo contrato, enterándose de esta manera y en esa ocasión de que el crédito por él adquirido tiene en realidad un vencimiento diverso del que resulta del primer contrato. Pero existe todavía otro riesgo: si el contrato, del que se origina el crédito, es un contrato de prestaciones recíprocas (p. ej.: una compra-venta) el mismo puede ser resoluble (p. ej.: por incumplimiento, porque el vendedor había consignado una mercancía que no reunía las cualidades pactadas, artículo 700 Código Civil) o rescindible (p. ej.: por lesión); y, como es sabido, la resolución o rescisión del contrato produce la extinción del crédito cedido. Ahora bien, si las cesiones de créditos han sido muchas (A cedió su crédito a B, B a C, C a D), basta que uno de los precedentes contratos de cesión no sea válido para que D no adquiera el crédito.

La circulación de los créditos se torna mucho más fácil y segura mediante los títulos-valores. El título-valor es un documento suscrito por el deudor en el cual este declara de obligarse a cumplir una determinada prestación frente al portador legítimo (o legitimado) del título; el crédito resultante del título-valor suele denominarse en doctrina "crédito cartular".

Para transferir el crédito cartular resultante de un título al portador frente al deudor y frente a terceros, basta con realizar el contrato de transferencia y convertir al adquirente del crédito en portador legítimo del título.

Normalmente, el primer acreedor es acreedor del deudor que ha suscrito el título, en base a una determinada relación (la llamada relación subyacente). Ejemplo: A emite una letra de cambio a favor de B, porque de él ha recibido una suma en mutuo o ha adquirido mercancía con pago diferido; emitida la letra, B es acreedor de A en virtud a la relación de mutuo o de compra-venta y en virtud a la relación cambiaria, pero él puede usar el título cambiario sólo para exigir el crédito resultante de la compra-venta o del mutuo; por eso, cuando B pretende de A el pago de crédito cambiario, A puede oponerle todas las defensas (excepciones) que le podría oponer si B pretendiera el pago del precio en base a la compra-venta o al mutuo directamente (las llamadas excepciones derivadas de la relación subyacente); P. ej.: que el crédito haya sido ya cancelado; que la venta deba resolverse por incumplimiento, etc. Todo esto sucede porque, repetimos, B es contemporáneamente titular del crédito cambiario y de la relación subyacente, y sólo puede usar aquel para realizar el crédito de ésta. Pero si B transfiere a C el crédito cambiario, el nuevo titular, siendo exclusivamente titular del crédito cambiario, es inmune a las

excepciones derivadas de la relación subyacente, como es inmune a todas las excepciones derivadas de las relaciones personales existentes con todos los precedentes titulares del crédito cartular. Si, por ejemplo, uno de los precedentes titulares había pactado una prórroga del crédito cartular, el sucesivo adquirente del mismo no tiene que respetar esa prórroga, en cuanto ella deriva de un convenio al que es extraño y en cuanto ella ha dado lugar a una relación diversa de la relación cartular (y respecto a la cual él es igualmente extraño); así, si a uno de los precedentes titulares del crédito cartular puede el acreedor oponerle la excepción de compensación, porque el deudor cartular era a su vez, por otra relación, acreedor por idéntica suma del titular del crédito cartular, transferido dicho crédito a otra persona, a ella no puede ya oponérsele la excepción de marras, porque se trata de una excepción personal atinente no al actual titular del crédito, sino a uno de los titulares precedentes. En pocas palabras, al titular del crédito cartular sólo pueden oponerse las excepciones relativas a los actos de creación y emisión del título mismo.

Además la circulación del crédito cartular está protegida por el principio "possession in buona fede (del titolo di credito) val titolo"² (artículo 714)³; quien de buena fe, es decir, creyendo que el portador legítimo del título tenga efectivamente el poder de disponer del crédito cartular, adquiera de él tal crédito, se convierte en portador legítimo del título y dueño del crédito, aún si quien se lo ha transferido no era el titular del crédito cartular: A es titular de un título valor al portador y dicho título le viene hurtado por B; B ciertamente no es titular del título ni del respectivo crédito, porque el hurto no es hecho idóneo a transferirlos; pero B es portador legítimo del título; así las cosas teniendo la posesión y tratándose de un título al portador, si C adquiere de B el crédito cartular y creyendo que él es un titular y haciéndose transferir la posesión del título, adquiere el crédito, aunque su dante causa (B) no sea el titular del crédito transferido; A pierde entonces su derecho de crédito. De esta manera quien adquiere un título-valor del portador legítimo del título mismo, está seguro de adquirir el crédito cartular aún si el portador legítimo no es el titular del crédito cartular.

2. Concepto de título-valor:

El título-valor es un documento constitutivo que, a diferencia del probatorio, contiene una declaración de voluntad que da vida a un derecho subjetivo nuevo.

² AULETTA, Giuseppe, op. cit., p. 152.

³ En este trabajo cuando se mencione un artículo y no se indique el cuerpo de leyes del cual proviene se entenderá que se trata de nuestro Código de Comercio.

⁴ Mucho se ha discutido entre los autores sobre el nombre que deba dársele a este tipo de documentos. Unos prefieren adoptar el nombre "títulos de crédito",

La doctrina dominante define el título-valor como "aquel documento formal que incorpora la orden o la promesa abstracta y autónomamente vinculante de una determinada prestación, en los términos literales en que ha sido expresada"⁵.

Nuestro Código de Comercio, en su artículo 667, adoptando el famosísimo concepto de Vivante⁶ los define como aquellos "documentos indispensables para ejecutar el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna".

— Pero esta definición olvida los elementos vitales de la formalidad y del particular objeto de la prestación; además, el carácter de la literalidad estaría ya comprendido en la exigencia de mencionar, en el título, la prestación a que el mismo da derecho.

Por ello adherimos a la definición de Giorgio de Semo⁷ que dice: "documento formado según determinados requisitos de forma, que obedece a una particular ley de circulación, y que contiene, incorporado, el derecho del legítimo poseedor a una prestación en dinero o en mercancías, que allí es mencionada". Además esta definición, al indicar el objeto de la prestación, acoge a los llamados "títulos de participación" que, entre otras cosas, certifican la cualidad de componente de una colectividad y a los que se conectan los llamados "derechos asociativos"

(ej.: Las acciones sociales que conllevan derechos personales no patrimoniales y derechos patrimoniales de crédito).⁸ Porque, "algunos títulos tienen contenido simple (como la letra de cambio), en cuanto atribuyen al portador sólo un derecho de crédito; mientras otros tienen un contenido complejo (como las acciones de sociedades anónimas), en cuanto contienen algo más que un derecho subjetivo"⁹.

3. Concepto de documento. Documento especial.

"Documento es cualquier cosa que represente un hecho actual o potencialmente productor de efectos jurídicos"¹⁰.

El título-valor es un documento, pero un documento especial, porque es simplificador, abreviado, en el sentido que el hecho reproduce únicamente pocas líneas esenciales, a diferencia de los documentos ordinarios, los cuales, por regla general, consisten en una escritura larga y compleja¹¹. Su carácter de "especialidad" resalta también respecto al modo de enajenar el derecho que en él está inserto del acreedor originario a un diverso sujeto¹².

4. Carácter formal del título-valor:

El título-valor es, además, un documento formal, es decir, obediendo de los requisitos de forma prescritos por la ley, bajo pena de invalidez del título como tal (artículos 669, 728, 801 y 804). No basta, por lo tanto, la simple escritura, sino que son necesarias todas las específicas indicaciones que la ley exige para que el título-valor asuma un determinado tipo (letra de cambio, pagaré, cheque, etc.) y pueda considerarse regular y por consiguiente desarrollar la eficacia que le es propia.

5. Incorporación:

"Con esto se quiere indicar que el título, como cosa corporal y el derecho como cosa incorporal son y permanecen esencialmente dis-

⁵ En efecto las acciones de una sociedad atribuyen no sólo verdaderos y propios derechos de crédito, como lo serían el derecho a las utilidades y a la cuota de liquidación, sino también otros derechos de carácter personal no patrimonial como el derecho de administración e inspección, el de voto, el de opción, etc.

⁶ ARENA, Andrea, "Introduzioni allo Studio del Diritto Commerciale e Titoli di Credito", Giuffrè, Milano, 1956, p. 105.

⁷ CARNELUTTI, Francesco, "Istituzioni del Nuovo Processo Civile Italiano", Roma, 1952, I, N° 165.

⁸ Así, DE SEMO, Giorgio, op. cit., p. 103.

⁹ Ver supra N° 1.

⁵ BARBERO, "Sistema Istituzionale di Diritto Commerciale", II, p. 651.

⁶ "Trattato di Diritto Commerciale", II, Milano, 1935, N° 953: "Documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo en él expresado". Como puede apreciarse las diferencias entre la definición de nuestro Código y la de VIVANTE son mínimas. Alguna importancia podría tener la poca feliz sustitución del término "ejercitar" con "ejecutar"; de esta manera se deja de lado las más normales hipótesis de cumplimiento voluntario de la obligación para sustituirlas inexplicablemente por las excepciones de exigencia forzosa del derecho (En este mismo sentido ver OREAMUNO, Rodrigo, Tesis de Grado, Facultad de Derecho, U. de C.R., pág. 22.

⁷ "Trattato di Diritto Cambiario", Cedam, Padova, 1963, p. 101.

tintos, pero que en el ámbito de su conexión representan una creación jurídica unitaria"¹³.

La incorporación denota la íntima relación que existe entre el derecho y el título, a tal grado que quien posee el título posee el derecho y para ejercitar éste, es necesario exhibir aquél; sin exhibir el título no se puede ejercitar el derecho en él incorporado. "El signo signado en un título de crédito, es un derecho que no vive por sí solo, porque desde el momento en que se opera su consagración en el título, irá prendido por donde quiera que éste vaya..."¹⁴.

6. Legitimación:

Dada la especial naturaleza de los títulos valores, es el documento el que permite a quien lo posee ejercitar el derecho: el documento legitima a su poseedor. Por el principio de la legitimación, "la simple exhibición del documento, en determinadas condiciones, da por probadas la existencia del derecho y la pertenencia del mismo al actor, así como la capacidad para el ejercicio"¹⁵.

La legitimación es una consecuencia de la incorporación. Gracias a ella quien posee el título puede ejercer el derecho.

La legitimación comprende dos aspectos: el activo y el pasivo. La activa es la característica que el título contiene de atribuir a su poseedor la facultad de exigir del deudor el cumplimiento de la obligación contenida en el documento. En su aspecto pasivo, la legitimación consiste en que el deudor obligado en el título-valor cumple su obligación, y por tanto se libera de ella, pagando a quien aparezca como titular del documento¹⁶.

Varios artículos de nuestro Código de Comercio consagran la legitimación como característica propia de los títulos-valores (artículos 667 "documentos indispensables...", 672, 762 y 132).

7. Literalidad:

Indicando, en la definición por nosotros compartida, el derecho del poseedor a la prestación mencionada en el título-valor, se ha implícitamente introducido el requisito de la literalidad. Ella significa que el título contiene una obligación y un correspondiente derecho, conforme al tenor del documento; en otras palabras, el deudor está obligado porque ha escrito y en los límites de cuanto ha escrito.

"Por la literalidad, el derecho (y correlativamente la obligación) contenido en el título-valor se determina exclusivamente en base a la

¹³ GARRIGUEZ, Joaquín, "Tratado...", cit., p. 10.

¹⁴ J. DE TENA, Felipe, "Derecho Mercantil Mexicano", Tomo II, p. 110 ss.

¹⁵ RODRIGUEZ R., Joaquín, op. cit., pág. 255.

¹⁶ CERVANTES AHUMADA, Raúl, op. cit., p. 17.

letra del documento y ninguna referencia es posible del documento mismo"¹⁷; lo que no está en el título no sea expresamente reclamado por el mismo, no tiene influencia sobre el derecho.

En virtud de esta característica, el subscriptor de un título-valor no podrá modificar el contenido del mismo invocando elementos que se encuentren fuera de él y que no puedan ser reconocidos a través de él. Quien adquiere sobre el título, adquiere también el derecho que de él deriva.

De ello se deduce que fin primordial de la literatura es el de proteger la circulación (de buena fe) del título: el adquirente tiene derecho a la prestación tal y como el título la expresa; por ello está en la obligación de leer cuidadosamente lo que el documento dice.

Nuestro Código de Comercio hace alusión a esta característica en su artículo 667 y, en forma indirecta, en los artículos 672 y 676.

8. Abstracción:

Otra característica de los títulos-valores es su abstracción, es decir, la independencia que tiene el derecho consagrado en el título de la causa patrimonial que determinó su emisión. O sea que en este caso lo que la ley reconoce es la prestación indicada en el título como tal, y frente a cualquier poseedor: la ley toma en consideración ante todo, la declaración contenida en el título de por sí, sea quien sea su poseedor; es decir, la considera separada de la relación fundamental que le ha dado origen¹⁸, como una compra-venta, un mutuo, etc.¹⁹.

"En base a la abstracción, la obligación (y correlativamente el derecho) incorporada en el documento se considera como separada de la relación subyacente, de la cual económicamente deriva, y vincula al deudor independiente de la causa que lo ha ocasionado"²⁰.

Pero aquí es importante hacer la siguiente observación: "La abstracción no debe confundirse con la literalidad, la cual es característica de todos los títulos-valores, pues la primera puede aún faltar, cuando se trata de títulos-valores causales²¹, en los que el derecho cartular es conexo a la relación causal y a sus vicisitudes"²².

¹⁷ ARENA, Andrea, op. cit., p. 106.

¹⁸ CARIOTA FERRERA, Luigi, "Il Negozio Giuridico nel Diritto Privato Italiano", Napoli, 1948, N° 55, p. 215.

¹⁹ Ver supra N° 1.

²⁰ ARENA, Andrea, op. cit., p. 106.

²¹ Títulos-valores causales son aquellos que se refieren explícitamente a una causa, como las acciones de sociedades anónimas.

²² DE SEMO, Giorgio, op. cit., p. 105.

9. Autonomía:

El derecho conferido por el título-valor a su legítimo poseedor es también autónomo, es decir, inmune a las excepciones oponibles por el deudor a los precedentes poseedores.

“En virtud de la autonomía cada cesionario se encuentra en una situación de independencia respecto a la situación en que se encontraba el cedente: casi en la situación del adquirente a título originario (es decir, no derivativo)”²³.

Desde el punto de vista activo, lo que es autónomo “es el derecho que cada titular sucesivo va adquiriendo sobre el título y sobre los derechos en él incorporados...”²⁴. Del lado pasivo debe entenderse por autonomía el hecho de que la obligación de cada uno de los signatarios de un título-valor es independiente y diversa de la de los otros obligados. De ahí que, aún en el caso de invalidez de algunas de las obligaciones contenidas en el título, las restantes sigan siendo válidas.

Este principio está consagrado en los artículos 678²⁵, 744 (autonomía activa) y 675 (autonomía pasiva) del Código de Comercio.

10. Circulación:

Para cumplir su función de transmitir los derechos en él incorporados, el título-valor está destinado a circular en el tráfico mercantil. Para ello goza de determinadas características tendientes a agilizar la circulación misma.

Estos documentos son “instrumentos especialmente aptos para facilitar la circulación de los bienes mediante la fácil transmisión del documento al cual se ha incorporado indisolublemente el derecho que se trata de ceder”²⁶.

11. Conexión entre Documento y Derecho. Derecho sobre el Documento y Derecho de crédito.

Toca ahora hablar brevemente de la conexión entre el derecho sobre el documento y el derecho de crédito, que los juristas alemanes llaman, respectivamente, “*Recht am Papier*” y “*Recht aus Papier*” (Derecho sobre el Documento y Derecho del Documento). Pacífico, es en doctrina que el derecho sobre el documento es un derecho real, mientras que es un derecho de crédito aquél que brota del título.

²³ ARENA, Andrea, op. cit., p. 106.

²⁴ CERVANTES AHUMADA, Raúl, op. cit., p. 19.

²⁵ Este artículo, al enumerar las excepciones que pueden oponerse a las acciones derivadas de un título-valor, no contemplando ninguna contraria a ese principio, lo consagra de modo indirecto.

²⁶ GARRIGUEZ, Joaquín, “Tratado...”, cit., p. 3.

“Precisamente los conceptos, observamos que el objeto del derecho sobre el documento es éste último; mientras que objeto del derecho de crédito es la prestación debida por el deudor al acreedor, por lo tanto, en definitiva, dinero y mercancías”²⁷.

En realidad estos dos derechos no deben confundirse: el derecho sobre el documento tiene indudablemente un carácter instrumental respecto al derecho de crédito que goza de un carácter final²⁸; ello quiere decir que no se puede adquirir el derecho de crédito sin que previamente se hubiere adquirido el derecho sobre el documento. Y fuente de adquisición del derecho sobre el documento es, según CARNELUTTI, un contrato de emisión o de transmisión.

12. Clasificación de los títulos-valores (según el régimen de circulación): a) Títulos nominativos; b) Títulos a la orden; c) Títulos al portador.

Los títulos-valores se pueden clasificar en varios modos. Las clasificaciones de mayor importancia práctica toman en consideración el régimen de circulación, el contenido y, bajo ciertos aspectos, la persona que suscribe el título-valor. Sin embargo, nosotros entraremos a considerar únicamente la primera de ellas, por ser precisamente la que adoptara nuestro Código de Comercio.

Cuando hablamos de régimen de circulación intentamos referirnos al modo cómo el título-valor pasa de uno a otro sujeto. Bajo este aspecto, los títulos-valores pueden ser nominativos, a la orden o al portador.

- Son títulos nominativos los expedidos a favor de una persona cuyo nombre se expresa en el texto mismo del documento (artículo 686).
- Son títulos a la orden aquellos que se expiden a favor de una persona o a su orden (artículo 693) (como p. ej. la letra de cambio, el pagaré). Sin embargo, esta definición del Código resulta confusa y puede inducirnos a error pues “aquellos títulos que se expiden a favor de una persona” no son a la orden sino nominativos. En rigor, son títulos a la orden aquellos que se “emiten y circulan a la orden de una determinada persona”²⁹, lo que es diverso. Ellos circulan mediante la entrega del título endosado. El endoso debe ser escrito en el documento o en hoja adjunta y suscrito por el poseedor del título que es llamado endosante. Endosatario es aquél a favor del cual el endoso se realiza.
- Son títulos al portador los que, no expedidos a favor de persona determinada, se transmiten por simple tradición, contengan o no la cláusula al portador (artículo 702) (como p. ej. los billetes de banco).

²⁷ DE SEMO, Giorgio, op. cit., p. 108.

²⁸ CARNELUTTI, Francesco, “Teoría Cambiaria”, Cedam, Padova, 1937, p. 37.

²⁹ ARENA, Andrea, op. cit., p. 143.

13. *Títulos valores y títulos cambiarios. Concepto de estos últimos.*
Algunas características a ellos inherentes.

Las características de los títulos-valores, ya brevemente esbozadas, se encuentran también presentes en esa especial categoría de los mismos que son los títulos cambiarios y a los cuales nos referimos exclusivamente de ahora en adelante. En nuestro medio, son títulos cambiarios: la letra de cambio, el pagaré, el cheque y el cheque viajero.

Títulos cambiarios son títulos-valores generalmente a la orden³⁰, autos, autónomos, que contienen la obligación de pagar³¹ o de hacer pagar³² al legítimo poseedor, y a su vencimiento, la suma indicada en el título, vinculando solidariamente a todos los subscriptores del mismo y gozando de eficacia ejecutiva.

En cuanto a la abstracción de los títulos cambiarios, es conveniente hacer hincapié en que ella es una característica que jamás falta. No así en otros títulos-valores, donde en ciertos casos no se da: recuerden las acciones de sociedades anónimas.

Estos títulos contienen obligaciones pecuniarias: el deudor o deudores están obligados a una prestación que tiene por objeto una determinada suma de dinero.

Los títulos cambiarios no admiten *condiciones*, en las obligaciones que de ellos nacen, ninguna "conditio facti" ni suspensiva, ni resolutoria. Este principio se dirige a la tutela del poseedor y al aumento de la circulación del título, fortaleciendo su función de instrumento de crédito y de pago.

Además, ellos obedecen a una ley de circulación simple y expedita. Se trata de títulos a la orden, es decir, transmisibles por medio de endoso (el cheque puede ser emitido también al portador, aunque ello suceda raramente), el cual puede ser inclusive "en blanco", es decir, sin la indicación del endosatario³³: de modo que el adquirente pueda a su vez transmitir a otros sin dejar trazas de tal operación en el documento que, por lo tanto, funciona prácticamente como un título al portador.

La responsabilidad solidaria, que cubre a todos los suscriptores de títulos cambiarios, a diferencia de cuanto ocurre, en general, para los otros títulos-valores, acentúa el carácter acumulativo del documento cambiario, ya resultante del mecanismo de la cláusula a la orden, mediante la cual la indicación de los adquirentes sucesivos se cumple por los sucesivos enajenantes por medio del endoso, que a su vez un documento, en modo de dar lugar a un grupo de documentos mate-

rialmente unidos "como un racimo de uvas"³⁴. Dicho grupo, por el indicado vínculo de solidaridad pasiva de los sujetos de la relación cambiaria, anima y refuerza la fe del adquirente.

Los títulos cambiarios son, considerados en sí mismos, cosas muebles que contienen incorporados el derecho de crédito; son elementos constitutivos de tal derecho. Por lo tanto, el crédito cambiario puede ser objeto de embargo —tanto judicial como preventivo—, embargo que se hará recaer sobre el título y contra el portador del mismo.

Estos títulos están previstos de una singular eficacia procesal. Como consecuencia del carácter de la abstracción, que separa el crédito cartular de la relación subyacente, ellos tienen los efectos, para el cartular y los accesorios, del título ejecutivo. En otras palabras, el portador de un título cambiario puede accionar inmediatamente contra el deudor, sin necesidad de provocar a tal fin una sentencia judicial que reconozca la deuda.

14. *Los sujetos de la relación jurídica cambiaria:*

Los documentos que responden al calificativo de títulos cambiarios generan una vez sumergidos en la vida del tráfico, relaciones jurídicas nacidas de las declaraciones cartulares. Si por relación judicial se entiende "una relación existente entre dos o más personas, regulada por el derecho y que atribuye un poder a uno de los sujetos frente a un deber que incumbe al sujeto contrapuesto"³⁵, en los títulos cambiarios tales relaciones se sustentan en obligaciones, de las que es necesario precisar sus sujetos activos y pasivos.

Sujetos activos son, p. ej., en la letra de cambio, —que es el caso particular que aquí nos interesa— el tenedor, es decir, la persona a quien el título viene emitido por el librador; y el endosatario, a quien el documento fue transmitido por el mismo tenedor, o por otro adquirente sucesivo que se encuentre en posesión del título y se demuestre legitimado a recibir el pago, según las normas del derecho cambiario.

Los sujetos pasivos de la relación jurídica cambiaria constituyen la otra parte, la cual a su vez se divide en dos grupos: a) obligados directos o principales, que en la letra de cambio son el librado aceptante, es decir, la persona que en la forma debida haya aceptado la letra, y sus avalantes; y b) obligados en regreso o accesorios que, en el documento en cuestión, son el endosante y el librador (y sus avalantes).

³⁰ Recordemos que el cheque es un título al portador.

³¹ Como el pagaré.

³² Como la letra de cambio y el cheque.

³³ El artículo 700, párrafo primero dice: "... el endoso en blanco transmite la propiedad del título sin consignar el nombre del adquirente, convirtiéndolo en documento al portador...".

³⁴ CARNELUTTI, Francesco "Teoría Cambiaria", cit.

³⁵ DE SEMO, Giorgio, "Istituzioni di Diritto Privato", Cedam, Padova, N° 155.

EL PROBLEMA DEL MONOPOLIO DE LA ACCION PENAL PUBLICA EN EL MINISTERIO PUBLICO

Jorge González Esquivel

SUMARIO

Introducción: *El juicio oral y público. Los términos perentorios. Exclusión del acusador particular. El Ministerio Público: El origen del Ministerio Público. Es parte del Ministerio Público en el Proceso Penal? Es constitucional la facultad de reducir a prisión por parte del Ministerio Público? Puede considerarse al Ministerio Público como órgano jurisdiccional o Tribunal? El Problema del Monopolio de la acción penal. Información adicional sobre la mecánica en materia penal. Conclusiones. Organigrama del Ministerio Público. Bibliografía.*

INTRODUCCION

I

El presente trabajo pretende hacer un análisis acerca de Institución del Ministerio Público, como una innovación introducida a partir del 1º de Julio de 1975, dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En la fecha citada entró en rigor el Código de Procedimientos Penales, creado con la Ley N° 5377 de 19 de octubre de 1973, quedando consecuentemente abrogado el Código Procesal Penal con vigencia desde el año 1910.

Sin embargo, antes de la vigencia de este nuevo Código, se suscitaron algunas disconformidades acerca de su aplicación proveniente de las personas ligadas en una u otra forma a la ciencia jurídica. Algunos sustentaban el criterio de que tan sólo bastaban algunas reformas al Código de 1910 para que la administración de justicia marchara mejor, otros quizás menos conservadores tan sólo propugnaban por introducir a la misma nueva ley algunas reformas antes de su vigencia. Pero cual César al pasar el Rubicón, la ley entró en vigor y se abre paso en la difícil y delicada tarea de regular los procedimientos legales, con miras a una pronta y cumplida administración de Justicia, que postula como uno de sus principios, nuestra Carta Magna.

El nuevo Código de Procedimientos Penales introdujo varias innovaciones, de menor o mayor relevancia, pero para este estudio nos interesan las siguientes y que serán base junto con las hipótesis que plantearé, de esta investigación:

- a) El juicio oral y público.
- b) Los términos perentorios.
- c) El monopolio de la acción penal pública en el Ministerio Público.
- d) Ligada a la anterior, la exclusión del acusador particular como parte en los procesos de acción pública.

El juicio oral y público

Antes de analizar los principios fundamentales del juicio oral y público, es importante dejar establecido que existen dos tipos de juicio:

- i) El juicio común y
- ii) La citación directa.

El juicio común reviste una serie de formalidades que no tiene la citación directa y aquél es efectuado por un Tribunal Superior que es integrado por un Juez Superior Presidente y dos integrantes. Tiene una subdivisión como lo son: el inicio, los actos preliminares al debate, el debate, y la sentencia, que no son del caso comentar ahora. Mientras que la citación directa la realiza un solo Juez y carece de una serie de requisitos inherentes al juicio común ya descritos. Los delitos llevados a juicio común son todos aquellos cuyas penas sean mayores a tres años, y los de citación directa lógicamente los de penas inferiores a los tres años.

Una diferencia importante entre estas dos modalidades de juicio es que, el común tiene como base la instrucción formal realizada por un Juez de Instrucción, y la citación directa tiene generalmente como base, la información sumaria realizada por el Agente Fiscal.

Consagra el juicio público, varios principios, como son el de *inmediatez*: la prueba llega al Juez de manera inmediata, directa, de la propia palabra del deponente y no como en el procedimiento anterior, mediante un ajado legajo, en algunos casos con errores de interpretación por parte de los oficinistas encargados del recibo de las declaraciones. A su vez, el *principio del contradictorio*: permite que, de posiciones contrapuestas que se defienden generalmente con vehemencia surja la verdad. La publicidad: elimina la tonalidad de secreto o de claustro en la administración de justicia y ventila los asuntos de manera pública.

Los términos perentorios:

Al establecer términos perentorios para las distintas fases del proceso, se pretende poner fin a aquellos "juicios eternos", valga el término, que constituían procesos aletargados que desdecían mucho de la eficiencia de la labor judicial.

Con el nuevo Código, los Jueces de Instrucción tienen un plazo de dos meses para llevar a cabo la instrucción formal y los Agentes Fiscales tan sólo un mes, claro está en ambos casos existe la posibilidad de alargar los procedimientos mediante prórrogas debidamente establecidas¹.

¹ Código de Procedimientos Penales. San José. Edición Dirigida por el Licenciado Oscar Chacón Jinesta. Ed. Metropolitana. 1974. Artículos 199 y 408.

El monopolio de la acción pública en el Ministerio Público:

La monopolización de la acción penal pública en el Ministerio Público, es quizás la innovación del actual Código de Procedimientos Penales que ha generado mayor cantidad de opiniones contrapuestas o contrarias.

Tal institución tiene a su cargo la función requirente, que es condición *sine qua non* para la instrucción formal y para el juicio. En la etapa del desarrollo de esta investigación ampliaré los términos de este punto que son base del presente trabajo.

La exclusión del acusador particular:

La misma monopolización de la acción penal pública, genera como consecuencia directa la exclusión del acusador particular, basada en la premisa de que ante un delito, se ve afectada la sociedad en pleno, siendo necesaria la defensa de la sociedad por medio del Ministerio Público.

Para dar forma al presente trabajo, me he cuestionado sobre los siguientes puntos:

- 1) ¿Cuál es el origen del Ministerio Público?
- 2) ¿Es parte del Ministerio Público en el proceso?
- 3) ¿Es constitucional la facultad de reducir a prisión a las personas, por parte del Ministerio Público?
- 4) ¿De acuerdo a la nueva legislación, es el Ministerio Público un órgano jurisdiccional o un Tribunal?
- 5) ¿Es justa la monopolización de la acción penal pública por parte del Ministerio Público?

Con base en el cuestionario anterior debo formular las siguientes proposiciones que serán objeto de análisis en la parte de desarrollo:

- a) El origen del Ministerio Público se remonta a la antigüedad. En la civilización helénica, en Roma y en las ulteriores civilizaciones encontramos formas más o menos desarrolladas de esta institución.
- b) El Ministerio Público, tiene que ser parte en el proceso penal. Pero su calidad de parte es distinta a la del imputado, toda vez que su actuación es formal. Puede pedir la absolución o bien la pena y por su capacidad de recurrir las resoluciones y otras más que le concede la ley sustantiva nuestra, debe considerarse que es parte en el proceso penal.
- c) La facultad de reducir a prisión a aquellas personas partícipes de un hecho punible, por parte del Ministerio Público, no deben considerarse inconstitucionales, toda vez que por ejemplo, el Agente Fiscal, que es parte del Ministerio Público tiene facultades con-

cedidas por el Código que le permite reducir a prisión a las personas aunque a la letra la Constitución Política implique esta facultad para el Juez.

- d) No puede considerarse de acuerdo a nuestra legislación procesal a los despachos que son dependencia del Ministerio Público, como órganos jurisdiccionales ni como Tribunal, toda vez que su labor es eminentemente requirente y de inspección en los trámites de los distintos procesos. No dicta sentencias, no sobreesee, no dicta procesamientos y ni siquiera puede declarar una incompetencia. —sino se limita a hacer solicitudes al Juez de Instrucción que le corresponda, sobre los dictados que procedan.
- e) A mi juicio, se debe considerar justa la monopolización de la acción penal pública en el Ministerio Público. El Fiscal de la sujeta participe en la relación procesal tiene vastos conocimientos del Derecho y no tiene en su opinión emociones provenientes de un perjuicio o de un daño irrogado en su contra, no tiene como objetivos la venganza personal, sino la justicia.

EL MINISTERIO PUBLICO

II

Origen del Ministerio Público:

Considero de especial importancia, antes de brindar un bosquejo histórico del Ministerio Público, establecer su definición, al respecto Cabanellas nos da la siguiente:

“Ministerio Público, designa la institución y el órgano encargado de cooperar en la administración de justicia, velando por el interés del Estado, de la Sociedad y de los particulares, mediante el ejercicio de las leyes y promoviendo la investigación y represión de los delitos”².

Tal definición nos permite ver la doble función que inspiró la creación de esta Institución. En un primer plano velar por el interés de la sociedad y en un segundo plano velar por el interés del Estado. Desde tal ángulo se aprecia la influencia positivista en tanto en cuanto el Estado es el único ente capaz de usar la fuerza legitimada, lo que en cierta forma hace por medio del Ministerio Público. Es importante hacer notar que al contrario de otros países, en Costa Rica el Ministerio Público no depende en línea directa del Ejecutivo, sino del Poder

² CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo II, Sexta Edición, Biblioteca Omeba. Argentina, 1968. págs. 711 y 712.

Judicial. Pero esta circunstancia no debe permitirnos considerar que el Ministerio Público es Juez y parte a la vez, ya que sus funciones son muy distintas de las de los órganos jurisdiccionales, ya que tan sólo ayuda e inspecciona la investigación, tiene capacidad de analizar las probanzas sin que sea el órgano que en definitiva dicte el fallo.

El origen del Ministerio Público se remonta a la civilización helénica. Por ejemplo, en Atenas cuando alguna persona cometía un delito que amenazaba la seguridad de la ciudad, podían ser denunciados por cualquiera ante el Senado o ante la Asamblea del pueblo. Ya con las denuncias, tales instituciones nombraban un “*thermostetas*” que era la persona encargada de acusar en el juicio³.

Se puede inferir que la elección del “*thermostetas*” significaba una delegación de poder, (en nombre de la ciudad representada por el Senado o la Asamblea del Pueblo), hecha en el funcionario citado. En la actualidad, la Jefatura del Ministerio Público, por conducto de su Secretaría General, designa a los fiscales que deberían mantener la acusación durante el juicio, —así, existe una similitud entre aquél “*thermostetas*” y el actual Fiscal de Juicio—.

Durante la justicia centuria, época de la República Romana existieron los “*questores*” o “*duoviri perduellones*” que eran ediles o tribunos encargados de acusar los más graves atentados contra la colectiva⁴.

En el último siglo de la República, en Roma, se estableció el procedimiento de la “*questio*” o “*acusatio*” que era la escogencia del ciudadano más honorable, para que acusara en nombre de los demás. Este proceso seleccionado, se denominó “*divinatio*”⁵.

También en este acusador escogido se observa una similitud con el Agente Fiscal actual. Toda vez que aquí tenía la facultad para levantar una “*sumaria de parte*” que no es sino, la información sumaria previa a la citación directa que realizan los Agentes Fiscales.

Como dato histórico de relevancia, existe la actuación de Cicerón en Roma, cuando realizó la investigación para llevar a juicio a Verres, Gobernador de Sicilia, ya que este funcionario prevaricando había amasado inmensas fortunas. Como sabemos Cicerón era tan sólo un orador de fuste que con este caso triunfó como jurista⁶.

Posteriormente y ya durante la época del Imperio Romano, se instituyeron los “*arenarchi*”, militares que recorrían las provincias para descubrir a los delincuentes; los “*curiosi*”, agentes civiles que denunciaban ante los jueces a los delincuentes y los “*stationari*” con sede fija, que recibían querellas y ponían a los malhechores a la orden de los jueces⁷.

³ Vélez, Maricónde. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Buenos Aires. Lerner Ediciones. 1969. Pág. 27.

⁴ Ibidem. Pág. 36.

⁵ Ibidem. Pág. 38.

⁶ Entrevista con el Licenciado Iver Romero R., Juez 3º Penal, Octubre 1975.

⁷ Vélez Maricónde. Loc. cit. p. 49.

Se observa claramente la intervención del Imperio en la labor de los "irenarchi", en este caso el Estado romano pretendía reprimir cualquier brote de insurrección contra su dominación. Por ejemplo, Pilatos intervino en tal calidad en los sucesivos juicios de Jesucristo y Barrabás.

Adriano creó durante su gobierno el abogado del fisco, fiel reflejo del Procurador actual, quien sobre todo vela por los intereses del Estado, cuando éstos resultan afectados.

Pero algunos juristas consideran que el antecesor del Ministerio Público es el "advocatus de parte pública", creado por los reyes lombardos en Italia, funcionarios que fueron conocidos más tarde como "Procuradores del Rey", quienes además de acusar los delitos de acción pública, ejercían las acciones civiles del Fisco.⁸

En la modalidad francesa encontramos una línea directa que hace presumir que la Institución del Ministerio Público, tal y como la poseemos en la actualidad en nuestra legislación, tiene sus antecesores en las funciones del Procurador Real, contenidas en la ordenanza de 1302 "el Procurador Real es el único que puede ejercer la acción penal, ya que el ofendido únicamente podía ejercer la acción civil".

Nuevamente se nos deja entrever al Ministerio Público, como un instrumento usado por el Estado para ejercer su dominación sobre los súbditos. —La condición absolutista de los Reyes franceses se consolidaba a través de las funciones del Procurador, como objeto directo de apoyo a tal dominación, por las funciones que le habían sido encomendadas y por sus conocimientos en la materia. Cabe destacar que con la Revolución Francesa se abolió el Estado feudal monárquico francés y la concepción monárquica y dependiente del Ministerio Público, como lógica consecuencia.

Establecemos claramente un parangón entre las funciones del Procurador Real, con las del Ministerio Público, con base en las disposiciones del Artículo 5 del Código de Procedimientos Penales que nos rige:

*"La acción penal pública será ejercida exclusivamente por el Ministerio Público, el que deberá iniciarla de oficio, su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo expresa disposición legal en contrario"*⁹.

Complementando la similitud del Procurador Real con el funcionario del Ministerio Público, en cuanto a sus funciones se refiere, sea la posibilidad de ejercer la acción penal pública y la acción civil, el artículo 9º del citado cuerpo de leyes dice:

⁸ Vélez, Mariconde, op. cit., pág. 104.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Código Procedimientos Penales. Ed. dirigida por Lic. Oscar Chacón J.

*"La acción civil para la restitución del objeto materia del hecho punible, así como la indemnización de los daños y perjuicios causados por el mismo, sólo podrá ser ejercida por el damnificado o por sus herederos en los límites de su cuota hereditaria o por los representantes legales o mandatarios de ellos, contra los partícipes del hecho punible y, en su caso, contra el civilmente responsable"*¹¹.

Se puede definir sin lugar a dudas, que el precursor o antecesor del Ministerio Público, está en este Procurador Real, toda vez que fue el primero en tener la posibilidad de ejercer en calidad única, la acción penal pública, en tanto que en Grecia y Roma se daba posibilidad a los particulares de querellar.

Durante la Revolución Francesa se abolió al Procurador Real y se estableció un funcionario que no velara sólo por los intereses del Estado, sino que velara también por los intereses de la sociedad entera.

Posteriormente y ya durante la dominación napoleónica, de conformidad con lo dispuesto en el Código Criminal de 1808, complementado por la Ley sobre Organización de Tribunales de 1810 y que es obra personal de Napoleón, la acción penal se dejó exclusivamente al poder del Ministerio Público y la civil al ofendido.¹²

¿Es parte el Ministerio Público en el Proceso Penal?

La anterior interrogante que diera base a mi hipótesis contenida en la introducción, me permite concluir que a mi modo de ver y con base en la doctrina que citaré, el Ministerio Público es sin lugar a dudas, una parte, un sujeto de la relación procesal.

La anterior legislación procesal penal, establecía como partes en el proceso o litigio, al imputado, su defensor, al Representante de la Procuraduría General de la República, hasta entonces con funciones de Ministerio Público, al representante del Patronato Nacional de la Infancia, en los casos en que intervenían un menor de edad en calidad de afectado, al apoderado del acusador, al acusador mismo y en casos particulares al corresponsable civil.

Pero antes de hacer el análisis correspondiente, es importante definir el concepto de parte.

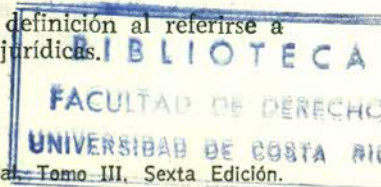
*"Partes es cada una de las personas que por voluntad, intereses o determinación legal interviene en un acto jurídico plural"*¹³.

Es conveniente establecer que la anterior definición al referirse a personas lo hace tanto a personas físicas como jurídicas.

¹¹ *Ibidem* edición de 1974.

¹² Vélez Mariconde, A. Op. cit. p. 139.

¹³ CABANELLAS, Gmo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo III, Sexta Edición. Bibliográfica Omeba. Argentina. 1968. Pág. 223.



Se ha dado en decir, que el Ministerio Público en Costa Rica, tiene características de juez y parte. Nada hay más alejado de la realidad. El Juez como órgano jurisdiccional conserva su potestad. Son apropiadas a este planteamiento las palabras de Fenech, al decirnos que el Ministerio Público, en un proceso ejerce una función inspectora que presenta claras, en cuanto no ejerce funciones propias de órgano jurisdiccional, que corresponden, como dije, únicamente al Juez, limitándose el Ministerio Público, a inspeccionar la buena administración de justicia, la eficacia y celeridad de los procedimientos y la atención de las audiencias, además de hacer la información sumaria previa a la citación directa, como requerir también el juicio o solicitar el sobreseimiento.

Pero, de acuerdo a la opinión de algunos eminentes juristas, posición que se opone a la tradicional, de considerar al Ministerio Público como parte, se nos dice que: contra la concepción general de considerar al Ministerio Público como parte, se establece que esta Institución no pide la actuación en nombre propio, le inspira un deber de imparcialidad y que el Ministerio Público no puede ser acusado, lo que desdice de la igualdad de las partes en el proceso y además en ocasiones pide la absolución del acusado¹⁴.

Claro está, la institución nunca ha sido afectada por la comisión de un hecho punible, es parte no afectada directamente, no ha sufrido una lesión, un perjuicio patrimonial y además no va a ir a la cárcel, interpretando esta expresión como la posibilidad de coacción física en su contra, pero esta circunstancia la considero normal, natural, así se libra de la influencia de fuertes emociones que son característica frecuente de los particulares que figuran como parte en un litigio.

Se puede concluir que el Ministerio Público, es parte formal en el proceso, mientras que el imputado, por ejemplo es parte material del proceso. Las capacidades del Ministerio Público son amplias, puede pedir al Juez la fijación de una sentencia sin que este funcionario pueda ponerla mayor, ya que quedaría sujeto al recurso de casación. Esta participación del Ministerio Público, en modo alguno puede o debe considerarse como una auto-atribución, sino que existe en tanto en cuanto la sociedad le ha delegado la facultad de velar por sus intereses, por lo tanto, esta y no otra, debe ser la finalidad de la institución del Ministerio Público, cualquier otra posición conculcaría los más elementales principios de la finalidad de su existencia. Sus atribuciones son propias, su existencia dependiente; dependencia comprendida como se dijo, en calidad de delegación, encargo o encomienda de la sociedad, para que vele por sus intereses solicitando la recta aplicación de la justicia. Pero

la finalidad misma de la sociedad, no es la de la jauría que persigue a la zorra hasta deshollarla, sino que debe tener tal capacidad de discernimiento para saber cuándo debe pedir la condenatoria del imputado y cuándo su absolución, debido a que todas las actuaciones del Poder Judicial van encaminadas al establecimiento de la verdad real.

¿Es constitucional la facultad de reducir a prisión a las personas, por parte del Ministerio Público?

Esta nueva interrogante que he propuesto, también dio base a una proposición. En mi entender no es inconstitucional la facultad que tiene el Ministerio Público de reducir a prisión a los partícipes de un hecho punible.

Los visos de inconstitucionalidad que tal facultad tiene, se refieren únicamente a la interpretación literal que se hace del artículo 37 de nuestra Constitución Política, que establece lo siguiente:

*"Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido un delito y sin mandato escrito de Juez o autoridad encargada del orden público; excepto cuando se tratare de reo prófugo o delincuente in-fraganti, pero en todo caso deberá ser puesto a disposición del Juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas"*¹⁶.

Para contrarrestar las opiniones tendientes a ver la inconstitucionalidad de la facultad de reducir a prisión a los delincuentes, me permito transcribir los términos del artículo 408 del Código de Procedimientos penales:

*"El requerimiento de citación directa deberá ser presentado ante el Tribunal competente dentro de los quince días a contar de la detención del imputado; si éste se encontrare en libertad, dentro del mes de comenzada la información"*¹⁷.

De las anteriores transcripciones se puede colegir que el Código de Procedimientos Penales, permite a los Agentes Fiscales, mantener en prisión y hasta por quince días a los delincuentes, con apego a los principios del artículo 37 de la Constitución.

¿Puede considerarse al Ministerio Público como un órgano jurisdiccional o como un tribunal?

Considero que no. No se puede considerar al Ministerio Público, o más bien los Despachos que de él dependen, como lo son las cinco

¹⁴ Fenech E. Derecho Procesal. 3a. Edición. Ed. Labor S. A. Barcelona, España. 1960. Pág. 65.

¹⁵ JIMENEZ, Asenjo Enrique. Derecho Privado. Vol. I Ed. Ruta España sin fecha. Pág. 75.

¹⁶ Constitución Política de Costa Rica de 1949, vigente.

¹⁷ Código citado.

Agencias Fiscales de San José, o las recientemente fundadas v. gr., en Desamparados, San Sebastián, Hatillo, Puriscal y la de Escazú, Mora y Santa Ana, toda vez que sus funciones son completamente distintas a las que ejercen los órganos jurisdiccionales.

Al efecto es importante anotar que las principales funciones de los Agentes Fiscales son:

- a) Llevar a cabo la información sumaria, previa a la citación directa.
- b) Formular los requerimientos ante el Juez de Instrucción, en delitos cuyas penas excedan los tres años, o de citación directa ante el Juez, cuando no excedan de tres años.
- c) Pronunciarse acerca de las audiencias sobre el fondo, a la vez que le notifica el Juez de Instrucción.
- d) Ejercer la acción civil cuando le haya sido delegada.
- e) Deberá mantener oralmente la acusación cuando el Fiscal esté en desacuerdo con los términos el requerimiento, etc.¹⁸

Del anterior esquema se desprende que las funciones del Ministerio Público son esencialmente requirentes, y nunca ejecutivas.

Por lo tanto es aconsejable que para disponer de una independencia funcional, tanto en la teoría como en la práctica, se rijan por su propia ley orgánica.

El problema del monopolio de la acción penal pública

A la altura del presente trabajo podemos ver cómo paulatinamente se ha ido deslindando la institución del Ministerio Público, mediante el enfoque histórico, constitucional y funcional realizado. Queda solo establecer los inconvenientes o bondades de que la acción penal pública esté bajo su ejercicio en forma exclusiva.

Este aspecto del Ministerio Público, ha generado los más variados comentarios, ora a su favor, ora en su contra, pero queda aún por establecer si tales comentarios, especialmente los contrarios obedecen a una visión objetiva del problema, u obedecen a circunstancias subjetivadas, como puede ser la reducción de los honorarios de los profesionales del Derecho, al limitarse el ofendido a acercarse a la Agencia Fiscal que corresponda, exponer el hecho por el que se considera ofendido, siendo posteriormente tal Despacho quien realice la acusación.

Es criticable la posición de algunos abogados que a sabiendas de la próxima vigencia del Código de Procedimientos Penales, no asistieron oportunamente a las múltiples conferencias que se dieron en la Corte Suprema de Justicia.

¹⁸ Código de Procedimientos Penales. Op. cit. Capítulo I, Título IV.

Por el contrario algunos, desistieron de las defensas que llevaban al adecuarse cada causa al nuevo sistema, pero es necesario crear conciencia en el nuevo estudiante de que una rama del Derecho, parodiando a Kirchman, es cambiante aunque no con la violencia que él indicaba, lo cual obliga a estar al día tratando de interpretar las normas del derecho positivo, con miras a un perfeccionamiento de nuestro sistema legal.

Si los ciudadanos fueran todos honrados y virtuosos y la moralidad pública muy elevada, el derecho en manos de los particulares sería honorífico y saludable. Pero ese Derecho en manos de los particulares es instrumento de venganzas y fomenta las calumnias.¹⁹

La anterior opinión de Jiménez Asenjo, encuentra asidero en nuestro propio medio. Son o fueron frecuentes durante el imperio del anterior Código Penal, las acusaciones realizadas por medio de particulares, arguyendo falsedades o alteraciones en los documentos base de algún proceso civil. De inmediato conseguían paralizar el remate o ejecución y daban pie a un largo y costoso proceso penal. Posteriormente y luego de los exámenes grafoscópicos comparativos que realiza el Organismo de Investigación Judicial, se establecía que no había base en tal querrela. Esto generaba que el órgano jurisdiccional al sobreseer al imputado, de oficio ordenara instruir un proceso por causación calumniosa, lo que daba inicio a otro costoso proceso.

Ahora, con la monopolización de la acción penal, tales maquinaciones tienden a desaparecer. La institución del Ministerio Público alberga en su seno eficientes funcionarios, exentos de intereses exacerbados por la emoción, sin pretensiones de venganza, sino con una sola y sublime meta: la justicia. El Ministerio Público, califica *prima facie*, promueve o solicita la desestimación de esos asuntos.

Guarneri sostiene una posición contrapuesta a la de Jiménez Asenjo en cuanto a la bondad o justicia de la monopolización:

*"He aquí pues, la razón de que cada uno de los asociados y sobre todo el ofendido, pero asimismo aún aquel exento por completo de las consecuencias directas e inmediatas del delito, sientan de un modo instintivo y poderoso la necesidad de un castigo al delincuente y tenga virtualmente en mayor o menor medida cualidad para satisfacer las funciones actualmente atribuidas al Ministerio Público"*²⁰.

Deja entrever el jurista que el ofendido, el particular, el afectado posee un derecho natural de perseguir la acción penal, pero como al inicio del tema comentamos, no siempre debe dejarse la justicia en manos de particulares, verbigracia sería el fuego en manos de inocentes o de niños.

¹⁹ Jiménez Asenjo, loc. cit., pág. 191.
²⁰ GUARNERI, José, Las partes en el Proceso Penal. Ed. José Cajica. Puebla, México, 1952 (sin ed.).

Las concepciones positivistas del Derecho iniciadas por Austin, Bentham, Ihering y Kelsen por ejemplo, ya han sido superadas. Han sido trocadas por la concepción sociológica.

Ya no se concibe al Estado como un aparato dominador, como un aparato coactivo, sino que como indicó Jellineck, el Estado tiene una doble función: la administrativa, cultural, etc. y la de órgano generador de derecho, de acuerdo con las normas constitucionales existentes.

El Ministerio Público en Costa Rica, no es una institución de la que el Estado se vale para imponer su dominio. En primer lugar porque no depende directamente de él, sino del Poder Judicial, considerando aquel concentrado en el Ejecutivo. Tiene atribuciones especificadas por la ley y no sirve a intereses bastardos o de clase, su único fin es velar por la recta administración de la justicia, como instrumento regulador de las consecuencias generadas por la comisión de hechos punibles y velador de los procesos y trámites judiciales.

Información adicional sobre la mecánica en materia penal.

Los partes o denuncias que provienen de los entes policia-co-administrativos, se presentan a la Secretaría General del Ministerio Público. Lo anterior debe hacerse también con las denuncias de particulares. Una vez recibida la denuncia se califica *a priori* en esa oficina y se remite mediante estricto rol de boletas a cada una de las cinco Agencias Fiscales.

La Agencia Fiscal, una vez que recibe la denuncia, hace un estudio rápido de la situación contenida en el parte y tiene dos posibilidades:

- a) Si se trata de un asunto cuya probable pena a imponer no excede los tres años, se arroga su conocimiento y practica una información sumaria. Al concluir ésta, debe requerir la citación directa, o bien el sobreseimiento. También puede considerar que el asunto no importa delito y solicitar la desestimación de acuerdo con el numeral 158 del Código de Procedimientos Penales.
- b) Si el asunto tiene probable pena que excede los tres años, por ejemplo: hurtos agravados, robos, homicidios, estafas etc., se elabora de inmediato el requerimiento de instrucción formal para ante el Juez de Instrucción que le corresponda.

CONCLUSIONES

Necesariamente al entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimientos Penales, se suscitaron algunas confusiones, pero con el esfuerzo de los funcionarios y empleados subalternos, se han ido superando una a una las confusiones generadas.

Tomando como modelo la Agencia Tercera Fiscal, es importante informar que al concluir el mes de setiembre, o sea el primer trimestre de funciones con el nuevo Código, habían entrado 637 asuntos, los cuales con celeridad pero sin festinación, fueron diligenciados de la siguiente manera:

Requerimientos de Citación Directa	67
Requerimientos de Instrucción Formal	154
Con Solicitud de Sobreseimiento	184
Con Solicitud de Desestimación	107
Con Solicitud de Suspensión de Proceso	26
Con Solicitud de Incompetencia	72
Acumulaciones	6
Conversiones	21

637

Concluyendo, es preciso establecer la urgencia de una ley orgánica que rija los aspectos propios del Ministerio Público.

A la vez, es importante en mi criterio, reformar el artículo 10 del Código de Procedimientos Penales, que establece la posibilidad de que el Ministerio Público, por vía de delegación de la parte ofendida, pueda ejercer la acción civil resarcitoria, ya que el mencionado artículo, no establece casos de excepción, lo que se prestaría para que personas talvez inescrupulosas lo conviertan en un cobrador de sus intereses y que no siempre ostentan una condición que no les permite ejercer tal acción con sus propios recursos.

Como se ha dejado establecido es buena la monopolización de la acción penal en el Ministerio Público, siempre y cuando su labor sea óptima, ajustada a derecho y con un ideal como es el de justicia. Por sus múltiples funciones, el control que sobre él ejerce la Dirección General así como la Inspección Judicial se puede concluir que el Ministerio Público no significará un ente burocrático más.

La administración de justicia, ejercitada por personas preparadas en este campo especializado y con una visión objetiva de los particulares panoramas de cada proceso, eliminará la posibilidad de que esta rama del saber humano, se convierta en instrumento saciador de venganzas personales a que es muy dado el género humano.

BIBLIOGRAFIA

- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario de Derecho Usual Tomos II y III. Sexta Edición Bibliografía Omeba. Argentina 1968.
- CODIGO de Procedimientos Penales: Edición dirigida por el Licenciado Oscar Chacón Jinesta. Editorial Metropolitana. 1974.
- CONSTITUCION POLITICA DE COSTA RICA: Imprenta Nacional. 1975.
- GUARNERI, José: Las partes en el Proceso Penal. Editorial José Cajica. Puebla México 1952.
- FENECH, E.: Derecho Procesal. II Vol. III Edición Editorial Labor S. A. 1960.
- JIMENEZ, Asenjo Enrique: Derecho Privado. Vol. I. Editorial Ruta España.
- ROMERO ROJAS, Iver: Entrevista. Octubre 1975.

LA DESCENTRALIZACION ADMINISTRATIVA EN LA CONSTITUCION POLITICA

Dr. Mauro Murillo

SUMARIO: INTRODUCCION. A) LA DESCONCENTRACION EN LA CONSTITUCION POLITICA: 1. Concepto de desconcentración administrativa. 2. Casos de desconcentración administrativa en la Constitución Política. 3. Los órganos desconcentrados como órganos de relevancia constitucional. 4. Principios constitucionales que rigen los órganos administrativos desconcentrados. B) LA DESCENTRALIZACION ADMINISTRATIVA EN LA CONSTITUCION POLITICA: 1. Concepto de descentralización administrativa. 2. Concepto y formas de autonomía. 3. Autonomía, planificación, coordinación, dirección y control. 4. El problema terminológico. 5. Clases de entes descentralizados en la Constitución Política. 6. Las "instituciones autónomas": 6.1. Concepto de institución autónoma. 6.2. La autonomía de las Instituciones autónomas. 6.3. Las razones en que se fundó su establecimiento. 6.4. Normas generales referidas específicamente a las instituciones autónomas. 6.5. Las instituciones autónomas reconocidas individualmente en la Constitución. 7. Las instituciones semiautónomas: 7.1. Introducción. 7.2. Problemas constitucionales que plantean. 7.3. Las disposiciones que contempla el Proyecto de Constitución. 8. Las Municipalidades. 8.1. Introducción. 8.2. La autonomía Municipal. 9. Régimen constitucional de los entes descentralizados: 9.1. Introducción. 9.2. Régimen de administración financiera y de personal.

INTRODUCCION.

El presente trabajo pretende ser otro pequeño aporte en la labor que nos hemos propuesto de entender nuestro Derecho Público.

Trata de la problemática que plantea la Constitución sobre descentralización administrativa. Es un escrito entonces de Derecho Administrativo Constitucional.

A nadie escapa las confusiones tan grandes que todos tenemos en cuanto a terminología y conceptos, en materia de descentralización administrativa. El escrito emprende la tarea de dilucidar todo ello. Por actuar al solo nivel constitucional, es claro que no podrá significar sino un aporte reducido para entender la situación general de la descentralización administrativa, la cual a nivel de legislación es aún más compleja. No obstante, pretendemos de toda suerte ofrecer un marco, bastante elaborado, para entender igualmente la legislación sobre la materia. Tratar ésta de toda suerte será un trabajo que deberán emprender los juristas.

El escrito es más bien exhaustivo de la materia, en cuanto procesa la casi totalidad de la información disponible, y en cuanto analiza la casi totalidad de los problemas principales que plantea el tema, al nivel en que se estudia.

Es poco ortodoxo, en tanto sin desconocer la doctrina extranjera utiliza sus conceptos más bien como puntos de partida. Es consciente de que en esta materia cada sistema es más o menos diverso de los otros, de donde debe ser elaborada la doctrina prevista del sistema.

De paso se toca también la desconcentración administrativa, siempre a nivel constitucional, por la gran afinidad entre ésa y la descentralización administrativa.

A) LA DESCONCENTRACION ADMINISTRATIVA EN LA CONSTITUCION POLITICA

1. Concepto de desconcentración administrativa

La desconcentración administrativa se produce cuando por ley (o norma constitucional) es atribuida una competencia en forma exclusiva a un órgano inferior, con perjuicio de la competencia del órgano superior jerárquico.

Es entonces un fenómeno que se da dentro de una misma persona jurídica, sin originar un nuevo ente. Implica por otra parte un rompimiento del ordenamiento jerárquico de las competencias¹.

2. Casos de desconcentración administrativa en la Constitución Política

La Constitución no contiene expresamente ningún principio general sobre desconcentralización administrativa. Sanciona sin embargo algunos supuestos concretos de órganos desconcentrados:

a) El "organismo técnico" encargado de la fijación de los salarios mínimos. El artículo 57 de la Constitución deja a la Ley la creación de un organismo que será el encargado de determinar por sí solo los llamados salarios mínimos legales.

Que se trata de un órgano y no de un ente no hay duda, por cuanto según consta de las Actas de la Constituyente la moción inicial hablaba de "organismo técnico de carácter autónomo", y según la explicación del proponente se intentaba crear una institución nueva, aspecto que motivó la oposición de varios Constituyentes, y que indujo al mocionante a suprimir la frase antes subrayada².

b) El "organismo" encargado de conceder becas.

La función de otorgar "becas y auxilios" a las personas de escasos recursos económicos, para seguir estudios superiores (esto es, "estudios posteriores a la educación diversificada", o sea la antigua "enseñanza media"; vid. reforma al artículo 78, párrafo 1º introducida por Ley N° 5202/73), debe estar a cargo del Ministerio "del ramo" "por medio del organismo que determine la ley" (párrafo 2º del mismo artículo 78).

El hecho de que se ponga la función "a cargo" del Ministerio de Educación Pública determina que el "organismo" de que se habla es un órgano y no un ente.

¹ Es el "decentramento burócratico u orgánico" de los Italianos, que nada tiene que ver con la "deconcentrazione" (Vid ROVERSI-MONACO. Profili giuridici del decentramento nell'organizzazione amministrativa, Cedam, Padua, 1970, págs. 146 y siguientes).

² Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, T. III, Actas N° 122 y 123, págs. 16, 17, 21 y 22.

En el Proyecto de Constitución de la Junta de Gobierno se empleó la misma redacción, aunque no se reducía la competencia del órgano a las solas becas y auxilios del Estado concedidos para seguir la educación superior (art. 85).

c) El Departamento "especializado" en Presupuesto.

Dentro del Poder Ejecutivo, un Departamento preparará el Proyecto de Presupuesto Ordinario de la República. Esta competencia se ve afectada sólo por la existencia de un recurso de apelación ante el Presidente de la República (ver artículo 177)³.

Como "Departamento" del Poder Ejecutivo, no puede ser sino órgano⁴.

d) La Tesorería Nacional.

El artículo 185 la califica de "organismo", y tiene de particular que se le confiere expresamente, al Tesorero Nacional y al Sub-tesorero, "independencia en el ejercicio de sus funciones" (art. 186).

Al igual que el jefe del Departamento de Presupuesto, los jefes de la Tesorería Nacional son nombrados para un período fijo.

De las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente queda evidenciado que la Tesorería es un órgano, pues fue rechazada una moción sobre la que se planteó la duda de si la Tesorería funcionaría como una especie de institución autónoma⁵.

e) El Consejo Superior de la enseñanza oficial⁶.

Le corresponde la "dirección general de la enseñanza oficial" y debe ser presidido por el Ministro del ramo (art. 81).

Así como "organismo" es un término de significado múltiple, lo mismo ocurre con "consejo", aunque tendencialmente siempre sugiere éste último la idea de órgano y no de ente.

La tesis de que se trata de un órgano es corroborada por el hecho de que fue creado para "limitar la acción" del Ministro del ramo⁷ como parte del Estado⁸.

³ En el proyecto de Constitución de la Junta de Gobierno no había previsión sobre un departamento semejante (Ver art. 201, Actas cit., T. I, pág. 53).

⁴ En las actas citadas son claras las explicaciones del Constituyente FACIO, que llama al Depto. "oficina dependiente del Poder Ejecutivo" (pág. 424, T. III, Acta N° 62).

⁵ La moción del Partido Constitucional desechada señalaba que el Tesorero Nacional y el Sub-Tesorero gozarían de "independencia respecto a las secretarías del Estado y demás organizaciones nacionales". (Actas cit., T. III, Acta N° 165, pág. 462).

⁶ En relación con las Universidades, ver infra, parágrafo 6.5.

⁷ Ver manifestaciones del Constituyente BAUDRIT SOLERA en el Acta N° 154, pág. 311 (Actas cit., tomo II).

⁸ Así en moción del Constituyente ZELEDON BRENES (Acta N° 155, pág. 333, Actas cit., T. II). En esta misma moción se le confería al Consejo "autonomía en el ejercicio de sus altas funciones".

De acuerdo al artículo 104, el registro Civil "depende exclusivamente" del Tribunal Supremo de Elecciones. Esta dependencia es determinante de su naturaleza de órgano⁹.

Sus decisiones son apelables ante el Tribunal (art. 102. inc. 4º).

El Proyecto de Constitución de la Junta de Gobierno contemplaba una "Junta de carácter permanente, que gozará de independencia en el desempeño de sus funciones", para la administración del régimen de servicio Civil (art. 271, Actas cit., T. I, pág. 65).

3. Las órganos desconcentrados como órganos de relevancia constitucional.

No obstante que, como señalábamos, la Constitución no define un régimen de los *órganos administrativos desconcentrados* que crea, entendemos que bien pueden deducirse ciertos principios del sistema mismo.

El sistema organizativo constitucional parte de una división básica: el Estado (persona), por un lado, y las llamadas instituciones estatales (entes menores). Dentro del Estado es fundamental la distinción entre *órganos constitucionales* y *órganos de (mera) relevancia constitucional*.

Entendemos por *órganos constitucionales* aquellos que son indispensables, esenciales, en la organización del Estado, y que se encuentran entre sí en una relación de independencia, por ser iguales. Esenciales, de acuerdo a la calificación de la misma Constitución, que los crea, la que se deduce en realidad del carácter de independencia que se les concede. Independientes, en tanto la relación entre ellos es de "pesos y contrapesos"¹⁰.

Órganos de relevancia constitucional serían aquellos creados en la Constitución; no tienen la garantía de independencia sino sólo la de una competencia exclusiva.

Son *constitucionales* los Poderes, la Contraloría General de la República y el Tribunal Supremo de Elecciones. Son de *relevancia constitucional* los *órganos administrativos desconcentrados* que ya hemos visto.

⁹ Ver mi Terminología Jurídica Organizativa, cit.

¹⁰ En la doctrina italiana se hace la diferencia entre *órganos constitucionales*, de relevancia constitucional, y *auxiliares*. Entre éstos últimos está la Corte de Cuentas (equivalente de nuestra Contraloría). Dicha doctrina exige que los *órganos constitucionales* realicen una función de gobierno, de dirección política. (Vid. CROSA, "Gli organi costituzionali e il Presidente della Repubblica nella Costituzione Italiana", Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1951, pág. 91 ss., Giuffrè, Milán; VIRGA, Diritto Costituzionale, Giuffrè, Milán, 1967, pág. 125 ss.) Por no contemplar nuestra Constitución la existencia de "órganos auxiliares", entendemos que es otro el concepto que debemos tener de "órgano constitucional". Al fin y al cabo en Costa Rica, no existe ninguna diferencia sustancial entre la oposición jurídica de un Poder y la Contraloría por ejemplo.

4. Principios constitucionales que rigen los órganos administrativos desconcentrados.

Del carácter de *órganos con relevancia constitucional* de los *órganos administrativos desconcentrados* que sanciona la Constitución pueden deducirse importantes consecuencias.

Los *órganos constitucionales* constituyen una pirámide jerarquizada en sí misma, en el sentido de que agotan toda posibilidad de relación jerárquica. No pueden estar sujetos a ningún tipo de relación que implique jerarquía de otro órgano distinto. Por otro lado, están constituidos por más *órganos* (son *órganos de órganos*), pero a su vez no constituyen ningún órgano.

Los *órganos de relevancia constitucional* en cambio, forman parte precisamente de algún *órgano constitucional*, a cuyo jerarca se somete en alguna medida. Recuérdese que la garantía constitucional no llega más allá del ejercicio de su competencia exclusiva, único aspecto en el que se garantiza cierta "independencia". No alcanza entonces a los aspectos administrativos distintos del estricto cumplimiento de la función, que deben cumplirse para poder ejercerla. Si fuere de otro modo no habría diferencia alguna entre *órgano constitucional* y *órgano de relevancia constitucional*.

Más o menos ésta es la concepción que trata el desechado proyecto de Constitución que presentó la Junta de Gobierno Constituyente de 49. En su artículo 267 señalaba que los "departamentos técnicos permanentes" tendrían "independencia funcional" en la materia técnica atribuída, pero estarían "subordinados económica y administrativamente" a los respectivos Ministerios.

Por ello, pues, en el supuesto de los *órganos desconcentrados* que hay es un simple rompimiento del ordenamiento jerárquico de las competencias (salvo los recursos de alzada expresamente sancionados en algunos casos), subsistiendo en los demás aspectos de la jerarquía salvo por supuesto las limitaciones derivadas de la naturaleza colegiada de ciertos *órganos*, y salvo las garantías de inamovilidad expresamente conferidas.

B) LA DESCENTRALIZACION ADMINISTRATIVA EN LA CONSTITUCION POLITICA

1. Concepto de descentralización administrativa.

Al igual que la desconcentración, la descentralización administrativa se produce por ley o norma constitucional. La atribución de la competencia (en materia administrativa) se hace a una persona jurídica nueva que se crea, y en esto (y en sus consecuencias) radica la diferencia entre desconcentración y descentralización.

Los entes descentralizados forman la Administración Pública, precisamente el sector descentralizado de ésta. Son llamados "estatales" por cuanto integran el llamado "Sector Público Estatal", que excluye a los entes públicos no estatales¹¹.

La descentralización administrativa plantea el problema de la autonomía administrativa, en tanto normalmente todo ente descentralizado posee autonomía en algún grado. De allí que resulte indispensable estudiar este último concepto.

2. Concepto y formas de autonomía.

Quizá la forma más fácil de entender qué es la autonomía sea comparándola con la "independencia", que vimos corría entre los órganos constitucionales. La autonomía, como la independencia, son relaciones, o tal vez más precisamente, son terminadas posiciones dentro de determinadas relaciones.

Al contrario de la independencia, la autonomía se da no entre iguales sino entre distintos. Por eso no es una relación de pesos y contrapesos, pues el problema es más bien determinar cuáles son las potestades que en perjuicio del ente descentralizado tienen los órganos estatales (fundamentalmente el Poder Ejecutivo)¹².

Existen tres formas de autonomía perfectamente delimitadas en nuestro ordenamiento jurídico¹³:

a) la autonomía administrativa, que es la posibilidad jurídica de que un ente realice su cometido legal (a nivel "administrativo" o concreto, valga la redundancia, y para excluir el nivel político¹⁴, que implica otra forma de autonomía, como se verá) por sí mismo sin sujeción a otro ente. Es la capacidad de autoadministrarse¹⁵. Es de principio en todo ente descentralizado (salvo ley en contrario, en los casos en

¹¹ Puede ser de alguna utilidad consultar al respecto mi "Terminología Jurídico-Organizativa", N° 1 de la "Serie de Divulgación de Estudios Técnicos", de OFIPLAN, 1975.

¹² "Autonomía e independencia no son la misma cosa", afirmó el Constituyente ORTIZ MARTIN (Actas cit., T. III, pág. 41).

¹³ Omitimos hablar de la llamada "autonomía económica", que alude a la garantía de que se contarán con fondos suficientes, en tal forma que no se dependa periódicamente del libre criterio de los órganos asignantes de los recursos. Tal "autonomía" no parece referirse propiamente a una relación de las que nos ocupamos. Por supuesto que avalamos la afirmación de que "sin independencia económica no hay independencia política". (Constituyente GOMEZ ROJAS, Actas cit., T. III, Acta N° 155, pág. 376), lo cual es cierto en buena medida.

¹⁴ De toda suerte no parece posible "traer una línea precisa de distinción entre política y administración" (ROSERVI-MONACO, op. cit. pág. 239).

¹⁵ Algunos autores hablan de "autarquía", cuando se tiene sólo autonomía administrativa (Cfr. GARCIA-TREJIVANO FOS, Tratado de Derecho Administrativo, T. II, vol. II, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pág. 467). Tal vocablo no se usa en Costa Rica.

que no esté constitucionalmente garantizada), y se entiende no sólo al ejercicio mismo de su función legal, sino también a sus actividades administrativas de apoyo a ésta¹⁶;

b) la autonomía política, que es la relativa a la materia política. Sería la posibilidad o capacidad de autodirigirse políticamente, de gobernarse, de señalarse o fijarse el ente a sí mismo, sus propios objetivos directrices (dentro del marco legal, por supuesto).

Tanto la administrativa como la política, son autonomías que se presentan especialmente frente al Poder Ejecutivo, aunque a su vez implican lógicamente limitaciones para la actividad legislativa¹⁷; y

c) la autonomía organizativa, que es la capacidad de autoorganizarse. Pero debe no confundirse con la capacidad (que es de principio, salvo ley en contrario allí donde la Constitución no la garantice) de darse el ente su propia organización dentro del marco señalado por la respectiva ley de creación. Nos referimos obviamente a los supuestos en que el ente puede dictarse su propia organización fundamental con exclusión de toda potestad legislativa. En estos casos existe una total carencia de facultades del Poder Legislativo (a través de leyes ordinarias).

En tanto es principio de nuestro ordenamiento que quien tiene autonomía de gobierno tiene la administrativa, y que quien tiene la organizativa tiene a su vez esas dos, puede hablarse perfectamente de grados de autonomía administrativa¹⁸.

3. Autonomía, planificación, coordinación, dirección y control.

Es importante determinar la compatibilidad de la autonomía con varios institutos jurídicos.

El control es esencial en los entes descentralizados¹⁹. Sin embargo, ciertos tipos de control no son obviamente compatibles con la autonomía²⁰.

¹⁶ V. gr: Administración de personal y administración financiera. Esta es una diferencia sustancial entre desconcentración y descentralización, conforme a lo que vimos supra.

¹⁷ "La autonomía no puede significar sólo independencia con respecto al Poder Ejecutivo, sino también con respecto al Poder Legislativo" (JIMENEZ DE ARECHAGA, según el Constituyente FACIO, Actas cit., t. I, pág. 636).

¹⁸ De "grados de autonomía" hablaba ya el Proyecto de Constitución que redactó para la Junta de Gobierno la Comisión especial (V. Actas cit., T. I, pág. 636).

¹⁹ Cfr. GARCIA-TREJIVANO FOS, op. cit. pág. 447.

²⁰ Cfr. ROSERSI-MONACO, op. cit. párrafo sobre "decentramentos e controllo" págs., 188 ss. En relación con el veto, y el control-nombramientos, véase infra el párrafo 8.2.

Así por ejemplo, el control de oportunidad es incompatible con la autonomía (en cualquiera de sus formas) ²¹.

Por esto último, los controles sancionados en la Constitución en perjuicio de los entes descentralizados ²², deben ser entendidos como limitaciones lógicas derivadas de la autonomía que eventualmente sancionaría la misma Constitución.

La planificación ²³ vinculante es incompatible con la autonomía política. Al menos así se ha entendido en nuestro medio, como deduce claramente de las razones que motivaron la reforma al artículo 188 constitucional ²⁴ y el hecho mismo de la emisión posterior de la nueva Ley de Planificación Nacional sobre nuevas bases. La planificación pública, si bien no está sancionada expresamente en la Constitución, encuentra sí pleno fundamento en el artículo 50 ²⁵.

La coordinación ²⁶ vinculante igualmente es tenida por tradición como incompatible con la autonomía política. La mejor prueba de ello es toda la gran discusión (vigente aún hoy día) que ha rodeado el proyecto de reforma al artículo 85 de la Constitución, entendido como tesis prevalente que la coordinación obligada lesiona la autonomía universitaria.

²¹ "No habrá autonomía si los actos de los Entes Autónomos pudieran ser formados por alguien, por cualquier autoridad pública, simplemente por el mérito. Es de la esencia de nuestro régimen autonómico el mérito, la oportunidad de las decisiones, solamente puede ser apreciada por los gestores del servicio" (JIMENEZ DE AREHEGA, según el Consejo de Estado, Actas cit., T. III, Acta N° 166, página 472, el cual sostiene en el párrafo es la "esencia del régimen autonómico") (Sobre el concepto de autonomía véase mi "Perfiles jurídicos de la empresa pública en Italia y en Costa Rica", N° 15 de la Revista de la Contraloría General, 1972. Sobre autonomía y dirección cfr. ROSERVI MONACO, op. cit., párrafo "decentralización y autonomía", págs. 197 ss.)

²² En realidad, en cuanto a control de los entes descentralizados sólo el artículo 188 tiene el atribuido a la Contraloría (art. 184). El inciso 8) del artículo 188 (es atribución del Poder Ejecutivo "vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas"), pese a su amplitud, no ha impedido el desarrollo legislativo ni actuación práctica a nivel del Poder Ejecutivo.

²³ Como fenómeno no es fácil concebir la "planificación", máxime cuando en nuestro medio no se traducen los Planes en Actos formales, ni el proyecto reduce de toda suerte sólo a la elaboración de tales Planes (cfr. Ley de Planificación Nacional vigente, N° 5525/74).

²⁴ Sobre el cual véase infra, párrafo N° 6.2.

²⁵ "El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza".

²⁶ La coordinación es otro de esos conceptos difíciles de captar para el derecho. En realidad la coordinación, aunque se tienda a diferenciar de la dirección, del control y de la dirección, más parece un resultado a alcanzarse por medio de diversos mecanismos, entre los cuales precisamente podrían estar la planificación, el control y la dirección. Se tienden a señalar como instrumentos de coordinación el cruce de información, la toma de decisiones en conjunto o en consulta, etc."

La dirección (no jerárquica) ²⁷ es indudablemente incompatible con la autonomía política, sobre la cual incide directamente.

4. El problema terminológico.

Aún dejando a un lado la doctrina (extranjera por supuesto y nuestra legislación), el problema terminológico a nivel constitucional es suficientemente grave. Es evidente que buena parte de la complejidad del tema se debe a la confusión terminológica.

Sin pretender hacer una lista exhaustiva de toda la terminología manejada (lo cual además podría resultar ocioso), analizaremos una buena muestra de la confusión aludida.

La terminología "autonómica" fue introducida en la Constitución de 1949.

En la de 1871, con la reforma de 1943 que creó la Caja Costarricense de Seguro Social, sólo se habló de "absoluta independencia del Poder Ejecutivo" (art. 63); pero es interesante sin embargo la distinción que allí mismo se hizo entre "administración y gobierno de los seguros sociales".

En el proyecto de Constitución de la Junta ²⁸, en la Exposición de Motivos, se contiene una nota terminológica que merece transcribirse:

"Se acoge... el término "autonomía" en vista de que gramaticalmente es correcto, de que existe doctrina al respecto, y que en la mayor parte de las Constituciones vigentes en la América Latina se le emplea para designar esos mismos organismos cuya independencia trata de garantizarse. Por lo demás, el término está ampliamente aceptado en el país".

En el artículo 11 del Proyecto se dice que "La República es unitaria, pero promueve la autonomía municipal y funcional, así como la descentralización administrativa en los servicios públicos". Si la auto-

²⁷ La dirección de que hablamos puede ser concebida como una relación por medio de la cual un determinado órgano emite directrices de política económica que van dirigidas a un determinado ente. El fenómeno no es conocido prácticamente en Costa Rica. Se diferencia de la planificación en que precisamente aquellas directrices son elaboradas dentro del marco del Plan. No son órdenes, puesto que pueden ser incumplidas sin que se afecte la validez de las decisiones respectivas.

²⁸ Páginas 24 y ss. del T. I de las Actas cit. La Exposición de Motivos del Proyecto de la Comisión constituida por la Junta, a la cual el mismo Proyecto de la Junta se remite, y de donde en realidad se extrae la cita, está en págs. 619 y ss., del mismo Tomo.

nomía "funcional" se opone a la municipal²⁹ entonces no sabríamos cuál es la diferencia entre ella y la descentralización por servicios que se menciona seguidamente.

La autonomía universitaria es definida en el artículo 90 como una "independencia para el desempeño de sus funciones... y para darse su propio gobierno".

A las "Instituciones Autónomas" les otorga "autonomía funcional" (art. 260), o sea, "independencia en materia de gobierno y administración". A las "semiautónomas" sólo les otorga "independencia funcional", "con la necesaria subordinación económica y administrativa" (art. 267). En el supuesto de la Contraloría General de la República se habló más bien de "absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores" (art. 210, frase que está en el texto vigente, artículo 183).

En las Actas de la Asamblea Constituyente de 1949 no se encuentra tampoco una uniformidad terminológica.

En relación con la autonomía universitaria, un mismo Diputado habla en una ocasión de "autonomía administrativa" (entendida como de organización y de gobierno), y en otra oportunidad de autonomía administrativa, funcional y financiera³⁰.

La moción de la fracción Social-Demócrata referente al actual artículo 188, califica a la autonomía de gobierno y administrativa como funcional³¹.

En el texto de la Constitución vigente, la terminología es igualmente confusa. Respecto de las Universidades, se habla de "independencia funcional", por un lado, y de "capacidad jurídica para... darse su organización y gobierno propios" (art. 84), por otro lado. El art. 183, como dijimos repite la terminología del 210 del Proyecto de la Junta. El 188 habla de los tipos de "independencia": administrativa y en materia de gobierno".

5. Clases de entes descentralizados en la Constitución Política

La Constitución se ocupa hoy día, expresamente, sólo de las "instituciones autónomas y de las Municipalidades".

Nos ocuparemos sin embargo también de las "instituciones semiautónomas", en atención a que en la redacción original del artículo 49 se mencionaban, aunque advirtiendo desde ahora que se trata de una categoría creada por la ley.

²⁹ En doctrina es clásica la diferencia entre descentralización "territorial y "por servicios" (Vid. SAYAGUES LASO, Tratado de Derecho Administrativo. T. I, Montevideo, 1959, pág. 207).

³⁰ Facio, Actas cit., T. III, Actas N° 154, pág. 311, y N° 161, pág. 413.

³¹ Actas cit. T. III, Acta N° 166, pág. 465.

Otros tipos de entes descentralizados (de los que hay numerosos ejemplos en la legislación), presentan sólo la duda de si constitucionalmente cabe su creación. El problema consiste exactamente en saber si la Constitución, al no contemplarlos, los impide. A nuestro juicio, en tanto la Constitución no los impide expresamente, y en tanto antes de la emisión de la misma existían entes que aún hoy día subsisten, sin que nada se dispusiera sobre ellos, debe reconocerse plenamente la potestad del legislador de crear diversos, con las limitaciones que se deduzcan sin embargo de los principios que nos ocuparemos en los siguientes párrafos.

En realidad la Constitución no contiene normas generales sobre la descentralización administrativa, sino sólo tratamientos de los regímenes por los que hubo interés. Esto por supuesto ha impedido formarse una idea global, crear un verdadero sistema, que pueda no sólo orientar la labor del legislador ordinario sino incluso las mismas reformas constitucionales.

6. Las "instituciones autónomas".

6.1. Lógicamente debemos empezar por conceptuar qué se entiende por "institución autónoma" en nuestro medio³².

Un concepto meramente formal no resulta difícil darlo: son aquellos entes descentralizados creados directamente por la Constitución, o creados por la ley especial, expresa o implícitamente como tales, y con mayoría reforzada de votos, conforme al artículo 189 de la Constitución.

Desagregando un poco el anterior concepto, debemos señalar que efectivamente algunas instituciones autónomas han sido creadas directamente por la Constitución. Quizá más que creadas, pues ya habían sido creadas antes, (dos de ellas incluso en la misma Constitución anterior), debería decirse que algunas instituciones autónomas fueron "constitucionalizadas" en la Carta Magna de 1949. Tal es el caso del Patronato Nacional de la Infancia, de la Caja Costarricense de Seguro Social, y de la Universidad de Costa Rica³². No es el caso de las Municipalidades, pues ésta, a pesar de ser autónomas, no son instituciones autónomas³³.

El resto son creadas por ley. En la generalidad de los supuestos, el legislador puede optar libremente entre crear una institución autónoma o crear un ente de otra clase. Sin embargo, en supuestos expresamente tasados por la Constitución, el ente que se crea tiene que ser necesariamente "institución autónoma": los Bancos del Estado, las instituciones aseguradoras del Estado, y las Universidades (arts. 189 y 84).

³² Consultar Terminología Jurídica..., cit.

³³ Vid. infra, párrafo 8.2. De allí que "ente autónomo" e "institución autónoma" no sean sinónimos, pues esta última locución tiene un uso restringido a determinada especie.

En todo caso, para que se entienda creada una institución autónoma se requiere que sea esa la intención, y que la votación haya obtenido mayoría especial. La intención debe constar de algún modo, pues las instituciones autónomas son creadas conscientemente. La mayoría especial debe constar igualmente de algún modo: no puede presumirse, pero sí deducirse de cosas como por ejemplo el anuncio de la Presidencia de la Asamblea de que el proyecto requiere ser aprobado por la mayoría especial.

Un concepto sustancial de "institución autónoma" es imposible darlo. La autonomía que se les garantiza es de menor grado que la de las Municipalidades, y mucho menor aún que el de las Universidades. No se podría decir entonces que son "instituciones autónomas" porque son autónomas, ni aún que son tales porque tienen tal o cual grado de autonomía.

6.2. Para entender mejor lo anterior es oportuno ocuparse con algún detalle de la autonomía de las instituciones autónomas.

Al efecto el texto clave es el del artículo 188:

*"Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia administrativa y están sujetas a la ley en materia de gobierno..."*³⁴

La redacción actual es fruto de una reforma aprobada en 1968, pues el texto original era más benevolente al garantizar ambas autonomías.

Ni antes ni ahora se garantiza la autonomía organizativa, y dijimos que ésta implica una exclusión de potestad legislativa, y por ende debe ser sancionada explícitamente por la Constitución.

Los reformantes de 1968 adujeron como razones de la medida que las instituciones autónomas no podían seguir "como moros sin señor". Concretamente, se adujo que la reforma tendía a ser factible una planificación que los vinculase³⁵, para lo cual debían sancionarse grados de autonomía³⁶.

³⁴ La frase final ("Sus directores responden por su gestión") era innecesario consagrarla en la Constitución, y en todo caso aquí no nos interesa.

³⁵ RODRIGO FACIO, que como se verá fue pieza clave en el establecimiento del régimen autonómico constitucional, fue el criterio de que no era necesario reformar la Constitución para sancionar una planificación que cubriera a las instituciones autónomas: "manteniendo incólume el régimen autonómico, (puede) lograrse establecer las bases racionales mínimas para coordinar y planificar" (Planificación Económica en Régimen Democrático", en Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Costa Rica, N° 4, Setiembre de 1959, pág. 60). Por supuesto que no aceptamos, conforme a lo antes expuesto, (véase el párrafo B.3, que pueda darse una planificación vinculante respecto de entes con autonomía política.

³⁶ La redacción propuesta por el proyecto de reforma decía: "Las instituciones autónomas tienen capacidad exclusiva para actuar en el cumplimiento de su fin propio y gozan de independencia en materia de administración. Su inde-

Por supuesto que a pesar de la intención, los alcances de la reforma van mucho más allá de permitir una planificación vinculante. Recuérdese lo dicho sobre descentralización, coordinación y dirección³⁷.

La reforma, por otra parte, no suprimió la autonomía en materia de gobierno, como algunas veces ha sido entendido, ya que lo que eliminó fue sólo la garantía constitucional de tal autonomía.

La autonomía de las instituciones autónomas es pues administrativa en todo caso, y además política cuando la otorgue expresa o implícitamente.

Se plantea la duda de la utilidad del artículo 188, con su redacción actual. Decir que en cuanto a autonomía política las instituciones autónomas estarán sometidas a la ley es por supuesto nada. Pero la garantía de la autonomía administrativa sí que es plenamente eficaz, pues de otro modo la ley podría también suprimírselas. Sólo que entonces uno se pregunta si vale la pena todo un artículo constitucional que simplemente se limita a garantizar una autonomía que, por lo demás y como ya se explicó, es de principio, y si merece exigirse, para el disfrute de tal garantía, que la creación de nuevas instituciones autónomas sea por 2/3 de votos (art. 189). Por supuesto que como consecuencia de la reforma cada vez será más difícil saber cuándo se pretende crear una institución autónoma. Cada vez más, por otra parte, se manifiesta la incongruencia de la locución "institución autónoma" en relación con los entes a que se aplica³⁸.

6.3. La anterior reforma es prueba contundente de una gran falta de visión del Constituyente de 1949 en materia de autonomía administrativa. El capítulo de las instituciones autónomas resultó totalmente nuevo en experiencia constitucional, y quizá en buena parte por ello fue que se erró.

Según el Constituyente, ciertas funciones no pueden ser cumplidas satisfactoriamente sino fuera de la danza de la política (los famosos vaivenes políticos). Tales funciones son las que con lujo de detalle el Proyecto de la Junta describía así: "funciones técnicas permanentes del Estado, para cuyo desempeño se requiere el manejo directo, discrecional, y continuo de recursos financieros, así como las funciones propias del dominio industrial del Estado", (art. 260). Son las mismas

pendencia en materia de gobierno estará sometida a la ley, para ajustar su actividad al derecho y al interés público". Además del respectivo expediente de la Ley 4123/68, puede consultarse el T. 200 de las Actas del Plenario, sesión ext. N° 53 del 27 de marzo de 1968, especialmente páginas 309 y 310. Parágrafo B.3.

³⁷ ³⁸ Con todo, la utilidad de la reforma no puede ponerse en duda. No sólo se emitió una nueva Ley de Planificación Nacional, sino que también ha recibido actuación, de último, con la ley de Presidentes Ejecutivos, tema éste sobre el cual puede consultarse mi artículo aparecido en la Revista de la Contraloría General. N° 18, pág. 13 y ss.

funciones de que habla una cita de los trabajos de la Asamblea Constituyente, que no podemos dejar de recogerla aquí literalmente:

*"El representante FACIO aclaró que desde 1871 a nuestros días el mundo ha cambiado mucho; desde hace varias décadas existe la tendencia en nuestro país, y fuera de él, de encomendar una serie de funciones técnicas, que antes desempeñaba el Poder Ejecutivo, a diversas Instituciones Autónomas, con el objeto de librar aquellas funciones de los vaivenes de la política"*³⁹.

No es que el razonamiento de las funciones técnicas etc., sea totalmente inválido para justificar la existencia de entes descentralizados con autonomía, pero sí llama la atención ver cómo le sirvió a los proponentes del Proyecto de Constitución para justificar no sólo las instituciones autónomas sino también las instituciones semiautónomas y también los "Departamentos técnicos permanentes" (arts. 260 y 267), sin que se ofreciera propiamente un criterio para saber cuándo debía ser cuándo⁴⁰.

Pero lo más curioso es que sí se pensó en que las instituciones autónomas no podían andar totalmente desligadas del Poder Ejecutivo. Frases como la de que "los organismos autónomos debilitan al Estado"⁴¹, y las muy elocuentes del Representante FACIO: "esas instituciones, aunque autónomas no se pueden desligar absolutamente del Estado... No es posible desligar a esas instituciones de la línea política —de la política en el buen sentido del término— del régimen en el poder",

³⁹ Actas cit., T. II, Acta N° 97, pág. 405. El mismo Facio sostuvo en una oportunidad (para negarle autonomía al Patronato Nacional de la Infancia) "que la autonomía —tal y como se ha consagrado en la Constitución debe tan solo reservarse para aquellas instituciones que manejen fondos cuantiosos del Estado, como los Bancos, o bien las que realizan una labor de grandes proyecciones en la vida social o económica del país". (Idem, Acta N° 117, pág. 511).

A posteriori, el mismo Constituyente explicó las razones de la sanción constitucional de la categoría de las instituciones autónomas, como sigue: "La Constitución Política de 1949, dentro de sus definidos propósitos de disminuir las concentraciones de poder público, ampliando el sistema tradicional de frenos y contrapesos de los tres poderes clásicos y creando además nuevas zonas de actividad y decisiones públicas; de apartar a los organismos oficiales de la política partidista; de darles continuidad a ciertas actividades básicas por sobre los cambios propios del régimen de alternabilidad en el poder; y de garantizar la eficiencia administrativa por la especialización, reconocerá a su vez, de manera expresa, el status de las Instituciones Autónomas como entidades descentralizadas, encargadas de ciertas funciones técnicas propias del Estado moderno y dotadas de independencia en materia de gobierno y administración". ("Planificación Económica etc." cit., pág. 54).

⁴⁰ Es interesante el dato que ofrece ROVERSI-MONACO: "los entes públicos instrumentales, típica expresión de la descentralización por servicios, aparecen como la consecuencia del desarrollo de una irrefrenable tendencia descentralizadora inspirada en razones técnicas" (op. cit. pág. 234). Nótese, sin embargo, que se refiere entes que ostentan sólo autonomía administrativa.

⁴¹ Actas cit., T. III, Acta N° 122, pág. 17.

son suficientemente probatorias de tal conciencia⁴². Incluso se llegó a afirmar que "a cada institución autónoma se le debe señalar su grado de autonomía propio"⁴³. La falta de visión del Constituyente estuvo entonces concretamente en que estimó correcta la redacción que propuso, a pesar de su conciencia de que autonomía no podía implicar desentenderse de la política general de Gobierno⁴⁴. En otras palabras, si supo traducir esa ocupación en normas concretas. Por el contrario, si vemos algunas mociones, resulta que más bien se propuso normas totalmente contrarias a la lógica que se pretendía guardar. Tal es el caso de la moción Social Demócrata, que decía⁴⁵:

"Las Instituciones autónomas del Estado gozarán de autonomía funcional y tendrán responsabilidad propia.

La autonomía funcional les confiere a dichas instituciones independencia en materia de gobierno y administración: las decisiones sobre las funciones puestas bajo su competencia sólo podrán emanar de sus Juntas Directivas, y ninguna podrá serles impuesta por el Poder Ejecutivo, ni desconocida por él.

La responsabilidad propia les impone a sus Directores la obligación de actuar conforme a su criterio en la dirección de las funciones puestas bajo su competencia..."⁴⁶.

A lo anterior agréguese nada más que precisamente el nombramiento de los Directores era el paliativo que se previó para atenuar una eventual distorsión respecto a la política del Gobierno"⁴⁷.

Las palabras del Representante ORTIZ MARIN resultaron indudablemente proféticas:

"El problema para mí se presenta en una forma seria, al dotar de ciertas instituciones de una independencia de tal magnitud y en-

⁴² Actas cit., T. III, Acta N° 126, pág. 41.

⁴³ La falta de visión también pudo verse fomentada por el hecho de las alabanzas que recibieron del 48. FACIO señaló que dichas instituciones habían tenido independencia total del Poder Ejecutivo; y que ello había que constitucionalizarlo (Actas cit. T. III, Acta N° 166, págs. 466 y 467).

⁴⁴ Actas cit., t. III, Acta 166, pág. 472. La cita está en relación con un párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley que reformó en 1967 el art. 188, que dice: "Al crear las instituciones de este tipo (autónomas), los constituyentes de 1949 no previeron la necesidad de que debieran existir distintos grados de autonomía de acuerdo con la naturaleza de la función de las instituciones. La experiencia costarricense ha indicado la necesidad de esa grabación."

⁴⁵ Consultar las Actas respectivas.

⁴⁶ Actas cit., T. III, Acta N° 166, pág. 465.

⁴⁷ En la Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución, ésta es la respuesta que respecto de las instituciones "cuya acción es de carácter nacional", se dio a la pregunta de allí mismo se formuló, sea: "Cómo conciliar la necesidad de que éstas conserven su independencia funcional y su responsabilidad propia." Es la misma respuesta que ofreció el Diputado FACIO (Actas cit. T. III, Acta N° 166, pág. 469).

vergadura, que prácticamente las convierte en pequeños Estados dentro del Estado... tal independencia traerá conflictos con la política general del Gobierno... Se les está dando a estas instituciones... una independencia tan absoluta, que obstaculizarán la marcha general del Gobierno, sino se plegan a la política del Estado... No he sido partidario de que se le resten tantas facultades al Poder Ejecutivo, quien es el que orienta la política general del gobierno". Más adelante recomienda reducir la independencia al solo campo administrativo⁴⁸.

Pero quizá el más vidente de todos los Constituyentes fue ESQUIVEL, quien afirmó que el título completo relativo a las instituciones autónomas, era "innecesario"⁴⁹.

Ya en 1959 el Constituyente FACIO admitirá que las instituciones autónomas necesitan coordinación, y que, "especialmente cuando se piensa en término de planificación, este aspecto del régimen autonómico se revela con carácter de verdadera seriedad".

Sin embargo, no admitirá todavía que el régimen fue sancionado erróneamente en la Constitución⁵⁰.

Será en los años sesenta cuando de ellos se forme conciencia⁵¹.

6.4. Normas generales aplicables a la institución autónoma, pero específicas para éstas, sólo dos contiene la Constitución.

Dice el artículo 190:

"Para la discusión y aprobación de proyectos relativos a una institución autónoma, la Asamblea Legislativa oírá previamente a aquélla."

Se trata de una audiencia obligatoria. El parecer de la institución

no es vinculante (en tanto la Asamblea puede no atenderlo) y ni siquiera semivinculante (en tanto no requiere la Asamblea de una mayoría especial para apartarse del criterio de la institución).

Adviértase que el deber de la Asamblea es simplemente de conferir la audiencia. No tiene en consecuencia que esperar indefinidamente una respuesta.

La norma, por otra parte, es bastante genérica, de modo que corresponde a todos los proyectos que se relacionen directamente con alguna institución en particular, con determinadas instituciones, o con

⁴⁸ Actas cit., T. III, Actas N° 166, págs. 467-8.

⁴⁹ Actas cit., T. III, Actas N° 166, pág. 468.

⁵⁰ Op. cit., págs. 54 y 60.

⁵¹ La historia del artículo 188 es una historia de las exageraciones en que pueden caer en la redacción de norma. En el caso, se dio una coyuntura (ansia de frenar el exceso de poder del Ejecutivo anterior a 1948) que favoreció la adopción de doctrinas que no eran precisamente las más adecuadas a las necesidades de nuestro desarrollo.

todas ellas⁵². No parece que se comprenda sin embargo la mera relación indirecta (vgr: normas de régimen jurídico que alcancen a toda la Administración Pública).

La omisión de la audiencia origina la inconstitucionalidad de la ley⁵³.

Algunos problemas de Derecho Parlamentario plantean la norma, que omitiremos tratar aquí.

La otra disposición constitucional de interés específico para las instituciones autónomas es el artículo 147, inciso 4), según la cual es atribución del Consejo de Gobierno: "Nombrar a los directores de las instituciones autónomas cuya designación corresponda al Poder Ejecutivo".

Nótese que se refiere sólo a aquellos directores (miembros de las juntas o Consejos Directivos) cuya designación corresponde al Poder Ejecutivo. Por otro lado, a pesar de que no se menciona la remoción en tanto se trata de funcionarios removibles rige el principio de que quien nombra remueve⁵⁴.

Conforme al artículo 191 se ha tratado de sostener que las instituciones autónomas deben estar sometidas al régimen de Servicio Civil. Nuestra tesis es contraria, en el sentido de que tal disposición no da margen para fundar tal pretendida obligatoriedad. No impide, sin embargo, que un semejante régimen de empleo alcance las instituciones en cuestión⁵⁵.

Algunas normas de la administración financiera (incluido el control) se sancionan para las instituciones autónomas pero son de alcance más general, en tanto cubren también a otros entes, y por ello se verán posteriormente⁵⁶.

6.5. Ya señalamos que algunas instituciones autónomas vienen reconocidas individualmente en la propia Constitución. Tal es el caso del Patronato Nacional de la Infancia, de la Caja Costarricense de Seguro Social, y de la Universidad de Costa Rica⁵⁷.

⁵² Más restringida era la moción Social Demócrata que se conoció en la Constituyente, pues se refería a los proyectos relativos "a materias encomendadas, a una Institución Autónoma". (Actas cit., T. III, Actas cit., T. III, Acta N° 166, pág. 465).

⁵³ Así según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Cfr. resoluciones emanadas en la ses. ext. N° 4 del 17 de enero de 1963 y en el artículo X de la ses. del 24 de enero de 1972, en mi "Jurisprudencia Constitucional", edic. mimeografiada de la Asamblea de la Asamblea Legislativa, 1973.

⁵⁴ Con ocho votos en contra, ampliase aunque erróneamente razonados ésta fue la tesis que quedó sentada en la resolución de la Corte según ses. ext. N° 35 del 30 de julio de 1964. Cfr. mi "Jurisprudencia, Constitucional". cit.

⁵⁵ Amplius, en mi "Sobre el empleo público en Costa Rica" N° 3 de la Serie de Divulgación de Estudios Técnicos", de OFIPLAN, 1975.

⁵⁶ Vid. infra, parágrafo B 9.2.

⁵⁷ Que la Universidad de Costa Rica es una "institución autónoma" parece ser un hecho, aunque como se verá es la más autónoma de su género. Prueba de que es una institución autónoma" los constituye la redacción del artículo III, en tanto excluye, de la prohibición a los Diputados de ejercer cargos en

Tres cosas deben observarse genéricamente para estas instituciones: primero que el legislador no puede suprimirlas; segundo que ni siquiera podría cambiarles el nombre⁵⁸; y tercero, que no puede disminuirles la competencia que la Constitución les asigna.

El Patronato es creado por el artículo 55, quien lo califica de "institución autónoma", y le atribuye "la protección especial de la madre y del menor"⁵⁹.

La Caja encuentra su garantía de existencia en el artículo 73. Este la define también como "institución autónoma", con el encargo de la "administración y el gobierno de los seguros sociales".

A pesar de que el Patronato y la Caja son "instituciones autónomas" de las reguladas por el artículo 188⁶⁰, queda sin embargo por determinar si la reforma a este artículo las afectó.

Ciertamente la autonomía del Patronato quedó reducida, en cuanto a su garantía, a la sola administrativa. El 188 es una norma genérica, y no habría razón alguna para excluir de sus alcances al Patronato.

Lo mismo no parece suceder sin embargo con la Caja. Si ésta tiene no sólo la administración sino también el "gobierno" de la materia de su competencia, si en el Constituyente hubo clara conciencia de la distinción entre "administración" y "gobierno", como lo demuestra el texto original y el vigente del artículo 188, y si en caso de conflicto sobre normas de un mismo cuerpo rige el principio de que la especial prevalece sobre lo general, no cabe entonces duda alguna de que la autonomía de la Caja no sufrió mengua en las tantas veces aludida reforma.

tales instituciones. Los supuestos de profesores universitarios (v. discusión en Actas N° 63 y 97, Actas cit., T. II, págs. 87 y 405 ss, respectivamente).

También, expresamente como tal es tratada la Universidad de Costa Rica en manifestaciones de los Constituyentes FACIO (Acta N° 126, pág. 41, Actas cit., T. III), ORTIZ (Acta N° 160, pág. 388, ídem) HERRERO pág. 40 y ARIAS (Acta N° 166, pág. 470). En contra puede citarse el artículo 88, que sanciona la necesidad de audiencia a la Universidad, por parte de la Asamblea Legislativa, cuando tramite proyectos relativos a ella, norma que entendemos resulta inútil frente a la sanción de que la misma regla hace el artículo 190, para todas las instituciones autónomas (sobre el art. 88 véase amplius infra, en este mismo parágrafo). Sin embargo, la explicación de la existencia independiente del 88 puede estar en el hecho de que la moción que lo originó contenía una frase ("para apartarse del criterio de ésta —el Consejo Universitario—, la Asamblea necesita el voto de las dos terceras partes del total de sus componentes") que no prosperó (ídem, Acta N° 161, pág. 410). También resulta contraria una cita de la Exposición de Motivos del Proyecto de la Comisión (Exposición que como se dijo, el Proyecto de la Junta hizo propia), que habla de la U. de C. R. y las instituciones autónomas" (pág. 637 del T. III, de las Actas cit.).

⁵⁸ Cfr., las manifestaciones del Rep. FACIO en Acta N° 125, Actas, cit T. III.
⁵⁹ En el proyecto de la Junta (art. 77), el Patronato era concebido como un departamento técnico permanente del Ministerio de Previsión Social" (Actas cit., T. I, pág. 35).

⁶⁰ Sobre el cual ver parágrafo A.4.

En las discusiones de la Constitución consta que se quiso "dejar las cosas como están, dándole a la Caja plena autonomía para independizarla así del Poder Ejecutivo"⁶¹ circunstancia que avalúan más la tesis expuesta.

La situación de la Universidad de Costa Rica (con la reciente reforma introducida por Ley N° 5697/75, el art. 84 es aplicable a todas las "instituciones de educación superior universitaria") es distinta y merece un cuidadoso análisis.

El artículo 84 concede a las Universidades:

- a) "independencia funcional", o sea, "independencia para el desempeño de sus funciones";
- b) "plena capacidad jurídica... para darse una organización propia y;
- c) "plena capacidad jurídica... para darse su gobierno propio."

Se trata obviamente de las autonomías administrativas, organizativa y de gobierno, en su orden. Es el máximo grado de autonomía de la función administrativa otorgado en nuestro medio, la máxima expresión de la descentralización administrativa⁶².

En tantas veces mencionada reforma el artículo 188 no afectó la autonomía universitaria. Primero porque el artículo 84 es especial frente al 188; segundo porque de toda suerte la reforma del 84 de 1975 ratificó su texto.

La autonomía universitaria fue una de las mociones que originó uno de los más interesantes debates en el seno de la Asamblea Constituyente fue explicada de diferentes formas. BAUDRIT SOLERA la entendió "desde tres puntos de vista: administrativa, económica y docente", lo que autoriza a hablar entonces de tres tipos específicos de autonomía. Por autonomía docente entiende la libertad de cátedra (artículo 87); por autonomía económica la garantía de su financiamiento (artículo 85); entiende en cambio por autonomía administrativa "el derecho que asiste a la Universidad para organizarse libremente, darse el gobierno propio que estime adecuado..."⁶³.

⁶¹ Actas cit., Acta N° 125, T. III, pág. 34. La manifestación es del Constituyente VOLIO JIMENEZ. Téngase presente que para el Constituyente "autonomía" e independencia del Poder Ejecutivo" eran sinónimos (así VARGAS FERNANDEZ Y FACIO, Actas cit., Acta N° 125, T. III, págs. 40 y 41). Conviene citar también la redacción que traía el art. 63.2 de la Constitución de 1871: "La administración y gobierno de los Seguros Sociales estará a cargo de una institución permanente, con esfera de acción propia, llamada Caja Costarricense de Seguro Social, que desempeñará sus funciones con absoluta independencia del Poder Ejecutivo".

⁶² La Constitución de 1871 apenas citaba la Universidad de Costa Rica: "El Estado... creará rentas para el sostenimiento de la Universidad" (art. 67.2).

⁶³ Actas cit., Acta N° 154, T. III, pág. 311. Para otro Constituyente a la Universidad se le estaba dando "autonomía administrativa, funcional y financiera" (FACIO, Actas cit., Acta N° 161, ídem, pág. 413).

La moción BAUDRIT SOLERA y compañeros fue la que dio origen a la redacción original del artículo 84. Reproduce el artículo 80 del Proyecto de la Junta, aunque le agrega la autonomía organizativa, no contenida en éste.

Aquí no nos interesan las supuestas autonomías "docente" y "económica". Por otra parte, la autonomía administrativa, universitaria (estrictamente hablando) no merece comentario alguno. La autonomía política y la organizativa universitarias sí merecen una especial atención.

En cuanto a autonomía política universitaria, la duda de que se plantea es la de si es tan absoluta como parece, o bien está restringida de alguna manera en la misma Constitución. Concretamente, debe plantearse la cuestión de si están las Universidades sujetas al Consejo Superior de Educación ⁶⁴.

El artículo 81 se refiere en general a la "enseñanza oficial", y no hace ninguna salvedad. Por otra parte, de acuerdo al artículo 77, "la educación pública (lucución sinónima de "enseñanza oficial") será organizada como un proceso integral correlacionado en sus diversos ciclos, desde la preescolar hasta la universitaria". Además, el hecho de que el Consejo sea presidido por el Ministro del ramo", según advierte el artículo 81, no parece indubitablemente determinante de que se trata de un organismo con competencia referida a la sola educación que ofrece el Ministerio de Educación Pública.

La redacción del artículo 89 del Proyecto de la Junta en nada ayuda a apagar nuestra inquietud. Se atribuía al Consejo la "dirección suprema de la enseñanza oficial o autorizada oficialmente", y determinaba que estaría constituido, entre otros, "por los Decanos de las Facultades Universitarias encargadas de preparar al personal docente".

Si nos atenemos al principio de que no cabe diferenciar donde la norma no lo hace, la duda expuesta se torna grave. A esa regla de interpretación debe oponerse sin embargo aquella según la cual las normas deben interpretarse de modo que guarden su lógica y mantengan su posible aplicación práctica, y como la autonomía política o se tiene, lo lógico debería ser sostener que el artículo 84 prevalece sobre el 81.

Esta tesis no viene negada (ni tampoco corroborada) ⁶⁵ en las Actas de la Asamblea Constituyente, y por otra parte es la que ha seguido el legislador.

⁶⁴ El artículo 81 que lo sanciona fue comentado en el párrafo 2. Cuando el Representante VARGAS FERNANDEZ planteó la duda de si el art. 77 afectaba la autonomía universitaria, MONGE ALFARO respondió negativamente, admitiendo que "en otro artículo se habla del Consejo de Educación, el cual tendrá a su cargo la dirección suprema de la enseñanza en todos sus ciclos. La Universidad no es otra cosa que una etapa en ese largo proceso educacional formador del hombre". (Acta N° 173, t. III, págs. 530 y 531). Aunque es más explícito MONGE ALFARO, a nuestro juicio BAUDRIT SOLERA, en el siguiente pasaje, lo contradice: "Con la integración de un Consejo de Educación ya no privará, en forma exclusiva, la decisión del Ministro del ramo, como ha venido ocurriendo". (Adviértase que el representante BAUDRIT SO-

Recuérdese que por principio la autonomía organizativa implica exclusión total de la potestad legislativa. Esto nos obliga a intentar una armonización entre los artículos 84 y 88. Este último sanciona, indirectamente, la posibilidad de la Asamblea Legislativa sobre "las materias puestas bajo la competencia" de las Universidades.

"Materias puestas bajo la competencia" pueden ser las que precisamente integran las funciones universitarias (dar carreras, dar servicios de extensión, etc.), así como la materia organizativa de las Universidades mismas, que al fin y al cabo son también de su competencia. En abono de que también la materia organizativa se comprende, estaría la famosa explicación del principal proponente de la moción (BAUDRIT SOLERA), según el cual se pretendía evitar leyes como una que le excluyó de un Tribunal examinador en la Facultad de Derecho ⁶⁶. Nada claro resultó otro Constituyente (ARROYO), cuando sostuvo: "Perfectamente podría llegar a presentarse el caso de un Consejo Universitario conservador, enemigo del progreso, de las nuevas corrientes ideológicas en materia educacional. En contra de un Consejo Universitario así integrado, no tendríamos ninguna defensa." Bastante preciso fue, a nuestro juicio, el Representante ESQUIVEL, quien expresó que no se oponía "a que se le pida la opinión al Consejo Universitario en materia de su especialidad "lo que obviamente alude a las solas funciones. Igualmente claro, y en el mismo sentido, hubiera sido el Representante FACIO (cuando dijo: "Si permitimos que el Congreso... pueda libremente legislar sobre las funciones de la competencia universitaria, entonces la famosa competencia se convierte en humo"), si no fuera porque inmediatamente después oscureció sus conceptos ("en la moción... se pide sólo que se escuche el Consejo Universitario en tratándose de cuestiones universitarias") ⁶⁷.

Del asunto, pues, no tuvo una noción clara el Constituyente. Esto nos permite interpretar más libremente. En nuestro criterio, es obvio que la tesis que más se adapta al concepto de autonomía organizativa es la de que el legislador no pueda actuar en materia organizativa universitaria, y sí en cambio puede regular las funciones universitarias. Esto es un límite para el legislador, pero limita asimismo el concepto de la autonomía organizativa, la cual no puede ir más allá de la materia estrictamente organizativa.

Debemos entonces centrar la atención sobre esta última materia. De acuerdo con los conceptos ya esbozados, la autonomía organizativa en realidad va referida a la posibilidad de darse la organización fundamental (definición de los órganos fundamentales, su constitución, y

LERA es firmante de la moción que originó el vigente artículo 81; Actas cit., t. III, Acta N° 154, pág. 311). En el mismo sentido se expresó ESQUIVEL (idem, Acta N° 158, pág. 375). Los trabajos preparatorios, pues, no aclaran nada.

⁶⁶ Anécdota a la cual alude la Exposición de Motivos del Proyecto de la Junta, al hablar de la interferencia "absolutamente anormal" que "algún órgano del Estado" ejerció en los Reglamentos de la Universidad. (Actas cit., t. I, pág. 624).

⁶⁷ Actas cit., t. III, Acta N° 161, págs. 411, 412, y 413.

reparto de las funciones a cumplir— las que forman su especialidad y las de apoyo), con la advertencia de que la posibilidad de darse su organización secundaria no se discute, y con la consecuencia entre otras de que no se alcanzaría a los regímenes de las funciones meramente instrumentales o de apoyo (régimen de personal, de administración financiera, etc.). La autonomía organizativa, en síntesis, no va más allá de autorizar, con exclusión de la ley ordinaria, a autodeterminarse la propia estructura organizativa.

7. Las "instituciones semiautónomas"

*solo tiene entidad de funciones
dentro de la estructura*

7.1. Tal y como sucede con las "instituciones autónomas", las "instituciones semiautónomas" constituyen una determinada especie (más que un género). Concretamente, son aquellos entes estatales creados por el legislador como tales.

Creados por el legislador, en cuanto la Constitución no crea directamente ninguno, al contrario, de lo que vimos sobre las instituciones autónomas. Creados como tales, en tanto requieren una calificación expresa.

Esa sería la definición meramente formal de las instituciones semiautónomas. Se diferencian formalmente de las instituciones autónomas en que éstas son creadas como tales, en tanto aquéllas son creadas como instituciones semiautónomas. La diferencia práctica es que estas últimas no requieren ser votadas por mayoría calificada. Sustancialmente no existe necesariamente alguna diferencia entre institución autónoma e institución semiautónoma; en la práctica legislativa en efecto las diferencias han sido generalmente de mero detalle. No puede en consecuencia afirmarse que sustancialmente (es decir, en cuanto al grado de autonomía), existe una categoría de entes "semiautónomos"; no es pues, que la "semiautonomía" sea algo menos que la autonomía⁶⁸. Por eso debe sacramentalmente hablarse de "instituciones semiautónomas" para poder significar algo.

Tampoco las instituciones semiautónomas han podido estructuralmente constituir figuras determinadas. Puede afirmarse entonces que no existe un modelo organizativo propio para tales entes. De hecho el legislador ha repetido en las instituciones semiautónomas el mismo esquema estructural de las instituciones autónomas típicas (excluyendo las Universidades).

Las instituciones semiautónomas plantean una problemática interesante a nivel constitucional: ¿está contemplada o por lo menos permitida semejante categoría?; ¿son en todo caso constitucionales las instituciones semiautónomas creadas, cuando en el fondo puedan ser instituciones autónomas?; ¿son aplicables a las primeras las disposi-

⁶⁸ Incluso hoy día de hecho existen instituciones semiautónomas más "autónomas" que la generalidad de las instituciones autónomas.

ciones constitucionales referidas a las segundas? Es además necesario hacer un examen de las disposiciones que contenía, sobre instituciones semiautónomas, el Proyecto de la Junta.

Pero antes de abordar esta temática, conviene aclarar cómo es que aparecieron las instituciones en nuestra constelación organizativa.

En realidad, más que la necesidad de crear entes con una autonomía reducida, fue más bien la utilidad de burlar los 2/3 que exige la Constitución para crear las instituciones autónomas lo que indujo al legislador (concretamente al partido político que reunía la mayoría pero no los 2/3) a crear instituciones semiautónomas. De allí que en la práctica éstas no sean más que "instituciones autónomas sin los 2/3". Esta razón política fue alentada no sólo por el deseo de crear lo que se creía necesario, sino también (y es justo reconocerlo) por la mala atmósfera que tuvieron las instituciones autónomas⁶⁹.

7.2. La posible inconstitucionalidad de las instituciones autónomas tienen entonces dos matices: si violan la Constitución porque ésta no las contempla ni las permite, o si violan la Constitución porque en todo caso no pueden crearse como tales cuando en realidad son verdaderas instituciones autónomas.

El texto vigente en la Constitución no contempla expresamente a las instituciones semi-autónomas. No aparecen mencionadas en ningún artículo, ni se alude implícitamente siquiera a la posibilidad de su existencia⁷⁰. Sin embargo, es en realidad éste un dato no conclusivo, pues tampoco implícitamente consta su prohibición⁷¹. Por el contrario, en la redacción original del artículo 49 se mencionaban⁷², y no fue motivo de la reforma introducida por la Ley 3124/63, eliminarlas. Además es evidente que el Constituyente sabía que existían ya otros entes esta-

⁶⁹ Hoy día puede decirse superada no sólo la necesidad de burlar los 2/3 en tanto se recurre más a la transacción entre fracciones parlamentarias, y entre éstas y el Poder Ejecutivo, como procedimientos informales, y en tanto de todos modos ningún partido político cuenta con mayoría absoluta en la Asamblea Legislativa), sino incluso también el mal ambiente (genérico) en la opinión pública de las instituciones autónomas, cambio este último que merece un amplio examen, el cual sin embargo excede las pretensiones de este trabajo. Incluso puede citarse como recientemente una institución semiautónoma fue convertida en institución autónoma, supuestos en que lógicamente se requieren los 2/3 (es el caso de: Instituto de Acueductos y Alcantarillado, Ley N° 5915/76, en el que sin embargo no consta que se obtuviera la mayoría especial).

⁷⁰ Esto es una muestra del pobre tratamiento dado a la descentralización administrativa en nuestra Carta fundamental. Desgraciadamente no se redactó una "Exposición de Motivos" que pudiera haber dado algunas luces que sirvieran para orientar futuras interpretaciones, fruto por supuesto de la errónea metodología seguida de discutir sobre la base de la Constitución anterior (desechando el Proyecto de la Junta).

⁷¹ La afirmación no es totalmente segura, aunque en definitiva la acogemos pero sobre todo con base en otros elementos que más adelante se darán. Téngase en cuenta que varios artículos de la Constitución (v. gr: 176, 182, y 184) se refieren a las Municipalidades y a las instituciones autónomas, y sin que tenga sentido la exclusión de otros entes estatales.

⁷² Recuérdese lo dicho en el párrafo B.5.

tales, que no serían luego clasificados como instituciones autónomas. Por otra parte, la inconstitucionalidad de las instituciones semiautónomas nos llevaría consecuentemente a sostener la inconstitucionalidad de las instituciones de todo tipo de ente estatal de categoría distinta de las que menciona ⁷⁴.

Lo que parece que sería una violación constitucional, es la creación de una "institución autónoma" (en el fondo) como institución semiautónoma, es decir sin los 2/3. Sólo que, con la reforma del artículo 188 y como ya se explicó ⁷⁵, sustancialmente sólo pueden decirse que las instituciones autónomas deben tener por lo menos la autonomía administrativa, y siendo de principio que todo ente descentralizado la tiene, cuando se cree un ente con la sola autonomía administrativa no habría firma práctica de determinar, hoy día, si realmente (en el fondo) se está creando una institución autónoma, más, en el caso de que se pretenda expresamente otras cosas. En tales situaciones el requisito de los 2/3 podría entenderse ineficaz ⁷⁶.

Lo mismo sin embargo no puede ser válido para cuando se concede al nuevo ente no sólo autonomía administrativa sino política, pues en

⁷³ A la par de las Municipalidades y de las instituciones autónomas. Es claro que semejante redacción entonces planteaba el problema de la constitucionalidad de entes distintos de los allí mencionados, pues perfectamente podía entenderse la categoría de las instituciones semiautónomas como residual respecto de las instituciones autónomas. Esa posibilidad era más marcada con la primera moción presentada en la Asamblea Constituyente, la que hablaba de "entidades descentralizadas", desglosadas en autónomas, semiautónomas y municipales (Actas cit., T. II Acta N° 112, pág. 545). En favor del contenido residual de la categoría de las instituciones semiautónomas, todavía puede citarse a RODRIGO FACIO (uno de los principales Constituyentes), quien en un pasaje de un ensayo publicado en 1959 habla de las "112 entidades semiautónomas" que existen en el país a la fecha, sosteniendo evidentemente el criterio residual.

Sin embargo, esta tesis no sólo no rige en la actualidad, sino que de todos modos no ayudaría a entender el fenómeno de las entidades creadas bajo el modelo de las instituciones autónomas pero con el nombre de "Instituciones semiautónomas" y en consecuencia sin los dos 2/3.

⁷⁴ Aunque no muy pulcro, el inciso 20 del artículo 121 de la Constitución (según el cual corresponde a la Asamblea crear los "organismos para el servicio nacional") puede ser también fundamento de la tesis de que el legislador tiene suficientes facultades para crear entes no clasificables en las categorías explicitadas en la Carta. Mejor fundamento quizá sí el inciso 4) del artículo 184, que habla de "instituciones del Estado", aunque quedaría entonces sin explicación el hecho de que el inciso 2) idem se refiera a las solas Municipalidades e instituciones autónomas.

⁷⁵ Vid. parágrafo 6.2.

⁷⁶ Lo que puede tenerse como una muestra más de lo defectuoso del "sistema" de descentralización administrativa que sanciona la Constitución. En tal sentido bien puede decirse que si bien en otros campos la reforma de 1968 fue positiva, desde el punto de vista de la lógica del tratamiento constitucional de nuestro tema más bien vino a aumentar la confusión. En tratándose de entes con la sola autonomía administrativa, pues, el legislador puede optar libremente entre crearlos como "instituciones autónomas", o bien como "instituciones semiautónomas", o incluso como una categoría distinta. El interés práctico estaría determinado por el tipo de régimen que se quiera asignar (legal, pero también constitucional, como se verá seguidamente).

tal caso si ciertamente estaremos frente a una institución autónoma "en el fondo". No es esencial a las instituciones autónomas la autonomía política, sustancialmente hablando, pero si la tiene, y salvo los entes territoriales (Municipales), entonces ciertamente lo serán.

Como se verá mejor infra ⁷⁷, las instituciones autónomas tienen sancionado un específico régimen constitucional. En los artículos respectivos se mencionan a las Municipalidades y a las instituciones autónomas, pero no a otras instituciones estatales. Obviamente si el Constituyente lo hubiere deseado hubiera entonces hablado también de esas otras instituciones. Por otra parte, son disposiciones limitativas de la acción de los entes estatales, y en tal caso no parece que pueden lícitamente interpretarse en forma ampliativa ⁷⁸. Por ello entonces no resultan aplicables a nuestras instituciones semiautónomas ⁷⁹.

7.3. Dado que, como ha quedado evidenciado en los sub-paragraphos anteriores, fuera de la simple mención en la redacción original del artículo 49, el tratamiento constitucional de las instituciones semiautónomas es nulo, conviene examinar con algún detalle el respectivo régimen que proveía el Proyecto de Constitución.

En la Exposición de Motivos se advertía:

"Finalmente se deja a la ley el status de ciertas *dependencias* a las que se denomina instituciones semi-autónomas y departamentos técnicos permanentes ⁸⁰ que por la naturaleza de sus funciones deben gozar de *autonomía funcional*, pero no de independencia económica ni administrativa.

El artículo 267, último del título relativo a las instituciones autónomas, rezaba:

"La ley establecerá el régimen de las instituciones semiautónomas y de los departamentos técnicos permanentes, coordinando las garantías de independencia funcional en materia técnica conferidas en el presente título con la necesaria subordinación económica y administrativa de dichas instituciones y departamentos, respecto de los Ministerios de Gobierno" ⁸¹.

Aunque no queda claro que las instituciones semiautónomas de que se habla son verdaderos entes públicos, con personalidad jurídica propia (porque en la Exposición de Motivos se habla de "dependencias, y porque se les regula un mismo régimen que a los "departamentos

⁷⁷ Ver parágrafo B.9.

⁷⁸ En realidad, más parece un descuido del Constituyente, pero sin que haya forma de arreglarlo, ni por otro lado precise, como se verá en la nota siguiente.

⁷⁹ Lo que en el fondo es una ventaja, pues permite, al legislador crear modelo de entes que mejor se adapten para realizar determinadas actividades (sobre todo la empresa, lo cual ya habíamos adelantado en nuestro "Perfiles jurídicos etc." cit., pág. 45.

⁸⁰ Sobre esto ver lo dicho en el parágrafo A.4.

⁸¹ Actas cit., T. III, págs. 64 y 637, respectivamente.

técnicos”), vamos sin embargo a suponerlo, toda vez que de otro modo no sabríamos entonces la diferencia que correría entre institución semiautónoma y departamento técnico, además de que no tendría sentido que se hable de entes sólo al referirse a instituciones autónomas y no cuando se trate de las semiautónomas⁸².

En la Exposición de Motivos se habla de que estas instituciones gozarán de “autonomía funcional”, pero obviamente no debe entenderse sino referida a la “independencia funcional en materia técnica” que es la terminología del artículo 267. Nada tiene que ver en consecuencia con la “autonomía funcional” que se menciona apenas siete artículos antes (el 260 otorga a las instituciones autónomas autonomía funcional, definida como “independencia en materia de gobierno y administración”). La diferencia entre una institución autónoma y una institución semiautónoma, en el Proyecto, está entonces en que la primera cuenta con “autonomía funcional”, en tanto que la segunda sólo tiene “independencia funcional, en materia técnica”, y por otra parte “subordinada” económica y administrativamente.

El aspecto relativo a la “independencia funcional en materia técnica” ya fue analizado supra al hablar de los “departamentos técnicos permanentes”, por lo que su concepto no ofrece mayores dudas. Sin embargo, lo que parece claro en un órgano, resulta sumamente dudoso respecto de sus entes aparte. En otras palabras: no se ve cómo pueda depender un ente, en forma total, económica y administrativamente, de un Ministerio de Gobierno. Y, lo más grave, no se entiende cómo tienen de semejante dependencia, (“subordinación” incluso más bien alude en la práctica a relaciones jerárquicas), y sin embargo no se les condena a una dependencia también en materia de gobierno (al menos no se establece expresamente).

En síntesis, no opinamos que la regulación prevista para las instituciones semiautónomas fuera una bondad. No obstante, no puede dejarse de reconocer que había una lógica interna en todo ello que amarraba las diversas partes del todo (la descentralización administrativa), que es el elemento esencial de todo sistema, compatible o no, y que por allí el Proyecto sí era digno de todo mérito.

8. Las Municipalidades.

8.1. Como se sabe, las Municipalidades son los únicos entes territoriales previstos en la Constitución Política. El territorio nacional se divide en provincias, cantones y distritos (art. 168), para efectos

genéricos; pero sólo respecto de los cantones se establece un ente territorial⁸³.

Las Municipalidades se dicen no sólo territoriales, sino también políticas, en tanto cumplan fines generales. El concepto está recogido en el artículo 169, según el cual “la administración de los intereses y servicios locales en cada cantón estará a cargo del Gobierno Municipal...” Tal generalidad de fines y cometidos no es absoluta: subsiste sólo en tanto determinado interés o servicio no haya sido atribuido a otra administración. Es decir, la Constitución no impide la “regionalización”⁸⁴ o “nacionalización” de determinados cometidos, aunque por supuesto es difícil saber, sustancialmente, cuando un interés es meramente local y cuando deja de serlo, y si todo se reduce a una definición formal, pues resulta entonces que todo interés o servicio es susceptible de “regionalización” o “nacionalización”, lo que implica sancionar una competencia casi meramente residual⁸⁵. La redacción de la Constitución debió de haber sido más concreta y más real⁸⁶.

Otras normas constitucionales del título relativo al Régimen Municipal serán analizados sólo en tanto se refieran al problema de la autonomía, que es en función del cual aquí nos interesan las Municipalidades.

8.2. “Las corporaciones municipales son autónomas” (art. 170) es la frase de la que debe partir todo análisis.

Debemos comenzar por justificar por qué las Municipalidades son “autónomas” y sin embargo no son “instituciones autónomas”. La labor debería tenerse por ociosa, si no fuera porque la jurisprudencia ha sido contradictoria⁸⁷.

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

⁸³ La correspondencia entre cantón y Municipalidad tiene las siguientes consecuencias:

- a) La Municipalidad (ente) no requiere creación expresa. Creado un cantón se entiende creada, automáticamente, la Municipalidad respectiva.
- b) No puede haber cantón sin Municipalidad;
- c) No puede haber un cantón con varias Municipalidades;
- d) No puede haber una Municipalidad para más de un cantón.

⁸⁴ Por supuesto que no es “regionalización” el caso de la creación de un ente dentro del mismo Cantón, para administrar determinado servicio, posibilidad que es abiertamente inconstitucional.

⁸⁵ Tales prácticamente la tesis sentada por la Corte Plena, en ses. ext., N° 4 del 17 de enero de 1963 (Boletín Judicial del 12 set., de 1963, Cfr. mi “Jurisprudencia Constitucional” cit., págs. 61 ss.). Sobre el tema ver mi artículo “Sobre Competencia Municipal”, en Revista de la Contraloría General, N° 14, 1972.

⁸⁶ Tampoco era acertada la redacción del art. 248 del Proyecto, el que aún con menos sentido real atribuye a las Municipalidades “exclusivamente la gestión y defensa de los intereses locales”.

⁸⁷ La discusión se ha presentado por conducto del art. 190), que exige a la Asamblea Legislativa dar audiencia previa a las instituciones autónomas. La Corte, en la resolución citada (ver nota 85) del 17 de enero de 1963, dispuso que el 190 no era aplicable a las Municipalidades, pero tesis contraria sostuvo en el artículo X de la sesión del 24 de enero de 1972. El Lic. OTTO

⁸² Por otra parte, ilustrativa puede resultar la mención que se hace a los “grados diferentes de autonomía” en la Exposición de Motivos (Actas cit., T. III, pág. 636.

Primera razón sería el tratamiento mismo que se dan en títulos separados de la Constitución, el XII y el XIV, dedicados respectivamente a las Municipalidades y a las instituciones autónomas. Segunda razón es la que siempre se mencionan separadamente, lo que ocurre en los artículos 176, 182 y 184 inciso 2), y 49 (redacción original). Tercera y más importante es todo el mar de fondo que existió como motivo para crear las instituciones autónomas⁸⁸.

El artículo 190 (audiencia legislativa), sin duda no es aplicable a las Municipalidades. Pero más importante que ello es que el artículo 188 tampoco les es aplicable, de donde la reforma de 1968⁸⁹ no las afectó de ningún modo.

Correspondería ahora determinar cuál es el grado de autonomía que ostentan las Municipalidades. De plano descartamos la autonomía organizativa, la cual requiere conferimiento expreso. De entrada también sostenemos, sin más, que tienen la autonomía administrativa, por cuanto es el mínimo que debe entenderse sancionado, por ser de principio. El problema queda reducido a determinar si tienen la autonomía política, y podría entenderse este despacho con sólo afirmar, como acabamos de hacerlo, que el 188 no es aplicable a las corporaciones locales, por el simple hecho de estar en título aparte. Sin embargo, el punto debe ahondarse un poco más.

El Proyecto de la Junta al respecto no tenía mejor relación que el sub-examine. Decía el N° 248 "las Municipalidades son órganos⁹⁰ de la soberanía nacional"⁹¹, de carácter autónomos. Significó sin embargo sustancial avance conceptual frente al N° 135 de la Constitución de 1871⁹² que se limitó a decir que "habrá en la cabecera de cada cantón una Municipalidad con las atribuciones que le designe la ley". En el año 1949 hubo una verdadera convicción de que las Municipalidades debían ser reivindicadas. Nadie en la Asamblea Constituyente se opuso a que se sancionara la autonomía municipal, y todos coincidieron en que las Municipalidades habían venido a menos⁹³.

ROJAS, en "El Código Municipal y la Municipalidad autónoma. Subvenciones y la Autonomía Municipal", Revista de Ciencias Jurídicas N° 20-21, octubre de 1972, pág. 21, sostiene que las Municipalidades "son algo distinto de las meras instituciones autónomas".

⁸⁸ Sobre el cual ya se habló parágrafo 6.3.

⁸⁹ Vid, parágrafo 6.2.

⁹⁰ Esta redacción fue repetida en la moción de los Representantes MONGE ALFARO y otros, en el seno de la Asamblea Constituyente (actas cit., t. III, Acta N° 79, págs. 216). La calificación de "órganos de la soberanía nacional" fue severamente criticada (ORTIZ, ídem, Acta N° 180, pág. 222).

⁹¹ El Constituyente especialmente descuidado en terminología de allí que no se extraña que se llamen "órganos a las Municipalidades. Igual error cometió el Representante LEIVA QUIROS, al llamarlas en una moción "órganos autónomos". Ídem., Acta N° 78, pág. 208).

⁹² JIMENEZ ORTIZ: "La autonomía significa un cambio radical en el régimen municipal que ha vivido el país, así como representa un cambio fundamental en la legislación municipal" (Actas cit., T. III, Acta N° 180, pág. 228).

⁹³ Son terminantes expresiones como la de que "se pretende que las Municipalidades vuelvan a ser lo que eran antes, y no simples apéndice del Poder

Este movimiento reivindicatorio, que clamaba por una "plena autonomía"⁹⁴ municipal, es la principal razón que sostenemos para presumir que se les otorgó también la autonomía política⁹⁵. A ello debe sumarse que no es presumible que se pretendiera dejar a las Municipalidades en la peor situación que las instituciones autónomas; por el contrario, debe presumirse que se quiso otorgarles igual grado autonómico, con base en el hecho de que es realmente típica la autonomía política en los entes territoriales menores, en los cuales es de principio, y para los cuales se creó el concepto⁹⁶.

Las Municipalidades tienen pues autonomía administrativa y política. Quedaría entonces por determinar la congruencia entre tal grado de autonomía y otras normas del mismo título.

El 169 de un "funcionario ejecutivo" parte del Gobierno Municipal, "que designará la ley". Si lo que hemos dicho antes es cierto, tal funcionario no puede ser designado sino sólo por las mismas Municipi-

Ejecutivo", "las Municipalidades en Costa Rica no han sido autónomas" (LEIVA QUIROS, actas cit., T. III, Acta N° 78, pág. 208), "las Municipalidades en Costa Rica realmente (han) sido órganos del Ejecutivo. De ahí que el interés ciudadano por el gobierno local se ha ido perdiendo... Por todos lados las Municipalidades se ven obstruccionadas por el Ejecutivo..." (BAUDRIT SOLERA, ídem, pág. 220), etc. (Manifestaciones de este tipo en realidad ya se encuentran en la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución de la Junta de Gobierno). Por otra parte, la única preocupación que hubo por la autonomía que se garantizaba la fue sólo en el aspecto del control administrativo-financiero (VARGAS FERNANDEZ, ESQUIVEL, ídem, págs. 222 y 228).

⁹⁴ De "plena autonomía" hablan MONGE ALFARO y ZELEDON (Actas cit., T. III, Actas N° 80 y 81 págs. 221 y 229). Algunos VARGAS FERNANDEZ y ESQUIVEL calificaron de "absoluta" la autonomía municipal que se pretendía (ídem, págs. 22 y 228) a lo cual replicó LEIVA aclarando que tal autonomía "no es absoluta, sino relativa, pues están sometidas a cierto titular por parte del Estado (ídem, Acta N° 81, pág. 229). Es evidente que está última discusión no nos concierne, en tanto el control (legal sobre el manejo de fondos no afecta la autonomía política (ni la administrativa), según vimos supra, parágrafo 8.

⁹⁵ Podría confundir sin embargo un poco, si no fuera porque tampoco allí hubo pureza de conceptos, un pasaje de la Exposición de Motivos del Proyecto de la Junta, que explicó que se conceda la autonomía municipal teniendo en cuenta "el propósito de descentralizar las funciones del Estado en la medida en que sea conveniente a las mismas sin perjudicarlas en su unidad y dirección" (Actas cit. T. I, pág. 635).

⁹⁶ El concepto de "autonomía política" es equivalente, en Europa continental, al del autogobierno inglés referido éste a los entes territoriales menores (MS. GIANNINI. Diritto Administrativo, vol. I, pág. 227, Giuffré, Milán, 1970). Sostiene tesis igual al texto el Lic. Eduardo Sancho, en "Las funciones municipales (art. 4° del Código Municipal) y la Realidad Municipal Cost." Revista de Ciencias Jurídicas N° 20-21, oct. 72, págs. 84 y 89. En contra podría citarse al Lic. Rojas, op. cit., pág. 84 y 89. En contra podría citarse al Lic. Rojas, op. cit., pág. 26, cuando dice que "no es que yo predique que las municipalidades no están sujetas a la ley en materia de gobierno. No. Eso sería una herejía jurídica", aunque más adelante (pág. 27) agrega que la autonomía municipal es "más amplia y fuerte que la consagrada en el art. 188 de la Constitución en todos aquellos respectos previstos expresamente por la misma".

palidades⁹⁷. Curiosamente, sin embargo, el 169 dejó las puertas abiertas para que continuara "el sistema tradicional que nos ha regido en materia municipal"⁹⁸ sea el de Ejecutivos Municipales nombrados directamente por el Poder Ejecutivo y funcionarios a la vez de éste⁹⁹. A pesar de la intención de la norma, dada la naturaleza de la autonomía municipal, la ley no puede válidamente sancionar un sistema que afecte esta autonomía.

Nos interesa también el 173, en cuanto faculta al legislador para indicar el funcionario que podrá vetar los acuerdos municipales. La redacción fue lo suficientemente amplia como para permitir que continuara existiendo el veto del Gobernador (funcionario del Poder Ejecutivo Municipal en las Municipalidades de cantones, cabeceras de Provincia), situación que continuó sin embargo más por inercia. La eliminación del veto del Gobernador, por estimarla lesiva a la autonomía municipal, fue otra gran innovación del Código Municipal de 1970. En realidad y a nuestro juicio, la posibilidad de veto, aún por razones exclusivas de legalidad, es limitativa de la autonomía (aún de la simple administrativa), cuando es atribuida a un funcionario extraño.

9. Régimen constitucional de los entes descentralizados.

9.1. Se trata ahora de examinar aquellas normas de la Constitución que se refieren a un ámbito más amplio de una simple categoría de entes descentralizados, por lo que ameritan un análisis aparte.

Ya advertimos que algunas de estas disposiciones van dirigidas exclusivamente a determinadas categorías de entes, razón por la cual excluyen las no citadas¹⁰⁰.

Básicamente se trata de examinar las normas sobre administración financiera (presupuesto, procedimientos de contratación, control, y sobre administración de personal (en este último caso la cuestión es más

⁹⁷ Somos de la opinión de que el nombramiento por parte de un órgano extraño de un integrante de un ente descentralizado, a menos que se trate de una elección popular, afecta la autonomía política de éste, y en consecuencia sólo procede si lo autoriza norma de igual rango que la que garantiza la autonomía. No compartimos de ningún modo la afirmación de la Constitución FACIO Y ORTIZ (Actas N° 126, pág. 41) según los cuales el nombramiento de los miembros de los consejos directores de las instituciones autónomas no afectaba a éstas.

⁹⁸ Sistema que de toda suerte ya varió con el Código Municipal de 1970, de donde el problema pierde actualidad práctica.

⁹⁹ Según el dicho del Representante ESQUIVEL, al oponerse a la pretensión de establecer intendentes electos popularmente (actas cit., T. III, Acta N° 99, pág. 426).

¹⁰⁰ Ver parágrafo 7.2. Las categorías de entes descentralizadas en Costa Rica serían, de acuerdo a lo expuesto en este trabajo: a) instituciones autónomas; b) instituciones semiautónomas; y c) Municipalidades y d) "otros", no clasificables por categorías (o por lo menos no clasificables por categoría (o por lo menos no clasificables hasta ahora).

bien determinar hasta dónde el régimen de Servicio Civil debe alcanzar a los entes descentralizados).

Pasaremos por alto algunas normas de un ámbito de la Administración descentralizada (vgr.: los artículos 11 y 193, aunque más bien se refieren a los funcionarios).

9.2. En cuanto a presupuesto, conforme al artículo 176, las Municipalidades y las instituciones autónomas deberán observar los principios de universalidad, de igualdad, (o de equilibrio), y de anualidad. El presupuesto deberá comprender entonces a todos los ingresos y todos los egresos. Se habla de "gastos autorizados" (que allí es sinónimo de "egresos"), de donde implícitamente se establece el principio, después explicitado (art. 180), según el cual el presupuesto es el límite de acción de los Poderes Públicos para el uso y disposición de los recursos". El presupuesto no podrá aprobarse con un déficit inicial, ya que "en ningún caso el monto de los gastos presupuestarios podrá exceder el de los ingresos probables". El presupuesto, por último deberá regir para un período de un año. El párrafo último del 176, que señala que el año económico del presupuesto del Estado irá del 1° de enero al 31 de diciembre, no parece aplicable a las Municipalidades y a las instituciones autónomas, en tanto se encuentra luego del párrafo que prescribe que tales entes "observarán las reglas anteriores".

En cuanto a procedimientos de contratación, se sanciona, para Municipalidades e instituciones autónomas, la regla de la licitación (art. 182)¹⁰¹.

Sobre control la norma fundamental es el artículo 184¹⁰². En el inciso se atribuye a la Contraloría General de la República: "En el inciso 2) se atribuye a la Contraloría General de la República: "Examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las Municipalidades¹⁰³ e instituciones autónomas y fiscalizar su ejecución y liquidación"; en el 4) "examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos". Nótese que esta última disposición sí es aplicable a todos los entes descentralizados.

Como consecuencia de la autonomía (allí donde está garantizada), el control del 184 por principio debe ser legalidad¹⁰⁴.

Referente al régimen de Servicio Civil (art. 191) nos sentimos relevados de ahondar el tema aquí. Ya en otra parte abundamos en razones para sostener que no es obligatorio que se extienda a los entes descentralizados¹⁰⁵.

¹⁰¹ En realidad el artículo no se refiere expresamente a toda suerte de contratos, pese a la intención del Constituyente. (Cfr. Actas cit., T. III, Actas N° 164, pág. 447).

¹⁰² El 174, que faculta al legislador a sujetar a su autorización determinadas operaciones, se refiere exclusivamente a las Municipalidades.

¹⁰³ La aprobación y fiscalización de los presupuestos municipales por parte de la Contraloría se sanciona también en el art. 175.

¹⁰⁴ Recuérdese lo dicho supra, párrafo B.3.

¹⁰⁵ Ver mi "Sobre el Empleo Público en Costa Rica", Serie de Divulgación de Estudios Técnicos de OFIPLAN, N° 3; 1975.

EL DERECHO Y LA MORAL

Licda. Sonia Picado de Oreamuno

Conferencia dictada para los estudiantes
de la Cátedra de Filosofía del Derecho.

INTRODUCCION

Con el fin de ubicarnos correctamente en el tema, y a modo de introducción, deseo analizar el planteamiento de Ortega y Gasset que distingue entre la vida personal, vida interindividual y vida social, tomando en consideración, lógicamente, que todos son aspectos de una sola vida y que representan simplemente esferas distintas en las cuales se desenvuelve el ser humano. La famosa frase de Ortega "Yo soy yo y mi circunstancia" encierra muy bien la distinción entre el ámbito personal, en el cual cada individuo realiza su propio yo auténtico y la influencia social que recibe. El país en que se nace, la familia, el nivel social y económico condicionan, en mucho, la libertad personal. A pesar de ello, la vida humana es, en sentido estricto, la de cada cual vista desde sí misma y, en consecuencia, tiene como característica primaria la de ser personal. Esa vida personal necesita además de una acción que, en palabras de Ortega: "consiste en hallarse el hombre, sin saber cómo ni por qué, teniendo, so pena de sucumbir, que hacer siempre algo en una determinada circunstancia" (*El hombre y la gente*, pág. 82). Además, esta acción debe realizarse dentro de una esfera de libertad: "la circunstancia nos presenta siempre diversas posibilidades de hacer, por tanto, de ser. Esto nos obliga a ejercer queramos o no nuestra libertad. Somos a la fuerza libres. Merced a ello es la vida permanente encrucijada y constante perplejidad" (*Ibid.*). En la actualidad, siempre está la duda de que el individuo, en un momento determinado, sea totalmente controlado y regulado por la sociedad o por el Estado. Sin embargo, sostiene Ortega que, en última instancia, siempre el individuo mantendrá un ámbito dentro del cual es libre, un ámbito dentro del cual nadie puede inmiscuirse y que le da la posibilidad de escoger. La vida personal es además intransferible: "Nadie puede sustituirme en esta faena de decidir mi propio ser y ello incluye mi propio padecer, pues el sufrimiento que de fuera me viene tengo que aceptarlo". (*Ibid.*, pág. 83). Las experiencias vitales que yo tengo no las puedo trasladar a otro ser humano, son mías y como tal tengo que asumir la responsabilidad ante ellas. Por ello, la vida personal es también responsable: "Sólo es humano lo que al hacer-

lo lo hago por que tiene para mí un sentido, es decir, lo que entiendo. En toda acción humana hay pues un sujeto de quien emana y que por lo mismo es agente autor no responsable de ello" (Ibid., pág. 84).

La vida personal es entonces, por esencia, soledad. Sin embargo, el ser humano no permanece en el "yo", sino que busca "otro" dando así lo que Ortega ha llamado la vida interindividual, que mantiene las mismas características de la individual, excepto la de ser personal. En ella, yo salgo de mi radical soledad, para entrar en la soledad del "otro". Dejo mi vida libre, responsable, individual y fundamentalmente sola, para acercarme al "otro". Pero este "otro", en la vida interindividual, no es cualquier individuo, sino aquel que me es inconfundible, incanjeable. Establezco, con ese "otro", una interacción de intimidad que me lo convierte en algo necesario, en algo especial. La relación de amor o de odio que nos une a nuestros padres o a nuestros enemigos reúne características distintas a la que llamaremos simplemente relación social. "El padre, dirá Ortega, como el individuo que es, se dirige al hijó en tanto que es tal otro individuo personalísimo. El individuo enamorado se enamora por sí, es decir, en la autenticidad íntima de su persona, de una mujer que no es la mujer en general, ni la mujer cualquiera, sino ésta precisamente, esta mujer". (Ibid pág. 215).

Partiendo de esta vida interindividual surge precisamente, por contraste, lo que Ortega va a llamar vida social. La característica esencial que la determina es la impersonalidad. En la vida social los usos, las personas, son intercambiables, me vienen de afuera. El profesor que dicta una lección está ahí en tanto que desempeña un papel social pero es esencialmente fungible. Lo usual, lo acostumbrado, lo hacemos según Ortega porque se hace: "pero quién hace lo que se hace? ¡ah! pues la gente. Bien ¿pero quién es la gente? ¡ah! pues todos, nadie determinado. Y esto nos lleva a reparar que una enorme proporción de nuestras vidas se compone de cosas que hacemos no por gusto, ni inspiración, ni cuenta propia, sino simplemente porque las hace la gente que nos fuerza a acciones humanas que provienen de ella y no de nosotros". (Ibid., pág. 207). Tenemos, entonces, que a diferencia de las características apuntadas para la vida personal o la vida interindividual podemos señalarle a lo social otras muy diversas de las ya analizadas. En primer término, lo social es impersonal y se caracteriza, además, porque nos obliga a cumplir con sus normas la presión externa: yo no sé por qué se saluda, ni de dónde viene el saludo; sin embargo siento la necesidad de acatar una serie de normas, que me son impuestas desde afuera y que permiten la convivencia dentro del grupo social. El hombre "masa" se comporta basado en lo que la sociedad le impone, sin llegar a racionalizar su propia conducta. En lo social actuamos también en forma irracional: yo no me pregunto sobre una serie de normas o de actos con los cuales cumplo. No me cuestiono sobre su validez sino que los acepto y acato en forma no razonada.

Moral y Derecho.

Habiendo analizado el pensamiento de Ortega, a modo de introducción, paso a examinar a dónde vamos a ubicar, dentro de estas esteras de la vida, a la moral y al derecho. El pensamiento tradicional, que parte de Tomasio y Kant, reduce la moral al campo de la vida personal y le atribuye las características de intimidad, libertad de cumplimiento, autonomía y unilateralidad. Estas características se estudian en oposición a las que se atribuyen al derecho o sea la exterioridad, la coercitividad, la heteronomía y la bilateralidad.

Al hablar de intimidad, nos referimos al ámbito de la conciencia individual. Sin embargo, sería erróneo creer que podemos dividir la conducta humana en interna y externa pues en todo comportamiento humano se dan ambos aspectos. Kant señala, en su "Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres", que para que una conducta sea moralmente buena es necesario que concuerde con el principio moral exterior e interiormente. (Principios Metafísicos del Derecho, pág. 35). Percibe, además, el filósofo, que el mantener la moral en el campo de la vida íntima nos lleva a una relativización absoluta de la misma, por cuanto habría tantas morales como individuos. Kant trata de salvar este subjetivismo con su famoso "imperativo categórico": "actúa de manera que tu conducta sirva de norma universal". En el tanto en que la conducta individual pueda adecuarse a este imperativo categórico se estará dando una norma objetivamente valiosa que trasciende a la esfera simplemente individual.

El derecho parte fundamentalmente de signos externos de la conducta, pero toma en consideración, en muchos casos, la intención. Citemos por ejemplo, el derecho penal en el cual el dolo o la culpa, con que los individuos han actuado, tiene gran relevancia en el campo jurídico. Se ha dicho que el pensamiento no delinque pero es evidente que, en muchos casos, la acción del pensamiento al reflejarse en la conducta externa, es determinante para el derecho. Tenemos entonces que la interioridad y exterioridad en la moral y el derecho deben tomarse en forma relativa. El énfasis de la moral radica en el aspecto interno y viceversa, pero ambos ordenamientos regulan la conducta como un todo.

Otra distinción se refiere a la incoercibilidad de la moral y la coercibilidad del derecho. Se dice que la moral exige libertad de cumplimiento puesto que sólo es moralmente válida aquella conducta que el ser humano realiza en virtud de una decisión libre. Consecuencia de lo anterior es que nadie puede obligarme a realizar o a tener una conducta moral o sea que ante el incumplimiento de esta norma, lo único que existe es el llamado "remordimiento de conciencia". Cuando el individuo se aparta de una conducta moral, él mismo se impone una sanción. Se parte del supuesto de que el perfeccionamiento del hombre lo realiza él mismo, con su propio esfuerzo. El es responsable de su elección y por ello no podría darse una moral coercible. En el derecho, por el contrario, la sanción externa juega papel principal, tanto así,

que para muchos autores, Kelsen por ejemplo, el derecho es ante todo coacción. Hay todo un aparato coercitivo estatal que obliga al individuo a actuar de acuerdo con las normas jurídicas y lo sanciona en el caso de que se aparte de ellas. La norma jurídica se impone, aun en contra de la voluntad de aquel a quien se dirige, y la libertad del individuo se limita a una libertad de escogencia, en el sentido de atacar la norma o violarla y recibir la sanción. La libertad no sujeta a coacción que se concibe en la moral no podría aplicarse al derecho.

Podemos definir la otra característica de la moral que llamamos *autonomía* como "*posibilidad de autolegislación*". Ese concepto de autonomía se ha prestado para grandes discusiones. Es evidente que nadie puede ser su propio legislador porque, en el momento en que admitiéramos que sólo obligan las normas que el hombre ha aceptado, caeríamos en la destrucción total de la moral y en un relativismo absoluto. Como ya vimos, Kant trató de salvar este subjetivismo moral por medio de su imperativo categórico: "obra según una máxima que pueda al mismo tiempo tener valor de ley general" y explicó: "puedes, pues, considerar tus acciones según su principio subjetivo; pero no puedes estar seguro de que un principio tiene valor objetivo, sino cuando se ha adecuado a una legislación universal, es decir cuando este principio puede ser erigido por tu razón en legislación universal". (Op. cit. pág. 40). La autonomía debe entenderse entonces como la posibilidad que tiene el individuo de escoger entre determinados principios éticos propuestos y hacerlos suyos en un sentido libre y responsable. La obligatoriedad que deriva de la norma moral supone que éste la haya reconocido. En palabras de Recasens Siches: "se trata de una íntima convicción, que no es el producto del albedrío, sino que es el resultado de una insobornable adhesión íntima, que no se deja timonear por la voluntad. Es un sentirse adherido a la norma, los valores que la inspiran —quíeráse o no—; es un sentirse persuadido de la validez de la norma —aunque tal vez se deseara no estarlo—" (Tratado General de Filosofía del Derecho, pág. 183).

La heteronomía implica legislación que se me impone de afuera. Las normas jurídicas provienen del Estado y obligan al individuo independientemente de la aceptación que éste haga o no de las mismas. Es interesante la posición de Gustavo Radbruch quien afirma que una obligación heterónoma es una contradicción lógica, pues la norma externa no puede obligarnos, sino únicamente la aceptación de esa norma por nuestra conciencia; dice: "la heteronomía del derecho significa solamente que la conciencia acepta como propio un complejo de normas desarrollado con arreglo a sus propias leyes, exactamente del mismo modo que la veracidad, como deber de conciencia, se orienta hacia la verdad, regida lógicamente por sus leyes propias". (Introducción a la Filosofía del Derecho, pág. 55. La posición de Radbruch es comprensible si entendemos que para él la moral es el fundamento sobre el cual descansa la validez del derecho y que, a la vez, el hacer posible la moral constituye el fin último del orden jurídico.

Finalmente analizaré los conceptos de unilateralidad y bilateralidad. La unilateralidad de la moral implica que el deber moral recae directamente sobre el individuo. Por el contrario, a todo deber jurídico corresponde un derecho subjetivo. El derecho tiene un carácter imperativo-atributivo, mientras que el carácter de la moral es sólo imperativo. Ante una obligación moral, los otros individuos, de acuerdo con este planteamiento, no tienen posibilidad de exigir el cumplimiento de la norma y, como ya vimos, la sanción queda determinada por el individuo mismo.

Este pensamiento tradicional peca de simplista y opone la moral al derecho en forma tal que se desnaturalizan ambos conceptos. Por ello, me interesa señalar el planteamiento que sobre este tema hace Heinrich Henkel en su "*Introducción a la Filosofía del Derecho*". Henkel enfoca el problema diciendo que no existe una sola moral que pueda oponerse al fenómeno jurídico, sino que, por el contrario, la moral presenta distintas esferas cuya relación con el derecho es totalmente diferente. Nos habla en primer término de una *moral autónoma*. Esta moral parte de la idea del bien como valioso en sí y la define diciendo: "Es la facultad dada a todos los hombres provistos de dotes normales, de experimentar en la voz de la conciencia "la llamada del deber ser moral". (Ob. cit., pág. 219). Es la conciencia del individuo la que determina la norma de comportamiento a seguir y la que luego, actúa como instancia juzgadora sobre su cumplimiento o incumplimiento. En la moral autónoma la conciencia se concibe como legislador y juez independientemente de la experiencia moral que recibe de la sociedad. No quiere con esto decir Henkel que la formación de la norma se actualice conscientemente cada vez en todas las situaciones de la vida, sino que paulatinamente, mediante la repetición de análogas situaciones, el individuo llega a adquirir una serie de fundamentos básicos en su personalidad, que se conocen normalmente como carácter. Esta moral autónoma sí reúne las características que antes se analizaron de intimidad, unilateralidad, autonomía e incoercibilidad porque está directamente referida a la conciencia de cada individuo; cada uno de nosotros siente dentro de su conciencia la exigencia moral del deber ser y por eso Henkel la sujeta a esta máxima: "Actúa conforme a tu conciencia" y admite que es una máxima de carácter subjetivo por cuanto el acto personal de la conciencia no puede trasladarse directamente a una legislación general y vinculante para todos. De esa "circunstancia" que nos hablaba Ortega, el individuo toma de una serie de normas pero de ellas sólo hay unas que acepta y pasan a formar su código moral. Cada uno de nosotros siente arraigo hacia determinados preceptos que reconoce como válidos, y se rige por esa fe en la correcta decisión que ha tomado. A menudo encontramos que nuestros conceptos morales son violentamente antagonizados por otros individuos o grupos sociales. Estamos, sin embargo, dispuestos a luchar por esas convicciones en las cuales creemos y que hemos hecho nuestras. Ante la violación de estas normas individuales así puede hablarse de "remordimiento de conciencia". Como antes dijimos, la

conciencia no es sólo legisladora sino también juez y, en muchos casos, esa conciencia puede ser nuestro crítico severo.

La otra esfera de la moral que distingue Henkel es la llamada "sistemas de la ética superior religiosa y profana". Estos sistemas están ligados fundamentalmente a grandes personalidades individuales, que son los fundadores de religiones tales como el cristianismo y el budismo, o de sistemas filosóficos, que establecen patrones morales rectores, como el estoicismo o la ética racionalista clásica. Hoy en día podemos también hacer referencia a las grandes personalidades políticas tales como Marx, o Mao Tse Tung. Ahora bien, qué es lo que caracteriza la ética moral o religiosa? Don Carlos José Gutiérrez sostiene la tesis de que la religión no es un ordenamiento normativo, por cuanto su estudio puede diluirse en dos partes básicas: teología y moral. (Lecciones de Filosofía del Derecho, pág. 99). Personalmente considero que el ordenamiento religioso sí tiene características propias que permiten ubicarlo dentro de un campo separado de la moral. Así, por ejemplo, el asistir a misa todos los domingos no es un precepto moral ni teológico, sino que deriva exclusivamente de la jerarquía eclesiástica. En nuestro pueblo las normas religiosas tienen, en muchas ocasiones, más coercitividad que la propia moral o el derecho.

El planteamiento que hace Henkel permite aclarar el tema, otorgándole a la religión características que le son propias. Señala una primera distinción, al decir que estas normas pretenden ser vinculantes no sólo en lo personal sino para todos los hombres. Toda religión parte de una pretensión absoluta de validez y trata de que sus normas se extiendan a un número cada vez más amplio de hombres que se proclaman partidarios de esa doctrina. La labor de catequización que llevan a cabo los creyentes de este tipo de ética, pretende enseñar la verdad a los que todavía permanecen en el oscurantismo. Se combina entonces un aspecto heterónomo con otro autónomo ya que, como antes vimos, la autonomía implica posibilidad de autolegislación y la religión para que obligue, exige la aceptación del individuo. Sin embargo, una vez que el individuo se adhiere a una ética profana o moral está obligado a aceptar una serie de imposiciones que le vienen de esa comunidad. Como bien lo expresa Henkel: "Al partidario de la doctrina se le ofrecen — en algunos sistemas — se le exigen — un conjunto de reglas morales de comportamiento, a las que él, sin embargo, se somete voluntariamente, quedando su cumplimiento a cargo de su autocontrol personal, a saber: de la instancia juzgadora de su conciencia. En la decisión a favor de la doctrina y en su profesión, en la adopción de deberes por los partidos, están contenidas inseparablemente, por una parte, la vinculación a la comunidad ideológica y, por otra la autorresponsabilidad de la actuación moral". (Op. cit., pág. 223). Estos sistemas de ética religiosa o profana presentan entre sí diferencias radicales y no se mantienen en estado de rigidez, sino que se transforman en el fluir de la historia. En todos los países coexisten distintos grupos y asociaciones que en muchos casos llevan a serios antagonismos y dificultades. La época actual nos presenta una serie de enfrentamientos, no sólo de ideologías políticas, sino

también de éticas religiosas tales como la guerra del Líbano o la de Irlanda. Esta ética moral o religiosa tiene entonces, por oposición al derecho, características diferentes pues, como ya analizamos, no puede considerarse de carácter exclusivamente íntimo, unilateral, autónomo e incoercible sino que participa también de las características que se le habían señalado al derecho: bilateralidad, exterioridad, heteronomía y coercitividad. La ética religiosa o profana es entonces un ordenamiento normativo fuerte, que igual puede complementar o enfrentarse al derecho. Es bien conocida en nuestro país, la fuerza que puede tener un determinado sentido religioso y cómo una norma de derecho que se le enfrentado podría llegar a tener validez pero carecería totalmente de eficacia.

Señala finalmente Henkel una esfera adicional que llama "de la moral social", que consiste en el conjunto de las exigencias morales de comportamiento que la sociedad formula a sus miembros. Se parte de la base de que, dentro del grupo humano, existe "un acervo fundamental de concepciones comunes respecto del comportamiento moralmente bueno". (Ibid., pág. 224). Se da entonces, un espíritu común moral semejante al ordenamiento jurídico que surge en cada sociedad. El carácter de esta moral ya no es autónomo sino heterónomo. El grupo como tal exige al individuo pautas de comportamiento que responden a determinados valores que considera moralmente válido. El tipo de sanción ya no será en forma alguna, el remordimiento de conciencia, sino que más bien, la sanción la ejercerá el propio grupo, el cual está en capacidad de castigar al individuo en forma a veces más profunda que con la sanción jurídica. Existen en la sociedad una serie de usos y costumbres que el grupo hace suyos y cuya violación sanciona, pero que se diferencian de los preceptos morales porque el énfasis es distinto. Los usos y las costumbres simplemente ayudan a la convivencia y a la práctica social, pero su contenido no es moral. El saludo por ejemplo, permite una mejor relación entre los miembros del grupo, pero su contenido no es ético. Cuando se viola un uso social la reacción del grupo nunca es tan severa como cuando se viola una norma de carácter ético. Tenemos, así, que el derecho se ve obligado a recurrir en forma constante, a principios de moral social. Podríamos citar entre ellos, la buena fe en los contratos, la no explotación del individuo en la relación laboral y las referencias constantes a fórmulas tales como "mujer honesta" o "la diligencia de un buen padre de familia". Al igual que sucede con la ética religiosa o profana, esta moral social puede servir de apoyo al derecho o puede estar en abierta oposición a él. Cuando, para citar un ejemplo, se dió una legislación regulando el aborto en Uruguay, ésta resultó totalmente ineficaz por cuanto no era aceptada por la moral social. Las mujeres no acudían a los hospitales sino que seguían buscando la posibilidad de abortar en forma clandestina. La moral social, entonces, es coercible ya que el grupo cuenta con armas constantes para exigir el cumplimiento de esas normas. Podemos, además, atribuirle todas las otras características que se dieron al derecho, es decir bilateralidad, exterioridad y heteronomía.

Resumiendo la posición de Henkel, tenemos que el derecho se relaciona en forma diversa con las distintas esferas de la moral. Al igual que otros autores, señala el hecho de que tanto la moral autónoma como el derecho designan centros de gravedad diversos: "el camino de la valoración moral lleva de dentro afuera: del núcleo de la interioridad moralmente valiosa, y mediante la proyección hacia afuera, nace un juicio total sobre el acontecimiento. En cambio, en el derecho el camino lleva de afuera hacia adentro, siendo variable la cantidad de interioridad del suceso a la que el derecho concede relevancia como característica de la voluntad y de la motivación, en un juicio. (Ibid., pág. 231). También resulta evidente para el autor que la diferencia de violación desde el punto de vista de la moralidad y de la legalidad emana del diferente objetivo de ambos sectores de normas (la moral trata de la realización de la idea del bien moral y el derecho de encauzar la actuación social, a fin de alcanzar una convivencia soportable para la sociedad). Finalmente destaca, en forma especial el apoyo mutuo que se prestan moral autónoma y derecho. En primer término el derecho concede apoyo importante a la moral por cuanto ésta sólo es posible si se le garantiza al individuo una esfera de libertad dentro de la cual pueda tomar decisiones morales bajo la protección del derecho, un Estado en el que se respeten los derechos individuales permite el ejercicio de una moral individual autónoma. La moral a su vez fortalece el ejercicio del derecho. En gran parte el individuo se somete a las exigencias jurídicas por una convicción ética de la necesidad de esa fidelidad y que Henkel llama "la motivación jurídica" y cuyo elemento característico es la actitud constante de obedecer el derecho (ibid., pág. 236).

En cuanto a la relación del derecho con los sistemas de la ética superior religiosa y profana considera Henkel que, en igual forma, existe tanto una diferencia y contraposición entre ambos sectores como una vinculación y apoyo recíprocos. Las exigencias de uno y otro ordenamiento son distintas. Señala una diferencia básica en la manera en que los mandatos y prohibiciones de ambos sectores de norma se dirigen y obligan al individuo, nos dice: "Sólo en el punto de partida les es común un elemento heterónomo: dirigen al afectado desde fuera, determinadas ideas de deber ser. Pero mientras que las indicaciones éticas, tanto de las religiones superiores como de los sistemas profanos tratan de ganar adictos y apelar a la creencia y a la conducción personal, el derecho exige del individuo, no que pruebe y se convenza de la corrección de sus normas, sino obediencia y observancia". (Ibid., pág. 240).

Los liberales de nuestro país, dieron una dura batalla por la separación entre las normas religiosas y las normas jurídicas, entre la Iglesia y el Estado. A pesar de ello, existen en nuestra Constitución y en nuestra leyes referencias constantes a normas de carácter y origen religioso, debido a la tradicional cultura católica de nuestro pueblo. Sin embargo, la confusión entre el pensamiento jurídico y el religioso no es conveniente desde ningún punto de vista pues no debe el derecho

inmiscuirse e imponer criterios que deben dejarse al individuo y al núcleo comunitario que participa de esas creencias.

Finalmente señala Henkel que en la relación del derecho con la moral social existen importantes coincidencias estructurales pues ambos ordenamientos se dirigen a los individuos como persona social, en su comportamiento social. Señala el autor: "mientras que en los sectores de la ética superior las normas de comportamiento apuntan a la realización del bien mismo sin ingerencias, intereses y consideraciones de oportunidad de otra naturaleza, en la moral social se abren más intereses y necesidades colectivas que tienden al aseguramiento de una convivencia tolerable y conciliadora en la sociedad, no se trata tanto de movilizar en el individuo las fuerzas por lo moralmente bueno como de combatir en él las tendencias a lo moralmente malo en el tráfico social: de combatir la mala fe, la insinceridad, la desconsideración, lo sexualmente escandaloso, etc." (ibid pág. 243). Vemos que en este caso los fines de la moral social son en gran medida semejantes a los del derecho. Así también la actuación inmoral en esta esfera sólo se toma en consideración cuando trasciende públicamente haciéndose entonces el individuo acreedor de una sanción también de tipo externo y social. Ambos ordenamientos tienen un carácter predominantemente heterónomo. Sin embargo, todas estas coincidencias no implican, en forma alguna, que puedan confundirse derecho y moral social. Existen una serie de espacios del derecho que no se cubren por la moral social y viceversa. Cuando un acreedor adinerado procede sin compasión por vía de la ejecución forzosa, contra un deudor que, sin su culpa se halla en dificultades para pagar, actúa conforme a derecho pero, no obstante, se ve expuesto a la desaprobación social y al reproche moral de la falta de decoro. Sabemos que existen, dentro de todos los ordenamientos jurídicos, muchas remisiones a la moral social. Conceptos como "buenas costumbres", "buena fe" en el tráfico, "mujer honesta", etc. son ideas que responden a un consenso social general. Estas referencias del derecho a la moral son, sin embargo, peligrosas, en el tanto que, muy a menudo, reflejan conceptos relativos y que se presentan para decisiones de tipo subjetivo. Sin dejar de tomar en cuenta el apoyo mutuo que ambos ordenamientos puedan prestarse, considero necesario limpiar al derecho de conceptos morales que pueden hacerlo perder el necesario carácter objetivo que exige la ciencia jurídica.

Sin llegar al extremo de Radbruch quien, como vimos, considera que la moral debe ser el fin último del derecho, hay autores que señalan una serie de principios que podríamos llamar "de moral jurídica", sin los cuales el derecho no logra cumplir sus funciones dentro de la sociedad. Lon Fuller, en su libro "La moral del derecho", nos habla de que existe, en el campo moral, una escala de medir, que principia con las exigencias más obvias de la vida social y asciende a las más elevadas aspiraciones humanas. En algún lugar de esta escala hay un indicador invisible, que señala la línea divisoria en la que cesa la presión del deber y principia el reto de la excelencia. En todas las sociedades se mantiene abierta la disputa sobre la ubicación de estos indica-

dores. Existen quienes, invalidados de una actitud moralista, tratan constantemente de subirlo y quienes, por el contrario, pretenden colocarlo en niveles cada vez más bajos.

Partiendo de esta idea, Fuller distingue entre la moral de aspiración y la moral de deber. La primera es la moral de la vida ejemplar, de la excelencia. La moral del deber, por el contrario, se inicia en la base y constituye, por así decirlo, un mínimo vital sin el cual no es posible que la sociedad subsista.

En la filosofía griega encontramos ejemplos constantes de la moral de aspiración. Así, Sócrates, identificaba la virtud con el conocimiento y suponía, que si los hombres realmente entendían el bien, lo desearían y tratarían de alcanzarlo. Por eso, quiso enseñar a sus discípulos una forma de vivir correcta, para que la practicaran y llegaran, de esa forma, a su propia superación.

En el Antiguo Testamento y en los Diez Mandamientos encontramos numerosas manifestaciones de la moral de deber; con mucha más frecuencia se ordena "tu no harás" que "tu harás". No se conmina a los hombres a aprovechar las oportunidades para lograr la completa realización de sus facultades, sino que se les condena por no respetar los requisitos básicos de la vida social.

Fuller nos habla de una "moral interna" en el ordenamiento jurídico, que comprende, a su vez, una moral de aspiración, que nos guía hacia la legalidad perfecta y una moral de deber, que señala una serie de principios básicos, sin los cuales el derecho no podría subsistir.

La moral básica de la vida social comprende un grupo de deberes que requieren únicamente abstenciones: no matar, no hacer daño, no engañar, etc. Las demandas de la moral interna del derecho, aunque se refieran a una relación con las personas en general, requieren algo más que abstenciones, pues son afirmativas por naturaleza: dan a conocer la ley, la hacen coherente y clara, etc. Para cumplir con estos requisitos, las energías del hombre deben encaminarse a logros específicos y no únicamente a evitar acciones perjudiciales.

Destaca este autor como, a lo largo de la historia, la humanidad ha luchado por conquistar esos principios legales fundamentales. Así, el problema de la promulgación de la ley data de la época de la Sección de la Plebe, en Roma. La irretroactividad de la ley tiene carácter de precepto constitucional en la casi totalidad de los sistemas jurídicos vigentes (véase el artículo 34 de la Constitución Política de Costa Rica).

Otro de los principios de moral interna que señala Fuller es la claridad de las leyes: "una legislación oscura e incoherente puede hacer que la legalidad sea inaccesible para cualquiera, o al menos irrealizable, sin una revisión autorizada que de por sí perjudica la legalidad. El agua de un manantial contaminado puede algunas veces ser purificada, pero sólo a costa de transformarla en algo diferente". (Ibid. pág. 75). Muy ligado a este principio está el de las contradicciones en las leyes, que confunde al ciudadano y perjudican la seguridad jurídica.

La estabilidad del derecho a través del tiempo es otro requisito de la moral interna pues los cambios demasiado frecuentes o repentinos en la legislación van en contra de la estabilidad social que pretende lograrse por medio de las normas jurídicas.

Si analizamos los principios señalados, veremos que su contenido no es ético sino eminentemente jurídico y que pretenden la realización no de metas ideales sino, fundamentalmente, positivas y legales.

En cuanto a la moral de aspiración jurídica, diremos que la humanidad ha tenido como constante la búsqueda de la justicia. Sabemos que no existen ya los dogmas morales o jurídicos que permanecían como verdades inmutables a través de la historia, pero ciertos principios fundamentales han sido acogidos en todas las legislaciones del mundo y mantienen su validez formal, independientemente de que su contenido sufra transformaciones necesarias de adaptación a distintos medios sociales. La "Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", nos brinda un buen ejemplo de moral de aspiración que, si bien para algunos resulta utópica, no puede negarse su sentido profundamente humano y social.

Hemos visto a través de este análisis como la moral y el derecho sólo adquieren sentido dentro de la experiencia social. Ambos necesitan trascender de la simple esfera individual para contribuir eficazmente a la realización de los valores que esta época requiere. En su obra "Hacia una moral sin dogmas", señala José Ingenieros: "Una nueva etapa se ha iniciado ya en la evolución de la ética. Los dogmas revelados de los teólogos y los dogmas racionales de los filósofos comienzan a ser sustituidos por los resultados perfectibles de la experiencia social. Los nuevos deberes son sociales; y ellos expresan toda la obligación. La nueva justicia es social; y ella expresa toda la sanción. Nos acercamos al advenimiento de un nuevo mundo moral, cuyos valores van siendo radicalmente transmutados por la experiencia". (Pág. 14).

Ya en Roma, Ulpiano estableció que los preceptos del derecho son: vivir honestamente, no hacer daño a nadie y dar a cada uno lo suyo. Podemos calificarlos de utopía moralista o de pretensión iusnaturalista, pero lo cierto es que, en un mundo convulsionado por la violencia, sentimos la imperiosa necesidad de creer que el hombre logrará forjar una sociedad más justa y equitativa, en la que esos preceptos puedan realizarse para brindarnos la paz social.

BIBLIOGRAFIA

- ORTEGA Y GASSET, José. El Hombre y la Gente. Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1958.
- KANT, Emanuel, Principios Metafísicos del Derecho. Editorial Americalee, Buenos Aires, 1946.
- RECASENS SICHES, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa, S. A., México, 1965.
- RADBRUCH, Gustav. Introducción a la Filosofía del Derecho. Fondo de Cultura Económica, México, 1965.
- HENKEL, Heinrich. Introducción a la Filosofía del Derecho. Taurus Ediciones S. A. Madrid, 1968.
- GUTIERREZ, Carlos José. Lecciones de Filosofía del Derecho. Editorial Tridente, S. A. Madrid, 1963.
- FULLER, Lon L. La Moral del Derecho. Editorial F. Trillas, S. A. México, 1967.
- INGENIEROS, José. Hacia una Moral sin Dogmas. Editorial Losada S. A., Buenos Aires, 1967.

OBSERVACIONES SOBRE LA MUNICIPALIDAD COSTARRICENSE *

* En el mes de agosto de 1976, con motivo del IV Congreso de Municipalidades de Costa Rica, el Licenciado Armando Arauz Aguilar publicó en el Periódico "La República" una serie de artículos en los que expuso en líneas generales su pensamiento en relación con la reforma al régimen municipal. Estos artículos fueron recopilados y publicados en edición poligráfica por la Liga de Municipalidades del Área Metropolitana para uso y consulta de los delegados al Congreso. Con la debida autorización del autor, los reproducimos en esta Revista ya que indudablemente serán de gran interés para todos cuantos se dedican al estudio de la estructura y organización del Estado Costarricense.

Moralizar, pero no suprimir gobierno municipales

He leído con grave preocupación el editorial de "La República" publicado en la edición del domingo pasado bajo el título "Municipio de Limón, una muestra..."

Fuera de comentar y criticar acremente las irregularidades que según informa el periódico, fueron comprobadas por la Contraloría General de la República en la Municipalidad de Limón, el editorialista hace luego un ataque a fondo a la totalidad del régimen municipal y plantea opiniones y conclusiones que deseo comentar brevemente ahora y extensamente después, si se me concediera un espacio apropiado en las columnas de ese órgano informativo.

En primer lugar quiero decir que soy un luchador incansable por la reforma del Régimen Municipal. Y si luego por su reforma, es porque reconozco la necesidad de promover y ejecutar cambios profundos en la organización, financiamiento y actividad de los Gobiernos Locales.

Sin embargo, soy tan radical como el editorialista en el sentido de que lo que primero ~~que~~ hay que hacer, es restablecer la rectitud moral y la responsabilidad administrativa en las municipalidades. No se puede ni siquiera pensar en serio en una reforma como la indicada, si no se combaten y eliminan los vicios que se denuncian en el editorial que estoy comentando con gran preocupación.

Sostiene el editorialista que "el régimen municipal no es, como otro, la célula de la democracia y el primer instrumento de progreso de los pueblos, además de la mejor oportunidad para la participación popular, sino una constante pérdida financiera". Y que "tal y como están los municipios actualmente, desde el punto de vista financiero administrativo, lo mejor sería pasar sin ellos, pues mejores frutos recogerían nuestras poblaciones si no tuvieran municipalidades".

No estoy de acuerdo con la conclusión de que las municipalidades han dejado de ser las células de nuestra democracia.

Por lo contrario; sostengo que siguen siendo la base de nuestro sistema democrático y que si algún día, por desgracia, desaparecieran, el país estaría a las puertas de una dictadura.

Ya hace más de un siglo, en el Gobierno de don Braulio Carrillo, fueron suprimidos los gobiernos locales con los mismos argumentos que

aparecen esbozados en el editorial en comentario. Aquel gobierno autocrático siguió el camino de nombrar directamente Concejos Locales para administrar los intereses comunales, con sujeción estricta a la voluntad del Jefe del Estado. Yo no sé si en estos momentos el pueblo de Costa Rica toleraría una solución de esta clase. Lo cierto es que tampoco la toleraría en el siglo pasado, porque una vez derrocado el gobierno de don Braulio, el régimen municipal volvió a funcionar como célula fundamental en la vida nacional.

Tampoco estoy de acuerdo en que los municipios han dejado de ser un instrumento de progreso de los pueblos y una oportunidad para la participación popular en dicho progreso. Yo le diría al señor editorialista que en muchos casos, es el único instrumento de acción cívica organizada y de presión efectiva que tienen en sus manos los ciudadanos, sobre todo los lejanos lugares. Para promover su propio mejoramiento.

Creo que los periodistas, incluyendo los de más alto rango como el editorialista de "La República", son muy dados a formular grandes generalizaciones al impacto de las noticias que les llegan al periódico. Y en el caso concreto, me parece que al comentar las graves irregularidades denunciadas por la Contraloría General de la República en la Municipalidad de Limón, se han lanzado al país varios conceptos fundamentales que van a la propia raíz del régimen municipal y de la organización institucional de la nación.

No niego que el régimen municipal está marchito y que los gobiernos locales no están respondiendo como debieran a las aspiraciones de las comunidades, cada día crecientes. También admito que la politiquería es una plaga que en no pocos casos desvirtúa totalmente la función y los objetivos de algunas municipalidades. Pero por otro lado niego rotundamente que esos sean males consustanciales con los municipios, y que sean los dirigentes locales los responsables de ellos.

Quiero de una vez dejar esbozada la tesis de que en esta grave crisis por la que atraviesa nuestro régimen municipal, la responsabilidad descansa, más que en la dirigencia local, en la dirigencia nacional. Y que si nuestro sistema de gobiernos locales anda de capa caída, es porque una miope política centralista del Estado costarricense, está atentando todos los días contra las municipalidades, en un intento permanente de liquidar su autonomía financiera, jurídica y política. Precisamente en la lucha contra esta suicida tendencia centralista es que ha consistido mi actividad cívica de los últimos años, encaminada a crear conciencia sobre la necesidad de descentralizar la Administración Pública del país dándole fuerza a los gobiernos locales, y permitiendo a la dirigencia local o regional asumir una parte del poder público, que hasta ahora sigue concentrado en los pasillos de Palacio o en los escritorios lujosos de la capital.

Este comentario se hace largo y no he entrado a los grandes y fundamentales temas que el editorial dejó planteados como generalizaciones y que yo quisiera abordar en una serie de publicaciones, si el periódico me garantiza un espacio adecuado para insertarlos.

Urge la reforma del Régimen Municipal

La Reforma de fondo del régimen municipal se impone para garantía de la democracia costarricense. Y por ella he venido trabajando tesoneramente desde que el destino me deparó la oportunidad de llegar a la Asamblea Legislativa en calidad de diputado. Yo había observado atentamente el proceso de deterioro progresivo del régimen municipal desde hace muchos años y en no pocas oportunidades había discutido con verdadera pesadumbre con grandes municipalistas como Arnoldo Jiménez Zavaleta, Dubilio Argüello, don César Güell y otros sobre el peligro que ese deterioro significa para la institucionalidad del país.

El tema fue motivo de debate en el II Congreso Municipal de 1954 y un objetivo fundamental de la Liga Nacional de Municipalidades que se fundó entonces, era precisamente luchar por la reforma integral de los gobiernos locales. A partir de aquel Congreso, que yo recuerde, en casi todos los programas de los partidos políticos ha figurado, en una u otra forma, la reforma municipal. Esto ha sido especialmente relevante en las cartas fundamentales y programas del Partido Liberación Nacional, razón por la cual cuando llegué a la diputación por este Partido en 1966, me propuse impulsar con toda fuerza los puntos programáticos de carácter municipalista.

Encontré inmediato apoyo en todos mis compañeros y también entre los diputados en los otros partidos políticos: Fernando Volio Jiménez, Rodrigo Carazo Odio, Ramiro Barrantes y Enrique Azofeifa, liberacionistas que me apoyaron con entusiasmo. Guillermo Villalobos Arce, Oviedo Murillo y doña Graciela Morales de Echeverría, de la Unificación Nacional, también impulsaron decididamente mis propuestas. Fue así como nació creo que en 1968 una Comisión Especial de la Asamblea Legislativa encargada de redactar una nueva legislación municipal. Y se puede decir que a partir de ese momento se inicia un movimiento muy importante que va directamente encaminado hacia el fortalecimiento económico, jurídico y político del régimen municipal.

Me tocó presidir por un tiempo la Comisión Especial y recuerdo muy bien que en las deliberaciones previas a la redacción concreta del articulado del nuevo Código Municipal, vislumbramos cuatro etapas en que debía consistir la reforma:

- A) La reforma tributaria.
- B) La reforma jurídica.
- C) La reforma institucional y administrativa.
- D) La reforma constitucional y política.

La reforma tributaria en realidad se comenzó a plasmar unos meses antes cuando aprovechando algunas reformas a la Ley del Impuesto Territorial, logramos traspasar el producto íntegro de ese impuesto, que es el tributo local por excelencia, de la hacienda nacional a la hacienda municipal. Vale la pena recordar que, con motivo de esta

reforma, tuve oportunidad de conversar, dentro de la cordial y respetuosa amistad que nos ha unido desde la Universidad, con el entonces Presidente José Joaquín Trejos quien, para mi sorpresa, no solamente me aseguró que apoyaba la reforma concreta a la Ley del Impuesto Territorial, sino que estaba de acuerdo con todo el planteamiento que yo estaba haciendo en la Asamblea para el fortalecimiento de los municipios.

La reforma jurídica se plasmó en el Código Municipal que, como ya dije, fue redactado por una Comisión Especial en la que estuvimos como Diputados Guillermo Villalobos Arce, Ovidio Murillo, Enrique Azofeifa, Ramiro Barrantes y yo. Y como asesores, Arnoldo Jiménez Zavaleta, Elías Soley Soler, Mauro Murillo, Alberto Moya y don César Güell. Las actas de la Comisión Especial, que desgraciadamente están hoy muy incompletas, contienen un material sumamente valioso en relación con el transfondo filosófico, sociológico, jurídico y político en que se sustancia el articulado del Código. Allí plasmamos, como municipalistas, la mayor parte de nuestras ideas que venían del magno Congreso de 1954 y que no habían encontrado expresión concreta durante muchos años.

Una de las novedades más importantes de la nueva legislación fue el establecimiento de la institución del Ejecutivo Municipal, como funcionario de nombramiento del propio Concejo, y no de nombramiento del Poder Ejecutivo, con la idea de que tal funcionario fuera, dentro de lo posible, como una especie de gerente administrativo en el gobierno municipal. Todavía a estas horas no logro explicarme cómo fue posible que este cambio tan radical en la legislación municipal fuera aceptado, primero en el Gobierno de don José Joaquín Trejos, cuando se emitió el Código, y después en el gobierno de don José Figueres, cuando entró en vigencia. Porque la verdad es que los gobiernos centrales de todos los tiempos, habían utilizado al Jefe Político, autoridad dependiente del Ministerio de Gobernación, como Ejecutivo Municipal y desde luego como medio efectivo para dominar a las municipalidades. En aquellos tiempos, la autonomía municipal era un mito, y las municipalidades meros apéndices del Poder Ejecutivo. En un artículo futuro analizaré lo nefasto que fue este sistema para el liderazgo local.

La reforma institucional y administrativa se inició con la creación del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal: IFAM.

Los autores del Código consideramos que éste no tendría aplicación práctica si no se establecía un mecanismo para apoyar, asesorar, orientar y financiar a los gobiernos locales.

Y esta idea quedó plasmada en el Artículo 19 de ese estatuto jurídico, donde se dispone la creación del IFAM, como un órgano destinado a obtener la coordinación de las municipalidades, por la vía de la adhesión voluntaria, con el fin de prestarle asistencia técnica, financiamiento para proyectos de obras y servicios públicos municipales y para colaborar con ellas en todo lo concerniente al mejoramiento del gobierno local.

Me tocó ser el primer Director Ejecutivo del nuevo Instituto y organizarlo hasta en sus mínimos detalles. Dos grandes metas me orientaron en esa delicada tarea:

—Fortalecer los gobiernos locales políticos, jurídica y administrativamente.

—Convertir a las municipalidades en verdaderas empresas de desarrollo local y regional.

Una junta directiva brillante presidida por el Ministerio de Gobierno de entonces, Dr. Carlos Manuel Vicente Castro y en la cual también participaban el Ministro de Obras Públicas y Transportes, Ing. Mario Quirós Sasso, el Ing. Jorge Manuel Dengo, el Lic. Eduardo Lizano, don Juan María Vásquez Fernández, don Eladio Pérez Peraza, don Alejandro Morera Soto, el Ing. Eduardo Jenkins Dobles y el Lic. Elías Soley Soler, entendió, amplió y dio respaldo sin límites a los planteamientos ideológicos que yo presenté como fundamento de la nueva Institución. Desde el principio se entendió claramente y sin rodeos que el IFAM no iba a ser una simple agencia de préstamos a las municipalidades, sino un instrumento activo, combatiente y decidido a favor de la reforma municipal. Yo sigo creyendo que en este postulado está la justificación de la existencia del Instituto y de su misión en la organización institucional del país.

El IFAM no se hubiera podido organizar sin el apoyo decidido del Gobierno de entonces, presidido por don José Figueres. Pero más que don Pepe, el que apoyó a fondo la nueva Institución fue el Ministro de Gobernación Dr. Carlos Manuel Vicente. Cuando yo luchaba por la reforma municipal en la Asamblea Legislativa, Carlos Manuel también era diputado. Si bien apoyó mis proyectos y afanes, estuvo frío y en alguna oportunidad hasta llegó a plantearme sus dudas acerca de la utilidad de las municipalidades en la organización del país. Conversamos largo del asunto y al final, aceptando mis argumentos, decidí apoyar la reforma en todos sus aspectos. Tanto es así que cuando lo nombraron Ministro me pidió que aceptara el cargo de asesor de su Ministerio en asuntos municipales. Trabajé a su lado ad-honorem redactando la Ley Orgánica del IFAM y preparando la organización del Instituto. Me sorprendió ver al Ministro de Gobernación empujando una reforma que prácticamente sacada del control de su Ministerio al régimen municipal. Así se lo dije varias veces con toda claridad y la respuesta fue siempre en el sentido de que siguiéramos adelante, porque mejorando las municipalidades íbamos a mejorar a todo el país. Tengo la impresión y es justo que lo diga sin rodeos, que Carlos Manuel Vicente es hoy uno de los mejores municipalistas del país.

He venido glosando, incluyendo nombres de personas, algunas peripecias que surgieron alrededor de los pasos que se han venido dando para impulsar la reforma municipal en el país. Pero de todo cuanto dejo dicho quiero destacar el hecho fundamental que sin el apoyo de los gobiernos no hubiera sido posible avanzar lo que se ha avanzado hasta ahora. Todos los municipalistas del mundo, y yo estuve hace poco en una reunión de alcance mundial en Río de Janeiro, estamos de acuer-

do en que la reforma municipal no es una tarea de las municipalidades, sino una empresa de los Estados. No se trata de que las municipalidades anden mejor o peor financiera y administrativamente; se trata de algo más hondo y fundamental: se trata de considerar si dentro de la organización del Estado, deben funcionar los gobiernos locales, como organizaciones de base, o deben suprimirse y entonces buscar otras formas jurídico-políticas para gobernar a las comunidades. Este planteamiento no es algo simplista que pueda analizarse y resolverse superficialmente aventurando la opinión de que las municipalidades deben suprimirse porque fallan muchas veces en la prestación eficiente de los servicios públicos locales. El problema es más de fondo y tiene que ver con ideas básicas acerca de la organización democrática de los países, con una filosofía moderna de participación popular de los ciudadanos en el gobierno y con el esencial concepto de la responsabilidad cívica de todos los habitantes respecto del trabajo nacional por el bien común. La reforma municipal no es, pues, un problema atinente a las municipalidades, sino un problema fundamental que hace relación a la propia organización del Estado costarricense.

Por eso es que yo vengo sosteniendo que en el fondo la reforma debe enfocarse como un elemento básico en un análisis de la estructura general del Estado.

Y dentro de ese análisis, deben estar presentes temas como la descentralización administrativa; la división administrativa y política del país; una estrategia nueva para el desarrollo regional y local; una mejor división del trabajo nacional y en fin, una forma diferente de ejercer el poder en Costa Rica. Pero son temas que trataré con detenimiento en mi próximo artículo sobre la reforma municipal y la reforma constitucional y política.

Conviene separar las Elecciones Municipales de las Elecciones Nacionales

Como he demostrado en mi exposición anterior, se han dado algunos pasos positivos para fortalecer a las municipalidades desde los puntos de vista tributario, jurídico y administrativo. Falta mucho por hacer, pero los pasos iniciales se han dado, a mi juicio, en la dirección correcta.

Sin embargo, es preciso abordar, a la mayor brevedad posible, el aspecto más decisivo y trascendental en este campo: se trata de una revisión de fondo del capítulo de la Constitución Política concerniente al Régimen Municipal.

Concede a este punto la más alta importancia, porque la revisión indicada nos llevará a plantearnos necesariamente una serie de definiciones filosóficas y políticas que son indispensables para definir la suerte de nuestros gobiernos locales.

Dije en mi artículo anterior que este asunto no es problema que deben resolver las municipalidades. Se trata nada menos que de una

1. Centraría el interés de los electores en programas e inquietudes de carácter local.
2. Obligaría a los partidos políticos, nacionales, regionales o locales, a presentarle a la ciudadanía los mejores hombres y mujeres como candidatos para los cargos concejiles.
3. Comprometería y responsabilizaría a los ciudadanos electos, con y ante un electorado que les ha dado un apoyo político directo. Actualmente ese compromiso y responsabilidad no existen, porque los concejales se crean más obligados con quienes los han designado "al dedo" que con los votantes de su cantón.
4. Las elecciones municipales podrán servir, eventualmente, para medir el grado de popularidad que tiene en el país el partido que gobierna, poniendo en guardia al grupo gobernante, sobre las inquietudes y aspiraciones de la ciudadanía.

Yo intenté promover en la Asamblea Legislativa, en el período 1966-1970 en que me tocó ser diputado, esta reforma constitucional. El Lic. Elías Soley Soler, joven y brillante diputado actual, me ayudó en la redacción del texto correspondiente, que sometí a la consideración de mis compañeros. Logré la firma de más de 50 legisladores y con ese respaldo se presentó la reforma a consideración de la Asamblea.

No hubo problemas en el trámite de admisión; se le dieron las tres lecturas de rigor y se nombró la Comisión Especial para que dictaminara al respecto. Esa comisión que estuvo integrada por los diputados Villanueva Badilla, Azofeifa Solís y por el que esto escribe. La responsabilidad del dictamen corría por mi cuenta, como promotor de la reforma. Y no recuerdo por qué razones transcurrió el término constitucional de 8 días a que se refiere el inciso 3º del artículo 195 de la Constitución, sin que la Comisión dictaminara. La responsabilidad es exclusivamente mía y hoy lamento que por un descuido que no tiene justificación razonable, la reforma trascendental a que me vengo refiriendo no se encuentra consolidada en nuestra Carta Magna. El expediente respectivo se encuentra archivado en la Asamblea Legislativa, en espera de que un grupo de diputados municipalistas, le dé trámite de nuevo para bien de Costa Rica.

Por cierto que en aquella ocasión consulté en privado la opinión del señor Presidente del Tribunal Supremo de Elecciones, Lic. Francisco Sáenz Moza, sobre este asunto. Y este distinguido jurista, cordial amigo de muchos años, me dijo más o menos lo siguiente: "La reforma es fundamental para la democracia costarricense. El Tribunal y el Registro Electoral serán mecanismos casi perfectos dentro de poco y más bien el país debe utilizarlos más a menudo en consultas populares. Las elecciones municipales separadas de las nacionales no representarán ningún problema para el Tribunal, el cual está capacitado para organizarlas, fiscalizarlas y dirigirlas en cualquier momento".

Las objeciones que algunos amigos me han hecho cuando les hablo de este asunto son principalmente dos: la primera se refiere a que el

cuestión crucial para definir la fisonomía y el funcionamiento del Estado costarricense.

Conuerdo con el editorialista de "La República" en que el régimen municipal atraviesa por una aguda crisis y en que, precisamente por eso, hay que someterlo a una exhaustiva revisión. Y creo que la revisión debe implicar, sin mayor demora, la reforma de la Constitución Política.

Cuando estábamos redactando el Código Municipal, hablamos muchas veces en la Comisión Especial de la insuficiencia de las normas constitucionales vigentes para sustentar una legislación verdaderamente avanzada en materia municipal. Sin embargo, hicimos lo que se pudo dentro del marco estrecho de la Constitución vigente, por modernizar y ordenar el párrafo de disposiciones que regían la actividad de las municipalidades hasta el instante en que entró en vigencia la nueva legislación.

En aquel momento visualizamos claramente varios aspectos en los que resulta urgente una revisión constitucional: a) Separación de las elecciones municipales de las nacionales, b) Elección popular del ejecutivo municipal bajo el sistema de ayuntamientos, c) Regulación constitucional adecuada para evitar la proliferación de cantones, d) Regulación del gobierno de las áreas metropolitanas, e) Establecer entre las normas para fortalecer la hacienda municipal.

Deseo referirme al primer aspecto, es decir, a la separación de las elecciones municipales de las elecciones nacionales.

A mi juicio, esta es una medida indispensable para fortalecer políticamente a los gobiernos locales. Dentro del sistema de elecciones generales que impera en el país, la elección de los regidores municipales pasa completamente inadvertida por parte de los electores y por lo tanto la credencial de esos regidores no tiene un sustento político valadero. En efecto; las elecciones generales polarizan la atención de los ciudadanos en la elección presidencial, dejando relegada al último lugar la preocupación por los asuntos locales.

Como consecuencia de esta situación y como algo completamente lógico, los partidos políticos no prestan mayor atención a los problemas municipales. Las asambleas cantonales que según el Código Electoral tienen como misión principal designar los candidatos a los puestos concejiles o no se hacen, o sólo por excepción dejan de ser una farsa. Seguí muy atentamente este proceso en las elecciones pasadas y tengo la impresión de que un alto porcentaje de papeletas municipales no tuvieron el respaldo de una asamblea cantonal. En el futuro, el Tribunal de Elecciones debiera vigilar estrechamente la celebración de estas asambleas para evitar que muchas listas de candatos a regidores salgan de las famosas "Asambleas de Papel", llamadas así porque se confeccionan ficticiamente en la oficina de algún dirigente local o nacional.

El gobierno local debiera salir de una elección especial convocada al efecto, en época distinta de la de las elecciones generales. Esto tendría a mi juicio, los siguientes beneficios:

El país no puede estar permanentemente en campaña política. A esto yo respondo que en Costa Rica vivimos todo el tiempo en campaña política lo que, a mi juicio, no es malo desde el punto de vista cívico, siempre que las cosas se mantengan dentro de marcos razonables y que la ética política presida la actividad de ciudadanos y partidos. Yo creo que las consultas populares frecuentes, ya sea para la elección de funcionarios públicos, para detectar el sentir del pueblo por medio de plebiscitos y para ratificar medidas de gobierno por medio de referéndum, vitalmente nuestras instituciones democráticas en grado máximo.

La segunda objeción que se me ha hecho es la referente al costo de las campañas políticas. A este he respondido siempre que la solución estaría en destinar una parte del aporte estatal para el pago de la deuda política, el financiamiento de las elecciones municipales. En esta forma, sin aumentar los gastos que actualmente se hacen cada cuatro años en las elecciones generales, se lograría consolidar económicamente la elección de los gobiernos locales.

Vistas las cosas desde esta perspectiva, no cabe duda de que las elecciones municipales, separadas de las nacionales, son convenientes por que fortalecerían políticamente al régimen municipal y por lo tanto a la democracia costarricense dándole vitalidad indiscutible desde su propia base.

Sin embargo, yo no estoy convencido de que los políticos costarricenses, por lo menos los que tienen el poder de tomar decisiones acerca del destino del país, tanto desde el Gobierno como desde la oposición, vean con buenos ojos una reforma como la propuesta. No estoy convencido, porque la poca experiencia que tengo en las lides políticas me indican que es muy difícil para esos políticos, en términos de las prácticas corrientes utilizadas por ellos, desprender del poder que ahora tienen de imponer prácticamente desde sus oficinas en San José, la forma en que han de integrarse los concejos municipales del país. En el fondo, yo creo que en este asunto, fuera de los aspectos filosóficos y doctrinarios que me parecen nítidos e indiscutibles, juegan elementos diferentes que se refieren a los factores de poder que de hecho rigen en la política costarricense.

El dirigente nacional es, tal y como yo lo conozco, con muy pocas excepciones, extraordinariamente centralista, como es centralista el régimen político de este país.

En eso no se diferencia mucho de los dirigentes políticos del resto de los países de América Latina. Quieren el poder total; sin restricciones o limitación y si aceptan la existencia de instituciones como los Gobiernos Locales, es a condición de que les estén sometidos, en una u otra forma.

Este dirigente no va a consentir de buen grado en una reforma que indudablemente disminuirá su influencia política directa sobre los dirigentes locales y que por otro lado va a consolidar en los gobiernos municipales una cuota de poder proveniente de los electores y no de los favores del que manda en el Gobierno o en un partido.

134
Sin embargo yo, como optimista impenitente, creo que si el régimen municipal se organiza, como va en camino de hacerlo, puede constituir un elemento de presión incontrastable para conseguir la revisión de la Constitución Política.

Estamos apenas a tiempo. Si del Congreso Municipal que se reunirá el 30 de agosto sale una fuerte organización nacional de municipalidades, bien se puede pensar en solicitar al apoyo de todos los diputados municipalistas, que son muchos, para impulsar esta reforma constitucional que, como ya dije, no solamente es esencial para el régimen municipal, sino para afianzar cada día más la democracia costarricense.

Yo he hablado un par de veces, muy brevemente, de este asunto, con el señor Presidente de la República, don Daniel Oduber. Y puedo decir que no se ha mostrado contrario a mis ideas. En alguna oportunidad me instó a que yo mismo intentara una redacción no solamente de la reforma tendiente a trasladar las elecciones municipales a medio período, sino de otra, que él considera fundamental y que se refiere a dejar abierta la puerta para regular mejor la administración del área metropolitana de San José y otras similares que pudieran surgir en el país.

Otro pronunciamiento de un miembro del Poder Ejecutivo, favorable a las elecciones municipales separadas de las nacionales, lo ha dado recientemente don Francisco Morales Hernández, Ministro de Trabajo y Seguridad Social, joven político que, tal vez por venir de una zona rural, ha captado claramente la importancia del régimen municipal en el sistema institucional costarricense que, si ha de perdurar enmarcado dentro de los lineamientos de la democracia, debe fundamentarse cada día más en los organismos populares de base, la principal de las cuales es el municipio.

Si este periódico me sigue brindando el acogedor alero de sus columnas, me referiré en próximos artículos a otras reformas constitucionales que los municipalistas consideramos indispensables y que han quedado enumeradas anteriormente.

Controlar creación de nuevos Cantones y Municipalidades

Para efectos de la Administración Pública, el territorio nacional se divide en provincias; estas en cantones y los cantones en distritos. Así lo dispone el artículo 168 de la Constitución Política. El Código Municipal dispone, por otra parte, que la jurisdicción territorial de la municipalidad es el cantón, que la población cabecera de éste es la sede del Gobierno Municipal, y que tal población tendrá el título de ciudad.

La división territorial de Costa Rica, para efectos de la Administración Pública arranca del año de 1848 y no sabemos cuál fue el criterio que siguieron nuestros antepasados para decretarla. Con ligeras modificaciones esa división administrativa es la que nos rige y resulta bas-

135
tante claro que después de más de un siglo ella esté completamente desactualizada, constituyendo más que una buena base para administrar el país, un obstáculo permanente para su desarrollo. Algún día alguien tendrá que decidirse a hacer una amplia revisión de esta división administrativa para organizar mejor la Administración Pública. Pero este es un problema muy serio, pues existen gran cantidad de intereses a su alrededor, principalmente de carácter político-electoral, que nadie se atreve a tocar por no levantar un avispero.

La división en provincias está estabilizada y el trámite que la Constitución establece para crear nuevas es el mismo requerido para las reformas parciales. De modo que en las circunstancias actuales, es prácticamente imposible establecer una nueva provincia. Hay un documento muy interesante del Dr. Arvids Kalnins, experto francés al servicio de las Naciones Unidas, que estuvo varios años en Costa Rica estudiando nuestro régimen municipal, y que propuso una división del país en catorce departamentos, aplicando un criterio geográfico y socio-económico. Sin embargo, por razones de orden político a que antes me referí, este trabajo no ha sido objeto de una seria consideración por parte de nuestros gobiernos. En todo caso, la composición provincial del territorio no causa tantos problemas y perjuicios como la anárquica estructuración cantonal vigente.

Cada cantón tiene un Gobierno Municipal, encargado de la administración de los intereses locales, formado de un cuerpo deliberante, integrado por regidores municipales de elección popular y de un funcionario ejecutivo que designará la Ley: Artículo 169 de la Constitución Política. La disposición es sabia y encuentra plena justificación en la teoría concerniente a los gobiernos locales. Pero en la práctica surgen varios problemas que es preciso estudiar a fondo para corregirlos de una vez por todas. Esos problemas se refieren fundamentalmente al tamaño de los cantones, tanto territorialmente como en población; a la capacidad económica o financiera de los mismos para atender los servicios de interés municipal, y a la efectividad del gobierno local. La Constitución no da normas al respecto y a las leyes que rigen la materia son, a mi juicio, inadecuadas para regular acertadamente esos problemas.

En cuanto al territorio se refiere, sería deseable que los cantones tuvieran una extensión territorial adecuada y bien definida. Sin embargo, resulta muy difícil determinar una extensión óptima porque a veces, como ocurre en el área metropolitana, en un reducido territorio se levantan cantones poderosos y ricos.

En relación con la población sí es necesario tomar medidas para exigir un mínimo de habitantes para la creación o existencia de un cantón, por varias razones: primero, porque no se justifica un cantón por varias razones: primero, porque no se justifica un gobierno local para muy poca gente y segundo, porque ese gobierno, para subsistir normalmente, necesita una población que genere ingresos capaces de darle sustento económico a su actividad administrativa. *de acuerdo*

La capacidad financiera de las municipalidades está en íntima relación con el territorio, la población y el régimen tributario municipal. Y es preciso tener muy en cuenta estos tres factores, para poder autogobernar el nacimiento de un nuevo cantón y por ende de un nuevo gobierno local. Estudios muy concienzudos debieran realizarse por parte de instituciones y funcionarios muy calificados, antes de crear nuevos cantones.

Preocupados por estos asuntos, un grupo de diputados reformamos, en el período 1966-1970, la antigua ley que regía la creación de los cantones y dispusimos que en vez de requerirse solamente 3.000 habitantes para esos efectos era de rigor que la población sumara por lo menos el 1% del total de la del país. En aquella época ese porcentaje representaba 18.000 habitantes aproximadamente. Sin embargo, creo que se han creado nuevos cantones sin respetar esta disposición de la ley, siguiendo el procedimiento, a mi juicio distorsionado, de derogar para el caso concreto, la norma general relativa al 1% a que ya me referí. Por lo demás, no se han hecho en todos los casos estudios completos sobre el territorio y la capacidad financiera del nuevo cantón.

Esto es muy serio porque los gobiernos locales que han nacido como consecuencia de este proceso distorsionado, enfrentan desde el principio serios problemas para el ejercicio de su función, y no les queda más remedio que ampararse al alero del Gobierno Central o alimentarse peligrosamente de las inseguras y caprichosas partidas específicas.

Yo creo sinceramente que en la proliferación de cantones reside una de las causas más importantes de la debilidad del régimen municipal. Tenemos 80 cantones y 4 Concejos de Distrito, que son a manera de pequeños cantoncitos creados por el Poder Ejecutivo. Si estudiáramos a fondo la viabilidad financiera y administrativa de cada uno, nos encontraríamos con que muchos de ellos no la tienen. Funcionan y trabajan con presupuestos muy pequeños y desfinanciados. Dependen en mucho del Poder Ejecutivo o del diputado de la zona para poder subsistir, con lo cual pierden el atributo más importante de todo municipio: su autonomía.

Por eso estoy convencido de que es urgente tomar medidas tajantes para evitar que se creen nuevos cantones y que por lo tanto nazcan más municipalidades en el país. Y esto solamente se consigue mediante una adecuada reforma constitucional, que establezca normas que impidan retazar el país más de lo que está. Me parece que más bien y como complemento de lo anterior, debería dejarse constitucionalmente abierto el camino para que cantones en franco proceso de debilitamiento poblacional y financiero, puedan refundirse en otros formando así unidades cantonales más fuertes y operativas.

Estas ideas no son nuevas ni son mías. Muchas personas, entre ellos altos funcionarios públicos con quienes he conversado sobre problemas del régimen municipal, me las han expresado en varias formas. Y a manera de anécdota voy a contar la opinión que al respecto tenía

el recordado amigo y gran ex-Presidente de la República don Francisco J. Orlich.

En alguna oportunidad en que conversamos sobre estos asuntos, se mostró preocupado por el excesivo número de cantones y de municipalidades. Me dijo que a su juicio el país estaría mejor con unos cuarenta y cinco cantones con sus respectivos gobiernos locales, porque en esa forma estos serían fuertes. Tendrían buenos presupuestos y al gobierno le sería más fácil mantener relaciones con ellos. Por otra parte me expresó que desde el punto de vista político todo se simplificaría pues los cantones en el número indicado, podrían tener cada uno su propio diputado. Don Chico consideraba que ya las provincias no jugaban un papel importante en la organización del país, el cual debía orientarse hacia una federación de cantones, al estilo suizo. Así me lo manifestó con una gran naturalidad, dejándome sumido en hondas reflexiones que todavía hoy vuelven a mi mente con marcada insistencia.

Una gran verdad es que, desde el punto de vista de la Administración Pública, las provincias no desempeñan una función realmente importante. Pueden representar algunos sentimientos regionales profundos para sus habitantes; significar un conjunto de valores humanos o encarnar manifestaciones folklóricas importantes. Pero para efectos programáticos de orden administrativo, no tienen mayor papel que jugar en la vida nacional. Lo que realmente vive y funciona, bien que mal, en la organización básica del país, es el cantón con su gobierno local. Y es por eso que a mi juicio y después de la aparición del Código Municipal, declina definitivamente el poder provincial y se fortalece el poder municipal.

Si esto es así, hay que ponerle mucha atención a los conceptos de cantón y de gobierno local, regulándolos mejor en la propia Constitución de la República. Esa regulación debe comenzar por normas que impidan la creación de nuevos cantones, salvo casos excepcionales, y completarse con otras tendientes a fortalecer políticamente la organización del Gobierno Municipal, tema al cual me referiré en mi próximo artículo.

Elegir Popularmente Ejecutivos Municipales

Me ha llamado poderosamente la atención desde hace mucho tiempo, el interés y la insistencia con que la *Asociación Nacional de Fomento Económico, ANFE*, se ocupa de los asuntos municipales. En varias de las columnas que publica en "La Nación", la ANFE se han planteado problemas relativos a los municipios y precisamente en la columna publicada el domingo 8 de agosto se abordan dos de ellos que son: La revisión de la división territorial, a la cual me he referido, en mi artículo anterior, y la *Elección Popular del Ejecutivo Municipal*.

Creo que una revisión del Capítulo constitucional que se refiere al régimen municipal es, no solamente necesaria sino urgente. Y entre

las cosas que hay que revisar no sólo está el procedimiento para crear nuevos cantones sino también el fortalecimiento orgánico del Gobierno Local y la firme fundamentación de las finanzas municipales.

En cuanto al gobierno local, ya dijimos en anterior publicación que una primera forma de fortalecerlo desde su propia raíz es mediante las elecciones municipales separadas de las nacionales. Con esto, a mi juicio, se asentaría muy firmemente el Concejo Municipal desde el punto de vista público.

Y es preciso que así sea, porque la municipalidad, por esencia, es un órgano político-administrativo de extracción popular.

El Ejecutivo Municipal es, por disposición constitucional, un componente del Gobierno Local, el cual se forma por un cuerpo deliberante integrado por regidores municipales y un funcionario ejecutivo que designará la Ley. Este funcionario ejecutivo es clave en la organización y funcionamiento del ayuntamiento.

Antes de la emisión del actual Código Municipal, el ejecutivo municipal era, por ley, el Gobernador en las cabeceras de provincias y el Jefe Político en los otros cantones.

Esta estructura era fatal para la autonomía municipal porque colocabá a todo el régimen en una dependencia total del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Gobernación. Y a través de esa dependencia, se operaban una sujeción y un sometimiento muy graves del liderazgo local al Gobierno de turno.

Quienes redactamos el Código vigente, no tuvimos ninguna duda en liquidar ese sistema, por considerarlo atentatorio contra el principio de la autonomía municipal, que es uno de los pilares del ideal municipalista en todo el mundo. Pero a la hora de buscar una fórmula sustitutiva nos encontramos frente a dos posibilidades importantes que debemos estudiar detenidamente y al final optar por una de ellas.

En primer lugar se estudió la tesis de la elección popular del Ejecutivo, tomando como modelo en algunos sistemas europeos y latinoamericanos. Se pensó que tal vez era prematuro adoptar este procedimiento por falta de madurez política a nivel local; que había el riesgo de que dentro de un sistema de elecciones nacionales generales, el Ejecutivo fuera impuesto "desde arriba por los partidos políticos por el sistema de elección al dedo"; que la elección popular convertiría a este funcionario en un "político" y no en un técnico como era lo ideal para el funcionamiento eficiente de las municipalidades.

En segundo lugar se estudió el sistema de "Junta y Gerente" que tan buenos resultados ha dado en la organización municipal de los Estados Unidos. En este sistema se trabaja a base de una junta directiva, que sería el Concejo, y que es el encargado de dictar las políticas generales del gobierno local, aprobar la programación general para la ejecución de tales políticas y luego ejercer un control estricto sobre la eficiente marcha de las obras y servicios públicos. Y el esquema se completa con el nombramiento de un funcionario ejecutivo con capacidad gerencial, denominado el *City Manager* que generalmente es

un técnico en administración pública designado por el propio Consejo Municipal.

Nosotros escogimos este camino porque nos pareció que además de garantizar la autonomía municipal, pues el Ejecutivo pasaba a ser de nombramiento del Concejo, abría la puerta para la tecnificación paulatina del gobierno local. Sobre todo pensábamos que a través de un Instituto de Asesoría Municipal, se podía a poco ir capacitando y adiestrando personal competente para la administración de los asuntos municipales a nivel ejecutivo.

La experiencia acumulada a partir de enero de 1971, fecha en que entró en vigencia el nuevo Código Municipal, no es totalmente negativa desde el punto de vista de que en un alto porcentaje de los casos, las municipalidades han procurado hacer buenos nombramientos en el cargo de Ejecutivo Municipal. Incluso en muchas de ellas, este funcionario ha contribuido decisivamente a elevar el nivel de eficiencia en la marcha de los asuntos locales.

Sin embargo, el origen y la motivación del nombramiento siguen siendo políticos y no técnicos. Durante la elección pasada la mayoría de las municipalidades quedaron integradas por ciudadanos adversos al Partido Liberación Nacional. Y coaligados, esos regidores dieron la lucha para elegir Presidente y Ejecutivos Municipales de la coalición de partidos de oposición. Esto ha dado origen, en no pocos casos, a que el trabajo municipal se vea interferido por problemas de orden político y que el Ejecutivo cumpla sus funciones más atento a dichos problemas que a sus funciones técnicas como gerente o administrador de los intereses del municipio.

En esencia, el sistema norteamericano que nosotros adoptamos en el Código es bueno. Pero es evidente que los latinos somos diferentes y que nuestras decisiones van siempre mucho más cargadas de componentes políticos que de consideraciones de orden técnico. Y esta es una realidad que se ha puesto en evidencia en relación con la institución del Ejecutivo Municipal.

Yo creo que hemos avanzado mucho y que la experiencia lograda en estos años no es del todo desalentadora. Pero ante el concepto indiscutible de que el Gobierno Local es un órgano eminentemente político y ante la evidencia de que el nombramiento del Ejecutivo Municipal es y va a seguir siendo un nombramiento político, me parece que es conveniente estudiar en serio la posibilidad de que la designación del funcionario clave del gobierno local, sea por elección popular.

Sobre todo si se logra la reforma constitucional para que las elecciones municipales sean a medio período y con ello un proceso cívico de mayor atención e interés de la ciudadanía en la designación de los integrantes del gobierno municipal, se presentarían óptimas condiciones para que los electores designaran al mismo tiempo al Alcalde, Intendente o Ejecutivo Municipal.

Todo parece indicar que este sería un procedimiento de selección positiva en cuanto a este funcionario se refiere, porque no solamente buscaría el mejor hombre para el cargo, sino que quien resultare electo

tendría un compromiso directo con el electorado en cuanto a su gestión al frente del gobierno local. Por lo demás, el contralor popular sobre el comportamiento cívico, moral y administrativo del funcionario, alcanzaría su más alto grado en beneficio de la colectividad.

De acuerdo con los razonamientos anteriores, en estos momentos me encuentro inclinado a considerar como conveniente la designación del Ejecutivo Municipal por medio de la elección popular. Una fórmula podría ser la de que el Presidente Municipal al mismo tiempo el Ejecutivo. Esto implicaría que en las papeletas sometidas a la consulta popular, los partidos indicaran de una vez a quién postulan para Presidente de la comuna y que el postulado supiera de antemano, que de salir electo, tendría que asumir la responsabilidad de conducir política y administrativamente el gobierno local. Este gobierno, por su parte, debería disponer lo necesario para pagarle a su Presidente Ejecutivo un sueldo acorde con sus funciones y responsabilidades. He usado el nombre de Presidente Ejecutivo porque esta es la terminología más usual en el país. Pero dentro de la teoría y la práctica municipalista el término más apropiado sería del ALCALDE en primer lugar, o el de INTENDENTE en segundo lugar. El primero tiene entre nosotros el inconveniente de que se está usando, a mi juicio impropriamente, para designar a un funcionario que administra justicia dentro del Poder Judicial. Y el segundo, el de que no refleja con propiedad la figura de un gobernante local, sino más bien de un funcionario a cargo de tareas financieras.

El Alcalde o Intendente sería electo, desde luego, por un período de cuatro años con posibilidad de ser reelecto sucesivamente en forma indefinida. Podría ser destituido del cargo mediante procedimientos especiales establecidos ante la Contraloría General de la República, por causas graves atinentes a su conducta moral, administrativa o de gobierno. También podría cesar por abandono o renuncia del cargo. Habría que regular muy bien los procedimientos de sustitución interina, ya que la definitiva solamente podría hacerse por una elección popular convocada al efecto.

Esta fórmula tiene a mi juicio la ventaja de que combina la presunta designación de la persona mejor y más eficiente para dirigir el gobierno local, con la fuerza política directa que tal persona derivaría de la elección popular. Por lo demás, la Presidencia Municipal, Alcaldía o Intendencia, como se le quiera llamar, se convertiría en un peldaño para posiciones políticas o administrativas de más alto rango, si su titular diera muestras de capacidad, talento y dotes de buen gobernante en el ámbito municipal. La lucha por la Presidencia Municipal sería entonces de mucha importancia para los partidos, que a través de ella promovería hacia posiciones como la de Diputado, a sus mejores elementos de los respectivos cantones. Esto, desde luego, podría ser muy positivo para todo el proceso cívico y político del país.

Lo que vengo diciendo podría ser novedoso entre nosotros, pero no lo es en Europa y en otros países de América. En Italia, por ejemplo, el Partido Comunista ha hecho de la lucha por las alcaldías uno de

sus objetivos primordiales. Ha ganado muchas en el país y todo parece indicar que en ello reside parte de la fuerza que ha dado muestras en las últimas elecciones. Para no ir muy lejos, en Guatemala y en El Salvador, los Alcaldes son de elección popular y en muchos casos han resultado electos profesionales muy prominentes de los partidos de oposición a los respectivos gobiernos. Los Alcaldes de las capitales de esos países son virtuales candidatos presidenciales por sus partidos, pues la alcaldía es el paso previo a las posiciones de más alto rango político. Por todo cuanto dejo dicho, me parece que nuestras instituciones democráticas se verían fortalecidas y renovadas si se reformara la Constitución Política para separar las elecciones municipales de las nacionales y establecer la elección popular del Ejecutivo Municipal, Alcalde o Intendente. No le tengo temor a tales reformas porque considero que ellas contribuirían a lograr progresivamente una mayor madurez cívica y política del pueblo costarricense.

Reformas Constitucionales que definan a los Gobiernos Locales como órganos fundamentales del Estado.

La Constitución Política es omisa en cuanto a declarar a los Gobiernos Locales como órganos fundamentales en la estructura del Estado. Si bien dedica al Régimen Municipal el Título XII, con un Capítulo Único, los ocho artículos que éste comprende no son suficientes para regular materia tan importante. Por ejemplo, yo crea que debió establecerse una disposición que afirmara la condición de órganos fundamentales del Estado que tienen las Municipalidades. Porque de otra manera puede seguir sucediendo lo que ahora, que mucha gente, incluyendo altos funcionarios públicos, tienen al régimen municipal como parte accesorio y sin importancia en el engranaje de la Administración Pública. Y eso genera graves situaciones que debilitan constantemente a dicho régimen. Se pueden citar los siguientes casos:

- a) La Asamblea Legislativa emite constantemente leyes que afectan al régimen municipal sin consultar a las Municipalidades, como sería de rigor interpretando el artículo 170 de la Constitución en relación con el 190 ibidem.
Por el camino de esa legislación inconsulta, se ha venido gravando los presupuestos municipales, para fines nacionales, hasta en un 30%, lo que constituye un verdadero atentado contra las finanzas municipales.
- b) A pesar de que el artículo 169 de la Constitución declara que la administración de los intereses y servicios locales estarán a cargo de un Gobierno Municipal, por vía de la legislación ordinaria se vienen cercenando las atribuciones de los gobiernos locales, y tras-pasándolas, a mi juicio inconstitucionalmente, a organismos nacionales.

c) Tanto la Asamblea Legislativa como el Poder Ejecutivo, tienen la tendencia a propiciar la intervención de organismos extraños al gobierno municipal, en la programación, ejecución y evaluación de obras y servicios públicos municipales. Tal el caso de las asociaciones de desarrollo de la comunidad, que fueron creadas para otra cosa y no para interferir en las atribuciones y funciones de los municipios.

d) Fondos nacionales que tradicionalmente se han canalizado a través de las municipalidades para promover el desarrollo de los cantones, son destinados por los diputados o por el Poder Ejecutivo para el financiamiento de obras que ejecutarán entidades diferentes al gobierno local. Muchas veces este procedimiento tiene origen en revanchas políticas con las cuales se castigan a los municipios opositores al Gobierno o al Diputado de la zona.

Para evitar situaciones como las descritas, que debilitan consciente o inconscientemente a las Municipalidades, yo creo que se imponen reformas importantes a la Constitución en su Título XII, ya sea incorporando normas nuevas que afiancen constitucionalmente el régimen municipal, modificando sustancialmente algunas de las que existen para aclararlas o ampliarlas, o derogando total o parcialmente las que una u otra forma no representan una verdadera doctrina municipalista. Es claro que resulta sumamente fácil decir estas cosas y fundamentarlas consistentemente desde el punto de vista filosófico y de los ideales democráticos. Pero la realidad es muy otra. Uno se encuentra a cada paso con personas particulares y con funcionarios de todos los niveles, partidos e ideologías, que son reacios a admitir la necesidad de revisar, fortalecer y perfeccionar el régimen municipal como una forma de cimentar fuertemente la organización democrática de la sociedad costarricense. No faltan quienes, desde los altos sitios del Gobierno, afirman que los gobiernos locales son obsoletos y que por lo consiguiente hay que suprimirlos. No dicen, desde luego, por cuáles organismos de base van a ser sustituidos esos gobiernos locales.

Por esa resistencia generalmente embozada y pocas veces franca y abierta, es por lo que resulta muy difícil, por no decir imposible, intentar una reforma constitucional para sacar de la crisis actual al municipio costarricense. Sin embargo, es preciso mantener la llama de los ideales municipalistas, en espera de que poco a poco se haga conciencia acerca de ellos y se abra la posibilidad de plasmarlos en normas constitucionales y legales, lo mismo que en procedimientos administrativos dentro del contexto de la Administración Pública del país.

Fuera de las reformas constitucionales a las que me he referido en artículos anteriores, he venido conversando con amigos municipalistas sobre otras que paso a señalar someramente.

1. Declaratoria del Gobierno Municipal como un órgano fundamental del Estado. Esta declaratoria sería esencial del texto constitu-

cional porque serviría de base a todos los otros planteamientos normativos de orden municipal que se formularon en la Carta Magna. Por lo demás, serviría para dejar claro de una vez por todas, que el Municipio es una organización primaria sobre la cual se levanta orgánicamente la democracia costarricense. Si esto no fuera así porque se pusiera en duda la filosofía que sustenta estas afirmaciones, estaríamos en trance de tener que cuestionar la organización democrática del Estado costarricense desde sus propias raíces.

2. Consulta obligada y previa a las Municipalidades o algún órgano representativo de ellas, cuando la Asamblea Legislativa se proponga dictar normas que afecten al régimen municipal en general o a una Municipalidad en particular. Este es un problema que urge resolver porque actualmente se está dando la grave situación de que la Asamblea Legislativa tramita leyes a veces de gran importancia municipal, sin que nadie tenga la oportunidad de decir una palabra sobre las mismas. El artículo 170 de la Constitución declara que "las corporaciones municipales son autónomas".

Qué razón hay, entonces para que las Municipalidades reciban un trato distinto que al que reciben las otras instituciones autónomas del Estado? Téngase en cuenta que en el caso de los municipios, estamos en presencia de corporaciones autónomas de elección popular que, por eso mismo, debieran merecer una consideración especial de los Poderes Públicos.

3. Votación calificada de los dos tercios de la Asamblea Legislativa, cuando se trate de aprobar leyes que cercenan atribuciones o funciones propias de los Gobiernos Locales. Si el artículo 169 de la Constitución declara que los intereses y servicios locales estarán a cargo de un Gobierno Municipal, no se vé cómo por medio de leyes ordinarias se van a traspasar las facultades de tal gobierno a otras entidades estatales que muchas veces son productos de orden legal y no de origen electivo y popular. Es claro que esto requeriría un trabajo muy cuidadoso para definir cuáles son los servicios e intereses de orden local que deba estar bajo la competencia de los ayuntamientos. La tarea es difícil, pero no imposible. Y ella se facilitaría mucho si en algún momento nos decidiéramos en este país a poner en claro el lugar en la organización fundamental del Estado, han de tener los municipios.

4. Limitación expresa para que personas u organismos públicos o privados, planifiquen y ejecuten obras de carácter local, sin autorización de las municipalidades respectivas. Si queremos tener gobiernos locales fuertes, competentes y responsables ante sus comunidades cantonales, hay que darles todo el respaldo y los medios para que cumplan sus funciones eficientemente. Pero si el Gobierno Central por medio de sus Ministros; las instituciones autónomas o entidades privadas como asociaciones de desarrollo, respaldadas por el Estado, invaden los medios de la competencia municipal, el régimen completo entra en crisis. Se nota claramente que en estos puntos de vista juegan conceptos muy

importantes que afectan la concepción que se tenga de la estructura del Estado costarricense. No se trata simplemente, como le he repetido varias veces, de defender al régimen municipal por ser muy amigos de las Municipalidades o por debilidades ideológicas por un régimen abso-
luto. Se trata en el fondo de reclamar definiciones en un país en que están haciendo falta muchas definiciones para saber a qué atenerse en cuanto a nuestro sistema de gobierno, a la estructura de la administración pública y a la competencia de los distintos órganos que conforman el Estado. Mientras estas cosas no se aclaren, los ciudadanos costarricenses vamos a carecer de las seguridades y beneficios de un país seriamente organizado desde los puntos de vista político, jurídico y administrativo.

5. *Limitación constitucional para que fondos nacionales sean canalizados hacia los cantones por medio de entidades que no sean la Municipalidad.* Para la Hacienda Municipal, esta reforma constitucional es de capital importancia.

No se puede seguir permitiendo que los Diputados o el Gobierno Central utilicen fondos del erario público para hacer o propiciar obras de competencia municipal, sin tomar en cuenta al gobierno local. Si el país tiene establecidos estos gobiernos para la atención e intereses locales, resulta inconstitucional que por cualquier medio, se permita que se resquebrajen sus atribuciones.

La existencia de la norma constitucional que se viene propiciando, tiene especial relevancia por la tendencia de muchos legisladores, a conseguir partidas específicas para obras de carácter local y consignarlas a la orden de entidades que no son municipales sino privadas, como las asociaciones de desarrollo de la comunidad. La tendencia a que me refiero modifica una tradición establecida desde hace muchos años y que consistía en canalizar a través de las Municipalidades las partidas específicas destinadas a obras y servicios públicos municipales. Ahora se ha producido el fenómeno de que algunos diputados liberacionistas, compañeros de Partido, no solamente se niegan a gestionar recursos económicos para las municipalidades que son contrarias al Partido, sino que cuando los gestionan los entregan a asociaciones de desarrollo que el algunos casos se han formado ad-hoc para recibirlos.

Esta es una práctica que hay que terminar porque no tiene consistencia ideológica alguna sino que se basa en caprichos políticos momentáneos. Yo como municipalista, he visto con pesadumbre que compañeros diputados muy estimables sigan esta práctica que no rima con los postulados de la Carta Ideológica ni con la seriedad filosófica que debe orientar a un Partido que tiene la pretensión de llamarse Social Demócrata. Porque es bueno recordar que el Municipalismo está en la base misma de la ideológica social democrática al igual que lo está el cooperativismo.

En alguna oportunidad hablé con gran preocupación de este asunto al señor Presidente de la República, concretando poco después mi posición en una carta en la que proponía buscar un sistema mediante

el cual las partidas específicas sirvieran para financiar al régimen municipal a través de IFAM y mediante una programación local para obras y servicios que arrancara de los propios gobiernos locales. Don Daniel encontró la propuesta muy interesante y creo que la ha tenido en consideración muy detenida. Sin embargo, su principal observación fue la de que resulta muy difícil superar la práctica ya muy arraigada de los diputados de pueblo, de significarse políticamente a través de las partidas específicas. Eso es cierto y constituye un serio problema, sólo atacable por medio de una norma constitucional como la que venimos proponiendo.

Ahora que estamos tan cerca de Venezuela y que tenemos, en algunos casos con razón, la tendencia a tomar ese país como modelo, es bueno recordar que existe el sistema denominado de "los situados constitucionales" que consiste en que por mandato de la Constitución, el Estado Federal sitúa un porcentaje del presupuesto de la nación, en las arcas de los Estados según un procedimiento de reparto especialmente establecido. Y a su vez los Estados sitúan un porcentaje importante de sus presupuestos en las arcas municipales. En esta forma los recursos de toda la nación, se distribuyen entre el Estado Federal, los Estados y los Municipios, en una forma equitativa que garantiza el funcionamiento adecuado de los organismos federales, estatales y municipales. De modo que nuestras ideas sobre estos asuntos, no son originales. Ya están puestas en práctica en países hermanos, cuya experiencia bien puede servirnos de ejemplo y guía.

EL OMBUDSMAN

(Protector de ciudadanos frente a la Administración Pública y vigilante de las libertades públicas).

Dr. Enrique Rojas F.

INDICE

I. INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL OMBUDSMAN PARLAMENTARIO, O PROTECTOR DE LOS CIUDADANOS FRENTE A LA ADMINISTRACION PUBLICA Y VIGILANTE DE LAS LIBERTADES PUBLICAS: *Etimología. Historia. Competencia. Breve análisis de los Recursos de Amparo y de Habeas Corpus en nuestra jurisprudencia. Designación. La diferencia conceptual entre la Administración Pública y Poder Ejecutivo.*

II. LA NECESIDAD DE SU CRECION EN COSTA RICA.

III. EL OMBUDSMAN EN DERECHO COMPARADO: *Suecia. a) Introducción. b) Historia. c) Modo de designación. Finlandia. Francia. Mediador. Introducción. Statuto. Funciones del mediador. Competencia. Procedimiento. Medios de acción I. Medios de acción II. Inglaterra (Parliamentary Commissioner, Comisionario Parlamentario). Canadá: Provincia de Quebec. Protector de ciudadanos. Preámbulo. Organización de la Institución: 1. Status del Protector. 2. Reclutamiento. 3. Renovación. 4. Incompatibilidades, obligación al secreto. 5. Remuneración. 6. Cesación de funciones. 7. Personal. Funcionamiento de la Institución o Medios de acción. Poderes de investigación. Procedimiento. Poder de recomendación. Derecho Neerlandés. Holanda. Introducción. Proyecto de creación del modelo holandés. República Federal de Alemania. Introducción. Requisitos. Elección. Status. Colaboradores. Competencia. Medios de acción. Procedimiento. Poderes. Relación con los otros órganos de control parlamentario. Relaciones con los órganos de control jurisdiccional. La Prokouratoura o Procuraduría Soviética.*

BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUCCION

Etimología

Existe una institución muy arraigada en los países nórdicos, que ha sido implantada en muchos países occidentales, según un esquema propio y aún con diverso nombre, pero en lo fundamental se conoce como Ombudsman.

La palabra, etimológicamente, proviene de la lengua inglesa: "Ombuds", que quiere decir protector y "Man", hombre es decir, protector de hombres y más concretamente, de los administrados frente a la Administración Pública. Lo importante es que en el lenguaje jurídico parlamentario o constitucional, la palabra denota "representante", que viene a ser un significado más preciso que "Procurador", que sería hacer alguna cosa en provecho de otra. Aún se le ha dado el nombre de "Protector", "Contralor", o bien de "Representante" (Ombudsman de Trabajadores, por ejemplo)¹.

Historia

Su historia se remonta al siglo diecisiete en Suecia. Ahí nació como órgano constitucional en las Constituciones de 1819 y 1859, denominado como "Órgano General de Control de la Administración Pública". Como no había descendencia al trono real, el Rey Gustavo, había escogido para sucederle a un francés. Los Estados Generales (Riedstat) o Parlamento Sueco quieren que haya un órgano parlamentario encargado de controlar los reyes extranjeros.

¹ Su introducción tiene por fin mejorar la protección jurídica de los ciudadanos frente a las autoridades públicas. Es un complemento a la protección ya existente de los recursos administrativos, en sede administrativa o jurisdiccional o los constitucionales: Habeas Corpus y Recurso de Amparo, Art. 48 de la Constitución Política.



Posteriormente evolucionó *in extenso* para controlar los agentes públicos. Ello para garantizar la inamovilidad de estos, y para evitar las intromisiones e influencias del Poder Ejecutivo. Mas en caso de falta en el cumplimiento de sus tareas públicas, los funcionarios estatales eran responsables penal y patrimonialmente, sea una responsabilidad de función. ¿Pero, quién exigía esa responsabilidad? La Constitución de 1929 prevee que sería el Ombudsman quien ejercería esa atribución.

Al principio se hacen frecuentes las denuncias con el subsiguiente procedimiento de responsabilidad funcional, pero luego basta la simple amenaza del hecho del poder y el prestigio del Ombudsman. Posteriormente, en los siglos XIX y XX la institución tiende a ligarse no sólo al régimen parlamentario sueco, sino que también se hace extensivo a la responsabilidad ministerial, individual o colectiva.

En 1954 Dinamarca crea un Ombudsman y lo lanza con una gran publicidad. La institución se pone de moda en la Europa Central, no obstante que en la U.R.S.S. en 1924 se había creado la *Prokuratura*, que se asemeja en gran medida al Ombudsman. Pese a ello, todo país, especialmente los anglosajones quieren tener su ombudsman.

✓ Su justificación en Dinamarca en 1954, fue precisamente la defensa de los derechos individuales de los ciudadanos daneses contra el abuso del poder de los funcionarios públicos. ✓

Actualmente existe entre otros países en Inglaterra, Provincia de Quebec, Canadá, los Países Nórdicos Finlandia y Noruega, Francia, Nueva Zelanda, Australia, etc.

Competencia

✓ Su nombre en Costa Rica debe ser Protector de los Ciudadanos frente a la Administración Pública y vigilante de las libertades públicas o derechos humanos. Ello nos lleva a la firme determinación de establecer como competencia principal del Ombudsman no sólo la protección de los derechos humanos, sino también el control de la Administración Pública. ✓ Es harto conocido que en Costa Rica los Derechos Humanos no son violados, al menos hasta el día de hoy. Los foros internacionales han reconocido a nuestro país como uno de los pocos países, al menos en Latinoamérica, en donde el Poder Público respeta la libertad y la vida.

Por otra parte, son numerosas las deficiencias de la acción administrativa. Si solamente se estableciera la institución para defensa de las libertades públicas, indudablemente que sus funciones serían escasas, por no decir nulas. ✓ Pese a ello, creemos que deberá mantenerse entre sus atribuciones esa eventual protección; pero lo principal es que exista la posibilidad de ser un vigilante de la Administración Pública costarricense. ✓

A través de la descripción que se hará posteriormente, estableceremos el significado en forma más precisa de la última premisa indicada. Repetimos que en regla general, tiene dos funciones específicas:

✓ control global de la Administración Pública y las defensas de las libertades públicas. La primera nació como un mecanismo de control de la legalidad administrativa al constatar que un control jurisdiccional administrativo resultaba insuficiente. ✓ Respecto a la segunda función, se citan varios casos que fundamentan la vigilancia sobre las libertades públicas, verbigracia: enclaustramiento arbitrarios en hospitales psiquiátricos o cárceles, clausura de periódicos, secuestro de revistas contrarias al régimen político dominante, etc. ²

✓ El órgano es unipersonal, aún cuando tiene un personal auxiliar nombrado por él, que coadyuva en su labor. La persona que ha de cumplir con el cargo debe reunir ciertas condiciones de integridad, sapiencia y libertad, propios de su función. De aquí se desprende que no debe por ningún motivo, ser parte de la Administración Pública, aún cuando pudo haber formado parte de ella. Normalmente se ha escogido a un jurista o un exfuncionario público. ✓

Breve análisis de los Recursos de Amparo y de Habeas Corpus en nuestra jurisprudencia.

Como información valiosa, es interesante destacar el análisis estadístico realizado por el Licenciado Roy Mena Chaves, en su tesis de licenciatura presentada en el año 1975, que establece que: del 21 de julio de 1950 al 18 de diciembre de 1962, se dictaron doscientas una resoluciones en juicios de amparo. De esas doscientas una, ciento noventa y cinco son sentencias. De ese número, sólo fueron declaradas con lugar *Treinta*. El resto, o sean: ciento setenta y cinco, fueron declaradas sin lugar en sentencias denegatorias definitivas o rechazadas de plano... Desde el primero de enero de 1963 al 15 de enero de 1974, se presentaron ciento noventa y tres recursos de amparo, se declararon con lugar 27, se denegaron 166; es decir, que se rechazó el 87.1 por ciento; se declararon con lugar el 12.9 por ciento. La mayoría de los recursos procedentes lo fueron en virtud de silencio o aceptación de cargos por parte de las autoridades recurridas. Seguidamente el citado autor enumera las causas por las cuales el recurso de amparo se rechazaba:

Rechazo del Recurso del Amparo.

- 1) Por confusión que hacían los recurrentes de los diferentes recursos protectores de las libertades públicas. Por ejemplo se confundían el recurso de Amparo con el de Hábeas Corpus, con el Inconstitucionalidad o con el proceso Contencioso-Administrativo.
- 2) Por no agotamiento de las vías previas o falta de interposición de recursos previos, a tenor del artículo tercero de la Ley de Amparo. Y aquí concordamos con el Lic. Mena, si bien es cierto hay omisión

² En Suecia en el siglo XIX ciertos herederos encerraban a sus parientes con el propósito de entrar en posesión de la herencia.

de parte de los recurrentes, sucede con frecuencia en Costa Rica que al no establecerse por ley el contenido y formalidades de los recursos administrativos, no existe claridad en muchos casos del iter necesario que el interesado debe seguir para incoar recursos administrativos en sede administrativa. Finalmente, acota que han llegado a rechazarse recursos de amparo por falta de agotamiento del recurso de "reconsideración"; a lo que agregó que ello obedece a la errónea aplicación analógica que nuestros tribunales han hecho de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, N° 3667 del 12 de marzo de 1966.

- 3) Porque el recurso de reconsideración o reposición, debe intentarse para agotar la vía administrativa, pero este instituto procesal es para efectos de impugnación jurisdiccional del acto o disposición administrativa, no para recursos de amparo, que se entiende deben ser expedito, sin patrocinio de abogado, sin formalismo, por el objetivo que tiende a tutelar: las libertades públicas.
- 4) Otras por falta de claridad en la exposición de los hechos que se consideran violatorios de los derechos constitucionales. Art. 8 de la Ley.
- 5) Porque existía el criterio entre los juzgadores, que el recurso tutela derechos individuales y sociales y otros que es protector de todos los derechos constitucionales.
- 6) Por aplicación mecánica de la tesis jurisprudencial siguiente:
"... El Recurso de amparo es contra toda disposición que viole en forma arbitraria, cualquier derecho consagrado en la Constitución... Es arbitrario un acto, acción u omisión, cuando es cometido por pura voluntad o capricho, sin poder invocar ninguna regla en apoyo de esta acción, ya que si el acto tiene respaldo en la ley vigente, aunque esta se tilde de inconstitucional, no procede el amparo porque esta no es la vía para declarar la inconstitucionalidad de las leyes..."

El autor analiza con propiedad la anterior jurisprudencia, la cual contiene yerros ya superados según la actual teoría del control de los actos administrativos; por ejemplo no es posible establecer que un funcionario público actúe por pura voluntad o capricho, sea la tesis subjetiva de inconformidad de un acto con el ordenamiento jurídico; la voluntad del agente público no cuenta por cuanto es imposible al juzgador establecer la subjetividad del funcionario (odio, rencor, dolo, etc.), lo importante es la adecuación del acto en su contenido, motivo, o fin a la ley. Si no existe esa adecuación, el acto no es en derecho público válido, y será arbitrario cuando esos elementos del acto no se ajustan a ninguna norma. Y podría inclusive tratarse de la teoría de los actos inexistentes.

A pesar de todo lo expuesto, creemos que mientras no sea creada una Corte Constitucional o bien traspasados jurisdiccionalmente, la función constitucional actual al Tribunal Supremo de Elecciones, deberá mantenerse en la Corte Suprema de Justicia, los recursos de Há-

beas Corpus y de Amparo, pero eso sí, creando la posibilidad para el Ombudsman de ejercer su competencia en esta materia. Es decir, el particular lesionado con un acto que viole su derecho constitucional o su libertad, podría escoger o la vía del Recurso ante el Poder Judicial o bien ante el Ombudsman.

Designación

En Derecho Comparado (Inglaterra, Suecia, Francia, Canadá, Nueva Zelandia), el personaje es escogido por el Parlamento o Asamblea Legislativa; pero puede pensarse que en Costa Rica, su designación puede estar a cargo de la Corte Suprema de Justicia, siendo quizás uno de los mayores problemas que conlleva la efectividad de su función contralora. Se argumenta que debe ser la Asamblea Legislativa la llamada a designarlos, por cuanto es ese Poder la encarnación de la voluntad popular, es el núcleo político que aglutina a las personas que va a representar al pueblo, quien los ha electo en los camicios electorales. Por ende, deberá corresponder a ese cuerpo normativo nombrar su representante, por ser el Ombudsman un protector de los derechos del ciudadano.

A pesar de que esa firmación es consecuente desde un plano teórico-político, también es cierto que la experiencia puede demostrar un peligro real para la eficacia de la Institución.

Evidentemente la praxis política parlamentaria en Costa Rica, ha establecido que en determinados momentos el partido de gobierno puede dominar la Asamblea. Si el Ombudsman por ejemplo, y esa es su función, comienza a denunciar numerosas irregularidades del Poder Ejecutivo, en el fondo, (y a pesar de la diferencia que haremos en el capítulo siguiente entre función administrativa y función política, que en determinado momento ambas funciones se confunden irremediablemente), el que estará en causa simplemente será el Partido en el Poder y no el aparato burocrático o administrador. Ante ello, la Asamblea de quien depende el Ombudsman entrará en conflicto con su designado, crisis que podría ser de presión, negación de recursos financieros, de silencio ante las denuncias, de no reelección que produciría en resumen la renuncia anticipada del Ombudsman por falta de apoyo a su eficiente labor pero no conveniente a los fines político-electorales del partido dominante.

De todos modos si la tesis fuere aceptada, la designación por parte de la Asamblea Legislativa deberá hacerse o por mayoría calificada, dos tercios del total de los diputados, o bien por medio de una gran comisión, en la cual todos los partidos políticos representados en la Asamblea tuvieran ingerencia en su designación. Por supuesto la revocación deberá ser por el mismo número de votos necesarios para su nombramiento (teoría del acto contrario).

Puede pensarse que fuera designado por una gran comisión nacional en donde estarían representadas ciertas asociaciones de derecho

público, o representantes de los Colegios Profesionales, específicamente de la Federación de Colegios Profesionales, Asociaciones de Protección de Usuarios de los servicios públicos, Cámaras Patronales, etc.

Pese a ello, creemos que debe ser de resorte del Poder Judicial, al menos la elaboración de la terna para nombrar el Ombudsman. El Poder Judicial goza de mucho prestigio en el ámbito de opinión pública costarricense e inclusive la Constitución Política le ha atribuido la potestad de designar a los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones, órgano constitucional que realiza una función de suyo deli-

cada en materia de elecciones nacionales y municipales. Como última idea y pretendiéndose que dentro de las funciones que realice el Ombudsman estará el control del servicio público justicia, puede establecerse el mecanismo de dos órganos, la Asamblea Legislativa y el Poder Judicial, quienes realicen la designación del Ombudsman. Todo lo expuesto tomando en cuenta como se dijo la realidad política administrativa de nuestro país.]

La diferencia conceptual entre Administración Pública y Poder Ejecutivo.

En Derecho Público se hace la diferencia entre lo que significa la Administración Pública y el Poder Ejecutivo (Gobierno). Ambos pertenecen al Estado, sin embargo, a la primera corresponde ejecutar y organizar las tareas del Estado, (función administrativa), como persona jurídica perenne que se mantiene aún cuando el gobierno cambie cada cuatro años. El Gobierno como encarnación del Poder político no administrador del Estado, representa en esa calidad el pensamiento político del partido dominante y en consecuencia impondrá sus decisiones orientadas en la ideología que representa, más concretamente, el Gobierno aún cuando pueda encarnar ambos tipos de funciones dentro del Estado, la política y la administrativa, en determinado momento puede dictar ciertas medidas políticas que considere convenientes para satisfacer las necesidades sociales. Posteriormente, se realizan como decisiones jurídicas (decretos, reglamentos, órdenes, circulares, etc.); finalmente se ejecutan por medio de la Administración Pública o Burocracia. En este sentido, la Administración Pública viene a ser el puente que une el poder político con los administrados. Los actos de este son decisiones políticas enmarcadas en normas jurídicas a través del poder administrador, reducto final de las soluciones comunes.

El cómo y la oportunidad de esas decisiones dependerá en gran medida de la clase política dirigente en un momento dado y según la ideología dominante.

Ahora bien, el marco que nos interesa considerar a los propósitos de este ensayo es el puente final y directo que une a los gobernados y gobernantes. Es este el que nos pone en inmediata relación con el poder político a través de las órdenes de expropiación, de la prestación de servicios públicos o del cobro de impuestos. Allí es donde la figura

del Ombudsman adquiere relevancia e interés para todos los administrados. Porque si la prestación de los servicios públicos y la solución de los problemas sociales se dan dentro de un marco normativo, su cumplimiento se encarga a personas físicas, representantes de los órganos y entes públicos capaces por ignorancia, decidia o dolo, de producir una distorsión del fin, objeto o contenido de la norma. El Derecho Administrativo se ha encargado de desarrollar toda una teoría concretizada en derecho positivo (como por ejemplo la ley N° 3667 del 12 de marzo de 1966 que crea la *Jurisdicción contencioso-administrativa de Costa Rica*), a fin de detener jurídicamente la desviación de poder o el quebrantamiento del Ordenamiento Jurídico por parte de la Administración Pública. No obstante, hay una cantidad de problemas no solucionables por el proceso contencioso-administrativo y los resueltos resultan a la postre onerosos, (por pérdida de tiempo y de dinero) para el administrado y la propia Administración Pública. De ahí que se haga necesario, entonces, crear en Costa Rica un órgano que se sitúa fuera de la Administración Pública, con capacidad jurídica de poder controlarla en su actividad legal.]

En esa hipótesis, la calidad de órgano público es innegable por los fines que va a cumplir: vigilancia del quehacer administrativo, y su encuadramiento en la legalidad, además de que su denominación salario y personal debe inscribirse dentro del Derecho Público.

Sus decisiones no serían susceptibles de un recurso administrativo, jerárquico o de tutela. Tampoco sería un órgano jurisdiccional por cuanto sus decisiones no tendrían la autoridad de cosa juzgada. De modo que vendría a ser un ente *sui generis*, lo que nos enfrenta a varios problemas a considerar en el desarrollo de la institución y que serán resueltas lacónicamente en la forma siguiente.]

En primer término, no es posible establecer recursos contencioso-administrativos contra las decisiones dictadas por el Ombudsman, por lo que es aplicable a sus decisiones, la teoría de los actos de gobierno o actos de derecho público no sometidos al derecho contencioso-administrativo (art. 7 Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa). Creemos que sus resoluciones y dada la calidad de la función que ha de cumplir, no debe ser revisada por los órganos jurisdiccionales; el sentido de la institución aconseja una resolución pronta de las cuestiones que le son sometidas a su decisión. Sin embargo, para llegar a una fórmula acorde con la doctrina moderna de inclusión de la responsabilidad aún en los denominados históricamente actos de gobierno o políticos, (artículo citado supra), es posible solicitar indemnización de los daños y perjuicios que pudiere ocasionar las decisiones y actuaciones del Ombudsman cuando actúe en ese carácter; la razón es sencilla, por ser órgano público es un representante del Estado, y este debe indemnizar a los afectados con motivo de los actos que realizan sus representantes, (doctrinas de la culpa in eligendo o culpa objetiva, falta de servicio o falta de servicio público).

II. NECESIDAD DE SU CREACION EN COSTA RICA

La importancia de su creación en Costa Rica es según lo ya expresado en la primera parte, fundamentalmente la protección del particular contra la potestad pública, punto de partida de la mayor parte de los estudios en favor del establecimiento del Ombudsman. La potestad pública interviene cada vez más en la vida social. El estado de cosas en el cual se vive actualmente entraña una más vasta gestión de los intereses colectivos por la Administración Pública, que produce inexorablemente un aumento de los deberes del Estado.

El número de leyes y reglamentos a los cuales el particular debe obedecer crece sin cesar y el número de los funcionarios crece también a una velocidad incalculable. Esta evolución que se puede señalar en todos los países del mundo no es extraña a Costa Rica. De ahí se sigue, que el particular ha perdido la idea general que él tenía de las actividades de la Administración. Para él es difícil encontrar nítida la función administrativa, la abundancia en la prestación de servicios públicos y su deshumanización. El adagio de que "*nadie puede ignorar la ley debidamente publicada*", ha sido superado en la práctica y queda como una verdad legal o formal, nada más. A fuerza y medida, que la potestad pública multiplica sus intervenciones, que se hacen más intensas, los contactos entre ellos y el particular son más frecuentes y necesitan por ende que su comportamiento sea leal, adecuado y sobre todo *legal*. Todo ello ha aumentado la necesidad de protección jurídica para el particular. Aquella se ha desarrollado al mismo tiempo que la intensificación de las intervenciones de la potestad pública en ciertos de sus importantes dominios de acción; por el contrario, en otros dominios ella no ha seguido esta evolución.

Esto es un tanto más gravoso por cuanto la Asamblea Legislativa no tiene la posibilidad de ejercer convenientemente su poder de control. Ni aún la propia Contraloría General de la República, su órgano auxiliar, tiene los recursos materiales, humanos y jurídicos, necesarios para la fiscalización de las finanzas públicas. La extensión de los deberes de la potestad pública de una parte y el ineficaz control de la Asamblea Legislativa por otra, explica esta importancia relativa. Se ensaya mejorar la protección de los particulares completando en primer lugar los medios existentes. Verbigracia: mejoramiento de la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ampliación de los controles financieros de la Contraloría General de la República, reglamentación y control de las sociedades anónimas de capital estatal, etc.

A pesar de lo expuesto, habrá casos en que ni la jurisdicción constitucional, *Habeas Corpus*, Recurso de Amparo, como se expuso al inicio, ni las investigaciones parlamentarias, ni siquiera las judiciales (Recurso Jurisdiccionales Contencioso-Administrativos), menos las administrativas (Recurso Administrativo), puedan llenar satisfactoriamente el deseado control jurídico. Subsistirán siempre casos de intervención de la potestad pública sobre los particulares contra los cuales

no será posible aplicar los medios legales que existen actualmente en Costa Rica.

Los recursos administrativos a menudo no están en capacidad de ofrecer una solución, por cuanto estas formas jurídicas tienden a tutelar un derecho subjetivo o un interés legítimo vulnerado por un acto o disposición administrativa, y tienen un fin concreto: indemnización de daños y perjuicios, acordar una licencia, anulación de un nombramiento o de una adjudicación de obra o servicio público. Por lo demás, los recursos administrativos y contencioso-administrativos están limitados por ciertos principios, que evidentemente no se aplican al Ombudsman. Así tenemos el agotamiento de la vía administrativa, fianza de costas, patrocinio de abogado, lentitud del procedimiento, etc.

Conforme a nuestro sistema montesquiano de división de poderes, los Tribunales de Justicia están impedidos para juzgar sobre la legislación existente; el deber del Juez es resolver el litigio aún con base en normas que él considera injustas. El Ombudsman podría juzgar la legislación existente, diciendo cuáles lagunas deben ser llenadas por medio de reglas formales, cuáles han caído en desuso, cuáles deben ser cambiadas, etc. Aunque tal juzgamiento no puede ayudar inmediatamente a las partes, sería importante para mejorar la legislación futura.

Y, tampoco puede subestimarse el efecto preventivo del Ombudsman.

Ninguna instancia de la potestad pública, ningún funcionario que-rrá ser exhibido por el Ombudsman públicamente, en razón de su comportamiento incorrecto o negligente. Finalmente el Ombudsman puede ser útil, informando al público, por ejemplo, indicando cuál es la protección jurídica más adecuada contra los actos concretos de la potestad pública. En conclusión, la protección jurídica que no puede ser ofrecida por una jurisdicción o por los recursos administrativos actuales, contendrá siempre lagunas que no podrán ser llenadas por una extensión del sistema.

La introducción de la institución del Ombudsman podría contribuir a llenarlas. Basta para ello el interés que la Administración Pública sea eficiente. Esa eficiencia es de interés público, pues el cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente, es garantía de la paz social en un Estado de Derecho que presupone no solamente que este imponga normas, sino también, que el propio Estado se encuentra sujeto a ellas; y es que, para efectos didácticos se establece una jerarquía normativa en Costa Rica, pero lo cierto es que vale tanto como norma jurídica desde el punto de vista de su obligatoriedad tanto la ley como el reglamento.

En ese sentido la Administración Pública va a ser controlada por los destinatarios de sus normas, pero como todos no podemos pretender iniciar querellas por separado, se creará un órgano imparcial, ajeno e independiente de la administración que va a canalizar seriamente las inquietudes, malestares y corregirá en último término los vicios, las malas prácticas y ante todo lo ineficiencia administrativa. Con esos postulados es bien claro que los beneficios serán para el país en general.

Téngase presente que será en síntesis un control de la tarea administrativa ejercida por la sociedad a través de un personaje jurídico independiente, con amplios poderes de fiscalización; de ahí el nombre de "Mediador" que se ha adaptado en Francia al Ombudsman, ya que es un mediador entre la Administración Pública y el administrado.

Para concluir diremos que las objeciones que se hacen al establecimiento de la institución, podría resumirlas así: ciertos autores dudam que sea necesario introducir una nueva institución para un mejoramiento de la protección jurídica. Otros consideran que es difícil encontrar una persona suficientemente apta para llenar esta función tan delicada, y que existe peligro en la introducción de un Ombudsman Parlamentario porque viene a debilitar el control ejercido por el Parlamento; igualmente, que esta función sería muy abrumadora para un solo hombre. Otros piensan que existe una insuficiencia de garantías contra las decisiones erróneas dictadas por un solo órgano, el Ombudsman, contra personas que pensaron y actuaron de la mejor forma posible.

Ninguna de esas objeciones son determinantes para impedir la introducción del Ombudsman en Costa Rica, porque son lógicamente superables.

Así es el temor a la burocratización de la institución y con ello a su exigua o ninguna efectividad en el ámbito de la protección, lo que denota un temor a la implantación de un contralor de las deficiencias de la Administración. Pese a ello es innegable que si existe la posibilidad de acudir a un personaje que, por definición y principio, se encuentre con poderes de decisión investigativa, cumpliendo una función socio-jurídico determinada, y sobre todo manteniendo un prestigio innegable merced a su labor y a su eficiencia, es posible que los ciudadanos acudan ante él para denunciar las fallas de un aparato que por principio es fuerte, poderoso y completo. El solo hecho de tener el país una institución que controle a los funcionarios públicos, simples depositarios del poder político-administrativo, es *per se* una base para la creación e implantación en el marco constitucional costarricense. Máxime que existe la experiencia de su eficacia en países que mantienen una excelente jurisdicción administrativa y un respeto a los Derechos Humanos, como es el caso de Francia. Sea que a pesar del desarrollo que ha alcanzado en lo que dice a la protección jurídica del ciudadano en los planos administrado-Administración, ciudadano-Poder Público, aún así han establecido un mecanismo más para que la ecuación individuo-Estado, prerrogativa-libertad, sea mejor equilibrado en aras del respeto de la ley. Respecto a la imposibilidad de encontrar una persona que llene los cometidos encomendados al Protector u Ombudsman, ello también es fácilmente superable, por cuanto en nuestro país existen grandes hombres que han gozado del respeto de sus conciudadanos por demostrar a lo largo de su carrera judicial, administrativa, parlamentaria, política, etc., una alta dosis de integridad, moralidad y sapiencia. Lo importante es más bien encontrar dentro de esa pléyade de hombres justos, el más indicado y apto para ejercer la

función, que no dudamos es delicada. La tercera conclusión en detrimento de la implantación del Ombudsman estriba en que el Parlamento o Asamblea Legislativa, se debilitaría en una función que le es propia al servir ese máximo poder de contralor del Poder Ejecutivo, función que le corresponde por ser los representantes del pueblo o la Asamblea popular, en síntesis los vigilantes constitucionales de las actuaciones del Poder Ejecutivo. Si observamos nuestra actual Constitución Política, a través de la experiencia legislativa, concluiremos en que el máximo grado de control que ejerce nuestros diputados sobre la Administración Pública, se refiere a dos posibilidades que se han ejercitado con escaso suceso: en primer término cuando la Asamblea considera que ha habido una deficiente gestión de los servicios públicos o bien una malversación de fondos públicos por parte de Ministerios, entes públicos descentralizados o actuaciones del Presidente de la República, han procedido de acuerdo con el artículo 121, inciso 23 de la Constitución Política, a designar comisiones investigadoras con el propósito de evaluar los hechos que motivaron la deficiente, errónea o ilegal actuación de los órganos públicos administrativos. Cuando el problema se presenta a la luz pública, adquiere un matiz escandaloso que obliga a la Asamblea a instalar la comisión con el objeto de ejercer la facultad constitucional de vigilancia del quehacer administrativo. Se da un gran debate a nivel de las sesiones parlamentarias, pero cuando tiene lugar el informe de la comisión parlamentaria, el problema investigado ha perdido actualidad por la lentitud del procedimiento que es propio del sistema parlamentario mundial. De lo cual se concluye que no es cierto el argumento que presupone la pérdida o debilitamiento del control parlamentario. Si tomamos en cuenta que el Ombudsman debe actuar en forma expedita, salta a la vista que será mucho más rápida y por ende más eficaz, que una comisión de investigación de la Asamblea Legislativa.

Pero lo más importante es que de ninguna manera se debilitaría o eliminaría el control parlamentario concretado en investigaciones salidas de su seno, ni mucho menos podría cercenarse la otra función de contralor del Poder Ejecutivo, que se ejerce cuando un Ministro de Estado es llamado al seno de la Asamblea Legislativa para que rinda ante el Plenario, las informaciones que este estime pertinentes. A propósito de este trámite legislativo, que es una copia del sistema parlamentario, aplicado a un régimen unitario y presidencialista como el nuestro, el efecto práctico es nulo, por cuanto las decisiones de censura que eventualmente puede votar la Asamblea Legislativa, son meramente morales, y no políticas. En este sentido, en un régimen parlamentario puro, (Inglaterra, Francia, Holanda), el voto de censura produce la consecuencia inmediata de la dimisión del Ministro considerado.

En Costa Rica hemos visto que se han producido varios acuerdos de censura y el Ministro permanece en su puesto, por cuanto él depende única y exclusivamente del Presidente de la República, quien tiene la plena libertad de designarlo y removerlo y por ende de mantenerlo aún en caso de una censura parlamentaria.

En lo que respecta a la idea esbozada por los detractores de la Institución del Ombudsman, de que esa función es abrumadora para un solo hombre, contesto que ello dependerá por supuesto de los medios previos que se establezcan para que las denuncias sin fundamento sean rechazadas *ad portas* la rapidez de sus investigaciones, y el otorgamiento de un personal idóneo para coadyuvar en su labor. Aclaro que se deberá nombrar un adjunto o colaborador inmediato y un equipo investigador, pero que estarán supeditados al Ombudsman jerárquicamente, de manera que podrá actuar únicamente en ausencia temporal del titular o por delegación expresa. Por lo demás el adjunto será el encargado de la administración del personal y de todo lo necesario para su debido funcionamiento administrativo. En síntesis no habrá dos Ombudsman, uno suplente y otro titular, habrá uno solo, quien tendrá concentrado todo el poder de decisión y mando, y solamente en su ausencia temporal, (salud, vacaciones, viajes, etc.), podría actuar su adjunto.

En cuanto a la posibilidad de que un funcionario sea injustamente encausado por el Ombudsman, creemos que siendo una institución jurídica pero encarnada por hombres, esa posibilidad no puede ser destacada. Ante esa situación y si el perjuicio es real, debe aplicarse como ya se dijo, la teoría de la responsabilidad estatal con motivo de actos y actuaciones de sus funcionarios, y eventualmente el funcionario afectado podría demandar ante la jurisdicción contencioso-administrativa daños y perjuicios. Por lo demás es obvio que deberá plasmarse en la Constitución Política la creación del Ombudsman. Esto es, no deberá tener su origen en la ley sino en la propia Carta Fundamental, a modo de órgano constitucional independiente. Ahí, deberá insertarse quién será el que lo designe, cuáles y por cuánto tiempo ejercerá sus atribuciones generales: la obligación para el Poder Legislativo de aprobar un proyecto suficiente para la realización de sus funciones, presupuesto que deberá ser elaborado por el propio Ombudsman y sólo modificable por una mayoría calificada de los diputados que integran la Asamblea Legislativa. Con esto obviamente se le daría independencia económica aunque creemos que no debe fijársele un porcentaje fijo.

Teniendo a la vista los dos tipos de actividad que realizará, —protección de los derechos humanos y control de la Administración Pública—, debe proveerse al Ombudsman de un mecanismo jurídico que suspenda automáticamente las decisiones del Poder Público cuando cometan un abuso en la esfera de las libertades públicas. Por ejemplo, detención arbitraria, clausura de periódicos, establecimientos comerciales, etc. No creemos lo propio en materia de actos o disposiciones administrativas aún cuando estas sean lesivas de los derechos del administrado. Podría, por supuesto, ejercer su influencia (Magistratura de influencia) para que el funcionario público revoque, retire, o anule el acto o disposición administrativa ilegal, pero la decisión de suspensión que quiebra el principio de ejecutoriedad de los actos y disposiciones

administrativas debe mantenerse aún cuando exista una denuncia ante el Ombudsman.

III. EL OMBUDSMAN EN DERECHO COMPARADO

Ahora examinaremos sumariamente y referido a ciertos países, cómo la institución ha sido implantada y cómo ha operado en el ámbito de cada realidad normativa. Concluiré con una referencia bibliográfica sobre el tema.

SUECIA:

Introducción

Aún cuando se le haya dado el significado y la competencia de Contralor o bien de Representante (de trabajadores por ejemplo); así mismo se han creado en Suecia, Antitrust o antimonopolios (su tarea es perseguir la correcta aplicación de las leyes para proteger la libre concurrencia) o puede inclusive significar la protección de los consumidores. Estos no son parlamentarios (electos por la Asamblea Nacional) sino que son designados por el Gobierno. Estos últimos tienen también a proteger contra la publicidad falsa, los comerciantes inescrupulosos o el libre mercado de bienes y servicios. Reciben denuncias del público, con el propósito de evitar acciones judiciales.

Historia:

El Ombudsman Parlamentario se creó en 1819 y de ahí el origen de la Institución. Antes de éste año existían en Suecia funcionarios del Rey, que eran una especie de Procuradores Administrativos, con el objeto de controlar a los jueces y a la Administración. Uno de estos funcionarios fue llamado al inicio "*Supremo Ombudsman*", a otro luego se le llamaría "*Canciller de Justicia*". En el Siglo XVIII el Poder Real es débil y el Parlamento fuerte, por lo cual era el Parlamento quien lo designaba. En 1872 será nuevamente el Rey quien lo designe.

Posteriormente en la Constitución de 1919 se busca un equilibrio con base en la experiencia histórica, por lo que se establece que el Ombudsman será electo por el Parlamento pero tendrá los mismos poderes del Canciller de Justicia, y se le denomina Ombudsman Judicial o para controlar la justicia.

De este modo el control se dirige no solamente a la Administración Pública sino también a las Cortes de Justicia. De esta influencia participará Finlandia.

En 1915 se crea un Ombudsman Militar que controlará la armada y la marina. En 1968 se establece una reforma la cual al reorganizarse la Administración Pública la función de los tres ombudsmen principales que existen se especializa y se dividen los asuntos entre ellos. En 1909 era una persona, de 1915 a 1968 eran dos, y a partir de 1968 son tres con una Secretaría común.

Se establece un control severo sobre los jueces y los funcionarios públicos. En Suecia existe el principio general de que todos los documentos de la Administración Pública son públicos. Para que un documento sea considerado secreto es necesario una ley especial que así lo declare. Pero se ha interpretado que no todos los folios que forman un expediente son públicos, únicamente los documentos finales; es decir lo que en Derecho Administrativo podrían denominarse actos preparatorios (consultas, peritajes, dictámenes) no son objeto de examen por el público, solamente el acto final que se ejecutará y que produce eventualmente perjuicio en la esfera jurídica del administrado.

Modo de Designación:

Los tres son electos por el Parlamento (Reistag) por un período de cuatro años¹, la elección es en forma indirecta, de esta manera: un grupo de electores formado por 48 personas eligen los tres Ombudsmen. El Gobierno no tiene ninguna participación. Son independientes después de la elección. Al tener rango constitucional, el Parlamento lo único que ha elaborado es la instrucción general de su actividad.

Controlan no solamente la actividad del Presidente de la República sino todas las actividades administrativas y judiciales. Reciben acusaciones de los ciudadanos en forma personal o por cartas y se les veda la posibilidad de querellarse a los funcionarios de la Administración Pública. A veces ocurre que tanto el Ombudsman como el Canciller de Justicia, se encuentran estudiando la misma denuncia, ello es posible pero no frecuente.

En Suecia, el juez puede ser perseguido por un mal juzgamiento; no existe el Recurso de Revisión ni la separación de poderes.

El Ombudsman tiene derecho a presentarse a las deliberaciones de los órganos administrativos pero no interviene en las decisiones dictadas por los Tribunales Jurisdiccionales. Puede actuar enviando una comunicación escrita al funcionario negligente, en el caso de las deliberaciones de los órganos administrativos, así mismo demandar al Estado por daños y perjuicios cuando exista una falta de servicio. Controla la administración de la justicia en su organización y funcionamiento. Los jueces deben enviar y evacuar las consultas que les formule el Ombudsman. Si se constata la falta de servicio, de inmediato

¹ Excepto el Canciller de Justicia, el cual es nombrado por el Presidente de la República, de ahí su independencia con respecto al Parlamento.

el Ombudsman envía una carta al jefe del servicio para que tome las medidas disciplinarias correspondientes.

En Suecia, nunca se ha nombrado una persona política, solamente juristas eminentes, miembros eso sí del Partido Social Demócrata, que gobernó por cincuenta años.

Su cargo es vitalicio.

Los tres Ombudsmen se encargan de funciones civiles, militares y de justicia.

Al miembro del Parlamento, cualquiera que sea, puede llamarse la atención como simple ciudadano. Son Jueces de amplia experiencia y gozan de gran reputación. La actitud política del ciudadano no se cuestiona. Los asistentes son juristas también, en una población de 8.000.000 de habitantes se busca la seguridad legal.

El Ombudsman se dirige al funcionario y nunca hacia las personas privadas. Al respecto debe señalarse que en Dinamarca los Ministros están bajo el control del Ombudsman.

Sus informes pueden dar lugar a un debate en la Cámara.

En cuanto a su remuneración debe decirse que es pagado por el Reistag, por medio de un presupuesto especial.

Y en lo referente a su competencia consiste en la vigilancia de las autoridades y funcionarios públicos, en 1957 se extendió a los funcionarios comunales.

FINLANDIA:

En la Constitución actual, en el artículo 49 se crean disposiciones que regulan la sustitución del Ombudsman, por ejemplo es electo sin debate por los miembros del Parlamento, mitad más uno de los votos de los congresistas, por un período de cuatro años. Se hacen tres elecciones y en la tercera se elige por mayoría simple; debe ser un jurista renombrado.

Su salario es el mismo que el del Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Tiene un adjunto o Sub-jefe, electo al igual que él por un período de cuatro años, aquel diligencia los expedientes que el Ombudsman titular le delegue; sin embargo puede decidir una vez que se le ha entregado la respectiva denuncia, si continua o no con la investigación, verbigracia, si existe una falta grave en el cumplimiento del servicio público.

Controla la administración de la justicia, materia municipal o los miembros del gobierno, jueces; sólo escapa a su control el Presidente de la República.

No ejerce fiscalización sobre las personas privadas.

Las peticiones son dirigidas por los ciudadanos en forma escrita, pero se aceptan denuncias en forma oral. Son rechazados los escritos informales, cartas anónimas o usando un sobrenombre.

Tiene derecho a estudiar todos los expedientes públicos, incluyendo los pendientes ante los Tribunales, aún los documentos secretos.

Las autoridades competentes deben responder a la denuncia en curso ante el Ombudsman. Si existe falta de servicio, puede elevar su querrela personalmente ante los Tribunales ordinarios.

En el informe anual aparece el nombre del funcionario que ha incumplido con sus obligaciones en el servicio público. Este informe se hace público a través de la prensa, la radio y la televisión. Tiene derecho de comunicar al Parlamento sobre las prácticas seguidas por las autoridades en la resolución de las solicitudes administrativas.

La institución existe desde 1920. En Finlandia existe al igual que en Suecia, al lado del Ombudsman, un Canciller de Justicia, nombrado por el Presidente de la República para controlar la administración de la justicia. Es también un medio de las autoridades centrales para controlar a los funcionarios descentralizados. Fue creado en el Siglo XVIII por el Rey Carlos XII.

En la época así llamada de "Las Libertades", cuando el Parlamento sueco gobernaba el país, el Canciller era electo por el citado órgano legislativo. En los años 1807 a 1817, cuando Finlandia se convierte en un ducado de Rusia, bajo los Zares, siguió conservando el régimen jurídico de la época bajo la vigencia política de Suecia. Por ejemplo la Constitución Sueca siguió en vigor. El Zar quiere garantizar los privilegios y ventajas que la Constitución liberal sueca mantenía y no la forma autoritaria. Sin embargo al no haber Parlamento, el Canciller Sueco no podía trabajar en Finlandia, y sus funciones comienzan a ser ejercidas por el denominado Procurador de Justicia, quien controlaría además de la administración de justicia, las autoridades centrales y provinciales.

El representante del Zar Imperial se denominaba Gobernador General a quien el Procurador debía informar cualquier anomalía que encontrara en las actuaciones judiciales y administrativas. Podía acusar al funcionario estatal ante los Tribunales Judiciales al infractor, por negligencia, impericia, imprudencia o falta grave en sus actos públicos. En el Siglo XIX, es incorporada a la Constitución de 1919 luego de alcanzar su independencia después de la Segunda Guerra Mundial, conservándose la función del Canciller de Justicia, pero con el nombre de Procurador. Ello con motivo de la tendencia de los rusos de conquistar el país introduciendo su lengua y su legislación en la administración de Finlandia. En 1922 se dicta un reglamento que establece sus atribuciones y se le restablece nuevamente su nombre de Canciller de Justicia. Es nombrado por el Presidente de la República. Su nombramiento puede ser revocado, circunstancia que nunca ha sucedido por cuanto todos han continuado en su función hasta su retiro o jubilación. Siempre han sido juristas de alta reputación, especialmente se reclutan de los Tribunales de Justicia. La edad es la misma que la que necesita la persona que asuma la Presidencia de la Corte de Casación y su salario igual al de este. Goza de un gran prestigio en la sociedad finlandesa. El Presidente oye la opinión del Gobierno para su designación.

Se ocupa el Ombudsman de la legalidad de aquellas decisiones jurisdiccionales y administrativas pero no de los problemas políticos. Ejerce un control sobre los actos administrativos dictados por el Gobierno, si se dictan sin estar presente, la sesión no es válida.

Tiene por supuesto una gran autoridad y por ende debe ser un jurista por cuanto el Gobierno decide en varios de sus proyectos conforme al criterio del Canciller de Justicia.

FRANCIA:

Introducción

En Francia el Ombudsman ha tomado el nombre de MEDIADOR (Mediateur) luego de una cruenta oposición con motivo de argumentarse que la Jurisdicción Contencioso Administrativa paliaba el control de la Administración Pública.

Su atención comenzó en forma doctrinaria, con artículos publicados en la prensa jurídica, al manifestarse los estudiosos del Derecho Constitucional que la Justicia Administrativa no es suficiente para detener todos los abusos que la Administración Pública puede cometer. Se hizo actual el viejo adagio de Montesquieu en el sentido de que "todo aquel que tiene el poder tiende a abusar de él, por lo que es necesario su control". Por lo demás se decía que la Jurisdicción Administrativa no podía ejercerse sin tener legitimación para establecer el correspondiente recurso y que debía referirse a cuestiones de legalidad. Solamente el Mediador podía remediar esa situación en forma efectiva con las disposiciones arbitrarias o abusos de la Administración a propósito por ejemplo de la prensa escrita y hablada. Decían que en la práctica cuando sucedía un abuso de poder, la acción judicial era lenta y los gastos procesales enormes. Además sus mecanismos eran deficientes y difíciles para conocerlos, especialmente para el ciudadano común. Así mismo en su favor se estableció un factor importante el psicológico, la lucha del más fuerte contra el más débil haber un equilibrio entre el poder del Estado a través de sus agentes y el ciudadano individual.

M. Poniatowsky, actual Ministro del Interior Francés, había propuesto la creación de un Comisario Parlamentario, que iba en el mismo sentido que el Ombudsman Inglés, es decir ser un Contralor del Parlamento del accionar administrativo. En Enero de 1972 presenta un proyecto de ley para crear un Ombudsman, y viene a convertirse en Ley el 3 de Enero de 1973, con el nombre de *Mediador*.

Estatuto

Será designado por el Presidente de la República por decreto en Consejo de Ministros por seis años, no siendo renovable o no pudiendo ser reelecto. Es un periodo largo pero limitado. Sin embargo la auto-

ridad que lo nombre no puede poner fin a sus funciones antes de la expiración del plazo de seis años; aquel no puede más que perder sus atribuciones cuando haya impedimento debidamente constatado por un Órgano Colegiado formado por tres altos magistrados, el Vice-Presidente del Consejo de Estado, el Presidente de la Sala de Casación y el Presidente de la Corte de Cuentas.

Para asegurar su competencia se acogió como primer mediador a M. Antoine Pinay, un político intachable, alto funcionario de diversos gobiernos así como hombre parlamentario. Se dice que antes que la ley hubiese sido votada su nombre ya se conocía. En Inglaterra antes de ser votada la ley ya el Comisionado Parlamentario había sido nombrado.

Ciertas disposiciones aseguran la independencia del Mediador, así, en el límite de sus atribuciones no debe recibir instrucciones de ninguna autoridad. Por otra parte no puede ser perseguido, arrestado, detenido o juzgado con motivo de las opiniones que emita o de actos que realice en el ejercicio de sus funciones. Dentro de sus incompatibilidades tenemos: no puede ser parlamentario, ni electo en una Municipalidad, salvo que cuando hubiere sido designado, ya había sido electo popularmente. El Parlamento vota los recursos económicos necesarios para su funcionamiento y la Corte de Cuentas ejerce un control sobre esas partidas, pero solamente es un control posterior. Sus agentes o colaboradores gozan de esa misma independencia.

Funciones del Mediador

Son de tres órdenes:

- a) Recibe en ciertas condiciones las reclamaciones concernientes a la Administración del Estado, entendiéndose como tales: los establecimientos públicos y todo órgano encargado de una misión de servicio público. Excluye las empresas públicas que no generan un servicio público de acuerdo al sistema público francés, como por ejemplo: bancos, aseguradoras, empresas constructoras de aviones, o material bélico. Todas aquellas deben actuar de acuerdo con la misión de servicio público que les ha sido asignada.

La mala administración se define como ilegalidad o ineficacia del cumplimiento de su misión de servicio público.

- b) Interviene de diferentes maneras para arreglar las diferencias surgidas con las reclamaciones.
- c) Da una cierta publicidad a sus intervenciones o a las observaciones que él ha podido hacer con motivo de sus reclamaciones.
- d) Su competencia, la veremos seguidamente en forma más amplia.

Competencia

Tiene un cierto número de limitaciones.

- 1º No puede iniciar *ex-officio* un asunto, debe esperar que la reclamación le sea dirigida en las condiciones que se verán infra.

- 2º La reclamación no puede ser más que individual, emanando de una persona física. Las personas morales no pueden denunciar (asociaciones, sindicatos, colegios profesionales, etc.).
- 3º Los funcionarios o agentes públicos de las colectividades públicas no pueden dirigirse al Mediador. Se ha interpretado que los jubilados al no estar en relación de jerarquía sí lo pueden hacer.
- 4º No puede reclamarse respecto de otros órganos no administrativos, por ejemplo órganos legislativos o jurisdiccionales.
- 5º El Mediador no puede intervenir en un proceso pendiente delante de una jurisdicción, ni criticar una sentencia. Respecto a la posibilidad que tienen los agentes públicos de dirigirse al Mediador se ha interpretado que si bien formalmente y de acuerdo a la ley él debe rechazar el recurso, también es cierto que puede examinar el fondo de la querrela y establecer en toda suerte si ha habido abuso en el cumplimiento de la misión de servicio público que se le encomendó al órgano estatal.

Procedimiento

Están inspirados en su precedente británico; la reclamación debe ser dirigida a un Diputado o a un Senador. Este no está obligado a tramitar al Mediador y no lo hace si él considera que no merece su intervención o que no está dentro de la competencia del Mediador. Es un filtro y tiende a reforzar el control de parte del Parlamento de la función administrativa. La reclamación no interrumpe el plazo de los recursos administrativos o contencioso administrativos que el interesado hubiere interpuesto en vía administrativa o jurisdiccional. Téngase presente que el Mediador no puede intervenir cuando un litigio pendiente (Artículo 11 de la Ley de Creación de Mediador).

Medios de Acción

1) Cuando existe una reclamación que le parece justificada, luego de ser enviada por medio de un Diputado o Senador, el Mediador puede hacer todas las recomendaciones que le parezcan necesarias para arreglar las dificultades o la deficiencia administrativa. Puede igualmente emitir proposiciones tendientes a mejorar el funcionamiento del organismo público considerado. El Mediador debe ser informado del resultado de su recomendación. A falta de respuesta o si la respuesta es insuficiente, puede en un plazo fijado por él mismo, hacer públicas sus recomendaciones bajo forma de un *informe especial*. Otro poder importante es el de iniciar en defecto de la autoridad competente un *procedimiento disciplinario* contra todo agente responsable. Puede establecer una querrela ante la jurisdicción represiva. Finalmente presenta cada año ante el Presidente de la República y el Parlamento un informe que es objeto de *publicación*. Al 1º de abril de 1973, en nueve

meses de creación del Mediador, se recibieron 1603 querellas, sea un promedio de 178 por mes; 67 fueron dirigidas a los Senadores y 1427 a los Diputados. Se declararon 64 inconducentes, 78 justificadas parcialmente justificadas, 70 fundadas, 287 rechazadas de plano y 63 en curso de procedimiento. Se refirieron a materia financiera, social, fiscal, habitacional, construcción, expropiaciones, planificación urbana, población, etc.¹ muchas de las reclamaciones fueron solicitudes de informes.

2) Fuera del personal que es nombrado por él, por la duración de su mandato, tiene diferentes medios de acción, en primer lugar tiene derecho de obtener que su tarea sea facilitada por las autoridades públicas. Los Ministros y todas las autoridades deben a este efecto autorizar a sus agentes a responder las cuestiones y eventualmente a las convocatorias que realice el Mediador.

Puede igualmente solicitar al Vice-Presidente del Consejo de Estado y al Primer Presidente de la Corte de Cuentas (Contraloría General de la República en Costa Rica) que efectúen por cuenta de él investigaciones. Puede finalmente solicitar a todo Ministro o Autoridad de darle comunicación de los documentos o expedientes, aún secretos o confidenciales, concernientes al asunto del cual investiga. Solamente el secreto de la defensa nacional, de la seguridad del Estado, o de la política exterior puede serle negada. Sin embargo no debe mencionar la identidad de las personas que aparecen citadas en esos documentos.

INGLATERRA

Desde el primero de abril de 1967 existe el Ombudsman y ha adoptado el nombre de *Comisionario Parlamentario para la Administración (Parliamentary Commissioner)*.

Antiguamente, si un ciudadano se encontraba lesionado por el Gobierno, se dirigía a un diputado quien elevaba la petición al Ministro respectivo para que respondiera; pero podía ocurrir que si el diputado era miembro de la mayoría parlamentaria y por lo tanto del Partido del gobierno, la petición del ciudadano no se elevaba a la Administración; por el contrario si era de minoría, el Ministro se negaba a contestar. No existe costumbre ni norma jurídica constitucional (en Inglaterra no existe Constitución escrita formal como la nuestra), que obligue ni al diputado a acoger la petición, ni al Gobierno por medio de sus Ministros a contestar; por ello el sistema no satisfacía.

Ante esta situación, se creó el *Comisionario Parlamentario*, que es nombrado por la Reina previa consulta con el Primer Ministro, en la misma forma en que son designados los Jueces Superiores en Inglaterra.

¹ "La Documentación Francesa". Empremeries Demis, 7 Rue Saint Benoit.

Tiene un salario de 8.600 libras esterlinas al año, que viene a ser igual al salario de un Juez de un alta Corte de Justicia.

Su nombramiento no puede ser revocado y se puede jubilar a los 65 años, salvo si está enfermo mental o físicamente.

El primer Comisionario Parlamentario fue Edmond Courton, antiguo director de Finanzas Públicas, no es jurista, estuvo en el cargo durante cinco años. El segundo fue Alain Male, que tampoco es jurista sino un alto funcionario administrativo.

Tiene a su cargo 65 funcionarios y su organización es casi la de un Ministerio.

Todo reclamo ante el Gobierno debe hacerse a través de un diputado (miembro de la Cámara de los Comunes) no de un Lord. Debe ser por escrito y se dirige a la deficiente administración, que no se define pero que involucra lo siguiente: prevención, negligencia, no atención, lentitud, incompetencia, dolo, y arbitrariedad. El ciudadano establece la denuncia contra un acto de la mala administración que le concierne directamente, es decir, debe haber un interés personal en la resolución administrativa. El que demanda debe residir en Gran Bretaña y establecer su recurso dentro del plazo de un año a partir del acto administrativo. Puede ser que el recurso le sea rechazado si el administrado pudo hacerlo ante un órgano judicial (Tribunales de Expropiación, Seguridad Social, Planificación Familiar, etc.). Pero el Comisionario puede admitirlo si lo considera razonable, posteriormente informa al diputado y solicita los expedientes administrativos correspondientes a la vez que confiere audiencia los funcionarios del Departamento Gubernamental considerado. El demandante no tiene derecho a ser oído en el procedimiento. La investigación lleva 3, 4 o 6 meses según el asunto; una vez concluida, se envía a los diputados¹. Se establece que si la denuncia ha salido a la luz pública por medio de la publicidad colectiva y la denuncia fuere falsa, puede el demandante ser condenado por difamación.

CANADA - PROVINCIA DE QUEBEC

Preámbulo

Canadá es una confederación formada por diez provincias.

Una de ellas es la Provincia de Quebec, que tiene un núcleo considerable de población francofona (de habla francesa) y en repetidas ocasiones han proclamado su deseo de independizarse. Los acontecimientos del año 1969 (asesinato de un político y secuestro de un súbdito británico), dieron motivo a revueltas estudiantiles y obreras.

¹ Específicamente el Comité Permanente (Selecty Comisión del Parlamento) compuesto de 12 miembros, el presidente es de la minoría representada en la Cámara de Diputados.

El General De Gaulle con motivo de la visita que hiciera en el año 1968 proclamó "la independencia de Quebec y su destino unido a la Francia continental". El Ombudsman se denomina en Quebec Protector de Ciudadanos (Protecteur du Citoyen), cinco de las diez provincias de Canadá lo han adoptado. Quebec lo hizo en el año 1969, copiando el sistema de Nueva Zelandia y del Sistema Danés, con algunos enmendados de la ley y de la evolución del Ombudsman Sueco. Debe tenerse en cuenta que formando parte la Provincia de Quebec de un régimen Federal, la competencia del Protector se encuentra limitada a la Administración Provincial. Además se encuentra organizada en régimen Parlamentario de tipo británico.

Su función se circunscribe al control de las libertades públicas y al control de la Administración Pública.

El Protector tuvo un gran trabajo durante la crisis de octubre de 1970, al protestar contra los métodos policiales de arresto las condiciones de las detenciones adoptadas y los modos de investigación seguidas en ciertos lugares. El llamó la atención del Ministro de Justicia sobre la imprecisión de los criterios que se siguieron para establecer la lista denominada "Número Uno", sobre la cual habían sido inscritos los nombres de sospechosos y que fue la base de la operación de policía durante la crisis de octubre. Forzaron por ejemplo a personas detenidas por simple falta de identificación a esperar algunos días antes de poder justificarse; las fuerzas de la policía no respetaron el derecho de toda persona detenida de ser prontamente informada de los motivos de su arresto o detención, según la Declaración Canadiense de los Derechos de 1960 art. 2 párrafo c. Para obtener la indemnización de las víctimas, el protector debió convencer al Ministro de la necesidad de reconocer una presunción en favor de las personas contra quienes no había acusación alguna, siendo ésta mantenida. El principio de igualdad delante de las cargas públicas que él invocó para justificar la indemnización, sirvió de fundamento a la medida de equidad resarcitoria. En otras ocasiones menos espectaculares que los acontecimientos de octubre de 1970, el protector intervino para defender los derechos del hombre, por ejemplo para defender la internación en recintos no apropiados de enfermos mentales y la detención de mujeres jóvenes, la toma de fotos de manifestantes, el arresto y la detención abusiva de personas etc. En cuanto al control de la Administración, el protector ejerce su control sobre el plano de la legalidad como del pleno contencioso. El primer motivo previsto por la ley de protector del ciudadano es la ausencia de conformidad a la ley. Este motivo se refiere al error de derecho o hecho. Bien que él se haya manifestado en no erigirse como corte de apelación ni de substituir su propio juzgamiento a aquel de la autoridad administrativa considerada, el protector está habilitado, por la ley, a verificar la conformidad de las decisiones que hacen el objeto de recursos, con aquella. Además de ser un juez de equidad el protector está habilitado para ser un guardián de la legalidad. Por ejemplo: recursos relativos a prestaciones previstas por las leyes, ayuda social, asignaciones familiares, habitación familiar, ayuda a los estu-

diantes, permisos necesarios para el desarrollo de actividades privadas (permisos de conducir, de construcción, de comercio e industria) y profesionales (permiso para establecer un establecimiento de educación privada), y del poder complementario de retirar estos permisos por medida disciplinaria.

A pesar de que el ejercicio de las funciones administrativas está sometido sin restricciones al control del protector, el ejercicio de funciones cuasi-judiciales no está sometido, según la ley de su creación, más que a un control del procedimiento, debido a que aquellos son controlados por los tribunales ordinarios. El control pues está limitado al respeto de los derechos de defensa, netamente a la posibilidad para los interesados de tener acceso a los documentos que las concierne, sobre la obligación de motivar las decisiones, que se distingue del control de los motivos y sobre la publicidad de las decisiones. Inclusive puede denunciar la interpretación errónea que un organismo cuasi-judicial pueda dar a un texto de ley. En lo referente al pleno contencioso el protector es llamado a conocer de las querellas tendientes a obtener la reparación de los daños causados por la Administración. Su intervención se limita a examinar la manera cómo el servicio evacúa la reclamación que recibe. Así, en materia de trabajos públicos, fiscaliza que los plazos no se prolonguen, que las investigaciones no se multipliquen, que las cartas no queden sin respuesta etc.

En materia de expropiación, los plazos, las tergiversaciones y los cambios de actitud de la Administración son igualmente objeto de críticas del protector.

Los litigios en cuanto al fondo no los resuelve por cuanto él no tiene poder de decisión; el protector se limita a recomendar soluciones a la Administración. En general es sobre el plano de la equidad, como dijimos supra, que el protector recomienda la indemnización de un perjuicio cometido por la Administración.

Organización de la Institución

1º) Status del Protector:

En cuanto a su nominación es escogido por la Asamblea Nacional, por una mayoría de dos tercios; su duración es de cinco años, bajo presentación del Primer Ministro.

En 1969 fue electo el primer protector por unanimidad, pero en la segunda elección de Mayo de 1974, que tuvo como base los votos del Partido en el Gobierno (102 Diputados) y sólo ocho en contra de la oposición.

2º) Reclutamiento

El Derecho Comparado nos muestra que los países escandinavos se han inspirado en dos soluciones directamente opuestas para reclutar al

Ombudsman. Suecia y Finlandia han preferido a la juventud y por ende, la iniciativa al comenzar su carrera y un término de función muy leve para evitar la burocratización de la institución. Al contrario Dinamarca y Noruega han escogido juristas de bastante edad siendo su mandato de larga duración. En Quebec los escogidos son de edad media y ello debido a que después de dos decenios, una evolución socio-política muy rápida ha hecho que los puestos de responsabilidad sean ocupados por personas generalmente más jóvenes que en los países europeos. En el artículo 9 de la Ley se indica que la Magistratura es una fuente posible de reclutamiento.

3º) Renovación

El mandato del protector se renueva sin límite. Este aspecto del estatuto del protector es inconveniente desde el punto de vista de su independencia. El deseo de hacer carrera arriesga a veces al protector a moderar su celo crítico frente a la Administración. Sin embargo este peligro encuentra límite en la consistencia misma de la institución. Un Ombudsman que aceptaría su función y no cumpliera con sus obligaciones, trabajaría contra él mismo, al fin de cuentas.

4º) Incompatibilidades. Inmunidades. Obligación al Secreto.

Una incompatibilidad absoluta es la de ocupar cargos federales. Respecto a la inmunidad, ella se le otorga, así como los privilegios de los Jueces de la Corte Superior. Entre las inmunidades citaremos por ejemplo la imposibilidad de dirigir contra él, recurso civil en relación a la publicación de sus informes. Ninguna clase de recurso jurisdiccional puede ser dirigido contra las decisiones del protector.

Así mismo debe jurar no revelar los secretos del servicio público.

5º) Remuneración.

La Asamblea Legislativa fija el salario y se le confiere derecho a la pensión. Su nivel de remuneración, es comparable con aquel de un alto funcionario o de un Juez de la Corte Superior, se estima que es de \$ 30.000.00 al año.

6º) Cesación de Funciones.

Puede dimitir en cualquier tiempo. También ser sustituido por la Asamblea Nacional en la misma mayoría que aquella en que fue nombrado. Supone una irresponsabilidad completa. Salvo una contravención a los juramentos a los cuales es tenido por ley. "Allegance et d' office".

7º) Personal.

El personal del Protector tiene un estatuto diferente al de él.

Su adjunto tiene un estatuto especial. Para su designación es necesario la recomendación del Protector. El Gobierno lo nombra a diferencia del titular, que lo es por la Asamblea Nacional. El resto del personal lo nombra el Protector, y así mismo, pueden ser destituidos por recomendación del Protector.

El Protector y su adjunto, están fuera del Estatuto del Servicio Civil o Función Pública, tienen un ordenamiento que organiza la función en forma diversa a los demás funcionarios del Estado.

Funcionamiento de la Institución

Su competencia es amplia, pero no es general, es decir, es una competencia de atribución. Se excluyen de su control las autoridades políticas y judiciales. Sólo controla las autoridades administrativas que dependen directamente del Gobierno Provincial o de uno de sus Ministerios u Organismos.

Las relaciones de trabajo al interior de la función pública están excluidas del control del Protector.

De manera general la competencia del Protector es subsidiaria: no es competente más que en defecto de una apelación o de un recurso igualmente adecuado. Tienen los administrados un año para presentar su querrela y se les exige interés personal suficiente.

El primer Ombudsman de la Provincia de Quebec, le ha dado una mayor extensión a su competencia. Por ejemplo él ha interpretado que si un decreto administrativo es intocable y si su promulgación está al abrigo de toda investigación, las circunstancias en las cuales ha sido elaborada y adoptada la reglamentación pueden ser objeto de examen. En síntesis él puede controlar el procedimiento seguido y no el fondo de la decisión administrativa, por analogía a su competencia relativa a las funciones cuasi-judiciales de la Administración, comentadas supra.

Así mismo en materia judicial, él ha indicado que no tiene competencia para criticar o elaborar una sentencia judicial, sin embargo ha intervenido en materia de inculpaciones de quiebras fraudulentas, plazos para instruir los procesos criminales, responsabilidades por inculpaciones seguidas de sobreseimientos, depósitos voluntarios de salarios, sueldos o prendas en las oficinas judiciales. Se excluyen los actos de los Tribunales de Administración Penitenciaria. Sin embargo ejerce su control con motivo de visitas a las prisiones, que le permiten descubrir casos de detenciones abusivas, condiciones de higiene, alimentación y salud de los presos. Seguido de esas visitas, informa a la opinión pública del respeto mínimo debido a la persona del detenido tanto desde el punto de vista físico como psicológico y social.

Frente a la Administración, el primer informe del Protector, ha interpretado que él puede vigilar las cuestiones referentes a la organización del trabajo en la función pública, las relaciones jerárquicas y la división del trabajo. Así mismo, el estatuto del personal, a saber,

el ejercicio de las condiciones de entrada a la función pública, de clasificación de puestos, nombramientos, etc.

Su control presenta largamente el aspecto de un vigilante de la actividad de la Administración en general y sobrepasa pues, el cuadro de la censura del acto administrativo.

Como habíamos señalado, un límite a la competencia del Protector relativamente a la Administración resulta de la existencia de un recurso igualmente adecuado. Sin embargo, él mismo ha interpretado que el Ombudsman es juez de su propia competencia. El ha considerado como recurso adecuado los recursos especiales de carácter administrativo llevados delante de un Tribunal *Ad-Hoc*, por oposición a los recursos de derecho común.

Utilizando la expresión acto administrativo, el Protector ha expresado "Yo no hablo de acto, sino yo entiendo evidentemente por ello también, la acción que la omisión"¹.

En suma la competencia del Protector de Quebec como aquella del Mediador Francés, se ejerce sobre el funcionamiento de la Administración más bien que sobre los actos administrativos cuyo control depende de los Tribunales ordinarios. El Protector es un medio complementario de control. El no está en concurrencia con los Tribunales, salvo en la medida donde la interpretación de un recurso igualmente adecuado puede haber, en la mejor hipótesis, un efecto preventivo sobre las soluciones jurisdiccionales de los litigios.

Medios de Acción. Poderes de Investigación.

Tiene los mismos poderes legales que los Comisarios de Investigación. La Comisión de Investigación, juez en derecho público anglosajón, tiene un gran poder inquisitivo que se demostró a propósito del caso Watergate en U.S.A.

Se prevee que el legislador puede hasta delegar sus poderes legislativos en materia federal. Disponen de todos los medios del Poder Judicial, con la excepción de pronunciar decisiones ejecutorias.

Tienen la obligación de hacer un reporte de su investigación, la cual es seguida privadamente. La decisión final con base en las pruebas y las conclusiones del reporte, las puede tomar el Poder Ejecutivo o Legislativo, según el caso.

La Ley prevee que el Protector puede negarse a iniciar una investigación cuando considera que la persona que le demanda hacerlo no tiene un interés personal suficiente o que la investigación es difamatoria, exista mala fe o es inocua de acuerdo a las circunstancias.

Para concluir, como en Dinamarca y a diferencia de Suecia, el poder del Protector de Quebec le permite decir si el asunto debe o no ser objeto de un examen.

¹ Lefebvre Roch, Editor Oficial de Quebec. Informe Anual de M. Morceau, párrafo 55, 1969.

Procedimiento:

Puede ser cualquier ciudadano el que se dirige al Protector, inclusive los diputados, pero debe ser en forma escrita. Sin embargo en 1972 las denuncias recibidas fueron el 54% por carta, el 36% por teléfono y el 10% por los interesados en persona. El Protector y su personal tienen la obligación de ayudar al requirente en la redacción de su querrela. Toda demanda dirigida al protector da lugar a la apertura de un expediente. Cerca de la mitad de las denuncias salen de su competencia: sin embargo tiene el deber de contestar a los interesados en el término de una semana. Debe motivarlo e indicar eventualmente el recurso apropiado. De ahí la labor de información que le da al ciudadano de Quebec.

Luego, dependiendo de las circunstancias de cada caso la institución puede durar, uno, dos, tres o cuatro meses, según si se da audiencia al funcionario, investigaciones, informes, constataciones, verificaciones, excepcionalmente puede oír testigos, etc. Su procedimiento es inquisitorio. El primer protector M. Morceau ha tratado de evitar en lo posible el formalismo. Y ha obtenido que cada Ministerio designe un funcionario de enlace encargado de suministrar los informes necesarios para solucionar casos simples. Cuando estima que los hechos están suficientemente establecidos el protector debe hacer conocer su opinión a la Administración y al querrelante. Su opinión puede ser simple o con recomendación.

Poder de recomendación:

Entre las cuatro soluciones posibles a las intervenciones del Ombudsman, se encuentran las siguientes:

- a) informe a la opinión pública;
- b) solicitud de intervención de una jurisdicción ordinaria;
- c) solicitud de intervención a la acción del órgano legislativo; y
- d) reclamación directa a la administración.

El sistema de Quebec tiene las dos últimas. El protector no tiene el poder de acusar en los tribunales a los funcionarios. Tiene la obligación de dirigir cada año un informe a la Asamblea Nacional y agregar informes especiales. El informe anual o general se divide en tres partes: una exposición general sobre las principales cuestiones que dieron lugar a su intervención al lado de la administración, otra presentando un resumen de las querrelas, las más frecuentes y las más típicas recibidas por el protector; finalmente, un conjunto de tablas estadísticas relativas a las operaciones del servicio. La suerte de los informes anuales del protector no ha sido oída por el Parlamento.

El Protector debe avisar al superior jerárquico del funcionario reconocido autor de una falta de servicio. Puede agregar una recomendación formal y una solicitud de información sobre las medidas que propone para corregir la falta del funcionario. No es como su homólogo danés, un procurador, un acusador, ni juez ni superior jerárquico. La sustitución de la facultad de crítica a aquella de la acusación es el trazo más característico de la evolución de la institución del Ombudsman en Suecia.

Las estadísticas de los informes del protector denotan una evolución un poco negativa de la institución. En 1970 el protector había hecho 127 recomendaciones formales contra 18 opiniones simples al Ministro de la Justicia, las cifras pasan para 1971 y 1972 a 7 y 31 y 2 y 38, respectivamente. El suceso de la institución no puede medirse en cifras sino en cuanto a la suerte de sus recomendaciones formales. Sin embargo las estadísticas incorporadas al informe anual del Ombudsman no dicen nada respecto a ellas, es una laguna de la ley, indudablemente.

DERECHO NEERLANDES (HOLANDA)

Introducción:

La Institución del Ombudsman no existe actualmente en el Derecho Holandés, es decir que ninguna persona o institución, judicial o administrativa, estudia actualmente denuncias contra las trasgresiones al derecho por parte de la Administración Pública. Sin embargo, en los últimos diez años se ha discutido la posibilidad de introducirlo por lo útil que es en la mayoría de los países. El gobierno ha depositado en 1974 un proyecto de ley para introducir el Ombudsman en Holanda; ha considerado necesario su establecimiento al negar que la solución de los problemas suscitados entre los administradores y la Administración Pública puede ser solucionada con la extensión de la competencia de las Comisiones de las dos Cámaras del Parlamento encargadas de las peticiones o por una mejoría en su procedimiento. Consideró al efecto que el Parlamento está ante todo encargado de legislar y de juzgar los aspectos generales de la política; estas tareas le impiden ocuparse del fondo de las peticiones individuales de los ciudadanos. Por lo demás, los miembros del Parlamento, aún cuando hubiere una mejoración de los métodos de trabajo, no disponen de suficiente tiempo para poder llegar las investigaciones que muchas veces son extensas. Esto fue tan cierto que estadísticamente se presentan más de 300 denuncias ante el Parlamento. Por otra parte, consideró que para el particular no es la instancia ideal frente a la cual podría establecer su queja contra el funcionamiento de la Administración Pública. Eso se debe, al hecho que el Parlamento no es considerado como una unidad sino como un cuerpo heterogéneo formado de diferentes par-

tidos políticos. La ignorancia, la aversión o la desconfianza del particular con respecto a la empresa parlamentaria puede también tener su influencia. Falta en todo caso la dirección precisa donde él podría llevar sus quejas, sea, un obstáculo psicológico. En resumen piensa el Gobierno Holandés que las comisiones encargadas de las peticiones no son los instrumentos más adecuados para resolver amigablemente las denuncias de importancia menor o para resolver rápidamente los casos muy complicados que demandan una investigación compleja. También la especialización en el trabajo lo haría más eficiente así como mayores posibilidades para establecer contactos personales.

Modelo Holandés

Se está con la tesis de que el Ombudsman debe estar al servicio del Parlamento. Se considera que podrá llenar más a fondo su papel de institución de control. Pero deberá guardar su independencia, en este sentido, el Parlamento no podrá encomendarle al Ombudsman un trabajo preciso, simplemente deberá elaborar una instrucción general en cuanto a su trabajo. Por ejemplo el informe anual que deberá hacer el Ombudsman deberá ser objeto de estudio por parte del Parlamento, lo cual implica que está a su servicio. Sin embargo no es un empleado del Parlamento al no existir relación de subordinación. El Ombudsman deberá actuar y juzgar en su propio nombre y con su propia autoridad. Es la sola manera de poder ser un personaje respetado y ganar la confianza de los administrados. El Gobierno Holandés, autor del proyecto, cree necesario que las denuncias deben ser transmitidas por las comisiones encargadas de las peticiones parlamentarias, quienes decidirán en último caso cuáles serán investigadas por el Ombudsman. Es el sistema inglés y francés, a diferencia del de Suecia y Dinamarca. A pesar de los deseos del Gobierno, se discutió en la Cámara de Diputados la posibilidad de que el Ombudsman puede también iniciar de oficio una investigación y que todo particular puede tener derecho a dirigirse directamente a él. Por otra parte, en cuanto a su competencia, el Ombudsman puede criticar la organización de trabajo de un juez pero no puede llevar una investigación si el asunto en cuestión, está o ha estado sometido a un juez del orden judicial o a un órgano de recurso independiente o bien a la Corona. En efecto, se ha considerado que si el Ombudsman se declaraba competente, se suprimiría entonces el sistema de protección jurídica garantizada por el Poder Judicial. Es suficiente pensar en los plazos de los recursos que perderían entonces todo su sentido. Pero se ha creído que el Ombudsman debe indicar al denunciante las vías de recurso existentes; esta obligación de información será muy importante para el ciudadano que debe plantear un recurso administrativo o jurisdiccional contra la Administración Pública. El Ombudsman no podrá modificar un comportamiento de la Potestad Pública o sustituirse a ella, por un comportamiento injusto o ilícito;

para ello podrá informar y recomendar, pero no podrá dictar decisiones con carácter imperativo.

El Gobierno Holandés en su proyecto pretende excluir la obligación que tienen los Ministros de presentarse ante el Ombudsman, la razón es de que no son más que responsables frente al Parlamento.

REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

Introducción

Solamente existe un Ombudsman Militar o Delegado Parlamentario a la Defensa, creado en 1957, que vigilará el rearme bélico, los derechos fundamentales de los soldados y los principios democráticos de la estructura interna las fuerzas armadas. Así mismo debe reforzar el control parlamentario del Bundestag (Parlamento) y su comisión de defensa nacional sobre las fuerzas armadas. Ver artículo 45 de la Constitución Federal y la Ley sobre el Delegado Parlamentario a la Defensa del 26 de junio de 1957 (Bundesgesetzblatt I pág. 652). En la práctica las denuncias se han referido a preocupaciones personales de los soldados, ascensos, remuneración, habitación, asistencia social etc., que no tiene más que una relación lejana con los principios democráticos. En 1970 debemos decir que se dirigieron 7.000 denuncias de las cuales solamente un tercio fueron acogidas.

Proponer cambios de leyes, reglamentos, circulares de servicio y de prácticas administrativas; define y precisa cuáles son los principios democráticos de la estructura interna de las fuerzas armadas, a falta de precisión del Bundestag o del Ministro de Defensa. Inevitablemente el Delegado corre el riesgo también de entrar en conflicto político con la mayoría parlamentaria o el Ministro de Defensa sin ser suficientemente sostenido por la oposición.

Requisitos

Debe tener 35 años de edad como mínimo, de nacionalidad alemana, con derecho de voto y un año de servicio militar. No es necesario una formación jurídica. Solamente uno de los cuatro Delegados desde el año 1959, era jurista (Hoogen 1964 - 1969); los otros eran oficiales militares retirados o políticos.

Elección

Mediante escrutinio secreto sin discusión, sobre presentación por los grupos parlamentarios o por la Comisión de Defensa.

Es electo previa nominación del Presidente del Bundestag; por voto mayoritario, lo cual implica que no es necesario un acuerdo con la oposición. Artículo 13 de la Ley.

Su mandato es de cinco años, es decir, un año más que el Bundestag. Podría ser reelecto. Su revocación la hace el Presidente del Bundestag por petición del propio delegado¹ o por petición del Bundestag por mayoría de sus miembros; ello demuestra que el Delegado debe tener la confianza del Parlamento.

Status

No es un funcionario público, sometido a las instituciones o a una disciplina jerárquica más bien es como un Ministro, titular de una función de derecho público. No puede ejercer ninguna otra función remunerada industrial o comercial, profesional, ni tampoco ser parte de la Dirección o del Consejo de Administración de una empresa con fin lucrativo; en igual sentido, ser miembro del Gobierno, del Parlamento, de la Federación de un Estado.

Colaboradores

La Ley prevee asistentes y un funcionario encargado de la dirección del servicio del Delegado. Son nombrados y revocados por petición del propio Delegado dirigida al Presidente del Bundestag a pesar de que son nombrados de por vida.

Competencia

Tiene poder discrecional de ocuparse de un asunto; le viene por las siguientes vías:

- Interesados (3 casos sobre 4 en 1973).
- Un miembro del Parlamento (1 caso sobre 200).
- En ocasión a una visita a una cárcel o guarnición militar (1 caso sobre 30).
- Por la prensa (1 caso sobre 8 en 1973).

Todo soldado puede dirigirse personalmente al Delegado sin pasar por la vía jerárquica y sin tomar el riesgo de ser sancionado o de sufrir una desventaja cualquiera del hecho de su reclamación. Pero el Delegado no podría ocuparse de ninguna investigación sino dentro del marco de su competencia. Para excederse (derechos fundamentales o principios democráticos) necesita autorización especial del Bundestag.

¹ Grolman en 1961; Heye en 1964 en razón de un conflicto político con el Bundestag.



El Delegado tiene la facultad de solicitar al Ministro de la Defensa o directamente (sin pasar por el Ministro del ramo) a todos los subordinados lo siguiente:

- 1º Suministrarle todas las informaciones que solicite.
- 2º Proporcionarle todos los expedientes que conciernen al asunto que investiga. Sin embargo, el Ministro tiene la atribución de invocar que el asunto es ultra secreto, con acto razonado frente a la investigación o Comisión de Defensa.
- 3º Tiene derecho de visitar los servicios administrativos y los establecimientos de las fuerzas armadas sin anunciar su llegada. En 1973 se produjeron 51 visitas en 30 días.

Asimismo la de discutir privadamente con los soldados o sub-oficiales, informándose de la situación en general y al mismo tiempo tener conocimiento de los casos individuales que dependen de su competencia, hacerse conocer en las fuerzas armadas y crear un clima de confianza.

También la de asistir a los debates e interesarse en los expedientes sobre causas penales o disciplinarias. Pero lo que no debe hacer es intervenir para solicitar la aceleración de una instrucción de un proceso. Puede solicitar ayuda en sus investigaciones a todas las autoridades administrativas de la Federación y del Estado.

Procedimiento

Es libre de proceder como él lo juzgue oportuno. La Ley prevee que el nombre del actor no debe ser revelado si aquel lo desea y si no existen normas de derecho que exijan esa revelación. Debe respetar las reglas generales que regulan los procedimientos administrativos que son elaborados por la Jurisprudencia o principios generales del procedimiento administrativo que están en vía de codificación¹.

Poderes

No está autorizado a tomar decisiones por cuanto él no debe sobrepasar los límites del control parlamentario del cual es un instrumento; solamente puede dar recomendaciones que dependerá para su eficacia de su autoridad personal, de la fuerza de sus argumentos, del apoyo que encontrará en el Parlamento, en la comisión de la defensa en el

¹ Ver proyecto de ley concerniente al Procedimiento Administrativo del 23 de marzo de 1973. Bungsatsdrucksache 227/73.

Ministro de Defensa, en la prensa y en el público en general. Invita a la autoridad respectiva a arreglar el asunto de una cierta manera, pero podría llevar el asunto a conocimiento de la autoridad que es competente para abrir un procedimiento disciplinario o penal. El no tiene derecho como lo indica Kraehe² de perseguir penalmente o disciplinariamente al contraventor, como es el caso de Suecia.

Envía informes sobre un caso individual por petición de la Comisión de Defensa. También informa anualmente al Bundestag en forma pública lo que le dá la oportunidad al Delegado de denunciar públicamente los casos en los cuales sus recomendaciones no han sido seguidas. Así como ciertas medidas penales o disciplinarias que en su opinión no son compatibles con los derechos fundamentales o los principios democráticos. Recomienda reformas administrativas o legislativas, es por este medio que inclusive controla al Parlamento.

Puede tener contactos directos con el público y en particular con la prensa, pero debe respetar la naturaleza de la confidencialidad o el secreto de las informaciones que le son encomendadas. Debe dar prioridad en la información al Bundestag y abstenerse de movilizar la opinión pública contra el Parlamento, M. Heye en 1964 así lo hizo y posteriormente solicitó la revocatoria de su nombramiento.

Relación con los otros órganos de control parlamentario

Si la comisión de la Defensa del Bundestag ha iniciado una investigación, ella no puede solicitar al Delegado de ocuparse del mismo asunto.

Un miembro de las fuerzas armadas tiene como todo ciudadano el derecho de dirigir una petición al Bundestag, específicamente a la Comisión de Peticiones sin que ello le impida dirigirse también al Delegado. El Delegado y la Comisión de Peticiones se informarán mutuamente.

Relaciones con los Organos de Control Jurisdiccional

La protección de los miembro de las fuerzas armadas por el Delegado y su protección por los Tribunales son enteramente independientes una de otra. La reclamación dirigida al Delegado no impide el recurso formal.

El Delegado no está protegido por inmunidad ni por inviolabilidad como los miembros del Bunderstag; por ejemplo podría ser perseguido por difamación.

² Revista de Derecho Público 1966, pág. 549.

La U.R.S.S.

La Prokouratura

Una institución semejante aunque no idéntica es la Prokouratura; sistema practicado en la U.R.S.S. y en ciertas democracias populares socialistas. Encontramos Procurador Superior en Hungría, Procurador Federal en Alemania, en Polonia, República Democrática Alemana, Bulgaria, etc. La traducción de Procurador General de la U.R.S.S. puede ser la de Ministerio Público o bien de Procuraduría de acuerdo a nuestro sistema.

Existe a escala federal o estatal, y se le encarga la misión general de controlar la Administración Pública Socialista.

Puede iniciar de oficio la investigación sobre el funcionamiento de los servicios públicos administrativos, o bien puede ser requerida directamente por los interesados. Debe decirse que ella no resuelve por sí sola el litigio, sino que se limita a presentar la denuncia a los Tribunales o bien a ejercer los correspondientes recursos administrativos o jurisdiccionales.

La solución final incumbe al Juez o a la Administración. Los principios de LENIN son la base la organización y de la actividad de los órganos de la Procuraduría en los países socialistas. Se inspiran en su actividad y experiencia de la Procuradora Soviética, teniendo en cuenta las particularidades de cada país. V.I. Lenin ha señalado que su creación es impuesta por la necesidad de establecer "vigilancia suprema de la estricta observación de la legalidad, por la necesidad de aplicar, de manera uniforme, la legalidad en el conjunto del país".

Tiene por fin consolidar la legalidad socialista y de proteger contra todo atentado del régimen social popular del Estado, la propiedad socialista y la ley. Son medidas en vista de proteger los derechos e intereses de los ciudadanos garantizados por la ley, así como los derechos e interés de las instituciones del Estado, de las empresas económicas socialistas y las organizaciones de masa (Sindicatos).

En la U.R.S.S. según los términos del artículo 113 de la Constitución Política anterior corresponde a la Prokouratura "la vigilancia suprema de la estricta ejecución de las leyes por todos los Ministerios y las instituciones de su competencia, lo mismo que los funcionarios, así como los ciudadanos de la U.R.S.S."

Tareas análogas incumben al Procurador General de la República Popular de Polonia en virtud del artículo 54 de su Constitución Política. Para ejercer la vigilancia general, los órganos de la Procuraduría tienen el derecho de solicitar que les sean remitidas la documentación e información necesarias sobre los actos dictados por los diferentes órganos e instituciones administrativas y judiciales. Si constatan una infracción a la legalidad intervienen de diferentes maneras; por ejemplo protestando a propósito de un acto contrario a la ley. Tienen también la posibilidad de meter en causa la responsabilidad de las

personas que han infringido la ley, inclusive pueden protestar contra todos los veredictos y sentencias ilegales o mal fundamentadas de los Tribunales de Justicia.

Ejercen vigilancia en los procedimientos de instrucción y la observación a la legalidad en los lugares de detención.

Las Constituciones establecen también que los Procuradores son independientes de los órganos de la Administración del Estado y de los órganos locales de poder (Municipales). El principio de doble subordinación, que caracteriza los órganos de la Administración de Estado no le son aplicables. Eso asegura la independencia de los procuradores frente a las influencias locales. La implantación de los órganos corresponde a la división administrativa y territorial de cada país. En la mayoría de los países se encuentra un Procurador Militar. El Procurador General es nombrado por el órgano Superior Representativo de los Poderes del Estado por una duración de cinco años (en la U.R.S.S. siete años, en Hungría por seis años). En Polonia el Procurador General es nombrado por el Consejo de Estado; en la República Socialista de Checoslovaquia es designado por el Presidente de la República. Los órganos de la Procuraduría responden de su actividad frente a los órganos superiores representativos de los poderes del Estado, (Soviet Supremo, Asamblea Popular, etc.) y durante los recesos delante del Presidium o el Consejo de Estado.

BIBLIOGRAFIA

- CNANDERNAGOR, Andre. El Ombudsman en Suecia. París 1969. Tesis de Doctorado.
- DESFEUILLES, Henry. Le Pouvoir de Control des Parlements Nordiques. LGDJ, París 1973.
- RIDEAU, Joel. L'Ombudsman, le modèle suédois et ses variantes. La Documentation Française, número 66, 2 abril de 1977.
- BLAGOJVEVIC, Bt. CZACHORSKI, W. INASCO, T. KNAPP, V. KROVTOGOLOV, M.A. SABO, I. TOVMANOV, V.A. Introduction aux Droits Socialistes. Akademica Kado, Budapest 1971.

Obras Generales

- Gille Pépin. Les tribunaux administratifs et la Constitution. Etude des articles 96 à 101 de l'A.A.N.B. Les Presses de l'Université de Montréal, 1969.
- René Dussault. Le contrôle judiciaire de l'administration au Québec, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 1969.
- Patrice Garant. La fonction publique canadienne et québécoise, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 1973.
- Rapport du Groupe de Travail sur les Tribunaux administratifs Les tribunaux administratifs au Québec, Ministère de la Justice, Québec, (dactylo).

Monografías

- André Legrand. L'Ombudsman scandinave, Etudes comparées sur le contrôle de l'administration, L.G.D.J., París, 1970.
- D.C. Rowat The Ombudsman Plan, Carleton Library, McClelland & Stewart Ltda., 1973.
- Jocelyn Lavoie Le Protecteur du citoyen du Québec, organisation et fonctionnement, Mémoire de D.E.S., París II, 1973, (dactylo).

Artículos

- Marceau L. Le protecteur du citoyen — les Institutions publiques traditionnelles et les tribunaux administratifs, (1970), 30 R. du B. 67.

- Legrand A. Médiateur ou Ombudsman (1973) A.J.D.A., 229.
- Beetz J. Uniformité de la procédure administrative, (1965) 25 R. du B. 244.
- Garant P. Du protecteur du citoyen québécois au médiateur français, (1973) A.J.D.A., 237.
- " La loi du protecteur du citoyen, (1969) 10 C. de D. 189.
- " Le contrôle de l'administration au Québec (1973), 39, Rev. Int. des Sciences administratives, n° 3.
- " La justice administrative au Québec: prise de conscience et défi. (1973) 14, C. de D. 277.
- Dussault, R. Relationship between the Nature of the Acts of the Administration and Judicial Review: Quebec and Canada, (1967) 10 Can. Pub. Adm. Publique du Canada, 298.
- Dussault R. et Bernatvhez R. La fonction publique canadienne et québécoise (1972) 15 Can. Pub. Adm. publique du Canada, 74 et 251.
- Combarnous M. Ombudsman et juge administratif Observations sur les premiers rapports du protecteur du citoyen du Québec, (1972) Bull. de l'I.I.A.P., 660.
- Verrier P. Le Médiateur, (1973) R.D.P., 941.
- Baccigalupo A. Le protecteur du citoyen dans la province de Québec, (1972), Rev. adm. 640.

Documentos

- Le Protecteur du citoyen,
Premier rapport annuel 1969,
Deuxième rapport annuel 1970,
Troisième rapport annuel, 1971,
Quatrième rapport annuel 1972, chez l'Editeur officiel du Québec, Roch Lefebvre.

Bibliografía referida al Ombudsman en derecho neerlandés

- H.H. Kirchheimer. Ombudsman en democratie, Alphen an den Rijn, 1971.
- Nota van de regering betreffende het ombudsman vraagstuk. Gedrukte stukken II. 1968/69, 9925, 2.
- De ombudsman, Rapport van een studiecmissie, ingesteld door de Vereiging voor Administratief Recht. Geschriften van de V.A.R., LII, Haarlem 1964.
- Rapport van de Dr. Wiardi Beckmanstichting. Amsterdam 1963.
- J.G. Steenbeck. De parlementaire ombudsman in Zweden Denemarken en Noorwegen. Haarlem 1963.
- J. Wessel, Burger contra administratie. Den Haag 1969.

Bibliografía General

- Redeker, Notwendigkeit und rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten von Parlamentsbeauftragten in Deutschland, Neue Juristische Wochenschrift 1967 p. 1297.

Zwischenbericht der Enquete-Kommission für Fragen der Verfassungsreform. Bundestagsdrucksache VI/3829 (29 septembre 1972), III.

Ebert, Der Ombudsman in Großbritannien (Reihe Recht und Staat Heft 371/72), Tübingen 1968, p. 61.

L'ombudsman militaire

Maurer, Wehrbeauftragter und Parlament (Reihe Recht und Staat Heft 317/318) Tübingen 1965.

Busch, Das Amt des Wehrbeauftragten, Bonn 1969.

Rapport annuel du Délégué (Jahresbericht des Wehrbeauftragten) 1973, Bundestagsdrucksache 7/1765 du 7 mars 1974.

Kraehe, Revue du droit public 1966, p. 545.

INVERSION EXTRANJERA EN AMERICA LATINA

Dr. Mario Carvajal Herrera

INVERSION EXTRANJERA
EN AMERICA LATINA

Dr. Mario Cevallos Heredia

AGRADECIMIENTO

A los compañeros Ronald Vargas Solano y Sergio Quintana Jarpa, por su contribución en ideas para este trabajo.

Este libro es el resultado de un trabajo de investigación y de una recopilación de datos que se ha desarrollado durante un período de tiempo considerable. En este sentido, deseo agradecer a los señores Ronald Vargas Solano y Sergio Quintana Jarpa, por su contribución en ideas para este trabajo. También quiero agradecer a los señores Mario Cevallos Heredia y Mario Cevallos Heredia, por su colaboración en la recopilación de datos y en la redacción del libro. Finalmente, quiero agradecer a los señores Mario Cevallos Heredia y Mario Cevallos Heredia, por su colaboración en la recopilación de datos y en la redacción del libro.

Para analizar el tema de la Inversión Extranjera en América Latina, hay que hacer la distinción entre un análisis objetivo de la misma, que trataré de desarrollar más adelante y el punto de vista subjetivo que es el más frecuente entre los posibles inversionistas extranjeros por un lado, y los funcionarios de los países receptores por el otro.

1. *Presencia de estereotipos del Inversionista Extranjero y del país receptor*

Para el inversionista extranjero, y para muchos ejecutivos de empresas, la inversión debe ser muy rentable económicamente, pues se tiene una imagen estereotipada de los países en desarrollo como países de alto riesgo, en los cuales no hay garantías contra abusos de autoridad o arbitrariedades de los funcionarios.

Prueba de esto es que OPIC (Overseas Planning Investment Corporation) una institución estatal para el fomento de la Inversión norteamericana en América Latina, funciona sobre todo otorgando seguros a los inversionistas frente a los riesgos de expropiación y golpes de estado, o lo que puede llamarse un seguro contra riesgos políticos.

Para el inversionista extranjero con estereotipo, las características políticas, económicas y sociales de los países latinoamericanos son de países de segunda categoría frente a países desarrollados, y sobre todo frente a los Estados Unidos. Citaré algunos ejemplos ilustrativos:

- a. Para hacer una inversión en Estados Unidos, Europa o Japón, el inversionista norteamericano nunca solicita ventajas adicionales a las que brinda la legislación existente. Sin embargo, para invertir en Costa Rica, solicita que se le congele la legislación actual, que se le garantice que no se modificarán las leyes tributarias, y que, en caso de disputa, ésta no debe resolverse por los Tribunales del país, sino, que debe someterse al arbitraje internacional.

¿Ante esta solicitud, cuál sería la reacción de los funcionarios del Gobierno de los Estados Unidos? ¿Estaría dispuesto el Presidente Carter a congelarle el régimen impositivo a una gran em-

presa por 20 años? ¿Cuál sería la reacción del Congreso de los Estados Unidos?

- b. Otra demanda usual del inversionista es que para invertir, es requisito indispensable conversar con el Presidente de la República. Si el Presidente se niega, la inversión puede no realizarse.

Así, el estereotipo que el posible inversionista extranjero tiene, se puede resumir de la siguiente manera:

- i. El país receptor latinoamericano es poco confiable.
- ii. Lo que dicen sus funcionarios se pone en duda.
- iii. Sus tribunales de justicia no son garantía suficiente en caso de litigio.
- iv. Los funcionarios y sobre todo los negociadores de los países receptores no son inteligentes.
- v. Se pueden conseguir ventajas adicionales si se logra dar la propina adecuada a las personas apropiadas.

En forma paralela, el funcionario público del país latinoamericano tiene un estereotipo del posible inversionista. Según este estereotipo el inversionista extranjero viene al país a hacer inversiones en donde lejos de aportarle un flujo de recursos con saldo positivo, tratará de sacar más dinero del que invierte.

Además, este inversionista pedirá beneficios que exceden los que se dan a los inversionistas nacionales con lo que provocará una afrenta a la soberanía del país receptor. La tecnología que aporta será intensiva en capital e importada totalmente, por lo que no contribuirá a un verdadero adelanto tecnológico del país, sino que su posible emulación podrá incidir negativamente en el empleo de mano de obra. Este inversionista viene a disfrutar de un verdadero mercado cautivo: el del país, o del mercado regional correspondiente. La empresa que establezca no tendrá como su objetivo la exportación a países fuera del área protegida por aranceles comunes y nunca competirá con su casa matriz si la empresa es parte de una transnacional. Al negociar con este inversionista, debe tenerse mucho cuidado, pues tratará mediante artificios contables, de no pagar impuestos y de subir sus costos artificialmente.

El estereotipo que los países receptores tienen del inversionista extranjero, puede también resumirse de la siguiente forma:

- i. Sacará más recursos de los que aporta.
- ii. Explotará un mercado protegido.
- iii. No ayudará al país a través de exportaciones.
- iv. Cobrará cánones excesivos por tecnología importada que desplaza mano de obra local.
- v. Manipulará su contabilidad para no pagar impuestos.
- vi. Pedirá beneficios que van en contra de la soberanía del país receptor.

Como se puede ver, ambos estereotipos son exageraciones o caricaturas de lo que en realidad es el inversionista extranjero o el funcionario del país latinoamericano. Pero los estereotipos existen en las mentes de muchos, y son obstáculos a una negociación objetiva de la inversión extranjera en la América Latina.

¿Cómo llegar a una negociación objetiva de la inversión extranjera en la América Latina?

Para contestar esta pregunta, se debe dar un vistazo rápido a los problemas del desarrollo en la América Latina.

2. Los problemas del desarrollo en América Latina:

Durante los últimos quince años, la economía mundial ha sufrido cambios fundamentales. Se ha visto la iniciación de un sistema comercial y monetario multipolar con importantes nuevos exportadores y fuentes mundiales de capital, y luego, en años recientes, se han evidenciado desequilibrios en las balanzas de pagos, después de que caducó el sistema de Bretton Woods. Asimismo se dio la devolución del dólar norteamericano y el establecimiento de un sistema de tasas de cambio flotante. Después de un período de expansión y de inflación crecientes, la economía de los países industriales, hacia finales de la década de los 60 y al principio de la de los 70, primero tuvo un gran auge y luego, en los últimos años una recesión marcada.

Durante este período, importantes transformaciones tuvieron lugar en América Latina. Se modificaron las estructuras tradicionales mientras la región se modernizaba fin de satisfacer las aspiraciones de sus pueblos. Durante este período, la población latinoamericana aumentó hasta alcanzar 290 millones, su producto interno bruto se duplicó hasta alcanzar \$ 175 miles de millones, sus reservas internacionales se quintuplicaron hasta llegar a \$ 16 mil millones, su comercio externo se triplicó hasta alcanzar más de los \$ 50 millones, y los flujos netos de capitales externos hacia la región aumentaron gradualmente hasta 1972 cuando sobrepasaron los \$ 5 mil millones¹. Ajustados para tomar en cuenta la inflación, tales indicadores demuestran importantes avances. Aunque el crecimiento anual promedio de la población durante este período fue del orden del 2.7%, el productor interno bruto *per cápita* aumentó en 2.5% por año en la primera mitad de la década de los 60, en 3% en la segunda mitad y en 4% en los primeros cuatro años de la década de los 70, compensando así el crecimiento de la población.

El progreso sustancial logrado se obtuvo en gran medida gracias a los ahorros nacionales generados en América Latina. Durante los últimos quince años, un promedio aproximado del 90% de la inversión

¹ Banco Interamericano de Desarrollo, Organización de los Estados Americanos y Gobierno de la República Oriental del Uruguay V Mesa Redonda sobre Inversión Privada y Extranjera en América Latina, "Informe Final", Uruguay, Nov. 1975, p. 37.

total provino de ahorros nacionales². Se hizo un esfuerzo sustancial para controlar la inflación. Hasta 1971, cuando la inflación mundial empezó a tener un impacto sobre América Latina, se había hecho un importante progreso: solamente cuatro países tenían índices de inflación superior al 10% anual (en 1975, únicamente tres países tenían una inflación menor al 10%). Mientras la mayor parte de las exportaciones siguió consistiendo en alimentos y productos básicos semi-manufacturados, la proporción de manufacturas en el total de las exportaciones latinoamericanas aumentó de un promedio del 3% en 1960 a casi 15% en 1972. En el caso de Argentina, Brasil, Colombia y México el incremento en las manufacturas fue del 25 al 35% del total de sus exportaciones durante ese año.

Sin embargo, hablar de América Latina como una unidad es bastante difícil, pues es una región que incluye a 24 países con características políticas, económicas y sociales diversas. Si se comparan algunos indicadores de la región con Estados Unidos se pueden observar importantes contrastes:

- Que existen diferencias marcadas entre los Estados Unidos y la América Latina.
- Que existen diferencias marcadas entre los países latinoamericanos.

CUADRO I

INDICADORES ECONOMICOS Y SOCIALES: ESTADOS UNIDOS Y AMERICA LATINA

PAIS	P.N.B. p/Cápita a precios corriente 1973 en dólares	Ingreso Nacional p/Cápita a precios corrientes 1973 en dólares	Porcentaje de alfabetismo	Médicos p/10.000 Habitantes	Expectativas de vida *
U.S.A.	6.154	5.045	98.8 ¹	14.4 ⁵	71.3 ²
Promedio	1.358	1.175	82.8	10.0	65.8
Argentina	3.106	2.684	93.0 ¹	20.9 ⁵	68.2
Brazil	748	590	79.8 ²	5.2 ⁴	61.0
Costa Rica	598	503	88.1 ³	7.0 ³	69.4
México	915	870	76.3 ¹	6.9 ¹	64.0
Venezuela	1.425	1.230	77.1 ⁴	10.3 ⁵	66.4

* Para el caso de los países latinos, esta variable corresponde al período 1970-75.

¹ 1970

² 1974

³ 1973

⁴ 1971

⁵ 1972

FUENTE: Elaboración del autor, con base en información y cifras del Banco Interamericano de Desarrollo, "Progreso Económico y Social de América Latina", "Informe Anual", Washington D.C., 1975.

² Banco Interamericano de Desarrollo, Organización de los Estados Americanos y Gobierno de la República Oriental del Uruguay, V Mesa Redonda sobre Inversión Privada y Extranjera en América Latina, "Informe Final", Uruguay, Nov. 1975, p. 37-39.

Como el Cuadro I lo indica, la América Latina, según se demuestra con indicadores de algunos de sus países más avanzados, tiene diferencias sustanciales con los Estados Unidos de América. Su producto nacional bruto (PNB) *per cápita* es casi seis veces menor que el de los Estados Unidos, y esta cifra es doce veces menor para un país como Costa Rica. Tiene muchos problemas que superar y debe progresar para mejorar las condiciones de vida de al menos la mitad de sus habitantes que viven en condiciones de pobreza y miseria. Para lograr el desarrollo, los países latinoamericanos deben atraer la inversión extranjera, ya que sus volúmenes de ahorro no son suficientes para realizar las inversiones que sus metas de desarrollo aconsejan.

3. Inversión Extranjera: ¿por qué se necesita?

El Presidente de la República de Costa Rica, Lic. Daniel Oduber Quirós, hizo una buena síntesis de las razones por las que los países en desarrollo requieren recursos externos, incluyendo la inversión extranjera, en un discurso pronunciado en una reunión en Nueva Orleans, en febrero de 1977:

"Aparentemente existe una contradicción entre la exigencia del desarrollo económico y la del progreso social. Porque el desarrollo económico demanda que una porción lo más elevada posible del ingreso nacional se dedique a la inversión, en tanto que el progreso social exige que se destine una parte lo más amplia posible a la satisfacción inmediata de las necesidades básicas de la comunidad.

Cuando el ingreso es exiguo, un estímulo muy fuerte a la inversión podría resultar en una reducción de los niveles de consumo.

Es precisamente por esto, que los países subdesarrollados como los nuestros han vivido aprisionados dentro de un círculo vicioso, donde la escasa cantidad de recursos que puede dedicarse a la educación pública, a la salud, y a la alimentación, impide el crecimiento de la productividad —porque un pueblo inculto, enfermo y desnutrido trabaja mal y produce poco—, y donde el reducido ahorro que permite un bajo ingreso, no proporciona la necesaria acumulación para adquirir el equipo productivo y preparar el personal capacitado para las tareas de producción.

Sostenemos que este círculo vicioso solo puede romperse mediante el aporte de recursos exteriores que provengan de un mejor precio para los artículos primarios que exportan nuestros países, de crédito a largo plazo y bajo tipo de interés, y de inversiones privadas directas, que además de recursos financieros aporten capacidad ejecutiva y adiestramiento técnico. Por eso es indispensable la cooperación económica y social de países amigos como los Estados Unidos.

Las reformas sociales, a la par de su intrínseco significado humano, tiene un alto significado económico. Así, por ejemplo, la

mejor utilización del agro no solo tiende a resolver el problema social de los grupos desarraigados, que no cuentan con la seguridad de un título de propiedad sobre la tierra que laboran, sino que abre el camino para un más eficiente empleo de los campos y, en general, para la tecnificación, el aumento y la diversificación de la producción agrícola.

Los programas de vivienda no sólo proporcionan casa decente a quienes viven en tugurios, sino que activan importantes industrias y oficios. La reforma tributaria bien jundada no sólo distribuye más equitativamente las cargas y servicios entre la población, sino que es un poderoso instrumento para activar la producción y la inversión.

Por ello repito, que el desarrollo económico y el progreso social, lejos de ser contrapuestos, son complementarios. El fin de toda política de inversiones es mejorar las condiciones de vida de la comunidad.

Es más, si no hay distribución simultánea y creciente de la riqueza entre los distintos sectores sociales, el desarrollo económico pierde su verdadero sentido y la ayuda financiera internacional su justificación última.”³

Como el Presidente Oduber lo ha dicho, no existe una verdadera contradicción entre desarrollo económico y progreso social. Y para alcanzar el desarrollo económico con progreso social los países latinoamericanos necesitan la cooperación económica de países como los Estados Unidos de América. La América Latina y los demás países en desarrollo han estado defendiendo en foros internacionales la necesidad de llegar a un nuevo orden económico internacional. Tres cambios básicos para que ese nuevo orden económico llegue a existir son, según el Presidente Oduber:

- a. Mejores precios para los productos exportados por los países en desarrollo.
- b. Préstamos a largo plazo y bajo tipo de interés, y,
- c. Inversión privada directa, la que además de contribuir con recursos financieros tiene un potencial para suministrar capacidad general y tecnológica.

Esta no es la ocasión para analizar los puntos a) y b). Pero, y tomando en cuenta las condiciones cambiantes de los países latinoamericanos, ésta si es la ocasión de analizar el tema de la inversión extranjera.

La inversión extranjera se necesita, como si dijo antes, porque los recursos internos y, en forma concreta, el ahorro interno son insuficientes. El Cuadro II, muestra como los Estados Unidos tiene un

³ Oduber, Daniel, Discurso ante la Conferencia Centroamericana, Nueva Orleans, Febrero 14, 1977.

ahorro interno per cápita cinco veces mayor que el promedio para Brasil y Costa Rica, países que poseen un nivel de desarrollo mayor que el promedio para América Latina. El ahorro interno per cápita para los países latinoamericanos incluidos en el Cuadro II, es casi diez veces menor que el de los Estados Unidos, lo que demuestra por qué estos países necesitan de la inversión extranjera.

CUADRO II

AHORRO INTERNO PER CAPITA PARA 1973

PAIS	Ahorro per Cápita en dólares	Millones de dólares	Población millones Habitantes
U.S.A.	492		
Promedio	53	103.583	210.4
Brazil	121		
Colombia *	34	12.264	101.7
Costa Rica	53	789	23.2
Chile *	18	100	1.9
Ecuador	40	186	10.3
Paraguay	51	267	6.7
		128	2.5

* 1972

FUENTE: Organización de Estados Americanos, América en Cifras 1974, Situación Económica y Situación Demográfica.

4. Evaluación de los resultados netos de la Inversión Extranjera en América Latina

La necesidad de recursos externos ha hecho que los países latinoamericanos hayan adoptado en el pasado, diversas estrategias para atraer al inversionista extranjero. En la décd de 1950, la estrategia adoptada fue la de utilizar la inversión extranjera para el foment ode la sustitución de importaciones. En los años 1956 1961, según ILPES⁴ (Instituto de Planificación Económica y Social, Chile), síntomas crecientes de agotamiento del proceso de sustitución de importaciones, aunados a la caída de los precios de varios productos de exportación de América Latina, provocan problemas de balanza de pagos para estos países. Hacia 1962, se nota como resultado de lo anterior un crecimiento del servicio de la deuda externa y un cierto estancamiento de la inversión

⁴ Instituto de Planificación Económica y Social, La Brecha Comercial y la Integración Latinoamericana, Ed. Siglo XXI, México, 1976, p. 72.

extranjera. Esta situación se observa claramente en el período 1965-69, donde las entradas brutas de capital extranjero, llegaron a US\$ 2164 millones, y las salidas a US\$ 2538 millones, dejando un saldo desfavorable de US\$ 374 millones, según se presenta en el Cuadro III.

CUADRO III

CONTRIBUCION NETA DEL CAPITAL EXTRANJERO

1950 - 1974

Promedio por periodos millones de dólares

PERIODO	Entradas Brutas de Capital	Servicio Total del Capital Extranjero	Contribución Neta
1950 - 54	479	658	- 179
1955 - 59	1.237	917	320
1960 - 64	2.134	1.654	480
1965 - 69	2.164	2.538	- 374
1970 - 74	5.632	5.310	322

FUENTE: Elaboración del Autor con base en cifras tomadas de América Latina en Cifras, 1974, OEA. Banco Interamericano de Desarrollo, Progreso Económico y Social en América Latina, Informe Anual 1975.

Según el período analizado de 1950 a 1974, por cada dólar invertido en la región, ha salido al exterior \$ 0.95, lo cual deja únicamente un margen de \$ 0.05 que ha quedado en el área⁵. Sin dejar de lado el efecto multiplicador de la inversión, este margen relativamente estrecho, ha hecho que muchos países latinoamericanos revisen su política de apertura total hacia la inversión extranjera, limitándose en algunos aspectos importantes que se verán más adelante. Además, en muchos países se ha llegado al convencimiento de que crecimiento económico no es sinónimo de desarrollo.

Esta conclusión viene a reforzar la posición de que un país con índices adecuados de crecimiento puede ser como aumenta la brecha social entre sus sectores de ingreso medio y sus sectores de ingreso bajo. De hecho, esta probablemente ha ocurrido en todos los países latinoamericanos en la última década, ya que al menos para Costa Rica, un estudio demuestra que para la década 1960-1970, aunque

⁵ Banco Interamericano de Desarrollo, Progreso Económico y Social en América Latina, "Informe Anual", Washington D.C., 1975.

mejoró la participación en la distribución del ingreso de los sectores medios, esta participación desmejoró para los sectores de ingreso bajo. Esto significa que la brecha entre los sectores medios y bajos creció en lugar de disminuir. Por estas razones, se ha venido haciendo más popular la tesis de que haya alguna selectividad de la inversión extranjera, llegando a evaluar cada proyecto en su aporte de divisas y tecnología versus su costo social, o sea su efecto neto positivo o negativo en el país receptor.

5. Formas de Inversión Extranjera:

Antes de analizar las diversas formas de inversión extranjera, cabe distinguir dos tipos diferentes de inversionista:

a. El pequeño inversionista extranjero: Inversiones pequeñas no monopolísticas en países latinoamericanos por parte de empresas o de personas extranjeras no parecieran tener más riesgo que el que corre el inversionista local. La experiencia latinoamericana en casos de nacionalización demuestra que la inversión extranjera que no domina más del 40 ó 50% de la rama industrial y que no asume prácticas de mercado tiene pocos riesgos políticos en cuanto a posibles nacionalizaciones o en cuanto a trato discriminatorio.

La experiencia en el Mercado Común Centroamericano demuestra que este tipo de inversionista extranjero se adapta a reglas de juego establecidas para los nacionales. En un mayor porcentaje que la empresa transnacional, éste inversionista extranjero acepta esquemas de coinversión o "joint venture", y está más abierto a las exportaciones. Sin riesgo de equivocarme puedo afirmar que el inversionista extranjero no monopolístico, que no está en un campo considerado como "estratégico" por el país receptor y que actúa en un esquema de empresa mixta o "joint venture", se enfrentaría a riesgos políticos reducidos y similares al de los inversionistas locales.

b. La empresa transnacional: Es la inversión extranjera que realiza la empresa transnacional la que es objeto del estereotipo que describí al principio. Es por lo tanto, esta clase de inversión extranjera la que presenta mayores riesgos políticos y económicos.

Ante esa afirmación, la pregunta que cabe formular es: ¿Por Qué?

Es una realidad en Latinoamérica el que existen conflictos políticos y económicos que surgen de la presencia de las corporaciones transnacionales. Estos conflictos no solo han afectado a la empresa transnacional y al país receptor, sino que han involucrado en más de una oca-

⁶ Céspedes, Víctor Hugo, La Distribución del Ingreso y el Consumo de algunos Alimentos, Universidad de Costa Rica, San José, 1972, p. 41, Cuadro 9.

sión al país de origen de las empresas, y sobre todo a los Estados Unidos a través de las enmiendas Hickenlooper y González.

Con ocasión de la apertura del fracasado "Nuevo Diálogo" entre los Estados Unidos y la América Latina, el Secretario de Estado, señor Kissinger, señaló como problema clave para las relaciones hemisféricas al de las empresas transnacionales. Existe la opinión generalizada de que éste problema en vez de disminuir, tiende a aumentar⁷. Este convencimiento ha llevado el debate a las Naciones Unidas, donde el Consejo Económico y Social estableció la Comisión de Corporaciones Transnacionales y donde un grupo de personas eminentes produjo recientemente un informe sobre "Los efectos de las Corporaciones Multi-nacionales en el Proceso de Desarrollo y en las Relaciones Internacionales".

Estrany, un miembro del grupo de personas eminentes, a raíz de este informe organizó con el auspicio del INTAL (Instituto para la Integración de la América Latina) y las Naciones Unidas un seminario sobre técnicas de negociación con inversionistas extranjeros dirigido a aumentar la capacidad negociadora de los países receptores latinoamericanos frente a las empresas transnacionales, y al que tuve la oportunidad de asistir como delegado del Gobierno de Costa Rica.

6. La Empresa Transnacional: ¿Qué es?

Se puede resumir la característica principal de la empresa transnacional diciendo que la misma funciona en un marco de referencia "global". Su meta es distribuir en el mundo los recursos de que dispone:

- i. Capital.
- ii. Materias Primas.
- iii. Tecnología.
- iv. Capacidad Administrativa.
- v. Capacidad de Mercadeo.

Al distribuir en una perspectiva global sus recursos, la meta principal de la empresa transnacional será la de obtener un máxima rentabilidad sin que le preocupen mucho las consecuencias políticas, económicas o sociales que esto pueda traer en el país o los países receptores.

Esta característica "global" de la empresa transnacional choca muchas veces con los intereses del país receptor, donde en lugar de la rentabilidad económica, privada el criterio de que la inversión extranjera debe traer consigo beneficios económico y sociales para el país y

⁷ Wionczek, Miguel S., "Problemática Política y Económica de las Transnacionales en el Contexto Latinoamericano", Comercio Exterior, Vol. 25 N° 4, Abril, 1975 p. 444-450.

donde se dan objetivos más complicados que los de maximizar utilidades, tales como:

1. Aumento de la producción nacional.
2. Mayor generación de divisas.
3. Mejoramiento de las condiciones de vida de sus habitantes.
4. Defensa de la soberanía.
5. Empleo.
6. Desarrollo integral a largo plazo.

La diferencia de objetivos provoca no sólo distintas posiciones de negociación, sino que a veces impide que la partes lleguen a hablar un lenguaje común y a suavizar sus discrepancias. Esto se ve complicado por existir un número creciente de personas en países receptores preocupadas por la posible pérdida gradual de la capacidad de decisión del país en sectores importantes o estratégicos, cediendo esa capacidad a centros de decisión externos.

La empresa transnacional tiene como se puede notar diferencias sustanciales en objetivos frente al gobierno del país receptor. Algunas de sus características distintivas son:⁸

1. Las actividades en que se desenvuelve.
2. Su vinculación con el exterior.
3. La forma en que se diferencian y organizan.
4. La manera como ejercen su influencia sobre los gobiernos de los países en que operan.
5. La centralización de sus actividades a través de la sede, relegando a segundo lugar los fines de las subsidiarias o filiales.

7. ¿Cómo invierte la empresa transnacional?

La inversión no puede reducirse a una transferencia de capital. Son elementos importantes de ella el traspaso de tecnología, de capacidad administrativa y de organización, y sobre todo la capacidad de comercialización en el mercado internacional (cuando la empresa no se limita al mercado cautivo).

Para invertir la empresa transnacional ha venido utilizando una serie de esquemas diferentes:

1. Sucursal o representante de ventas de la compañía matriz.
2. Subsidiaria con cien por ciento o mayoría de la casa matriz.
3. Empresa mixta o "joint venture".
4. Contrato de asistencia técnica.
5. Contrato de coproducción: Se paga con productos durante "n" años.

⁸ Rustrian, Raymundo, "Empresas Transnacionales y Estados Receptores", Comercio Exterior, Vol. 26, N° 6, Junio 1976, p. 670/677.

Estudios empíricos realizados por Wells⁹ demuestran como hay empresas transnacionales que por su línea de producción y su diversificación están, ya sea, dispuestas a un esquema de "joint venture", co-producción o asistencia técnica, los cuales en el fondo han probado ser similares, o inclinadas en forma no negociable a establecer subsidiarias cien por ciento de propiedad extranjera. Según sus investigaciones las empresas transnacionales que se oponen a entrar en un esquema de joint venture son las que están en una línea no diversificada de productos, con un dominio cuasi-monopolítico del mercado y con patentes que imponen serias restricciones a la posibilidad de que lleguen al mercado nuevos competidores. Un buen ejemplo de este tipo de empresa es IBM en el campo de la computadoras, la cual no ha aceptado ningún tipo de joint venture. Esta empresa se encuentra protegida de nacionalizaciones, pues sus adelantos tecnológicos en el país sede, en este caso los Estados Unidos, hacen que los mismos no puedan ser nacionalizados. Así, IBM exporta el producto final de su tecnología, y el país receptor no tiene más remedio que aceptarla bajo el esquema de subsidiaria con cien por ciento de la casa matriz, o privarse de la utilización de computadoras.

Por el contrario, empresas transnacionales altamente diversificadas, tipo United Brand están mucho mejor dispuestas a entrar en esquemas de propiedad mixta o de joint ventures. Recientemente la United Brands ha negociado el entrar en nuevas líneas como la producción de arroz en joint venture con empresarios privados locales y con los gobiernos de algunos países. La fórmula que escoja la empresa transnacional para invertir, unida a su poder monopolístico y a cuan estratégica sea el área donde invierte, prefigura el posible riesgo de nacionalización que la empresa va a correr.

Dos ejemplos nos pueden ayudar a aclarar estas ideas:

- i. Una empresa transnacional es dueña en un país del Caribe de una terminal de granos. Todo agricultor que utilice granos, al no existir más que esta terminal, deberá comprarle a la terminal. La terminal es un monopolio y se sospecha que cobra precios desmedidos en relación a los precios internacionales. Si un agricultor o un importador quiere importar directamente sus granos, la terminal le niega sus instalaciones y no acepta la posibilidad de dar el servicio de recibo de granos cobrando una tarifa por este servicio. Como no existe dificultad sería en administrar la terminal, el gobierno del país está considerando la posibilidad de nacionalizarla e importar granos, y a la vez dar el servicio de despacho de granos a quienes quieran comprar en el exterior en forma directa.
- ii. En el campo de la explotación de recursos naturales no renovables, tales como cobre y bauxita se da también el problema de

⁹ Wells Jr., Louis T. and Stopford J.M. *Managing the Multinational Enterprise*. Libros Básicos, Nueva York, 1972.

posible conflicto entre el gobierno y la empresa transnacional, si esta es propiedad en un cien por ciento extranjera.

¿Cómo evitar estos conflictos?

8. La búsqueda de justicia en la obtención de beneficios mutuos:

Respecto a la inversión extranjera, la posición oficial del país receptor puede ser:

- i. Una política de puertas abiertas a toda inversión extranjera.
- ii. Una política restringida por sectores y con participación minoritaria del inversionista extranjero en empresas locales.
- iii. Posiciones intermedias entre i y ii en donde cabe una amplia gama de posibilidades.

A pesar de la posición oficial que adopta el gobierno del país receptor, el riesgo de nacionalización o de trato discriminatorio será mayor en cuanto se separen más los objetivos que persigue el gobierno y los que persigue la empresa transnacional.

Para evitar esta brecha en los objetivos de ambas partes, la única posibilidad es la de negociar teniendo en cuenta el interés mutuo de ambas partes. A veces el negociador de la empresa transnacional se excede en logros, llegando a cerrar un paquete de condiciones que si bien es altamente favorable a la empresa, la hará víctima a corto o mediano plazo del riesgo de la nacionalización, porque probablemente el país receptor empiece a darse cuenta de la falta de beneficio mutuo de una negociación en donde el país no recibe beneficios paralelos a los de la empresa. Los ejecutivos de empresas transnacionales podrán hacerle un mejor servicio a la empresa si tratan de lograr en cada inversión extranjera beneficios mutuos comparables para la empresa y para el país receptor. Cómo lograr esto es algo que sólo la empresa transnacional puede decidir, pero para ello ayuda que el país receptor cuente con negociadores capaces y bien preparados cuando vayan a negociar las condiciones de la inversión extranjera, cosa que lejos de ser la regla, aparece como la excepción.

9. La posición de los países latinoamericanos respecto a las transnacionales

Los países latinoamericanos y del Caribe fijaron su posición respecto a las pautas del comportamiento que deben seguir las empresas transnacionales en una reunión celebrada en Washington en enero de 1975. En esa reunión, la cual era preparatoria a la reunión de Tlatelolco que se celebró entre los Estados Unidos y los países latinoame-

ricanos meses después, se produjo un documento que contiene los requisitos mínimos que los países receptores exigen para garantizar el logro de beneficios mutuos al concretarse la inversión extranjera. El aparte de esas pautas de comportamiento recomendadas pareciera involucrar un alto riesgo para el futuro inversionista. Esas pautas de comportamiento recomendadas son las siguientes:

a. Las empresas transnacionales deben someterse a las leyes y reglamentos del país receptor y, en caso de litigio, someterse a la jurisdicción exclusiva de los tribunales del país donde operan.

b. Las empresas transnacionales deben abstenerse de toda injerencia en los asuntos internos de los estados donde operan.

En el momento presente la inquietud se centra en la injerencia de agentes privados transnacionales en cuestiones políticas del país receptor. En efecto, se ha constatado, que en ocasiones las empresas transnacionales han tenido una ilegítima intervención política en los asuntos internos de los países receptores, lo que ha entrañado consecuencias especialmente graves en el caso de países en desarrollo.

Deben por ello proscribirse en términos absolutos el empleo, por parte de las empresas transnacionales, de prácticas o procedimientos que configuren una acción, presión, coerción, o cualquier injerencia política en el país receptor.

c. Las empresas transnacionales deben abstenerse de interferir en las relaciones entre el gobierno de un país receptor y otros Estados, y de perturbar esas relaciones.

La causa más frecuente de enfrentamiento entre países de origen y países receptores la constituye el caso en que el país receptor nacionaliza los bienes de una empresa extranjera y ésta pide la protección de su gobierno de origen. En este sentido, la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados proporciona los criterios adecuados para regular el tema, al señalar que el Estado que adopte la medida de nacionalización debe pagar una compensación apropiada siempre que todas las circunstancias pertinentes así lo exijan.

d. Las empresas transnacionales no deben servir como instrumento de la política externa de otro Estado o como medio para extender al país que las recibe disposiciones del ordenamiento jurídico del país de origen.

e. Las empresas transnacionales deben someterse a las políticas, los objetivos y las prioridades nacionales de desarrollo, y contribuir positivamente a su realización. Para ello, es necesario que las filiales de las empresas transnacionales adopten una estrategia corporativa global a fin de satisfacer los requisitos de las prioridades de desarrollo establecidas por el país receptor.

f. Las empresas transnacionales deben suministrar al gobierno del país receptor la información pertinente sobre sus actividades a fin de asegurar que esas actividades estén de acuerdo con las políticas, objetivos y prioridades nacionales de desarrollo del país anfitrión.

g. Las empresas transnacionales deben conducir sus operaciones en forma tal que signifiquen un aporte neto de recursos financieros para el país receptor.

El objetivo fundamental buscado es que las empresas transnacionales contribuyan en el mayor grado posible, no sólo a una transferencia neta inicial, sino también continua de recursos.

Existe preocupación de que los estados contables no reflejen el aporte real de las inversiones de las empresas transnacionales a la economía del país receptor, y de que se usen los habitualmente escasos recursos financieros internos para financiar estas actividades; por ejemplo, mediante la sobrevaloración de los bienes de capital importados o presentación exagerada de pasivos con el extranjero.

También preocupa que las empresas transnacionales se conviertan, en los países receptores, en meros entes de captación de riqueza. Existe inquietud ante la adquisición y el control de empresas nacionales de capital local por parte de las empresas transnacionales.

h. Las empresas transnacionales deben contribuir al desarrollo de la capacidad científica y tecnológica interna de los países receptores.

La experiencia latinoamericana demuestra que las empresas transnacionales suelen utilizar las tecnologías importadas de las casas matrices sin adaptación alguna a las condiciones locales, creando distorsiones de diverso tipo.

i. Las empresas transnacionales deben abstenerse de prácticas comerciales restrictivas. Existe evidencia de que las empresas transnacionales suelen limitar las actividades de sus subsidiarias a los respectivos mercados nacionales, mediante la restricción de sus exportaciones, control de mecanismo de distribución, abastecimiento y financiamiento externo.

j. Las empresas transnacionales deben respetar la identidad sociocultural del país receptor.¹⁰

En la reunión de Tlatelolco la posición latinoamericana y la del Gobierno de los Estados Unidos no lograron acercarse. Pero en la Administración Carter hay indicios favorables hacia la posición de la

¹⁰ Reunión de Cancilleres de América Latina y del Caribe, Reglas de Conducta que deben observar las Empresas Transnacionales, Washington D.C. Enero 10, 1975.

América Latina. Estos indicios están contenidos en dos de las recomendaciones del segundo informe de la Comisión de Linowitz y que parece ser parte de la política hemisférica de los Estados Unidos. Estas recomendaciones son las de:

- a. Formular una política internacional de protección a los intereses norteamericanos en el exterior sin tener que recurrir a las sanciones económicas, y
- b. Regular la actividad de las corporaciones multinacionales percibiendo penas en cuanto al gobierno y la extorsión.

Estas recomendaciones, unidas a las pautas de comportamiento, que los países latinoamericanos recomiendan al inversionista extranjero son una buena orientación para el tratamiento que deberá darse a futuras inversiones, aunque por sí solas no harán desaparecer el riesgo político de la nacionalización de la inversión extranjera.

10. Riesgo Político de la Inversión Extranjera:

En América Latina como región de desarrollo intermedio entre los países desarrollados y los menos desarrollados de otras zonas del mundo, el riesgo político de la inversión extranjera sobre todo expresado en términos de nacionalización y de trato discriminatorio se mantiene, pero puede ser minimizado si la empresa transnacional adopta ciertas normas que se vienen observando en la realidad latinoamericana.

- i. Invertir en asociación con empresarios locales y/o con el Gobierno. Esta asociación puede ser *joint venture*, o empresa mixta, un contrato de asistencia o un contrato de coproducción.
- ii. Dar representación a empresarios locales o a funcionarios públicos en la Junta Directiva de la empresa.
- iii. En forma alternativa, y para inversiones que son monopolios naturales o que se realizan en áreas estratégicas como la explotación de recursos naturales no renovables puede llegarse a un esquema de inversión programada para que pase a manos locales (ya sea a empresarios privados o al Gobierno) a mediano o largo plazo.
- iv. Operar la empresa dentro de la legislación normal del país, sin solicitar legislación hecha a la medida y aceptar para casos de disputa la jurisdicción de los tribunales del país receptor.
- v. Invertir preferentemente en países con estabilidad política aunque no tengan regímenes democráticos. Este punto es muy importante, ya que según el último informe anual de la Freedom House sobre el estado de la libertad en el mundo, en América Latina y el Caribe, de un total de 24 países, sólo en seis de ellos existe libertad. Si excluimos al Caribe solo tres países de América Latina poseen libertad. Si existe una alta correlación entre respeto a la libertad,

y respeto a la inversión extranjera, y este respeto se encuentra más difundido en países que tengan regímenes democráticos o que al menos son estables desde el punto de vista político, pareciera más aconsejable invertir en este tipo de países.

La inversión extranjera en América Latina pareciera, después de este análisis destinada a mantenerse como una realidad económica y como un riesgo político. También pareciera que el futuro, presenta un panorama favorable a nuevos esquemas de coinversión o *joint venture*. La inversión extranjera, y su principal vehículo, la empresa transnacional, deben reconocerse como esquemas de alta productividad y eficiencia que se mantendrán y se superarán si prevalece, como debe de ser, el criterio del beneficio mutuo y equilibrado para el inversionista y para el país receptor.

BIBLIOGRAFIA

- Banco Central de Costa Rica, Cifras de Cuentas Nacionales de Costa Rica, 1960-1973, Estimación 1974, San José, 1975.
- Banco Interamericano de Desarrollo, Progreso Económico y Social en América "Informe Anual", Washington D.C., 1975.
- Banco Interamericano de Desarrollo, Organización de los Estados Americanos, Gobierno de República Oriental del Uruguay, V Mesa Redonda sobre Inversión Privada y Extranjera en América Latina. "Informe Final", Uruguay, 1975.
- Organización de Estados Americanos, América en Cifras 1974. "Situación Económica: Precios, Salarios y otros aspectos económicos", Washington D. C., 1974.
- Organización de Estados Americanos, América en Cifras 1974, "Situación Económica: Balanza de Pagos, Producto e Ingreso Nacional y Finanzas", Washington D.C., 1975.
- Organización de los Estados Americanos, Boletín Estadístico N° 124, Washington D.C., octubre, 1975.
- Organización de los Estados Americanos, Boletín Estadístico N° 132, Washington D.C., junio, 1976.
- Organización de las Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Algunos Indicadores del Desarrollo Económico en América Latina, Chile, 1976.
- Organización de las Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Balance Preliminar de la Economía Latinoamericana en 1976, Chile, 1976.
- Organización de las Naciones Unidas, Estudio Económico para América Latina y el Caribe, México, 1975.
- Organización de las Naciones Unidas, Comisión para América Latina, La Evolución Económica de América Latina en 1975, Santiago de Chile, 1976.