

Hecho el depósito de Ley

Impreso en Costa Rica

COMITE DE ENLACE

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Comisión ad-hoc.

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Fernando Mora

Dr. Rodrigo Barahona

Dr. Víctor Pérez

*Donación
Donny Amador
Cie. R.*

Director

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez*

340
R
W 29
1976

UNSALE POR 7



27 ENE. 1983

* 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.



12 MAR 2012 COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

No. 29



SAN JOSE, COSTA RICA
MAYO - AGOSTO
1976



**JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS**

Presidente:
Lic. Edgar Cervantes Villalta

Tesorero:
Lic. Andrés Benavides Dobles

Vice-Presidente:
Lic. Alberto Raven Ramírez

Fiscal:
Lic. Francisco Calderón Cordero

Secretaria:
Licda. Elizabeth Odio Benito

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

Pro-Secretario:
Dr. Enrique Rojas Franco

Sistema de Bibliotecas - UCR



REV 155815

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

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

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

Rector:
Dr. Claudio Gutiérrez

Vice-Rector de Docencia:
Dr. Guillermo Chaverri

Vice-Rector de Investigación:
Dr. Manuel Murillo

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

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

Vice-Decano de la Facultad de Derecho:
Dr. Antonio Pacheco

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

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

**BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

**EL DERECHO COSTARRICENSE
SE ACTUALIZA**

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

SUMARIO

I. INTRODUCCION. - II. NUEVAS LEYES. - III. MONOGRAFIAS JURIDICAS: a) Nuestras leyes electorales; b) Lecciones de filosofía del derecho; c) El nuevo derecho de familia en Costa Rica; d) La licitación pública en Costa Rica; e) La sociología del derecho en Max Weber; f) Contribuciones al estudio del derecho de quiebra costarricense; g) Introducción al derecho de familia costarricense; h) El Divorcio y la separación judicial por mutuo consentimiento; i) ¿Una nueva constitución? - IV. MERITORIA LABOR DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA. - V. CONTENIDO DE LA REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS N° 29: a). "Costa Rica: estado social de Derecho". b). "Observaciones sobre el delito de violación". c). "La teoría del negocio jurídico frente a la legislación civil costarricense". d). "El servicio social en Costa Rica".

I. INTRODUCCION

Durante muchos años el derecho costarricense se mantuvo estático, tranquilo frente a los cambios sociales, políticos, económicos, religiosos, etc. Parecía que el sistema jurídico era indiferente a la movilidad en las demás estructuras del Sistema Social. Esto, superficialmente, indujo a más de un observador poco crítico, a pensar que el derecho nacional era conservador, pétreo, reaccionario y resistente a las transformaciones operadas en el resto de la realidad del país. Sin embargo, tales cambios en las estructuras y en las relaciones sociales globales paulatinamente iban convenciendo al juez, al diputado, al gobernante, al alto jerarca de la Administración Pública, al profesor de Derecho, al periodista y a todos los que estaban íntimamente conectados con el fenómeno legal que se hacía imprescindible la reforma y la actualización de una serie de leyes, como también la emisión de nuevas normas jurídicas.

Esta especie de toma de conciencia nacional fue tomando fuerza y con ello los recursos materiales y humanos fueron seleccionándose para la elaboración de esta tarea delicada, compleja y técnica de la modernización del derecho costarricense.

II. NUEVAS LEYES

De este modo se emitieron el Código Penal, el Código de Procedimientos Penales, el Código de Familia, el Código Municipal, el Código Tributario, etc.

Todas estas normas que remozaban el anterior conjunto legal, están orientadas hacia la adecuación del derecho nacional con esos cambios sociales integrales que se han venido dando en la comunidad costarricense.

Pero, tal vigencia de leyes emitidas implicó también una discusión y toma de decisiones de parte de aquellos que tienen en sus manos la producción, la distribución, la ejecución y la enseñanza de este nuevo derecho.

Así las cosas, las derogadas normativas cumplieron su papel orientador, normativo y equilibrador de nuestra colectividad; siendo la tarea de las nuevas leyes el enfrentamiento a los requerimientos del presente y del porvenir. Esta labor es todo un reto para una serie de generaciones de jueces, estudiosos del derecho, periodistas, administradores, profesores de la Facultad de Derecho, y en general para los que, en una forma u otra, tienen que tomar directrices que involucran la manipulación, docencia, ejecución, litigio o administración jurídica.

Por supuesto que la tarea de modernización de nuestro derecho no acaba con la emisión de las leyes que están vigentes. Cabalmente, por esta razón existe un equipo de especialistas que está preparando las bases para la redacción de un nuevo Código de Procedimientos Civiles, con la colaboración del jurista Dr. Niceto Alcalá Zamora, a la vez que se tiene plena conciencia acerca de la necesidad de emitir una ley de Contratos del Estado, un Código de Procedimientos Administrativos, una ley general de Administración Pública (ya preparada, pero sin el beneplácito de la Asamblea Legislativa), una ley de medios de comunicación colectiva (que regule adecuadamente la televisión, la radio, los periódicos, las revistas, etc.) y una gama más de áreas de la actuación socio-jurídica que urgen de una normativa moderna y pertinente.

En estos momentos se discute en el seno de la Asamblea Legislativa el proyecto de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente que, lógicamente, ha levantado criterios encontrados, diversos, complementarios, semejantes y de todo orden. Sin duda, la exposición más sistemática, elaborada, pensada y técnica —en contra de tal convocatoria— ha sido la confeccionada por el especialista en Derecho Público, Lic. Eduardo Ortiz Ortiz, cuyo criterio fue publicado en la página 15-A del matutino "La Nación" (en el mes de marzo de 1977) e impreso en un folleto por el Instituto Costarricense de la Empresa Privada (INCOSEP) en el mismo mes y año. Ortiz, a la par de los Dres. Rodolfo Piza y Gonzalo Fajardo han defendido la idea contraria a la convocatoria mencionada en exposiciones orales y escritas. Asimismo, otros ciudadanos han expuesto su opinión en el mismo sentido negativo.

En lo que concierne al grupo que sostiene la tesis favorable a dicha convocatoria, los argumentos han sido esgrimidos por juristas de la talla del Dr. Alfonso Carro, Dr. Oscar Arias, Dr. Mauro Murillo y del Presidente del Colegio de Abogados, Magistrado Edgar Cervantes, entre otros.

Es importante subrayar este hecho de la polémica alrededor de la citada convocatoria (en cuya discusión también el suscrito ha vertido

su forma de pensar) en la medida en que la denominada (y, no siempre bien perfilada) "opinión pública" se ha visto envuelta y ha participado, dentro de las circunstancias y los límites dables, en las respectivas tribunas públicas.

De esta manera, incluso, la misma Constitución Política se tiene en mente modificar, al grado de que el Poder Ejecutivo convocó a sesiones extraordinarias al Poder Legislativo con el fin de que discuta y apruebe (tal es el deseo del actual Presidente de la República) la cuestionada e impugnada "Constituyente". Cuando este número de la revista se distribuya, puede ser que este punto se encuentre definido en la Asamblea Legislativa.

III. MONOGRAFÍAS JURÍDICAS

Precisamente en este clima de producción jurídica, tanto a nivel de leyes, en sentido amplio, como en el de la doctrina y ensayos, cabe citar aunque sea brevemente, algunos de esos hitos sobresalientes de esta gestación de nuevos enfoques e ideas sobre el derecho.

— o —

a) "Nuestras leyes electorales".

Autor: Lic. Nelson Chacón Pacheco. - Impresión: LIL S. A. - Año: 1975. - N° de páginas: 383. - Dimensión del formato: 22 x 14 cms.

Este libro es una reseña inteligente y bien lograda de la legislación electoral de Costa Rica desde los tiempos de la Independencia hasta la actualidad, con el complemento de varias opiniones acerca del voto femenino establecido en la Carta Magna de 1949, sugerencias acerca de posibles reformas a la Constitución Política y al Código Electoral, por ejemplo. Esta elaborada reseña de la normativa electoral del Lic. Chacón Pacheco constituye un valioso aporte a la cultura jurídica nacional, a la vez que permite la reflexión sobre el aspecto electoral, de tan hondo sentido cívico y democrático.

— o —

b) "Lecciones de filosofía del derecho".

Autor: Lic. Carlos José Gutiérrez Gutiérrez. - Editorial: EDUCA
Año: 1976. - N° de páginas: 452. - Dimensión del formato: 19 x 13 cms.

Su propio autor nos dice que "entre la primera y la segunda edición de esta obra transcurrieron nueve años. Sin embargo, a la fecha de realizar esta última preferí no introducirle cambios". Puntualizando

que "tres años después aparece esta tercera edición"; aclarando, también, que sus ocupaciones han detenido su trabajo en el campo de la filosofía del derecho y que al pedirle EDUCA la reedición de estas lecciones, "encontré que resultaba imposible autorizarla en el formato original", dándose a la tarea de revisarlas, lo cual ha conducido al formato actual.

Este sugestivo y estimulante libro presenta estas "partes": *introducción*, en la cual tratan estos temas: los epistemes jurídicos, las escuelas del derecho natural, el pensamiento contemporáneo, el derecho natural; *Teoría fundamental del derecho*, con esta problemática: cultura y derecho, el derecho y el orden normativo, el derecho como regulación de la vida social, la reflexión jurídica, la eficacia del derecho, los supuestos jurídicos, las consecuencias jurídicas, la persona jurídica, el concepto de Estado, la producción del derecho; y, la función judicial. La parte tercera está dedicada al estudio de la *estimativa jurídica*, seccionada en los puntos de fundamentos de la estimativa; orden, seguridad y paz; y, la justicia. Finalmente, la cuarta parte analiza lo que el escritor llama la "*culturología jurídica*", bajo el acápite de la relación entre sociedad y derecho.

Sin duda el profesor Gutiérrez es nuestro filósofo del derecho por excelencia como lo atestigua su obra, su tarea investigativa y su ejemplo como docente.

Esta monografía ha formado varias generaciones de abogados del país y los ha inquietado y motivado hacia los siempre actuales problemas que nos presenta la filosofía del derecho.

Realmente ha sido un acierto de la Editorial Centroamericana (EDUCA) el difundir en la región ístmica estas maduradas lecciones del Prof. Gutiérrez.

— o —

c) "*El nuevo derecho de familia en Costa Rica*".

Autor: Dr. Víctor Pérez. - Edita: Editorial Universidad de Costa Rica. - Año: 1976. - N° de páginas: 69. - Dimensión del formato: 21 x 13 cms.

Este profesor de la Facultad de Derecho ha venido desarrollando una meritoria labor en el campo de la docencia y de la investigación del Derecho Privado. Cabalmente, esta monografía es fruto de sus estudios. Asimismo, cabe hacer notar que el Dr. Pérez es Director del *Boletín Judicial* publicado por el Poder Judicial, el cual en sus dos números editados en *off-set*, tiene un importante contenido jurídico.

Este ensayo está dividido de conformidad a esta temática: introducción, orientaciones del derecho de familia costarricense, y la respectiva conclusión.

REV 155815
N-100
(1107/1960)
197

En este libro se analiza la citada legislación en dos amplios períodos: antes de la emisión del actual Código de Familia y lo que esta nueva normativa aporta al campo mencionado. A la vez que lleva a cabo una labor de auscultamiento de los puntos referidos a la familia, el matrimonio, las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones patrimoniales, el divorcio, la separación judicial, la paternidad y la filiación; filiación por adopción y la autoridad parental.

La orientación y la influencia del derecho italiano se nota fácilmente a lo largo de este interesante enfoque sobre la zona del derecho indicado.

— o —

d) "*La licitación pública en Costa Rica*".

Autor: Dr. Jorge Enrique Romero Pérez. - Edita: Editorial Universidad de Costa Rica. - Año: 1975. - N° de páginas: 440. - Dimensión del formato: 21 x 14 cms.

El prólogo de este libro está escrito por el Dr. Eduardo García de Enterría y Martínez Carande, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid y director de la tesis de doctorado en Derecho del autor de la indicada monografía, la cual constituyó —en su oportunidad— dicha tesis de graduación en el centro docente citado.

Esta obra es la primera que se escribe en Centro América sobre la temática de la selección del contratista público. Esta primera edición se agotó dos meses después de su publicación, razón por la que se está preparando su segunda edición, en una versión totalmente diferente tanto en vista de que se ha emitido una legislación nueva sobre la contratación administrativa pública en nuestro país (un título innovador sobre esta materia en la Ley de Administración Financiera de la República y su correspondiente reglamento, que al momento de escribir estas líneas se encuentra a nivel de proyecto con un total, aproximado, de 273 artículos); y, de que se hace preciso un análisis exhaustivo sobre este tipo de contratos en la dimensión latinoamericana y su adecuado complemento de tal figura negocial en Italia, Francia y España.

Esta obra analiza la contratación directa o compra administrativa (directa), el remate, la licitación privada y el concurso público, además del concurso de antecedentes o contratación de los recursos humanos especializados que no constituyan, estrictamente una relación laboral regular, sino la realización de una labor técnica, *ad hoc* y extraordinaria para la Administración Pública. Asimismo, se lleva a cabo un estudio sobre las principales etapas, fases o facetas del contrato público administrativo.

Esta obra es de carácter teórico-práctico, por cuando maneja una voluminosa jurisprudencia de la Contraloría General de la República

al mismo tiempo que se utiliza un sólido conjunto de conocimientos doctrinarios extranjeros y nacionales.

— o —

e) *“La sociología del derecho en Max Weber”.*

Autor: Dr. Jorge Enrique Romero Pérez. - Impresión: Imprenta Trejos S. A. - Año: 1975. - N° de páginas 329. - Dimensión del formato: 17 x 13 cms.

El prólogo de este libro, que fue la tesis de licenciatura en Derecho del autor, lo escribió el Dr. Alfonso Carro Zúñiga, Catedrático de la Universidad de Costa Rica y Director de la Cátedra de Teoría del Estado.

Esta obra es la primera en la región centroamericana (cuya distribución en el área la efectúa EDUCA) que plantea la temática de la sociología jurídica en uno de sus más célebres representantes y fundadores: Max Weber.

La relevancia de esta monografía se nota fácilmente en estos momentos en los cuales el interés por los estudios acerca de la relación estrecha entre sociedad y derecho se hacen, cada vez más intensos y frecuentes, tanto a nivel teórico como empírico, en vista de la insoslayable necesidad de comprender y manipular, idóneamente, los fenómenos dialécticos del Derecho y de la Sociedad.

Los puntos que se analizan en este trabajo de investigación van desde los precursores de la sociología del derecho hasta una descripción de indicadores jurídico-sociológicos de la realidad costarricense, pasando por los aspectos más importantes y heurísticos del pensamiento de Maximiliano Weber (1864-1920).

— o —

f) *“Contribuciones al estudio del derecho de quiebra costarricense”.*

Autor: Dr. Francisco Luis Vargas Soto. - Edita: Colegio de Abogados de Costa Rica. - Año: 1977. - N° de páginas: 294. - Dimensión del formato: 19 x 13 cms.

Esta monografía es la obra jurídica premiada por el Colegio de Abogados de Costa Rica (correspondiente al año de 1974), en el concurso promovido por esta institución “Alberto Brenes Córdoba”.

Indudablemente es un valioso aporte al Derecho de quiebra de nuestro país que ratifica la calidad intelectual de su autor, cuyos estudios de especialización los realizó en Francia.

La temática de esta excelente investigación está referida a la apertura de los procedimientos de la quiebra, a los órganos y operaciones

de la misma, a sus efectos, y, la particularidad de los procedimientos de este instituto del derecho mercantil en el caso de la quiebra contra personas morales.

Una de sus virtudes, entre otras, es el hábil e inteligente manejo de la jurisprudencia, de la legislación y de la doctrina pertinente, que hacen de esta obra una indispensable herramienta de trabajo en manos del juez, del abogado litigante, del estudioso, del docente y del estudiante de Derecho.

Con este libro, el derecho comercial o mercantil de Costa Rica ve enriquecida su perspectiva analítica en forma sólida y estimulante.

— o —

g) *“Introducción al derecho de familia costarricense”.*

Autor: Dr. Gerardo Trejos Salas. - Edita: Colegio de Abogados de Costa Rica. - Año: 1977. - N° de páginas: 213. - Dimensión del formato: 19 x 13 cms.

El prólogo de esta investigación lo confeccionó el profesor Carlos José Gutiérrez Gutiérrez, quien manifiesta que “este libro representa el primer esfuerzo sistemático destinado a comentar, analizar y criticar el nuevo Código de Familia”.

Esta monografía es la mejor obra jurídica de 1975 premiada en el concurso “Alberto Brenes Córdoba” gestado por el Colegio de Abogados de Costa Rica con el fin de estimular la producción jurídica de nuestro país, con el objeto de enriquecer y fortalecer nuestro sistema político democrático y nuestro Estado de Derecho.

Los aspectos que este trabajo cuestiona son los relativos a los caracteres generales del citado nuevo Código de Familia, los esponsales, las capitulaciones matrimoniales, la celebración del matrimonio, el complejo del uxorius, la autoridad parental, los nuevos sujetos de la obligación alimentaria, la tutela, curatela; y, la aplicación e interpretación del indicado cuerpo normativo *ius-familiar*.

El autor de esta investigación realiza una brillante labor de analítica, exagética y reflexión jurídica que viene a abonar concienzudamente el terreno del derecho de familia, que tan dinámicamente se proyecta hacia el futuro de nuestra colectividad.

— o —

h) *“El divorcio y la separación judicial por mutuo consentimiento”.*

Autor: Dr. Gerardo Trejos Salas. - Edita: Juricentro. - Año: 1976. N° de páginas: 47. - Dimensión del formato: 17 x 11 cms.

Importa destacar la labor positiva y digna de aplauso que realiza el Profesor de la Facultad de Derecho Dr. Gerardo Trejos Salas al

fundar una editorial jurídica —que bautizó con el nombre de “Juricentro” y que edita los “Cuadernos”— a la vez que es el propietario también de la primera librería especializada en libros jurídicos. Esta tarea del colega Trejos Salas es un síntoma destacable del ambiente que priva en nuestro país en cuanto a la demanda por la cultura jurídica y por el desarrollo sistemático de un *substratum* legal apreciable en un país latinoamericano que se precia de su sistema político y de su ordenamiento legal.

En cuanto a la monografía del Dr. Trejos Salas sobre el tema citado, que es el más frecuente en Costa Rica, se puede señalar que este ensayo efectúa un análisis muy sugestivo acerca de esta problemática. La razón, por la que esta causal de divorcio adquiere relieves llamativos se debe a que en nuestro país la familia está en crisis, como el resto de las demás instituciones sociales, de ajuste y de acoplamiento hacia formas de organización más funcionales y operantes en los nuevos rumbos de la modernización y de la industrialización nacional que obligan a los hombres y a sus organizaciones a adaptarse a los cambios culturales globales forjando grupos, ideas, institutos, relaciones y sistemas jurídicos más acordes con las transformaciones que se dan tanto en el fondo de las sociedades como en su superficie.

Se añade a lo anterior que en 1976, de 1377 sentencias dictadas en asuntos de familia por el juzgado que se especializa en ellos (el séptimo civil, radicado en San José), hasta el 30 de noviembre de ese año, 928 resultaron sentencias de divorcio, de las cuales 607 (el 65,40%) eran Resoluciones de divorcio por mutuo consentimiento. Estas cifras revelan lo mayoritario que es ese tipo de ruptura del vínculo matrimonial.

Nuestra sociedad presenta características sumamente curiosas en todos los niveles de la estructura social; y, en lo que atañe al matrimonio y al divorcio, se puede indicar que la inestabilidad, la falta de formación de los hijos en el hogar, la neurosis provocada en el seno familiar, la desintegración de los vínculos familiares, la ausencia del padre en la conciencia de los demás miembros de la familia como ejemplo, norte, y eje moral impacta el resto de la colectividad en forma negativa, contribuyendo así, a la formación de nuevos insubstanciales vínculos matrimoniales, futuros divorcios y una prole sin destino. Tal es la situación a nivel real. Todo esto pone de relieve la urgente necesidad de auscultar la familia, estereotipadamente llamada “célula de la sociedad” con el objeto de clarificar su *rol*, *locus*, *status*, y porvenir en la comunidad nacional, de lo contrario la actual eroción familiar y de las demás instituciones podría conducir a la cristalización de una serie de generaciones de costarricenses apáticos, indiferentes y sin fe en la vida y las organizaciones humanas, lo cual sería, a no dudarlo, catastrófico para el país.

En este contexto, resulta altamente resaltable el hecho de que dadas esas coordenadas críticas de la nación, en el terreno jurídico existen esfuerzos en pro del derecho que tienden a aliviar esa profunda crisis nacional que tiende a institucionalizarse.

i) “¿Una nueva Constitución?”

Autores: Mario Alberto Jiménez - José Joaquín Trejos y Carlos José Gutiérrez Gutiérrez. - Edita: Juricentro. - Año 1977. - Nº de páginas: 84. - Dimensión del formato: 17 x 11 cms.

En virtud de la discusión parlamentaria y en todos los sectores de la ciudadanía sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, la edición, de estos ensayos es muy oportuna y puesta en su lugar, debido a que los criterios de estos tres intelectuales del país deviene en una guía responsable y bien pensada para aquellos que tienen que tomar la decisión sobre la conveniencia de hacer dicha convocatoria.

La tesis del ex-Presidente y matemático don José Joaquín Trejos Fernández “Una Asamblea Constituyente convocada en 1977: una opinión” representa una de las corrientes contrarias a tal convocatoria; mientras que el escrito del Profesor de Derecho Constitucional y filósofo del Derecho, Lic. Carlos José Gutiérrez simboliza una de las tendencias que apoyan la realización de una nueva Carta Magna. El Prof. Gutiérrez fue diputado en 1968, cuando se puso sobre el tapete de la discusión parlamentaria la convocatoria al citado hecho político-jurídico y defendió vehementemente esta idea, la cual —por diversas razones no llegó a prosperar—. Ahora que se vuelve a debatir el indicado proyecto de convocatoria, este ilustre educador reitera su voz en el sentido de la improrrogable necesidad de llevar a buen término esa iniciativa del Presidente de la República, Lic. Daniel Oduber Quirós.

A los señalados distinguidos costarricenses, se les une Mario Alberto Jiménez, ya fenecido, quien hizo un excelente análisis de la Constitución Política de 1949 en su libro “Desarrollo constitucional de Costa Rica”.

Por estos motivos, esta nueva publicación de “Juricentro” es una valiosa contribución a un tema de hondo sentido para el país.

IV. MERITORIA LABOR DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA.

Esta institución de Derecho Público ha venido realizando una labor digna de reconocimiento y de mención en la promoción de la producción jurídica y en la formación de un ambiente de respecto al Derecho y de configuración de un fondo de conocimientos sobre este campo científico respetable y útil para el buen desenvolvimiento de nuestra sociedad.

Merece especial mención los concursos “Alberto Brenes Córdoba” que este colegio auspicia anualmente con el fin de seleccionar la mejor obra jurídica del respectivo período. Precisamente, bajo el estímulo de

la publicación del libro premiado y la apreciable cantidad de dinero que acompaña al galardón seleccionado, se han dado cita valiosos juristas nacionales que han presentado monografías importantes en el respectivo sector jurídico que han escogido para llevar a cabo su investigación.

A la par de los citados concursos, el colegio financia, conjuntamente con la Universidad de Costa Rica, la presente *Revista de Ciencias Jurídicas*, que constituye todo un esfuerzo editorial en un país como el nuestro de escasos recursos económicos. Asimismo, es preciso destacar el interés que esta organismo ha demostrado al invitar a brillantes y reconocidos profesores extranjeros como Gian Antonio Micheli, Eduardo García de Enterría, Fernando Garrido Fallas, Jesús González Pérez, etc.; como el entusiasmo con el cual ha impulsado la realización de seminarios, conferencias y reuniones de estudiosos sobre temas jurídicos de significativa importancia para la colectividad, como es el caso de la realización de los Congresos Jurídicos Nacionales que celebra, anualmente, este colegio.

Sin embargo, la labor educativa, y de decidido apoyo a la marcha del derecho costarricense, no se detiene en las obras mencionadas que realiza la institución señalada, ya que, al mismo tiempo dedica fuertes sumas de dinero a un fondo de becas de formación de profesores de derecho en reconocidas universidades del mundo, con el fin de que la Facultad respectiva de la Universidad de Costa Rica tenga el cuerpo docente apropiado y que la situación actual requiere. Pero, además, de esta noble labor de financiar la formación de docentes en Europa, el colegio indicado aporta una relevante cantidad de dinero a la biblioteca de la Facultad de Derecho, con el objeto de que los estudiosos de las disciplinas jurídicas tengan a mano la producción correspondiente de vanguardia y esté al día en los adelantos generales y específicos de la Ciencia del Derecho.

Todo este esfuerzo de valía indiscutible que lleva a cabo este colegio, viene a ser complementado mediante cursos de perfeccionamiento para los profesionales en derecho, que vienen a redundar en un idóneo programa de robustecimiento de la calidad y de la cantidad de cedimento del *corpus iuris* costarricense.

Por todo lo anterior cabe, sin duda alguna, reconocer la excelente tarea que lleva a cabo el Colegio de Abogados de nuestra nación y los distinguidos colegas que, al frente de las respectivas Juntas Directivas, han sabido mantener esta antorcha de saber, honestidad y dignificación del gremio de abogados y de la legalidad de nuestra Patria.

V. CONTENIDO DE LA REVISTA Nº 29

a) "Costa Rica: estado social de Derecho".

Se trata de la ponencia presentada por el Lic. Eduardo Ortiz Ortiz, Catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, al Primer congreso latinoamericano de

Derecho Político y Constitucional celebrado en México del 28 de marzo al 2 de abril de 1976.

Es un excelente ensayo jurídico escrito por uno de los más brillantes publicistas del país, en el cual da una bien pensada imagen del desarrollo constitucional de Costa Rica. A lo largo de este medular análisis, el Prof. Ortiz ausculta los orígenes constitucionales, la Carta Magna de 1949, la situación actual político-constitucional, el nacimiento de políticas desarrollistas del Estado, el crecimiento substancial de la carga tributaria, la universalización de la seguridad social, la formación de un amplio sistema público institucional más un estudio sobre las reformas a la Carta Fundamental de 1949 y unos apéndices relativos a esta temática.

Efectivamente, una de las cuestiones que se han puesto de moda en lo que toca al Estado moderno es lo relativo a su naturaleza y función dentro de las exigencias de las sociedades del presente.

Claro está que definir el papel y las consecuencias del aparato estatal en la colectividad de hoy requiere de una fina atención y de un análisis detallado que se fije en los árboles y en el bosque, en el elemento integrador del conjunto y en la totalidad misma.

Así, se han desarrollado tesis que han intentado ubicar el rol del Estado moderno, desde las tareas de policía hasta las del impulso y dirección del desenvolvimiento social, económico y político, pasando por la seguridad social, los servicios públicos, la empresa pública y el gran complejo económico-financiero de las transnacionales con participación estatal.

Por ello, la concepción del "Estado social" como punto de evolución del "Estado-gendarme", el "Estado-servicio público", el "Estado-empresario", el "Estado del bienestar" y el "Estado desarrollista", constituye una encrucijada para los tecnócratas, políticos, administradores públicos y funcionarios y empleados del sector público, pues los obliga a implementar, diagnosticar y promover políticas pragmáticas sobre el camino, sin la necesaria y prudente razón de lo experimentado y de lo conocido; lo cual conlleva todos los riesgos de posturas y decisiones empíricas, inmediatistas y no siempre bien maduras que pueden llevar al fracaso y al despilfarro recursos materiales y humanos, convirtiendo en una realidad cruda y cruel la falta real de planificación en los países subdesarrollados, del Tercer Mundo o empobrecidos por los fuertes y ricos centros industriales del mundo.

Así, las cosas, el planteamiento que hace Ortiz merece una consideración detenida pues apunta a un aspecto neurálgico de la maquinaria estatal de nuestra sociedad: nada menos que su rumbo, su racionalidad, su crecimiento cuantitativo y cualitativo; y, su destino, que pareciera no manifiesto, sino impuesto por las trivialidades cotidianas del pulso electoral, lo cual configura un actuar de los poderes, de los entes y de los órganos públicos vacilantes, aplanificado, vulgarmente pragmático y derrochador de los fondos del tesoro público, dada la multiplicidad de funciones entre las estructuras del Estado, la inercia e inopia del Servicio Civil, la efectiva descoordinación de las unidades administrativas

públicas y mucho más defectos, fallas y males endémicos y exógenos de la exuberante, creciente, amorfa e ineficiente Administración pública nacional inmersa en ese torbellino de huelgas, aumentos de salarios, enfrentamiento de fuerzas políticas y sindicales, políticos sin formación ni capacidad para el buen manejo de la "cosa pública", etc., etc.

— o —

b) "Observaciones sobre el delito de violación".

Este ensayo está redactado por el Dr. Francisco Castillo González, quien se encuentra efectuando estudios de especialización en Derecho Penal en Alemania, en el Instituto Max Planck. Luego de su formación francesa en Burdeos, el Dr. Castillo encamina su interés y su realización como penalista hacia Alemania Occidental. Esta doble vertiente en su formación como jurista hacen de este profesor un brillante y ejemplarizante intelectual e investigador costarricense.

Los aspectos que analiza el Dr. Castillo son los siguientes: historia de la violación, tipo de violación, penalidad de la violación y el bien jurídico tutelado. Es un *escriti minori* bien montado cuya nota peculiar es el excelente uso que hace de la doctrina alemana correspondiente y de la problemática de la violación en el ordenamiento jurídico germano y costarricense.

La consistencia de este trabajo constituye un enriquecimiento palpable al Derecho penal de Costa Rica, cuya trama es también detectada en esta investigación, a propósito de la figura delictiva citada.

— o —

c) "La teoría del negocio jurídico frente a la legislación civil costarricense".

El Dr. Gastón Certad, de formación italiana, pronunció esta conferencia en el auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica el 1 de marzo de 1976, a modo de inauguración del curso lectivo recién concluido.

El Profesor Certad, pertenece a la Cátedra de Derecho Privado, caracterizándose por su dedicación a la docencia y a la investigación.

En esta conferencia inaugural del curso lectivo del año pasado, el Dr. Certad propone las direcciones centrales y más conflictivas de una figura clásica, pero siempre en renovación continua, cual es la del denominado "negocio jurídico".

Mediante la inteligente utilización de tratadistas italianos, el Prof. Certad localiza la temática del negocio jurídico en su coyuntural desarrollo actual: lo cual queda debidamente complementado, con la cita de jurisprudencia nacional actualizada que concede al problema de ese negocio un interés concienzudo y fundado.

Este Profesor termina su brillante exposición manifestando que "la más seria de todas las fallas que presenta el Código Civil de Costa Rica es la de la falta de sistematización y la ausencia de una tesis vertebral

sobre el negocio jurídico que le de consistencia a las expresiones de voluntad, fruto de la propia autonomía contractual, en el campo del derecho privado.

— o —

d) "El servicio social en Costa Rica".

El campo del servicio social en nuestro país ha venido transitando por las más variadas apreciaciones, direcciones y criterios. Por esta razón, el estudio de la profesora Licda. Laura Guzmán Stein tiene el mérito de cuestionar, desde su perspectiva y dimensión, este sector profesional tan importante para el destino de la sociedad nacional.

Lo más valioso de la investigación de la Licda. Guzmán es el constituir su testimonio personal y profesional sobre esta carrera universitaria cuya vocación y entrega es un aval indispensable para aquellos seres humanos que han hecho de sus vidas una labor de servicio hacia a la comunidad, por un lado; y, por otro, los peligros que significa la burocratización de las profesiones y del Hombre cuando se piensa en el reto que implica la respuesta a problemas comunales y sociales. Por estos motivos la lectura de este serio trabajo inducirá a reflexionar a los estudiosos de esta área del conocimiento y de la *praxis* humana.

— * —

Reflexión sobre el contenido de esta revista.

Este N° 29 de la revista citada viene a reflejar el pensamiento y la preocupación de los que se han impuesto a sí mismo la dura pero fértil tarea de elaborar *teoría* en una nación que como la nuestra está necesitada de ideas consistentes para orientar la *acción*.

Contiene esta revista cuatro ensayos divididos de esta manera: derecho público, el del prof. Ortiz; derecho penal, del Dr. Castillo; derecho privado, a cargo del Dr. Certad; y el último ensayo, sobre servicio social de la profesora Guzmán.

Expresamos nuestros deseos de que tales escritos sean bien recibidos por los trabajadores del intelecto y por todos aquellos interesados en estos problemas.

Reconocimiento a la labor efectuada

El Poder Judicial, el Colegio de Abogados y la Universidad de Costa Rica, por medio de la Facultad de Derecho, merecen un reconocimiento especial por su labor desplegada en apoyo de la modernización del Derecho costarricense, a la par del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo.

Es de suyo justo reconocer este tributo a la legalidad y a la estabilidad de la nación llevada a cabo por tales centros de poder y de influencia político-jurídica; ya que la senda que se ha marcado con realizaciones así lo impone.

El campo del estudio social en nuestra país ha venido transformándose por las más variadas circunstancias, técnicas y científicas. Por esta razón el estudio de la conducta humana, tanto en el individuo como en la sociedad, ha experimentado un desarrollo extraordinario en los últimos años. Este desarrollo se ha dado en forma de un movimiento que ha llevado a la investigación de la conducta humana a un nivel más profundo y más amplio que nunca antes. Este movimiento ha sido el resultado de la aplicación de los métodos científicos a la psicología y a la sociología, lo que ha permitido un mayor conocimiento de la conducta humana en sus aspectos más íntimos y más complejos. Este conocimiento es esencial para comprender mejor a la sociedad y a la cultura humana, y para encontrar las mejores formas de mejorarla y desarrollarla.

El estudio de la conducta humana es un campo que ha experimentado un desarrollo extraordinario en los últimos años. Este desarrollo se ha dado en forma de un movimiento que ha llevado a la investigación de la conducta humana a un nivel más profundo y más amplio que nunca antes. Este movimiento ha sido el resultado de la aplicación de los métodos científicos a la psicología y a la sociología, lo que ha permitido un mayor conocimiento de la conducta humana en sus aspectos más íntimos y más complejos. Este conocimiento es esencial para comprender mejor a la sociedad y a la cultura humana, y para encontrar las mejores formas de mejorarla y desarrollarla.

El estudio de la conducta humana es un campo que ha experimentado un desarrollo extraordinario en los últimos años. Este desarrollo se ha dado en forma de un movimiento que ha llevado a la investigación de la conducta humana a un nivel más profundo y más amplio que nunca antes. Este movimiento ha sido el resultado de la aplicación de los métodos científicos a la psicología y a la sociología, lo que ha permitido un mayor conocimiento de la conducta humana en sus aspectos más íntimos y más complejos. Este conocimiento es esencial para comprender mejor a la sociedad y a la cultura humana, y para encontrar las mejores formas de mejorarla y desarrollarla.

El estudio de la conducta humana es un campo que ha experimentado un desarrollo extraordinario en los últimos años. Este desarrollo se ha dado en forma de un movimiento que ha llevado a la investigación de la conducta humana a un nivel más profundo y más amplio que nunca antes. Este movimiento ha sido el resultado de la aplicación de los métodos científicos a la psicología y a la sociología, lo que ha permitido un mayor conocimiento de la conducta humana en sus aspectos más íntimos y más complejos. Este conocimiento es esencial para comprender mejor a la sociedad y a la cultura humana, y para encontrar las mejores formas de mejorarla y desarrollarla.

INTRODUCCIÓN - I. CONSTITUCIÓN - II. ANTECEDENTES - III. LA CONSTITUCIÓN ACTUAL - IV. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

COSTA RICA: ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Prof. Eduardo Ortiz Ortiz

El estudio de la conducta humana es un campo que ha experimentado un desarrollo extraordinario en los últimos años. Este desarrollo se ha dado en forma de un movimiento que ha llevado a la investigación de la conducta humana a un nivel más profundo y más amplio que nunca antes. Este movimiento ha sido el resultado de la aplicación de los métodos científicos a la psicología y a la sociología, lo que ha permitido un mayor conocimiento de la conducta humana en sus aspectos más íntimos y más complejos. Este conocimiento es esencial para comprender mejor a la sociedad y a la cultura humana, y para encontrar las mejores formas de mejorarla y desarrollarla.

El estudio de la conducta humana es un campo que ha experimentado un desarrollo extraordinario en los últimos años. Este desarrollo se ha dado en forma de un movimiento que ha llevado a la investigación de la conducta humana a un nivel más profundo y más amplio que nunca antes. Este movimiento ha sido el resultado de la aplicación de los métodos científicos a la psicología y a la sociología, lo que ha permitido un mayor conocimiento de la conducta humana en sus aspectos más íntimos y más complejos. Este conocimiento es esencial para comprender mejor a la sociedad y a la cultura humana, y para encontrar las mejores formas de mejorarla y desarrollarla.

SUMARIO

Introducción. - I. Constitución. - II. Antecedentes. - III. La Constitución de 7 de Diciembre de 1949. - IV. La Situación Actual. - V. Las Reformas a la Constitución de 1949. - Conclusión. - Apéndice I. Apéndice II.

INTRODUCCION

Para describir y analizar nuestro régimen de gobierno, conviene tomar en cuenta que se trata de una condensación de valores y preferencias en lo social y en lo histórico, sin los cuales nada adquiere sentido político. En tanto que valores, son puntos de referencia de una elección individual del prócer o del gobernante, frecuentemente explorable por su personalidad más que por el medio ambiente. El genio individual juega casi tanto como la sicología colectiva en nuestra historia política y es especialmente determinante de las múltiples diferencias que esta última enseña frente a las de los otros pueblos centroamericanos.¹ Expliquemos cuáles son esos valores.

Legalidad, paz e igualdad, y legalidad el primero y fundamental, aunque no el supremo. Se trata más bien de una urgencia de normalidad, como ingrediente de la buena disposición para el trabajo y para la convivencia diaria, sin el cual no habría para el costarricense cordialidad ni civilidad posibles. Y así como un ilustre autor ha hablado en general del "sentimiento constitucional", bien podría hablarse, en cuanto a Costa Rica y a los costarricenses, de un "sentimiento de la legalidad", modo de sentir y reaccionar con apego y familiaridad frente a la ley, incorporado a la sicología de un pueblo.² No es que el costarricense crea siempre justa la ley, sino que cree siempre peor o más injusta la solución opuesta, consistente en la violencia o en la arbitrariedad personal. Cuando nos llegó la nueva de nuestra independencia de España, en Octubre de 1821, apenas hubo tiempo para concertar el estatuto del nuevo régimen y escasamente dos meses después, empujados por la prisa de asegurar la normalidad, los costarricenses se habían dado ya —a través de la respectiva Constituyente— su primera Constitución, que simbólicamente llamaron el Pacto de Concordia, el 1º de diciembre de 1821.

¹ VARGAS BONILLA, Ismael Antonio, "El constitucionalismo Costarricense", El Constitucionalismo a Mediados del Siglo XIX, Obra Colectiva (Publicaciones Facultad de Derecho U.N.A.M., Tomo I, 1957), pág. 448.

² LOWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución (Ediciones Ariel, Barcelona, 1964) págs. 200 y siguientes. Referencia específica a Costa Rica en este sentido en el muy buen artículo de Vargas Bonilla, antecitado, op. cit. pág. 454 y 455. Véase también Peralta Quirós, Hernán. Las Constituciones de Costa Rica (Inst. Estudios Políticos, Madrid, 1962) pág. 5.



Detrás de ese amor por la legalidad, late un deseo intenso de paz social, que frecuentemente toma el cariz de las abdicaciones, sin serlo.

El costarricense entiende que casi toda diferencia es transable y su capacidad para el compromiso parece inagotable. Y nuevamente no se trata de un impulso ciego, sino de una estrategia fundada en una clara jerarquía de valores: la guerra es la liquidación de todo y a ella sólo se puede y se debe llegar para salvar lo más sagrado, de la persona o de la República. El costarricense es capaz de muchas renuncias antes de la violencia, como también —la historia lo demuestra— de muchas violencias antes de la última renuncia, la que pone en juego su vida, su libertad o su propiedad, y esto último con tanto énfasis como lo primero³. Cuando, en 1834, Cartago disputaba a San José la recuperación de la capitalidad de la República, que finalmente no logró⁴, los dos bandos llegaron a un pacto extremo (aunque inoperante) para evitar la guerra, que fue circular la capital por cuatrienios en cada una de las cuatro más importantes ciudades de entonces. A esto se llamó la Ley de la Ambulancia, por lo ambulatorio del intento político, más que de la capital⁵. Y más recientemente, cuando ya había madurado nuestra nacionalidad y nuestra institucionalidad, se dio un pacto imposible fuera de Costa Rica, entre el Partido Comunista y la Iglesia Católica, según el cual, para unirse ambos con el Gobierno del Dr. Rafael Angel Calderón Guardia en la lucha por la consolidación de las Garantías Sociales y la creación de un Código de Trabajo, aquel Partido se disolvería, cambiaría su nombre por el de Vanguardia Popular y apoyaría los programas del Gobierno fundados en las Encíclicas Papales sobre la “cuestión social”, a cambio de la amistad de la Iglesia y del Clero, todo lo cual fue no sólo firmado sino también (religiosa o marxistamente) cumplido. Esto ocurrió en 1943. Amor por las transacciones, que es también amigo de la tolerancia y de la persuasión, como únicos métodos correctos de lucha política^{4 bis}.

³ JIMENEZ, Mario Alberto, “Soberanía Externa y Relaciones entre el Legislativo y Ejecutivo en Nuestra Evolución Constitucional”, Obras Completas II, (Editorial Costa Rica, San José, Costa Rica, 1962) pág. 65.

⁴ Las facciones pro y anti Imperio de Iturbide, alineadas Cartago y Heredia, de un lado (a favor) y, del otro, San José y Alajuela (en contra), chocaron en el Alto de Ochomogo el 5 de abril de 1823, con total victoria del grupo liberal y republicano, que poco tiempo después impondría el traslado de la Capital, de Cartago a San José, por decreto constitucional de 2 de mayo de 1823, que pasó a ser el Art. 16 de la tercera Carta que tuvimos, llamada Segundo Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica, de 17 de mayo de 1823, todo lo cual es vivamente comentado en Ricardo Fernández Guardia, *La Independencia*, Imprenta Lehmann, 1970, págs. 81, 82, 92 y 94.

⁵ Leyes de la Ambulancia de 13 de marzo y de 27 de mayo de 1834.

^{4 bis} Acerbamente criticado por partidarios que le enrostraban excesiva indulgencia con sus enemigos políticos, después de llegado a su tercera Presidencia, contestó una vez don Ricardo Jiménez Oreamuno, principal prócer y conformador de nuestra democracia liberal en la primera mitad de este siglo: “Quien vence a un enemigo, conserva un enemigo: quien lo convence, puede ganar un amigo”.

Todo lo cual es incompatible con las grandes distancias sociales y proclive a la igualdad en todos los órdenes. Más que una aspiración contra el mejor o más rico, nuestro deseo de igualdad es una pasión individual y generalizada por el mejoramiento económico de cada uno, casi diríase la codicia elevada a rasgo nacional del costarricense. A quien, por otra parte, importan cada vez menos los valores morales y le es cada vez más grata la compañía del bienestar o de la riqueza materiales, quizás por el aguzado sentido del placer propio de todos los codiciosos. Al costarricense se le antoja más fácil la igualdad en el tener que en el ser y no es tan ambicioso en punto a virtudes, que más bien le son poco dilectas. Amamos tanto la igualdad que todos queremos ser propietarios, aunque, por otro lado, odiamos la heroicidad y la excelencia, que sospechamos, sin reconocerlo, como las únicas formas legítimas de desigualdad, de imposible o muy difícil participación.

— Y queremos a tal punto ser iguales en el tener, que la propiedad y el consumo son verdaderas e irracionales aficiones del costarricense, tanto com símbolos ambicionados de felicidad individual y de status social. Esta desmedida inclinación por el patrimonio y sus goces parece bien explicable como complejo de pobre, que se sabe no es propio de quien fue rico en su infancia, aunque llegue a no pudiente después. Veremos que la miseria fue la más tenaz y deprimente compañera de nuestra vida colonial toda y de gran parte de nuestra primera Independencia, y que la falta de riqueza natural sigue siendo uno de los mayores, sino el principal, problema de nuestra economía —tanto como de nuestra política. Para alcanzar esa igualdad en el tener, y más allá todavía, esa capacidad irracional de consumo, con tan poco que repartir, el costarricense y su Estado han sido siempre —como suele decirse ahora— “desarrollistas”. El costarricense sabe que la igualdad y la libertad, y, sobre todo, la propiedad, que empiezan de la mano, terminan de las greñas: la igualdad siempre ha sido en Costa Rica el enemigo común de las otras dos. Buen concedor de ello, el costarricense ha aceptado siempre con facilidad la intervención conformadora del Estado y éste ha procurado al máximo el desarrollo de sus derechos y capacidades. Este “desarrollismo” estatal precoz ha tenido en Costa Rica tres típicas manifestaciones: fue político en la época del Estado gendarme, educacional en los albores del Estado árbitro (y no parte en los conflictos colectivos) y económico en las vísperas del Estado empresario*

Las Constituciones de Costa Rica han tenido siempre una parte dogmática muy generosa con el individuo y sus libertades, y nuestro ordenamiento ha perfeccionado lenta, pero sostenidamente, una maquinaria electoral de excepcional eficiencia para asegurar una auténtica representación popular. Costa Rica ha emprendido temprana y masiva-

* Primer Apéndice de este trabajo es el resumen del temprano esfuerzo de nuestro Estado por mejorar la condición del costarricense en lo electoral, lo educacional y lo económico, como se verá.

mente sus campañas de alfabetización y de extensión en todos los niveles de la enseñanza y ello se refleja no sólo en su bajo índice comparativo de analfabetismo, sino igualmente en sus altos índices de población estudiantil en todos los otros niveles educativos y, hoy en día, en el propiamente universitario⁶. Costa Rica ha fundado empresas públicas pioneras en Centro y Latinoamérica, que abrieron los ojos al Estado sobre la posibilidad de pasar al monopolio o a la competencia con el particular, en campos antes estrictamente comerciales o industriales, hasta entonces vedados a él.

Todo lo cual ha culminado en una fiebre "institucionalizadora", peculiarmente nuestra, que opera a través de una "legislación motorizada"⁷, a nivel constitucional y ordinario, con pretensión de encapular en la norma la evolución política y económico-social del país.

A cada etapa de la misma corresponde una Constitución con todas sus reformas, que son fiel espejo de las tendencias y necesidades dominantes de la sociedad y de la época. En Costa Rica es imposible o, en todo caso, altamente insuficiente, explicar trazos políticos sin correlacionarlos con instituciones y técnicas jurídicas positivas, muchas veces constitucionales también, otras de origen legislativo, pero siempre derivadas de la filosofía o disposiciones de la Carta Política.

Muchos e importantes son los "antis" y los "pros" que nacen de las tendencias y valores apuntados.

En primer término, el costarricense es antimilitarista, con lo que va dicho que en Costa Rica no tenemos ejército y, además, que vemos mal al militar. El ejército está hoy prohibido por el Art. 12 de la Constitución, que excepcionalmente permite la existencia de fuerzas militares por convenio internacional y para la defensa del país, y normalmente sólo las de policía para preservar la seguridad y el orden públicos; pero la tradición antimilitarista que justifica la norma puede advertirse claramente si se observa que Tomás Guardia, el primer costarricense que llegó a Presidente siendo militar; tomó posesión de Costa Rica. La cincuenta años y ocho golpes de Estado después de la proclamación de la Independencia, sin que antes un sólo general costarricense hubiese tenido prestigio o poder político suficiente para instalarse al frente del Gobierno, no obstante el triunfo de las asonadas o "cuartelazos" diri-

gidos por él⁸. Y el único otro militar que había logrado anteriormente ascender a la Jefatura de nuestro Estado, el ilustre prócer unionista Francisco Morazán, era hondureño y murió sepultado por el odio del pueblo, mucho más que por las balas que acabaron con él delante del paredón, sin cargos ni juicio previos y en circunstancias altamente censurables, pero reveladoras de una absoluta impopularidad. No sólo

⁸ Nuestro siglo XIX fue azaroso y lleno de asonadas y cuartelazos. Ocho de ellos enseñaron bien al costarricense el peligro y la corrupción naturales en todo poder militar. Fue nuestro primer golpe el que fraguó don Braulio Carrillo contra don Manuel Aguilar, el 27 de mayo de 1838; en 1842 Francisco Morazán, prócer unionista hondureño, valiéndose de la traición de un general salvadoreño (Villaseñor), derroca a Carrillo, para ser a su vez tumbado y fusilado el 5 de setiembre de 1842, sin juicio previo, por fuerzas al mando de don Antonio Pinto Castro, quien, en lugar de tomar el poder, lo cede a don José María Alfaro; poco después, el 7 de junio de 1846, los militares quitan del poder a don José Rafael Gallegos, para poner nuevamente en su lugar a don José María Alfaro; el 15 de noviembre de 1849 los militares imponen la renuncia de su primer mandato al Dr. José María Castro Madriz, apenas dos años y medio después de su inauguración; el 14 de agosto de 1859 cae don Juan Rafael Mora Porras, derrocado por un golpe militar a cuya cabeza aparecen, por primera vez, los coroneles Máximo Blanco y Lorenzo Salazar, quienes hasta entonces habían complotado en puestos de segundones, pero que desde entonces y por diez años más seguirían quitando y poniendo gobernantes, sin ascender nunca personalmente a la Jefatura de Estado; en 1859, efectivamente, colocan en ella a don José María Montealegre, cuñado de don Juan Rafael, a quien aquel hará fusilar poco tiempo después, sin brizna de piedad. El 11 de noviembre de 1868 los mismos dos coroneles derrocan a don José María Castro Madriz y lo sustituyen por don Jesús Jiménez Zamora, a quien, por turno, deponen por nuevo y pintoresco golpe, para don Tomás Guardia, el 27 de abril de 1870, y llega así al poder un militar por primera vez en la historia de Costa Rica. A lo largo de todo este proceso juegan y deciden los próceres civiles de nuestra patria, don Jesús Jiménez y don José María Castro, por ejemplo, que organizan y hacen marchar los movimientos militares contra nuestra democracia decimonónica, sin escrúpulos institucionales de ninguna especie. El grave desasosiego político del siglo pasado enseñó que el militar tanto manda como obedece y que es siempre, por su propia formación de tal, un instrumento indeseable de pasiones políticas propias o ajenas. Su prestigio en la Costa Rica pasada fue poco, aunque decisivas sus acciones. Ocho "golpes" pasaron antes de que llegara a la Presidencia el primero de ellos, y en total sólo cuatro (Guardia, Fernández, Soto y Tinoco) la han logrado en nuestra historia, pues, como dice don Ricardo Fernández Guardia, nuestro historiador, "los jefes militares autores de esas tropelías, que siempre obedecieron a intrigas de traficantes políticos, nunca pensaron en aprovecharse personalmente de las circunstancias que ponían en sus manos los destinos de la Nación, tal era el respeto que inspiraban entonces las altas funciones del Estado, que nunca habían sido por nadie prostituidas" (Cartilla Histórica de Costa Rica, Imprenta Lehmann, 1955), pág. 78. La cita última es optimista y benigna con nuestra historia política, pues, como se vio, las instituciones patrias sí fueron repetidas veces mancilladas por militares, pero revela bien el ambiente popular de respeto casi místico a aquellas, que impedía a los generales —por temor a la reacción popular— adueñarse del poder y cubrirlo con su sombra de sangre y violencia. Sangre hubo, sin embargo, y fue el siglo pasado el que vio algo único y dicho-samente no repetido en nuestra historia, los fusilamientos de Morazán, de Mora y del General José María Cañas con barbarie indigna de la posterior evolución política del país.

⁶ Informe del Rector, 1974-1975, Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1975, pág. 9: "La matrícula total en 1975, por recintos, es como sigue: Rodrigo Facio: 22.375; San Ramón: 2.340; Turrialba: 499 y Guanacaste: 628". Este dato corresponde únicamente a la Universidad de Costa Rica. La Universidad Nacional ha informado haber tenido una matrícula, en 1975, de 7.574 estudiantes, cuyo índice de deserción desconocemos.

⁷ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial, Editorial Tecnos, 1970, pág. 30, donde el autor, alrededor del tema de la superproducción normativa, llama así a la que se da a través de reglamentos.

eso: ya en 1869 el Presidente Jesús Jiménez, padre de don Ricardo y otro de nuestros grandes próceres advenidos al poder por un incruente cuartelazo, —lo que fue frecuente en nuestro pasado siglo— forzó la renuncia deshonrosa y pública de los militares que lo habían fraguado en su beneficio (los coroneles Blanco y Salazar, de triste memoria decimonónica) y cuando —por otro golpe— Guardia ascendió al poder un año después, en 1870, no sólo pudo enfrentarse a las clases capitalistas que intentaban perpetuar regímenes de fuerza a su servicio, sino que dictó medidas inconcebibles en un militar, como la abolición de la pena de muerte, que todavía está vigente en Costa Rica.

Más aún: cuando en 1889 don Bernardo Soto Alfaro —otro Presidente militar— ve levantarse contra él a la masa campesina mal armada para exigirle respeto a la elección popular recaída en uno de sus enemigos políticos, don Bernardo rehuye la confrontación con el pueblo, se enfrenta a sus militares acuartelados, los desbanda y, por interpósita mano, la de don Carlos Durán, entrega el poder seis meses después a don José Joaquín Rodríguez, su adversario electo.

Nunca hemos tenido escuelas ni politécnicos para ellos y actualmente casi ningún costarricense estudia milicia, excepto algún descarriado con trasnochados delirios golpistas; la policía de orden y seguridad se recluta, desgraciadamente, de entre el nivel más ignorante y pobre del campesino, y provoca risa o, en todo caso, ningún respeto la vista de un uniforme militar llevado con pretensiones de poder y de grandeza, sobre todo si es llamativo, lo que entre nosotros es más bien símbolo de fracaso, de ignorancia o de charlatanería.

✕ Y por iguales razones de rechazo al extremismo y a la violencia, el costarricense es empedernido anticomunista y antisindicalista. El dogma de la lucha de clases como generadora y reguladora de la historia, o, todavía peor, del triunfo final de los trabajadores contra los demás a través de la revolución y de la violencia, con el colofón de una dictadura del proletariado, es algo que repugna y fácilmente continuará repugnando a la sensibilidad personal, más que política, del costarricense. La progresiva concentración del capital en unos pocos favorecidos, por "telos" inexorable del acontecer humano, cierra la esperanza del cambio social dentro de la paz, que es la creencia última e insobornable del costarricense para enfrentarse a la vida social y económica. Entre una ideología que le ofrezca progreso a través del pacto de clases, y otra que lo lleve al odio, la violencia y el triunfo con rendición incondicional del adversario, como único camino al bienestar y la justicia sociales, el costarricense claramente preferirá siempre lo

Del sentido civil y antimilitar costarricense, después de las duras lecciones del pasado siglo, nos habla PERALTA, Hernán, Las Constituciones de Costa Rica (Instituto de Estudios Políticos, 1962), págs. 123, 126 y 127; CERDAS CRUZ, Rodolfo, La Crisis de la Democracia Liberal, (Editorial Universitaria Centroamericana, Costa Rica, 1975), págs. 57 y 61; y también STONE, Samuel, Los Cafetaleros, Revista de Ciencias Jurídicas, N° 13, Universidad de Costa Rica, Imprenta Lehmann, 1969), pág. 174.

primero y luchará, posiblemente con inusitada violencia, en contra de lo segundo.

Y por todo ello, el costarricense suele ver en el sindicalismo no un remedio, sino un incentivo a la lucha de clases, que a nada conduce. El costarricense siempre tiene prisa, cuando se trata de evitar crisis o de salvar la paz seriamente amenazada. Lo que al costarricense gusta legislar y consagrar son los compromisos que ya lograron la paz, no las victorias que garantizan el odio del vencido y la guerra futura, ni los mecanismos para perpetuar el conflicto, aunque contengan también los necesarios para resolverlo, en eterno retorno. El sindicalismo luce al costarricense como la instucionalización de la guerra y de los medios para mantenerla viva y progresiva entre capital y trabajo, y luce así sobre todo al trabajador costarricense, quien siempre ha preferido que sea el Estado, como árbitro o juez, la fuente de su justicia y de sus reivindicaciones sociales. Ha sido un Estado providencial, no una clase obrera agresiva, lo que ha dado a Costa Rica sus garantías sociales y su Código de Trabajo, y ha sido la clase obrera, pese al Estado, la que ha desertado sostenidamente los movimientos sindicales, que, treinta o cuarenta años después de fundados, sólo alcanzan una mínima fracción de la fuerza de trabajo de Costa Rica⁹. El movimiento sindical costarricense no sólo es pequeño sino que está dividido (entre una tendencia comunista, claramente más fuerte, y otra cristiana y democrática, claramente decadente) y su futuro va unido al del Partido Comunista o al de las otras tendencias ultra izquierdistas, cuyo fracaso electoral a nivel nacional es cada vez más notorio. Nada paradójico resulta, entonces, el hecho de que el sindicalismo haya cobrado fuerza efectiva y conformadora sobre todo contra el enclave bananero del Pacífico, controlado por el capital norteamericano, donde la lucha no parece ser entre hermanos ni contra ellos, sino contra el "imperialismo yanqui",

⁹ La población sindicalizada es de 15.000, según uno de los líderes socialistas nuevos de Costa Rica, Rodolfo Cerdas Cruz, quien es pesimista al enfocar nuestro sindicalismo; ver op. cit., pág. 81. La población de Costa Rica es de 1.931.600 habitantes. (Fuente: Banco Central, Cifra y Cuenta Nacional de Costa Rica. Serie 1960-1973, estimación al 30 de junio de 1974). La población en 1973 fue de 1.871.780 habitantes, distribuída así: 1.111.701 componentes de población rural y 760.070 componentes de población urbana, lo que indica el estilo claramente campesino de nuestra idiosincracia y temperamento y, sobre todo, de nuestra visión política, incluyendo la del sector urbano. (Fuente: Dirección General de Estadística y Censos, Censo de Población de 1973). La misma fuente últimamente citada indica que en 1973 la población activa de Costa Rica fue de 585.313 individuos, a partir de los doce años, y que se integraba con 331.074 componentes rurales y 254.239 componentes urbanos, de todos los cuales había 42.981 desocupados. La gran mayoría de la población inactiva está formada por niños y mujeres, las cuales guardan en Costa Rica un status jurídico de igualdad completa con los hombres, ante quienes titulan, además, derechos naturales exclusivos (como los descansos pre y postnatales, etc.), pero, simultáneamente, un status ocupacional bastante inferior, con salarios menores y esferas laborales vedadas (como las correspondientes a todos los cargos de alta confianza: gerentes, presidentes o consejeros sociales, los cuales están normalmente desempeñados por hombres).

el "enemigo" común a todos. Cierta es que en el Valle Central —el altiplano matriz de nuestra historia— se dan cada día más conflictos sindicales, pero la mayoría se solucionan por convenciones colectivas logradas en negociación directa, sin intervención ni de la Administración Pública ni del Juez, por acuerdo del sindicato con el empleador y, cuando hubo intervención, fue más por la vía conciliadora del Ministerio de Trabajo que por fallo o laudo judicial. El sindicato costarricense, como todos los costarricenses en otros campos, prefiere claramente la transacción a las huelgas y el contrato al laudo o a la sentencia judicial. Después de casi 35 años de Código de Trabajo y de reconocimiento legal y constitucional de los sindicatos, no hay en Costa Rica fuero sindical que proteja al líder obrero contra los despidos y las represalias patronales, y no lo hay básicamente porque tampoco interesa que lo haya a la clase trabajadora, que nunca ha presionado en forma decisiva y a nivel nacional para alcanzarlo y que, ayuna de legislación al respecto, tampoco ha intentado seriamente suplir esa deficiencia en las convenciones colectivas, tanto por miedo a agriar sus relaciones con el capital, como para evitar —y esto nos parece lo más seguro— la aparición de un verdadero líder del proletariado, carismático y heroico, que la arrastre a una guerra santa contra el capital en defensa de ella misma, con segura pérdida de la paz social y eventual destrucción de todo lo ya ganado en el campo laboral y político¹⁰.

A nuestro trabajador —como al costarricense en general— no le gusta arriesgarlo todo por una causa, ("jugársela entera", como popularmente decimos aquí), ni mucho menos que le impongan desde arriba el heroísmo o la virtud del desprendimiento.

* En un país así el Estado tendrá que ser no sólo policía y empresario, sino también árbitro y benefactor, y siempre lo ha sido. Ha habido en Costa Rica la tradición de una sociedad muy quieta, a la par de un Estado muy activo, en materia de conquistas sociales. De donde el "pedigüeñismo" político del costarricense.

Para el costarricense el Estado es, sobre todo, la gran providencia. Al Estado se le pide todo y todo se espera de él. El costarricense prefiere que el progreso social lo haga el Estado, no el individuo, el grupo,

¹⁰ Los conflictos colectivos en el agro, en el sector público y los que promueve un sindicato, deben resolverse por arbitraje judicial obligatorio en Costa Rica, según los Arts. 56, 368, 369 inciso a) y 521 del Código de Trabajo, con paralela prohibición de huelgas, que sólo los grupos de trabajadores de otros sectores, no un sindicato, pueden llevar a cabo. Es revelador que a los sindicatos costarricenses se les haya privado del derecho a la huelga, lo que también hace ilegal su actividad para promoverla. Es por ello, quizá, que son mucho más frecuentes en Costa Rica las convenciones colectivas que las huelgas: de 1968 a 1974 se celebraron 94 convenciones de las cuales 75 en el sector privado, con fiel reflejo de la realidad económica nacional, pues la mayor parte tuvo lugar en la agricultura y, en orden decreciente, en el sector industrial y, finalmente, en el de servicios. (Ver al respecto Elizabeth Odio y Abel Castro, Convenciones Colectivas celebradas en Costa Rica entre 1968 y 1974, 1976, Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Social, Publicaciones de la Universidad de Costa Rica) págs. 16 a 19 y 32 y 35.

la clase ni la empresa¹¹. Hay aquí una histórica división del trabajo en virtud de la cual la sociedad crea riqueza y el Estado la reparte, después de un largo debate inconcluso entre las clases acomodadas (la alta y la media profesional) y las pobres (la campesina, la obrera y la media sin título). Las clases transigen siempre o casi siempre, a condición de que el Estado sea árbitro y notario del pacto, nuestra única garantía de veracidad, moderación y progreso colectivos. La Casa Presidencial, el Despacho del Ministro o la Asamblea Legislativa, suelen ser las sedes de negociación para las grandes inversiones o los grandes problemas nacionales. Hacer política en Costa Rica ha sido y es cada día más —triste es decirlo— la forma de colocar en el poder al gobernante amigo, de quien se espera el beneficio económico personal o de clase, muchas veces la salvación de una empresa o de una posición económica de poder. Y de ahí el personalismo y el encarnizamiento de la política costarricense, como si se arriesga el pan o la prosperidad de cada uno, no el bienestar ni el futuro de un pueblo. Para el costarricense el voto es una decisión intuitu personae, de confianza en el candidato de más dadivosa imagen, y la política un arte de acertar en

¹¹ Un ex-presidente, don José Joaquín Trejos Fernández, y un candidato a la Presidencia, don Rodrigo Carazo Odio, lamentan este "pedigüeñismo" político, que miran como un daño paternalismo estatal, con palabras reveladoras. Dice el ex-presidente Trejos:

"Nos estamos haciendo todos demasiado dependientes del Estado y de los políticos. El costarricense ya no hace nada por sí mismo. Ha perdido el concepto de creación colectiva, de obra comunitaria, de trabajo asociado. Es un hombre que está siempre a la espera. A la espera, por supuesto, de la ayuda oficial y de esta manera nunca tendremos un real y acelerado desarrollo. Como contrapartida de esta actitud general del costarricense tenemos la del Estado. Porque el costarricense lo espera todo del Estado, el Estado se torna hartamente generoso, dispensioso, manirroto, y, en suma, derrochador. Fíjese usted como es el mismo fenómeno, dos caras de la misma moneda. El Estado derrocha porque el ciudadano lo espera todo de él y sabe, consecuentemente, aprovechar, para disponer alegremente de los recursos, esta actitud". (Enrique Benavides, Nuestro Pensamiento Político en sus Fuentes, Imprenta Trejos, 1975, págs. 53 y 54).

El candidato Carazo piensa muy parecido:

"El costarricense ha venido haciendo un abandono progresivo de sus responsabilidades, ha venido desertando de sus derechos propios y perdiendo fe en las posibilidades y éxitos de su voluntad y de iniciativa propia e independiente. Los problemas del país no se resuelven porque no pueden resolverse desde el Estado, sin la participación del pueblo y esa participación del pueblo, de las comunidades, no existe realmente en Costa Rica... "El Estado se hace cada vez más paternalista y en tal condición asume las responsabilidades que el ciudadano rehuye y el costarricense a cambio de la independencia que entrega, deja que le resuelvan sus problemas... Esta es la tragedia de nuestra educación política. No hay noción del esfuerzo propio. Todo el proceso institucional y de avance económico y social del país está marcado por iniciativas oficiales. Por eso le digo que la tarea más importante es educar políticamente al pueblo, enseñarle a resolver él mismo sus propios problemas, inducir a las comunidades y a los trabajadores y a los empresarios a tomar la iniciativa en cada caso y no simplemente a formar frentes o grupos de presión para forzar al gobierno a que resuelva sus situaciones". (Idem, págs. 37, 38 y 39).

esa elección. De ahí la importancia del candidato, de su persona, su familia y sus relaciones públicas, que son mucho mayores que las de su partido.

El más inmediato reflejo del personalismo político en Costa Rica es la muy poca capacidad del costarricense para formar partidos ideológicos de los que se dicen "permanentes" y que nacen y se mantienen alrededor de metas y estrategias sociales, sin aporte decisivo e intransferible de una personalidad o de un líder¹². En política el costarricense es y fácilmente seguirá siendo "personalista", y toda nuestra vida política en los últimos veinticinco años ha girado alrededor de líderes, no de ideologías, respecto o dentro de las cuales casi no hay divergencias fundamentales, en ocasiones ni aún con el jefe comunista más importante del país, y esto no porque aquellos líderes se hayan acercado al socialismo, sino porque éste último piensa cada vez más o, mejor dicho, cree cada vez más, como el resto de los costarricenses, en la legalidad y en la paz¹³.

¹² Ver BENAVIDES, Enrique, Idem. págs. 43, 60 y, sobre todo, págs. 147 y siguientes, donde un testigo muy calificado de nuestra política nacional, don Daniel Oduber Quirós, actual Presidente de la República, manifiesta claramente: "Yo diría que el Partido Liberación Nacional es algo más que una maquinaria electoral y algo menos que un partido. El peso de sus grandes líderes, de Figueres y Orlich principalmente, ha sido muy grande y eso explica que aún no hayamos superado del todo la etapa personalista. Sin embargo, yo creo que conmigo termina ya ese primer lapso de la historia política del partido y que a partir de ahora mismo Liberación Nacional adquirirá una estructura más colectiva, más partidista, sobre todo bajo la influencia de los nuevos cuadros y de las nuevas tareas". Véase también BAKER, Christopher, Asamblea Legislativa de Costa Rica, Una Evaluación Preliminar de su Función Decisoria. Revista de Ciencias Jurídicas N° 18, Imprenta Lehmann, con traducción del Prof. Ronald Fernández Pinto, págs. 386 y 387.

¹³ Es extraordinario oír palabras como las siguientes en boca de un líder comunista, el más importante en Centro América: "este pueblo ama sobre todas las cosas la libertad y es, además, el costarricense, un legalista. A los costarricenses hay que dejarlos hablar, criticar, protestar. La prensa nunca debe ser menguada en Costa Rica porque al costarricense le gusta decir lo que piensa y a veces con esto se satisface y sosiega" (BENAVIDES, Enrique, op. cit. pág. 21). Manuel Mora Valverde, autor de esas palabras, ha dicho estas otras: "una posición marxista bien entendida debe apoyar un desarrollo de la economía nacional y, en general, una política desarrollista que no enajene nuestras riquezas a monopolios extranjeros, y que estén en manos de empresarios costarricenses y del Estado costarricense. Sin desarrollo y sin producción las políticas sociales y los proyectos contra la miseria extrema son falsos". (BENAVIDES, Enrique, Idem. pág. 23).

Nunca hemos leído nada parecido de otro líder comunista, dentro o fuera del país, ni manifestación más rotunda de fe en la libertad, en el Estado y en la empresa privada como agentes de desarrollo y de cambio, a condición de que sean auténticamente nacionales y no poderes cautivos del dólar (o del rublo?). Véase CARVAJAL HERRERA, Mario, Political Attitudes and Political Change in Costa Rica, 1972, Tesis inédita de doctorado en Ciencia Política, presentada ante la correspondiente unidad académica de la Universidad de Pennsylvania, 1972, pág. 54: "Entrevistas con varios de sus líderes (del partido comunista llamado Vanguardia Popular), reflejan un énfasis a favor de la evolución, más que en favor de la violenta revolución como estrategia para el cambio. La

Para el costarricense, que no admite líderes ni luchas perpetuas en otros campos, la única esfera lícita de permanente confrontación y de indiscriminada adoración de un líder, es la política nacional, la que envuelve la conquista del aparato estatal, que depende de todos, pero que a todos domina. Falto de fe en la capacidad de otros grupos para alcanzar sus pequeños ideales o resolver sus grandes conflictos, básicamente patrimoniales, el costarricense medio depende del Estado para su vida colectiva y su progreso, que así es todo para su bienestar y su futuro económico.

De esta obediencia al Estado benefactor, como instrumento de dádivas personales y colectivas, el costarricense —que nunca ha dejado atrás ni en penumbra su preocupación por la paz y la legalidad— ha saltado fácilmente y en forma mucho más racional a un "judicialismo", tan histórico y fuerte como su presidencialismo. El gran contrapeso del Poder Ejecutivo y de su Presidente ha sido siempre para el costarricense medio, no el Poder Legislativo, o no sólo éste, sino el Poder Judicial. Es el clásico balance, histórico y efectivo en Costa Rica, entre prerrogativa y garantía, el punto de equilibrio donde se asienta todo el derecho público universal.

Confianza cauta y prudente, o miedo disimulado y controlado, esa ha sido la actitud tradicional del costarricense ante el Presidente y su poder. Cuando hicimos nuestra primera Constitución (el Pacto de Concordia) limitamos fuertemente al Ejecutivo —lo que cambiamos— pero consagramos irrestricta y segura la independencia de los Jueces y para hacerlo acogimos sin reservas la forma amplia y estudiada en que la consagró la Constitución de Cádiz, de corte también pronunciadamente judicialista¹⁴. Este movimiento ha desembocado finalmente en la reforma constitucional vigente que confiere al Poder Judicial como complemento de su autonomía institucional y clásica, otra que pocos Cuerpos Judiciales tienen en el derecho comparado, sobre todo en el latinoamericano, que es la autonomía, garantizada por la asignación constitucional al Poder Judicial de un 6% de la totalidad del Presupuesto de la Nación para el próximo año fiscal.

En síntesis: hay en Costa Rica dos tendencias históricas, claramente definidas y hasta hace poco balanceadas por un común respeto a la

violenta revolución es considerada como incompatible con la realidad y la tradición de Costa Rica; más que la nacionalización de los medios de producción, el programa del partido resalta la necesidad de mejorar las condiciones de los trabajadores y de nacionalizar las empresas imperialistas"...

"Pese a su organización montada sobre un aparato altamente complejo, financiado por múltiples empresas del partido, su mayor enemigo es la actitud tradicionalmente anticomunista de los costarricenses."

¹⁴ PERALTA QUIROS, Hernán, El Pacto de Concordia. (Imprenta Lehmann, 1969), págs. 75 y 76, transcribe el Art. 41 del Pacto, que dice: "En lo judicial, la Junta, como tribunal de protección únicamente, hará que los jueces constitucionales administren pronta y rectamente justicia conforme a la Constitución española y leyes existentes, singularmente la de 9 de octubre de 1812".

ley y a la paz: una dirigida a la igualdad social y económica mediante la intervención autoritaria del Estado, con acelerado sacrificio de la propiedad y de la libertad; y otra que busca lo mismo, pero a través del diálogo y la transacción, con ritmo más lento y amante del pasado y de sus tradiciones. Cada día más la diferencia de métodos envuelve una de valores, porque la circunstancia económica e histórica hace progresivamente difícil el compromiso. El Estado —que aquí es policía y providencia— puede cada día menos con el pesado fardo de una sociedad que no busca las soluciones en y por sí misma, y el costarricense continúa esperándolo todo del Estado, especialmente la nivelación de las clases, con egoísta positividad, que se viste hoy de apatía, para aparecer mañana como resignada conformación. La paz luce artificial y la legalidad no orden ni armazón, sino jáquima o freno. Las dos cosas son necesarias: un intervencionismo fuerte, a condición de que sea honesto y bien estudiado; y una participación ciudadana en los problemas de la comunidad y en los conflictos de clase mucho más activa y despierta, aunque sea en pacto con los gobiernos, a través de los ya conocidos modelos de la administración (pública) concertada. No polarización, sino fusión de tendencias, siempre a través del compromiso, es lo que parece meta y salvación. Veamos los resultados y peripecias de esas dos tendencias en la historia costarricense, desde la Colonia hasta 1949.

I.—CONSTITUCION.

CONCEPTO Y SITUACION ACTUAL EN COSTA RICA.

Es de sobra conocida la existencia de diversos conceptos contrapuestos de Constitución, así como de diversos puntos de vista para su formulación¹⁵. Hoy es principio metodológico aceptado que, sea cual sea el concepto empleado, el conocimiento científico de la realidad política de un pueblo sólo es posible si a la par de su Constitución entendida como norma jurídica fundamental (por la importancia de su materia), se estudia también el mundo real dependiente o correlacionado con esa norma, porque obedece y/o condiciona el contenido de sus preceptos. La clara distinción terminológica sugerida por Jiménez de Parga (bastante más sencilla que la que establece Mortati entre “constitución formal” y “constitución material”) al hablar de “orden constitucional” y de “orden político”, parece útil para nuestro propósito descriptivo de la evolución constitucional de Costa Rica: “constitución u orden constitucional” es un “sistema de normas jurídicas escritas o no, que pretenden regular los aspectos fundamentales de la vida política de un pueblo”, en tanto que “orden o régimen político” es la “solución política efectiva que adopta una comunidad”, el cual, según el mismo autor, puede discrepar o coincidir parcialmente con el primero¹⁶.

El objeto de nuestras líneas será, entonces, analizar tanto el orden constitucional como el político de Costa Rica, en sus últimos 25 años. Lo primero alude a la única Carta Fundamental que hemos tenido durante ese lapso, en tanto que lo segundo hace referencia a los aspectos de la vida costarricense en todos los órdenes relevantes para entender mejor no sólo la efectividad e impacto de aquella, sino también el estado actual y el próximo futuro de la vida política e institucional de Costa Rica.

El análisis de nuestro orden constitucional resulta simplificado por el hecho poco común, ya anticipado, de que hemos tenido una sola constitución escrita en los últimos veintisiete años (desde 1949), que ha sufrido múltiples reformas pero casi ninguna de importancia en

¹⁵ Ver GARCIA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Revista de Occidente, Madrid 1957, Tipología de los Conceptos de Constitución, págs. 33 a 53, lo mismo que Lowenstein, op. págs. cit. 205 a 222.

¹⁶ Ver JIMENEZ DE PARGA, Manuel, *Los Regímenes Políticos Contemporáneos*. (Editorial Tecnos, Madrid, 1974), págs. 24 y 25.

lo que toca a la distribución del poder y a las relaciones entre Gobierno y Asamblea Legislativa, piedra de clave de todo régimen constitucional. Nuestro objetivo al respecto será, entonces, establecer las diferencias básicas con la Constitución de 1871 que la precedió, también de larga duración (desde el 8 de mayo de ese año hasta el 8 de mayo de 1948, fecha del decreto de la Junta de Gobierno, presidida por José Figueres Ferrer, que la derogó); y describir las actuales instituciones políticas costarricenses y su real funcionamiento a partir de 1949, en un período evolutivo pero muy estable de nuestra vida constitucional.

II.—ANTECEDENTES.

A. Origen y tendencias iniciales.

Costa Rica ha tenido 14 Constituciones desde el 1º de diciembre de 1821, fecha del llamado Pacto de Concordia, que fue la primera de ellas¹⁷. De esas 14, sólo este Pacto y otras dos —las de 1871 y de 1949— han tenido longevidad o importancia en la conformación política e institucional de Costa Rica, pues las demás, si bien contuvieron innovaciones y anticipaciones de relieve, nunca encontraron apoyo en la realidad y pertenecen al tipo que Lowenstein denomina “semántico”, sea porque esas innovaciones fueron aisladas y sin contexto normativo, sea porque el sistema como tal vino a ser rechazado por sus defectos

¹⁷ Las Constituciones de Costa Rica han sido las siguientes: a) Pacto de Concordia (también llamado Pacto Social Fundamental Interino), 1º de diciembre de 1821; b) Primer Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica, 17 de marzo de 1823; c) Segundo Estatuto de la Provincia de Costa Rica, 16 de mayo de 1823; ch) Constitución de la República Federal de Centroamérica, 22 de noviembre de 1824; d) Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, 25 de enero de 1825; e) Ley de Bases y Garantías, 8 de marzo de 1841; f) Constitución Política del Estado, 9 de abril de 1844; g) Constitución Política de Costa Rica, 10 de febrero de 1847; h) Constitución Política, 18 de febrero de 1848; i) Constitución Política, 27 de diciembre de 1859; j) Constitución Política, 15 de abril de 1869; k) Constitución Política, 7 de diciembre de 1871; l) Constitución Política, 8 de junio de 1917; m) Constitución Política, 7 de noviembre de 1949. Las Constituciones de 1871 y 1949 han regido más de dos tercios de nuestra vida independiente. Las enumeradas son las constituciones de Costa Rica después de la Independencia, pero debe apuntarse que la de Cádiz, de 19 de marzo de 1812, rigió los últimos años de nuestra Colonia y puede bien reputarse nuestra primera Constitución.

intrínsecos o por fuerzas negativas, principalmente de tipo militar o demagógico¹⁸

El Pacto de Concordia tuvo breve pero determinante vida, pues aunque cesó en 1823, vino a dar forma jurídica y representativa al Gobierno del país en sus primeros pasos independientes y contribuyó así a evitar el vacío jurídico e institucional que podría haber degenerado en los caudillismos y populismos que simultáneamente plagaron a los otros países del área.

La Constitución de 1871 tuvo accidentada pero prolongada vida y en los 67 años que cubre su vigencia la República terminó de madurar sus preferencias políticas e institucionales, con clara inclinación hacia un régimen presidencial reforzado y centralista. Emitida el 7 de diciembre de 1871, por la Constituyente convocada al efecto, es suspendida desde 1876 y hasta 1882 por el General Tomás Guardia Gutiérrez, nuestro primer presidente militar; suspendida desde 1892 hasta 1894 por don José Joaquín Rodríguez, presidente constitucional primero y dictador después, y derogada y sustituida por otra en 1917, “para resucitar en 1919 y vivir hasta 1948”¹⁹, año en que cesó definitivamente por decreto de la Junta Revolucionaria de Gobierno, ya mencionado. Si bien fortaleció excesivamente la figura del Presidente, fue rectamente aplicada por los Jefes de Estado más liberales y respetuosos que hemos tenido, don Ricardo Jiménez Oreamuno y don Cleto González Víquez, quienes llenan con su presencia y su enseñanza cívica todo el primer tercio de este siglo, y quienes nunca abusaron —o sólo relativamente— de su posición para obstruir la marcha de los otros Supremos Poderes u oprimir las libertades. Ello no obstante, el liberalismo abstencionista de corte manchesteriano que instrumentó esta Constitución, evitó la formación de un aparato público adecuado a la creciente complejidad de la vida nacional y provocó un centralismo empírico y personalista. Cuando se dictó la Constitución vigente, fueron motivos principales para hacerlo —aunque no únicos, como se verá— tanto la necesidad de fragmentar y distribuir el poder en bien de las libertades, cuando la de dotar al Estado de una organización apta para las urgentes tareas del desarrollo económico y social.

La Constitución de 1949, que nos rige, es la que ha disfrutado de vida más estable y pacífica, sin suspensiones ni derogaciones y sin

¹⁸ VARGAS BONILLA, Ismael Antonio, Lecciones de Derecho Constitucional Costarricense, (Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1962), pág. 77, así como JIMENEZ, Mario Alberto, op. cit. pág. 173 y 174; y también GONZALEZ VIQUEZ, Cleto, El sufragio en Costa Rica, Obras Históricas, (Editorial Universitaria, Costa Rica, 1958), Tomo I, págs. 115 y siguientes, las cuales últimas contienen el relato mejor de la época de asonadas y militarismo rampante en Costa Rica.

¹⁹ PERALTA QUIROS, Hernán, Las Constituciones de Costa Rica, pág. 100. La Junta de Gobierno que tomó el poder en 1948 derogó la Constitución de 1871 por decreto N° 2 de 8 de mayo de ese año, pero dejó a salvo la vigencia y aplicación únicamente de las garantías nacionales, individuales y sociales, que finalmente quedaron derogadas por la nueva Constitución de 1949.

otros incidentes que las múltiples reformas que ha sufrido, todas por la vía constitucional apropiada. Se trata de una Constitución de freno y corrección de la realidad política heredada de la anterior, aunque claramente más conservadora que amiga del cambio.

Contra lo que suele afirmarse²⁰, la Constitución Federal de Centro América, de 22 de noviembre de 1824, nunca tuvo impacto efectivo sobre la vida política nacional, ni pudo lograr que lo tuviera su hija, la Constitución costarricense de 1825, llamada Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, dictada para darle configuración jurídica como miembro de aquella Federación. Nuestro derecho constitucional fue siempre de origen hispánico, por su fuente material y tendencias históricas, y tiene su principal raíz en la Constitución de Cádiz de 1812, que bien podría llamarse nuestra Primera Carta Fundamental. El Pacto de Concordia la tuvo como supletoria y la llamó, a secas, "la Constitución", y sus instituciones y, sobre todo, su filosofía democrática y liberal, inspiraron y dieron marco a las tres primeras Cartas de nuestra vida independiente²¹. Cuando entró en vigencia para Costa Rica la Constitución Federal Centroamericana, de 1824, así como aquella su criatura, la Ley Fundamental de 1825, el ordenamiento constitucional y político de la Nación ya tenía bases sólidas y no se aclimató en Costa Rica aquel injerto, proveniente de una mala copia de la Constitución Federal de los Estados Unidos.

Costa Rica, en efecto, nunca se adaptó a su condición de Estado Federado y siempre vivió desligada de la Federación y marginada por ella, en angustiosa duda sobre la convivencia del sistema. Durante casi dos años, del 1º de abril de 1829 (fecha de promulgación de la Ley Aprilea, confirmada el 14 de noviembre del mismo año) hasta el 3 de febrero de 1831, antes de abandonarla definitivamente, Costa Rica se salió temporalmente de la Federación invocando esta su ineffectividad política e institucional, para regresar obligada pero siempre con la mira puesta en su plena independencia, que finalmente lograría el 14

²⁰ GUTIERREZ, Carlos José, Síntesis del Proceso Constitucional, Constitución Política Anotada, (Editorial Equidad de Centroamérica, Costa Rica, 1975), pág. XVI

²¹ PERALTA, Hernán, Las Constituciones..., págs. 6 y 9, donde se lee: "Y como el Pacto de Concordia procede de la Constitución de Cádiz, el Derecho Público Costarricense es de origen español, ya que la Ley Fundamental del Estado de Costa Rica de 1825 se incorporó a la fuente peninsular como engranaje que la transformó en la cuarta Constitución de Costa Rica, otorgándole a ésta un valor de colaboración histórica y no de punto de partida, porque vino precedida por tres Constituciones anteriores... "De ahí es que el estudio correspondiente a los años de 1821 a 1824 resulta fundamental en la historia de Costa Rica y más que todo en el análisis de su Derecho Público... Y toda esa múltiple labor, estudiada actualmente con la tranquilidad que da la lejanía, confiere a esos tres primeros años de vida independiente el título de origen, de creación, de fundamento..." (pág. 9). Ver del mismo autor "El Pacto de Concordia", (Imprenta Lehmann, 1969), págs. 37 a 47.

de noviembre de 1838, por decreto constitucional de esa misma fecha²². No basta argüir, para ignorar este hecho y reputar influyente en nuestra vida política la Constitución Federal de los Estados Unidos (a través de la Federal de Centro América de 1824), el carácter unipersonal del Poder Ejecutivo que Costa Rica adoptó en la Ley Fundamental de 1825, por contraposición con el Ejecutivo Colegiado creado por la Constitución de Cádiz. Aquel rasgo de organización constitucional no fue escogido por Costa Rica, sino impuesto por la Federación, cuya Constitución disponía que: "el Poder Ejecutivo (de cada Estado Federado) reside en un jefe nombrado por el pueblo del Estado" (art. 181 ibídem); pero, sobre todo, este Ejecutivo individual se consolidó en Costa Rica en virtud de tendencias y modelos propios del país y de la región, que nada dicen respecto de la Constitución Americana, y más particularmente en Costa Rica como resultado de una evolución hacia la centralización del poder, que ya entonces comenzaba a tomar cuerpo como reacción contra la debilidad del Estado ante la pugna de dos estilos sociales y dos tipos distintos de ideología, geográficamente localizados en un Cartago monárquico, conservador y agrícola, y un San José republicano, liberal y mercantil²³. La pugna acentuará progresivamente la necesidad de y la tendencia hacia un Gobierno fuerte, concentrado en el Poder Ejecutivo, y desembocará en el traslado violento de la Capital (guerra de Ochomogo, de 1823) de Cartago a San José, y en la dictadura de Carrillo, a partir del 27 de mayo de 1838, pero dio su primer fruto en la coetánea aceptación por el costarricense de un Jefe de Estado vigoroso y centralista, opuesto, más que semejante, al débil e impotente Presidente de la Federación de Centro América²⁴.

²² Hablamos de la llamada Ley Aprilea, por la que Costa Rica, sin desconocer sus vínculos federativos, se salió temporalmente de la Federación, dada la total ausencia de ésta en su suelo, correspondida por una franca alienación de Costa Rica frente al sistema. La famosa Ley es el Decreto Constitucional N° 175 de 1º de abril de 1829, que declaró, entre otras cosas: "Por cuanto la Asamblea ha decretado y el Consejo sancionado lo siguiente: Considerando: ... que en vano ha procurado por su parte Costa Rica obrar siempre sin perder de vista el pacto mencionado (la Constitución Federal de 1824); Considerando: que en todo concepto se halla aislada y en absoluta orfandad; atendiéndose en fin a que esta situación le acarrea males incalculables... ha venido en decretar lo siguiente: Aunque el Estado de Costa Rica es uno de los que componen la República Federal Centroamericana, reasume en sí (mientras se restablecen las supremas autoridades generales de la misma) la plenitud de su Soberanía y se declara en ejercicio de ella, sin sujeción ni responsabilidad a otro que a sí mismo".

Este decreto fue revocado por Centroamérica (mediante otro N° IV de 3 de febrero de 1831), pero las situaciones jurídicas consolidadas a su amparo fueron respetadas. Todo desembocó en la separación final de Costa Rica de la Federación, (lo que en nada cambió el panorama político efectivo, a no ser en lo propiamente jurídico) mediante decreto constituyente de 14 de noviembre de 1838, que es nuestra verdadera Acta de Independencia, jurídicamente hablando, y que fue provocada por Carrillo antes de iniciar su dictadura, dándole todo el trámite de una reforma constitucional.

²³ CERDAS, Rodolfo, op. cit. págs. 18, 19 y 20.

²⁴ JIMENEZ, Mario Alberto, op. cit. págs. 79 a 82.

Desde que Juan Mora Fernández asumió, por primera vez, el poder del Estado costarricense como Jefe provisorio, en 1824, y también desde que fue electo Jefe de Estado, el 7 de abril de 1825, actuó como hombre fuerte, y no por obra de la Constitución Federal ni por copia de la de los Estados Unidos, sino bajo la presión de las circunstancias descritas, que, además, deben entenderse a la luz del sentido caudillista y hegemónico del sistema político y administrativo de aborígenes y españoles por igual. Los unos con su "cacique", señor feudal precolombino, y los otros con sus encomenderos, adelantados y gobernadores, son y siguen siendo la principal herencia autoritaria y el más fecundo semillero de nuevos dictadores en Latinoamérica y en Centro América en especial²⁵. De este modo, cuando Costa Rica recuperó su libertad, después de la dictadura de Carrillo, y se dio una nueva Constitución, en 1844, uno de los puntos salientes y más polémicos del respectivo anteproyecto fue la idea de un Ejecutivo Colegiado, integrado por cuatro Tribunales, uno por cada ciudad de las importantes de la época (Cartago, San José, Alajuela y Heredia), que ejercerían conjuntamente el Poder Ejecutivo, en forma similar a la del sistema directorial suizo de gobierno. Hubo seria confrontación entre los partidarios de la innovación (el principal y líder de ellos, el prócer nacional y dos veces ex-jefe de Estado, don Juan Mora Fernández) y los opositores a ella, con el triunfo final para éstos. El Poder Constituyente optó por deschar el sistema de Tribunales y por dar forma al régimen con un Presidente fuerte a la cabeza, verdadero Jefe de Estado responsable por la marcha del Gobierno y del país²⁶. Nunca más afloraron ideas parecidas y desde ese año se tuvo por bueno en Costa Rica el dicho de los presidencialistas de entonces, cuando dijeron que: "la acción del Poder Ejecutivo ni es económica ni expedita si se confiere a muchas manos o si al que lo haya de ejercer se le atan del todo". No en vano ha podido afirmar en 1951 nuestro más agudo y sistemático constitucionalista:

"para nosotros, gobierno quiere decir por excelencia Ejecutivo, para nosotros el principio y fin de toda la cosa pública es el Presidente de la República. El Primer Magistrado llegó a ser la piedra sillar y la cúpula del entero edificio costarricense, al paso que la importancia del Poder Legislativo en los mecanismos del Gobierno sufrió constante menoscabo, de un lado en el derecho, por una tendencia doctrinaria francamente constitucionalista, y de otro, en el hecho, por una serie de recursos extraconstitucionales solapadamente puestos en juego por los titulares del Poder Ejecutivo, para agudizar el desmedro de lo humano del Poder Legislativo" (Mario Alberto Jiménez, op. cit. pág. 33 y 34).

²⁵ GUIER ESQUIVEL, Fernando, La Función Presidencial en Centroamérica, (Editorial Costa Rica, 1973), págs. 22, 34, 36 y 46.

²⁶ JIMENEZ, Mario Alberto, op. cit. págs. 121 a 144; Peralta, Hernán, Las Constituciones..., pág. 13.

B. La evolución económica y política hasta 1948.

Costa Rica nunca ofreció oro ni encomiendas a los conquistadores españoles. Falta tanto de minerales y de metales preciosos, como de numerosa población aborigen, fue una colonia progresivamente pobre y sin una compleja estratificación social. Como no había muchos nativos no hubo necesidad de un gran aparato militar ni clerical que los dominara o catequizara, y como los primeros españoles vinieron por largo tiempo sin sus mujeres, el mestizaje fue casi inmediato, con la desaparición igualmente acelerada del indio desde apenas comenzada la colonia²⁷. Esto produjo homogeneidad racial, ausencia de milicia y un clero escaso y compasivo. La falta de oro obligó al hijodalgo español, tanto como al indio y al criollo, a labrar la tierra con sus manos para sobrevivir, y aunque está ya demostrado que a partir del siglo XVIII especialmente hubo neta división de clases por razones económicas y de sangre, la pobreza fue tan intensa y prolongada que el acercamiento y el mutuo socorro entre ellas fueron necesarios para evitar la agresión contra el rico o la muerte del más pobre, y repartir mejor lo poco que había²⁸.

La Corona española optó en la última etapa de la Colonia, para agravar al máximo la general miseria, por prohibir el comercio del Istmo que no fuera con Perú y Panamá, y sujetó férreamente las Provincias a la Capitanía y Audiencia Generales de Guatemala, a las que había de consultarse o conformarse toda decisión importante de la Gobernación y hasta el rumbo de la economía provincial²⁹.

Todo condujo, en las postrimerías de la Colonia, a un sopor y a un estancamiento económico extenuantes y Costa Rica arribó a la Independencia con una "economía de subsistencia", suficiente apenas para dar al hijodalgo español y a su servidor lo estrictamente necesario para sobrevivir, que fue también lo necesario para estimular la compasión y la mutua ayuda, por encima de las distancias sociales. No hay mejor nivelador social que la común pobreza.

Cuando se establece el monopolio del tabaco, se hace rentable su agricultura y la tierra sin valor se divide en pequeños lotes, que son los aptos para el producto³⁰, y cuando se abre el comercio del café, hacia 1832³¹, hay ya toda una red de minifundios³², que obstaculiza-

²⁷ ARIAS SANCHEZ, Oscar, Los Grupos de Presión en Costa Rica, (Editorial Costa Rica, 1974), pág. 58.

²⁸ STONE, Samuel, Los Cafetaleros, Revista de Ciencias Jurídicas N° 13, (junio de 1969, Imprenta Lehmann), págs. 174 y 175; ARIAS, Oscar, op. cit. pág. 56; y CERDAS, Rodolfo, op. cit. pág. 53.

²⁹ STONE, Samuel, Los Cafetaleros, op. pág. 171; ESTRADA MOLINA, Ligia, La Costa Rica de don Tomás de Acosta, (Editorial Costa Rica, Costa Rica, 1965), págs. 67 a 71, especialmente la página 69; y nuevamente STONE, La Dinastía de los Conquistadores, pág. 77.

³⁰ CERDAS, Idem. págs. 18 y 19.

³¹ STONE, La Dinastía..., pág. 79.

³² CERDAS, Idem., pág. 55 y Stone, La Dinastía... Págs. 67, 93 y 94.

ron —sin impedir— la aparición del latifundio y que terminaron por provocar un entendimiento —jurídico o de hecho— de los grandes terratenientes con las otras clases —de peones o de pequeños propietarios— para explotar juntos y más eficientemente el café. En el curso del siglo XIX muchos pequeños propietarios cafetaleros sucumbieron ante los costos de la explotación y de la modernización técnica, y vendieron o entregaron sus fincas a los grandes, pero otros muchos sobrevivieron y mezclaron sus intereses con los de éstos. Es cierto que se formó una alta clase integrada por el gran cafetalero y los exportadores del grano, así como por el comerciante importador, que aprovechaba las disponibilidades monetarias nacidas de aquella exportación para introducir toda clase de artículos, necesario o no³³, pero en definitiva las dimensiones del fenómeno nunca tuvieron la proporción que en otros países más ricos u ocupacionalmente estratificados de Centro América y siempre esa alta clase se vio penetrada por la media a través de la interdependencia económica en la agricultura, la industria y el comercio, primero del cacao, luego del tabaco y finalmente del café³⁴. La prolongación del monocultivo cafetalero durante el siglo XIX terminó por cerrar a la alta clase las puertas hacia otros tipos de agricultura, cuando ya despuntaban las condiciones propicias para su iniciación³⁵.

Se acerca el último tercio del siglo XIX y es entonces cuando aparece lo que bien podría llamarse nuestro "despotismo ilustrado", que formaron tres polémicos presidentes, los primeros militares que lo fueron en nuestra historia y que, contra todo vaticinio y pese a su origen de sangre vinculado a la alta clase, se revuelven contra ella y adoptan una serie de medidas institucionales de histórica importancia para frenar el desarrollo acaparador de los cafetaleros, banqueros y comerciantes, al tiempo que para estimular al máximo la educación del pueblo. Fueron ellos don Tomás Guardia Gutiérrez (1870-1882), don Próspero Fernández Oreamuno (1882-1885) y don Bernardo Soto Alfaro (1885-1889). Iluminados seguramente por la benemérita labor previa de educación popular iniciada por don Julián Volio Llorente, como Ministro de Educación de don Jesús Jiménez Zamora, en 1869, labor consolidada por la fundación concomitante, en ese mismo año, del Colegio San Luis Gonzaga de Cartago, bajo la dirección del profesor español Dr. Valeriano Fernández Ferraz, desde donde éste difundió una concepción positivista, humanista y anticlerical de la vida, estos tres presidentes, que además debían de respirar por la herida de algún desacomodo financiero con los de su clase, en lugar de gobernar para ella iniciaron una era de drásticos cambios, que crearon nuevos grupos económicos de contrapeso y alertaron a la masa, al permitirle conocer sus derechos y responsabilidades³⁶.

³³ CERDAS, Idem. págs. 44 a 47.

³⁴ STONE, La Dinastía, págs. 38, 103, 104 y 107 a 110.

³⁵ STONE, La Dinastía, págs. 94 a 96.

³⁶ MONGE ALFARO, Carlos, Historia de Costa Rica (Imprenta Trejos, 1959) págs. 203 a 208, amena y certera relación de la época militarista en Costa Rica, que abarcó tres administraciones presidenciales del pasado siglo.

Tomás Guardia, militar, empieza por abolir la pena de muerte y logra constitucionalizar tan trascendental avance mediante reforma del Artículo 45 de la Constitución de 1871, que promulga el 26 de abril de 1882 su último año de gobierno, derogación que se ha mantenido hasta nuestros días; y, además, inicia la construcción del Ferrocarril al Atlántico, esencial para habilitar la agricultura y el comercio de la región norte del país contra el monocultivo cafetalero radicado totalmente en el Valle Central, y así nace la agricultura del banano y un nuevo tipo de hombre y de economía, el del bananero atlántico, con toda la problemática que implica la presencia de un capital extranjero absorbente y orientado a la consolidación de un monopolio vertical de la agricultura de la fruta y de su comercio internacional, de inevitables consecuencias para la economía y la política del país.

Próspero Fernández, cuñado y sucesor de Guardia, fuera de expulsar a los jesuitas e inferir así una herida mayor a nuestro desarrollo cultural, se preocupa por constituir las comisiones redactoras de nuestros Códigos Civil y Fiscal —que, sin embargo, no se promulgarían sino hasta 1888— y continúa empeñosamente —sin darle fin— la construcción y la financiación del ferrocarril al Atlántico, que se concluyó en 1890. Pero fue don Bernardo Soto Alfaro, más que ellos, quien orientó todo el poder estatal hacia una revolución educativa para el pueblo, en parte para cumplir el dictado constitucional que hacía gratuita y obligatoria la enseñanza primaria a impartir por el Estado desde la Constitución de 1869 y, en parte también, por clarividencia de estadista, que le hizo ver en la ignorancia la causa principal de la pobreza, en un país que entonces tenía un analfabetismo de casi un 58% de su población³⁷. El brazo derecho de ese gobierno, militar y no muy respetuoso de las libertades públicas, fue don Mauro Fernández, sin duda nuestro mejor y más abnegado Ministro de Educación Pública, quien concibió y llevó a cabo una enorme tarea de infraestructura educativa y dejó sentadas, desde entonces, las bases de toda la educación primaria y secundaria del país. Bajo su dirección se crea la Escuela Normal Superior, destinada a formar maestros de escuela (22 de febrero de 1886); los planteles de educación secundaria Liceo de Costa Rica (1887) y Colegio Superior de Señoritas (1888), que continuaban siendo nuestros dos centros públicos mayores de enseñanza en ese nivel; y, finalmente, se dictó la primera Ley General de Educación Común (26 de febrero de 1886), que llegó vigente hasta la promulgación de la actual Ley Superior de Educación (Nº 2160 de 25 de setiembre de 1957), a tal grado fue aquella visionaria y acertada.

Costó que llegaran los militares al poder, pero cuando lo hicieron trabajaron para el pueblo y su mayor desarrollo económico e intelectual

³⁷ RODRIGUEZ VEGA, Eugenio, Los Días de Don Ricardo Jiménez (Editorial Costa Rica, 1971), pág. 31; STONE, La Dinastía..., pág. 220, reporta que en 1864 había un analfabetismo de un 89% sobre una población de 120.499 habitantes; otras fuentes dan datos discrepantes para la misma época, para lo cual ver Anexo 1 en lo relativo al desarrollo educacional de Costa Rica.

(no obstante su imperdonable y común pecado de despotismo y arbitrariedad), lo que fue decisivo para permitir la formación de una juventud humanista y libertaria, ansiosa de llegar al Gobierno para continuar esa obra y sus virtudes, sin incurrir en sus defectos, y este nuevo grupo —que se llamó “el Olimpo” por su alto nivel intelectual y social— será el que funde el primer partido liberal y mantenga con él una corriente estable de pensamiento positivista y abierto al cambio, dentro de un celoso respeto a las libertades públicas. Este grupo gobernará al país —sobre todo a través de sus principales y longevos corifeos, Ricardo Jiménez Oreamuno y Cleto González Víquez— durante los cuatro primeros decenios de este siglo³⁸. Pero nada de ello habría sido posible, de no haberse dado primero la imprevisible rebelión de los “despotas ilustrados” contra su clase, que culminó, para poner fin a esa época, con un episodio político tan insólito como decisivo para la muerte del militarismo (así fenecido por mano de uno de sus más destacados miembros) y el futuro de la democracia en Costa Rica: será ésta la primera ocasión en que aparezca nuestro pueblo raso, el de la calle y el del campo, como un centro autónomo y dinámico de poder en un enfrentamiento consciente con el grupo militar del Estado. A raíz de un pronunciamiento militar contra la legítima elección presidencial de un conservador, distinguido jurista y miembro de la aristocracia, don José Joaquín Rodríguez, quien había vencido en buena lid al candidato oficial y liberal, don Ascensión Esquivel, los pueblos periféricos y la gran masa campesina ponen sitio a San José, la capital, en la noche del 7 de noviembre de 1889, armados de cuchillos, herramientas y deseos de bien morir por el respeto al sufragio, el mejor camino para su inmortalidad. El Presidente Bernardo Soto —quien obviamente habría triunfado en el enfrentamiento de fuerzas— deponesu favoritismo para Esquivel, ordena respetar la elección popular y, después de un gobierno semestral de transición y amortiguamiento por su tercer designado, el Dr. Carlos Durán, entrega pacíficamente al candidato electo³⁹. A partir de ese día el país aprendió, y todas sus altas clases con él, que la dispersión del poder político hacia los estratos inferiores era ya un hecho nacional y que, sin tomarlo en cuenta o sin movilizar al pueblo en su favor, les sería imposible o extremadamente difícil conservar mando y dinero. El resultado inmediato fue la búsqueda consciente de las clases pobres por la aristocracia y una visible tendencia, que entonces dio sus primeros frutos legislativos, hacia la ampliación de la capacidad electoral: fue el mismo Presidente Rodríguez —despotas y conculcador de libertades después— quien decretó la Ley de Elecciones de 11 de noviembre de 1893, que implanta por primera vez en Costa Rica el sistema del voto proporcional a favor de las minorías y la primera

³⁸ RODRIGUEZ VEGA, op. cit. págs. 27, 28 y 29, donde se da cuenta de la aparición de la llamada “Generación del 89” (1889), también conocida como la “Generación del Olimpo”.

³⁹ RODRIGUEZ VEGA, op. cit. págs. 24 a 30, con un vivo relato de la jornada cívica, política y popular de 1889.

división territorial del país para fines electorales, haciéndola coincidir con la administrativa, paso que fue esencial para evitar el clásico fraude del voto múltiple de un mismo elector en diferentes urnas de sufragio⁴⁰.

Los últimos años del siglo pasado presencian el auge creciente del Partido Liberal Progresista, impulsado por “el Olimpo”, que llega al poder en 1902, con Ascensión Esquivel Ibarra. El hecho económico más importante es la aparición en el Atlántico de la United Fruit Co., monopolio agrícola norteamericano del banano, con inversiones mucho mayores y más avanzadas técnicas empresariales y agrícolas que las del grupo cafetalero hasta entonces dominante, y matriz de un nuevo centro de poder económico y de una nueva clase trabajadora, la de los bananeros, que serán durante largo tiempo el modelo a copiar por el resto de los trabajadores costarricenses y vivo anticipo de las ventajas del desarrollo.

El nacimiento de nuevos grupos de interés, que cercenan o amenazan el poder económico y político de los cafetaleros, no cesará, para más bien multiplicarse. La comparación con los salarios del banano, mucho más altos, genera resentimiento y demandas de mejoramiento contra los cafetaleros y fuga de la mano de obra hacia la zona bananera, que llega a producir una crítica escasez de la misma, sin que, inexplicablemente, se promueva la inmigración sustitutiva⁴¹. Y a su vez las nuevas expectativas generadas por el dinamismo técnico y empresarial del gran monopolio frutero, producen nuevas demandas laborales, rechazos de peticiones, motines y bloques de trabajadores, anuncio de futuros sindicatos y huelgas. A fines del siglo XIX y principios del XX se produce la fundación y muerte de varias sociedades, asociaciones y hasta de incipientes partidos políticos obreros (como la Sociedad Mutualista de Artesanos de Panadería, 1886; la Sociedad de Artes y Oficios, 1889; el Partido Unión Católica, 1893, éste con el apoyo de la Iglesia, que en su respaldo emitió la primera pastoral de alcance social en Costa Rica, “Sobre el Justo Salario de los Jornaleros y Artesanos”; y la Federación de Artesanos y Panaderos, 1905)⁴². En marzo de 1921 se enciende la primera huelga general organizada en el país, de rumbo anarquista introducido por panaderos españoles de reciente inmigración, a través de la cual se logra un alza sustancial del 30% de todos los salarios y se limita la jornada laboral, por primera vez, a 8 horas diarias⁴³. Pero ya desde la primera guerra mundial cunde el descontento popular, porque ahora se vece la brecha entre las clases y las pobres adquieren conciencia de su inferioridad, todo lo cual hace climax con la primera guerra mundial.

⁴⁰ En cuanto a la implantación de la representación proporcional y a la división electoral del país, ver Nelson Chacón Pacheco, Nuestras Leyes Electorales, (Imprenta L.I.I. S. A., 1976) págs. 142 y 149.

⁴¹ STONE, Los Cafetaleros, págs. 194 y 195.

⁴² CERDAS, op. cit. pág. 65 y RODRIGUEZ VEGA, op. cit. pág. 26.

⁴³ CERDAS, op. cit. págs. 65 y 66.

El 8 de mayo de 1914 toma posesión de la Presidencia de la República don Alfredo González Flores, cafetalero, quien demuestra más apego a su deber que a su patrimonio. Un hecho fundamental lo mueve a cambiar el estado de cosas: la crisis fiscal creada por el deficiente ingreso tributario del Estado, que se alimentaba principalmente de impuestos de aduana, con injusto y desproporcionado gravamen para las clases pobres. Es evidente que el nuevo Gobierno trataba de sustituir un ingreso por otro, pues con la Primera Guerra Mundial había disminuído sustancialmente el producto del impuesto de importaciones, pero se quería algo más, que era crear justicia social. El Presidente Flores propone y sanciona los impuestos directos sobre la renta y la propiedad territorial en el mes de diciembre de 1916, para ser derribado violenta e ilegítimamente el 27 de enero de 1917⁴⁴. Su reforma tributaria, sin embargo, quedó en pie y todavía hoy es el centro del sistema de ingresos públicos del país. Se trata de la medida más honesta e importante de nuestra historia política e institucional para una mejor distribución del ingreso y, por ahí, para un aceleramiento del cambio social.

La medida y su filosofía encontraron eco pocos años después en un nuevo Partido Reformista, fundado por el presbítero, filósofo y general, Jorge Volio Jiménez, el 25 de enero de 1923, que bien puede reputarse nuestro primer movimiento político ideológico e intervencionista, con respeto para la propiedad privada (de producción tanto como de consumo), pero con una plena aceptación de las limitaciones y hasta nacionalizaciones que tendría que sufrir en varios sectores críticos, si quería sobrevivir⁴⁵. Fue nuestro primer partido obrero de importancia, aunque de corta vida, por su derrota en el primer proceso electoral en que participó, con el triunfo de su archienemigo, don Ricardo Jiménez, el más ilustre y astuto de los grandes liberales de Costa Rica, con quien Jorge Volio Jiménez —su primo— firmó un pacto político que hizo posible aquella victoria contra un tercer candidato conservador (don Alberto Echandi Montero), pero que partidarios y enemigos le enrostraron como traición, con mortal desmedro de su vigor como líder, todavía frágil y recién nacido. Ahí mismo se extinguió el Partido Reformista que, aunque de tan corta vida, impresionó vivamente al Presidente Jiménez.

No vaciló éste en inaugurar su segunda Administración con un tipo de intervencionismo ya conocido pero poco experimentado en Costa

Rica, al constituir un monopolio de los seguros comerciales en mano de una empresa pública llamada Instituto (primero Banco) Nacional de Seguros, con escasos precedentes en aquella época de nuestra historia. Eran éstos: 1) la entidad estatal fundada en 1843, llamada la Sociedad Económica Itineraria, que jugó importante papel en la construcción y mantenimiento de puertos, carreteras y ferrocarriles, de corta vida y ya inexistente en el último tercio del pasado siglo⁴⁵ bis; 2) el Banco Nacional, fundado durante el Gobierno de Juan Rafael Mora Porras, en 1857, que desapareció diez años después y que, pese a su breve existencia, fomentó eficientemente el crédito público para el monocultivo cafetalero; y, finalmente, en este siglo, 3) el Banco Internacional de Costa Rica, fundado durante la Administración de don Alfredo González Flores, en 1914. Pero todos estos entes jugaron papel de autoridades reguladoras de la vida económica, con funciones claramente públicas y autoritarias, fuera de la esfera legal de acción de la empresa privada. El Instituto de Seguros fue, en la realidad económica y política del país, la primera empresa pública dedicada a una actividad hasta entonces mercantil, aunque garantizada por un monopolio a favor del ente sobre todos los seguros comerciales.

⁴⁵ bis La vida y muerte de esta entidad estatal, precoz forma de intervencionismo público en Costa Rica, ilustra bien la pugna de fuerzas económicas que entonces se daba a nivel político, con fuerte impacto en la posterior evolución del grupo capitalista cafetalero, que, como se ha visto, fue decisivo en la toma y ejercicio del poder en la Costa Rica del siglo XIX. La suerte de esta entidad vino ligada y fue finalmente decidida por la de una entidad privada, la Sociedad de Amigos del Estado, promovida por el Dr. José María Castro Madriz. Se fundó aquella en la ciudad de San José el 13 de mayo de 1846 a "... fin de obtener la apertura de un camino corto y expedito al Mar del Norte, para facilitar la exportación de los frutos del Estado y dar así a su comercio y agricultura el incremento de que son susceptibles...". La Sociedad de Amigos del Estado tuvo una existencia de mes y medio, o sea que se mantuvo activa mientras se produjeron dos hechos que consideramos muy unidos entre sí: uno, el golpe de Estado del 7 de junio de 1846, dado al Gobierno presidido por don José Rafael Gallegos; el otro, la disolución de la Comisión Directora de la Sociedad Económica Itineraria, por orden del nuevo Gobierno, presidido por uno de sus miembros, don José María Alfaro, según acuerdos del 15 y 16 de junio del mismo año. La Sociedad de Amigos del Estado representaba a un grupo de "hombres solventes" de San José, una red de empresarios opuesta al sector poderoso de hacendados y comerciantes del café, quienes a partir del año de 1844 y gracias a la beligerancia que les dio la Junta Itineraria en los asuntos públicos, formaron un centro de influencia que defendía los intereses nacionales identificados con sus negocios particulares. Constituían no sólo el grupo de exportadores de café sino también quienes controlaban el comercio de importación. La Sociedad de Amigos del Estado, para lograr el control del aparato estatal y el desplazamiento de los poderosos comerciantes cafetaleros, siguió tres pasos tácticos de gran efectividad:

- 1) la agitación periodística (en el diario "El Mentor Costarricense");
- 2) La creación de una estructura alterna a la Sociedad Económica Itineraria y la disolución de la comisión directora de ésta; y
- 3) el golpe militar.

⁴⁴ MONGE ALFARO, Carlos, op. cit. págs. 245 y 246; SOLEY GÜELL, Tomás, op. cit. págs. 123 y siguientes; CERDAS, op. cit. pág. 59; BAKER, Christopher, op. cit. pág. 385.

⁴⁵ VOLIO BRENES, Marina, Jorge Volio Jiménez y el Partido Reformista (Editorial Costa Rica, Costa Rica, 1972), págs. 99 y 105 a 109. El manifiesto inicial del Partido Reformista contenía extremos tan revolucionarios en aquella época como la introducción del referéndum, el seguro de riesgos profesionales, la nacionalización total del subsuelo, reforma agraria, fiel ejecución de la reforma tributaria de Alfredo González Flores, servicio civil para altos empleados públicos técnicamente calificados, etc. Fue básicamente un partido obrero.

La creación del Instituto de Seguros se hizo en medio de una empeñada polémica sobre los límites de la actividad y empresa privadas frente al Estado, y viceversa, y quedó bien claro que su fundación era una toma de posición por parte de éste último frente a los negocios y políticas de la economía privada, para orientarlos en beneficio del público cuando su curso espontáneo pudiera conducir a monopolios de hecho o a denegaciones dañinas de un servicio o beneficio indispensables para la vida normal de las gentes⁴⁰. Había nacido aquí, en los albores de un clásico gobierno liberal costarricense de este siglo, el intervencionismo empresarial e institucional de Estado, que tomaría después incontrolable auge en Costa Rica.

La crisis de 1929, para no hablar de la primera post-guerra, afectó seriamente la economía de Costa Rica, como la del mundo entero, y con ella y por ella nació en 1931 el Partido Comunista Costarricense, entonces llamado Bloque de Obreros y Campesinos, ortodoxo y moscovita, que de inmediato se daría a la tarea de difundir su ideología, organizar sindicatos y promover agitación social y política, con poco éxito en todos los órdenes si se mira su labor desde el ángulo electoral, pero con indudable función como contralor y límite externo de la gran empresa privada extranjera y, ante todo, de los enclaves agrícolas y bananeros de los norteamericanos en el Atlántico primero y en el Pacífico después, cuyos niveles de vida ha logrado elevar considerablemente a través de sucesivas huelgas y convenciones colectivas.

El signo intervencionista y regulador de la política estatal se perfilará más a partir de la década de los años cuarenta, con el ascenso al poder del Dr. Rafael Angel Calderón Guardia, un líder nato y caris-

La Sociedad de Amigos del Estado y los nuevos miembros de la Junta Directora de la Sociedad Económica Itineraria lograron que por decreto legislativo se creara en el año de 1850 la "Junta Itineraria del Norte", que se encargaría de abrir un camino carretero hacia el puerto de Moín o al de Limón, incluyendo los puentes y barcas que fueren necesarios. En 1852 y en los años siguientes, Costa Rica fue visitada por algunos agentes de Compañías Colonizadoras. Es la época de apogeo de la expansión europea. A nuestro país llegaron dos agentes de una Compañía Prusiana de Berlín, el Barón Von Bulow y el Ing. Sr. Kurtze. La Junta y los mencionados técnicos tendrían a su cargo la apertura del puerto de Matina y la colonización de la región. La Compañía Nacional detuvo las obras de construcción del camino y en 1861 el Presidente Dr. José María Montealegre declaró nulas las leyes de creación y concesiones de la Junta Itineraria del Norte, así como la Sociedad de Colonización Berlinesa suscrita por los señores Von Bulow y Kurtze. Como fuentes de información sobre el tema lea: Avila Bolaños, Olger, "La Sociedad Económica Itineraria de Costa Rica", 1843-1854, 1971. págs. 351 y siguientes, tesis para optar por la Licenciatura en Historia, inédita; y González Villalobos, Paulino. "Ruta Sarapiquí. Historia Política de un Camino", Año 1976. Avance de Investigación N° 15, pág. 3. J. J. Sociales de la Universidad de Costa Rica.

⁴⁰ El Banco Nacional de Seguros, (Editorial Costa Rica, 1975), págs. 11 y 12, colección de documentos relativos a la historia del monopolio de los seguros comerciales y de la polémica al respecto, en la que fueron enardecidos, pero eruditos e inteligentes, protagonistas un distinguido empresario de seguros, don Benjamín Piza, y el autor de la Ley del Monopolio de los Seguros, Ministro de Hacienda de don Ricardo Jiménez, el hacendista don Tomás Soley Güell.

* mático de masas, de clara orientación progresista y demo-cristiana, que gobierna de 1940 a 1944, en la más accidentada y discutible administración presidencial de este siglo. Calderón Guardia llega al poder con el voto abrumador de todas las clases, pero se aboca de inmediato a reformas sociales de trascendencia movido por su indudable caridad personal —que hasta sus acérrimos enemigos le reconocieron— y su ideología católica reformista, adquirida durante sus estudios de medicina en la Universidad de Lovaina, al contacto con los grandes maestros del pensamiento social católico que habían hecho de ese centro intelectual su cátedra y su punto de irradiación mayor, discípulos del Cardenal Mercier, quien otrora formara a Jorge Volio Jiménez, nuestro primer líder obrero de importancia.

En 1941, por Ley N° 17 de 1° de noviembre de ese año, Calderón Guardia crea la Caja Costarricense del Seguro Social, hoy la institución pública más poderosa del país, mediante un sistema tripartido de financiación por el Estado, el patrono y el trabajador, que se puso en marcha dos años después, mediante una ley orgánica adecuada (N° 17 del 22 de octubre de 1943). El 7 de marzo de 1941, con base en la Ley N° 36 de 26 de agosto de 1940, se abre la Universidad de Costa Rica, remota heredera de la vieja Universidad de Santo Tomás, que había permanecido clausurada desde el 30 de agosto de 1888. El 2 de junio de 1942 se reforma la Constitución de 1871, para incorporar a ella, por vez primera en nuestra historia, las garantías sociales, consistentes básicamente en derechos mínimos del trabajador, la madre y la infancia. El 15 de setiembre de 1943 se promulga el Código de Trabajo, ejecución de la reforma constitucional inmediatamente anterior, y con ello se da por primera vez un marco jurídico adecuado, tanto legal como constitucional, al derecho colectivo del trabajo y a la formación de sindicatos, que aparecen de inmediato. Pero a todo lo largo del proceso gentes del Gobierno incurren en vicios graves de parcialidad política y deshonestidad administrativa, en parte por la ausencia de un adecuado régimen financiero del Estado⁴⁷. Como protesta y control político sobre ese caos administrativo, nace un fuerte grupo de oposición, que algunos grandes empresarios aprovechan para combatir las legítimas reformas sociales ya introducidas, y con este motivo acaece algo tan paradójico como los otros inesperados giros de la política costarricense en toda su historia: el Partido Comunista y la Iglesia coinciden en ofrecer su ayuda al gobierno y pactan entre sí, para aparecer unidos frente al enemigo común constituido por el núcleo financiero de la oposición, de extracción cafetalera y mercantil⁴⁸. Desde ese momento Iglesia, comu-

⁴⁷ AGUILAR BULGARELLI, La Constitución de 1949, (Editorial Costa Rica, 1973), págs. 20, 21 y 24.

⁴⁸ BACKER, James, La Iglesia y el Sindicalismo Costarricense, (Editorial Costa Rica, 1975), págs. 93 a 102, especialmente las 93, 94 y 95; AGUILAR BULGARELLI, op. cit. pág. 28. El plan de acercamiento entre Iglesia y Comunismo se realizó en dos etapas: primero, la disolución del B'oque de Obreros y Campesinos, que era lo mismo que el Partido Comunista de entonces, con fundación consecutiva de un nuevo partido llamado Vanguardia Popular; y,

nismo y gobierno jugarán en un mismo equipo contra una fuerte oposición de gran espectro político y social, motivada, ante todo, por el ritmo creciente de atentados electorales y de escándalos oficiales, así como por el temor al comunismo.

En febrero de 1944 hay elecciones presidenciales, que confrontan a León Cortés Castro, ex-presidente, autoritario y pro-nazi, jefe de la oposición; y a Teodoro Picado Michalsky, intelectual y jurista, de pensamiento abierto y demócrata, pero de voluntad nula ante el imperio y el poder del bloque caldero-comunista y, sobre todo, de sus líderes, Rafael Angel Calderón Guardia y Manuel Mora Valverde. Pese a la evidencia de una voluntad popular abrumadora a favor de Cortés, el Congreso —que tenía entonces y desde la Constitución de 1847 (artículo 53) la potestad de hacer y calificar el escrutinio final de las elecciones nacionales, así como la de proclamar al vencedor— declara electo a Picado, y provoca de inmediato una grave efervescencia política manifiesta en mítines, motines y enfrentamientos cada vez más graves con las fuerzas de policía. El pueblo de Costa Rica siempre reputó aquel resultado oficial como espurio, a León Cortés como el candidato electo presidente en 1944 y la proclamación de Picado como una burla de su voluntad, todo lo cual formó, desde entonces, su férrea decisión de evitar que se repitiera, también abrumadoramente mayoritaria.

De este modo el país quedó lanzado a una situación explosiva, dentro de la que jugó no sólo la oposición a la deshonestidad política y administrativa, cada vez peor, sino también el miedo al comunismo, entonces instalado en el poder a través de Manuel Mora Valverde, diputado y asesor de la total confianza del nuevo Presidente de la República y de su antecesor.

Cuando estalla la revolución de 1948 será, entre otras cosas, una batalla contra el comunismo que, sin embargo, no involucró a la Iglesia. Reiterada y públicamente ha dicho José Figueres Ferrer, caudillo de ese movimiento militar, que éste fue, mucho más que una batalla contra el Gobierno y su partido, la primera confrontación militar contra el comunismo en Latinoamérica.

Hemos llegado así a las vísperas de nuestra actual Constitución de 1949. Conviene, antes de analizarla, resumir brevemente las Instituciones de la de 1871, su inmediata antecesora.

después, un intercambio de cartas públicas entre Manuel Mora Valverde y el Arzobispo Sanabria Martínez, del cual vale extraer lo más interesante, como sigue:

"Cree Ud. —Señor Arzobispo— que exista algún obstáculo para que los ciudadanos católicos colaboren o concierten alianzas con el Partido Vanguardia Popular?, preguntó el líder comunista al Jefe de la Iglesia costarricense. Y contestó éste: "Juzgo que en el programa del nuevo Partido o agrupación, tal como consta en el texto que he recibido, de una parte quedan a salvo, aunque en forma meramente negativa, las doctrinas fundamentales que forman la conciencia católica, y positivamente nada hay que las desnaturalice o desmejore (aquellas doctrinas fundamentales), y por consiguiente, sin gravamen de conciencia pueden los católicos, que así lo deseen, suscribirse o ingresar en la nueva agrupación". (Backer, págs. 252 a 257).

C. La Constitución de 1871.

Promulgada el 7 de diciembre de 1871, bajo la Administración del entonces Presidente General Tomás Guardia Gutiérrez, sufrió las peripecias ya apuntadas, que no le impidieron sobrevivir 67 años y regir sin interrupciones los últimos 31 inmediatamente anteriores a su derogación por la Junta de Gobierno, nacida de la Revolución de 1948.

Es, con mucho, la Carta Política de mayor duración en nuestra historia y refleja bien la situación del país a lo largo de su vida y hasta 1940, a través de las 19 sucesivas reformas de que fue objeto. Es un hecho, sin embargo, que cuando llegó esta última década, se inició un desfase de su texto con la realidad y las aspiraciones de eficiencia administrativa y cambio social, provocado por la excesiva concentración de poder en el Presidente de la República (centro indiscutido y prepotente de su sistema) y por un grave descuido de otras zonas críticas del sector público. La Constitución de 1871 fue —por otra parte— generosa en su parte dogmática y su lista de garantías sociales e individuales es casi la misma vigente, con la excepción de algunas adiciones importantes, como el recurso de amparo, la jurisdicción contencioso-administrativa, el derecho de asilo y la prohibición del extrañamiento penal y de monopolios privados, que son todas creaciones de la Constitución actual.

Es en el balance y contrapeso de poderes donde aquella Constitución falló y propició no sólo una indebida concentración de autoridad en el Presidente de la República sino, lo que es peor, una ineptitud institucional del Estado ante nuevos problemas políticos y socio-económicos, por ausencia o subdesarrollo de otros órganos y funciones, esenciales en una administración moderna.

El Presidente —que sancionaba las leyes— podía vetarlas total o parcialmente, tenía la iniciativa de las mismas y podía convocar a la Asamblea a sesiones extraordinarias y obligarla a conocer única y exclusivamente (como todavía ocurre) de los proyectos presentados por él. La Asamblea no tenía frente al Presidente, por otra parte, ningún poder general de contralor, excepto a través de autorizaciones o aprobaciones para actos políticos y de gobierno taxativamente enumerados por la Constitución, (tratados, admisión de tropas extranjeras, declaratoria de guerra, etc.), aunque siempre tuvo y conservó la clásica potestad de aprobar en definitiva el presupuesto nacional, como ha sido en Costa Rica desde 1841. El predominio del Ejecutivo se hizo evidente con el tiempo, por la acumulación a su favor de una serie de poderes muy vastos, sin ningún contralor. El régimen municipal dependía totalmente del Presidente como última alzada contra los actos de los respectivos Concejos, a través del Gobernador de la Provincia o de la autoridad de policía del cantón, el primero de los cuales, bajo órdenes del Presidente, tenía potestad de veto. La totalidad de los servicios públicos, administrativos o empresariales, algunos de los que hoy pertenecen al sector descentralizado, eran dependencias administrativas sujetas a jerarquía que remataba en el Presidente, quien, además, podía nombrar y remo-

ver libremente a todos los empleados públicos, salvo texto expreso de ley que se lo impidiera, y todo ello sin contralor de legalidad, donde sólo existía al recurso de inconstitucionalidad. Las jurisdicciones de amparo y de lo contencioso-administrativo son, como se dijo, innovaciones de la Carta de 1949. Esta última fue una reacción violenta contra aquel sistema de gobierno, excesivamente personal y centralista.

La Constitución vigente nació en muy particulares circunstancias, que explican bien su contenido y filosofía institucionales, como se examinara, pero es claro que un antecedente básico para entenderla es comprender la evolución descrita y su sentido político. ¿Cuál fue éste?

D. Los valores políticos resultantes.

Varios valores trasuntan de esta pequeña historia.

Costa Rica llega a la década de los 40 años con una problemática política, económica y social tan compleja como la que correspondería a otros países más grandes y desarrollados, producto en nuestro caso de una marcada y congajosa evolución hacia la igualdad y la libertad entre los hombres, que alcanzarla había sido costoso, difícil y a veces cruento. Esta sociedad que nació entre gentes casi iguales en su común pobreza, había podido mantener esa relativa igualdad por obra de la misma pobreza (que está lejos de superar), de los errores económicos y empresariales de su alta clase económica y política, y por el contrapeso que sobre esta última habían ejercido sus divisiones internas, las otras clases y finalmente el Estado, como regulador y protagonista de la economía nacional.

La relativa igualdad a través del buscado reparto de la riqueza colectiva no había podido eliminar, ni mucho menos, la existencia de clases, como tampoco los conflictos graves entre ellas, y el país seguía siendo fundamentalmente pobre (más del 71.5% tiene todavía hoy un ingreso mensual inferior a ₡ 750.00, aproximadamente \$ 90) ⁴⁹. Pero el costarricense parecía haber mostrado claramente, hasta 1948, predilección por la paz y disgusto, y no sólo temor, por la violencia. Este su amor por la vida tranquila había sido y es tema de todos los que han escrito sobre Costa Rica y los costarricenses ⁵⁰. El costarricense buscaba tranquilidad y bienestar y nada o poco ambicionaba con tal de preservar su libertad para disfrutar de lo que hacía y tenía, reducto último de su presencia en la comunidad, sin intromisiones ni pertur-

baciones de ninguna especie. Era para lograr esa paz social y económica que buscaba la igualdad como escudo protector, pues nadie, siendo igual, podría privarlo, por derecho o poder propio, de su libertad o de su hacienda. Sólo el Estado podría hacerlo. Y del Estado el costarricense de entonces empezaba a reclamar lo necesario para alcanzar y mantener esa igualdad, incluso en lo económico, siempre que no creara violencia ni grave incertidumbre personal o patrimonial. Para mantener la intervención estatal en su justa medida el costarricense exigía fundamentalmente legalidad administrativa y representación política efectiva ⁵¹. El costarricense, ya lo sabemos, era y es un obseso de la ley y de la pureza del sufragio. Es por esto que casi todos los grandes próceres del país han sido abogados, con muy contadas excepciones, y que, pese a los economistas, los juristas seguimos siendo sus hombres de confianza; y es por ello también que la burla de un prosu electoral fue la chispa incendiaria del conflicto armado que explotó en 1948, y éste la continuación de la lucha —ya secular— para lograr aquella pureza. Al observar este período, concluimos en que el respeto al sufragio era en último término el único bien que el costarricense de entonces terminó por exigir de su gobierno, a modo de garantía última e irrenunciable para su paz, su patrimonio y su libertad. Puede ser cierto el famoso dístico de Lenin: "Las elecciones sólo son el medio que permite a los oprimidos elegir, cada cuatro años, a sus opresores" ⁵², pero el costarricense exigía que, cuando menos, se le garantizara esa ilusión. Hoy resulta sorprendente su pasividad de último cuño ante la corrupción y la arbitrariedad oficiales, no obstante su bulliciosa crítica por todos los medios de comunicación; y ello resulta más sorprendente todavía cuando se lo compara con la casi total pureza del sufragio alcanzada desde hace veinticinco años, reveladora de una plena comprensión por los gobernantes de la importancia capital que ésta tenía y ha tenido siempre para evitar la violencia en Costa Rica. La igualdad y hasta la paz pueden olvidarse o perderse, si hay esperanza de recuperarlas en la próxima elección, y nada valen sin esa elección que legitime al Gobierno que las da. El costarricense parece poder transarlo todo en política, para bien de la paz, excepto la pureza del sufragio, que era y es su verdadera y recóndita pasión cívica nacional. L

La nuestra fue hasta 1948, en síntesis, una democracia menor (por no decir mediocre), que aspiraba al cambio y a la justicia sociales bajo la directriz de respetar la propiedad y la libertad en lo necesario para evitar graves confrontaciones ideológicas o brotes deviolencia que perturbaran la paz social, uno de los predilectos valores del costarricense; y era una democracia tan pacífica que, por preservar la paz, parecía dispuesta a renunciar temporalmente a la legalidad —como hoy tam-

⁴⁹ CARVAJAL HERRERA, Mario, op. cit., págs. 60 y 61, tablas 1 y 2, tomadas de la Dirección General de Estadística y Censos de la República.

⁵⁰ JIMENEZ, Mario Alberto, op. cit., págs. 60, 64 y 65; VOLIO, Marina, op. cit. págs. 93 y 94, con transcripción de una idílica imagen del costarricense y su pasividad política por Alberto Baeza Flores: "quiere que ellas sucedan (las transformaciones económicas y sociales) como el aire que respira, en forma imperceptible"; CERDAS, op. cit. pág. 61, (con transcripción de otro autor alemán, Karl Sapper, que abunda en conceptos parecidos).

⁵¹ GUTIERREZ, Carlos José, op. cit. pág. XVII; PERALTA, Hernán. El Derecho Constitucional en la Independencia de Costa Rica, págs. 8, 9, 21 y 22.

⁵² EMERI, Claude - COTTERET, Jean Marie, Los Sistemas electorales, (Bikos - tau, 1974), pág. 11.

bién lo ha hecho— y eventualmente a la libertad, a reserva de poder recuperarlas (o de mantener viva la creencia de que podría hacerlo) en la próxima justa electoral, cuatro años después de iniciado el gobierno de turno. Era, y es, una democracia de gente amiga de tener y disfrutar, donde todo el mundo aspiraba a ser propietario y a no tener menos que nadie, y en la que el Estado perseguía satisfacer a todo el mundo, tanto como a cancelar lacras o miserias sociales.

* Puede afirmarse con propiedad, si de clasificaciones se trata, que el nuestro era ya en 1948, como es ahora y pretende continuar siéndolo, un Estado Social de Derecho. Definamos el sentido preciso de esta clasificación.

E. Nuestro Estado Social de Derecho.

✓ Todo Estado moderno y, más concretamente, todo Estado Latinoamericano de hoy, pretende ser un Estado de Derecho, a la vez que un Estado Social. El Estado de Costa Rica también ⁵³.

Las características fundamentales del Estado de Derecho son su finalidad protectora de la propiedad y de la libertad y, en general, de la personalidad y de sus inalienables derechos subjetivos (garantías constitucionales), a la vez que las técnicas con que logra esa protección. Estas técnicas son fundamentalmente cuatro:

- * 1) el debilitamiento interno del poder mediante su división, especialmente a través de la separación de los Supremos Poderes.
- * 2) la limitación del Estado por la ley.
- * 3) la responsabilidad del Estado por los entuertos que cometa.
- * 4) el control jurisdiccional autónomo de legalidad.

* El aumento de intensidad en una cualquiera de esas técnicas, es un síntoma de preocupación por la dignidad y la libertad. Su resultado común es crear una esfera de acción inviolable para el Estado, quien sólo puede ingresar a ella en los casos de excepción definidos por la Constitución en el Capítulo de Derechos y Garantías Individuales: libertad de domicilio, de expresión en todas sus formas, de culto, de petición, etc. Y no sobra advertir que, naturalmente, las intervenciones posibles deberán ser reguladas, a su vez, por el ordenamiento jurídico (principio de legalidad).

⁵³ FORSTHOFF, Ernst, Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, 1958), págs. 109 a 119, especialmente 114 a 117; el mismo autor ha hecho una lúcida exposición de los problemas fundamentales del Estado Social o "conformador", como él lo llama, en sus dos conferencias en España publicadas bajo el título: "Problemas Actuales del Estado Social de Derecho" (Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Imprenta Nacional del Boletín); y también los últimos capítulos de su otra publicación titulada "Sociedad Industrial y Administración Pública" (Escuela Nacional de Administración Pública, Imprenta Nacional del Boletín del Estado, 1967).

Alfonso Carillo
→ igualdad

El Estado Social significa, en cambio, un aumento del poder en beneficio de la igualdad, más que de la propiedad o de la libertad. Su finalidad es repartir y utilizar al máximo los recursos de la comunidad en provecho del que más necesita. Se trata de una intervención en la vida económica para favorecer a determinadas personas, clases o grupos con el fin de elevar el nivel de vida de los que están más abajo en el goce de la propiedad, aunque jurídica y supuestamente tengan tanta libertad como el rico. Las técnicas del Estado Social están en los servicios públicos, en las prestaciones de socorro a ciertos grupos o de fomento de ciertas actividades y, sobre todo, en las políticas económicas del Estado, sobre precios, moneda, crédito y hacienda pública (básicamente tributaria). A la inversa de lo que ocurre con las técnicas del Estado de Derecho que representan una prohibición al Estado y una abstención de éste frente al individuo y a la sociedad, los modos de operar del Estado Social implican una prohibición al individuo o una prestación y participación estatales, que crean y distribuyen riqueza. La agravación del régimen impositivo, la maniobra crediticia para evitar la inflación o la recesión económica, la intervención de precios, el aumento de los servicios públicos o de las prestaciones pecuniarias del Estado en favor del individuo, representa una acentuación de ese su carácter social.

El Estado puede intentar la realización de sus fines sociales a través del individuo mismo, o fomentando con incentivos su actividad, o mediante la imposición de deberes entre los particulares que conduzcan a elevar y mantener en un mínimo aceptable el bienestar económico del grupo. En este sentido, las políticas de fomento (subvenciones en general), así como las Garantías Sociales, son también un síntoma del interés estatal por la igualdad en el reparto económico y constituyen técnica propia del Estado Social.

Aunque aparentemente exista una contradicción entre ambas necesidades del Estado, la libertaria y la social, en el fondo hay una convergencia hacia el enriquecimiento del individuo, que mediante su satisfacción equilibrada logra la plena y verdadera libertad. El problema está en crear un balance entre el crecimiento del Estado producido por el aumento de su poder y de sus cometidos sociales, y una esfera intocable de libertad y de propiedad. Una vez este balance logrado, puede contarse al haber de la personalidad tanto las abstenciones como las intervenciones del Estado, porque todas juegan como instrumento al servicio del individuo, espiritual y no sólo materialmente entendido.

III.—LA CONSTITUCION DE 7 DE DICIEMBRE DE 1949.

A. Causas Históricas.

La Constitución de 7 de diciembre de 1949 nació, como se dijo, en muy particulares circunstancias, que claramente condicionaron su orientación y contenido.

Rafael Angel Calderón Guardia entregó el poder al candidato oficial, Teodoro Picado Michalsky, en 1944, en medio de protestas de fraude provenientes de la oposición. Esta era una amalgama política de conservadores y de gente joven de avanzada, ¹unidos ante la corrupción administrativa reinante, pero, sobre todo, ²por los rápidos avances del comunismo en círculos gubernamentales. Ambos hechos persistieron y se agravaron hasta las nuevas elecciones de 1948, en las que jugó el ex-presidente, Rafael Angel Calderón Guardia, como candidato oficial, contra un notable periodista y político, Otilio Ulate Blanco. Ulate venció en los comicios del 8 de febrero de 1948, pero su elección fue anulada por la Asamblea Legislativa, en histórica sesión de 1º de marzo del mismo año, por una coalición mayoritaria del Partido Republicano Nacional, en el poder, y del partido Vanguardia Popular (comunista), ya públicamente unido a este último, para lo cual se invocó —muy a lo costarricense— “vicio sustancial del padrón, que implica violación de los mandatos del Código Electoral” y, en consecuencia, “nula e insubsistente la declaratoria provisional de elección (del Presidente) que al respecto hizo la mayoría del Tribunal Nacional Electoral”. Era éste último un organismo distinto e independiente de los otros Supremos Poderes, nacido del reciente Código Electoral (por ley N° 500 de 7 de marzo de 1946), cuya misión era hacer provisionalmente lo mismo que hacía definitivamente el Congreso Nacional en materia de su sufragio (según el art. 73 inciso 2) de la Constitución de 1871), escrutar los votos y proclamar a los vencedores en las elecciones nacionales para Presidente y Diputados. El proceso electoral de 1948 había tenido lugar después de un pacto político entre el Gobierno y todos los demás partidos (el Republicano Nacional inclusive), con excepción del Vanguardia Popular, que no lo firmó, y según sus términos todos los firmantes aceptarían como último y definitivo el pronunciamiento que dictara el Tribunal Nacional Electoral para los comicios de febrero de 1948, tanto dentro como fuera del Congreso Nacional. No se dijo ahí que este último no se pronunciaría, sino que se fijó el compromiso de cada Partido de respetar lo así resuelto, con lo que no se impuso vínculo alguno a la potestad constitucional del Congreso, sino que se garantizó que el pleno y libre ejercicio por éste de esa potestad (de hacer el escrutinio y la proclamación definitivos) se daría de conformidad con lo pactado, por obligación personal de cada diputado vinculado por la firma de su partido. El pacto no fue inconstitucional sino extraconstitucional y evidentemente político y realista, por encima de sutilezas legales que ya entonces sobaban, ante los graves atropellos diarios de la ley y de la Constitución por parte del Gobierno.

El pacto anterior fue la culminación de una llamada “Huelga de Brazos Caídos”, proclamada por la Oposición el 23 de julio de 1947 y clausurada mediante aquel pacto, con claro triunfo político para esta última, el 3 de agosto de 1947. Durante esa huelga se paralizó toda la Banca (privada en su mayoría), la industria (poca y débil), la agricultura numerosa y poderosa) y, sobre todo, el comercio, lo que dio ambiente de crisis no solo política sino económica a todo el país, que

se sumió en una casi completa paralización de la vida social, cultural y, en general, externa de la población, con fuerte impacto psicológico y político contra el Gobierno y su coalición.

Pese a tal Pacto o por él, se hizo clara, desde agosto de 1947, la irreversible confrontación entre el Gobierno, con su coalición política, y la Oposición, por encima de la muy amplia capacidad de compromiso y “componenda” del costarricense; a partir de ese Pacto el costarricense captó claramente cuán lejos estaba ya una solución legítima y constitucional de la división política creada. Lo que pasó fue previsible: llegado el momento del escrutinio y de la proclamación del candidato presidencial electo, el Gobierno y su Partido incumplieron el pacto y anularon la elección legítima de Otilio Ulate Blanco como Presidente de la República, sirviéndose al efecto de un voto salvado de don Max Koberg Bolandi en contra de la proclamación del Sr. Ulate, por voto mayoritario del Tribunal Nacional Electoral. Se fundó el voto salvado en la ausencia de parte de la documentación electoral necesaria para la cabal realización del escrutinio, por destrucción de aquella en un misterioso incendio en el Registro Civil, donde se guardaba, y que todos imputaron al Gobierno y su Partido. Los argumentos del Sr. Koberg no eran débiles ni infundados, pero eran absolutamente inadecuados para la realidad política de entonces. Era evidente el triunfo del Sr. Ulate por gruesa diferencia, aun sin el escrutinio completo de los votos, y afirmar la imposibilidad legal y constitucional de éste último fue servir un pretexto al Gobierno para violar la voluntad popular, en un ambiente ya explosivo. El 1º de marzo de 1948 el Congreso Nacional anuló la proclamación de Ulate, y doce días más tarde estalló la guerra civil, que terminaría un mes después, el 17 de abril del mismo año, con la rendición del Gobierno y la muerte de casi mil costarricenses.

Estos hechos explican claramente una parte importante de los propósitos de la revolución, en la que coincidían todos los que la hicieron y la gran mayoría del país, ideales que fueron:

- 1) Crear contralores que evitaran la concentración del poder, su abuso y la corrupción en cualquier nivel oficial.
- 2) Crear mecanismos adecuados para proteger la pureza del sufragio y controlar los procesos electorales, y así garantizar al máximo la fiel representación de la voluntad popular.
- 3) Crear un orden económico, social e institucional justo, pero distinto del comunismo.

Todos los costarricenses se pusieron rápidamente de acuerdo sobre las vías de compromiso posibles para los dos primeros problemas, soluciones que fueron las que finalmente quedaron consagradas por la mayoría en la actual Constitución. La divergencia surgió respecto del tercero y último empeño, pues la multitud de posiciones ideológicas —ninguna comunista— que integraba la oposición triunfante con la revolución impidió una rápida orientación al respecto. El país y la opo-

sición se fragmentaron inmediatamente después de instalada la nueva Junta de Gobierno, ya desde los primeros momentos de su administración, pero especialmente a partir del 21 de junio de 1948, fecha en la que la Junta dictó dos decretos de gran impacto político y económico, uno de los cuales sobrevivió y constituye el más importante y, a la vez, el más polémico de sus logros: los decretos fueron el del impuesto directo (del 10%) sobre el capital y el de la nacionalización bancaria. El primero suscitó gran reacción del capital, fue masivamente saboteado, incluso por las oficinas tributarias competentes para cobrarlo (lo que sólo excepcionalmente hicieron) y finalmente derogado por el Gobierno de don Otilio Ulate Blanco (a quien José Figueres Ferrer limpiamente entregó el poder el mismo día en que se promulgó y adquirió vigencia la nueva Constitución, el 8 de noviembre de 1949), por Ley N° 1624 de 27 de agosto de 1953.

En virtud de la nacionalización bancaria pasó a mano del Estado, y posteriormente del Sistema Bancario Nacional, el total paquete accionario de la banca privada, que fue debidamente indemnizada, y, además, se prohibió la recepción de depósitos a la vista por cualquier futuro banco que no fuera parte de aquel sistema, lo que todavía vivimos hoy. Posteriormente se creó el Banco Central (Ley N° 1522 de 23 de abril de 1953) y el sistema quedó definitivamente integrado y en su mano la fijación exclusiva de las políticas monetarias y crediticias del país. El decreto ley que nacionalizó la banca revelaba la filosofía intervencionista y tutelar del bien público prevaleciente en la nueva Junta, que representaba una corriente moderna de pensamiento sobre las cuestiones económicas del país, amiga de una empresa privada fuerte a la par de un Estado fuerte también⁵³ bis.

Esa corriente, que llamaríamos partidaria de un Estado Social de Derecho, capaz de intervenir en la vida empresarial y económica para regular la producción y la distribución del ingreso, en beneficio de la clase pobre y del cambio social, provenía de un nuevo partido no tradicional de jóvenes políticos, llamado el Social Demócrata, que había sido centro de estudios y de formulación de programas de gobierno para muchos de los miembros de la Junta, aunque no para el resto del país. El partido en cuestión siempre fue un pequeño grupo y más un círculo de intelectuales universitarios que una fuerza política importante⁵⁴. Su popularidad aumentó considerablemente con el triunfo de la revolución, pero ésta provocó también el enfrentamiento con el grupo conservador y capitalista que, con el Social Demócrata, integraba la oposición

⁵³ bis AGUILAR BULGARELLI, Oscar, Costa Rica y sus Hechos Políticos de 1948 (Editorial Costa Rica, 1974), págs. 370 y 371.

⁵⁴ ARAYA POCHE, Carlos, Historia de los Partidos Políticos, El Liberación Nacional, sobre todo Capítulo I, págs. 6 a 9 y 14 a 27, y Capítulo V, especialmente págs. 213 a 220, versión mimeografiada, sin fecha, de la Tesis de Grado del autor para obtener la Licenciatura en Historia, Publicaciones de la Universidad de Costa Rica; la Editorial Costa Rica ha publicado este estudio, pero la edición está agotada y no hemos podido consultarla.

triumfante. Esta, como se dijo, quedó automáticamente dividida entre conservadores y progresistas.

La división de tendencias fue muy acre y culminó con la convocatoria a una Asamblea Constituyente por la Junta de Gobierno para darle una nueva Carta al País, a cuyo efecto la Junta pidió a una comisión de notables, integrada principalmente por miembros del Partido Social Demócrata, que elaborara un anteproyecto, que efectivamente se concluyó y presentó en pocos meses — en parte por el extenso trabajo preparatorio realizado por la mayoría de los miembros de la Comisión en el seno de su partido— y que reveló ser y representar, aparte de defectos formales como el “reglamentismo”, un magnífico programa para la vida nacional y sus problemas de entonces y de la siguiente generación.

Una atenta observación revela el espíritu de transacción ideológica, para llamarlo en alguna forma, que dominó al grupo conservador frente a las proposiciones de la fracción Social Demócrata. El blanco principal de ataque contra ésta fue el Artículo 59 del anteproyecto, que decía:

“El Estado orientará la economía nacional en beneficio de la colectividad tratando de asegurarle a cada actividad económica los medios adecuados para incrementar la riqueza y hacerla accesible al pueblo. Son de utilidad pública la producción y distribución de los artículos de primera necesidad”.

Importa subrayar lo siguiente: la mayoría constituyente, que criticó esa norma como socialista y opuesta a las tradiciones políticas e institucionales de Costa Rica, votó en su lugar esta otra, que corresponde al Artículo 50 de la Constitución actual:

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

La contradicción —o la transacción— es obvia, pues esta norma dice más (que la rechazada) contra la empresa privada y es más claro fundamento constitucional de cualesquiera intervenciones del Estado sobre ésta, mientras no se trate de imponer al empresario o inversionista su existencia o funcionamiento, ni tipos de giro, de fines o de organización, ni políticas de desarrollo y/o de inversión. El Artículo 50, en efecto, debe entenderse a la luz del Artículo 46 de la Constitución, que protege la libertad de agricultura, industria y comercio contra toda limitación jurídica irracional o irrazonable, y lo sería toda aquella que consistiera en imponerle un tipo determinado de fines, de giro o de organización, o, naturalmente, la existencia misma de la empresa, o de su funcionamiento; la libre elección al respecto es la parte más esencial y

elemental de aquellas libertades⁵⁵. Será posible, en consecuencia, limitar la iniciativa privada y, naturalmente, de acuerdo con el propio Artículo 46, monopolizar un giro o tipo de negocio para el Estado o los municipios, así como deshacer o regular los monopolios de hecho constituidos en favor de una entidad privada, y hasta imponerle, como accesorios de un ramo libremente escogido, obligaciones varias, de dar, hacer y/o no hacer; pero no será posible, en ningún caso, so pretexto de organizar la producción, imponerle al particular la apertura y operación de una empresa, o condiciones o cargas que la hagan imposible o no rentable, o un determinado giro en favor de otro, o, en último término, los fines o programas que deberá cumplir. El Artículo 50 debe entenderse, consecuentemente, como una potestad del Estado para organizar "su" producción a través de la creación de entes públicos instrumentales con miras a la realización de sus políticas, planes o programas económicos; y, al mismo tiempo, como una potestad del Estado para fomentar y regular la iniciativa privada con miras al más "adecuado reparto de la riqueza", sea a través de alicientes, sea a través de prohibiciones o mandatos de observancia obligatoria en el desenvolvimiento de la empresa, libremente escogida y organizada. En síntesis: el Artículo 50 de la actual Constitución, su norma más importante en materia económica, dice lo mismo o más que lo que pretendía el Artículo 59 del anteproyecto, rechazado como revolucionario por la respectiva Constituyente. El rechazo de norma tan fundamental, seguido de su aceptación con otra forma, revela un hecho muy costarricense y providencial ocurrido en la Constituyente de entonces: la flexibilidad y apertura de la mayoría conservadora para oír y acoger en su seno las mociones progresistas del Partido Social Demócrata, sea por íntima convicción sobre su necesidad histórica y social, sea por obra de las circunstancias políticas, que hacían probable —cuando no segura— una violenta reacción de la Junta de Gobierno ante el eventual rechazo de las normas y principios fundamentales del anteproyecto. Esta insólita situación política y aquella tradicional flexibilidad, resultaron suficientes para moldear el temple ponderado de la Constituyente, pues fue con este espíritu de confrontación y transacción que se gestó la Constitución de 1949.

La elección para integrar la Asamblea Constituyente fue convocada, con resultados fuertemente desfavorables para el Partido Social Demócrata, que sólo obtuvo cuatro escaños de un total de 45; el resto quedó en manos del bloque conservador, que de inmediato rechazó el anteproyecto recientemente elaborado para adoptar, como base de trabajo, la clásica Constitución de 1871. Fue por el sistema de enmiendas a ésta, artículo por artículo, como si se tratara de reforma parcial de una

⁵⁵ Con esta salvedad a favor de una elección del giro empresarial, nuestra Corte Suprema ha relativizado y funcionalizado al extremo, en todo lo demás, la libertad constitucional de empresa, hoy prácticamente inexistente en Costa Rica, para lo cual ver: votaciones correspondientes a sesiones extraordinarias N° 33 de 15 de julio de 1954, N° 49 de 25 de agosto de 1955, N° 55 de 22 de agosto de 1968 y N° 34 de 9 de julio de 1973.

Constitución vigente y no de darse una totalmente nueva, que los cuatro miembros del Partido Social Demócrata y sus suplentes, en encomiable labor, lograrían se aprobara parte del articulado de su anteproyecto y, en todo caso, lo vivo y "no semántico" (para emplear el apelativo ideado por Lowenstein) de la actual Constitución⁵⁶.

7 De todo lo cual salió una Constitución que claramente no es socialista ni conservadora, porque es, como antes se advirtió, amiga de una empresa fuerte a la par de un Estado fuerte, en inestable balance para evitar peligros o infortunios contra la paz del costarricense. Pese a lo que se ha dado en pregonar, la Constitución de 1949 no es ni excelente ni mala, sino, muy a lo costarricense, la expresión de un compromiso de tendencias, que parcialmente las satisfizo a todas y plenamente a ninguna.

Dentro de ese marco las innovaciones introducidas por la actual Constitución son de cuatro órdenes:

- 1) División y control, interno y externo, del Poder Ejecutivo, aparentemente no sólo en beneficio de la Asamblea Legislativa, sino también de otros órganos o entes, y, naturalmente, de la libertad y de la propiedad.
- 2) Creación de un verdadero Poder Electoral, como plena garantía de la libertad y efectividad del sufragio.
- 3) Creación de una Contraloría General de la República y de un orden financiero del Estado, como plena garantía de la pureza administrativa y gubernamental.
- 4) Definición de las bases, libertades y garantías necesarias para un sistema económico y social más justo, con potestades de organización y dirección del Estado, dentro del respeto a la propiedad privada y a la libre empresa, concebidas como fundamentales pero claramente relativas.

⁵⁶ Los miembros propietarios de la fracción Social Democrática fueron: Lic. Rodrigo Facio Brenes, Lic. Fernando Fournier Acuña, Don Luis A. Monge Alvarez y Lic. Rogelio Valverde Vega. Los miembros suplentes fueron: Lic. Carlos Monge Alfaro y Lic. Rafael Carrillo Echeverría.

⁵⁷ LOWEINSTEIN, op. cit. págs. 232 y 233.

Seguiremos el esquema de descripción ahí adoptado por Lowenstein para el examen de un sistema constitucional, con leves modificaciones introducidas en atención a los postulados sociológicos de la Escuela Realista del Derecho Político y Constitucional de Francia, que aceptamos. Es decir: acudiremos a indicar los órganos constitucionales, sus funciones importantes y la distribución del poder entre ellos, con fines de control intra e inter-orgánico, e, incluso, inter subjetivo. Nos ha servido como guía el trabajo del Prof. Hugo Muñoz Quesada, *El Parlamento en Costa Rica*, tesis de doctorado en Derecho Constitucional presentada a la Universidad de París I, uno de los mejores estudios recientes sobre el Derecho Constitucional y Político costarricense, inédito.

Concretemos mejor la idea:

B. La organización y los controles del Estado costarricense en la Constitución de 1949⁵⁷.

Iniciaremos la exposición con el análisis del Poder Ejecutivo y su posición institucional, por la doble razón de que sigue siendo el centro del poder político en Costa Rica, dado el carácter presidencial o semi-presidencial de nuestra forma de gobierno, y, porque, además, aquel Poder tiende a expandir su esfera de acción de conformidad con la corriente política universal —común a todas las formas de gobierno hoy día, incluyendo la parlamentaria— de dominio sobre las Asambleas y los órganos colegiados por los órganos constitucionales —como el presidencial— de integración unipersonal⁵⁸.

1) El Poder Ejecutivo.

Está formado en Costa Rica por el Presidente, en su cúspide; por los Ministros de Estado, en su base, y por el Consejo de Gobierno, que a todos comprende y coordina, con el Presidente de la República a su cabeza.

El sistema puede llamarse presidencial, ^① primero, porque el Presidente es electo (cada cuatro años) por sufragio directo y universal (a dos vueltas si en la primera elección ningún candidato alcanza el 40% de los votos válidos, en cuyo caso triunfará en una segunda el que obtenga más de entre los dos contendientes principales en la primera)⁵⁹; y, segundo, porque ninguno de los órganos constitutivos del Poder Ejecutivo, antes enumerados, es políticamente responsable ante la Asamblea Legislativa⁶⁰. El hecho de que el Presidente y sus Ministros puedan ser

⁵⁸ Ver Lowenstein, op. cit. págs. 100 y 101, quien desarrolla ampliamente ese principio como núcleo de su teoría sobre el carácter antidemocrático y más bien dictatorial de todas las formas "convencionales" de gobierno, que siempre degeneran en la concentración del poder político en un solo hombre o pequeño grupo; e ilustra bien igual criterio Maurice Duverger, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, (Ediciones Ariel, Colección Demos, 1970), pág. 122; pero, sobre todo, su bella monografía pro-presidencialista "Francia, Parlamento o Presidencia" (Ediciones Taurus, Cuaderno N° 43), págs. 15 a 22 y, en general, todo el capítulo III. Ver ensayo de Paul Marie Gaudemet, *Le Pouvoir Executif dans le Pays Occidentaux*, (Edition Montchretien, 1966), págs. 11, 13, 110 y 111; e igualmente MUÑOZ QUESADA, Hugo, op. cit. págs. 248 y 249, a favor de la tesis que concibe al Parlamento como el único contralor efectivo del Gobierno, pero a éste, indiscutiblemente, como el centro del Estado y motor de todas las políticas importantes en el ámbito nacional e internacional.

⁵⁹ El Tribunal Supremo de Elecciones define como sigue el método de elección del Presidente de la República:

"Las elecciones se efectúan cada cuatro años, el primer domingo de febrero. Respecto a la Elección de Presidente de la República, ésta se hace por mayoría de votos, siempre que la votación a favor de un candidato exceda del

responsables, según el Capítulo V de la Constitución, no desvirtúa lo dicho, porque ahí se trata de responsabilidad civil ante el ofendido por los actos de ellos, no de responsabilidad ante la Asamblea como Supremo Poder. Esto es evidente porque la moción de censura que la Asamblea puede votar, según el Artículo 121 inciso 24), no es posible contra el Presidente ni el Consejo de Gobierno y no conduce a la dimisión obligatoria del Ministro censurado, según bien se desprende de las actas de la Asamblea Constituyente, que rechazó la norma opuesta con el anteproyecto del Partido Social Demócrata antes mencionado, donde sí se contemplaba esa dimisión⁶¹. La responsabilidad del Capítulo V no es penal porque no está ahí definida la pena, y, por exclusión, sólo puede ser civil y personal (con el Estado) del Presidente y/o Ministro ante el damnificado, lo que es excepcional en Costa Rica, donde el servidor o funcionario público no responde personalmente por los daños que cause con sus faltas de servicio, salvo que se tratase de delito, dolo o culpa grave de su parte (lo que más bien configuraría una falta personal). Quien siempre responde civilmente es el Estado, así como cualquier otra entidad pública agente. *

El Presidente ejerce el Poder Ejecutivo con la representación directa del pueblo (Artículo 130), conjunta o separadamente con un Ministro, según sea exclusiva o no la potestad del caso, pero sin responsabilidad política. En punto a representación popular, es un igual de la Asamblea Legislativa, es electo con ésta y no es reelegible.

El Ministro, por su parte, es obligado colaborador del Presidente en su ramo y debe firmar con él todos los actos que la Constitución les atribuye conjuntamente, bajo sanción de nulidad si ello se omite (Artículo 146). No obstante que su nombramiento y remoción son libres para el Presidente (Artículo 146), en tanto sea Ministro, el Presidente tiene que contar con su firma para ejercer las atribuciones conjuntas, so pena de nulidad absoluta en sus actos. El Ministro es, además, corresponsable con el Presidente, en el ámbito civil y penal, por los actos que autorice y firme. La creación o supresión de un Ministerio sólo puede hacerse por ley (Artículo 141).

El Consejo de Gobierno es la reunión de los Ministros y del Presidente y, aparte de conocer y resolver todo lo que éste último voluntariamente le someta, tiene atribuciones constitucionales y exclusivas de importancia, como la potestad de gracia, de nombramiento de

40% del total de votos válidos; si ningún Partido alcanza el 40% del total de votos válidos, se repite la elección el primer domingo de abril siguiente, entre los dos que alcanzaron el mayor número de votos".

⁶⁰ VARGAS, Ismael Antonio, *Lecciones...*, págs. 266, 289 y 290, sobre la especial relación entre Presidente y Ministro, éste como representante del pueblo. Ver también DUVERGER, Maurice, *Instituciones...*, pág. 198.

⁶¹ JIMENEZ, Mario Alberto, *Asamblea Nacional Constituyente de 1949*, Art. 186 del Proyecto de Constitución presentado al Poder Constituyente por la Junta Revolucionaria de Gobierno, en 1948, Tomo I, pág. 81 y También Tomo II, págs. 164, 167, 406 y 410.

representantes diplomáticos y de directores de entidades descentralizadas, autónomas o semi-autónomas (Artículo 147) ⁶². Es, de hecho, el órgano usual de decisión y consulta de los asuntos más graves del Gobierno, por práctica constitucional establecida desde su creación. En el Consejo de Gobierno el Presidente es meramente "primus inter pares" y su voto queda sujeto al de mayoría (absoluta), como en cualquier otro colegio, sin perjuicio de la potestad de decisión que le corresponde cuando el asunto es llevado al Consejo por él en vía consultiva.

Se desprende claramente de lo anterior el recelo del Constituyente de 1949 ante el Poder Ejecutivo, expresado en la fragmentación y complejidad internas de éste, según lo que Lowenstein llama controles intra-órganos, que aquí son intragubernamentales. Ello no obstante, la Constitución cuida inmediatamente de potenciar a este Poder Ejecutivo debilitado frente a la Asamblea Legislativa, su tradicional enemigo de contrapeso, para lo cual le confiere potestades que le permiten determinar o impedir actos concretos de ésta última.

El Poder Ejecutivo puede, según ello, presionar y limitar la acción de la Asamblea Legislativa mediante el uso de varias potestades a su disposición, a saber:

- a) La iniciativa de las leyes (Artículo 123). Corresponde ésta a los diputados y/o al Poder Ejecutivo, con las firmas del Presidente y del Ministro del ramo (Artículo 123).
- b) La convocatoria a sesiones extraordinarias (Artículo 118): El Poder Ejecutivo puede convocar a sesiones extraordinarias a la Asamblea Legislativa cuando la misma está en receso, y en ellas sólo podrá conocerse de los asuntos incluidos en la convocatoria, no de los que determinen los diputados.
- c) La sanción y el veto de la Ley (Artículos 124 y 125 y siguientes): El Poder Ejecutivo es colegislador, pues para ser ley el proyecto aprobado por la Asamblea requiere la sanción de aquel, expresa o presunta, esta último en virtud de silencio por los diez días posteriores al recibo del proyecto. Dentro de esos diez días el Poder Ejecutivo puede vetar, total o parcialmente, por razones de constitucionalidad o de conveniencia y, en este último caso, si discrepare, la Asamblea puede resellar por dos tercios del total de sus votos. Si las razones alegadas por el Poder Ejecutivo son de constitucionalidad, será la Corte Suprema de Justicia —sin intervención de la Asamblea— el Poder encargado de aceptar o rechazar los vicios imputados, con automática anulación y eliminación de

las disposiciones declaradas inconstitucionales. Se trata de un control preventivo de constitucionalidad. ⁶³ La tendencia clara y establecida es hacia la aceptación de los votos de política u oportunidad, no al resello de la ley ⁶³.

La capacidad de maniobra del Poder Ejecutivo sobre la Asamblea, antes descrita, viene contrapesada por las prerrogativas y potestades de la Asamblea frente al Poder Ejecutivo.

2) La Asamblea Legislativa.

Está compuesta por 57 diputados, sin suplentes, y hace quórum con las dos terceras partes de sus votos (que representan 38 diputados) (Artículo 106 y 117). Los diputados son electos por sufragio directo y universal y con representación proporcional, en distritos electorales, mediante el sistema de cociente (el total de votos válidos manifestados entre el número de diputados por Provincia) y sub-cociente (el 50%, o más, del cociente) ⁶⁴. La elección es simultánea con la de Presidente y los diputados duran, como éste, cuatro años en sus cargos, sin reelección consecutiva, pero posible después del período cuatrienal siguiente a la expiración de su anterior mandato.

⁶³ TOSSI FALLAS, Lilliana, Las Mayorías y las Minorías Legislativas en Costa Rica, (tesis para optar por la Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica), págs. 115 a 128, especialmente 126, 127 y 128, donde queda estadísticamente demostrado que la rivalidad entre el Presidente de la República y la mayoría partidista opuesta (la que se ha dado siempre que el Presidente no fue miembro del Partido Liberación Nacional, es decir: en tres ocasiones distintas, con don Otilio Ulate, don Mario Echandi y don José Joaquín Trejos) produce gran cantidad de vetos, la mayoría de los cuales se consolidan, al no darse el resello que podría superarlos. La razón puede ser y es frecuentemente numérica, pues un resello requiere los dos tercios de la totalidad de los votos de la Asamblea (38 votos), pero puede explicarse también por el espíritu de "componenda" y transacción del costarricense, que rehuye enfrentamientos totales e irreversibles.

⁶⁴ La Constitución de 1871 contemplaba elecciones legislativas de medio período. Se trataba de un proceso llamado a detectar la popularidad de la gestión legislativa en curso, lo mismo que a evitar los malos efectos de la inexperiencia, que seguramente se producirían si la renovación de la Asamblea fuera total y no parcial. La Constitución de 1949 suprimió —con toda razón— este pretexto nacional para abandonar el trabajo en bien de la política.

⁶⁵ El Tribunal Supremo de Elecciones define como sigue el método de elección de diputados y municipios:

"Cociente es la cifra que se obtiene dividiendo el total de votos válidos para determinada elección por el número de plazas a llenar mediante la misma. Subcociente es el total de votos válidos emitidos a favor de un partido que, sin alcanzar la cifra cociente, alcanza o supera el 50% de ésta. En los casos de elección por cociente y subcociente a cada partido que haya concurrido a la elección se le declarará electo en el orden de su colocación en la papeleta, por el electorado de que se trate, con tantos candidatos como cocientes haya logrado. Primero se hará la declaratoria de elección del partido que mayor

⁶² El grupo institucional de nuestro sector público es de enorme importancia, por sus servicios (vitales, la mayoría) y por su costo. En 1969 sus ingresos fueron el 54.6% de los de ese sector y sus egresos el 51%. (Ver Christopher Baker, op. cit., pág. 384). En 1974, la tasa de participación de este grupo en el producto interno bruto fue del 7.8%. (Fuente: Banco Central, Cifra y Cuenta Nacional, 1960-1973, estimación a 1974, Departamento de Estudios Económicos).

La independencia del Poder Legislativo frente al Ejecutivo radica fundamentalmente en el común origen de ambos, dado que los diputados son electos por sufragio popular directo con representación proporcional y el Ejecutivo no puede disolverla, sino, a lo sumo, compelerla a sesionar extraordinariamente, o vetar sus actos y disposiciones. El Poder Legislativo se ejerce en nombre del pueblo y es, todavía hoy, si no jurídica, políticamente, el órgano representativo por excelencia, pues contiene la voz y el voto de las minorías y sesiona públicamente, nada de lo cual ocurre con el Poder Ejecutivo (Artículo 117), situación constitucional de nuestra Asamblea que es típica de todos los Parlamentos en todos los sistemas ⁶⁶.

La independencia de las Asambleas se apoya también en la de sus integrantes, los diputados. Estos pueden ser Ministros (lo que es una innovación de nuestro sistema, contraria a los principios del régimen presidencial puro, que crea la incompatibilidad de la función ejecutiva con cualquier otro cargo público, en aras a la independencia del Poder Ejecutivo), pero su legitimación para el ejercicio de la diputación queda en suspenso mientras sirvan la función ministerial y sólo pueden recuperarla previa renuncia a ésta, sin límite en cuanto al número de suspensiones posibles. De este modo, el diputado puede alejarse repetidamente de su función para ser Ministro, con grave daño para su especialización y maduración en el seno de la Asamblea.

El diputado goza en Costa Rica de los clásicos privilegios parlamentarios de la irresponsabilidad y de la inviolabilidad.

La irresponsabilidad (Artículo 110) consiste en la no sancionabilidad penal ni civil, de las opiniones y actos del diputado en la Asamblea Legislativa, es decir: en el ejercicio de su función, no se trata de una suspensión o posposición en el ejercicio de la justicia, que podría operar después de expirada la respectiva credencial; ni tampoco de un privilegio de interpretación restringida, que sólo cubre lo que el diputado opine en el recinto o, todavía más, en el salón de sesiones de la Asamblea Legislativa. La irresponsabilidad en favor del parlamentario significa lo que dice su nombre y consiste en la impunidad penal y civil de sus actos, cualesquiera que éstos sean, aun-

número de votos obtuvo en el circuito electoral de que se trata, continuándola en el orden decreciente de los mismos. Si quedaren plazas sin llenar por el sistema de cociente, la distribución de las mismas se hará a favor de los partidos en el orden decreciente de la cifra residual de su votación, pero incluyendo también a aquellos partidos que apenas alcanzaron subcociente, como si su votación total fuera cifra residual. Si aún quedaren plazas sin llenar, se repetirá la operación que se expresa anteriormente". (Artículos, 135, 137 y 138 del Código Electoral).

⁶⁶ MUÑOZ, Hugo, op. cit. págs. 256 a 260. Dice Muñoz: "el Parlamento en los sistemas presidenciales continúa siendo el auténtico representante del cuerpo electoral. En efecto: el Parlamento es mucho más representativo que el Presidente de la República, por cuanto en él se expresa la opinión contraria al criterio mayoritario. El Parlamento es la tribuna de todas las ideas políticas de un país". (pág. 257).

Igualmente opina DUVERGER, Francia . . . , pág. 164, nota N° 47.

que no sean opiniones escritas ni verbales, que el diputado realice o declare en el ejercicio de su función, sea cual sea el lugar, el tiempo o la naturaleza de esos actos. Es lógico que sus votos quedan comprendidos, como también las expresiones, discursos, comentarios, escritos periodísticos o manifestaciones de cualquier otra clase, aún las derivadas de su conducta como tácitas implicaciones de ella, que el diputado pronuncie o por cualquier otro medio exprese en su función de tal, lo mismo en plenario que en comisión permanente, especial o de investigación, dentro o fuera del recinto parlamentario y aún dentro o fuera del país ⁶⁷. Todas esas manifestaciones no son sancionables y la excepción procesal sería, de darse el juicio por ellas, la de incompetencia por razón de la materia, en relación con todos los tribunales del país, con muerte del proceso una vez firme su acogimiento. Queda excluido únicamente lo que el diputado haga, aún dentro del recinto de la Asamblea Legislativa, sin conexión suficiente con el ejercicio de su función, a título personal y sin que medie ningún ligamen de utilidad o necesidad entre su función y su conducta o declaración. La norma de irresponsabilidad del diputado no es excepcional, pues manifiesta más bien la tendencia positiva y doctrinal en el derecho parlamentario y constitucional comparado —que es un ramo autónomo del público interno— a favor de una amplia y adecuada protección del diputado y de su libertad de pensamiento y de acción, que tiene sus orígenes en ilustres antecedentes históricos de Inglaterra y Francia, donde nació la institución ⁶⁸. Su interpretación no cabe ni literal ni restringida, como si fuera excepcional, pues esto último sólo puede tenerse como procedente a costa de la historia y de la realidad de la institución en Costa Rica y en el mundo occidental.

⁶⁷ Ver opinión disidente y restrictiva al respecto en Mauro Murillo, Irresponsabilidad por opiniones de los diputados, Escuela Administración Pública, Investigaciones, Universidad de Costa Rica, 1975; el autor realiza un análisis exegético muy laborioso, en lugar del sistemático e institucional, lo que lo lleva a la conclusión de que los votos del diputado no están cubiertos por la prerrogativa en examen. Discrepamos al respecto, pues son precisamente los votos la máxima expresión de opinión y de pensamiento de un diputado, el quid de su irresponsabilidad, para lo cual ver Marcel Prelot, Institution Politiques et Droit Constitutionnel, Dalloz, 1972), págs. 763 y 764.

⁶⁸ La irresponsabilidad, como protección irrenunciable del parlamentario y de su libertad de expresión, fue consagrada en la cláusula 9a. de la famosa "Ley de Derechos" (Bill of Rights), del 13 de febrero de 1688, extraída de Jacobo I por el Parlamento Inglés y sus estamentos componentes, donde se dijo: "La libertad de palabra, de discusión y de cabildeo en el Parlamento no podrá ser objeto de persecución, ni podrá ser puesta en duda ante ninguna Corte, ni en ningún otro lugar fuera del Parlamento" (cita tomada de Julien Laferrière, Manuel de Droit Constitutionnel. (Editions Monthrestien, 1956), pág. 708; ver también Leyes Constitucionales, (Ediciones Taurus, 1959), pág. 20. El mismo autor hace cita de todas las Constituciones francesas posteriores a la nacida de la Gran Revolución, ésta inclusive (23 de junio de 1789), que invariablemente y casi con iguales palabras recogieron la regla inglesa e hicieron de ella un pilar de la separación de poderes, (op. cit. pág. 709).



Es Francia —y no Inglaterra, donde únicamente se protege al parlamentario contra las persecuciones y arrestos (apremios) de la justicia civil— la cuna de la otra prerrogativa clásica del diputado, la de su inviolabilidad, consistente en la suspensión de la justicia frente al diputado, mientras lo sea, y en la pareja reaparición de esa misma justicia una vez que haya expirado su mandato⁶⁹. En Costa Rica la protección en examen se concreta, en primer lugar, en la prohibición de arrestos por causa civil “Durante las sesiones” de la Asamblea, salvo autorización de ésta o consentimiento del afectado (Artículo 110 párrafo primero); y en la prohibición de privaciones de libertad contra el diputado desde que “sea declarado electo, propietario o suplente, hasta que termine su período legal”, sin previa autorización de la Asamblea Legislativa, lo cual sólo hace excepción cuando haya consentimiento del diputado o cuando éste sea sorprendido en flagrante delito, y aún en este último caso el parlamentario tendrá que ser puesto en libertad, si la Asamblea lo ordena (Artículo 110, párrafo segundo). Como se dijo de la irresponsabilidad, este principio es histórico y no excepcional en la materia, por ser propio del derecho parlamentario occidental en punto al ejercicio de la función legislativa, cuyas reglas no se ajustan al derecho común, ni penal ni privado. Todo el articulado de nuestra Constitución sobre la materia trasunta un espíritu tutelar de la independencia del diputado, que se vería frustrado si, para contener el abuso, se impusiera una interpretación literal o restrictiva y mezquina de su sentido y alcance. Mientras frente a la jurisdicción civil (que para este efecto abarca todas las de derecho privado, incluyendo las de lo laboral y mercantil) la protección está claramente restringida al período de sesiones, lo que permite los arrestos durante los recesos de la Asamblea, arrestos que serán apremios y no penas de prisión por deuda, constitucionalmente prohibidas por el Artículo 38 de nuestra Carta; en materia penal la prohibición abarca todo el lapso que corre desde la declaración de la elección hasta la expiración del mandato del diputado, sin solución de continuidad. Unica falla grave en la institución, tal y como queda delineada, es la potestad reservada al diputado de renunciar el privilegio, con peligro para su independencia y para la buena marcha de su trabajo en la Asamblea. En el derecho parlamentario comparado la protección suele ser de orden público y, como tal, irrenunciable⁷⁰.

Pareciera que el diputado es procesable y perseguible penalmente, pues el Artículo 110 sólo prohíbe su arresto por ese motivo, pero lo contrario resulta cierto del Artículo 117, incisos 9) y 10), que exigen votación de los dos tercios de la Asamblea Legislativa para admitir la acusación penal contra el diputado o contra cualquier otro miembro de los Supremos Poderes. El diputado es, entonces, procesable y perseguible penalmente sólo si lo permite y admite la Asamblea Legislativa, en juicio que no es de estricto derecho, sino también político. No se tratará

⁶⁹ Laferriere, Idem. pág. 716, 719 y 720.

⁷⁰ Laferriere, Idem. pág. 722.

de determinar sólo la probabilidad de la existencia de un delito, según las pruebas presentadas, sino también el carácter del cargo, con miras a establecer si es partidista y espurio, o no, y con rechazo de la petición, caso afirmativo, o con aceptación de ella, caso contrario. En efecto: si hay base para creer que se ha cometido un delito y luce clara y recta la intención del requirente (que en Costa Rica tendrá que ser el Ministerio Público Judicial, después de vigente el nuevo Código Penal, que monopoliza para aquél la acción pública) y el requerimiento presenta regularidad formal, que garantice su seriedad, la Asamblea estará obligada a autorizar la acusación y el proceso, pues si bien no es juez de instrucción en el caso, tampoco puede ser alcahuete ni agente de un partido político⁷¹.

De este modo cabe observar cómo —paradójicamente— nuestra Constitución protege más al diputado frente a la jurisdicción penal que a la civil, lo que no deja de presentarse como una falta de lógica legislativa, dado el carácter axiológicamente superior de los bienes tutelados por la ley penal, en comparación con los del derecho privado. Ello no obstante, la justificación de la paradoja puede hallarse en ésta misma, si, como tiene que ser, se acepta que la inhibición y perturbación que puede producir un juicio penal son mucho más graves que las de un proceso privado, cuando se trata de tutelar la continuidad y la independencia en el desempeño de la función legislativa por parte del diputado.

La Asamblea dispone, por su parte, de poderosos medios de influencia y contralor sobre el Poder Ejecutivo, a saber:

a) La Función delimitadora⁷²: Consiste en la potestad de legislar y de aprobar el Presupuesto de la Nación; e igualmente, a través de un organismo auxiliar, la Contraloría General de la República, en la de aprobar los presupuestos de todos los Municipios y demás entidades públicas estatales.

1) La legislación: Hay actos de la Asamblea que no son leyes, según expreso dictado constitucional (Artículo 124), en razón de lo cual su trámite de aprobación será más simple (uno solo, o tres sesiones y debates, respectivamente). Esto revela que en Costa Rica la naturaleza jurídica de la ley es constitucionalmente formal y depende del procedimiento para su creación, lo que imprime a la regla una determinada jerarquía en el orden de las fuentes. Esa jerarquía es, en Costa Rica, la de la regla que sólo está subordinada a la Constitución y a los convenios internacionales (Artículo 7). Ley es, entonces, la norma aprobada

⁷¹ Laferriere, Idem. pág. 722 y 723, y también Silvano Tosi, Diritto Parlamentare. (Editorial Gluffre, 1970), págs. 75 y 76.

⁷² DUVERGER, Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, op. cit., págs. 186 y 187, donde el autor denomina así la función clásica de las Asambleas Legislativas.

por la Asamblea y sancionada por el Poder Ejecutivo, mediante un procedimiento especial previsto por la Constitución para crearla y —por ese hecho —sujeta únicamente a la Constitución y a los tratados y convenios internacionales.

La ley no tiene en Costa Rica límites de materia, fuera de los que le impone expresamente la Constitución⁷² bis, y en su competencia entra regular la organización y el funcionamiento externos, frente al público, de los demás Poderes del Estado, pues en Costa Rica no hay zonas intersubjetivas reservadas a la Administración o al Poder Judicial (como sí las hay, a la inversa, para la Asamblea, lo que ocurre, por ejemplo: con las materias “nobles” y de suprema importancia, que están reservadas a la ley, especialmente en lo que toca a los regímenes tributario, penal y de la propiedad y de las libertades constitucionales). Cuando se trata de potestades de imperio, la intervención previa de la ley para atribuir las y regularlas es también obligatoria, en virtud del principio de legalidad, lo cual significa la más importante limitación constitucional del Poder Ejecutivo (Artículos 11, 28 y 49), sin perjuicio de principios generales y no escritos del derecho público que cobran obligatoriedad por jurisprudencia fundada en doctrina y que son tan imperativos como la ley escrita (principios que operan, sobre todo, en el campo de los contratos administrativos, del servicio público y del régimen de policía, y que autorizan potestades de imperio sin ley o norma expresa y de base, pero no contra ella).

El Artículo 9 prohíbe las delegaciones de un Poder en otro, lo que evidentemente veda las delegaciones legislativas, para que el Poder Ejecutivo pueda sustituir a la Asamblea y dictar en su lugar normas con fuerza de ley. Estarán prohibidos los “reglamentos delegados” y las “deslegalizaciones” de materia, que habilitan al reglamento común, sin fuerza de ley, para regular zonas reservadas constitucionalmente a la Asamblea o ya legisladas, con reforma y derogación aparentes de la ley? Nuestra Corte Suprema se inclina por la respuesta negativa y favorable a la existencia de los reglamentos delegados, a condición de que la delegación contenga límites precisos que sirvan al Juez para determinar la voluntad básica del legislador, sin que éste abdique de su función. No hay precedente ni norma en materia de deslegalizaciones, pero parecen imposibles sin reforma constitucional⁷³ por ser constitucional, y no legal, el fundamento de la potestad legislativa y de la autoridad de la ley, que la deslegalización destruye.

⁷² bis Corresponde a cada Supremo Poder, el Tribunal de Elecciones incluido, darse el régimen interior de sus despachos (Artículos 99, 140, inciso 18, 121, inciso 22 y, por analogía, el 156).

⁷³ El tema de las delegaciones legislativas puede escindirse en Costa Rica en tres fundamentales relaciones de organización (Giannini), a saber: a) leyes delegadas; b) reglamentos delegados; c) deslegalizaciones.

a) En virtud de la delegación legislativa para que el Poder Ejecutivo cree leyes, éste dicta normas que regulan una materia con fuerza de ley formal, dentro de límites, directrices y bases señalados por la Asamblea

Legislativa en la ley que opera la delegación. Cuando el art. 9 de la Constitución dispone que: “Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias”, obviamente prohíbe este tipo de delegación plena, que es la más tradicional y la única en conocimiento del Constituyente de 1949. Pero es evidente que, como bien apunta García de Enterría, la fuerza de la ley en la norma autorizada no es consustancial ni esencial en la delegación, que bien puede darse —como se verá de seguido— aunque esa norma sea meramente reglamentaria.

- b) Reglamentos delegados o autorizados. En esta hipótesis la ley habilita al reglamento para regular materia reservada a ella, sobre el supuesto de que la reserva es relativa y no absoluta, compatible con la intervención del Poder Ejecutivo y compartible con éste. Las normas que dicta el Poder Ejecutivo en uso de la habilitación son secundarias y conservan su carácter reglamentario frente a la ley, pero ésta tiene que sentar bases, directrices y límites, como ocurre con la delegación plena antes examinada, porque caso opuesto se daría una abdicación y no una delegación legislativa. En virtud de esta delegación el reglamento posterior será la única norma que regule la materia, dirigida a quien tiene que aplicarla en las relaciones inter-subjetivas, pero la ley de apoderamiento contendrá las bases y metas de esa reglamentación, con sentido obligatorio únicamente para el Poder Ejecutivo, a quien se dirige. Los límites que fije la ley deberán ser lo suficientemente claros y precisos como para que puedan ser invocados por el administrado contra el Estado ante el Juez de lo contencioso administrativo, si ha habido violación de aquellos por el reglamento, que disminuya o amplíe indebidamente el ámbito de las potestades normativas conferidas, pero debe hacerse notar que éstos límites al reglamento delegado, en los que insiste la doctrina sobre el mismo, no son típicos de éste por ser comunes, en tanto que necesarios, a toda delegación normativa.

El reglamento delegado se presenta, entonces, como una especie del reglamento ejecutivo y secundum legem, en cuanto la normación complementaria debe estar enmarcada en las directrices y límites previos dados por el legislador. Las materias en que comúnmente se da el fenómeno en Costa Rica con la penal y la tributaria, según lo atestigua votación de Corte Plena correspondiente a sesión extraordinaria de 8 hs. del 29 de noviembre de 1973, Considerado IV, donde se dijo: “no hay delegación ni se infringe el principio de reserva legal, cuando la Asamblea Legislativa determina los límites de la tarifa impositiva, pues lo que interesa es que la ley establezca las bases estructurales del impuesto y que señale las pautas que debe seguir el Poder Ejecutivo”.

En Costa Rica los reglamentos delegados se dan también en materia de derecho privado (civil, mercantil y laboral), en o dentro de la cual no sería posible —sin una expresa delegación o habilitación— un reglamento autónomo, por ser de reserva legal excluyente del Poder Ejecutivo la esfera de las relaciones intersubjetivas privadas, que escapan a su poder y a su potestad de reglamentación, salvo autorización expresa o inequívoca de la ley en contrario, siempre dentro de los límites de materia, espacio, tiempo, cantidad y fines, que sean precisos y aplicables sin dificultad, como medio único para preservar la supremacía de la ley dentro de ese campo. La Administración Pública y el Gobierno, en efecto, sólo pueden regular en forma autónoma su propia organización y sus servicios y carecen en principio de capacidad para regular relaciones

entre particulares, de no darse la ley de habilitación en las condiciones arriba mencionadas, que o bien otorgue potestad normativa directamente sobre la esfera de lo privado o bien configure una potestad administrativa para crear relaciones interprivadas, cuyo contenido quedará sujeto a la futura regulación de la Administración concedente. Cabe preguntar si la delegación o concesión de potestad reglamentaria por ley es precisa también cuando se trata de regular, por norma administrativa (reglamento), materia antes no regulada, y la respuesta sería afirmativa si se parte del supuesto de que sólo la ley formal puede regular materia virgen, aunque no se trate de relaciones intersubjetivas privadas. La respuesta en favor de la necesaria delegación legislativa cobra sentido si se acepta —como en Costa Rica procede con base en los arts. 11, 28 y 46 de nuestra Constitución— que no sólo las relaciones interprivadas, sino también las libertades públicas constitucionales, están reservadas a la ley y que, en consecuencia, toda regulación sobre ellas tiene que contar primero con ley formal previa que o bien haga la regulación material por sí o bien la delegue en el Poder Ejecutivo, pero siempre con fijación de los límites y cortapisas antes enunciados. De este modo puede haber reglamentos autónomos sobre materia virgen (todavía no regulada a la fecha del reglamento), aunque sean intersubjetivos, sino afectan derechos preexistentes de origen legal o constitucional, en cuyo caso la autorización legislativa previa no es necesaria. No sólo la organización interna, sino también la externa (con potestades de alcance intersubjetivo), puede regirse con base en normas reglamentarias autónomas, siempre que éstas confieran o amplíen derechos subietivos, sin menoscabar los preexistentes. En todo caso, tanto el reglamento autónomo intersubjetivo como el intra-administrativo, están subordinados a la ley futura. En Costa Rica, en concreto, no hay reservas normativas en favor del Poder Ejecutivo frente al Legislativo.

El tema de las delegaciones legislativas es uno de los más vivos de la actual literatura constitucional y administrativa y ha sido tratado con excepcional lucidez en la obra ya mencionada de Eduardo García de Enterría, Delegación Legislativa y Potestad Reglamentaria etc., sobre todo en págs. 171 y siguientes, donde se intenta la sistematización de los módulos de organización creados por la delegación normativa a través de la figura de los reenvíos formales y materiales, tema hasta ahora ubicado en el terreno del derecho internacional privado, que el autor traslada con gran fruto al constitucional y administrativo.

Ha de insistirse en la gravedad del tema y en la peligrosidad de las delegaciones como modos de creación normativa, con perjuicio de todas las garantías de oralidad, audiencia, oposición y contralor público insertas en el procedimiento legislativo, por la propia naturaleza de éste. La existencia de reglamentos delegados, con incursión dentro de los campos reservados a la ley, implica una distribución del poder político y normativo más grave que el de las delegaciones plenas, donde las normas alcanzan el rango formal de la ley, por autorización constitucional que así lo permite. Así lo hace ver la autora Lorenza Carlassare, Regolamenti de la Esecutivo e Principio di Legalita, pág. 252, con grave admonición sobre la importancia y nocividad de la proliferación de los reglamentos delegados, diciendo: "La idea de que el conferimiento de poder reglamentario delegado sea cosa "de menos" respecto de la delegación legislativa, corresponde a una visión superficial de la situación. Si se consideran las consecuencias derivadas de la atribución a un órgano diverso del Parlamento del poder de dictar actos dotados de fuerza innovativa en ámbitos legislativos, pero sin el valor de ley, se debe

reconocer que el órgano mismo llega a obtener por esa vía poderes que son muchomayores y más peligrosos que los que se adquieren por una delegación legislativa común. Pues, si bien se mira, la falta de valor de ley implica necesariamente la posibilidad para el órgano que ha emanado el reglamento, de modificarlo sucesiva y reiteradamente en el tiempo, o sea: se traduce, en último término, en la atribución estable y definitiva de competencia normativa en un sector dado".

Gravedad de la situación en la que, por nuestra parte, ponemos el mayor énfasis al hacer notar que el reglamento delegado —como, en general, siempre que haya delegación— será la única norma que regule la materia y supla la ley, aun si ello ocurre dentro de límites materiales fijados por la Asamblea. Ver también al respecto Eduardo Ortiz Ortiz, Delegación Legislativa y Recargos cambiarios. Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, N° 25, págs. 221 a 224.

Todo ello permite sentar la conclusión de que en Costa Rica la potestad normativa del Poder Ejecutivo se funda ora en la potestad reglamentaria otorgada por el artículo 121 incisos 3 y 18 de la Constitución, ora en la ley, cuando ésta, de acuerdo con el fallo citado de Corte Supremo en pleno, amplía el campo sujeto al reglamento mediante autorización o imposición, para que el Poder Ejecutivo regule materia reservada a la ley, con fijación de los límites antes enunciados. Ello no obstante, pareciera que en este último caso se da una delegación que es verdaderamente atribución de competencia permanente y estable en la materia, que es más dañina y que debería considerarse igualmente prohibida, al menos, que la delegación plena del art. 9 de nuestra Carta, lo que, sin embargo, está descartado por el pronunciamiento judicial ya citado, de acuerdo con el cual pareciera fijarse la regla de que si bien el art. 9 se aplica a la delegación legislativa plena (para que el Poder Ejecutivo dicte actos con fuerza de ley dentro de límites racionales y precisos) prohibiéndola, está permitida, en cambio, la autorización de reglamentos delegados o de delegaciones para la producción de reglamentos en materia reservada a la ley. La contradicción y la endeblez de la tesis resultan obvias. Todo lo cual parece abrir la posibilidad, también aceptada en el derecho público comparado, de las llamadas "deslegalizaciones", que representan el punto más agudo de quiebra en contra de la Asamblea Legislativa y del carácter representativo y democrático de las potestades normativas de un sistema.

- c) Las deslegalizaciones. Pude decirse que así como las reglamentos delegados representan una excepción al principio de reserva de ley, las "deslegalizaciones" lo son al principio de preferencia de la ley, según el cual ésta solo puede ser reformada o derogada por otra ley, o acto superior a ella, nunca por acto inferior. "La "deslegalización" consiste en la degradación de la ley formal a reglamento, para que éste pueda regular materia ya sujeta a la ley, con prescindencia de ella, sea reformándola y sustituyéndola, o derogándola." Es una pérdida del rango de la ley, impuesta por ella misma, para abrir o habilitar una materia legislada a la regulación reglamentaria. En cuanto a las "deslegalizaciones" es también muy útil la obra de García de Enterría, ya citada, sobre todo pág. 168 y siguientes, pero aquí el autor limita el fenómeno a la hipótesis pura de una degradación de la ley sin normación reglamentaria sustantiva, pese a lo cual debe advertirse que no hay incompatibilidad ninguna al respecto y que la misma norma que degrada puede autorizar la nueva reglamentación, fijando los límites procedentes.

La autora Carlassare, ya citada, combate frontalmente la legitimidad de las deslegalizaciones no expresamente autorizadas por texto constitucional, con razones que compartimos (ver op. cit. pág. 258, 260 y 265). Es evidente que en Costa Rica, como en la mayoría de los ordenamientos a Constitución rígida, el rango de la ley proviene de la Constitución, que lo adscribe al procedimiento legislativo, también regulado por ella; si ese procedimiento se agota, el producto es una ley, porque así lo impone la Constitución, con fuerza tal que el mismo resultado se obtiene aun en presencia de vicios formales que inficien la nueva norma, mientras no sea anulada por la Corte Suprema en ejercicio de su jurisdicción de constitucionalidad. Si esto es así, cómo podría una ley privarse o privar a otra de su rango y autoridad, si los mismo nacen de la Constitución y no de la ley? Lo que la Constitución da sólo ésta puede suprimirlo o modificarlo y sería inconstitucional cualquier ley que, ignorándolo, se arrogara el poder de modificar la Constitución para crear leyes degradadas a reglamentos, sin seguir previamente el procedimiento especial para reformar la Constitución misma y autorizar tal posibilidad.

Es claro que en Costa Rica tal degradación de la ley podría operarse y regiría, aun siendo inconstitucional, mientras la anulación de la ley que la crea no fuera decretada por la Corte Supremo, pero esa anulación podría obtenerse por violación del art. 127 inciso 1), que crea la potestad legislativa de la Asamblea y la superioridad de la ley frente al reglamento, lo mismo que por violación de los incisos 3) y 18) de la misma norma constitucional, que crean la correlativa subordinación del reglamento a la ley.

* Todo lo anterior equivale a decir que en Costa Rica la "deslegalización" supone dos normas distintas e independientes, para ser constitucional y legítima:

- a) la norma constitucional que autorice la "potestad deslegalizadora", para emplear algún término, con los límites, bases y directrices necesarios en toda delegación;
- b) la ley que opera la deslegalización, con base en la autorización anterior, facultando al Poder Ejecutivo para interpretar, derogar y reformar leyes, que naturalmente deberían indicarse una por una. Si tales supuestos no se dan, la "deslegalización" es inconstitucional, que es lo que —por no darse en la actualidad— ocurre hoy, pese a lo cual y sin llamarlas tales ni darles una configuración clara y aplicable, se dan casi diariamente en la actividad de la Asamblea Legislativa y del Poder Ejecutivo. La deslegalización, como se vio, es mucho más grave, como atentado contra la representación popular y contra el rango de la Asamblea Legislativa, máxima expresión de aquella entre los Poderes constituidos, que la delegación legislativa plena, que todos aceptan aquí como prohibida por el art. 9 de la Constitución, pues mientras ésta última permite elevar el rango de los reglamentos a verdaderas leyes por una sola vez y en relación a una materia precisamente delimitada, la primera degrada la ley a reglamento y pone al alcance permanente del Poder Ejecutivo zonas normativas reservadas a la ley precisamente por su alta gravedad institucional. Véase en apoyo: George Burdeau, Traité de Science Politique, Tome IV, Le Statut du Pouvoir dans l'Etat, (Librairie Generale de Droit et Jurisprudence Deuxième Edition), pág. 197.

2) El Presupuesto: Es elaborado su anteproyecto por el Poder Ejecutivo (Oficina de Presupuesto) y presentado a la Asamblea en fecha constitucionalmente determinada (1º de setiembre de cada año) y aquella tendrá que votarlo no más allá de otra también constitucionalmente prevista (no después del 30 de noviembre del mismo año). (Art. 178). La Constitución no regula la hipótesis de un retraso —culpable o no— que impida la observancia de las fechas, lo que ha conducido a soluciones irregulares y hasta risibles (como atrasar los relojes del recinto legislativo el día final del plazo). La Asamblea puede modificar el proyecto de presupuesto, lo que claramente indica su calidad de co-autora del mismo y la índole legislativa de la aprobación que le imparte y que se funde en un solo acto de rango legislativo con la iniciativa del Poder Ejecutivo, —quien, además, la monopoliza en esta materia—, pero esa potestad de reforma tiene límites. No es posible al legislador aumentar o introducir gastos, sin respaldarlos simultáneamente con un nuevo ingreso que los cubra (Artículo 179). El Poder Ejecutivo carece de la potestad de veto —que es normal frente a otros proyectos de ley— del Presupuesto Ordinario de la Nación (Artículo 125). Pareciera que el veto, cuya prohibición se funda en este caso en la necesaria sumisión del Gobierno a la Asamblea en materia de gasto público, de cruento e histórico abolengo, es posible frente al presupuesto extraordinario, que sólo el Poder Ejecutivo puede pedir y que, lógicamente, debe darse a la medida de sus necesidades supervinientes, que nadie, sino él, puede conocer a cabalidad, pero hay jurisprudencia en contrario de Corte Suprema en pleno, que prohíbe también el veto del o de los presupuestos extraordinarios (ver votación correspondiente a sesión extraordinaria de 26 de setiembre de 1967).

Es práctica establecida, por otra parte, la de incluir en el Presupuesto Ordinario las llamadas disposiciones generales, que son reglas sobre el régimen de ingresos y egresos del Estado, pero frecuentemente también sobre materias totalmente extrañas a éste, como el status del servidor público, el régimen de pensiones, el del dominio público o privado de la Nación, etc. Estas disposiciones son generales y a menudo modifican leyes sobre aspectos importantes de la vida nacional. Cabe preguntar si la prohibición del veto respecto del presupuesto ordinario puede también proteger dichas reglas. La doctrina está dividida al respecto⁷⁴. Hay jurisprudencia opuesta a la posibilidad

⁷⁴ Ver MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I (Abeledo Perrot, Ediciones Glenn S.A., Buenos Aires, 1966), pág. 218, por el régimen común de ley para este tipo de disposiciones generales, a condición de que sean de materia extraña a la presupuestaria; criterio éste compartido por Gonzalo Faiardo, "Puede el Poder Ejecutivo vetar parcialmente la Ley de Presupuesto Ordinario?" págs. 25, 26 y 27, estudio todavía inédito. Igual posición tiene el proyecto de un brillante veto que no llegó a interponerse, suscrito por el ex-Presidente TREJOS, José Joaquín, "Un veto no interpuesto" (Publicaciones Casa Presidencial, San José, 1967), a lo largo del cual se repite y demuestra la común naturaleza de dichas disposiciones generales con la ley vetable por el Poder Ejecutivo.

del veto contra aquellas disposiciones cuando la materia que regulan toca el sistema de ingreso o egresos del Estado, formando un solo bloque de sentido con este último en el respectivo presupuesto⁷⁵. Nuestra opinión es totalmente contraria a tal enfoque, que sólo conduce a la consolidación de esa tan viciada práctica legislativa. Es claro que el veto existe respecto de estas disposiciones, no obstante su vinculación al Presupuesto Ordinario, dado que, por su generalidad y trámite, se trata de verdaderas leyes comunes, que se aprueban con los tres debates necesarios para éstas y que se integran al ordenamiento jurídico con típica aptitud para ser aplicadas indefinidamente cuando se realice la hipótesis abstracta que preven, que puede repetirse también sin límite, excepto el anual propio del presupuesto dado. Generalidad y permanencia no son notas necesarias sino meramente posibles de la ley, pero, una vez que se dan, se establece una presunción a favor del carácter normativo de la disposición en examen. Es precisamente esto lo que ocurre con las disposiciones generales, que son normas y que, como tales, quedan sujetas al régimen común de las otras del Estado, salvo demostración de que se trata, más bien, de disposiciones referidas a necesidades casuistas o a situaciones de hecho exhaustibles, como si fueran actos⁷⁶.

La potestad presupuestaria de la Asamblea representa la limitación y el contralor financieros más importantes que ésta puede imponer al Poder Ejecutivo y a menudo los ha ejercido para paralizarlo, sobre todo cuando el partido mayoritario en la Asamblea no es el del Presidente. Es delicada, pero ineludible, misión de la jurisprudencia nacional impedir ese tipo de interferencias legislativas, que atentan contra la separación de poderes y violan el dominio normal del Poder Ejecutivo.

b) Las mociones de interpelación y de censura: Es potestad de la Asamblea interpelar y, eventualmente, censurar a los Ministros de Gobierno, quienes, fuera del derecho de asistir a las sesiones de la Asamblea sin voz ni voto, tienen la obligación de hacerlo —con voz— cuando son llamados por ella (Artículo 121, inciso 24). Obligación por demás inocua, pues, como se anticipó, la censura no obliga a la dimisión y, en todo caso, no es extensiva ni al Presidente de la República ni al Consejo de Gobierno. Nunca se ha censurado a un Ministro, hay algunos que han desafiado a la Asamblea con su inasistencia y otros que, cuando han obediendo la citación legislativa, han demostrado ser buenos parlamentarios pero pésimos jefes, ignorantes de su Despacho,

⁷⁵ Votación de Corte Plena, misma sesión extraordinaria de 26 de setiembre de 1967, Boletín Judicial de 29 de agosto de 1968.

⁷⁶ Criterio de distinción entre acto público general y norma propugnado por García de Enterría, Eduardo, Revista de Administración Pública N° 29, pág. 164, quien es apoyado por la doctrina española, para lo cual léase Lorenzo Martín Retortillo, "Acto Administrativos Generales y Reglamentos", Revista de Administración Pública N° 40, pág. 249. Ver igualmente ORTIZ, Eduardo, "Materia y Objeto en el Juicio Contencioso Administrativo", págs. 128, 129 y 130 (Revista de Ciencias Jurídicas, N° 5, Costa Rica, 1965).

sin sanción legal efectiva. Se trata de una institución fallida, tomada de la Constitución de Cuba de 1940 (fuente del llamado régimen semi-presidencial latinoamericano)⁷⁷, que debe eliminarse a la brevedad posible en bien del prestigio de las instituciones políticas.

c) Las Comisiones de Investigación: Se trata de una técnica adecuada y poderosa de control sobre el Poder Ejecutivo y demás entes públicos por la Asamblea (Artículo 121, inciso 23). Pueden citar compulsivamente a cualquier persona, pública o privada, recibir toda clase de prueba y tener acceso a toda clase de documentación en las dependencias oficiales, a condición de que no sea de naturaleza privada la información o la documentación necesaria, porque caso opuesto la misma estará constitucionalmente protegida por la garantía de inviolabilidad de los documentos y las comunicaciones privadas, que sólo desaparece dentro del proceso y ante mandato judicial que ordene la exhibición requerida (Artículo 24). Esta garantía impide que pueda extraerse del particular su correspondencia, libros de contabilidad y comprobantes o documentos que no sean públicos. Se han constituido varias comisiones que han jugado papel decisivo en la revelación de negocios y escándalos oficiales, sobre todo en los últimos seis años.

d) Las Comisiones Permanentes: Son la verdadera sede de la legislación. Es ahí donde la oposición puede hacer oír mejor su voz y dar peso decisivo a su voto. Representan el Parlamento activamente operante como contralor y catalizador de las iniciativas del Poder Ejecutivo y de la oposición al Gobierno. Las hay permanentes ordinarias, permanentes especiales y especiales, y cada una está compuesta por once diputados, excepto la de Asuntos Hacendarios, que tiene doce y que es, sin duda alguna, la más importante y poderosa. Duran en funciones toda la legislatura, del 1° de mayo al 31 de julio siguiente, y mueren con ella, para ser inmediatamente reconstituídas.

Es importante determinar el papel efectivo de las Comisiones de la Asamblea en la preparación y confección de los proyectos de ley que después se presentan a Plenario. Se fundan tales Comisiones en el Reglamento Interior de la Asamblea, dictado por ésta en virtud del Artículo 121, inciso 22) C. Política, que la faculta para darse el régimen interior de sus despachos, reglamento que sólo podrá modificarse después por votación de los dos tercios de la totalidad de sus miembros. La Constitución no las enumera y su origen es sólo parlamentario. Según aquél Reglamento, su Presidente puede integrarlas y designar a sus miembros atendido a su exclusivo criterio, sin sujeción a reglas que lo obliguen a hacerlo de acuerdo con el poder de voto de cada fracción dentro del Parlamento, pero hay ya formada una tradición de razonabilidad y corrección política en el ejercicio de esa grave potestad.

⁷⁷ JIMENEZ, Mario Alberto, op. cit. págs. 259 y 260; y, del mismo autor, Desarrollo Constitucional de Costa Rica, (Editorial Costa Rica), 1973, págs. 155 a 161.

Todo proyecto de ley que no pase por Comisión y que no tenga dictamen de ésta, ni negativo ni afirmativo, puede ser discutido en plenario sólo si se dispensa el trámite respectivo, para lo cual se requiere una mayoría calificada de los dos tercios de la totalidad de los votos de la Asamblea, dado que la dispensa implica reforma del Reglamento. Las Comisiones son lo mismo que la Asamblea dentro del ámbito de su competencia, pero limitadas a función meramente preparatoria. Más allá de ésta y concretamente como fuente productora de leyes, su actuación sería inconstitucional, como lo sería cualquier precepto legislativo que se dictara en Costa Rica (con base en el Reglamento Interior dicho) únicamente por las Comisiones y sin pasar por el Plenario, al modo de lo que ocurre en Italia y su Parlamento, por virtud del Artículo 72 de la respectiva Constitución. La legislación así aprobada sería inconstitucional en Costa Rica, cuya Carta Fundamental confiere al Plenario de la Asamblea Legislativa en forma exclusiva, y no a Comisión alguna, la aprobación, reforma, interpretación y derogación de las leyes (Artículo 124). Esas Comisiones son legítima parte de la Asamblea y para todo efecto su existencia y funcionamiento han de reputarse jurídicamente aceptables si tienen base en el Reglamento dicho, salvo norma constitucional clara o expresa en sentido opuesto, a la que evidentemente están subordinadas. En Costa Rica, en otras palabras, habría que reformar el Artículo 124 de la Constitución para habilitar la legislación por Comisión, con prescindencia del Plenario.

3) El Poder efectivo de la Asamblea Legislativa y del Poder Ejecutivo: Cuando el Partido mayoritario que elige al Presidente domina también la Asamblea, es normal que los controles recíprocos funcionen bastante mal por solidaridad, sumisión o negligencia de los diputados; cuando, a la inversa, el Presidente confronta una mayoría parlamentaria adversa, ésta puede paralizarlo, exactamente por lo opuesto. Esto ocurre frecuentemente también si la mayoría partidista es meramente absoluta, cuando se trata de decidir materias que exigen mayorías calificadas, de tres cuartos o dos tercios de la totalidad de los votos de la Asamblea, pues entonces una minoría puede fácilmente bloquear el resultado final e impedir la aprobación del proyecto presentado por el Gobierno. Las leyes comunes y el Presupuesto pueden ser aprobados por mayoría absoluta, pero el resello requiere los dos tercios dichos y el veto logra frecuentemente la muerte del proyecto vetado. Los diputados de minoría tienen a su disposición, además, abortar e interrumpir las sesiones con sólo no asistir o ausentarse, si controlan más de un tercio de los votos de la Asamblea, pues ésta hace quórum con un mínimo de dos tercios de los 57 diputados que la componen, sea con 38 votos. La situación se presentó en 1974 y hubo amagos de disolución del Congreso por el Presidente de la República, alegando un golpe previo de estado fraguado e instrumentado por los diputados, con su ausencia, lo que obviamente no era cierto en la circunstancia, pero podría serlo en otras, si comprobadamente resultara una maniobra de larga duración, con suspensión de labores de la Asamblea, para impedir

su funcionamiento; se trataría de un conflicto político-institucional, que generaría responsabilidad penal por incumplimiento de deberes del cargo contra el o los diputados responsables, pero que carecería de solución constitucional, dada la ausencia de responsabilidad política de los diputados y, en general, de los miembros de los Supremos Poderes en Costa Rica. *

Es este tipo de situación lo que lleva a indagar por el verdadero depositario del poder político en uno y otro ramo del Gobierno, el Legislativo y el Ejecutivo, y en el Estado.

La investigación sociológica revela que sigue jugando papel fundamental la personalidad —fuerte o débil, franca o tímida, noble o innoble— del Presidente de la República. Si éste es enérgico, creador y razonable, se impone a todos sus diputados y aún a los del bando opuesto, y a la inversa. Y si indagamos más se llega a la constatación de que la verdadera legislación, la única que se hace con seriedad, estudio y objetividad, es la que tiene lugar en las Comisiones. Son éstas el órgano más importante y productivo de la Asamblea y son sus miembros los que son visitados, presionados y alabados o atacados por el éxito o el fracaso de algún proyecto de ley, porque es ahí donde realmente trabajan para su redacción y perfeccionamiento. Todavía más: dada la división ya clásica entre diputados «locales» (o «maiceros», como suele llamárseles en broma aludiendo a su origen campesino, que aquí es motivo de satisfacción) y «nacionales», puede afirmarse que la Asamblea descansa sobre los hombros de éstos últimos y, más concretamente, sobre el grupo minoritario de entre ellos que tiene la confianza del Presidente de la República y expeditos los canales de comunicación con él, o, tratándose de opositoristas, con el Presidente y Comités Directivos de su partido. Este es, en realidad, el mecanismo del poder político en Costa Rica: el poder reside en el Presidente, pero muy coartado cuando tiene una mayoría parlamentaria partidista en contra, lo que multiplica los vetos ejecutivos y frustra los programas de la Administración, en cuya hipótesis la solución es el compromiso del Presidente con la mayoría adversa, remedio que en Costa Rica es cosa de todos los días, a todos los niveles y sobre cualesquiera clases de intereses. Si, en cambio, el Presidente cuenta con una mayoría parlamentaria de su partido, controla realmente el poder y puede realizar su programa, aunque sólo limitadamente si esa mayoría es meramente absoluta y no calificada. Pero, en ambos casos, son las comisiones y, dentro de ellas, la élite parlamentaria radicada entre los diputados llamados «nacionales», los que proveen al Presidente, a la oposición o al país del vehículo necesario para hacer aprobar sus proyectos de ley, aquellos polémicos y de trascendencia nacional, que verdaderamente les interesan. *

El mecanismo de funcionamiento del poder, que queda descrito, suscita inquietud por la efectividad del sistema democrático y de la división de poderes en Costa Rica, ante la creciente presión e influencia del Presidente y de los partidos políticos en la Asamblea Legislativa. *

La maleabilidad del diputado se da en proporción directa de su calidad humana y política y ésta, a su vez, depende del sistema de selección de los miembros de la Asamblea, que aquí es muy defectuoso y lleno de corruptelas. En Costa Rica la representación del diputado es por la Nación y no hay mandato imperativo, pero la postulación es partidista y por Provincia, lo que luce, de entrada, como una doble contradicción⁷⁸. Cada Provincia elige un número determinado de diputados de acuerdo con la asignación de escaños hecha por el Tribunal Supremo de Elecciones, de conformidad con el último censo electoral, a través del sistema de cociente (que en Costa Rica es aproximadamente de 16.000 votos por diputado, resultado de la división del total del sufragio válido emitido entre el número de diputados a elegir, 57). Aunque la postulación y votación son provinciales, los aspirantes pueden ser de otra provincia, y no es ésta, en todo caso, la que los designa, sino los respectivos partidos, generalmente desde las oficinas de la jefatura nacional con sede en San José. Designa oficial y aparentemente cada partido a sus candidatos a diputados mediante un sistema muy descentralizado de asambleas, que corre de abajo hacia arriba y que empieza a nivel de distrito y termina a nivel nacional, pasando por el cantonal, en una asamblea general compuesta por 70 delegados. Cada asamblea local tiene derecho a designar 5 representantes para el siguiente nivel y finalmente cada provincia nombra 10 electores para la asamblea nacional. Las fallas del sistema son varias, todas graves.

En primer término, ni la Constitución ni la ley imponen la supervisión estatal del proceso electoral interno de cada partido, ya descrito, y el T.S.E. (Tribunal Supremo de Elecciones) tradicionalmente se ha abstenido de hacerlo, lo que permite toda clase de fraudes, mediante el fácil recurso de hacer "asambleas de papel", consistentes en actas de reuniones no realizadas, donde constan las firmas de los supuestos asistentes, práctica generalmente impuesta u ordenada desde la capital o cabecera de provincia por los jefes del respectivo partido. Se ha denunciado ya casos de notarios que dan fe de tales asambleas con vista de las firmas recogidas, pese a la evidencia de que aquellas no se han celebrado. Es notoria la accionabilidad penal de este tipo de hechos, pero no sabemos de ninguna sanción efectivamente impuesta y la vía penal sería, en todo caso, insuficiente. La realidad es que quienes verdaderamente seleccionan a los candidatos son o el jefe del partido y candidato a la Presidencia, o los cuadros directivos de aquel, y lo hacen tomando en cuenta, sobre todo, la sumisión y solidaridad del candidato, el dinero con que contribuirá, su voluntad y promesas de trabajo intenso en la campaña, etc., y muy pocas veces su madurez intelectual o política⁷⁹. En 1970 un candidato a la Presidencia (Fi-

gueres) impuso a la Asamblea Nacional de su Partido varios nombres para diputados bajo amenaza de renunciar al Partido o a su candidatura (renuncia ésta última legalmente prohibida después de aceptada la postulación presidencial) si no se acogían sus "sugerencias".

Esto determina, en segundo término, que los candidatos sean seleccionados de entre los cantones más ricos y poblados, que son los que más prometen electoralmente, y de ahí que otros —los pobres o con poca densidad de población— queden sin ninguna representación. Hay toda una geografía electoral costarricense, según la cual unos cantones son siempre los que logran postular y obtener diputados, y otros los excluidos, y como, además, esa "geografía electoral" es pública y notoria, ocurre que todos los partidos hacen lo mismo y que son siempre los mismos cantones los que acaparan los primeros puestos en todas las listas (que son legalmente "bloqueadas", pues el votante no puede modificarlas ni hacer combinaciones de nombres o introducir algunos de su escogencia).

Carece totalmente de sentido democrático, por otra parte, asignar un número fijo e igual de representantes a cada provincia, cantón o distrito, en las asambleas inmediatas superiores, necesarias para la selección partidista interna de los candidatos, sin tomar en cuenta la población respectiva de los mismos.

El carácter claramente empírico, personalista y antidemocrático del sistema, conduce finalmente a la estructuración de la Asamblea en dos grupos de diputados, que cada partido en la contienda sabe que convocará y mantendrá, pese a los resultados francamente indeseables: el grupo de diputados "maiceros" y el de los diputados "nacionales", que es casi lo mismo que decir el de los diputados lastre y el de los diputados motor, todo con pésimas consecuencias para la auténtica representación del electorado. En efecto: hay los diputados que, pese al mandato constitucional opuesto, representan un cantón o bloque de cantones rurales y que harán lo máximo a su alcance para complacer y conservar a sus electores consiguiéndoles las llamadas obras locales específicas, o sirviéndoles de intermediario ante el Presidente de la República, los Ministros, otros diputados o altos funcionarios públicos, para el trámite de sus peticiones personales; este es el grupo de los "maiceros" (por la similitud de su imagen campesina con la del maíz, importante cultivo y comida popular en Costa Rica, principalmente rural, y de ahí el chistoso mote). Y hay el grupo de los diputados "nacionales", impuesto por el candidato presidencial y jefe del partido, extraído casi invariablemente de la alta clase media e intelectual, residente en San José, quienes serán los que se mantengan en permanente contacto con el Presidente, el jefe o los cuadros directivos del partido respectivo, los que llevarán el peso del trabajo de dirección y debate en las comisiones, y los que harán triunfar los proyectos importantes de trascendencia nacional (y de aquí su mote) o sufrirán las derrotas aparatosas que conlleva su fracaso. Los diputados nacionales son frecuentemente aspirantes a la Presidencia de la República en los próximos comicios y hay, por lo menos, un caso de un ex-Presidente que

⁷⁸ Artículo 65 del Código Electoral.

⁷⁹ AGUILAR BULGARELLI, Oscar. "La Constitución de 1949", (Editorial Costa Rica, 1973), págs. 155. La censura más analítica y certera de nuestro sistema electoral es la realizada en la obra de VENTURA ROBLES, Manuel Enrique, "Algunos aspectos de la representación política legislativa en Costa Rica", tesis inédita.

construyó su poder y plataforma electorales a base de una agresiva y brillante participación, como diputado "nacional", en los debates parlamentarios (Mario Echandi Jiménez, 1958-1962). Así, mientras los "nacionales" generan proyectos, coordinan fuerzas y orientan el voto de sus colegas, los "maiceros" se limitan a hacer "lobby" por sus cantones y electores regionales y a votar siguiendo las instrucciones que les dan los primeros⁸⁰.

Creemos que todos los defectos de este lamentable sistema quedarían eliminados si se llegara a una representación nacional, por colegio único, con intervención y vigilancia permanentes del Tribunal Supremo de Elecciones y con una sola asamblea nacional del partido, seleccionada a base de méritos, por capacidad política o intelectual.

4) El Estatuto del Servicio Civil^{80 bis}: Uno de los aspectos más críticos de la concentración extrema del poder en el Presidente de la República durante la Constitución de 1871 lo creaba el Artículo 109, inciso 1, que le confería la potestad de nombrar y remover "libremente" a todos los funcionarios y empleados de su dependencia, aunque simultáneamente agregara que "con sujeción a las prescripciones de un "Estatuto Civil de la Función Pública" (que nunca se dictó durante la vigencia de aquella Constitución). El "spoils system" o "sistema del botín" electoral, según el cual todo empleado público no partidario era enemigo y sustituido por otro partidario y amigo inmediatamente después de un cambio de poderes, alcanzó su plenitud bajo esa Constitución. La política se introdujo en el Gobierno y en la Administración Pública en general y la inestabilidad de todos los cuadros burocráticos alcanzó su grado mayor durante los ocho años corridos de 1940 a 1948. Una de las preocupaciones principales de los constituyentes de 1949 fue cambiar el sistema para darle mayor estabilidad al servidor público, rodeando de garantías los procedimientos disciplinarios de sanción o remoción contra él, a la vez que aumentar su buen rendimiento en el servicio público mediante una selección científica a base de méritos y capacidades. A este efecto se constitucionalizó la existencia y vigencia del llamado "Estatuto del Servicio Civil".

⁸⁰ En general todo lo descrito ha sido extraído de dos excelentes trabajos: el ya mencionado de BAKER, Christopher, op. cit., y la tesis de incorporación de VENTURA ROBLES, Manuel Enrique, también citada, págs. 32 a 72, donde se hace una crítica minuciosa y reveladora del funcionamiento y de la distribución del poder en la Asamblea Legislativa, con jugosa compilación de argumentos y alternativas en pro y en contra del sistema; el último autor toma partido en contra.

^{80 bis} Para todo lo concerniente al régimen público o privado de la relación de servicios con el Estado y entes públicos, véase MURILLO, Mauro, sobre El Empleo Público en Costa Rica (Ediciones Imprenta Nacional 1975); y para la doctrina extranjera, indicamos en bloque GIANNINI, Massimo Severo, Diritto Amministrativo, Tomo I, (Giuffrè, 1970) págs. 356 y siguientes; y VIRGA, Pietro, Il Pubblico Impiego, (Giuffrè, 1973), sobre todo las primeras 39 págs.

El Artículo 191 establece:

"Un Estatuto de Servicio Civil regulará las relaciones entre el Estado y sus servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración".

El Artículo 192 dispone, por su parte, que "con la excepción que esta Constitución y el Estatuto del Servicio Civil determinen, los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada y sólo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que exprese la relación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos".

Claramente el mandato constitucional deja entender que exige tres elementos en todo régimen jurídico del empleo público estatal, a saber:

- i. Un único régimen para el Estado, con pareja uniformidad del mismo para todos los sujetos encuadrados en su esfera de organización y de acción;
- ii. Ingreso al empleo público por idoneidad comprobada;
- iii. Estabilidad del servidor público, en la medida en que sólo podrá ser removido previa audiencia y demostración de falta grave de su parte, de acuerdo con el elenco laboral común. Y si bien pueden darse otros eventos no contemplados (como la jubilación o, en general, todas las hipótesis de separación del trabajador por su voluntad), es también cierto que las previstas son las únicas que importan, porque suponen terminación de la relación de servicio sin o contra la voluntad del servidor; así entendida la estabilidad del servidor público quedó bien asegurada.

La única duda fundada que permanece suelta es la tocante al ámbito subjetivo de vigencia del Artículo 191. Qué se entiende por Estado y qué por Administración? Evidentemente, Estado es, en primer término, el Estado, persona jurídica concatenada en cuatro Supremos Poderes, todos los cuales deberían, según ello, estar gobernados por un único régimen de empleo público, cuando, contrariamente, se hallan regidos actualmente por cuatro distintos (Ley N° 1531 de 30 de mayo de 1953, que es el Estatuto del Servicio Civil, vigente sólo para el Poder Ejecutivo; Ley N° 5155 de 10 de enero de 1973, llamada Estatuto del Servicio Judicial; Ley N° 4556 de 29 de abril de 1970, llamada Estatuto de Personal de la Asamblea Legislativa; y Ley N° 4519 de 24 de diciembre de 1969, llamada Ley de Salarios y Régimen de Méritos del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil).

Qué decir del imperativo constitucional en relación con los entes autónomos y semiautónomos del sector institucional público? El Artículo 191 se refiere al Estado como equivalente de Administración Pública, al emplear indistintamente ambos vocablos, uno para definir la materia del Estatuto y el otro para definir el fin. Esta inteligencia de la norma resulta acorde con su motivación histórica —antes indicada— y con la idea de un sólo régimen para todo el sector estatal. Pareciera que sólo quedan fuera de dicha regulación aquellos entes públicos que, pese a ello, no son estatales (ver nota 89 bis), generalmente las Corporaciones Públicas, como los Municipios, las cámaras y colegios profesionales y los organismos sectoriales (dominados por una Asamblea General de los operadores económicos del sector, casi siempre con representación paritaria, moderada por la presencia de representantes del Estado, Ministro o delegado personal). Es claro, entonces, que los entes públicos estatales parecieran obligados también por el mandato del Artículo 191 a uniformar su régimen de personal con el Estado Central, bajo el Estatuto del Servicio Civil. Excluidos de tal deber se hallarían, únicamente, los entes públicos no estatales.

Puede plantearse en abstracto la compatibilidad de tal conclusión con la independencia en materia de administración y, hasta muy recientemente, de gobierno, de que gozaban los entes autónomos, incluso los estatales, por virtud del Artículo 188 de la Constitución. Cabe observar al respecto que tal independencia se da y se dio únicamente frente al Poder Ejecutivo y a cualesquiera otros entes administrativos, pero no frente a la Asamblea Legislativa y sus leyes, ni tampoco frente al Poder Judicial y sus fallos.

Es verdad que la autonomía significó una prohibición al legislador para que impusiera límites extremos al ente y su actividad, que paralizaran o perturbaran gravemente su funcionamiento, pero la ley siempre tuvo la posibilidad de imponerle deberes y prohibiciones, o de condicionar el ejercicio de sus potestades, en tanto esas limitaciones y condiciones no consistieran en formas de sumisión al Gobierno o a otro ente administrativo cualquiera. La potestad de actuar por primera vez, sin contralores ni limitaciones administrativos previos, era la esencia de la autonomía en materia de gobierno y administración, sea dictando reglamentos y confeccionando presupuestos y programas, o ejecutándolos. Dicha independencia era incompatible con regulaciones que obligaran al ente a contar con otro o con el Poder Ejecutivo para decidir por primera vez los asuntos de su ramo, sea a través de actos normativos, sea a través de actos administrativos. Una parte importante del ámbito material de aquellas potestades de administración era el régimen de personal (ingreso, remoción, estabilidad, derechos y deberes, etc.), el cual se interpretaba sujeto bien a una eventual ley específica o bien, en ausencia de ésta, al Código de Trabajo, por disposición de sus Artículos 578 y 579, que lo hacían regir supletoriamente en el sector público, pero siempre sin sujetar la institución a los mandatos o regulaciones de otra entidad administrativa.

Se reformó el Artículo 188 para crear esa posibilidad y entregar a la ley la regulación sin límites de la potestad de gobierno de cada ente, en tanto que se dejó intacta la independencia de éste en materia de administración. Con ello se eliminaron los límites a la regulación de la potestad de gobierno de la institución autónoma por la Asamblea Legislativa, que ahora puede ser subordinada por ley al Poder Ejecutivo o a cualquier otro ente administrativo (de regulación o programación), como la Oficina de Planificación u otros organismos de contralor en la especialidad orgánica del ente. Pero la potestad de administración de éste quedó intacta y pudiera darse un choque con cualquier ley que impusiera esa subordinación del mismo a otro centro administrativo, y le diera potestades (administrativas) que deberían pertenecer a la institución. Es nuestra opinión, sin embargo, que, dado el texto del Artículo 191, no hay independencia del ente frente a la Asamblea Legislativa cuando ésta regula sus relaciones de empleo, con el fin de asegurar la eficiencia de la Administración y la justicia en el trato del servidor público, pues ese campo está reservado a ella, por el Artículo 191, sin límites de ninguna especie, fuera de los expresamente consignados en la Constitución. El Estatuto del Servicio Civil puede ser el mismo para los entes públicos estatales que para el Estado y sus tres Poderes, sin menoscabo de la independencia de aquellos en materia de administración, porque en relación con su régimen de empleo el ente carece de autonomía y no hay ningún campo a él reservado con exclusión de la ley. Desde este ángulo se ve claro que los órganos del Estatuto, tanto la Dirección General como el Tribunal del Servicio Civil, pueden estar facultados para seleccionar y tutelar la estabilidad del personal de dichos entes y vigilar su buen rendimiento, sin violar la Constitución, en aplicación del Artículo 191. Es decir: podrían hacer —respecto al personal del ente— lo mismo que hacen para el del Poder Ejecutivo.

¿Son inconstitucionales, entonces, las reglas dictadas para suplir la inexistencia del Estatuto del Servicio Civil, en el sector estatal o institucional que el Estado maneja? Es muy posible que ello sea así, si se atiende al carácter imperativo del precepto constitucional y a su propósito de uniformar el régimen del empleo público, pues el Artículo 191 dice tajantemente que el dicho Estatuto “regulará” las relaciones de servicio o empleo público para el Estado. La práctica institucional ha sido, empero, contraria a dicha interpretación. No sólo hay regímenes distintos para los cuatro Poderes del Estado, sino que hay una fuerte mayoría de instituciones públicas estatales sujetas al Código de Trabajo, en régimen supletorio y de índole evidentemente laboral y común, por estar excluidas expresamente de un régimen público o no tener uno de esta naturaleza.

Con lo dicho queda claro que el empleo público se divide en Costa Rica en dos grandes sectores, por virtud del Artículo 191 y de los Artículos 578 y 579 del Código de Trabajo, a saber: el empleo público regido por el derecho público y el regido por el derecho laboral común. Están sujetos a un régimen público todos aquellos que lo obtengan del

Estatuto o de otra ley equivalente, en forma tal que el respectivo nombramiento pueda reputarse —para emplear el viejo esquema de Duguit— como un acto condición. Estarán sujetos a un régimen privatista y preferiblemente laboral común, tres diversas categorías de empleados:

- i. Los expresamente excluidos de un régimen público, como ocurre con las fuerzas de policía, por expresa disposición del Estatuto del Servicio Civil;
- ii. Los de entes públicos extraños, por su naturaleza, a un régimen público, en los cuales la administración de personal viene a confirmar tal nota esencial y constituye zona reservada al derecho laboral: se trata, en primer término, de las empresas públicas (entes de organización y/o funcionamiento iguales a los de la empresa civil o mercantil común); y, en segundo término, de los entes públicos no estatales, pero con la advertencia de que sus relaciones de servicio suelen hallarse también específicamente reguladas por ley especial, en cuyo caso las mismas serán de índole administrativa. Sólo en ausencia de ley específica de personal, rigen el Código de Trabajo y leyes conexas.
- iii. Los de entes públicos de naturaleza administrativa (por su forma institucional y no societaria, y también por el régimen especial de su conducta generadora de actos y servicios administrativos), cuando no hay régimen legal específico para sus relaciones de servicio, que se regirán por el Código de Trabajo, supletoriamente aplicable en virtud de los ya mencionados Artículos 578 y 579 del Código de Trabajo.

En los casos de entes públicos sujetos al derecho laboral, cabe notar la frecuente incorporación a éste último de convenciones y convenios colectivos iguales o similares al Estatuto del Servicio Civil, que —ello no obstante— carecen de virtud jurídica para tornar en pública la relación, por no ser legislativo, sino paccionado, el origen de esas disposiciones. La presencia de convenios colectivos, iguales o discrepantes del Estatuto por su contenido, confirma más bien la naturaleza privada y laboral del respectivo régimen, sobre el cual podrán operar las mismas partes, siempre a través del acuerdo entre ellas.

Las características fundamentales de diferenciación entre los dos regímenes —público y privado— de las relaciones de empleo público, se articulan alrededor de tres temas, a saber: la relación es pública cuando se origina en un acto público de nombramiento, se sujeta a una ley o reglamento en su contenido, y no es disponible ni alterable por voluntad de las partes o, al menos, del servidor público, que no puede renunciar e irse, mientras no haya aceptación de la renuncia por la Administración. Las notas opuestas —origen contractual, clausulado negocial (no normativo), disponibilidad de los derechos por acto unilateral del ente empleador o por acuerdo de partes— configuran la relación privada de servicio para un ente público. No obstante todo lo

cual, en Costa Rica es posible formalizar por la vía contractual relaciones de servicio con entes públicos sujetas a un régimen de derecho público, sin necesidad de ley que así lo imponga o permita, si se incluyen en el contrato cláusulas exorbitantes y legalmente imposibles en negocios privados, sólo al alcance del ente en tanto que público, (teoría francesa del contrato administrativo).

Para manejar este complejo material jurídico público la ley creó —sin que de ello haya mención expresa en la Constitución— dos diversos órganos en el Poder Ejecutivo, uno para tramitar la selección y administración del personal de planta de éste último, llamado Dirección General del Servicio Civil, órgano de función típicamente administrativa; y otro de función jurisdiccional, con clara violación del monopolio judicial de la justicia creado por el Artículo 153, llamado Tribunal del Servicio Civil.

*Salvo en el caso de reducción de servicios autorizada por el Tribunal del Servicio Civil, los empleados protegidos por el Estatuto solamente podrán ser removidos cuando incurran en alguna de las causales establecidas por éste, y después de haberse levantado expediente con plena audiencia para el servidor, cuyo despido deberá ser aprobado por el Tribunal para ser legítimo; caso opuesto el servidor deberá ser reinstalado por el respectivo Ministro. El servidor podrá renunciar a la reinstalación, en ejecución del fallo del Tribunal, a cambio del pago inmediato de preaviso, auxilio de cesantía y de los salarios que habría percibido desde que fue despedido hasta la fecha en que quedó firme la sentencia.

Se planteó ante la Corte Suprema de Justicia la inconstitucionalidad de los Artículos 43 y 44 del Estatuto de Servicio Civil, que son los que establecen el trámite de despido, antes indicado, aduciéndose que conforme a los Artículos 70 y 153 de la Constitución corresponde exclusivamente a los Tribunales de Trabajo la facultad de conocer de los juicios de despido de los trabajadores, aunque éstos fueren del Estado. La Corte Plena, en sesión de las 14 horas del 16 de diciembre de 1954, declaró que “la jurisdicción especial para los servidores del Poder Ejecutivo, no es incompatible con la jurisdicción de trabajo dependiente del Poder Judicial establecida por el artículo 70 de la Constitución pues, según se ha expuesto anteriormente, ambas tienen su origen y deben su existencia a la Constitución; fuera de que, conforme al artículo 44 del Estatuto, de las sentencias que dicte el Tribunal de Servicio Civil se da recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Trabajo, que depende del Poder Judicial...”

El aludido recurso de inconstitucionalidad fue declarado sin lugar y quedó establecido así que las normas pertinentes del Estatuto de Servicio Civil no son contrarias a la Carta Política.

En sentencia de la Sala de Casación N° 70 de las 16 horas y 10 minutos del 29 de julio de 1964 se resolvió que los fallos firmes que se dicten conforme al procedimiento antes indicado, para el despido de los servidores del Poder Ejecutivo, tienen el valor de cosa juzgada. Ese pronunciamiento se basó en lo resuelto por la Corte Plena en cuanto

al recurso de inconstitucionalidad referido y en lo que dispone el Artículo 44 del Estatuto de Servicio Civil al establecer que "El fallo del Tribunal Superior de Trabajo será definitivo", con lo cual cierra toda discusión ulterior sobre la procedencia o improcedencia del despido del servidor público protegido por sus normas, con la consecuencia de que "todo despido justificado se entenderá hecho sin responsabilidad para el Estado", como lo expresa el párrafo tercero del Artículo 43 ibídem.

Deslindando los ámbitos de competencia del Tribunal de Servicio Civil y de los Tribunales de Trabajo, la jurisprudencia de la Sala de Casación tiene establecido que al primero corresponde conocer de las gestiones que formulen los servidores para que se les reinstale en sus puestos (Casación de las 13 horas y 45 minutos del 8 de marzo de 1972); y que a los Tribunales de Trabajo compete conocer de indemnizaciones, aunque éstas se deriven de disposiciones del Estatuto de Servicio Civil (Casación de las 15 horas y 30 minutos del 16 de marzo de 1967).

Cuando el servidor es despedido sin observancia del procedimiento previo de audiencia y defensa impuesto por el Estatuto, el servidor podrá o bien promover el trámite él mismo y entonces se sujetará a lo que resuelva el Tribunal con carácter de cosa juzgada, aceptando o rechazando su petición de reinstalación; o bien podrá dirigirse a la jurisdicción laboral para obtener, en vía principal, esas indemnizaciones comunes, en cuyo caso, si pierde el juicio, no podrá ya optar por la vía del Estatuto ante el Tribunal del Servicio Civil.

La vigencia y efectividad del Estatuto son un freno, pero en modo alguno una efectiva garantía, contra las arbitrariedades y despidos injustos dentro del Poder Ejecutivo, que siguen produciéndose por presiones indebidas de Presidente y Ministros contra servidores públicos que no son de su agrado, por razones políticas o de cualquier otro tipo.

Tanto el titular de la Dirección como los del Tribunal del Servicio Civil deberían ser de nombramiento conjunto por los tres Supremos Poderes, con un representante cada uno, y la esfera de vigencia personal del Estatuto debería abarcar a los servidores de todos, no sólo a los del Poder Ejecutivo, lo que pondría fin al excesivo poder de éste sobre aquellos, nacido de la ausencia de contrapesos.

* 5) La Contraloría General de la República: Es un órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, con total autonomía funcional y administrativa en el desempeño de sus labores. lo que ha movido a la Corte de Casación a reputarla una institución semiautónoma, erróneamente en nuestro concepto⁸¹ Están

⁸¹ Casación N° 107, de 15:15 horas del 27 de octubre de 1955. La Contraloría es órgano auxiliar de la Asamblea y no ente, ni autónomo ni semiautónomo, para lo cual requeriría personalidad y capacidad jurídica propias, que no tiene. (Ver ORTIZ, Eduardo, La Autonomía Administrativa Costarricense, págs. 194 a 200; e igualmente "De la Descentralización Pública", Revista del Colegio de Abogados, N° 128 XII, 1956, pág. 237 y siguientes.

a la cabeza de la Institución un Contralor y un Sub-Contralor, nombrados por la Asamblea, y el nombramiento sólo podrá realizarse dos años después de iniciado el período presidencial y por un término de ocho años, de modo que ni el principio ni el fin de su ejercicio coincidan con los del Presidente de la República, ni tampoco con la renovación de la Asamblea Legislativa. (Artículo 183).

Ambos funcionarios tienen todas las prerrogativas e inmunidades de los Supremos Poderes, sin que la Constitución indique cuáles, lo que abre la duda de si acumulan, o no, todas las dispersas entre los miembros de dichos Poderes. La solución afirmativa parece absurda, pues podrían llegar a titular más que cualquiera de aquellos, en virtud de dicha acumulación. Es más razonable sostener, ante tal paradoja, que sólo reúnen las inmunidades y prerrogativas comunes a todos los miembros de los tres Supremos Poderes, con exclusión de las propias y típicas de cada uno, que no se comunican a nadie más. La Contraloría tiene control financiero de legalidad sobre las finanzas del Estado y entes públicos estatales, territoriales o de servicio, con exclusión de los no estatales (Colegios y Cámaras Profesionales, cuerpos económicos sectoriales, etc.); aprueba o imprueba, sin reformar, los presupuestos de dichos entes, vigila su ejecución (de oficio o por instancia) y decide en alzada las apelaciones de la mayoría de las adjudicaciones públicas, por lo que representa el contralor de legalidad más importante sobre la contratación administrativa en el país, central y descentralizada. Es el órgano legislativo que aprueba las tasas y contribuciones municipales, decisivas para el régimen financiero de los Municipios.

6) El Poder Judicial: Monopoliza la totalidad de la función jurisdiccional de la Nación (Artículo 153), salvo la que corresponde al Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral y al Tribunal del Servicio Civil en materia de empleo público del Poder Ejecutivo. * Su órgano jerarca, la Corte Suprema de Justicia, se compone de cuatro Salas de Apelaciones (cada una con tres Magistrados), especializadas por materia, y una de Casación (con cinco Magistrados), de jurisdicción general y sin especialización. La limitación numérica dada no está en la Constitución, que deja abierta la posibilidad de que esas cifras aumenten, pero exige, para disminuirlas, una reforma constitucional. La Corte así compuesta, nombra al resto del personal judicial, jurisdicente o no, que hace carrera de conformidad con el Estatuto del Servicio Judicial. * Los Magistrados integrantes de la Corte Suprema son nombrados por mayoría absoluta de la Asamblea Legislativa, por ocho años, y sólo pueden ser removidos si una mayoría calificada de los dos tercios de la totalidad de los votos legislativos no apoya su reelección, lo que significa que una fácil minoría de un tercio y fracción puede mantenerlos indefinidamente en su cargo, que así es prácticamente vitalicio. Ello no obstante, la dependencia respecto a la Asamblea Legislativa para los nombramientos y confirmaciones de sus integrantes, amenaza la pureza, capacidad e imparcialidad de nuestra

Corte Suprema de Justicia y debe eliminarse a la brevedad posible⁸². La independencia económica del Poder Judicial está garantizada mediante la asignación constitucional de una subvención anual para sus gastos, equivalente al 6% de los ingresos ordinarios del Presupuesto Nacional para el próximo año fiscal. (Art. 177 párrafo 2°).

La independencia funcional sujeta al Juez únicamente a la Constitución y a la ley, sin subordinación a ningún otro Poder, y para pasar leyes concernientes al Poder Judicial la Asamblea deberá consultar a la Corte, con la consecuencia de que sólo podrá separarse del dictamen de ésta por votación de los dos tercios de la totalidad de sus votos.

El Poder Judicial es —por excelencia— el órgano de contralor de legalidad frente al resto de los órganos y entidades del ordenamiento jurídico, especialmente frente a los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

a. Jurisdicción Constitucional.

El Poder Judicial controla, en primer término, la constitucionalidad de los decretos normativos de aquellos dos Supremos Poderes y sólo podrá declarar su inconstitucionalidad, anulando la norma o acto impugnado, por votación no menor de los dos tercios del total de sus miembros, es decir: por doce votos conformes de toda conformidad en la anulación, aunque no necesariamente en sus considerandos. (Artículo 10). La inconstitucionalidad de los otros actos y normas públicos, principalmente de los dictados por entes autónomos, puede ser declarada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con igual efecto anulatorio erga omnes (Artículo 20 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, N° 3667 de 12 de marzo de 1966) y con los recursos de apelación y de Casación (según la cuantía del negocio), que no existen contra las decisiones de la Corte Suprema, lo que configura una importante garantía adicional para el administrado.

El recurso de inconstitucionalidad —como solemos llamar al proceso— se interpone y tramita como excepción u oposición por vía incidental, dentro de otro juicio principal de cualquier naturaleza o materia, y ya formalizada la demanda en el caso del proceso contencioso administrativo, previa invocación del vicio imputado, que debe hacerse ante el Juez de Instancia, normalmente distinto del que fallará

⁸² Ver ORTIZ, Eduardo, Prólogo a la obra de Jesús González, "El proceso Administrativo en Costa Rica", Revista de Ciencias Jurídicas N° 24, Universidad de Costa Rica, 1974), págs. 23, 24 y 25. Hemos propuesto, sin éxito alguno, la reforma del sistema de selección y nombramiento de nuestros Magistrados, no sobre la base de suprimir tal potestad a la Asamblea Legislativa —lo que ésta nunca permitiría, por el enorme poder que ello le da— sino por la limitación de esa potestad mediante ternas confeccionadas por la Corte Suprema de Justicia, el Colegio de Abogados y la Facultad de Derecho, todos con igual peso y representación; las ternas se sortearían de listas permanentes de elegibles, puestas al día anual o periódicamente.

el recurso o incidente. No hay en Costa Rica acción ni proceso autónomos de inconstitucionalidad y menos legitimación popular (acción pública) para su interposición. Esta, una vez formalmente admitida, tiene efecto suspensivo, no del proceso, sino del ejercicio de la jurisdicción sobre el fondo del negocio principal, cuyo trámite debe detenerse una vez listo para sentencia en espera del resultado del incidente. Este es, entonces, de previo y especial pronunciamiento. El fallo de fondo favorable a la excepción anula el acto o disposición impugnados y lo hace desaparecer del ordenamiento, erga omnes.

b. Jurisdicción de amparo y hábeas corpus.

Para proteger su libertad de tránsito el ciudadano tiene a disposición el clásico recurso inglés de Hábeas Corpus, sin originalidad alguna; y para salvaguardarlo contra la arbitrariedad y las vías de hecho de la Administración, así como proteger cualesquiera otros derechos constitucionales, se da la vía del Amparo, que sólo procede contra actos públicos, con exclusión de conductas de entidades o individuos privados, y únicamente cuando no cabe utilizar la vía contencioso-administrativa, por carecer totalmente el acto de base legal o reglamentaria y/o ser urgente la cesación del agravio; caso opuesto, es la vía contenciosa la única utilizable (Artículo 48 y 49)⁸³.

c. Jurisdicción Contenciosa⁸⁴.

El control contencioso-administrativo se ejerce a través de una jurisdicción judicial, de amplio alcance, inspirada en el modelo francés, pero sobre todo en el español de 1956, con la fundamental diferencia de que en Costa Rica están casi totalmente unificadas las vías procesales correspondientes y es únicamente el Poder Judicial, con exclusión de jueces orgánicamente adscritos al Ejecutivo (que aquí no existen, fuera del dudoso caso del Tribunal del Servicio Civil), quien conoce de todas las acciones contra la Administración Pública, sean de índole adminis-

⁸³ Fallo Corte Plena, 15 horas del 27 de junio de 1974, Derivados del Maíz Alimenticio (DEMASA) vs. El Estado. Abundante cita de Jurisprudencia para demarcar la jurisdicción del amparo frente a la Contencioso-Administrativa en Costa Rica, puede verse en la Constitución Política Anotada, págs. 100 y 101.

⁸⁴ Ver RETANA SANDI, Gonzalo, La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Costa Rica y su Reforma, Revista del Colegio de Abogados N° 12 (julio de 1966, San José, Costa Rica, Tomo XXI) y la monografía de González Pérez, ya citada, como la mejor fuente de información sobre la jurisdicción contenciosa en Costa Rica; véase ROJAS, Enrique, La Naturaleza, Extensión y Límites de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de Costa Rica, (Burdeos, 1973) tesis inédita, y ORTIZ, Eduardo, Materia y Objeto de la Jurisdicción Contenciosa en Costa Rica, Revista de Ciencias Jurídicas N° 5, Universidad de Costa Rica, mayo de 1965, pág. 45.



trativa o privada, y sin importar ni la naturaleza de la causa de pedir (derecho subjetivo o interés legítimo), ni la índole de la petitoria (anulación pura o indemnización). Son justiciables, en esa vía, todos los actos de la Administración Pública inferiores a la ley, lo que excluye aquellos que pueden llegar a tener la fuerza y rango de ésta, como los decretos de urgencia. Quedan comprendidos no sólo los actos discrecionales sino también los reglamentos y toda clase de disposiciones generales, así como las adjudicaciones y contratos.*Y lo están igualmente los litigios en que la Administración Pública es parte en relaciones de derecho privado (civil o mercantil), con procedimiento y tribunal iguales a los de la jurisdicción contenciosa ordinaria, cuando se trata del juicio declarativo; o con igual juez, pero con su trámite de derecho común, cuando se trata de otros procesos privados, como desahucios, ejecutivos, actos prejudiciales, etc., todo ello dentro de una jurisdicción llamada Civil de Hacienda, pre-existente a la contenciosa y ahora coexistente —pero unificada— con ella. La unificación de jurisdicciones contra la Administración Pública deja prácticamente nada por fuera y la única excepción de importancia es la materia laboral (que se tramita ante la jurisdicción especial de la materia) y la de los actos de gobierno, entendidos en el sentido clásico de manifestaciones de la Administración Pública no sujetas al contralor de legalidad, en virtud de su naturaleza propia. Vale la pena detenerse brevemente en esta exclusión material.

El acto de gobierno es excepcional y tan poco numeroso en Costa Rica como en Francia, donde el Consejo de Estado ha operado una drástica reducción de la materia exenta del contralor contencioso en bien de la legalidad administrativa⁸⁵. Nuestra Ley de la Jurisdicción Contenciosa ha reducido a dos los tipos de acto de gobierno y esos lo son taxativamente, según elenco legal con carácter de numerus clausus: se trata de los actos de dirección de las relaciones internacionales (especialmente de las diplomáticas) y de los actos de relación entre Supremos Poderes (especialmente entre el Poder Ejecutivo y la Asamblea Legislativa)⁸⁶. En Costa Rica el acto de gobierno puede definirse correctamente, según esa norma, como el acto constitucional, porque sometido únicamente a la Constitución y no a la ley ordinaria, dado que, fuera del elenco referido, no hay otros tipos de actos exentos de contralor jurisdiccional de legalidad.

Tienen legitimación ante la jurisdicción contenciosa tanto los que invoquen un derecho subjetivo, como los que ostentan un interés legítimo, y los poderes del Juez alcanzan a justificar no sólo la anulación del acto o la indemnización de daños, sino también las condenatorias contra la Administración Pública a dar, hacer o no hacer, cuando la

⁸⁵ AUBY J. M., *Traité de Contentieux Administratif etc.*; ver volumen I (Librarie Generale de Droit et de Jurisprudence, París 1962), págs. 78 a 89 y especialmente 78 a 80.

⁸⁶ Ver Ley N° 3667 de 12 de marzo de 1966, Artículo 4, inciso b) (llamada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa).

ley o la situación legal creada (como consecuencia de la anulación del acto impugnado) imponga a aquélla deberes específicos en el uso de potestades regladas o discrecionales, o simplemente obligaciones frente al actor, que hace valer su derecho de crédito⁸⁷.

Son invocables ante la jurisdicción contenciosa toda clase de formas de ilegitimidad administrativa, incluyendo la violación de principios generales de derecho (art. 1° de la ya citada Ley). †

La Ley de la Jurisdicción Contenciosa de Costa Rica configura el contralor jurisdiccional de legitimidad administrativa más amplio del continente en salvaguarda del principio de legalidad y de los derechos e intereses del ciudadano (Artículo 49). *

Debe decirse finalmente que la Corte Suprema de Justicia nombra a los Magistrados integrantes del Tribunal Supremo de Elecciones. Es éste un órgano — y ahora un Poder— muy peculiar del Estado costarricense, fruto de su obsesión por la pureza del sufragio. *

7) El Tribunal Supremo de Elecciones: Es un órgano distinto de todos los otros Poderes y, según reciente reforma constitucional, con el rango e independencia de ellos. Su atribución exclusiva es la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio (Artículo 99)⁸⁸. Al efecto debe realizar todos los actos administrativos que exijan la vigilancia y el desarrollo normal del proceso electoral, para lo cual la fuerza pública de orden y seguridad queda a su disposición durante todo el período correspondiente (seis meses antes y cuatro después de la elección). Está llamado también a dictar las sentencias en materia electoral, con carácter de cosa juzgada (apelaciones contra actos de las Juntas Electorales y del Registro Civil); y debe también aprobar los gastos electorales de los partidos para su reembolso, igualmente que el presupuesto de los mismos para su pago, de acuerdo con el sistema electoral vigente de financiación anticipada de dichas campañas. Le corresponde evacuar dictámenes sobre proyectos de ley electoral, con el resultado de que la Asamblea sólo podrá ignorar la opinión recibida por votación de dos tercios de la totalidad de sus votos, y de que tendrá que respetarla, con efecto vinculante, cuando la reciba en época electoral, lo que significa que, si legisla, deberá hacerlo de conformidad. Finalmente, tiene la competencia exclusiva (excluyente de la competencia de la Asamblea) para interpretar las normas electorales con alcance general y obligatorio, como si fuera la misma Asamblea quien lo hace y con igual rango que ella, a condición de que se trate de materia propiamente electoral, lo que ocasionalmente resulta difícil e incierto de definir (Artículo 102, inciso 3).*La directriz más lógica es la de reputar

⁸⁷ Ver ORTIZ, Eduardo, "Los Privilegios de la Administración Pública", *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 23 (1974), págs. 77 y 78.

⁸⁸ Ver MURILLO, Mauro "El Tribunal Supremo de Elecciones", *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 23 (Imprenta Trejos, 1974), págs. 175 y siguientes.

electoral todo lo que esté jurídicamente atribuido al Tribunal, con un concepto meramente formal, que es el único claro y seguro ⁸⁹.

⁸⁹ Ver fallos interlocutorios en juicio de Oscar Barahona Streber c/ el Estado, del Juzgado Primero de lo Contencioso Administrativo y después del Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, el de primera instancia sobre todo, por su mayor hondura. Estas resoluciones de instancia, no de Casación (que, consecuentemente, no forman jurisprudencia), declaran como no electoral la materia de la nacionalidad, fundándose en el doble argumento: a) de que ésta (la nacionalidad) tiene múltiples consecuencias jurídicas extrañas a la ciudadanía, único efecto de aquella de relevancia electoral, consecuencias como el derecho a la permanencia en el país (excluyente de la potestad y de la pena del extrañamiento); derecho a la subsistencia mínima (traducido como derecho a la seguridad social), derecho de preferencia frente al extranjero en igualdad de condiciones, derecho a la protección diplomática, etc. b) de que el Artículo 104, inciso 2 de la Constitución Política está después —y no antes— del Artículo 103, que es el que otorga carácter definitivo y autoridad de cosa juzgada a los actos del Tribunal Supremo de Elecciones, con lo que —según el fallo en cuestión— quiso evidenciar el Constituyente que las resoluciones de alzada correspondientes al Tribunal, en revisión de lo actuado por el Registro Civil respecto de nacionalidad, no tienen aquel carácter no revisable e inmutable. Los argumentos son discutibles. En cuanto al primero, cabe decir que si bien usualmente la nacionalidad —como status jurídico— conlleva todos los derechos no electorales antes referidos, importa un único derecho subjetivo en forma necesaria, y no hoy, sino desde que existe la nacionalidad como status jurídico fundado en la pertenencia estable al pueblo de un determinado Estado: ese derecho permanente y necesario en todo régimen de nacionalidad, el único que es tal, es precisamente la ciudadanía; todos los otros antes enumerados pueden faltar sin que padezca la nacionalidad y no son consecuencia necesaria de su existencia. Es un hecho, en efecto, que en Costa Rica durante muchos años no hubo derecho a la preferencia (como todavía no lo hay, fuera del derecho de trabajo); ni a la seguridad social mínima (cuando ésta no existía en Costa Rica o en los cantones en que no existe); ni a la permanencia (cuando había pena de extrañamiento) y así sucesivamente con todos los otros posibles e imaginables derechos subjetivos del nacional. Todos ellos pueden faltar y faltan parcialmente en Costa Rica y en la mayoría de los países, sin que por ello deje de existir la nacionalidad; lo que todavía no se conoce, sea cual sea el sistema político vigente, es una nacionalidad que no conlleve el derecho a la ciudadanía, cuando se cumplan las condiciones para la titularidad de los derechos políticos, único status que la presupone siempre. Y en cuanto al segundo argumento, el mismo resulta desechable, no sólo por ser puramente gramatical —tipo de argumentación jurídica que es sospechable por sí mismo, pues siempre el derecho es algo más rico y trascendente que la letra del texto y mucho más todavía que su ubicación— sino porque se da contra la intención clara del régimen electoral en la Carta. Si todos los actos del Tribunal carecen de recurso, sin distinciones de ninguna especie, es evidente que también las resoluciones de alzada del Tribunal en revisión de las que dicte sobre nacionalidad el Registro Civil, y no porque acudamos —contradiéndonos— al manido dístico de que no se puede distinguir donde la ley no distingue, sino porque todo el Artículo 104 —que sujeta el Registro Civil a la dependencia exclusiva del Tribunal— se justifica por la íntima vinculación entre la competencia de tal Registro y la materia electoral, justamente porque el principal efecto de la nacionalidad es la ciudadanía, lo que eleva aquella a elemento decisivo de ésta, cuyo control no debe estar en mano de autoridad extraña a la dirección del proceso electoral como un todo. Es curioso que el fallo que comentamos repare en la ubicación

Dispone el Artículo 103 de la Constitución Política:

“Las resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones no tienen recurso, salvo la acción por prevaricato”.

¿Qué alcance y contenido tiene esa norma?

Se perfila claramente una alternativa: o bien el Artículo 103 da carácter de cosa juzgada e inmutable a las resoluciones del Tribunal, que, sin discriminaciones en cuanto al tipo de acto, no podrían ser discutidas en nuevos procesos contra el Tribunal; o bien se entiende el giro “sin recurso” al modo en que se lo entiende en el proceso con-

del Artículo 104 —que define la dependencia del Registro Civil respecto del Tribunal Supremo de Elecciones y de su competencia— anterior al Artículo 103, para concluir en que los fallos del Tribunal en materia de nacionalidad sí tienen recurso o acción contencioso administrativa, y no repare, lo que es mucho más revelador e importante, aún desde el punto de vista gramatical, en que aquella norma está en el Título VIII, Derechos y Deberes Políticos, después del Capítulo que trata de Los Ciudadanos y del que regula El Sufragio y el Tribunal Supremo de Elecciones, formando un todo relativo a la materia electoral. Y así como el fallo dicho afirma que de haber querido el Constituyente la cosa juzgada para los fallos del Tribunal en materia de nacionalidad, propia del Registro Civil en primera instancia, habría colocado el Artículo 104 en lugar del 103, y viceversa, puede observarse —con mucho más lógica y peso gramaticales— que de haber querido la inimpugnabilidad contencioso-administrativa de esos fallos, habría colocado la regulación del Registro Civil fuera del Título VIII y, en todo caso, no lo habría hecho depender del Tribunal. La lógica indica que si así hubiese sido, el Registro Civil no habría figurado finalmente en la Constitución, pues su materia, privada de toda relevancia electoral, carece de importancia axiológica para constitucionalizarla, exactamente como no han sido materia constitucional la organización y funciones de los demás registros públicos, no obstante que se han consagrado constitucionalmente las patentes, marcas y nombres comerciales, así como la propiedad privada. Si el Registro Civil figura del todo en la Constitución no es porque sea constitucional su materia, sino porque lo es su íntima vinculación y relevancia como infraestructura jurídica del padrón electoral, que no podría levantarse cabalmente sin un control estricto y unificado, en la jurisdicción única del Tribunal, de los nacimientos, de las defunciones, y de la nacionalidad. Debe hacerse ver, finalmente, que la línea de pensamiento del fallo dictado, que aquí combatimos, choca con un obstáculo insuperable para los meros razonamientos gramaticales y exegéticos en el Artículo 11 del Código Electoral (Ley N° 1536 de 1° de diciembre de 1952), que expresamente califica el Registro Civil, cometido a la resolución de los asuntos y conflictos relativos a la nacionalidad, como organismo electoral. Dice la norma: “Artículo 11: Los organismos electorales son: a) el Tribunal Supremo de Elecciones; b) El Registro Civil, c) Las Juntas Electorales”. El Registro Civil, como un todo comprensivo de sus varios órganos, entre los cuales está el Departamento Civil, al que pertenece la Sección del Estado Civil, es, según clara y expresamente lo dice la ley, un organismo electoral. ¿Puede valer, ante tan contundente disposición, una inteligencia del texto que advierta únicamente la ubicación de los artículos constitucionales, sin parar mientras en que hay normas, como el citado Artículo 11, que dictan el sentido de la materia y obligan a pareja interpretación de los textos constitucionales?

tencioso, como referido al acto que agota la vía administrativa, no sólo compatible, sino más bien conducente a otros procesos de contralor jurisdiccional sobre el Estado y sus actos. En la primera versión el acto no recurriría produciría cosa juzgada, mientras que en la segunda se limitaría a rematar el expediente formado para su adopción y produciría efectos jurídicos fuera del Tribunal a favor o en contra del administrado, uno de los cuales sería precisamente el abrirle las puertas de ingreso a la vía jurisdiccional. Este acto, que agota la vía administrativa y habilita la contenciosa, es lo que suele llamarse en España "acto que causa estado".

Se entenderá en este último sentido el giro "sir recurso" referido por el Artículo 103 a las resoluciones del Tribunal?

Creemos errada tal interpretación, que deja sin sentido el Artículo 103. Sin necesidad de éste, la doctrina y los principios generales de la organización administrativa o jurisdiccional indican que cuando el órgano que decide es jerarca último no cabe contra sus actos ningún recurso en esa misma vía, por la fundada suposición de que dicho órgano, siendo el supremo de la línea jerárquica, ha de resolver con la información más completa y la mayor objetividad y acierto posibles.

La exclusión de recursos administrativos en este caso no se da por obra del Artículo 103, sino como resultante de la jerarquía orgánica y funcional del Tribunal, que es suprema en la organización dependiente de él. El carácter no recurrible de las resoluciones del Tribunal a que se refiere el Artículo 103 no puede significar, entonces, lo mismo que en materia procesal-administrativa, dado que tal concepto sería siempre inaplicable dentro de la competencia del Tribunal. Un acto —y cualquier acto— del Tribunal siempre causa estado, por el mero hecho de su origen. El Artículo 103 parece significar, consecuentemente, no la exclusión de recursos administrativos, sino la de acciones jurisdiccionales o procesos contra las resoluciones del Tribunal. Cuáles serán tales jurisdicciones excluidas? Producirán cosa juzgada las resoluciones en cuestión?

Cabe advertir, en primer término, que por la palabra "resolución" empleada por el Artículo 103 no se puede entender ni el acto preparatorio, ni el acto de ejecución de otro del Tribunal, pues en este aspecto sí es posible remitirse al derecho procesal administrativo, dado que siempre habrá en el procesal-electoral actos de procedimiento, con función y estructura iguales a los propios de la vía administrativa. Resolución ha de significar única y exclusivamente la que —aparte de

En síntesis: las resoluciones de alzada del Tribunal en revisión de lo resuelto por el Registro Civil en materia de nacionalidad, son un típico acto del Tribunal en el campo electoral o íntimamente conexas con éste, exactamente como los demás actos del Tribunal en tanto que regulador, director y contralor del proceso electoral, como un todo que hace materia aparte y autónoma. Esos fallos gozan de autoridad de cosa juzgada de conformidad con el Artículo 103, igualmente que todos los demás constitucionalmente atribuidos al Tribunal, salvo recursos de inconstitucionalidad o de revisión, de origen constitucional e insuprimibles.

"causar estado" y agotar la vía administrativa—, decide sobre el fondo del procedimiento electoral, con efecto externo sobre el administrado, en quien producirá situaciones jurídicas activas o pasivas, obligaciones o derechos, etc., frente al Estado. Serán no accionables judicial y jurisdiccionalmente tales actos del Tribunal?

La respuesta se impone fácilmente: Los artículos 99 y 102 confieren al Tribunal la realización de todos los actos necesarios para la organización, dirección y vigilancia del proceso electoral y lo facultan para interpretar las leyes existentes en su materia, con potestad que alcanza también para juzgar sobre la aplicación de esas leyes por otros, si es que su competencia sobre lo electoral es, como lo manda la Constitución, exclusiva.

Esta exclusividad comprende necesariamente todas las formas posibles de interpretación de la ley electoral y claramente la de aplicarla en hipótesis de conflicto, con ejercicio de la función jurisdiccional de legalidad, sin lo cual se fragmentaría su sentido y se incurriría en abusos y contradicciones; y así como no es posible recurrir contra sentencias de la Corte Plena o de las de Casación, por ser de última instancia, es imposible recurrir contra los fallos del Tribunal en materia electoral, que también son la voz suprema para dictar la justicia dentro de ese campo, el contencioso-electoral. La única conclusión aceptable y congrua con la esencia libertaria y garantista del proceso electoral y de su régimen jurídico, es reputar cosa juzgada los actos o "resoluciones" (para emplear el vocablo contenido en el Artículo 103) dictados por el Tribunal en única instancia, y tener como sujetos al contencioso-electoral y al Tribunal mismo (como última instancia) los demás actos electorales, provenientes de otros órganos o dependencias subordinadas al Tribunal. En consecuencia: juez de última instancia en lo contencioso-electoral, eso es lo que es hoy nuestro Tribunal Supremo de Elecciones.

Podrá decirse lo mismo de la jurisdicción de constitucionalidad sobre los actos del Tribunal o de sus órganos dependientes? Creemos que el rango de la norma constitucional, así como la índole de las atribuciones del Poder Judicial y del Tribunal, también de origen constitucional, permiten entender que es aquel, y no éste, el titular del contralor de constitucionalidad sobre el Tribunal y sus dependencias, incluyendo todos los registros públicos (Civil y Electoral) que de él dependen orgánica y funcionalmente. No hay, en este aspecto, norma alguna como el Artículo 102 para lo contencioso-electoral, que haga excepción al monopolio judicial de la jurisdicción (de constitucionalidad) en favor del Tribunal y de sus dependencias. Este puede interpretar la ley electoral ordinaria y dictar esa interpretación, pero no hacer lo mismo con la Constitución, cuyo rango y materia exigen uniformidad de interpretación y de sentido, sólo asequible si queda garantizado absolutamente aquel monopolio judicial en la interpretación de la Carta: sólo el Poder Judicial puede realizar, a través de la Corte Plena o de los jueces de lo contencioso-administrativo (en este último caso con recurso de Casación, que garantiza la uniformidad de interpretación, Artículo 20.2

de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), el control de legitimidad constitucional sobre los actos del Tribunal o de sus dependencias. El Tribunal Electoral puede excluir al Poder Judicial en materia de lo contencioso electoral, que es de mera legalidad, pero no puede hacer lo mismo en materia de constitucionalidad, jurisdicción que sigue perteneciendo al Poder Judicial, con base en el monopolio de la función jurisdiccional creado por el Artículo 153, en bien de una uniforme y única jurisprudencia constitucional.

En consecuencia: Juez de lo contencioso-electoral, pero parte en y ante la jurisdicción constitucional, eso es lo que es nuestro Tribunal Supremo de Elecciones, siempre como órgano del Estado demandado.

El presupuesto anual del Tribunal depende de y va incluido en el General de la Nación, con igual trámite que éste, pero —según el Artículo 178— la Oficina de Planificación no podrá rechazar ni objetar los gastos destinados en el mismo a dar efectividad al sufragio, lo que replantea las dudas sobre el alcance del concepto utilizado para delimitar la materia del privilegio. Cuáles son los actos dirigidos a tal fin? Estimamos nuevamente que el único criterio válido ha de ser el formal, según el cual estará dirigido a garantizar la efectividad del sufragio todo gasto para el ejercicio de aquellas potestades y atribuciones que jurídicamente entren en las competencias del Tribunal, por ser útil o necesario para ese fin.

El Tribunal representa, con su alto grado de autonomía orgánica, económica y funcional, la más acabada contribución de Costa Rica al perfeccionamiento de los sistemas electorales latinoamericanos.

8) El sector descentralizado: Una innovación fundamental de la Constitución de 1949 es la constitucionalización de las autonomías administrativas, que ahora son independientes sólo en materia de administración, porque tienen sujeta a la ley su potestad de gobierno (planificar y adoptar políticas, darse presupuesto y reglamentar su organización y funcionamiento), reserva legislativa que sobrevino en 1974, para recibir inmediatamente en su marco la Ley de Presidentes Ejecutivos, N° 5507 de 19 de abril de 1974, que trasladó a estos representantes del Poder Ejecutivo, directamente dependientes del Consejo de Gobierno, la jerarquía suprema y la última palabra en la alta dirección del ente autónomo. Esta ley sólo cubre instituciones estatales y excluye las públicas que no lo son⁸⁹ bis, y ha venido a duplicar

⁸⁹ bis Aludimos a la existencia de entes públicos no estatales, concepto traído a Latinoamérica por SAYAGUEZ LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II (Montevideo, 1959), páginas 233 y siguientes; véase también GORDILLO, Agustín, Las Empresas del Estado, págs. 40 a 45, así como MARIENHOFF, Miguel, op. cit. Tomo I, Págs. 348 a 354. La doctrina se inclina por dar a dichos entes un encuadramiento de índole pública en la organización y de índole privada en su función, que, según dichos autores, se manifiesta a través de actos privados, no administrativos. Discrepamos radicalmente de este rasgo de configuración, pues en Costa Rica es ente público no estatal, a la

parcialmente la posición y atribuciones de sus gerentes, que permanecen semidecapitados. El ente autónomo sólo puede ser creado, alterado o suprimido por ley con los dos tercios de la totalidad de los votos de la Asamblea, y cada uno debe ser oído por ésta cuando se van a dictar leyes sobre su especialidad orgánica o cualquiera otra que, en alguna forma, lo afecte directamente, pero el dictamen no es vinculante y puede ser ignorado sin votación calificada. (Artículo 190). Significa su existencia la legitimación constitucional de un cuantioso desprendimiento de funciones y servicios fuera del ámbito del Poder Ejecutivo, donde se hubiesen radicado sin el Artículo 188, que inicialmente fue dictado pensando no sólo en la eficiencia de la Administración sino, sobre todo, en la protección de la libertad, para evitar el "gigantismo" personalista y centrípeto del Poder Ejecutivo, que podría ahogar al ciudadano⁹⁰ La vinculación de los entes, autónomos a la planificación nacional, a través de los Presidentes Ejecutivos, fue una necesidad y sigue siendo un acierto, siempre que se aplique la reforma con espíritu de servicio y no de vulgar reparto ocasional del poder, y de los recursos descentralizados en beneficio del Gobierno y de su partido, como hoy ocurre.

inversa, la corporación sectorial, de Derecho Público, tanto en su organización como en sus actos, a condición de que recaude su financiación del propio sector, y de que, consecuentemente, sea la voluntad del grupo de base, constituido en Asamblea General, la autoridad suprema en la dirección del ente. Es obvio que, con este enfoque, no hay incompatibilidad entre el carácter no estatal del ente público y el carácter administrativo de sus actos, sin perjuicio de la aplicación ocasional del Derecho Privado a éstos y a sus contratos. En Costa Rica los entes públicos no estatales tienen un régimen positivamente recortado contra el fondo de los entes estatales, que son la gran mayoría; ese régimen se define por cuatro exenciones básicas a favor del ente no estatal, a saber: a) el ente no estatal no está sujeto a la Contraloría General de la República ni a su contralor de legalidad (pero frecuentemente la ley o la práctica administrativa exige que, al menos, se comunique a la Contraloría el Proyecto de presupuesto y éste ya aprobado, y también que se le envíe informe final posterior a su ejecución); b) el ente no estatal no está sujeto a la Ley de Administración Financiera de la República, ni consecuentemente, al requisito de la licitación pública para la selección de sus contratos y contratistas; c) el ente no estatal está fuera de la ley llamada de "los Presidentes Ejecutivos" de entes autónomos o semiautónomos, por lo que conserva autonomía de gobierno y de administración frente a la planificación central o nacional, aún después de la reforma del Artículo 188; ch) el ente no estatal está gobernado normalmente por un grupo sectorial titular de la máxima autoridad de gobierno y por una junta directiva, representativa y designada por elección en esa Asamblea, sin intervención ninguna del Consejo de Gobierno (no, al menos, en lo que toca a los representantes de cada grupo de interés dentro del sector).

⁹⁰ Ver Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, tomo III, pág. 468, donde el principal ponente y autor del Art. 188 de nuestra Carta, FACIO BRENES, Rodrigo, adscribe tal propósito libertario y liberal a las autonomías administrativas y a su constitucionalización, que así devenía en una forma de protección y garantía de la libertad frente a la autoridad y a su desmedido crecimiento con la aparición en Costa Rica, por primera vez consciente y buscada, del Estado Social o Estado de Bienestar.

9) Los Municipios: Dentro del cuadro de la descentralización pareciera jugar importante papel el sector municipal que conquisó también su libertad con la nueva Carta. El Municipio es concebido como un ente público no estatal, territorial y político, a fin indeterminado pero determinable por él mismo, de circunscripción cantonal, cuyo órgano máximo es un cuerpo colegiado, llamado Concejo, con titulares jerarcas llamados regidores, de elección por sufragio directo y proporcional igual al empleado para la de los diputados de la Asamblea Legislativa y sincronizada con ésta última y con la del Presidente de la República. El Concejo funciona en forma autónoma y sin ninguna subordinación jurídica, ni jerárquica ni de ningún otro tipo, al Poder Ejecutivo, y sus resoluciones son apelables, por recurso jerárquico impropio, únicamente ante la autoridad judicial, sin intervención de la administrativa, autoridad legalmente radicada en un tribunal de apelaciones de la jurisdicción contencioso-administrativa. Cada Municipio tiene potestad reglamentaria de su competencia, para ampliarla o reducirla, y puede regular sus procedimientos y relaciones, con contratistas o usuarios de sus servicios. La restricción más importante a su autonomía administrativa está en la necesidad de obtener aprobación de la Asamblea Legislativa para algunos de sus actos, taxativamente fijados por la Constitución misma (Artículo 174), y en la sujeción de su competencia a la ley, que es libre para fijársela sin riesgo grave de incurrir en quebranto constitucional⁹¹. Para la ejecución de las resoluciones del Concejo éste debe nombrar a y servirse de un funcionario de obligatoria existencia por ley, llamado el Ejecutivo Municipal, quien es, además, el representante legal del Municipio y el administrador diario de sus servicios.

⁹¹ Ver ROJAS VARGAS, Otto, El Código Municipal y la Municipalidad Autónoma. Subvenciones y la Autonomía Municipal, Temas de Derecho Municipal", (IFAM, Serie de Documentos Municipales, San José, Costa Rica, 1973) págs. 26 y 27, que toma partido definido por la autonomía municipal por encima de la ley, a modo de esfera de acción constitucionalmente garantizada por los Artículos 169 y 170, dentro de la cual resultaría nula tanto la ley como la norma reglamentaria del Poder Ejecutivo que incursionará para cercenar o contradecir lo dispuesto por una regla municipal previa; nuestra Corte Suprema ha entendido diversamente y aceptado como constitucional una ley (la del Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillado, N° 2726 de 14 de abril de 1961) que impuso a las Municipalidades el traspaso a dicha entidad semi autónoma de todo su sistema de aguas negras y potables, como puede verse de votación de Corte Plena correspondiente a sesión extraordinaria celebrada a las 15 hrs. del 17 de enero de 1973 (Boletín Judicial de 12 de setiembre de 1973).

La obra jurídica más seria que conocemos en lengua española sobre materia municipal (obra colectiva dirigida por RETORTILLO, Sebastián, Descentralización Administrativa y Organización Política, 1973, Ediciones Alfaguara) contiene un sustancioso ensayo sobre las competencias municipales, escrito por Javier Salas, tomo II, donde el autor, después de reconocer el origen puramente legal de aquellas, aboga, como medio único para conferir verdadera autonomía al Municipio, por una atribución de potestades con las siguientes notas: "autonomía, exclusiva, poder decisorio y agotar vía administrativa" (op. cit. pág. 671). No cabe sino suscribir para Costa Rica iguales conclusiones,

El cuadro constitucional del Municipio, arriba descrito, ha sido ya desarrollado y consolidado mediante un nuevo Código Municipal, de corte bastante moderno (Ley N° 4574 de 30 de abril de 1970). La Constitución y este Código representan un largo paso del Municipio hacia adelante, en su lucha por la más completa autonomía política y administrativa. Es, en todo caso, otro gran desprendimiento de competencias y poderes administrativos en detrimento del Poder Ejecutivo, aunque, cuidadosamente observado, sin gran importancia institucional. En un país pobre y geográficamente pequeño, sujeto a un proceso acelerado de crecimiento, se necesita la concentración del poder y de los recursos financieros, para planificar la acción pública y darle su mayor eficiencia como instrumento de cambio. [Los municipios de base cantonal para la gestión de intereses locales o bien salen sobrando o bien quedan confiados a tareas necesarias, pero de poco impacto social, como la prestación de los servicios de recolección de basura, del alumbrado público, de limpieza de calles, etc. o como las intervenciones de policía más circunscritas y banales, tal el control de rifas, de loterías, etc. Una sola atribución importante en la conformación socio-económica del país conservan los municipios en Costa Rica y es cada día más evidente que deberán cederla progresivamente al Estado, quien ya controla varias etapas del procedimiento respectivo: la planificación urbanística, en la cual el acto final y definitivo, intersubjetivo, aprobatorio del plan, lo mismo que sus aplicaciones, corresponden al Municipio, en tanto que su elaboración técnica y la formulación de las políticas nacionales y locales de desarrollo urbano corresponden al Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, entidad pública instrumental del Estado, en calidad de órgano simultáneamente asesor y contralor del sector público en la materia (Ley de Planificación Urbana, N° 4240 de 15 de noviembre de 1968).

El Municipio ha cedido ya al Estado la casi totalidad de sus servicios tradicionales de importancia colectiva y tendrá que cederle la

no como apoyo al desarrollo municipal que, como se dirá, nos parece utópico e inconveniente en un país tan pequeño como Costa Rica, sino como reconocimiento del acierto técnico jurídico de la opinión dicha: si no hay en un Municipio potestades determinativas sin control administrativo, y si la existencia y fines de esas potestades dependen del Gobierno o, incluso, de la Asamblea Legislativa y no del Municipio en acto de libre disposición, no hay verdadera autonomía municipal. Debe ser ésta la que se fije sus competencias, incluso las de imperio, y la que agote la vía administrativa sin sujeción al Poder Ejecutivo. La sumisión al Poder Judicial es aceptable y más aún aquella a la Asamblea Legislativa, pero no más allá de una esfera infranqueable, que sólo puede definirse —como lo hace el Artículo 169— mediante un concepto indeterminado que —como el de "materia local"— se ofrezca al Concejo Municipal como directriz para su desarrollo y esclarecimiento a través de sucesivas determinaciones políticas y administrativas. La ley, aunque lo sea, debe ser incapaz para definir lo nacional como local e imponérselo al Municipio, como también para tener como nacional lo que es local y sustraérselo al Municipio. La jurisprudencia constitucional arriba citada pareciera, ello no obstante, abrir al legislador ilimitado campo de regulación sobre el Municipio, con evidente desmedro potencial de su autonomía constitucional.

planificación urbana, forzado por su impotencia política y administrativa. En Costa Rica el régimen municipal ha jugado débil e irrelevante papel como garantía del proceso democrático y menos aún como instrumento para la realización de cometidos públicos; normalmente, en Costa Rica, su administración es más ineficiente e irregular que la del Estado y siempre mucho más pobre, lo que quizá explique su total fracaso.

IV. LA SITUACION ACTUAL.

Puede decirse que el país ha mantenido las mismas tendencias desde 1940 a la fecha y que ha evolucionado favorablemente hacia una mayor igualdad mediante un intenso intervencionismo estatal encaminado a lograr la creación de más oportunidades de trabajo y estudio. El proceso ha sido lento y está lejos de ser satisfactorio, porque además, lo han complicado y frustrado a menudo las grandes fallas humanas y errores políticos de los gobernantes, sobre todo en los últimos seis años. La Constitución de 1949 ha sufrido 25 reformas de importancia y ha demostrado tener, como decía don Cleto González Víquez de la de 1871, "vida de gato". Su apariencia es la de un buen espejo de la evolución y del progreso sociales en los últimos 25 años. Detrás de esa fachada constitucional yace un pueblo sin futuro visible y se advierte la presencia de descomposición moral y política, que se pretende explicar en términos mundiales, pero que es o ha sido un fenómeno frecuente en épocas de intervencionismo estatal intenso en Costa Rica: la progresiva identificación entre patrimonio nacional y personal y la indiferencia moral frente al acontecer político, como si en la conquista y el uso del poder todo estuviera permitido. Precisa pasar somera revisión a lo ocurrido en los últimos 25 años, trasfondo necesario de lo que son hoy nuestra Constitución y nuestro régimen político.

Varios hechos de importancia se han dado, a saber:

- 1) La consolidación del Partido Liberación Nacional.
- 2) La creación y consolidación de la Banca nacionalizada.
- 3) El nacimiento y casi-muerte del Mercado Común Centroamericano.
- 4) La aparición de políticas "desarrollistas" del Estado, básicamente orientadas a fortalecer la capacidad competitiva de la industria nacional en el Mercado Común.
- 5) El crecimiento sustancial de la carga tributaria.
- 6) La universalización del sistema de seguridad social.
- 7) La formación de un amplio sistema público institucional.

Expliquémonos.

1. El Partido Liberación Nacional.

Desde su fundación, el 12 de octubre de 1951, el Partido Liberación Nacional ha ganado cuatro elecciones presidenciales de las siete que ha habido y ha ganado todas las de diputados, por lo que siempre y desde entonces ha dominado la Asamblea Legislativa y cogobernado el país. En todas las elecciones ha postulado candidatos para los tres niveles (nacional, provincial y municipal) y es, como quiera, el que sólo y aisladamente ha dado siempre la batalla contra una variada coalición de enemigos. Sus filas se aumentaron sustancialmente con sus dos primeras presidencias (Figueres, 1953-1958, y Orlich, 1962-1966), pero disminuyeron y disminuyen con las dos últimas, por reacción popular contra los escándalos que causaron y causan actuaciones de algunos de sus miembros más destacados, dentro y fuera del poder. Su base es principalmente campesina, pero se ha advertido la tendencia hacia una disminución de su electorado en las zonas rurales, con un leve pero sostenido aumento en las urbanas. Es el partido que ha creado la mayor parte de la estructura institucional moderna de Costa Rica y aunque sus últimos gobiernos han distorsionado o deteriorado gravemente la eficiencia de ese aparato público y la confianza en éste depositada, será ese mismo sistema institucional el que sirva para promover el desarrollo, cuando alguien quiera lograrlo con honestidad y espíritu de servicio. Su ideología es intervencionista y simultáneamente amiga de la empresa privada, pero, contra lo que sus líderes sostienen, es la misma de todos los demás partidos, sencillamente porque es la única posible para Costa Rica en el momento actual. El hecho de haber ganado cuatro elecciones presidenciales, desde 1953 a la fecha, ha desgastado su prestigio, pero también ha dado al Liberación Nacional estabilidad, organización e imagen pública mayores que a los demás grupos políticos, porque, por un lado, los triunfos generan amigos poderosos y, por otro, el partido mayoritario tiene asegurada la financiación anticipada de su campaña por el Estado, según reciente reforma constitucional.

Los otros partidos son minoritarios y deben unirse cuando quieren combatir al Partido Liberación Nacional, coalición que les ha dado, al menos, dos Presidentes de la República (Mario Echandi Jiménez, 1958 - 1962, y José Joaquín Trejos Fernández, 1966 - 1970). El panorama electoral evoluciona claramente hacia el bipartidismo Liberación Nacional y coalición anti Liberación Nacional.

2. La Banca Nacionalizada.

Se ha mantenido hasta la fecha pública e intacta, como fue creada, y no se ha logrado hacerla mixta, permitiendo la competencia regulada con la banca privada. La nacionalización es, en realidad, de los de-

pósitos bancarios a la vista, pues los bancos privados que hay pueden llevar a cabo cualesquiera otras operaciones pasivas. La Banca Nacionalizada fue, durante mucho tiempo, un magnífico elemento de desarrollo, porque permitió la aplicación de criterios de ese tipo en el manejo del crédito público y en favor del campesino y del pobre, lo que no era seguro o era lo contrario con la banca privada. Las agencias y sucursales de cada Banco nacionalizado llevaron la ayuda financiera y la asesoría técnica a todos los rincones del país, con inmediato buen resultado, sobre todo en el agro. Pero en los últimos años la Banca Nacionalizada ha mostrado ser vulnerable por el partidismo político y capaz de favoritismos o discriminaciones de esa índole. Hay cada día más una erosión de los programas de desarrollo y de coparticipación, típicos móviles de la nacionalización, en favor de criterios mercantilistas de competencia y de inversión rentable y segura, propios de la banca privada.

La banca nacionalizada, como Jano, tiene dos caras, una buena y otra mala, y puede enseñar una con tanta facilidad y aplomo como la otra ⁹².

3. Las políticas de fomento industrial del Estado.

Después de 1949 la preocupación por el desarrollo económico, expresado en la idea de aumentar la producción de riqueza para su distribución entre los más débiles componentes sociales, llevó al país a inaugurar una política de incentivos para el industrial, básicamente a través de la técnica de la exención. Se dictó una Ley de Fomento Industrial y se concedió múltiples contratos llamados "industriales", ya expirados en su gran mayoría, y el Estado empezó a sufrir desde entonces, y en gran parte por dicha política, un déficit financiero crónico,

⁹² VALVERDE MARIN, Jenaro y LIZANO FAIT, Eduardo, Argumentos en contra de la Banca Nacionalizada y su Impugnación (Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1973), págs. 18 a 20. Los autores del trabajo contestan con eficacia las objeciones a la Banca Nacionalizada desde el punto de vista económico y financiero. No es éste, sin embargo, el problema que suscita la Banca Estatal: la Banca Nacionalizada ha sido dañina, no para nuestra economía, sino para nuestra política. Los autores citados no logran dar razones convincentes para demostrar la pureza e imparcialidad políticas de la Banca Nacionalizada, ni menos para ofrecer mecanismos de control aptos para alcanzarlas. La razón es una y muy clara: el problema es de muy difícil solución. Creemos que la única vía de salida es la formación de una tecnocracia con carrera bancaria, creando ésta y exigiendo mayoría en las directivas bancarias para los graduados en economía o derecho, que estén integrados a dicha carrera. Los nombramientos de las Directivas deberían ser por 8 años, en fechas no coincidentes con las elecciones nacionales, y como contrapeso a los tecnócratas deberían sentarse en la Directiva, y a la par de ellos, los representantes del Gobierno, Ministro o técnicos del Estado.

cuya posibilidad nunca se tomó en cuenta al tramitar la ley ⁹³, pese a lo cual los artículos nacionales sustitutivos de las importaciones llegaron a alcanzar, y todavía lo hacen, precios casi tan altos como éstas, sin su calidad y para exclusivo beneficio del empresario. ⁹⁴ Hay muchas empresas que reinvierten y abren nuevas fuentes de trabajo, pero también las hay que exportan las divisas o las consumen en fines no reproductivos. El sistema de exenciones incentivos industriales está en crisis, pues aunque ha traído un aumento de la producción y de las exportaciones nacionales en el sector industrial, no ha funcionado como nivelador y distribuidor social de riqueza. Ello no obstante, la industrialización habida ha hecho crecer el producto interno bruto y por cabeza ⁹⁴, y ha forzado al país a insertarse en el mundo económico y tecnológico, regional y mundial, de las grandes industrias. El régimen nacional de incentivos ha sido sustituido últimamente por otro regional, implantado en todo el área por el Convenio Centroamericano de Incentivos Industriales.

4. El Mercado Común Centroamericano:

El 13 de diciembre de 1960 se suscribe en Managua el Tratado General de Integración Centroamericana, para la formación de un Mercado Común, ratificado por ley nacional N° 18 de 23 de julio de 1968, casi dos años después de iniciado el proceso en el resto del Área. El poder del dinero explica el inmediato éxito del proyecto en el campo económico, en una región cuya integración política no se ha logrado nunca. La guerra entre Honduras y El Salvador terminó con los aspectos institucionales, políticos y culturales de ese Pacto, pero no con los económicos, básicamente vigentes todavía a través del libre comercio dentro del área, que continúa con intensidad. El Convenio Centroamericano de Incentivos Fiscales ha sustituido en gran parte todas las leyes nacionales de fomento industrial, pero ofrece estímulos que son sustancialmente las mismas exenciones tributarias, con lo que ha consolidado, en lugar de corregir, la crisis fiscal creciente, que actualmente es regional; el problema se ha hecho ahora endémico en todo el Istmo. Esto cuenta poco, si se mira el panorama desde el ángulo del desarrollo

⁹³ Ver WEISENFELD, Lorin, "La Ley de Desarrollo y Protección Industrial de 1950" (Revista de Ciencias Jurídicas, 14 (Imprenta Lehmann, 1969), págs. 64 a 82, y además, 101, 102, 105, 110 y 111; así como GANTZ, David, "La Aplicación de la Ley de Protección y Desarrollo Industrial", Revista de Ciencias Jurídicas N° 14 (Imprenta Lehmann 1969), págs. 191 a 200, especialmente ésta última. Estos dos ensayos contienen una desconsoladora versión de la impremeditación, superficialidad y empirismo con los que se manejó en la Asamblea, y después por el Gobierno, la política de incentivos a la industria nacional.

⁹⁴ El ingreso per cápita en 1975 fue de ₡ 3.303.00 colones, con tipo de cambio al ₡ 8.60 por dólar. (Cifra y Cuenta Nacionales 1963-1970, estimación a 1975, Banco Central de Costa Rica).

de nuestros recursos humanos y de nuestra independencia económica, frente a otros países dentro y fuera del área. La realidad es que no hay circulación de capitales en el Mercado Común Centroamericano, lo que ha asegurado el mejor beneficio para Guatemala y El Salvador, cuya estructura económica y social permitió y permite a su sector empresarial —ya de partida— la disponibilidad de capitales mucho mayores y más concentrados, con costos de operación mucho menores, sobre todo en cuanto a mano de obra. La inversión extranjera en cantidad muy superior a la del área ha desviado el proceso hacia el predominio de grandes empresas americanas y europeas de alcance multinacional, sin que se hayan adoptado leyes nacionales ni centroamericanas que regulen adecuadamente la transferencia de tecnologías y la protección de la empresa nacional frente a la extranjera. El Mercado Común Centroamericano ha jugado bien el papel de catalizador de esfuerzos para impulsar el inicio de la etapa industrial en Costa Rica y en Centro América, sobre todo por la ampliación de mercados, pero ha aumentado su dependencia económica y tecnológica frente a los grandes países y drena hacia afuera cada vez más técnicos y especialistas, que son nuestro principal capital para el desarrollo económico con justicia y libertad. El Mercado Común Centroamericano ha aumentado la producción y el ingreso del país y del área, pero ha contribuido poco a la eliminación de la miseria en nuestros países, y propiciado, en lugar de deshacerla, la concentración de capital, principalmente en manos de compañías multinacionales extranjeras.

5. Régimen y aumento de la carga tributaria.

Se ha aumentado sustancialmente la carga tributaria del costarricense en los últimos veinticinco años y para darle orden y maniobrabilidad se ha promulgado un Código Tributario muy similar al Código Tributario Tipo de Latinoamérica, que contiene una regulación detallada de la potestad y de la relación tributarias, así como del procedimiento para reclamos fiscales y de las vías ejecutivas de tipo administrativo (Ley N° 4755 de 3 de mayo de 1971). Costa Rica es hoy el país del área con mayor contribución, en ese concepto, al producto interno bruto.⁹⁵ Se ha creado, a lo largo de estos 25 últimos años, algunos de los impuestos más generales y onerosos y se ha triplicado otros que ya existían, como el de la renta, con el intento de repartir mejor el ingreso nacional. Los impuestos que generan la mayor cantidad de entradas públicas sigue siendo los indirectos, por abultada diferencia (impuestos de aduanas, regulados por el CAUCA Y RECAUCA, a nivel centroamericano;

⁹⁵ En 1975 los impuestos indirectos representaron un 13.9% del producto interno bruto; los impuestos directos sobre empresas sociales solamente un 2% y sobre unidades familiares un 1.3%. El total ingreso tributario representó un 17.2% del ingreso nacional bruto, así como las contribuciones para fiscales al sistema de seguridad social del país, un 4.6%.

impuesto de ventas, ley N° 3914 de 17 de julio de 1967, últimamente reformada por ley N° 4961 de 10 de marzo de 1972, e impuesto selectivo de consumo, ley N° 4961, ya citada). Ello no obstante, los impuestos directos han subido considerablemente y es casi seguro que la tendencia se mantendrá, pues sobre los mismos descansa hoy el sistema nacional de ingresos en proporción mucho mayor que anteriormente (impuesto directo sobre la renta, ley N° 837 de 20 de diciembre de 1946, últimamente reformado por ley N° 4961 de 11 de marzo de 1972; impuesto territorial, ley N° 27 de 2 de marzo de 1939, hoy totalmente reformado por ley N° 5480 de 17 de setiembre de 1973; impuesto sobre tierras incultas, Ley N° 2825 de 14 de octubre de 1961, artículo 41 y 42 que, quizá por lo mismo y por la presión en contra de los grandes propietarios, tiene carácter claramente punitivo)^{95 bis}.

La única gravísima falla importante del sistema tributario nacional es su escaso servicio de inspección y control, que resta al Fisco un gran porcentaje de su debido ingreso. Esta falla hace muy injusto el sistema, pues unos pocos pagan por todos, y no todos los inscritos pagan lo que deben. El padrón de contribuyentes en concepto de impuesto sobre la renta es apenas de 41252 individuos y de 76.960 el del impuesto territorial, cifras ambas notoriamente desfasadas con la población activa de Costa Rica. La tendencia hacia la evasión y la defraudación tributarias es cada vez más abierta y progresiva.⁹⁶

6. Universalización del Seguro Social.

Pese al mandato constitucional del Artículo 177 y de su transitorio, correspondiente a decreto constitucional N° 2738 de 12 de mayo de 1961, por el que se impuso la total universalización de los seguros sociales en un plazo de 10 años, expirado en 1971, el resultado no se ha obtenido, pues nos hallamos todavía lejos de la meta: hoy están asegurados únicamente 344.840 trabajadores y sus familias, lo que representa sólo dos tercios de la población activa (protegida por los seguros de enfermedad, invalidez, vejez y muerte)^{96 bis}.

^{95 bis} La crisis fiscal enseña que la solución de problemas nacionales no tiene ideología: fue el Presidente Trejos (1966-1970) —uno de los llamados "conservadores"— quien puso en vigencia los altos impuestos llamados selectivo de consumo y de ventas, impelido por la carencia de ingresos públicos.

⁹⁶ Contribuyentes Impuesto sobre la Renta:

1) Sociedades	5.930
2) Empresas Individuales	5.361
3) Empleados y Pensionados (personas físicas, trabajadores o pensionados)	29.961

Total Contribuyentes 41.252

^{96 bis} El dato ha sido suministrado bajo certificación por el Departamento de Afiliación de la Caja Costarricense del Seguro Social, pero todavía es inédito.

Después de la reciente inclusión en el sistema de la seguridad social y de los desocupados o indigentes, que todavía no se empieza a cobrar ni aplicar, es predecible un rápido desarrollo de la afiliación, pues ya la C. C. S. S. ha absorbido los hospitales y demás centros públicos de salud, incluso los no estatales. Con el tributario, es este sistema parafiscal de seguridad social el distribuidor más eficiente de riqueza en el país, pues no sólo suministra servicios sino que, además, administra ingentes reservas como fondo de crédito para fines de interés público (fundamentalmente financiación de inversiones estatales y del desarrollo urbano), lo que da a la Caja Costarricense del Seguro Social el poder económico e institucional más amplio entre todos los otros entes autónomos. Simultáneamente, no puede menos de notarse que, con sus dimensiones, crece la ineficiencia de la institución, en detrimento de sus servicios. Se trata de un complejo problema de ineficiencia por superdesarrollo del aparato burocrático y administrativo, por el creciente costo del servicio médico y por una crisis financiera también progresiva de la institución. La lentitud del movimiento hacia la universalización de los seguros sociales puede indicar que el país no soporta todavía un índice tan alto de capitalización para atender sus problemas de salud. La solución sólo puede ser tan ponderada como compleja y nadie la ha emprendido todavía.

7. Sector Institucional.

De 1949 a la fecha se han consolidado todas las instituciones de servicio público creadas en el pasado, y se ha creado muchas más, algunas innecesarias.

El cuadro de nuestros servicios públicos de hoy es tan complejo que resulta casi imposible enumerarlos, tanto como determinar exactamente la política que ha presidido su creación. De entre ellos, nueve, al menos, responden a un plan claro y jerarquizado de necesidades nacionales: la Universidad de Costa Rica, creada por ley ya mencionada, que, siendo estatal, conserva plena autonomía normativa, política y administrativa, de origen constitucional (art. 85); el ICE (Instituto Costarricense de Electricidad, decreto ley N° 449 de 8 de abril de 1949); el SNE (Servicio Social de Electricidad, ley N° 258 de 18 de agosto de 1941); el ITCO (Instituto Costarricense de Tierras y Colonias, ley N° 2825 de 14 de octubre de 1961); el INVU (Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, ley N° 1788 de 24 de agosto de 1954); el SNAA (Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillado, Ley N° 2726 de 14 de abril de 1961); el INA (Instituto Nacional de Aprendizaje, ley N° 350 de 21 de marzo de 1965); el CNP (Consejo Nacional de Producción, creado antes de 1949, pero totalmente reorganizado por Ley N° 2035 de 17 de julio de 1956), y, finalmente, el Banco Central y el Sistema Bancario Nacional (Ley N° 1552 de 23 de abril de 1953, reformada últimamente por la N° 4646 de 20 de octubre de 1972).

La enumeración indica sin más la importancia capital que han asumido el Estado costarricense y sus instituciones como productores de bienes y de servicios.

Es indiscutible que, en este aspecto, nuestro Estado posterior a 1949 se ha convertido realmente en un Estado Asistencial o Social de Derecho.

V. LAS REFORMAS A LA CONSTITUCION DE 1949.

A. Sobre el anterior trasfondo, que muestra un país en evolución pero en crisis, se ha dado ya 25 reformas constitucionales, aunque poco decisivas. Cada una vigoriza el avance hacia una sociedad más igualitaria y burguesa, donde nadie espera que la propiedad sea colectiva, porque todos esperan ser propietarios. El acceso mayor posible a un patrimonio individual o familiar y el máximo desarrollo de las capacidades y derechos en beneficio propio y de la comunidad, esa parece ser la tendencia apuntada. La única corriente desvirtuada es la que miraba hacia la descentralización, porque un giro centrípeto, de signo inverso, ha tomado preponderancia indudable al empuje del desarrollo económico y de sus urgencias de planificación y racionalización en el uso de los recursos colectivos.

B. Pueden detectarse varias tendencias en las reformas, que permiten grupos y clasificaciones. Sin carácter exhaustivo, creemos útil el enfoque que exponemos enseguida:

- 1) Reformas tendientes a proteger la soberanía nacional y a promover su coordinación con las otras, en el plano internacional.
- 2) Reformas tendientes a fortalecer el sufragio y la democracia.
- 3) Reformas tendientes a fortalecer, ampliar y garantizar los otros derechos constitucionales.
- 4) Reformas tendientes a mejorar la eficiencia estatal e institucional.

Los grupos de reformas corresponden a las disposiciones constitucionales siguientes:

- 1) Grupo relativo a soberanía externa y comunidad internacional (regional o universal): Artículos 6, 7, 10, 16, 111, 121.4, 121.15, 124, 140.10, 140.19, 139.5.
- 2) Grupo relativo a sufragio y democracia: 9.90, 93, 95, 96, 98, 100, 101 y 177 párrafo primero in fine.
- 3) Grupo relativo a derechos constitucionales (individuales o sociales): 16, 33, 49, 73, 78, 177 párrafos segundo y tercero.

4) Grupo relativo a eficiencia del sector público estatal; 106, 111, 139, 157, 159 inciso 5º, 171, 188 y 196.

Se desprende claramente de lo anterior una mayor preocupación por algunas zonas normativas, pero un balance global aceptable. Exploquemos rápidamente las reformas más importantes, pero iniciemos el breve análisis con la reforma introducida al Artículo 196, que regula el trámite de revisión general de la Constitución.

La enmienda al Artículo 196 regula el procedimiento para la reforma general de la Constitución, que antes se componía de dos etapas: la primera, tramitada por la Asamblea Legislativa, según un complicado trámite igual al necesario para la reforma parcial (que se mantiene inalterado)⁹⁷; y la segunda, consistente en la convocatoria a una constituyente. La reforma consistió en suprimir toda la primer etapa y en exigir dos tercios de la totalidad de los votos de la Asamblea para convocar la Constituyente prevista en la segunda, único requisito actual para la revisión general, con la idea evidente de facilitarla.

Resultó así la paradoja de que hoy en Costa Rica es más fácil hacer una reforma general, que una parcial, de la Constitución.

Creemos inmodificables por reforma parcial los Artículos 195 y 196 que rigen las revisiones constitucionales, pues se trata de normas que son, por su propio contenido, necesariamente superiores a la potestad constitucional que regulan, el ejercicio de la cual no puede alcanzarse ni alterarse. La tesis opuesta puede conducir a la eliminación total del procedimiento especial para revisar la Constitución, convirtiéndola en ley ordinaria, lo que obviamente viola la intención del constituyente que creó y modeló aquella potestad^{97 bis}.

⁹⁷ La reforma parcial de la Constitución conlleva los siguientes pasos: a) iniciativa por 10 diputados; b) lectura por tres veces consecutivas, con votación que admite o rechaza ad portas; c) dictamen de Comisión ad hoc; ch) debate en tres etapas con votación a favor no menor de 2/3 de la totalidad de los votos de la Asamblea; d) formulación del proyecto al Poder Ejecutivo y devolución por éste a la Asamblea, en su mensaje anual para la iniciación de la legislatura siguiente, cada 1º de mayo; f) nuevo debate legislativo en tres etapas y aprobación nuevamente por 2/3 de la totalidad de los votos de la Asamblea.

^{97 bis} LOWENSTEIN, op. cit. pág. 192 a 195, da cuenta de la existencia de normas constitucionales "intangibles", sobre todo cuando se trata de "valores" o principios, y no de simples mecanismos de gobierno. Cuando se habla del procedimiento de reforma de una constitución, se pone en juego su existencia misma, que desaparecía si se suprimiera —por vía de enmienda parcial— el procedimiento especial para su cambio total o parcial, y esto cabe decirlo sobre todo en países de Constitución rígida, la santidad de la cual radica en su diferencia formal y procedimental respecto de la ley ordinaria. Lo que está en juego es, en realidad, la identidad del órgano llamado a la reforma constitucional; véase George Burdeau, op. cit., tomo IV, nota 162, págs. 268 y 269. A favor de la revisibilidad de los artículos de revisión, ver Mortati, Constantino, Istituzioni di Diritto Pubblico, vol. 2, pág. 975.

Observación que dejamos planteada, para continuar examinando por su orden los grupos de enmiendas constitucionales, con una cuidadosa selección previa. Se comentará únicamente las novedades importantes introducidas:

1. Grupo A: Soberanía externa y comunidad internacional.

Artículo 6: Establece el mar territorial de 12 millas desde la bajamar y reconoce la jurisdicción especial, para efectos de uso y explotación, sobre las 200 millas marinas a partir del mismo punto, con lo que se limita a reconocer principios y prácticas internacionales de reciente boga y aceptación en las relaciones internacionales.

Artículo 7 (en relación con Artículos 121 inciso 4 y 140.10).

Fija la superioridad de los tratados y convenios internacionales sobre la ley, pero omite regular la vía procesal adecuada para hacer valer la violación de aquellos por ésta. La solución parece ser la impugnación de la ley como inconstitucional, en cuanto violatoria del Artículo 7 de la Constitución. La reforma es parte del esfuerzo hecho para coordinar nuestra Carta con los instrumentos internacionales del Mercado Común Centroamericano.

Artículo 121 inciso 4) y 140 inciso 10).

Sobre igual línea de apertura hacia una estrecha vinculación internacional, la reforma del Artículo 121 inciso 4) tiene por objeto autorizar la transferencia de competencias nacionales —como la impositiva a nivel de aduanas— a organismos supranacionales de un ordenamiento jurídico comunitario, posibilidad teóricamente discutible sin el apoyo de la modificación así introducida, que, como se ve, coordina perfectamente con la del Artículo 7. El texto reformado del Artículo 121 inciso 4 implica que la transferencia de competencias no es posible fuera o más allá del marco de un ordenamiento comunitario regional. La reforma del mismo inciso 4) abre la posibilidad —cuyo empleo expedita la formalización de acuerdos internacionales y comunitarios— de que los tratados y convenios autoricen la firma de sus protocolos ejecutivos sólo por el Gobierno, sin intervención de la Asamblea Legislativa.

La enmienda coordinada del Artículo 140 inciso 10, párrafo segundo, tiene por objeto reafirmar la posibilidad de este trámite simplificado en relación con las potestades negociales del Poder Ejecutivo en el ámbito internacional.

Artículo 10 (en relación con los artículos 124 y 140, inciso 19).

Contemplan las reformas en cuestión y desde diversos ángulos la supresión en Costa Rica de los llamados "contratos ley", que eran los firmados por el Poder Ejecutivo pero aprobados y/o reformados por la

Asamblea Legislativa con base en un precepto constitucional (art. 140 inciso 19). Una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia había conducido a la enajenación de la soberanía a favor de entidades privadas contratantes, generalmente poderosas compañías multinacionales extranjeras, con la tesis de que los dichos contratos administrativos, una vez aprobados por la Asamblea Legislativa, eran leyes, pero, a diferencia de éstas, no derogables ni reformables por la misma Asamblea sin el consentimiento de la otra parte, por el carácter contractual de la relación, lo que conducía a darles rango supra-legal y a crear una fuente atípica y no constitucional en nuestro ordenamiento, equiparable únicamente a los tratados internacionales⁹⁸. La reforma se hizo para imponer: a) que la aprobación o reforma legislativa no altera la naturaleza administrativa del contrato ni, consecuentemente, le otorga carácter de ley; y b) que la potestad legislativa nacional no puede restringirse ni renunciarse en virtud de contratos de ese tipo, aunque sean reformados o aprobados por ley, lo que legitima cualquier adaptación de los mismos al interés público por acto unilateral de índole legislativa e incluso administrativa, desde que ésta sigue siendo la del contrato como tal. La reforma no tiene transitorios que dejen a salvo derechos adquiridos, y, de consiguiente, se aplica de inmediato a las situaciones pre-existentes, que no podrán pretender ni mantener para el futuro su privilegiada e intangible situación.

2. Grupo B: Sufragio y democracia,

Artículo 9.

El Gobierno de la República, dice el Artículo 9, es popular, representativo, alternativo y responsable, y "lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial".

Según el Artículo 9 el Tribunal Supremo de Elecciones, que siempre fue independiente de aquellos tres Poderes, no podía ser uno más, sin una reforma constitucional que así lo declarara. Durante mucho tiempo se opuso al proyecto de reforma constitucional el banal argumento de que, para ser Poder, le faltaba al Tribunal la homogeneidad de funciones por razón de la naturaleza de los actos a él correspondientes, que sí parecen tener los que tocan a los otros tres. La realidad es que nunca éstos han tenido esa homogeneidad, puesto que siempre participaron y participan en funciones materialmente correspondientes a otro Poder (hecho reconocido por el Artículo 49, que refiere el contralor contencioso-administrativo al Estado y no al Poder Ejecutivo, como si también pudieran administrar los otros), sobre todo

⁹⁸ WOODBRIDGE, Paul, El Contrato Ley (Editorial Costa Rica, 1972) págs. 163 a 168 y Casaciones N° 106, de 16 horas de 4 de setiembre de 1968 y 105 de 15 horas del 26 de octubre de 1960.

hoy, cuando ha perdido relevancia una clasificación material de las funciones, para adquirirla la distinción formal entre ellas (por sujeto, procedimiento y forma), determinante de la jerarquía de los actos dentro del sistema. La división de poderes es hoy, mucho más que una fórmula de libertad, o además de eso, un mecanismo de división del trabajo para una mayor eficiencia del sector estatal. En consecuencia, no había razón alguna que justificara la no erección del Tribunal en un verdadero Poder si se considera, sobre todo, la concentración en él de todas las potestades conducentes a la dirección y contralor del proceso electoral.

Es esta la innovación introducida, al decir el actual Artículo 9, párrafo segundo, que aquel tendrá "el rango e independencia de los Poderes del Estado y (tendrá) a su cargo, en forma exclusiva e independiente, la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio".

Artículo 177.

Con miras a garantizar mejor la autonomía financiera del Tribunal, se ha reformado el Artículo 177, párrafo primero, in fine, para suprimir a la Oficina de Presupuesto (órgano técnico que tiene en su mano la preparación del anteproyecto final del presupuesto ordinario de la Nación, incluyendo el de todos los Poderes y, naturalmente, el del Tribunal) la potestad de rechazar partidas incluídas por éste último en el suyo, con el fin de darle efectividad al sufragio, lo que pareciera llevar a la inaceptable conclusión de que hay otras superfluas o desviadas de ese fin. Si no se acepta que tiene ese fin cualquier gasto pedido por el Tribunal, en uso de su competencia exclusiva e independiente para manejar todo lo electoral, habrá que introducir distinciones totalmente subjetivas entre lo que es y no es necesario para garantizar la efectividad del sufragio, con indebida interferencia del legislador o de la Corte Suprema en la esfera de acción privativa del Tribunal. La reforma constitucional debe interpretarse, consecuentemente, en el sentido de que queda prohibido a la Oficina de Presupuesto modificar el anteproyecto que le presente el Tribunal, el cual deberá remitírsele únicamente para que tome cuenta de su monto y lo envíe a la Asamblea junto con los proyectos de los otros Poderes del Estado. Esta libertad y discrecionalidad del Tribunal deberá entenderse siempre dentro de los límites de lo lógico y razonable, vigentes y operantes aquí como con cualquier otra potestad pública. Queda siempre a salvo la suprema potestad de la Asamblea Legislativa de improbar y/o reformar el anteproyecto de presupuesto del Tribunal, así sometido a su consideración.

Artículo 96.

Siempre sobre la idea de darle efectividad máxima al sufragio se ha reformado tres veces el Artículo 96 para lograr finalmente que el

Estado no sólo reembolse, sino que también financie anticipadamente a los partidos políticos la campaña electoral próxima, tomando como base de pago a cada uno su votación en las elecciones anteriores, previa comprobación de los gastos ante la Contraloría General de la República, quien rendirá el informe al Tribunal para que éste, y no la Contraloría, acuerde o deniegue el pago, total o parcialmente, según sea el mérito del expediente. El pago anticipado está sujeto a varios límites constitucionales en virtud del Artículo 96 (haber obtenido el respectivo partido al menos un 5% del voto total válido en las pasadas elecciones; comprobar sus gastos efectivos, y que la financiación total del Estado no sobrepase, para todos los partidos, el 2% del promedio de los tres últimos presupuestos ordinarios de la Nación). El precepto constitucional ha sido desarrollado por los Artículos 176 y siguientes del vigente Código Electoral (Ley N° 1516 de 10 de diciembre de 1952). La institución tiene por objetivo destruir la dependencia financiera de los partidos frente al gran capital privado, generalmente conservador y, en todo caso, capaz de ser egoístamente interesado, todo lo cual es perfectamente legítimo; pero el pago anticipado ha creado varios fenómenos políticos gravemente nocivos para el proceso electoral en Costa Rica: primero, contribuye sustancialmente a la consolidación en el poder del partido que ganó la elección anterior, pues será a éste a quien normalmente tocará la parte más cuantiosa del anticipo, con obvia ventaja frente a sus adversarios en la siguiente justa electoral; segundo, permite a los partidos que se deshacen políticamente después de la derrota y que han dejado de representar grupos importantes de opinión, conservar el derecho a la financiación anticipada, para sufrir eventualmente un fracaso peor; y tercero, crea el peligro de que los grupos directivos de esos partidos minoritarios mantengan el cascarón de su aparato administrativo, vacío ya de todo poder electoral, para después negociar —con el partido mayoritario o con cualquiera de los otros— la orientación que tomará el suyo y los fondos que le corresponden en el pago anticipado, con efecto eventualmente decisivo en la contienda, por razones de pesos y no de votos. Pareciera mejor conservar la fórmula vieja, que permite reembolsar gastos hechos después de la campaña, sin financiación anticipada de la próxima, pero ello puede ser sólo una falsa apariencia. El problema está esperando una necesaria evaluación, que nadie ha hecho.

Artículo 95, inciso 2.

El Tribunal Electoral debe no sólo dar garantías efectivas de "libertad, orden, pureza e imparcialidad por parte de las autoridades gubernativas", que estarán bajo su dependencia en tiempo de campaña, sino también —como lo prescribe el nuevo inciso 2 del Artículo 95— inscribir de oficio a los ciudadanos en el Registro Civil y en el Padrón Electoral, proveyéndolos de cédula de identidad con fotografía apta para el ejercicio del sufragio, lo que ha impuesto que el Tribunal or-

ganice censos electorales periódicos en todo el país, con aumento sustancial del sufragio en los últimos 10 años⁹⁹.

Artículo 93.

El voto se ha hecho constitucionalmente obligatorio después de 1949, pero no se conoce de una sola sanción penal impuesta por la violación del mandato, está muy dividida la opinión al respecto y hasta hubo un Presidente, que, siéndolo, se pronunció en contra de la reforma, diciendo que el derecho cívico —y el sufragio lo es por antonomasia— que se convierte en deber deja de ser cívico. Creemos en la bondad de la reforma, aunque sea simbólica, precisamente por serlo. Es claro, por otra parte, que el deber del voto y su cumplimiento son incontrolables y, que, por ello mismo, no han sido factor importante en la estructura del sufragio y su volumen; para efectos prácticos contaría lo mismo si no existiera.

Artículo 90.

Con igual propósito de acelerar al máximo la incorporación activa al cuerpo electoral de todo los costarricenses que razonablemente puedan hacerlo por su madurez cívica, se ha bajado a los 18 años, de 21, la edad requerida para adquirir la ciudadanía y los derechos y deberes políticos, y la reforma, muy atacada por conservadores y gentes de la política distanciadas de la juventud, ha probado la madurez de ésta, que no ha resultado un elemento extraño ni perturbador, sino más bien un aporte de vitalidad e imaginación a la última campaña electoral y a su contenido programático.

Artículo 98.

Reforma trascendente fue la supresión del párrafo segundo del Artículo 98 de la Constitución que, a tono con la ideología y postura dominantes en el derecho constitucional de los años cuarenta y cincuenta¹⁰⁰, prohibía "la formación o el funcionamiento de Partidos que

⁹⁹ Una idea clara del impacto de promoción del sufragio y de las campañas de empadronamiento referidas, salta del siguiente dato: Costa Rica tenía en 1974 aproximadamente 1.900.000 habitantes y el Padrón Electoral fue de 875.041 personas, lo que significa casi un 50% del total movillado para el sufragio. De 1953 a 1974 el Padrón Electoral aumentó en un 200%. El porcentaje de abstenciones en 1974 fue del 20% sobre un Padrón Nacional Electoral de 875.041. Los porcentajes de abstencionismo electoral en otras elecciones posteriores a la Constitución vigente son: 1953, 32.8% sobre un Padrón Nacional Electoral de 294.016; 1958, 35.3% sobre un Padrón de 354.779; 1962, 19.1% sobre un Padrón de 484.980; 1966, 18.6% sobre un Padrón de 554.627; 1970, 16.7% sobre un Padrón de 675.285.

¹⁰⁰ GARCIA LA GUARDIA, Jorge Mario, "La Constitucionalización del Régimen Jurídico de los Partidos Políticos en Centroamérica", Revista de Ciencias Jurídicas

sus programas, medios de acción o vinculaciones internacionales dan a destruir los fundamentos de la organización democrática de Costa Rica o que atenten contra la soberanía del país”.

Como es lógico pensar, el único partido que resultó prohibido, fuera sino dentro del proceso electoral, puesto que sobrevivió para

dicas, Universidad de Costa Rica, N° 24, págs. 253 y 254. La línea dura contra ideologías opuestas a la democrático-liberal está bien documentada en las actas de la Asamblea Constituyente de 1949, número 81, 82, 83 y 85, de la compilación hecha por Mario Alberto Jiménez, ya citada. Se trata del debate más extenso y rico en interesantes enfoques dentro del proceso constituyente. La supresión del párrafo segundo del Artículo 98, que se limitaba a prohibir ideologías o movimientos opuestos a los valores políticos de nuestro sistema constitucional, no es tan justificable como se ha creído, en protección a la libertad de formación y conducción de partidos políticos. Si éstos son en Costa Rica —como en todo el mundo occidental— las organizaciones sociales que tienen el monopolio de la postulación (de candidatos) y del acceso al Gobierno, es evidente su importancia para la preservación y realización de aquellos valores, lo que impone que sus programas y métodos de acción sean de interés público. El Estado debe regular —como en Costa Rica lo hace el Código Electoral— la organización y vigilar el funcionamiento interno de los partidos desde el punto de vista de su conformidad con los valores y normas de la Constitución. Lo contrario es auspiciar la destrucción o la frustración de éstos últimos. Es decir: la fundamentación del sistema democrático y, dentro de él, de los partidos y sus programas, en la libertad y en la igualdad jurídica y social, exige una discriminación entre ellos, precisamente desde el punto de vista de esos valores. No es posible que un sistema político —en el sentido axiológico que al mismo le atribuye Lowenstein— admita valores contradictorios con su funcionamiento, íntimamente ligado a los partidos, y es imposible porque los valores políticos no son otra cosa que guía en la selección de y preferencia por determinados tipos de gobierno y de metas colectivas, que como tales son excluyentes de sus opuestos. Valorar es preferir, preferir es elegir y elegir es excluir. En un plano puramente axiológico y político, la norma contenida en el segundo párrafo del Artículo 98 de nuestra Constitución no solo era compatible con el sistema democrático sino que era más bien necesaria y se filtra —después de haber sido suprimida— a través de la norma sustituta, que habla de respeto y fidelidad a Constitución y a su régimen de gobierno, puesto que, aunque nada se diga al respecto, va implícita en ésta un conjunto de metas e incluso de estructuras típicas para su realización, incompatibles con y excluyentes de todo lo que es opuesto. El problema no radica ciertamente en la prohibición de partidos enemigos del sistema constitucional, sino en la aplicación de esa prohibición, que puede prestarse a abusos de tipo político, con grave daño para el libre juego de los partidos, esencial para la supervivencia del régimen democrático. Puede ser este argumento de tipo práctico el que justifique la reforma del Artículo 98, pero no la existencia de un principio opuesto, de indiscriminada autorización de partidos políticos, incluyendo los subversivos o fundados en principios opuestos al sistema vigente, pues la verdad política y axiológica es precisamente la contraria. En tanto que medida cautelar y preventiva, la supresión del párrafo segundo del Artículo 98 es justificable; en tanto que toma de posición en punto a principios del régimen democrático, es perfectamente contradictoria e infundada. La Constitución de Bonn (23 de mayo de 1949) prohíbe los partidos que por sus fines, actitud de sus adherentes o métodos de acción puedan desvirtuar o destruir el régimen democrático y la libertad, o amenacen la existencia de la República Federal. (Leer al respecto Ekkenhart, Stein, Derecho Político, (Biblioteca Jurídica Aguilar, 1973), págs. 163 y 165.)

cualquier otro efecto, fue el Vanguardia Popular, que es el partido comunista criollo. La norma fue reformada, por supresión del segundo párrafo, que resultó sustituido por un breve agregado al primero, en el sentido de que todos los partidos “se comprometan en sus programas, a respetar el orden constitucional de la República”, lo que se creyó más accesible y asequible para cualquiera de los existentes, pero que, en el fondo, es lo mismo.

Artículo 132.

Finalmente y pese a una vieja tradición más flexible, se reformó la Constitución para prohibir absolutamente la reelección del Presidente, y la del Vice-Presidente que hubiere ejercido más de la mitad de un periodo constitucional. Esa regla institucional, por la que tanta sangre se derramó en México, no tenía tradición en Costa Rica, donde las Constituciones o bien permitieron de plano y expresamente la reelección (caso de la Constitución de 1844), o bien la permitieron, como lo hacía la del año 1949 antes de la reforma mencionada, después de dos periodos presidenciales consecutivos y posteriores a la salida del poder por parte del interesado. La reforma es sana y decisiva para limpiar la Presidencia y su ejercicio de indebidas presiones, aspiraciones e ideologías, pues, como dijera el Prof. José Joaquín Trejos, entonces Presidente de la República y padre intelectual de la enmienda, una vez prohibida la reelección cada futuro Presidente “habrá de procurar que cada uno de sus actos se realice en función de los más altos intereses de la patria. . . y nunca en función de partidos, de intereses electorales pasajeros o con miras sólo a una futura reelección”.

3. Grupo C: Derechos (subjctivos) constitucionales y sus garantías.

Artículo 33.

El Artículo 33 que consagraba a secas la igualdad ante la ley, fue reformado para declarar expresamente que no podrán establecerse discriminaciones contrarias a la dignidad, reforma totalmente innecesaria, por ya comprendida implícita pero claramente en el texto anterior, y por darse, sin la reforma, la coexistencia con normas internacionales de diversa fuente, ya incorporadas al ordenamiento costarricense, como los Artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (aprobada por Asamblea General de las Naciones Unidas el 1° de diciembre de 1948) ¹⁰⁰ bis. La reforma revela, no obs-

¹⁰⁰ bis El Artículo 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, llamado Pacto de San José, incorporado a nuestro ordenamiento interno por Ley N° 4534 de 23 de febrero de 1970, consagra generosamente la igualdad ante la ley y todos sus matices de aplicación, pero no está vigente como instrumento internacional por haber sido ratificada únicamente por Costa Rica y Colombia, evidentemente por presión o sabotaje de dictaduras militares enemigas de las libertades y de la dignidad del hombre en Latinoamérica.

tante su esterilidad jurídica, la creciente preocupación del constituyente costarricense por reforzar y proteger la existencia y contenido de las libertades y de su efectiva satisfacción.

Artículo 49.

Fue reformado para que la jurisdicción contenciosa tutelara también los intereses legítimos y no solamente los derechos subjetivos, frente a la conducta del Estado —y no sólo de la Administración Pública— reducible a función administrativa, con innecesaria mención expresa de la desviación de poder como vicio del acto. Los rasgos generales de nuestra jurisdicción contenciosa, fuera de dicha reforma, fueron ya explicados.

4. Grupo D: Organización y eficiencia del sector institucional público.

Artículo 188. Es esta la reforma fundamental introducida para una coordinación mejor del sector público institucional con la planificación nacional centralizada del Estado. La creación consciente y sistemática de entes autónomos se inició en Costa Rica después de la Constitución de 1949, como una técnica intencionalmente empleada para debilitar el poder del Estado y salvaguardar así la libertad que padecería seriamente si todos los servicios y funciones públicas quedaran concentrados —como durante la Constitución de 1871— en la oficina del Presidente de la República. Proteger la libertad, no aumentar la eficiencia pública, fue el propósito principal de esta técnica intervencionista, conocida pero poco empleada en la Costa Rica de entonces. Con ese fin se consagró en el Artículo 188 que sería autónoma la institución que fuera creada por dos tercios de la totalidad de los votos de la Asamblea Legislativa y que, así nacida, la institución tendría plena independencia en materia de gobierno y administración. Las leyes que organizaron las autonomías desde 1949 hasta 1974 dispusieron, por su parte, en acatamiento de esa norma constitucional, que cada ente autónomo creado era totalmente independiente del Ejecutivo y de cualquier otro sujeto administrativo —aunque no ante la Asamblea Legislativa— y que no recibiría órdenes ni directrices de nadie. Posteriormente se dictó una Ley de Planificación (Nº 3087 de 31 de enero de 1963), que imprimió a la del sector público, formado principalmente por dichas instituciones autónomas intocables por el Estado, un carácter meramente indicativo, sin ningún trazo ni rasgo de imperatividad. De este modo se bloqueó toda posibilidad de coordinación de esas instituciones con el Estado y entre sí, no obstante la evidente conexidad y hasta duplicación de planes de trabajo entre ellos. La C.C.S.S. construyó un sistema hospitalario paralelo y a veces físicamente contiguo al de las viejas Juntas de Protección Social, y así el país llegó a tener no uno, sino dos sistemas de salud pública, mientras otros planes tenían que clausurarse por falta de dinero y el

Estado aumentaba los impuestos para cubrir sus finanzas siempre deficitarias. En 1971 un cuerpo de profesores universitarios redactó un proyecto de reforma del Artículo 188, en virtud del cual se preservaba la potestad de administración del ente y su plena independencia, pero se abandonaba a la ley su potestad de gobierno, de modo que pudiera la Asamblea reorganizar y coordinar todo el sistema. La reforma se instrumentó reservando a la ley el régimen de la potestad de gobierno de los entes y dejándoles plena libertad para el ejercicio de sus potestades de administración, La Ley de Presidentes Ejecutivos, Nº 5507 de 19 de abril de 1974 (ya mencionada), privó de la potestad de gobierno a los entes públicos estatales, que ahora están imperativamente coordinados con los planes nacionales de desarrollo (ver comentarios sobre entes descentralizados en la Constitución de 1949), a través de aquellos altos funcionarios, directamente dependientes del Consejo de Gobierno¹⁰¹.

¹⁰¹ Una discusión provechosa sobre la planificación pública en Costa Rica está en Carvajal Pérez, Mario, La Planificación en Costa Rica, obra inédita. En el Derecho Comparado destacan sobre el tema la espléndida obra de Predieri, Alberto, Pianificazione e Costituzione, (Edizioni di Comunità, 1963), lo mejor sobre el tema; y la obra colectiva dirigida por Kaiser, Joseph, traducida al español con el título de: "Planificación", 2 tomos, Instituto de Estudios Administrativos, 1974.

CONCLUSION

Hemos visto un país en desarrollo pero en crisis, donde las instituciones no sirven bien su propósito, no obstante repetidos esfuerzos en contrario. El Estado ha perdido autoridad y prestigio morales, no tanto por sus fracasos económicos, como por el desgaste que provocan las repetidas violaciones de su ordenamiento en manos de los gobernantes, los que juraron respetar y hacer respetar la Constitución y la ley. Y la sociedad, acostumbrada a recibirlo todo del Estado, hace muy poco por él y por sí misma, y representa una carga económica progresivamente onerosa en el presupuesto nacional.

La participación comunitaria en planes y programas públicos se reduce cada día y la clase media preparada o bien desdeña los cargos políticos, o bien los persigue como instrumento de prestigio y de poder, no de servicio ni de sacrificio. Como con la "nueva clase" de los países socialistas (de que ha hablado Milan Djilas) se ha formado en Costa Rica una de burócratas y de trabajadores independientes (empresarios y profesionales) que pide cada vez más del Estado o de la sociedad, sin exigirse méritos ni trabajo mayores.

Se trata de un fenómeno casi general en toda Latinoamérica: la clase media mantiene un consumo irracional a base de importaciones, en países faltos de capital, donde el ahorro interno es la única fuente de inversiones y de trabajo, sin peligro para la soberanía ni para la productividad nacionales. La clase media está organizada en grupos de presión —sobre todo en el sector público— para obtener y mantener un costoso y continuado ascenso en el ingreso y en la sociedad, frecuentemente a costa de las clases pobres, de marginados sub-urbanos sin educación o de campesinos igualmente ignorantes y peor situados para formar partidos o grupos de presión que los defiendan ¹⁰¹.

¹⁰¹ CARVAJAL HERRERA, Mario op. cit. págs. 57, 58 y 59: "estos grupos (Asociación Nacional de Empleados Públicos, ANEP y Unión Médica Nacional) protegen los intereses económicos de una clase media progresivamente voluminosa que detenta cargos en el gobierno. En comparación, la baja media clase y los trabajadores de la clase pobre no están fuertemente organizados. Consecuentemente, los ciudadanos de Costa Rica menos privilegiados son los que poseen la más débil fuerza de presión en favor de sus intereses. Como resultado el

Hay mucha dependencia del nacional frente al capital extranjero en el sector industrial sin relación con la agricultura, a la par de una consolidación de los viejos monocultivos de la caña, del café, del cacao y del banano, con estancamiento casi total del crédito y de la inversión para cultivos no tradicionales.

Hoy es ya evidente —a 14 años del Mercado Común Centroamericano— que la industria ligera o de ensamble no puede ser vía única de salvación económica, al tiempo que se ve más claro que la agricultura y la industria de lo agrícola son la perspectiva que ofrece más esperanzas de desarrollo a largo plazo.

La tarea del desarrollo verdaderamente costarricense está, por todo ello, no en la colectivización de los medios de producción sino en la reforma de algunas estructuras agrarias (sobre todo en Guanacaste y en el litoral) y, principalmente, en la inyección masiva de capitales y de tecnologías en el campo, que permita vivir mejor al campesino (que constituye dos tercios de nuestra población total) y lo haga simultáneamente participe en la tenencia de la tierra (aunque no sea a título de propietario), en obras comunales de infraestructura, que sólo un grupo —y no un individuo— puede llevar a cabo. Es esa participación económica comunal o cooperativa sin fin político, lo único que puede dar al campesino costarricense la cohesión inicial para formar un grupo poderoso de presión, no para la abolición del capital y de la propiedad, sino para su mejor uso y distribución, frente a los intereses de la alta o de la mediana clase, que normalmente se identifica con aquella. Los únicos experimentos que aquí se ha hecho con organismos sectoriales de integración paritaria de intereses —concretamente con la Liga Agrícola Industrial de la Caña y con la Oficina del café— han rendido buenos frutos, porque le han permitido al agricultor no sólo debatir sino también decidir y programar sus inversiones conjuntamente y en un mismo foro con el industrial de su producto, y ponerse de acuerdo para que cada grupo reciba lo más posible y se desarrolle al máximo el sector económico que los engloba a todos. El éxito de la idea —aplicada a otros sectores económicos— vendría asegurado por la histórica flexibilidad del costarricense para negociar y transar toda clase de intereses, sobre todo cuando los opuestos son simultáneamente convergentes, como ocurre siempre en nuestra agricultura, por la interdependencia técnica entre el propietario (finquero) y el trabajador (peón o "mandador") dentro de una misma finca.

sistema político costarricense ha sido más abierto para las demandas de los sectores de media clase y de la vida de los negocios, y ha mantenido una sub-representación y ha dado una prioridad inferior a las demandas de los sectores más pobres (págs. 57, 58)... "La falta de organización de los pobres ciudadanos o campesinos no es conducente para darles oportunidades adecuadas y proporcionales medios para satisfacer sus necesidades. Los grupos de negocios o industriales y la alta clase media son los que tienen la participación mayor en los beneficios del sistema. Y aún cuando la burocracia se preocupa en algún grado por llenar las necesidades de los sectores pobres, éstos carecen de instrumentos de poder político para apoyar sus pretensiones". (pág. 59).

Más que la lucha de clases —que paradójicamente se da en Costa Rica también entre los pobres y la clase media, no sólo entre pobres y ricos— la causa del problema social es aquí el subdesarrollo del capitalismo y la carencia de capitales, que son una invitación para el inversionista extranjero sin clara indicación de deberes para con la Patria.

La independencia y el desarrollo económico podrán surgir sólo a base de una política de capitalización, que requiere más tributos y atracción de capitales nacionales y extranjeros, sobre todo en la agricultura o en las industrias de transformación de lo agrícola, tanto como hábitos de ahorro del costarricense medio, que tanto y tan irresponsablemente se precia de ser el mayor consumidor del área.

El problema es, en el fondo y como la mayoría de los nuestros, uno de responsabilidad social y de educación del costarricense, quizá ésto último tanto como aquello. Lo primero es la actitud de irracional consumo, el hedonismo nacional, con el cual nada serio ni grande se podrá hacer, no sólo porque siempre es muy costosa una gran empresa social, sino porque sólo una ascética disciplina en el trabajo y un temple bien forjado para advertir y acoger los más altos valores del hombre, no los del poder ni del buen gusto, sino los del servicio a los demás, son los únicos medios y modos de transformar y mejorar una sociedad. Ética y cívica, por un lado, y buena formación técnica y humanística, por otro, son nuestras dos grandes avenidas de salvación, económica y cultural. Lo primero lo da la infancia y no hay remedio político ni jurídico que pueda suplirlo, si no lo da; pero lo segundo puede darlo el Estado y no lo está dando.

Es muy grave el problema de nuestra educación en todos sus niveles. La masificación, unida a la emigración y a la escasez pública de profesores bien preparados provocadas por el bajo ingreso de la vida académica en Costa Rica, así como el muy pobre nivel de la enseñanza primaria y secundaria, están matando la investigación en la Universidad costarricense, origen insustituible de la tecnología y del humanismo necesarios para construir nuestra historia, la que nos corresponde hacer a nosotros, los costarricenses de hoy y de mañana.

Hay en Costa Rica, es cierto, más maestros que soldados, pero más oportunistas que gente seria y mucho más empíricos que científicos, como también menos políticos abnegados que parásitos profesionales del erario público.

El cuadro es sencillo: las fuerzas políticas del país se encaminarán a la solución adecuada de nuestros problemas políticos fundamentales si resuelven los económicos y sociales, y éstos imponen una visión muy clara: intensificación del esfuerzo educacional de todo tipo, técnico y humanístico; formulación y difusión de una ética del desarrollo económico; y obtención de capitales que transformen, usando la tecnología más avanzada, la agricultura y la industria agrícola del país.

Sólo queda esperar del costarricense de hoy que muestre y reafirme una vez más su inveterada capacidad para la transacción, así como su una vez más que centenario amor por el derecho y por la paz.

APENDICE I

El desarrollo precoz de nuestra institucionalidad pública, puede observarse en:

I. Lo electoral.

El 21 de febrero de 1847 se dicta el primer decreto constitucional que organiza el proceso electoral, del que arranca nuestra legislación sobre la materia, con elecciones de segundo grado, mediante registros de votantes, llevados por Juntas Populares, ante las que se presentaba la "carta de ciudadano", origen remoto de nuestro actual Registro Electoral y de la cédula de identidad. Ver Nelson Chacón Pacheco, *Nuestras Leyes Electorales* (Imprenta L.I.I. S. A. 1976) págs. 60 y 61. La Ley N° 25 de 5 de noviembre de 1862 ordena un censo de población electoral por vez primera y constituye un Registro Cívico permanente (Idem pág. 83). El 11 de noviembre de 1893 se promulga nuestra primera Ley de Elecciones, que equipara la división territorial administrativa del país con la electoral y, sobre todo, crea la representación proporcional en beneficio de las minorías. (Idem 142). El decreto constitucional N° 7 de 17 de mayo de 1913 suprimió las elecciones de dos grados (que se habían mantenido desde la independencia) y reformó el art. 97 de la Constitución Política de 1871, para crear el voto directo, reforma que se hizo seguir de la Ley de Elecciones de 18 de agosto del mismo año, en la que se independizan las Juntas Electorales del Poder Ejecutivo, en todos sus niveles, y se confiere a los partidos políticos fiscalización del sufragio en cada Junta, mediante delegados observadores. (Idem pág. 161). La Ley N° 75 de 23 de julio de 1925 crea un Consejo Nacional Electoral (aunque de nombramiento por el Presidente de la República), que es el germen de nuestro actual Tribunal Supremo de Elecciones y, además, declara secreto el voto (Idem págs. 178 y 179).

El decreto ejecutivo N° 10 de 6 de febrero de 1932 da voz a los fiscales de partido, por primera vez, para hacer sus reclamos en el acto de la votación y dejar constancia escrita en el acta, y obliga a la Junta Electoral a firmar esas constancias, bajo pena grave caso de negativa injustificada. La Ley N° 16 de 26 de setiembre de 1932 regula los procedimientos de creación de los partidos políticos, que desemboca

en su inscripción en el Registro Electoral, y crea a favor de ellos el monopolio en la postulación de candidatos a Presidente de la República y diputados (Idem pág. 199). El decreto constitucional N° 13 de 16 de junio de 1936 reforma el inciso 2 del Art. 73 de la Constitución de 1871 para hacer obligatorio el voto y posible la elección presidencial por mayoría relativa no inferior al 40% del sufragio válido manifestado, lo que todavía rige (Idem pág. 207). Preceptuada por varias leyes sucesivamente diferidas, la presentación de cédula electoral con fotografía para emitir el voto, se hace final y efectivamente obligatoria mediante Ley N° 32 de 26 de diciembre de 1936. (Idem pág. 212). *Por Ley N° 38 de 11 de diciembre de 1945 se reforma el Art. 7 de la Ley Electoral N° 15 de 26 de setiembre de 1927 y se refuerza la representación y funciones del ya creado Consejo Nacional Electoral, que queda integrado con tres miembros, uno por cada uno de los tres Supremos Poderes, con lo que se debilita seriamente la influencia del Poder Ejecutivo sobre tal órgano, y se impone que la juramentación tenga lugar ante el Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Se reforma igualmente el Art. 133 de la Ley de 1927, para facultar a los fiscales de partido la obtención de certificados, con fe pública, del resultado de la votación, emanados de las Juntas Electorales, que debían firmarlos, lo cual dificulta o hace imposible la alteración posterior de esos resultados (Idem pág. 22 y 223). Y, finalmente, por Ley N° 500 de 7 de marzo de 1946, se dicta el primer Código Electoral de Costa Rica, con creación de un Tribunal Nacional Electoral, competente para nombrar a los titulares de los otros órganos electorales, hacer la declaratoria provisional del resultado de las elecciones, interpretar provisionalmente las leyes y reglamentos electorales y, en general, colaborar con el Poder Ejecutivo en la vigilancia y dirección del proceso electoral. Quedaba siempre en manos del Poder Legislativo realizar definitivamente todos los actos encomendados provisionalmente al Tribunal y, sobre todo, hacer, calificar y proclamar el escrutinio conducente a la elección de Presidente y Diputados, atribución de la Asamblea Nacional que le correspondía en virtud de los artículos 26, 82 y 109 de la Constitución de 1871. (Idem págs. 227 y 228). Será con la Constitución de 1949 que se alcance la total independencia del Tribunal respecto de los otros Poderes, con monopolio de todas las funciones concernientes a lo electoral y con rango y autonomía orgánicas, funcionales y presupuestarias iguales a los de esos otros Poderes (ver Arts. 99 a 103 de la Constitución actual, así como 1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal). La evolución, que empezó con una legislación innovadora en muchos aspectos, termina con la creación de un verdadero Poder Electoral costarricense, creemos que sin par, por la importancia y amplitud de sus funciones, así como por su total autonomía orgánica, funcional y presupuestaria, en el Derecho Electoral comparado de Centro y Latinoamérica.

II. Lo educacional.

A diferencia del sufragio, la educación en Costa Rica evolucionó sin necesidad de muy numerosas reformas legislativas o reglamentarias y bajo la dirección de algunos pocos próceres que sentaron, ya desde el pasado siglo, las bases de todo el desarrollo educacional posterior del país, hasta la apertura de la Universidad de Costa Rica, por Ley de 7 de marzo de 1941.

El movimiento se inició con la creación de la Casa de Santo Tomás en 1823, que fue puesta bajo la dirección del Bachiller Francisco Osejo, ilustre nicaragüense de tendencia liberal, anticlerical y republicana. El 25 de abril de 1844 el más ilustrado y misionero de nuestros grandes próceres del siglo pasado, don José María Castro Madriz, convierte esa Casa en la Universidad de Santo Tomás, y poco después, el 19 de mayo de 1847, crea el primer Liceo Nacional de Niñas. En 1869 la Constitución declara la enseñanza primaria gratuita, obligatoria y a cargo del Estado, y en ese año se funda el Colegio San Luis Gonzaga de Cartago, desde donde ejercerá su magisterio el profesor español don Valeriano Fernández Ferraz, que desde ahí consolidó una tendencia de pensamiento liberal y empiricista, abierta al libre raciocinio, en la que encuadrarían todos los presidentes, sus discípulos distinguidos, que gobernarían Costa Rica por los próximos 60 años. En ese mismo año se dictó la Ley General de Enseñanza, de 29 de setiembre de 1869, por la que se regiría la educación costarricense hasta la promulgación de la otra gran piedra de clave en nuestra instrucción primaria y secundaria, la Ley General de Educación Común, de 26 de febrero de 1886, que llegó vigente hasta la Ley General de Educación de 1957, y que puede bien reputarse obra directa del más ilustre Ministro de Educación en nuestra historia, don Mauro Fernández. A partir de 1870, como vimos, se inicia una era de gobiernos militares insólitamente preocupados por la educación del pueblo, que logran disminuir sustancialmente el analfabetismo en el último tercio del siglo pasado. Según algunos, el analfabetismo era del 89% en 1866, del 68.58% en 1892, del 23.6% en 1927 y del 14.7% en 1950. (Véase al respecto, Carlos José Gutiérrez, "Libertad, Derecho y Desarrollo Político", *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 1, Universidad de Costa Rica, Imprenta Lehmann, 1963), págs. 99 a 104; ver también MONGE ALFARO, Carlos, *Historia de Costa Rica*, págs. 203 a 208; otras fuentes dan porcentajes discrepantes para la misma época, para lo cual ver nota 37). El índice actual de analfabetismo es del 7.2% sobre una población de 1.930.000 habitantes, pero el Ministerio de Educación ha advertido que tal cifra es irreal y optimista y que oculta el hecho de que los analfabetos potenciales, que aprendieron a leer y a escribir pero que no completaron primaria, suman la cifra alarmante de 412.827 individuos, más del 25% de nuestra población (información y datos inéditos certificados por la Supervisión Escolar, del Ministerio dicho).

III. Lo económico empresarial.

Samuel Stone, *La Dinastía de los Conquistadores*, EDUCA, 1976, pág. 88, da cuenta de que: En "1843 se creó en Costa Rica un organismo gubernamental constituido por grandes cafetaleros, con el propósito de construir una carretera uniendo la capital al Puerto de Puntarenas para la exportación del café".

Esta entidad, que se llamó la Sociedad Económica Itineraria, terminaría jugando importante papel en la construcción no sólo de carreteras sino también de ferrocarriles y de puertos de exportación, todo al empuje de la prosperidad económica posterior a 1850, a raíz del auge de la agricultura y del comercio del café, como lo apunta el mismo Stone, *Idem*, pág. 99 (ver al respecto nota 45 bis). En 1867 el gobierno presidido por don Juan Rafael Mora Porras funda el Banco Nacional, con capital de 500.000 pesos, totalmente estatal, destinado a financiar la agricultura y el comercio del café, pero su vida fue pobre y efímera y alcanzó hasta los diez años, para dejar paso a la banca privada, la única que arribó con algún empuje los comienzos del siglo XX, que presenció después la aparición del Banco Internacional, primero estatal en este siglo y origen del actual Banco Nacional (Ver *Carolynne Hall, El café y el desarrollo histórico-geográfico de Costa Rica*, (Editorial Costa Rica, San José, Costa Rica, 1976), págs. 45 y 46; Tomás Soley Güell, *Historia Económica y Hacienda de Costa Rica* (Editorial Universitaria, 1949, Tomo II), págs. 119 a 121 y 249 a 252, en cuanto a la fundación del Banco Internacional del Estado, por Ley N° 16 de 9 de octubre de 1914, que fue la primera institución pública dedicada al crédito agrícola, la cual descentralizó después la misma Administración de don Alfredo González Flores, en otro acto típico de su lucidez política, con la creación de las Juntas Rurales de Crédito, por Ley del 30 de diciembre del mismo año; todo esto desembocaría en la creación del Banco Crédito Hipotecario, por Ley N° 50 de 18 de enero de 1927, desarrollada por la N° 4 del 20 de enero del mismo año, que fue después refundido con el Banco Internacional, cuando éste tomó el nombre —que conserva— de Banco Nacional de Costa Rica. (*Idem*, Soley Güell, págs. 249 a 252).

Bajo el gobierno dinámico y creativo de don Alfredo González Flores se inició una política de inversiones empresariales del Estado y de fomento de ciertas industrias o cultivos privados, sobre todo a través de nuestra primera ley de desarrollo industrial, N° 31 de 12 de julio de 1916, que dispuso la exención de derechos de importación por 10 años para la introducción de maquinaria propia de industrias nuevas; ver SOLEY GÜELL, *Idem* pág. 133). Todo lo cual denota ya una clara toma de posición intervencionista y empresarial del Estado.

En 1932 el Poder Ejecutivo crea (por decreto de 11 de diciembre) el Instituto de Defensa del Café, que fue no sólo el antecedente inmediato de la actual Oficina del Café (que lo sustituyó en 1948), sino también titular de importantes potestades públicas reguladoras, de utilidades y de precios, en las relaciones entre agricultores, industriales y comerciantes (exportadores), para cumplir con todo lo cual el Poder

Ejecutivo fundó, además, una Junta de Liquidación del Café, que liquidaba la cosecha anual, velaba por la observancia de los porcentajes de participación de cada grupo de interés y fomentaba el desarrollo del conjunto. Sobre el modelo de este Instituto se creó la Oficina del Café y la Liga Agrícola Industrial de la Caña de Azúcar, entidades públicas no estatales, que forman lo que ha llamado Giannini "ordenamientos sectoriales", coronados por una entidad pública como las indicadas, de función básicamente reguladora, que obliga directamente a los operadores privados del sector económico; ver al respecto HALL, *Carolynne*, *Idem*, págs. 48 y 49; ver GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, 1969, Tomo I, págs. 198, 199 y 200, y, sobre todo, las *Lezioni*, Giuffrè, 1950, pág. 171 a 174, donde más cabal y claramente se describe lo que es un orden jurídico sectorial. En relación con el aspecto histórico de la precoz aparición de ordenamientos de este tipo en Costa Rica, léase también HALL, *Idem*, págs. 48 y 49.

La política apuntada culmina con la creación del primer monopolio estatal de una actividad privada, la venta de seguros comerciales, mediante la Ley N° 12 de 30 de octubre de 1924, creadora del Instituto Nacional de Seguros, entidad a la cual se atribuiría posteriormente el monopolio de los seguros de riesgos laborales, creados por Ley N° 53 del 31 de enero de 1925; ver SOLEY GÜELL, Tomás, *Idem*, págs. 230 a 233, sobre todo pág. 231, donde dice el autor (que lo que fue también de la ley del monopolio dicho mientras era Ministro de Hacienda de la Segunda Administración de don Ricardo Jiménez, 1924-1928): "El problema para el Estado consistía en detener el incendiarismo, en moralizar las formas del seguro, en facilitar el seguro pobre, descuidado por las compañías, en procurar otras formas de seguro, como la de accidentes de trabajo que no establecían las compañías, y en hacer derivar los beneficios de la formación de capitales que proporciona el seguro de vida hacia las inversiones del exterior".

Este esfuerzo de organización, dirección, regulación estatal y participación, en relación con la vida económica, digna de naciones más grandes y complejas, tuvo tempranos y muy notables frutos en Costa Rica, como bien apunta STONE, *Idem*, págs. 90 y 91, donde dice:

"Costa Rica, que en 1821 había sido el país más pobre de Centroamérica —y del Continente Americano— fue la primera nación del Istmo en llegar a poseer un ferrocarril uniendo la capital a los dos mares; la primera en tener alumbrado eléctrico en sus ciudades, la primera en materia de educación (después de haber estado al mismo bajo nivel de sus vecinos hasta la Independencia) y finalmente, una de las primeras en tener una buena red de carreteras. No obstante haber sido uno de los últimos países en tener un órgano de prensa, llegó eventualmente a poseer el mayor número de periódicos per cápita en Centroamérica".

Todo esto ha culminado con el movimiento de tipo social que destacará netamente a partir de 1940, punto histórico de transición en la vida del país, a partir del cual se acentuará fuertemente el carácter intervencionista del Estado en todos los órdenes de la economía, como brevemente se explicará.

IV. Lo social.

Desde fines de la guerra de 1914-1919 y, sobre todo, a partir de la Segunda Administración de don Ricardo Jiménez (1924-1928), se dicta una serie de medidas tutelares del trabajador y de la familia, en gran parte bajo la presión social sacada a flote por nuevas organizaciones nacionalistas, como La Liga Cívica; o socialistas de orientación marxista y revolucionaria, como la Alianza de Obreros y Campesinos; o de orientación cristiana modulada por la Escuela de Salinas, como el Partido Reformista, cuya filosofía era más bien antimarxista pero orientada al cambio social en forma imperiosa y urgente; o, finalmente, como el Partido Comunista mismo; ver al respecto STONE, op. cit. 292 y 293. Las principales medidas de tipo social anterior al año 1940, fueron: Ley de Accidentes de Trabajo, N° 53 de 31 de enero de 1925; Ley N° 100 de 9 de diciembre de 1920, que creaba la jornada máxima de 8 horas; Ley N° 14 de 22 de noviembre de 1933, sobre salarios mínimos; Código de la Infancia, Ley N° 27 de 25 de octubre de 1932; decreto ejecutivo N° 21 de 5 de octubre de 1937, sobre medidas de seguridad e higiene en el trabajo; decreto ejecutivo N° 1 de 15 de julio de 1937, sobre registro de organizaciones obreras, y Ley N° 6 de 21 de setiembre de 1939, de congelación y regulación de alquileres.

APENDICE

*Constitución de Costa Rica, reformas posteriores a 1949**

Reforma al artículo 6° de la Constitución Política.

Ley N° 5699 de 5 de junio de 1975

Texto anterior:

Artículo 6°—El Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en el espacio aéreo de su territorio y en sus aguas territoriales y plataforma continental, de acuerdo con los principios de Derecho Internacional y con los tratados vigentes.

Texto reformado:

Artículo 6°—El Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en el espacio aéreo de su territorio, en sus aguas territoriales en una distancia de doce millas a partir de la línea de baja mar a lo largo de sus costas, en su plataforma continental y en su zócalo insular de acuerdo con los principios de Derecho Internacional.

Ejerce además, una jurisdicción especial sobre los mares adyacentes a su territorio en una extensión de doscientas millas a partir de la misma línea, a fin de proteger, conservar y explotar con exclusividad todos los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas, el suelo o subsuelo de esas zonas, de conformidad con aquellos principios.

Reforma al artículo 7 de la Constitución Política.

Ley N° 4123 de 29 de mayo de 1968.

Texto anterior:

Artículo 7°—Ninguna autoridad puede celebrar pactos, tratados o convenios que se opongan a la soberanía e independencia de la República. Quien lo haga será juzgado por traición a la Patria.

* Apéndice preparado por la señora Blanca Solís Marín, Asistente Derecho Administrativo.

Cualquier tratado o convención que tramite el Poder Ejecutivo, referente a la integridad territorial o a la organización política, requerirá la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros y la de los dos tercios de votos de una Asamblea Constituyente convocada al efecto,

Texto reformado:

Artículo 7º—Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto.

Reforma al artículo 9º de la Constitución Política.

Ley Nº 5704 de 5 de junio de 1975.

Texto anterior:

Artículo 9º—El Gobierno de la República es popular, representativo, Lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias.

Texto reformado:

Artículo 9º—El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable. Lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias.

Un Tribunal Supremo de Elecciones, con el rango e independencia de los Poderes del Estado, tiene a su cargo en forma exclusiva e independiente la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, así como las demás funciones que le atribuyen esta Constitución y las leyes.

Reforma al artículo 10 de la Constitución Política.

Ley Nº 5701 de 5 de junio de 1975.

Texto anterior:

Artículo 10.—Las disposiciones del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo contrarias a la Constitución serán absolutamente nulas, así

como los actos de los que usurpen funciones públicas, y los nombramientos hechos sin los requisitos legales.

Corresponde a la Corte Suprema de Justicia, por votación no menor de dos tercios del total de sus miembros, declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y de los decretos del Poder Ejecutivo. La ley indicará los tribunales llamados a conocer de la inconstitucionalidad de otras disposiciones del Poder Ejecutivo.

Texto reformado:

Artículo 10.—Las disposiciones del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo contrarias a la Constitución serán absolutamente nulas, así como los actos de quienes usurpen funciones públicas y los nombramientos hechos sin los requisitos legales. La potestad de legislar establecida en los artículos 105 y 121 inciso 1) de esta Constitución, no podrá ser renunciada ni sujeta a limitaciones, mediante ningún convenio o contrato, ni directa ni indirectamente, salvo el caso de los Tratados de conformidad con los principios del Derecho Internacional.

Corresponde a la Corte Suprema de Justicia, por votación no menor de dos tercios del total de sus miembros, declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y de los decretos del Poder Ejecutivo. La ley indicará los tribunales llamados a conocer de la inconstitucionalidad de otras disposiciones del Poder Ejecutivo.

Reforma al inciso 1º del artículo 16 de la Constitución Política.

Ley Nº 2739 de 12 de mayo de 1961.

Texto anterior:

Artículo 16.—La calidad de costarricense se pierde:

- 1) Por adopción de otra nacionalidad;
- 2) Cuando el costarricense por naturaleza, se ausente voluntariamente del territorio durante más de seis años consecutivos, salvo que demuestre haber permanecido vinculado al país.

Texto reformado:

Artículo único.—Adición al inciso 1) del artículo 16 de la Constitución Política, en los siguientes términos:
...salvo los casos comprendidos en convenios internacionales. Estos convenios requerirán para su aprobación el voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa y no podrán autorizar el ejercicio simultáneo de nacionalidades, ni modificar las leyes de la República que regulan las condiciones para la inmigración, el ejercicio de profesiones y oficios, y las formas de adquisición de la nacionalidad. La ejecución de estos convenios no obliga a renunciar la nacionalidad de origen."

Reforma al artículo 33 de la Constitución Política.
Ley N° 4123 de 31 de mayo de 1968.

Texto anterior:

Artículo 33.—Todo hombre es igual ante la ley.

Texto reformado:

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

Reforma al artículo 49 de la Constitución Política.
Ley N° 3124 de 25 de junio de 1963.

Texto anterior:

Artículo 49.—Establécese la jurisdicción contencioso administrativa, como función del Poder Judicial y con el objeto de proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando éstos fueren lesionados por disposiciones definitivas de cualquier naturaleza, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las Municipalidades y toda institución autónoma o semi-autónoma del Estado, actuando como personas de derecho público y en uso de facultades regladas.

Texto reformado:

Artículo 49.—Establécese la jurisdicción contencioso administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derechos públicos.

La desviación del poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.

La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados.

Derogatoria del artículo 75 de la Constitución Política.
Ley N° 4764 del 17 de mayo de 1961.

Texto anterior:

Artículo 75.—El legislador podrá establecer excepciones a lo dispuesto en el presente Capítulo a favor de instituciones dedicadas exclusivamente a fines de beneficencia y protección social. Esta disposición no comprende el principio de libertad de sindicalización.

Artículo 75.—Derogado por Ley N° 4764 del 17 de mayo de 1961.

Reforma al artículo 73 de la Constitución Política.
Ley N° 2737 de 12 de mayo de 1961.

Texto anterior:

Artículo 73.—Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.

La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma.

No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos ni las reservas de los seguros sociales.

Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales.

Texto reformado:

Artículo 73.—Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.

La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social.

No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales.

Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales.

Reforma al artículo 78 de la Constitución Política.
Ley N° 5202 de 30 de mayo de 1973.

Artículo 78.—La enseñanza primaria es obligatoria; ésta, la pre-escolar y la secundaria son gratuitas y costeadas por la Nación.

El estado facilitará la prosecución de estudios superiores a las personas que carezcan de recursos pecuniarios. La adjudicación de las correspondientes becas y auxilios estará a cargo del Ministerio del ramo, por medio del organismo que determine la ley.

Texto reformado:

Artículo 78.—La Educación general Básica es obligatoria; ésta, la pre-escolar y la educación diversificada son gratuitas y costeadas por la Nación.

El Estado facilitará la prosecución de estudios superiores a las personas que carezcan de recursos pecuniarios. La adjudicación de las correspondientes becas y auxilios estará a cargo del Ministerio del ramo del organismo que determine la ley.

Reforma al artículo 84 de la Constitución Política.
Ley N° 5697 de 9 de junio de 1975.

Texto anterior:

Artículo 84.—La Universidad de Costa Rica es una institución de cultura superior que goza de independencia para el desempeño de sus funciones, y de plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como para darse su organización y gobierno propios.

Texto reformado:

Artículo 84.—La Universidad de Costa Rica es una institución de cultura superior que goza de independencia para el desempeño de sus funciones y de plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como para darse su organización y gobierno propios. Las demás instituciones de educación superior universitaria del Estado tendrán la misma independencia funcional e igual capacidad jurídica que la Universidad de Costa Rica.

El Estado las dotará de patrimonio propio y colaborará en su financiación.

Reforma al artículo 86 de la Constitución Política.
Ley N° 5697 de 9 de junio de 1975.

Texto anterior:

Artículo 86.—El Estado formará profesionales docentes por medio de institutos especiales y de la Universidad de Costa Rica.

Texto reformado:

Artículo 86.—El Estado formará profesionales docentes por medio de institutos especiales, de la Universidad de Costa Rica y de las demás instituciones de educación superior (universitaria).

Reforma al artículo 88 de la Constitución Política.
Ley N° 5697 de 9 de junio de 1975.

Texto anterior:

Artículo 88.—Para la discusión y aprobación de proyectos de ley relativos a las materias puestas bajo la competencia de la Universidad

de Costa Rica, o relacionadas directamente con ellas, la Asamblea Legislativa deberá oír previamente al Consejo Universitario.

Texto reformado:

Artículo 88.—Para la discusión y aprobación de proyectos de ley relativos a las materias puestas bajo la competencia de la Universidad de Costa Rica y de las demás instituciones de educación superior universitaria, o relacionadas directamente con ellas, la Asamblea Legislativa deberá oír previamente al Consejo Universitario o al órgano director correspondiente de cada una de ellas.

Reforma al artículo 90 de la Constitución Política.
Ley N° 4763 de 17 de mayo de 1971.

Texto anterior:

Artículo 90.—La ciudadanía es el conjunto de derechos y deberes políticos que corresponde a los costarricenses de uno y otro sexo, mayores de veinte años.

Texto reformado:

Artículo 90.—La ciudadanía es el conjunto de derechos y deberes políticos que corresponde a los costarricenses mayores de dieciocho años.

★ Reforma al artículo 93 de la Constitución Política.
Ley N° 2345 de 14 de mayo de 1959.

Texto anterior:

Artículo 93.—El sufragio es función cívica primordial y se ejerce ante las juntas electorales en votación directa y secreta, por los ciudadanos inscritos en el Registro Civil.

Texto reformado:

Artículo 93.—El sufragio es función cívica primordial y obligatoria y se ejerce ante las Juntas Electorales en votación directa y secreta, por los ciudadanos inscritos en el Registro Civil.

Reforma al artículo 95 de la Constitución Política

Texto anterior:

Artículo 95.—La ley regulará el ejercicio del sufragio, de acuerdo con los siguientes principios básicos:

1) Autonomía de la función electoral;

- 2) Garantías efectivas de libertad, orden, pureza e imparcialidad por parte de las autoridades gubernativas;
- 3) Identificación del elector mediante cédula con fotografía;
- 4) Prohibición del ciudadano para sufragar en lugar diferente al de su domicilio;
- 5) Garantías de representación para las minorías.

Texto reformado:

Artículo 95.—La ley regulará el ejercicio del sufragio, de acuerdo con los siguientes principios:

- 1) Autonomía de la función electoral;
- 2) Obligación del Estado de inscribir de oficio a los ciudadanos en el Registro Civil y de proveerlos de cédula de identidad para ejercer el sufragio;
- 3) Garantías efectivas de libertad, orden, pureza e imparcialidad por parte de las autoridades gubernativas;
- 4) Prohibición del ciudadano para sufragar en lugar diferente al de su domicilio;
- 5) Identificación del elector ~~por~~ medio de cédula con fotografía; y
- 6) Garantías de representación para las minorías.

Reforma al artículo 96 de la Constitución Política.
Ley N° 2036 de 18 de julio de 1956.

Texto anterior:

Artículo 96.—El Estado no podrá hacer deducción alguna en las remuneraciones de los servidores públicos para el pago de deudas políticas.

Texto reformado:

Artículo único.—Adiciónase el artículo 96 de la Constitución Política en la siguiente forma:

El Estado contribuirá al pago de los gastos en que incurran los Partidos Políticos para elegir los miembros de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, de acuerdo con las siguientes disposiciones:

- a) La contribución total no podrá ser superior al dos por ciento (2%) del promedio de los Presupuestos Ordinarios de la República durante los tres años anteriores a aquel en que se celebra la elección;

- b) La suma que aporte el Estado se distribuirá entre los distintos Partidos que tomen parte en la elección, en estricta proporción al número de votos obtenidos por cada uno de ellos en favor de sus respectivas papeletas;
- c) No tendrán derecho a recibir contribución alguna los Partidos que, inscritos en escala nacional, no hubieren obtenido un diez por ciento (10%) de los sufragios válidamente emitidos en todo el país; o los que, inscritos en escala provincial, no hubieren obtenido ese mismo porcentaje de los sufragios válidamente emitidos en la provincia o provincias respectivas;
- d) Para recibir el aporte del Estado, los Partidos están obligados a comprobar sus gastos ante el Tribunal Supremo de Elecciones. Cuando la suma aceptada por el Tribunal fuere inferior a la suma que a un Partido le correspondería de acuerdo con la regla del inciso b) de este artículo, dicho Partido sólo tendrá derecho a percibir como contribución del Estado la cantidad que el Tribunal estimare como efectivamente gastada por el Partido en su campaña electoral.

Reforma al artículo 96 de la Constitución Política.
Ley N° 4765 de 17 de mayo de 1971.

Texto anterior:

Artículo 96.—El Estado no podrá hacer deducción alguna en las remuneraciones de los servidores públicos para el pago de deudas políticas.

El Estado contribuirá al pago de los gastos en que incurran los Partidos Políticos para elegir los miembros de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, de acuerdo con las siguientes disposiciones:

- a) La contribución total no podrá ser superior al dos por ciento (2%) del promedio de los Presupuestos Ordinarios de la República durante los tres años anteriores a aquel en que se celebra la elección;
- b) La suma que aporte el Estado se distribuirá entre los distintos Partidos que tomen parte en la elección, en estricta proporción al número de votos obtenidos por cada uno de ellos en favor de sus respectivas papeletas;
- c) No tendrán derecho a recibir contribución alguna los Partidos que, inscritos en escala nacional, no hubieren obtenido un diez por ciento (10%) de los sufragios válidamente emitidos en todo el país; o los que, inscritos en escala provincial, no hubieren obtenido ese mismo porcentaje de los sufragios válidamente emitidos en la provincia o provincias respectivas;

d) Para recibir el aporte del Estado, los Partidos están obligados a comprobar sus gastos ante el Tribunal Supremo de Elecciones. Cuando la suma aceptada por el Tribunal fuere inferior a la suma que a un Partido le correspondería de acuerdo con la regla del inciso b) de este artículo, dicho Partido sólo tendrá derecho a percibir como contribución del Estado la cantidad que el Tribunal estimare como efectivamente gastada por el Partido en su campaña electoral.

Texto reformado:

Artículo 1º—Modificase el párrafo del artículo 96 de la Constitución Política, para que se lea así:

El Estado contribuirá a la financiación y pago de los gastos de los Partidos Políticos para elegir los miembros de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, de acuerdo con las siguientes disposiciones:

Artículo 2º—Agréguese un inciso e) al artículo 96 de la Constitución Política, que se leerá así:

e) El Estado contribuirá a la financiación previa de los gastos que demanden las actividades electorales de los partidos políticos, dentro de los montos de pago fijados anteriormente y mediante los procedimientos que con tal objeto determine la ley. Esta ley deberá ser aprobada por dos tercios de los votos de los Diputados que forman la Asamblea Legislativa.

Reforma al artículo 96 de la Constitución Política.

Ley N° 4973 de 16 de mayo de 1972.

Texto anterior:

El Estado no podrá hacer deducción alguna en las remuneraciones de los servidores públicos para el pago de deudas políticas.

El Estado contribuirá al pago de los gastos en que incurran los Partidos Políticos para elegir los miembros de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, de acuerdo con las siguientes disposiciones:

a) La contribución total no podrá ser superior al dos por ciento (2%) del promedio de los Presupuestos Ordinarios de la República durante los tres años anteriores a aquel en que se celebra la elección;

b) La suma que aporte el Estado se distribuirá entre los distintos Partidos que tomen parte en la elección, en estricta proporción al número de votos obtenidos por cada uno de ellos en favor de sus respectivas papeletas;

c) No tendrán derecho a recibir contribución alguna los Partidos que, inscritos en escala nacional, no hubieren obtenido un diez por ciento (10%) de los sufragios válidamente emitidos en todo el país; o los que, inscritos en escala provincial, no hubieren obtenido ese mismo porcentaje de los sufragios válidamente emitidos en la provincia o provincias respectivas;

d) Para recibir el aporte del Estado, los Partidos están obligados a comprobar ante el Tribunal Supremo de Elecciones. Cuando la suma aceptada por el Tribunal fuere inferior a la suma que a un Partido le correspondería de acuerdo con la regla del inciso b) de este artículo, dicho Partido sólo tendrá derecho a percibir como contribución del Estado la cantidad que el Tribunal estimare como efectivamente gastada por el Partido en su campaña electoral.

Texto reformado:

Artículo único.—Refórmase el inciso c) del artículo 96 de la Constitución Política, para que se lea así:

c) No tendrán derecho a recibir contribución alguna los partidos que, inscritos en escala nacional, no hubieren obtenido un cinco por ciento (5%) de los sufragios válidamente emitidos en todo el país; o los que, inscritos en escala provincial, no hubieren obtenido ese mismo porcentaje en los sufragios válidamente emitidos en la provincia o provincias respectivas.

Reforma al artículo 98 de la Constitución Política.

Ley N° 5698 de 4 de junio de 1975.

Texto anterior:

Artículo 98.—Todos los ciudadanos tienen derecho a agruparse en partidos para intervenir en la política nacional.

Sin embargo, se prohíbe la formación o el funcionamiento de partidos que por sus programas ideológicos, medios de acción o vinculaciones internacionales, tienden a destruir los fundamentos de la organización democrática de Costa Rica, o que atenten contra la soberanía del país, todo a juicio de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las dos terceras partes de sus miembros y previo informe del Tribunal Supremo de Elecciones.

Texto reformado:

Artículo 98.—Todos los ciudadanos tienen derecho de agruparse en partidos, para intervenir en la política nacional, siempre que éstos se comprometan en sus programas a respetar el orden constitucional de la República.

Reforma al artículo 106 de la Constitución Política.

Ley N° 2741 de 12 de mayo de 1961.

Texto anterior:

✕ *Artículo 106*.—Los Diputados tienen este carácter por la Nación y serán elegidos por provincias.

La Asamblea se compone de cuarenta y cinco Diputados; sin embargo, cuando la población pase de un millón trescientos cincuenta mil habitantes, se elegirá un nuevo Diputado por cada treinta mil o residuo mayor de quince mil por provincia. Los suplentes se nombrarán uno por cada tres Diputados propietarios. Cuando se elijan dos propietarios, también se elegirá un suplente.

Las vacantes se llenarán con los respectivos suplentes. Cada vez que se realice un censo general de población, el Tribunal Supremo de Elecciones asignará a las provincias las diputaciones, en proporción a la población de cada una de ellas.

Texto reformado:

Artículo 106.—Los Diputados tienen ese carácter por la Nación y serán elegidos por provincias.

La Asamblea se compone de cincuenta y siete Diputados. Cada vez que se realice un censo general de población, el Tribunal Supremo de Elecciones asignará a las provincias las diputaciones, en proporción a la población de cada una de ellas.

Reforma al artículo 111 de la Constitución Política.

Ley N° 3118 del 15 de mayo de 1963.

Texto anterior:

Artículo 111.—Ningún Diputado podrá aceptar, bajo pena de perder su credencial, cargo o empleo de los otros Poderes del Estado o de las instituciones autónomas, salvo cuando se trate de un Ministerio de Gobierno. En este caso se reincorporará a la Asamblea al cesar en sus funciones. Esta prohibición no rige para los que desempeñen cargos en instituciones de beneficencia, o sean catedráticos de la Universidad de Costa Rica.

Texto reformado:

Artículo 111.—Ningún Diputado podrá aceptar, después de juramentado, bajo pena de perder su credencial, cargo o empleo de los otros Poderes del Estado o de las instituciones autónomas, salvo cuando se trate de un Ministerio de Gobierno. En este caso se reincorporará a la Asamblea al cesar en sus funciones. Esta prohibición no rige para los que sean llamados a formar parte de delegaciones que integre el Poder Ejecutivo para asistir a conferencias internacionales, ni para los que desempeñen cargos en instituciones de beneficencia, o sean catedráticos de la Universidad de Costa Rica.

Reforma al artículo 111 de la Constitución Política.

Texto anterior:

Artículo 111.—Ningún Diputado podrá aceptar, después de juramentado, bajo pena de perder su credencial, cargo o empleo de los otros Poderes del Estado o de las instituciones autónomas, salvo cuando se trate de un Ministerio de Gobierno. En este caso se reincorporará a la Asamblea al cesar en sus funciones. Esta prohibición no rige para los que sean llamados a formar parte de delegaciones que integre el Poder Ejecutivo para asistir a conferencias internacionales, ni para los que desempeñan cargos en instituciones de beneficencia, o sean catedráticos en la Universidad de Costa Rica.

Texto reformado:

Artículo 111.—Ningún Diputado podrá aceptar, después de juramentado, bajo pena de perder su credencial, cargo o empleo de los otros Poderes del Estado o de las instituciones autónomas, salvo cuando se trate de un Ministerio de Gobierno. En este caso se reincorporará a la Asamblea al cesar en sus funciones.

Esta prohibición no rige para los que sean llamados a formar parte de delegaciones internacionales, ni para los que desempeñan cargos en instituciones de beneficencia, o sean catedráticos de la Universidad de Costa Rica o en otras instituciones de enseñanza superior del Estado.

Reforma al artículo 121, inciso 4) de la Constitución Política.

Ley N° 4123 de 31 de mayo de 1968.

Texto anterior:

Artículo 121.—Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:

- 1) Dictar las leyes . . .
- 2) Designar el recinto . . .
- 3) Nombrar los Magistrados . . .
- 4) Aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos;
- 5) Dar o no su asentimiento
- 24) Formular interpelaciones . . .

Texto reformado:

Artículo 121.—Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:

- 1) Dictar las leyes...
- 2) Designar el recinto...
- 3) Nombrar los Magistrados...
- 4) Aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos.

Los tratados públicos y convenios internacionales, que atribuyan o transfieran determinadas competencias a un ordenamiento jurídico comunitario, con el propósito de realizar objetivos regionales y comunes, requerirán la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de sus miembros.

No requerirán aprobación legislativa los protocolos de menor rango, derivados de tratados públicos o convenios internacionales aprobados por la Asamblea, cuando estos instrumentos autoricen de modo expresal derivación.

- 5) Dar o no su asentimiento...
- 24) Formular interpelaciones...

Reforma al artículo 121, inciso 15 de la Constitución Política.
Ley N° 4123 de 31 de mayo de 1975.

Texto anterior:

Artículo 121.—Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:

- 1) Dictar las leyes...
- 2) Designar el recinto...
- 3) Nombrar los Magistrados...
- 15) Autorizar al Poder Ejecutivo para negociar empréstitos y celebrar otros convenios similares que se relacionen con el crédito público, así como aprobar o improbar los que hubieran sido concertados.

Para efectuar la contratación de empréstitos en el exterior, o de aquello que, aunque convenidos en el país, hayan de ser financiados con capital extranjero, es preciso que el respectivo proyecto sea aprobado por las dos terceras partes del total de los votos de la Asamblea Legislativa.

- 16) Conceder la ciudadanía...
- 24) Formular interpelaciones...

Texto reformado:

Artículo 121.—Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:

- 1) Dictar las leyes...
- 2) Designar el recinto...
- 3) Nombrar los Magistrados...
- 15) Aprobar o improbar los empréstitos o convenios similares que se relacionen con el crédito público, celebrados por el Poder Ejecutivo.

Para efectuar la contratación de empréstitos en el exterior o de aquellos que, aunque convenidos en el país, hayan de ser financiados con capital extranjero, es preciso que el respectivo proyecto sea aprobado por las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa.

- 16) Conceder la ciudadanía...
- 24) Formular interpelaciones...

Reforma al inciso 1° del artículo 132 de la Constitución Política.
Ley N° 4349 de 11 de julio de 1969.

Texto anterior:

Artículo 132.—No podrá ser elegido Presidente ni Vicepresidente:

- 1) El que hubiera servido la Presidencia en cualquier lapso dentro de los ocho años anteriores al período para cuyo ejercicio se verificare la elección, ni el Vicepresidente o quien lo sustituya, que la hubiera servido durante la mayor parte de cualquiera de los períodos que comprenden los expresados ocho años;
- 2) El Vicepresidente que...
- 3) El que sea por consanguinidad...
- 4) El que haya sido Ministro...
- 5) Los Magistrados propietarios...

Texto reformado:

Artículo 132.—No podrá ser elegido Presidente ni Vicepresidente:

- 1) El Presidente que hubiera ejercido la Presidencia durante cualquier lapso, ni el Vicepresidente o quien lo sustituya, que la hubiere ejercido durante la mayor parte de un período constitucional;

- 2) El Vicepresidente que...
- 3) El que sea por consanguinidad...
- 4) El que haya sido Ministro...
- 5) Los Magistrados propietarios...

Reforma al artículo 140, inciso 10 de la Constitución Política.
Ley N° 4123 de 31 de mayo de 1968.

Texto anterior:

Artículo 140.—Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:

- 1) Nombrar y remover libremente a los...
- 2) Nombrar y remover, con sujeción...
- 3) Sancionar y promulgar...
- 10) Celebrar convenios, tratados públicos y concordatos, promulgarlos y ejecutarlos una vez aprobados y ratificados por la Asamblea Legislativa, o si fuere del caso por una Asamblea Constituyente, según lo dispuesto en esta Constitución.
- 11) Rendir a la Asamblea...
- 12) Dirigir las relaciones...
- 20) Cumplir los demás...

Texto reformado:

Artículo 140.—Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:

- 1) Nombrar y remover libremente a los...
- 2) Nombrar y remover, con sujeción...
- 3) Sancionar y promulgar...
- 10) Celebrar convenios, tratados públicos y concordatos, promulgados y ejecutarlos una vez aprobados por la Asamblea Legislativa o por una Asamblea Constituyente, cuando dicha aprobación la exija esta Constitución.

Los protocolos derivados de dichos tratados públicos o convenios internacionales que no requieran aprobación legislativa, entrarán en vigencia una vez promulgados por el Poder Ejecutivo.

- 11) Rendir a la Asamblea...
- 12) Dirigir las relaciones...

- 20) Cumplir los demás...

Reforma al artículo 140, inciso 19 de la Constitución Política.
Ley N° 5702 de 5 de junio de 1975.

Texto anterior:

Artículo 140.—Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:

- 1) Nombrar y remover libremente a los...
- 2) Nombrar y remover, con sujeción a...
- 3) Sancionar y promulgar las...
- 4) En los recesos de la Asamblea...
- 19) Suscribir los contratos administrativos no comprendidos en el inciso 14) del artículo 121 de esta Constitución, a reserva de someterlo a la aprobación de la Asamblea Legislativa cuando estipulen exención de impuestos o tasas, o tengan por objeto la explotación de servicios públicos, recursos o riquezas naturales del Estado. Exceptúanse los casos regidos por leyes especiales;
- 20) Cumplir los demás deberes...

Texto reformado:

Artículo 140.—Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:

- 1) Nombrar y remover libremente a los...
- 2) Nombrar y remover, con sujeción a...
- 3) Sancionar y promulgar las...
- 4) En los recesos de la Asamblea...
- 19) Suscribir los contratos administrativos no comprendidos en el inciso 14) del artículo 121 de esta Constitución, a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa cuando estipulen exención de impuestos o tasas, o tengan por objeto la explotación de servicios públicos, recursos o riquezas naturales del Estado. La aprobación legislativa a estos contratos no les dará carácter de leyes ni los eximirá de su régimen jurídico administrativo. No se aplicará lo dispuesto en este inciso a los empréstitos u otros convenios similares, a que se refiere el inciso 15) del artículo 121, los cuales se regirán por sus normas especiales.
- 20) Cumplir los demás deberes...

Reforma al inciso 5º del artículo 139 de la Constitución Política.
Ley N° 5700 de 6 de junio de 1975.

Texto anterior:

Artículo 139.—Son deberes y atribuciones exclusivas de quien ejerce la Presidencia de la República:

- 1) Nombrar y remover...
- 2) Representar a la Nación...
- 3) Ejercer el mando...
- 4) Presentar a la Asamblea...
- 5) Solicitar permiso a la Asamblea Legislativa cuando necesite salir del país, mientras ejerza su cargo y hasta un año después de haber dejado el mando.

Texto reformado:

Artículo 139.—Son deberes y atribuciones exclusivas de quien ejerce la Presidencia de la República:

- 1) Nombrar y remover...
- 2) Representar a la Nación...
- 3) Ejercer el mando...
- 4) Presentar a la Asamblea...
- 5) Obtener permiso de la Asamblea Legislativa cuando necesite salir del territorio de Costa Rica, excepto para dirigirse a cualquiera de los países de América Central o a Panamá y por plazos no mayores de diez días cada vez, en cuyo caso deberá comunicarlo previamente a la Asamblea Legislativa. Esta disposición es obligatoria mientras ejerza su cargo y hasta un año después de haber cesado en él.

Cuando proceda la solicitud de permiso, la Asamblea Legislativa queda obligada a pronunciarse, concediéndolo o denegándolo en tiempo.

Reforma al artículo 157 de la Constitución Política.
Ley N° 1749 de 8 de junio de 1954.

Texto anterior:

Artículo 157.—La Corte Suprema de Justicia estará formada por diecisiete Magistrados elegidos por la Asamblea Legislativa, la cual integrará las diferentes Salas que indique la ley.

Texto reformado:

Artículo 157.—La Corte Suprema de Justicia estará formada por los Magistrados que fueren necesarios para el buen servicio; serán elegidos por la Asamblea Legislativa, la cual integrará las diversas Salas que indique la ley. La disminución del número de Magistrados, cualquiera que éste llegue a ser, sólo podrá acordarse previos todos los trámites dispuestos para las reformas parciales a esta Constitución.

Reforma al artículo 159 de la Constitución Política.
Ley N° 2026 de 15 de junio de 1956.

Texto anterior:

Artículo 159.—Para ser Magistrado se requiere:

- 1) Ser costarricense por nacimiento, o por naturalización con domicilio en el país no menor de diez años después de obtenida la carta respectiva. Sin embargo, el Presidente de la Corte Suprema deberá ser costarricense por nacimiento;
- 2) Ser ciudadano en ejercicio;
- 3) Pertener al estado seglar;
- 4) Ser mayor de treinta años;
- 5) Poseer el título de abogado, expedido o legalmente reconocido en Costa Rica, y haber ejercido la profesión durante diez años por lo menos.

Los Magistrados deberán, antes de tomar posesión del cargo, rendir la garantía que establece la ley.

Texto reformado:

Artículo único.—Refórmase el inciso 5) del artículo 159 de la Constitución Política, el cual se leerá así:

- 5) Poseer el título de Abogado, expedido o legalmente reconocido en Costa Rica, y haber ejercido la profesión durante diez años por lo menos, salvo que se tratase de funcionarios judiciales con práctica judicial no menor de cinco años.

Reforma al artículo 100 de la Constitución Política.
Ley N° 2345 de 20 de mayo de 1959.

Texto anterior:

Artículo 100.—El Tribunal Supremo de Elecciones estará integrado por tres Magistrados propietarios y tres suplentes de nombramiento de la Corte Suprema de Justicia, en votación no menor de los dos tercios del total de sus miembros; deben reunir iguales condiciones a las

exigidas para serlo de dicha Corte y estarán sujetos a las mismas responsabilidades establecidas para los miembros de ésta.

Texto reformado:

Artículo 100.—El Tribunal Supremo de Elecciones estará integrado ordinariamente por tres Magistrados propietarios y tres suplentes de nombramiento de la Corte Suprema de Justicia en votación no menor de los dos tercios del total de sus miembros. Deben reunir iguales condiciones a las exigidas para serlo de dicha Corte y estarán sujetos a las mismas responsabilidades establecidas para los miembros de ésta.

Los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones estarán sujetos a las condiciones de trabajo, en lo que fueren aplicables, y al tiempo mínimo de labor diaria que indique la Ley Orgánica del Poder Judicial para los Magistrados de la Sala de Casación, y percibirán las remuneraciones que se fijan para éstos.

Reforma al artículo 100 de la Constitución Política.

Ley N° 2740 de 12 de mayo de 1961.

Texto anterior:

Artículo 100.—El Tribunal Supremo de Elecciones estará integrado; ordinariamente, por tres Magistrados propietarios y tres suplentes de nombramiento de la Corte Suprema de Justicia en votación no menor de los dos tercios del total de sus miembros. Deben reunir iguales condiciones a las exigidas para serlo de dicha Corte y estarán sujetos a las mismas responsabilidades establecidas para los miembros de ésta. Los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones estarán sujetos a las condiciones de trabajo, en lo que fueren aplicables, y al tiempo mínimo de labor diaria que indique la Ley Orgánica del Poder Judicial para los Magistrados de la Sala de Casación, y percibirán las remuneraciones que se fijan para éstos.

Texto reformado:

Artículo único.—Refórmase el artículo 100 de la Constitución Política, agregándole un párrafo que diga:

Un año antes y seis meses después de la celebración de una elección popular, el Tribunal Supremo de Elecciones deberá integrarse con sus miembros propietarios y dos de los suplentes escogidos por la Corte Suprema de Justicia para formar, en esa época, el Tribunal de cinco miembros.

Reforma al artículo 100 de la Constitución Política.

Ley N° 3513 de 24 de junio de 1965.

Texto anterior:

Artículo 100.—El Tribunal Supremo de Elecciones estará integrado, ordinariamente, por tres Magistrados propietarios y tres suplentes de

nombramiento de la Corte Suprema de Justicia en votación no menor de los dos tercios del total de sus miembros. Deben reunir iguales condiciones a las exigidas para serlo de dicha Corte y estarán sujetos a las mismas responsabilidades establecidas para los miembros de ésta.

Un año antes y seis después de la celebración de una elección popular, el Tribunal Supremo de Elecciones deberá integrarse con sus miembros propietarios y dos de los suplentes escogidos por la Corte Suprema de Justicia para formar, en esa época, un Tribunal de cinco miembros.

Los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones estarán sujetos a las condiciones de trabajo, en lo que fueren aplicables, y al tiempo mínimo de labor diaria que indique la Ley Orgánica del Poder Judicial para los Magistrados de la Sala de Casación, y percibirán las remuneraciones que se fijan para éstos.

Texto reformado:

Artículo 100.—El Tribunal Supremo de Elecciones estará integrado ordinariamente por tres Magistrados propietarios y seis suplentes, nombrados por la Corte Suprema de Justicia por los votos de no menos de los dos tercios del total de sus miembros. Deberán reunir iguales condiciones y estarán sujetos a las mismas responsabilidades que los Magistrados que integran la Corte. Desde un año antes y hasta seis meses después de la celebración de las elecciones generales para Presidente de la República o Diputado a la Asamblea Legislativa, el Tribunal Supremo de Elecciones deberá ampliarse con dos de sus Magistrados suplentes para formar, en ese lapso, un tribunal de cinco miembros.

Los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones estarán sujetos a las condiciones de trabajo, en lo que fueren aplicables, y al tiempo mínimo de labor diaria que indique la Ley Orgánica del Poder Judicial para los Magistrados de la Sala de Casación, y percibirán las remuneraciones que se fijan para éstos.

Reforma al artículo 101 de la Constitución Política.

Ley N° 3513 de 24 de junio de 1965.

Texto anterior:

Artículo 101.—Los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones durarán en sus cargos seis años.

Un propietario y un suplente deberán ser renovados cada año, pero podrán ser reelectos.

Los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones gozarán de las inmunidades y prerrogativas que corresponden a los miembros de los Supremos Poderes.

Texto reformado:

Artículo 101.—Los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones durarán en sus cargos seis años.

Un propietario y dos suplentes deberán ser renovados cada dos años, pero podrán ser reelectos.

Los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones gozarán de las inmunidades y prerrogativas que corresponden a los miembros de los Supremos Poderes.

Reforma al artículo 171 de la Constitución Política.
Ley N° 2214 de 6 de junio de 1958.

Texto anterior:

Artículo 171.—Los Regidores Municipales serán elegidos por cuatro años y desempeñarán sus cargos gratuita y obligatoriamente.

La ley determinará el número de regidores y la forma en que actuarán. Sin embargo, las Municipalidades de los cantones centrales de provincias estarán integrados por no menos de cinco regidores propietarios e igual número de suplentes.

Las Municipalidades se instalarán el primero de julio del año correspondiente.

Texto reformado:

Artículo 171.—Los regidores municipales serán elegidos por cuatro años y desempeñarán sus cargos obligatoriamente.

La ley determinará el número de regidores y la forma en que actuarán. Sin embargo, las Municipalidades de los cantones centrales de provincias estarán integradas por no menos de cinco regidores propietarios e igual número de suplentes.

Las Municipalidades se instalarán el primero de julio del año correspondiente.

Reforma al artículo 171 de la Constitución Política.
Ley N° 2741 de 12 de mayo de 1961.

Texto anterior:

Artículo 171.—Los Regidores Municipales serán elegidos por cuatro años y desempeñarán sus cargos obligatoriamente.

La ley determinará el número de regidores y la forma en que actuarán. Sin embargo, las Municipalidades de los cantones centrales de provincias estarán integrados por no menos de cinco regidores propietarios e igual número de suplentes.

Las Municipalidades se instalarán el primero de julio del año correspondiente.

Texto reformado:

Artículo 171.—Los Regidores Municipales serán elegidos por cuatro años y desempeñarán sus cargos obligatoriamente. Poder, el departamento mencionado incluirá la diferencia como exceso,

La ley determinará el número de Regidores y la forma en que actuarán. Sin embargo, las Municipalidades de los cantones centrales de provincia estarán integradas por no menos de cinco Regidores propietarios e igual número de suplentes.

Las Municipalidades se instalarán el primero de mayo del año correspondiente.

Reforma al artículo 177 de la Constitución Política.
Ley N° 2122 de 22 de mayo de 1957.

*

Texto anterior:

Artículo 177.—La preparación del proyecto ordinario corresponde al Poder Ejecutivo por medio de un departamento especializado en la materia, cuyo jefe será de nombramiento del Presidente de la República, para un período de seis años. Este departamento tendrá autoridad para reducir o suprimir cualquiera de las partidas que figuran en los anteproyectos formulados por los Ministros de Gobierno, Asamblea Legislativa, Corte Suprema de Justicia y Tribunal Supremo de Elecciones. En caso de conflicto, decidirá definitivamente el Presidente de la República.

El Poder Ejecutivo preparará, para el año económico respectivo, los proyectos de presupuestos extraordinarios, a fin de invertir los ingresos del uso del crédito público o de cualquier otra fuente extraordinaria.

Texto reformado:

Artículo 177.—La preparación del proyecto ordinario corresponde al Poder Ejecutivo por medio de un departamento especializado en la materia, cuyo jefe será de nombramiento del Presidente de la República, para un período de seis años. Este departamento tendrá autoridad para reducir o suprimir cualquiera de las partidas que figuren en los anteproyectos formulados por los Ministros de Gobierno, Asamblea Legislativa, Corte Suprema de Justicia y Tribunal Supremo de Elecciones. En caso de conflicto, decidirá definitivamente el Presidente de la República.

En el proyecto se le asignará al Poder Judicial una suma no menor del seis por ciento de los ingresos ordinarios calculados para el año económico. Sin embargo, cuando esta suma resulte superior a la requerida para cubrir las necesidades fundamentales presupuestas por ese con un plan de inversión adicional, para que la Asamblea Legislativa determine lo que corresponda.

El Poder Ejecutivo preparará para el año económico respectivo, los proyectos de presupuestos extraordinarios, a fin de invertir los ingresos provenientes del uso del crédito público o de cualquier otra fuente extraordinaria.

Texto anterior:

Artículo 177.—La preparación del proyecto ordinario corresponde al Poder Ejecutivo por medio de un departamento especializado en la materia, cuyo jefe será de nombramiento del Presidente de la República, para un período de seis años. Este departamento tendrá autoridad para reducir o suprimir cualquiera de las partidas que figuren en los anteproyectos formulados por los Ministros de Gobierno, Asamblea Legislativa, Corte Suprema de Justicia y Tribunal Supremo de Elecciones.

En caso de conflicto, decidirá definitivamente el Presidente de la República.

En el proyecto se le asignará al Poder Judicial una suma no menor al seis por ciento de los ingresos ordinarios calculados para el año económico. Sin embargo, cuando esta suma resultare superior a la requerida para cubrir las necesidades fundamentales presupuestas por ese Poder, el departamento mencionado incluirá la diferencia como exceso, con un plan de inversión adicional, para que la Asamblea Legislativa determine lo que corresponda.

El Poder Ejecutivo preparará para el año económico respectivo, los proyectos de presupuestos extraordinarios, a fin de invertir los ingresos provenientes del uso del crédito público o de cualquier otra fuente extraordinaria.

Texto reformado:

Artículo 177.—La preparación del proyecto ordinario corresponde al Poder Ejecutivo por medio de un Departamento especializado en la materia, cuyo jefe será de nombramiento del Presidente de la República, para un período de seis años. Este Departamento tendrá autoridad para reducir o suprimir cualquiera de las partidas que figuren en los anteproyectos formulados por los Ministros de Gobierno, Asamblea Legislativa, Corte Suprema de Justicia y Tribunal Supremo de Elecciones. En caso de conflicto, decidirá definitivamente el Presidente de la República. Los gastos presupuestos por el Tribunal Supremo de Elecciones para dar efectividad al sufragio, no podrán ser objetados por el Departamento a que se refiere este artículo.

En el proyecto se le asignará al Poder Judicial una suma no menor del seis por ciento de los ingresos ordinarios calculados para el año económico. Sin embargo, cuando esta suma resultare superior a la requerida para cubrir las necesidades fundamentales presupuestas por el Poder, el Departamento mencionado incluirá la diferencia como exceso, con un plan de inversión adicional, para que la Asamblea Legislativa determine lo que corresponda.

El Poder Ejecutivo preparará, para el año económico respectivo, los proyectos de presupuestos extraordinarios, a fin de invertir los ingresos provenientes del uso del crédito público o de cualquier otra fuente extraordinaria.

Texto anterior:

Artículo 177.—La preparación del proyecto ordinario corresponde al Poder Ejecutivo por medio de un Departamento especializado en la materia, cuyo jefe será de nombramiento del Presidente de la República, para un período de seis años. Este Departamento tendrá autoridad para reducir o suprimir cualquiera de las partidas que figuren en los anteproyectos formulados por los Ministros de Gobierno, Asamblea Legislativa, Corte Suprema de Justicia y Tribunal Supremo de Elecciones. En caso de conflicto, decidirá definitivamente el Presidente de la República. Los gastos presupuestos por el Tribunal Supremo de Elecciones para dar efectividad al sufragio, no podrán ser objetados por el Departamento a que se refiere este artículo.

En el proyecto se le asignará al Poder Judicial una suma no menor del seis por ciento de los ingresos ordinarios calculados para el año económico. Sin embargo, cuando esta suma resultare superior a la requerida para cubrir las necesidades fundamentales presupuestas por ese Poder, el Departamento mencionado incluirá la diferencia como exceso, con un plan de inversión adicional, para que la Asamblea Legislativa determine lo que corresponda.

El Poder Ejecutivo preparará, para el año económico respectivo, los proyectos de presupuestos extraordinarios, a fin de invertir los ingresos provenientes del uso del crédito público o de cualquier otra fuente extraordinaria.

Texto reformado:

Artículo 177.—La preparación del proyecto ordinario corresponde al Poder Ejecutivo por medio de un Departamento especializado en la materia, cuyo jefe será de nombramiento del Presidente de la República, para un período de seis años. Este Departamento tendrá autoridad para reducir o suprimir cualquiera de las partidas que figuren en los anteproyectos formulados por los Ministros de Gobierno, Asamblea Legislativa, Corte Suprema de Justicia y Tribunal Supremo de Elecciones. En caso de conflicto, decidirá definitivamente el Presidente de la República. Los gastos presupuestados por el Tribunal Supremo de Elecciones para dar efectividad al sufragio, no podrán ser objetados por el Departamento a que se refiere este artículo.

En el proyecto se le asignará al Poder Judicial una suma no menor del seis por ciento de los ingresos ordinarios calculados para el año económico. Sin embargo, cuando esta suma resultare superior a la requerida para cubrir las necesidades fundamentales presupuestas por ese Poder, el Departamento mencionado incluirá la diferencia como exceso, con un plan de inversión adicional, para que la Asamblea Legislativa determine lo que corresponda.

Para lograr la universalización de los seguros sociales y garantizar cumplidamente el pago de la contribución del Estado como tal y como patrono, se crearán a favor de la Caja Costarricense de Seguro Social rentas suficientes y calculadas en tal forma que cubran las necesidades actuales y futuras de la Institución. Si se produjere un déficit por insuficiencia de esas rentas, el Estado lo asumirá, para lo cual el Poder Ejecutivo deberá incluir en su próximo proyecto de Presupuesto la partida respectiva que le determine como necesaria la citada Institución para cubrir la totalidad de las cuotas del Estado.

El Poder Ejecutivo preparará, para el año económico respectivo, los proyectos de presupuestos extraordinarios, a fin de invertir los ingresos provenientes del uso del crédito público o de cualquier otra fuente extraordinaria.

Reforma al artículo 188 de la Constitución Política.
Ley N° 4123 de 31 de mayo de 1968.

Texto anterior:

Artículo 188.—Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia en materia de gobierno y administración, y sus directores responden por su gestión.

Texto reformado:

Artículo 188.—Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia administrativa y están sujetos a la ley en materia de gobierno. Sus directores responden por su gestión.

Reforma al artículo 124 y 140 inciso 19 de la Constitución Política.
Ley N° 5702 de 5 de junio de 1975.

Texto anterior:

Artículo 124.—Todo proyecto para convertirse en ley debe ser objeto de tres debates, cada uno en distinto día, obtener la aprobación de la Asamblea y la sanción del Poder Ejecutivo, y publicarse en el Diario Oficial, sin perjuicio de los requisitos que esta Constitución establece para casos especiales. No tienen el carácter de ley, y por lo tanto, no requieren los trámites anteriores los acuerdos que se tomen en uso de las atribuciones enumeradas en el inciso 2), 3), 5), 6), 7), 8), 9), 10), 12), 16), 21), 22), 23), y 24) del artículo 121, que se votarán en una sola sesión y deberán publicarse en el Diario Oficial.

Texto reformado:

Artículo 124.—Todo proyecto para convertirse en ley debe ser objeto de tres debates, cada uno en distinto día, obtener la aprobación de la Asamblea y la sanción del Poder Ejecutivo, y publicarse en el

Diario Oficial sin perjuicio de los requisitos que esta Constitución establece para casos especiales. No tiene el carácter de leyes, y por tanto, no requieren los trámites anteriores los acuerdos que se tomen en uso de las atribuciones enumeradas en los incisos 2), 3), 5), 6), 7), 8), 9), 10), 12), 16), 21), 22), 23) y 24) del artículo 121, que se votarán en una sola sesión y deberán publicarse en el Diario Oficial.

La aprobación legislativa de contratos, convenios y otros actos de naturaleza administrativa, no dará a esos actos carácter de leyes aunque se haga a través de los trámites ordinarios de éstas.

Reforma al artículo 196 de la Constitución Política.
Ley N° 4123 de 31 de mayo de 1968.

Texto anterior:

Artículo 196.—La reforma general de esta Constitución, una vez aprobado el proyecto por los trámites establecidos en el artículo anterior, no podrá hacerse sino por una Constituyente convocada al efecto.

Texto reformado:

Artículo 196.—La reforma general de esta Constitución, sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. La ley que haga esa convocatoria, deberá ser aprobada por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del Poder Ejecutivo.

OBSERVACIONES SOBRE EL DELITO DE VIOLACION

Dr. Francisco Castillo González.
Profesor de la Facultad de Derecho.
Universidad de Costa Rica.

- I. Hechos de la violación.
 - 1. Hechos de la violación.
 - 2. Hechos de la violación.
- II. Tipo de la violación.
 - A. El tipo de la violación.
 - B. La violación de la intimidad.
 - C. La violación de la libertad.
- III. Penales de la violación.
 - A. Los delitos penales de la violación.
 - 1. Violación de la intimidad.
 - 2. Violación de la libertad.
 - B. Violación de la libertad.
- IV. Conclusiones.
 - 1. Conclusiones.
 - 2. Conclusiones.

SUMARIO

I Generalidades.

- A. Historia de la violación.
 - 1. Evolución histórica en general.
 - 2. Evolución histórica en nuestro país.
- B. Bien Jurídico Tutelado.
- C. Relación del artículo 156 Cp. con otros tipos penales. (Problemas de concurso).

II El tipo de la violación.

- A. El acceso carnal con persona de uno u otro sexo.
- B. Las hipótesis del artículo 156 Cp.
- C. Las conductas del artículo 156 Cp. en particular.
 - 1. Acceso carnal con una persona menor de 12 años.
 - 2. Acceso carnal con una persona que se halla privada de razón o que estuviere incapacitada para resistir.
 - 3. Acceso carnal cuando se usare de violencia corporal o intimidación.

III Penalidad de la violación.

- A. Las distintas penalidades de la violación.
 - 1. Penalidad de la violación simple.
 - 2. Violación calificada.
 - a) Calificación por el parentesco.
 - b) Calificación por el resultado.
 - 3. Violación agravada.
- B. Extinción de la acción penal o de la pena por el matrimonio con la ofendida.

IV Conclusiones.

* Cp. = Código Penal.
Cp. = Código de Procedimientos Penales.

I GENERALIDADES

1) El artículo 156 Cp. dispone: "Será reprimido con prisión de cinco a diez años el que tuviese acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los siguientes casos:

- 1) Cuando la víctima fuere menor de doce años;
- 2) Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o estuviere incapacitada para resistir;
- 3) Cuando se usare de violencia corporal o intimidación".

Al mismo delito se refieren específicamente los artículos 157 y 158 Cp., que crean, respectivamente un tipo calificado y un tipo agravado. Otros artículos se refieren a los delitos sexuales y, por tanto, a la violación. En esta situación están los artículos 92 y 175 Cp. Por último, hay artículos que hacen una referencia directa al artículo 156 Cp., sea con el objeto de tomar como suyas las conductas modales del artículo 156 (así, art. 161 Cp.), sea con el objeto de establecer entre tipos un vínculo de subsidiariedad expresa (así, art. 174 Cp.). En especial situación se encuentra el artículo 93 inc. 5 Cp., que establece un tratamiento especial para la víctima de una violación que haya causado su propio aborto.

A. Historia de la violación.

2) Para situar la evolución histórica de este delito, nos será necesario distinguir entre historia general e historia patria.

1. Evolución histórica en general.

3) Desde tiempos inmemoriales fue castigada la violación. La ley mosaica¹ castigó severamente la violación y la homosexualidad (este hecho entra, en algunos supuestos, en nuestro concepto de violación).

¹ Así. Libro 5., Moisés, Cap. 22-23, 29; 1 Lev. 3. Moisés, 26, 13; 2 Lev. 18, 22; 2 Samuel 13, 14. Estas citas han sido tomadas de Paul Dost, "Die Psychologie der Notzucht", Verlag für Kriminalistische Fachliteratur, Hamburg, 1963, págs. 157, 158. En igual sentido, Jürgen Baumann "Paragraph 175". Verlag Hermann Leuchterhand, Berlin, 1968, pág. 198 s.

Las formas más graves de violación y de homosexualidad tuvieron en la ley mosaica la pena de muerte (por lapidación) como consecuencia.

En Roma fue castigado el uso de la violencia contra persona de cualquier sexo para obligarla a soportar el acto sexual por la "lex Julia" de "vi publica" y de "vi privata". Tal hecho configuraba el "crimen vis"². Varios pasajes del Digesto³ y del Código Teodosiano⁴ se refieren a la violación. Esencialmente, la violación fue un delito de acción pública, castigada en los casos más graves con la pena capital⁵.

El derecho común sustituyó la distinción fundamental de "vis publica" y "vis privata" del derecho romano, por la distinción entre "vis absoluta" y "vis compulsiva"⁶, todavía hoy vigente.

Todo el derecho estatutario giró, en general, en torno a los conceptos de "vis publica" - "vis privata", "vis absoluta" - "vis compulsiva" y a los criterios romanos sobre el delito de violación.

La configuración moderna del delito de violación proviene del derecho francés. Es a partir de la codificación francesa que las legislaciones europeas se diversifican.

2. La evolución histórica en nuestro país.

4) Las disposiciones contenidas en el artículo 156 Cp. reproducen, en lo esencial, las reglamentaciones sobre la violación de los códigos de 1880, 1924 y 1941⁷. Los cambios ocurridos en nuestra legislación en los últimos 95 años han sido pocos. Algunos son importantes. Dejado de lado el problema de la penalidad, los principales son:

² En tal sentido, T. Mommsen, "Römisches Strafrecht", Leipzig, 1899 pág. 664 s. K. Binding, "Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts Besonderer Teil, 1. Band, Leipzig, 1902, Verlag von Wilhelm Engelmann, pág. 200; E. Krämmer "Über den Begriff der Gewalt im Reichsstrafgesetzbuche", Buchdruckerei Robert Noske, Leipzig, 1909, Diss. Univ. Münster, pag. 1; A. Hill "Der subsidiäre Charakter der Nötigung", Diss. Univ. Marburg, 1896, pag. 14; Hans Rudolf Messmer, "Die Notzuch" Diss. Univ. Zürich, pag. 6.

³ Así, D. 48, 5, 30, 9 "Eum qui per vim stuprum intulit vel mari vel feminae ... publicam vim committere nulla dubitatio est"; D. 48, 6, 3, 4 "Praetera puniuntur huius (s.c. Lex Julia de vi publica poena qui puerum vel feminam vel quemquam per vim stupraverit".

⁴ Codex Theodos. 9, 20, 1 "Si per violentiam mancipium abreptum est, accusationem vis non prohibetur intendere".

⁵ Así, dice Paulus en sus "Sententiae" (Paulus 2, 26, 12) "Qui masculum liberum invitum stuprevit, capite punitur" y (Paulus 5-4-4) "Pulsatio pudoris poena capitis vindicetur".

⁶ Sin embargo Ulpiano (D. 4, 2, 1) distinguió dos medios por los cuales el coaccionante puede imponer su voluntad sobre el coaccionado: la "vis" y el "metus", definido éste como "instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio".

⁷ Desgraciadamente no he podido consultar el Código General de Carrillo, por no estar actualmente a mi alcance.

a) El Código de 1880 (art. 382) consideró a la mujer como único sujeto de la violación ("yacer con mujer"). A partir del Código de 1924 y en los siguientes, se opera una ampliación del tipo penal, para proteger mayor número de sujetos pasivos. Los Códigos de 1924, 1941 y 1970 utilizan la fórmula "tener acceso carnal con persona de uno u otro sexo", como verbo rector del tipo. Por consiguiente, el coito puede consistir en una penetración carnal por vía vaginal o por vía anal (sin importar que la persona ofendida sea hombre o mujer). La innovación fue conveniente y ha evitado la impunidad de formas gravísimas de homosexualidad, que existe en otros ordenamientos.

b) Los Códigos de 1880 (art. 383) y 1924 (art. 300) consideraron consumado el delito de violación desde que había un principio de ejecución. El Código de 1880, de donde tomó Astúa el artículo 300 del Código de 1924, fue una copia más o menos fiel del Código Penal chileno de 1875⁸. Este último, mal interpretando, los artículos 374 y 375 del Código penal belga, una de sus fuentes, consagró el mencionado principio⁹. La equiparación entre tentativa y consumación desaparece en los Códigos de 1941 y 1970.

c) Los Códigos de 1880, 1924 y 1941 colocaron la violación entre los delitos contra la honestidad. En el nuevo Código desaparece el título "delitos contra la honestidad" y la violación es colocada en el título III, Sección I, cuyo encabezado es el "Delitos Sexuales". Sin embargo, el legislador habla en algunos artículos (art. 92 Cp., por ej.) de delitos contra la honestidad como denominación genérica que cubre varios delitos, entre ellos la violación.

La expresión delitos contra la honestidad aparece en varios pasajes de la exposición de motivos del Código del 70¹⁰.

A pesar de que el Código del 70 y su exposición de motivos sigan hablando de delitos contra la honestidad, la violación dejó de ser en el mencionado Código un delito contra la honestidad, porque no hay en él ningún bien jurídico tutelado que se llame "honestidad".

d) El Código de 1970 contiene una disposición nueva con relación a sus antecesores: el artículo 93 inc. 5 Cp. permite conceder el perdón judicial a la mujer que haya causado su propio aborto "...si el embarazo ha sido consecuencia de una violación".

⁸ En el prólogo al libro de don Rafael Orozco "Elementos de Derecho Penal de Costa Rica" (Imprenta Nacional, San José, 1882), expresa el Dr. Antonio Zambrana que el Código Chileno fue "adaptado a este país por el Dr. Orozco con la ilustrada y escrupulosa colaboración de la Corte Suprema de Justicia".

⁹ Sobre la historia y las fuentes de los artículos 383 Cp. 1880 y 300 Cp. 1924, véase el considerando I) de la sentencia de Cas. de 9:50 hs. de 14 de junio de 1939 (I Sem., tomo I, pág. 927), que se ocupa del problema.

¹⁰ Así, Exposición de Motivos, págs. 41 y 47.

Esta innovación no atañe a la violación como a la consideración que el fruto de la concepción —vida humana— merecen para el legislador del 70. El artículo 93 inc. 5 parece chocar contra el artículo constitucional que declara la vida humana inviolable. El feto no es persona, pero sí vida humana.

- e) En el Código del 70 la violación es un delito de acción pública. No fue así en las anteriores legislaciones, sobre todo a partir de 1910, fecha de promulgación del Código de Procedimientos Penales recién derogado. El Cpp. 1910 establecía en su artículo 3 que en tratándose de violación o rapto "... el carácter privado de la acción penal cesa, para todos los efectos legales, desde el momento en que en virtud de la denuncia o acusación de las personas a quienes se atribuye esa facultad conforme al citado código penal, se haya iniciado el sumario". El nuevo código procesal, que distingue entre delitos de acción pública, de acción dependiente de instancia privada y de acción privada (arts. 5 y 6 Cpp.), no enumera entre las dos últimas categorías a la violación.

La nueva consideración del delito de violación como de acción pública debe ser aprobada, especialmente porque el nuevo código procesal tiene un procedimiento rapidísimo y de particulares características para los delitos de acción privada, que impide que la violación pueda ser considerada como de acción privada. Pero en el caso de los llamados delitos de acción pública dependiente de instancia privada, la única diferencia con el procedimiento común es que sólo podrá iniciarse dicha acción si el ofendido o sus representantes legales "formularen denuncia ante autoridad competente para recibirla" (art. 6 Cpp.). Desde este punto de vista, considerar a la violación como delito de acción dependiente de instancia privada no implicaría un procedimiento especial, sino la libertad o no del perjudicado de poner en movimiento o no la acción penal. Tal solución tendría la virtud de salvaguardar el orden y la paz familiar, pero podría dejar impune hechos gravísimos en los que el Estado y la sociedad entera tienen interés en determinar y castigar (o en su caso, tratar) al delincuente. Por esta razón debe aprobarse la nueva reglamentación al respecto del delito de violación.

- f) El artículo 175 Cp., válido para todos los delitos sexuales, establece una agravación general para ciertos delincuentes en virtud de su calidad personal o su posición social o jurídica respecto a la víctima del delito. Para personas (ascendientes, descendientes, etc.) consiste la agravación, cuando su "participación no haya sido tipificada expresamente, en ser reprimidos con la pena de los autores", a condición de que "cooperen por cualquier acto directo a la perpetración de los delitos correspondientes a esta Sección".

El artículo en mención puede parecer innecesario y contradictorio: innecesario porque el Código del 70 equipara la penalidad de todos los

participantes, con la posibilidad para el juez de disminuir discrecionalmente la pena al cómplice (art. 74 Cp.). Únicamente el artículo 175 Cp. exige que las personas mencionadas cooperen por cualquier acto a la perpetración del delito. Ahora bien, puesto la cooperación a la realización —perpetración— del delito es una de las características de la complicidad (art. 47 Cp.), el artículo 175 Cp. establece en una agravación de la figura del cómplice, que transforma en autor. Ello significa cosa distinta de establecer como punible una participación que "no haya sido tipificada expresamente", como dice el artículo 175 Cp.: la cooperación a la realización del delito por actos directos está "tipificada" como complicidad.

El artículo 175 Cp. tiene, empero, importancia si se le pone en relación con la violación calificada (art. 157 Cp.) y con la violación agravada (art. 158 Cp.). Ambos artículos agravan la violación cuando el autor "fuere un ascendiente, descendiente consanguíneo o hermano" (art. 157 Cp.) o "cuando el delito fuere realizado por el encargado de la educación, guardia o custodia "de la ofendida" (art. 158 Cp.). El artículo 175 Cp. transforma en autores a los cómplices que sean "ascendientes o descendientes por consanguinidad o afinidad, el cónyuge, los hermanos y cualesquiera personas que abusando de su autoridad o de su cargo, cooperaren por cualquier acto directo a la perpetración de los delitos...". Implica ello que las personas enumeradas en el artículo 157 y en el art. 158, que hayan sido cómplices solamente pueden cometer violaciones agravadas o calificadas, en virtud de la agravación del artículo 175 Cp.? Dicha interpretación carecería de sentido y castigaría más severamente al cómplice que a otras figuras que son evidentemente de mayor peligrosidad (instigador, autor mediato). En nuestra opinión, el artículo 175 Cp. es excluido por especialidad —concurso aparente de normas— por los artículos 157 y 158 Cp., que son circunstancias agravantes (calificativas o agravativas) especiales, respecto a la agravación general contenida en el art. 175 Cp. Esta relación de especialidad es mal expresada por el legislador, que habla de ella con la frase "cuya participación no haya sido tipificada expresamente".

Un problema resta: las personas mencionadas en el artículo 175 Cp.; esto es, "los ascendientes o descendientes por consanguinidad o afinidad, el cónyuge, los hermanos y cualesquiera personas que abusando de su autoridad o de su cargo, cooperaran por cualquier acto directo a la perpetración" del delito —es decir, que sean cómplices— son, conforme a ese artículo autores por disposición de la ley. Dicha agravante no puede a su vez producir otra agravante o calificante, y por tanto, el artículo 175 Cp. es independiente de los artículos 157 y 158 Cp. Pero influyendo en el título de participación, produce el artículo 175 Cp. el efecto de quitar al juez la posibilidad de rebajar la pena al cómplice, que normalmente tiene conforme al artículo 74 Cp.

5) Resumiendo: la evolución del delito de violación en 95 años no ha sido muy grande. La solución que ha dado nuestro legislador, siempre inspirado en legislaciones extranjeras, ha sido unir tres con-

ductas modales, distintas por el carácter del sujeto pasivo y activo, con cualquiera de las cuales un acceso carnal es castigado como violación.

Una apreciación crítica de esta situación debe tomar en cuenta que la construcción del tipo de la violación —y en general, de todo delito sexual— y de los límites que en el caso debe tener la represión, es dificultosa, a causa de las extraordinarias diferencias entre autor, víctima y situación del hecho¹¹. En la labor de construcción del tipo penal no es tarea del jurista ni del legislador moralizar, como parece pensarle el autor de la Exposición de motivos¹², sino realizar una determinada política criminal¹³. Esta labor es imposible cumplirla sin una profundización de los mecanismos de la delincuencia desde el punto de vista empírico y sin el manejo de los instrumentos que da el Derecho penal comparado. Una somera visión del artículo 156 Cp. convence de que los tipos de delincuente de sus tres incisos son totalmente diferentes. Por lo menos, se justifica un tratamiento diferenciado para el delincuente sexual agresivo¹⁴.

Es nuestro anhelo que este trabajo sirva de impulso a un verdadero proceso de reforma.

B. Bien Jurídico Tutelado.

6) Que la violación debe ser severamente reprimida, no puede ponerse en duda, se le considere como ataque al honor sexual, a las buenas costumbres, a la honestidad o a la autodeterminación sexual de la víctima. Mucho se ha discutido sobre cuál es o debe ser el bien jurídico protegido por el legislador con las disposiciones sobre violación. Dos posiciones han sido las que han dominado los campos legislativo y doctrinal: la que considera a la violación como delito contra la honestidad y la que la ve como un delito contra la libertad (libertad sexual, autodeterminación sexual, inviolabilidad corporal, etc.).

7) La visión de la violación como delito contra la honestidad dominó en la doctrina y en las legislaciones del siglo pasado. Esta fue la posición de nuestros códigos de 1880, 1924 y 1941. La idea que guía esta concepción es la protección de los intereses espirituales del Estado, tales como la moral pública, la santidad del honor y la pureza de las

¹¹ En tal sentido, Ernst-Walter Hanack, "Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?". Gutachten A. zum 47. Deutschen Juristentag, Verlag, C. H. Beck, München, 1968, págs. A-72, A-73.

¹² Exposición de Motivos, pág. 11 especialmente.

¹³ Jürgen Baumann, Op. Cit., pág. 198, 199.

¹⁴ En tal sentido, entre otros, Steven Milder "Der aggressive Sexualtäter —Fordersich— medizinische Abgrenzung zwischen Gewaltunzucht (§ 176 Nr. 1 StGB) und Notzucht (§ 177 StGB)". Diss. Univ. Kiel, 1973, pág. 7 ss.

relaciones de familia¹⁵. Esta concepción exigirá que tales delitos fueran colocados entre los delitos contra el Estado. No ocurrió así en los Códigos de 1880, 1924 y 1941, que colocaron la violación entre los delitos contra los particulares. Ello permitió concluir a la jurisprudencia, especialmente bajo los códigos de 1924 y 1941, que el bien jurídico tutelado por la violación es la libertad, bien jurídico que poseen todas las personas¹⁶.

Consecuencia importante que deriva de la posición de nuestra jurisprudencia es que los comportamientos que comprende el artículo 156 Cp. son castigados en sí mismos, independientemente del valor social o moral de la víctima¹⁷. En el primer caso (inc. 1) por que la ley establece una protección de carácter tutelar; en los otros dos (incs. 2 y 3) porque la ley penal protege la libertad individual, que poseen todas las personas. Por tanto, el artículo 156 Cp. es un tipo que protege dos bienes jurídicos distintos.

8) En nuestra opinión solamente puede darse una respuesta correcta al problema del bien jurídico protegido por la violación, distinguiendo entre las distintas conductas castigadas por el artículo 156 Cp. Nos parece correcta la posición de la jurisprudencia, y nos inclinamos a ver en el artículo 156 Cp. dos bienes jurídicos distintos, como objeto de protección.

a) Tratándose de un menor de 12 años el objeto principal del legislador es protegerlo de los disturbios psíquicos y físicos que un acto sexual prematuro trae consigo¹⁸. Para ello el legislador establece

¹⁵ F. Chrostan-Schroder, "Systematische Stellung und Rechtsgut der Sexualstraftaten nach dem 4. StR. R. G.", en Festschrift für Hans Welzel.

¹⁶ Dos sentencias de Casación se ocupan del problema (Cas. 9:40 hrs. de 12 de dic. de 1940 y Cas. 15:30 hs. de 21 de junio de 1961). La primera dice: "En buena doctrina lleva razón el abogado recurrente al manifestar que —dados los hechos probados, negativos de la virginidad y de la honestidad de la ofendida a la fecha en que voluntariamente tuvo acceso carnal con el procesado— hacen falta en este caso los deficientes de dolo y daño inmediato que son los complementos de la incriminación; pero contra esa tesis racional y que parece justificada si se atiende a que la violación forma parte del Título del Código Penal, que castiga los delitos contra la honestidad, hay que observar que el artículo 300 del citado cuerpo legal prescinde —cuando se trate de la violación de menores que no han alcanzado la edad de 15 años— de los elementos de honestidad y virginidad, como factores concomitantes a la ofensa, atendiéndose pura y simplemente el hecho material del ayuntamiento...". La segunda es aún más clara. En ella se dice: "... en la modalidad del delito de violación consumado mediante uso de fuerza, no cuentan los antecedentes de honestidad de la ofendida si se toma en consideración que la característica específica de la figura delictuosa es el atentado a la libertad sexual, porque toda persona tiene derecho de que se le respete su voluntad y su cuerpo...".

¹⁷ En doctrina, Eberhardt Wahle, "Zur Reform des Sexualstrafrechts", Verlag Alfred Metzner, Berlin, 1969, pág. 17.

¹⁸ En tal sentido, Paul Bockelmann "Zur Reform des Sexualstrafrechts en Festschrift für R. Maurauch zum 70. Geburtstag, 1972, págs. 391, 410.

una presunción "iure et de iure" de ausencia de voluntad y, por tanto de consentimiento del menor para el acto sexual: en el caso del menor de 12 años todo contacto sexual se presume violación¹⁹.

Ciertamente el legislador protege también en el artículo 156 inc. 1 una determinada ética sexual, que puede ser llamada "buenas costumbres", "honor sexual" u "honestidad". Pero lo esencial es la protección, con carácter tutelar —esto es, en interés del menor—, de la normalidad del desarrollo psíquico y físico de la víctima. Presumiéndose involuntario todo contacto sexual del menor de doce años, jamás puede ser éste corrupto²⁰.

- b) Los incisos 2 y 3 del artículo 156 Cp. protege la libertad sexual de las personas "de uno u otro sexo". La libertad sexual es una especie de la libertad personal²¹ es la libertad personal, llevada al campo de las relaciones sexuales normales o anormales. El violado soporta un acceso carnal al cual no está obligado.

Siendo la libertad personal un valor absoluto, sujeto pasivo de la violación puede ser cualquiera, aunque su conducta sea inmoral o culposa respecto al acto sexual: sujeto pasivo de la violación de los incisos 2 y 3 art. 156 Cp. puede ser la prostituta²², incluso cuando se niega a ejecutar lo pactado, después de recibido el pago; puede ser sujeto pasivo la amante que conviva con el delincuente "more uxorio", o la persona que, habiendo consentido a actos libidinosos, es penetrada carnalmente sin su consentimiento en alguno de los casos del artículo 156 Cp. "A fortiori" comete violación el marido que tiene acceso car-

nal con su esposa utilizando la violencia o la amenaza²³, pero no aquel que tiene acceso carnal con su esposa cuando ésta se encuentre, por enfermedad mental o cualquier otro motivo, incapacitada para resistir. La esposa está obligada, por el vínculo matrimonial a soportar el coito normal, pero no aquél que es impuesto por la violencia o la amenaza. El marido tiene derecho a las relaciones sexuales con su esposa, aunque ella se encuentre incapacitada para resistir, pero no tiene derecho a obtener el coito por medio de la violencia o de la amenaza, porque nadie puede hacerse justicia a sí mismo²⁴.

9) El Código penal del 70 coloca a la violación bajo el título de "Delitos Sexuales" (Título III, Sección I, art. 156). El concepto de "delito sexual" es impreciso: puede ser definido diferentemente por el derecho penal, por la criminología o por la política criminal. Generalmente se entiende por "delito sexual" un conjunto de acciones punibles, motivadas sexualmente. Pertenecen a tal concepto la violación, el rapto, el estupro, el incesto, etc., pero también otros delitos tales como el homicidio sexual. No siempre son delitos sexuales la corrupción, la pornografía o la rufianería.

La dificultad del término, que describe la pulsión del delincuente, es que no dice nada sobre el bien jurídico tutelado.

C. Relación del artículo 156 Cp. con otros tipos penales. (Problemas de concurso).

10) La concurrencia de la violación con otros delitos presenta delicados problemas cuya solución requiere una visión clara de la teoría de los concursos de delitos y de normas.

¹⁹ Cas. 1:35 p.m. de 2 de dic. de 1910; Res. Sala 2a. de 15:45 hrs. de 18 de setiembre de 1959; Cas. 9:35 hrs. de 13 de julio de 1938; Res. Sala 2a. Penal de 16:35 hrs. de 9 de julio de 1964.

²⁰ Son verdaderamente alarmantes las contradicciones del Código del 70 en materia de delitos sexuales. Por ejemplo, al tratar de la corrupción, el legislador dispone "El hecho no es punible si la persona menor es corrupta" (art. 167 Cp.). Puesto que el legislador castiga la violación y los abusos deshonestos cuando los hechos típicos de esos delitos se realizan sobre menores de 12 años, es claro que la parte citada del artículo 167 Cp. no es aplicable cuando el menor lo sea de 12 años. Otra interpretación no es compatible con la lógica ni con la moral. Y sin embargo, puestos en relación el artículo 167 Cp. (general), con el 168 (especial, corrupción agravada) puede el intérprete ser inducido a pensar que la corrupción de la víctima menor de doce años hace impune la corrupción de ese menor, porque el inciso 168 considera hecho agravante la corrupción de un menor de 12 años. Lo dispuesto por el tipo general vale también para el especial.

²¹ Remmo Pannain, "Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume", Unione Tipografica Editrice Torinese, Roma, 1952, pág. 8; Hans Rudolf Messmer, Op. Cit., pág. 32.

²² Entre otros, Holger Presendanz "Strafgesetzbuch", J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1974, pág. 516; A. Quintano Ripollés, "Curso de Derecho Penal", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, vol. II, pág. 346; Messmer, Op. Cit., pág. 31; F. Christian Schroeder, Op. Cit., pág. 876.

²³ No es esta la posición de la doctrina dominante. La mayor parte de la doctrina afirma la inexistencia de la violación dentro del matrimonio, cuando la mujer no tiene motivos serios (menstruación, peligro para la prole, etc.) para resistir al coito normal. La mayoría de los autores declaran que el cónyuge que obliga al otro responde de las lesiones que produjere. En tal sentido, entre otros, F. Carrara "Programa de Derecho Criminal", Temis, Bogotá, 1956, vol. III, pág. 542 nota, 2; Fontán Balestra "Delitos Sexuales", Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1945, pág. 57; Ottorino Vannini, "Quid Iuris?" ("Manuale di Esercitazione Pratiche in Diritto Penale" "Il Delitto di Violenza carnale"), Giuffrè, 1949, pág. 5; E. Cuello Calón "Tres Temas Penales", Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1955, pág. 183; José Ignacio Garona, "El Delito de Violación", en "Violación-Estupro-Abusos Deshonestos", Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1971, pág. 27; Alberto González Blanco, "Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano", Porrúa, México, D. F., pág. 169; Bernard Bouloc, voix: Viol" en "Encyclopedie Dalloz, tomo III, No. 18; F. Goyet "Droit Pénal Spécial", 8è ed., Sirey, París, 1972, pág. 499; Pannain, Op. Cit., pág. 50.

²⁴ En tal sentido, Francisco González de la Vega, "Derecho Penal Mexicano", Ed. Porrúa, México D. F., pág. 403; Cipriano Gómez Lara "El Delito de Violación en el Matrimonio", en Derecho Contemporáneo, N° 6, julio, 1965. Univ. Nacional Autónoma de México, págs. 79 y 80.

Existe subsidiaria expresa entre violación e incesto (art. 174 Cp.). Especialidad hay entre violación (tipo especial) y coacción (art. 193 Cp.) (tipo general). La violación es un caso especial de coacción que por su específico contenido injusto, especialmente respecto de los incisos 2 y 3 art. 156 Cp., el legislador castiga como delito especial²⁵. La violación absorbe las violencias (y lesiones) y las amenazas en la medida en que sean necesarias para el acto sexual y se den en el proceso del delito. Esta absorción se produce aun en el caso de que la acción punible recaiga sobre un menor de 12 años o sobre una persona que esté incapacitada para resistir, porque los tres incisos del artículo 156 Cp. se encuentran en relación de alternatividad formal. Cuando las violencias necesarias y contextuales produzcan un daño en la salud —que puede existir sin que haya lesión—, el caso se califica como violación agravada (art. 158 Cp.). Cuando las violencias (o lesiones) o las amenazas no son necesarias para lograr el coito (el agente las realiza por sadismo, por ejemplo), o se dan después de la consumación (se ejerce violencia, o se lesiona, o se amenaza a la víctima para obligarla a callar), no son absorbidas por la violación. Existe, por tanto, un concurso real entre lesiones y violación, entre amenazas y violación, entre coacción y violación, según el caso. La aplicación del artículo 158 Cp. es desplazada cuando las lesiones no son necesarias para la obtención del coito o no se den dentro del proceso de la violación, aunque se produzca un daño a la salud de la víctima.

Las mismas observaciones valen para la relación entre homicidio y violación. La aplicación del artículo 157 Cp. (violación calificada) cuando se produce la muerte de la víctima está condicionada a que el producto de violencias, lesiones o vías de hecho necesarias para lograr el coito y que se den dentro del proceso ejecutivo de la violación. En tal caso, el posible homicidio culposo o preterintencional es consumido por la violación calificada²⁶. Cuando el homicidio es doloso (antes de la consumación, por venganza, ante la resistencia de la víctima, por ejemplo, o después del delito consumado o tentado, para lograr impunidad, por ejemplo), hay homicidio calificado (art. 112 inc. 6 Cp.), que absorbe a la violación o a la tentativa de violación conexas.

La distinción entre abusos deshonestos y violación la ha encontrado —correctamente— nuestra jurisprudencia en la intención, en elementos puramente subjetivos: la violación requiere, como elemento esencial, el propósito de yacer; si haciendo actos libidinosos no existe este propósito o no puede ser comprobado, hay abusos deshonestos²⁷. Los

actos libidinosos preordenados a lograr el acceso carnal o no preordenados a tal fin, pero que se den simultáneamente a otros actos unívocos e idóneos tendientes a lograr el acceso carnal son absorbidos por la violación²⁸. Los actos lúbricos son, por lo general, un elemento común a la violación y a los actos deshonestos. La violación, por lo demás, es la especie más grave de actos lúbricos²⁹. Cuando los actos lúbricos se den después de consumada la violación, hay concurso real de delitos entre violación y abusos deshonestos³⁰.

En el caso de que la intención originaria del agente sea únicamente realizar actos libidinosos y no tener acceso carnal, pero luego, cambiando de idea, penetre carnalmente a su víctima, existirá una progresión criminosa, que entra en el principio de consunción. En casos semejantes nuestra jurisprudencia ha reconocido la existencia de un solo delito, el de violación, por aplicación del principio de consunción³¹.

No es posible la existencia de un delito continuado de violación, incluso cuando autor y víctima en los varios delitos sean los mismos. Ello porque el artículo 77 Cp., que trate del delito continuado, sólo admite la continuación en los delitos que afecten bienes patrimoniales.

II EL TIPO DE VIOLACION.

11) De acuerdo con el artículo 156 Cp., el delito de violación consiste en “tener acceso carnal con persona de uno u otro sexo”, en los siguientes casos: 1) cuando la víctima fuere menor de doce años; 2) cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o estuviere incapacitada para resistir; 3) cuando se usare de violencia corporal o intimidación.

El tipo objetivo de la violación consiste, pues, en tener acceso carnal con persona de uno u otro sexo en las condiciones establecidas por el artículo 156 Cp.

A. El acceso carnal con persona de uno u otro sexo.

12) El primer elemento de la violación es el tener acceso carnal. El mismo concepto —acceso carnal— lo encontramos en otros tipos: art. 159 Cp. (estupro), 173 Cp. (sodomía) y 174 Cp. (incesto).

²⁵ Steven Müller, Op. Cit., págs. 7 y 8.

²⁶ En tal sentido, Hans Joachim Widmann “Zur Bestrafung wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Tötung bei gleichzeitigen Vorliegen einer sogenannten erfolgsqualifiziertes Deliktes”, en Monatsschrift für Deutsches Recht, 1966, pág. 554.

²⁷ Así, Cas. 14:35 hrs. de 23 de mayo de 1943; Cas. 15 hrs. de 7 de junio de 1957; Cas. 15:45 hrs. de 25 de noviembre de 1958; Cas. 15:45 hrs. de 9 de marzo de 1954; Cas. 16:15 hrs. de 21 de abril de 1955; Cas. 15:30 hrs. de 2 de marzo de 1961; Res. Sala 1a. de 10 hrs. de 3 de octubre de 1960; Res. Sala 2a. de 17 hrs. de 2 de junio de 1963.

²⁸ Entre otros, Louis Lambert “Traité de Droit Pénal Spécial”, Editions Police-Revue, Paris, 1968, pág. 575; Paul Logoz “Commentaire du Code Pénal Suisse”, Partie Spécial, Editions Delachaux et Niestlé, Losanne, 1955, pág. 35.

²⁹ Enrico Contieri “La congiunzione carnale violenta”, 2a. ed., Milano, Giuffrè, 1967, págs. 111 y 112.

³⁰ En tal sentido, Enzo Jannelli, “Tentativo di violenza carnale e atti di libidine violenti: una vexata quaestio”, en Riv. it. di dir. e proc. pen., 1968, pág. 237.

³¹ Así, Res. de Sala 1a. Penal de 10:50 hrs. de 3 de enero de 1970.

Acceso carnal significa la penetración, completa o incompleta, del miembro viril en la apertura vulvar o anal de la víctima³². Penetración incompleta existe cuando hay la unión del pene erecto con la apertura vulvar o anal de la víctima³³. De acuerdo con esta definición del acceso carnal, que es la predominante en doctrina³⁴, la violación no requiere ni la completa normalidad ni la perfección del coito, ni la "emissio seminis" ni la "inmissio seminis"; puede haber violación aun cuando el himen de la mujer después del coito quede intacto³⁵.

Por las anteriores características se diferencia el "acceso carnal" de la violación del mismo concepto que encontramos en otros tipos penales. No se entendería un estupro cuando la mujer, después del coito, conserve intacto su himen. En el incesto se requiere, a causa del peligro de la concepción, razón de la punición, que haya posibilidad de deposición del semen en el órgano femenino, aunque la mujer sea sexualmente inmadura o inapta para la concepción³⁶. El concepto de "acceso carnal" de la violación es igual al "acceso carnal" de la sodomía.

Dos consecuencias importantes derivan del concepto de acceso carnal de la violación:

a) Tal y como configura el artículo 156 Cp. la acción punible, el delito de violación es de "propia mano". En el delito de "propia mano" las particularidades del sujeto activo se deducen de las

³² Así define nuestra jurisprudencia el acceso carnal. Entre otras sentencias, Cas. 15 hrs. de 7 de junio de 1957; Cas. 15:30 hrs. de 9 de octubre de 1959; Cas. 15:15 hrs. de 10 de abril de 1953; Cas. 10 hrs. de 4 de enero de 1962; Cas. 15:30 hrs. de 25 de octubre de 1967; Res. Sala 2a. Penal de 10:45 hrs. de 16 de marzo de 1952; Res. Sala 2a. Penal de 16 hrs. de 8 de octubre de 1952; Res. Sala 2a. Penal de 14:45 hrs. de 21 de julio de 1964; Res. Sala 1a. Penal de 15:05 hrs. de 4 de julio de 1969; Res. Sala 2a. Penal de 14:45 hrs. de 25 de junio de 1968.

³³ Así, Cas. 15:15 hrs. de 10 de abril de 1953; Res. Sala 2a. Penal de 16 hrs. de 8 de octubre de 1952.

³⁴ Entre otros, E. Mezger-H. Blei "Kurzlehrbuch für das juristische Studium", Strafrecht II, Besonderer Teil, 8. Aufl. C. H. Beck'sche Verlag, München, 1964, pág. 66; Schönke-Schröder "Strafgesetzbuch", Kommentar, Verlag C. H. Beck, München, 1974, pág. 1038; "Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch", Herausgegeben von Heinrich Jagusch und Edmund Mezger, Berlin, Walter de Gruyter Verlag, 1958, pág. 1031; Hans Rudolf Messmer, Op. Cit., pág. 36.

³⁵ En tal sentido, Cas. 9:50 hrs. de 28 de enero de 1939; Cas. 15:30 hrs. de 9 de octubre de 1959; Res. Sala 2a. Penal de 10:45 hrs. de 16 de marzo de 1952.

³⁶ En tal sentido, Mezger-Blei, Op. Cit., pág. 67. Consecuencia necesaria de este punto de vista es que el incesto solamente puede darse cuando la persona penetrada carnalmente es una mujer. Las simples relaciones homosexuales entre ascendientes, descendientes o hermanos quedarían excluidas del tipo del incesto. Este es el punto de vista del legislador en el artículo 174 Cp., pues no dispone el castigo del acceso carnal con persona de uno u otro sexo, como sí lo hace en la violación. Por un error de redacción, el artículo 174 Cp. castiga al que tenga acceso carnal con un hermano consanguíneo, pero deja impune el acceso carnal con una hermana consanguínea.

particularidades de la acción penal descrita³⁷. Autor de la violación solamente puede ser el varón, que es el único que puede penetrar carnalmente; la mujer puede ser participante en el delito de violación en cualquiera de sus formas, excepto como autor principal³⁸. La mujer puede ser instigadora (art. 46 Cp.) o cómplice (art. 47 Cp.). Puede ser coautora, puesto que la coautoría del artículo 45 Cp. indica la participación en el proceso ejecutivo del delito (art. 45: es coautor quien realiza el hecho punible conjuntamente con el autor; art. 47 Cp., "a contrario") y realización conjunta del proceso ejecutivo del delito con el autor no implica consumación —penetración carnal— conjunta. La mujer puede ser también autora mediata del delito de violación³⁹ (caso de determinar a un inimputable a penetrar carnalmente en las hipótesis del artículo 156 Cp. a una persona). Queda, empero, fuera de punición el agente que emplea violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para que se deje penetrar carnalmente por un tercero, si éste desconoce las violencias o las amenazas o si conociéndolas, no estuvo de acuerdo con ellas ni participó en su realización.

b) De acuerdo con la definición de "acceso carnal", deben excluirse del concepto de violación:

- 1) La introducción en la vagina o en el ano de cualquier objeto que no sea el pene, aunque produzca en la mujer la defloración⁴⁰. Asimismo no es violación la introducción en el ano o en la vagina de la verga de un animal. No cometería violación quien hiciera que un animal amaestrado (por ejemplo, un mono) penetrara carnalmente a una mujer⁴¹.
- 2) La introducción del pene en cualquier otro lugar que no sea la vagina o el ano ("fellatio in ore", coito "interfemoras", etc.)⁴².

Violación solamente puede existir sobre una persona viva. El acceso carnal sobre un cadáver constituye el delito de profanación de cadáveres (art. 207 inc. 2 Cp.). Si el agente inicia el proceso ejecutivo de la violación y antes de consumir el delito la víctima muere, existirá

³⁷ Jürgen Baumann, "Strafrecht" "Allgemeiner Teil", 7. Aufl., Bielefeld, 1975, Verlag Ernest und Werner Gieseking, pág. 133.

³⁸ En tal sentido, Res. Sala 1a. Penal de 15:20 hrs. de 18 de sept. de 1969.

³⁹ Pannain, Op. Cit., págs. 39 y 40.

⁴⁰ Así, entre otras sentencias, Res. Sala 1a. Penal de 14:50 hrs. de 19 de octubre de 1961; Res. Sala 2a. 15:45 hrs. de 21 de julio de 1964; Res. Sala 1a. Penal de 10:15 hrs. de 12 de dic. de 1964; Res. 15:05 hrs. de 4 de julio de 1969. En doctrina, entre otros, E. Garçon, "Code Pénal Annoté", 2a. éd., 1959, par Rousselet, Patin et Ancel, Paris, Sirey, 1959, arts. 331 a 333.

⁴¹ En tal sentido, Pannain, Op. Cit., pág. 40.

⁴² Entre otras, Cas. 15:45 hrs. de 20 de junio de 1961.

homicidio calificado (art. 112 inc. 6 Cp.) si respecto a la muerte existió, al menos, dolo eventual o violación calificada (art. 157 Cp.), si a consecuencia de la violación —tentada— resulte la muerte.

La penetración carnal realizada sobre un animal constituye la contravención de bestialidad (art. 378 inc. 14 Cp.).

La violación solamente es realizable por comisión, jamás por omisión. Es posible, sin embargo, la realización de la violación por comisión por omisión (art. 18 y 156 Cp. combinados). En tal caso el agente debe encontrarse en la posición de garante (jurídicamente obligado a evitar el resultado) y no impedir la violación, cuando podía impedir la (caso de la madre del niño menor, caso del guardián del enfermo, etc.).

13) La definición de la violación como la penetración, completa o incompleta, del miembro viril en la apertura anal o vulvar de la víctima, es la definición de la violación consumada.

La distinción entre violación consumada y tentativa de violación no presenta mayores problemas: hay tentativa de violación cuando el agente realiza actos tendientes a la violación, que realizan el proceso ejecutivo del delito, que no consisten en la unión del pene erecto con la apertura vulvar o anal de la víctima, y que interrumpe por causas independientes de su voluntad.

Mayores problemas presenta el diferenciar los actos preparatorios de los ejecutivos en la violación.

No existe un criterio seguro en nuestra jurisprudencia para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos de la violación. La mayoría de las resoluciones, empero, emplean el criterio de la univocidad⁴³. Aisladamente se emplea el criterio del comienzo de la acción⁴⁴ típica⁴⁴.

En nuestro criterio, el problema no puede recibir una solución uniforme para todas las hipótesis del artículo 156 Cp., en el estado actual de los textos. Es necesario distinguir entre el delincuente que emplea la violencia y la amenaza como medio para lograr el coito —tal empleo puede ocurrir en cualquiera de las tres hipótesis del artículo 156 Cp.— y quien no realiza actos de coacción. En el primer caso, una vez determinada la intención de tener acceso carnal, el comienzo de la acción típica coincide con el comienzo del empleo de la violencia o de la amenaza⁴⁵; en la segunda hipótesis, el comienzo de la acción típica —determinada la intención de yacer— se inicia con el comienzo de los actos libidinos. Tal distinción reposa sobre el carácter

⁴³ Así, Res. 11:15 hrs. de 21 de junio de 1960; Res. Sala 1a. de 10:35 hrs. de 24 de agosto de 1961; Res. Sala 1a. de 16 hrs. de 24 de agosto de 1956; Res. 16:20 hrs. de 19 de mayo de 1963, entre otras.

⁴⁴ Así, Res. Sala 1a. de 15:50 hrs. de 27 de dic. de 1968; Res. Sala 1a. de 15 hrs. de 15 de mayo de 1969; Res. Sala 1a. de 15:35 hrs. de 26 de enero de 1960.

⁴⁵ A favor del criterio sostenido por nosotros, Cas. 15:30 hrs. de 2 de marzo de 1961. En contra, Res. Sala 1a. de 15 hrs. de 14 de julio de 1970; Res. Sala 1a. de 16:05 hrs. de 24 de enero de 1966; Res. Sala 1a. de 16:20 hrs. de 9 de mayo de 1963.

de alternatividad formal que tienen las hipótesis del artículo 156 Cp. La realización de una sola de las hipótesis realiza el delito; la realización conjunta de las tres hipótesis realiza un solo delito. Por tanto, el comienzo de la acción típica —puesta en peligro del bien jurídico tutelado, que es la libertad, en su aspecto sexual— coinciden, cuando hay violencia o amenaza, con el inicio de las acciones que impliquen los medios de coacción.

El desistimiento es posible, pero el agente debe responder por los hechos realizados que en sí mismos constituyen un delito (según el caso, amenazas, lesiones, abusos deshonestos, que cuando existen consumen las lesiones y las amenazas modales y necesarias).

B. Las hipótesis del artículo 156 Cp.

14) El acceso carnal solamente es punible cuando se realiza en alguna de las tres hipótesis del artículo 156 Cp. Fuera de estas tres hipótesis no existe violación, aunque el agente haya tenido acceso carnal con otra persona sin el consentimiento de ésta (por ejemplo, valiéndose del engaño). No ocurre así en otras legislaciones como en la francesa⁴⁶ en las que importa es que no exista consentimiento de la víctima para la configuración del delito.

Las relaciones entre los tres incisos del artículo 156 Cp. se estructuran de la siguiente manera: a) El inciso 1 y 2 se distinguen del 3 porque tienen un carácter tutelar. En el inciso 1 del legislador establece una presunción "iure et de iure" de ausencia de voluntad; en el inciso 2 el legislador consagra también una medida de carácter tutelar a quien "por razón de su estado patológico no atina a defender su honestidad"⁴⁷, pero no crea ninguna presunción legal de ausencia de voluntad⁴⁸. No tiene carácter tutelar el inciso 3. b) Las tres hipótesis del artículo 156 Cp. son diversas e inconciliables. No puede haber una integración de ellas entre sí, sosteniendo, por ejemplo, que la violencia módica —de por sí insuficiente— es eficiente para integrar la violación por razón de una módica inferioridad psíquica, de por sí insuficiente⁴⁹. c) El artículo 156 Cp. constituye un tipo de conducta fungible, caracterizado por la posibilidad de realización por el cumplimiento alternativo de las conductas en él previstas. La realización de una sola de las conductas realiza el tipo; la realización cumulativa de todas las conductas en él previstas, de modo contextual, produce uno solo y el mismo delito⁵⁰. Por ello no existe concurso —ni real ni ideal ni de normas— cuando el delincuente utilice violencia o amenaza para realizar el acceso carnal con una enferma mental.

⁴⁶ En tal sentido, E. Garçon, Op. Cit., Art. 331; Goyet, Op. cit. pág. 498, entre otros.

⁴⁷ Res. Sala 2a. Penal de 10 hrs. de 18 de abril de 1952.

⁴⁸ Así, E. Garçon, Op. cit., tomo II, No. 35, Art. 331.

⁴⁹ Pannain, Op. Cit., pág. 19.

⁵⁰ Sobre el concepto de tipo de conducta fungible véase, Francesco Giannitti, La Fattispecie a condotta fungible", en Scuola Positiva, 1961, págs. 653 ss.

C. Las conductas del artículo 156 Cp. en particular.

1. Acceso carnal con una persona menor de 12 años.

15) Esta forma de violación tiene numéricamente gran importancia, pero no presenta especiales problemas interpretativos. Menor de 12 años es la persona que, en el momento de los hechos, no ha cumplido doce años de edad. El cómputo de la edad se realiza de momento a momento, no de día a día: por ejemplo, si un individuo nació a las 12 del día del 8 de junio de 1963, cumplirá doce años a las doce del día del 8 de junio de 1975⁵¹. La prueba de la edad del menor se prueba por la inscripción de nacimiento; en defecto de ella es admisible cualquier clase de prueba (art. 8 Cpp., art. 233 Código civil)⁵².

Para la realización del delito, además de la intención de tener acceso carnal, se requiere el conocimiento de la edad del menor. Sin embargo, el delincuente debe contar con la posibilidad de que la víctima sea menor de 12 años: el dolo eventual basta⁵³. En el caso de que el autor tome erróneamente a la otra persona por menor de doce años, cuando es mayor de esa edad, y no se dan ninguna de las condiciones típicas del artículo 156, se produce un delito putativo, que en nuestro derecho es impune. Es posible un error sobre la edad, que puede exculpar⁵⁴.

2. Acceso carnal con una persona que se halle privada de razón o que estuviere incapacitada para resistir.

16) El artículo 156 inc. 2 comporta dos hipótesis: que la persona ofendida se halle privada de razón o que se encuentre incapacitada para resistir. Pero la "o" que utiliza el legislador en ese inciso no es disyuntiva, sino copulativa. Por ello, no puede interpretarse que la incapacidad para resistir venga únicamente de causas físicas, como opuestas a las causas psíquicas, proveniente de una posible enfermedad mental.

⁵¹ El cómputo de momento a momento, y no de día a día, es el adecuado en materia penal, pues las actas de nacimiento expresan la hora en que ocurrió el nacimiento. En silencio de la ley, es necesaria una interpretación favorable al reo.

⁵² Toda clase de prueba como la fe de bautismo certificada por el cura párroco (Cas. 13:55 hrs. de 26 de nov. de 1941), la declaración de testigos (Cas. 15 hrs. de 5 de dic. de 1950) o el dictámen médico (Res. Sala 1a. Penal de 10 hrs. de 7 de julio de 1965).

⁵³ En tal sentido, Eduard Dreher "Strafgesetzbuch und Nebengesetze", 35. Aufl. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1975, pág. 890.

⁵⁴ Hay quienes creen que en tal hipótesis el error sobre la edad es irrelevante. En tal sentido, Pannain, Op. Cit., pág. 20.

Interpretación, que nos parece correcta, es la de la jurisprudencia⁵⁵ para la que lo importante es la incapacidad de resistir, no sus causas, que pueden ser psíquicas o físicas.

Respecto a la incapacidad de resistir de carácter psíquico, que derive de una enfermedad mental, ha dicho la jurisprudencia que no es preciso que la víctima se encuentre totalmente privada de razón; basta que ella se encuentre en una situación psíquica tal que "al viciar esencialmente su inteligencia anule su libertad de determinación volitiva..." de tal modo que "...aparezca evidente que el sujeto carecía de capacidad para conocer el valor de sus actos para inhibirse y para actuar, por lo que el consentimiento que prestó al coito carece de la nota de voluntariedad"⁵⁶. De donde se concluye que la incapacidad psíquica del artículo 156 inc. 3 equivale a la incapacidad penal (inimputabilidad) del artículo 42 Cp.: incapacidad de comprender el carácter (ilícito) del acto o de determinarse de acuerdo con esa comprensión⁵⁷.

De la anterior conclusión derivan dos consecuencias: a) No toda enfermedad mental produce un consentimiento inválido para el acto sexual⁵⁸; solamente aquellas enfermedades que causen incapacidad de entender y querer. b) No toda incapacidad para resistir de carácter psíquico proviene de una enfermedad mental: una incapacidad psíquica para resistir puede provenir del consumo de licor, de drogas enervantes, del estado hipnótico, del estado de sueño profundo. Lo importante es que la víctima se encuentre, por razones psíquicas, transitoria o permanentemente, incapacitada para resistir.

No es tampoco necesario que el delincuente haya causado él mismo la incapacidad psíquica para resistir. Basta que se aproveche de ella.

Cuando se trate de una incapacidad psíquica para resistir proveniente del consumo de bebidas alcohólicas, de drogas estupefacientes o enervantes y de sustancias similares, algunas observaciones son necesarias. Nuestra jurisprudencia ha declarado la existencia de la violación sobre una mujer ebria cuando o el licor fue administrado fraudulentamente o cuando se trataba de mujeres de conducta irreprochable, inexpertas en el consumo de licor. Ha negado que haya violación o cuando el estado de ebriedad no le impide defenderse o cuando siendo considerable el licor consumido hay en la mujer —por su comportamiento, por sus antecedentes, etc.— cierta actitud que hacen presumir

⁵⁵ Cas. 10:55 hrs. de 19 de enero de 1951; Cas. 9:55 hrs. de 19 de agosto de 1952; Cas. 15:50 hrs. de 15 de enero de 1958.

En doctrina, entre otros, Karl Lackner "StGB. Strafgesetzbuch mit Erläuterungen", 9. Aufl., C. H. Beck, München, 1975, págs. 591, 592; Eduard Dreher, Op. Cit., pág. 900; Schönke-Schröder, Op. Cit., pág. 1042; V. Manzini "Trattato di Diritto Penale Italiano", Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1951, Vol. VII, pág. 270.

⁵⁶ Res. Sala 1a. Penal de 15:30 hrs. de 22 de marzo de 1966.

⁵⁷ La doctrina moderna está por la equiparación de la incapacidad de la violación con la inimputabilidad. En tal sentido, Dreher, Op. cit., pág. 900.

⁵⁸ Res. de la Sala 2a. de 15:30 hrs. de 22 de marzo de 1966, precitada.

que, aunque realizó el acto sexual en estado de incapacidad de entender y querer, había consentido a un seguro o posible acto sexual antes de ponerse en estado de incapacidad. Esta visión del problema es correcta: no hay violación cuando el autor y la pretendida víctima toman licor juntos o consumen drogas de común acuerdo y ésta es conducida en estado de incapacidad al coito⁵⁹. El asunto debe resolverse aplicando analógicamente las disposiciones del artículo 44 Cp. sobre la "actio libera in causa", con el agregado de que siempre es necesario el consentimiento de la persona a un seguro o eventual acto sexual. Cuando tal consentimiento no existe —y solamente hay culpa en el consumo de sustancias enervantes— la violación existe.

La incapacidad para resistir de carácter psíquico que derive de una enfermedad mental debe ser determinada conforme a los datos de la ciencia médica. Es una cuestión librada a la medicina forense. Pero muchas veces, determinada la incapacidad sobre todo en casos de débiles mentales, queda al juez el problema de determinar si la libertad del sujeto es suficiente para dar lugar a una relación sexual voluntaria⁶⁰.

La incapacidad física para resistir entra también en el artículo 156 inc. 2 Cp. La misma puede provenir de diferentes causas que se refieren a defectos o estados, permanentes o transitorios, de tipo corporal⁶¹: parálisis total o parcial, estado de gran debilidad, un gran medio que paralice a la víctima⁶², etc.

Además de la intención de tener acceso carnal, el sujeto activo debe haber conocido o haber estado en la obligación de conocer el estado de incapacidad en que se encontraba la víctima. El dolo eventual basta⁶³. No es necesario que el agente conozca el estado de enfermedad; basta que conozca el estado de incapacidad para resistir. El error sobre la incapacidad para resistir de la víctima es un error de tipo, que puede exculpar en las condiciones del artículo 34 Cp.⁶⁴. Este error es frecuente: cierto tipo de enfermedades mentales —que ciertamente no producen siempre la no capacidad de entender y querer —tales como la neurosis, ninfomanías, etc.— producen en los enfermos una enorme actividad sexual⁶⁵. No es de excluir la existencia de un error invencible de prohibición (art. 35 Cp.).

⁵⁹ En tal sentido, entre otros, Eberhardt Wahle, Op. Cit., pág. 17.

⁶⁰ En tal sentido H. Hannack, Op. Cit., págs. A-74, A-75.

⁶¹ Manzini, Op. Cit., vol. VII, pág. 283; Lackner, Op. Cit., pág. 593; Preisendanz, Op. Cit., pág. 520; Dreher, Op. Cit., pág. 900.

⁶² Preisendanz, Op. Cit., pág. 520.

⁶³ En tal sentido, Schönke-Schröder, Op. Cit., pág. 1043; Lackner, Op. Cit., pág. 592; Preisendanz, Op. Cit., pág. 520; Dreher, Op. Cit., pág. 901.

⁶⁴ En tal sentido, entre otros, Pannain, Op. Cit., pág. 29; Dreher, Op. Cit., pág. 901.

⁶⁵ Helmut Ostermeyer, "Strafrecht un Psychoanalyse", Verlag Wilhem Goldmann, München, 1972, págs. 14, 15, 16.

3/ Acceso carnal cuando se usare de violencia corporal o intimidación.

17) El artículo 156 inc. 3) castiga al que tenga acceso carnal usando de violencia corporal o intimidación.

En este inciso, como en otros artículos⁶⁶, el legislador contrapone el concepto de violencia —física, corporal o sobre las cosas al de amenaza— o intimidación o violencia moral —de manera antitética—. Otras veces el legislador opone la fuerza en las cosas a la violencia sobre las personas (por ej., art. 212 inc. 1 y 2 Cp.). Por último la ley distingue la violencia sobre las personas de la violencia corporal, según que la violencia se ejerza sobre la víctima o sobre un tercero o solamente sobre la víctima. En este último caso se encuentra el artículo 156 inc. 3, que exige que la violencia sea corporal. Excluye por tanto, la fuerza en las cosas y la violencia sobre terceros: la violencia debe ser corporal; es decir sobre el cuerpo de la víctima.

Concluyendo, puede decirse que violencia es un término genérico (la "vis" romana) que implica el empleo de una fuerza humana o de una fuerza natural o animal dirigidas por un hombre sobre los seres humanos con el objeto de apartar una resistencia⁶⁷. El concepto de violencia corporal, violencia sobre el cuerpo de la víctima, corresponde al viejo concepto canónico de "vis corpore illata".

Al lado de la violencia corporal, el legislador toma en cuenta en el artículo 156 inc. 3 el empleo de la intimidación como medio utilizado para lograr el coito. Intimidación es lo mismo que amenaza⁶⁸, expresión que normalmente emplea la ley, y que violencia moral, concepto utilizado en el artículo 193 Cp.⁶⁹. Los conceptos de amenaza, intimidación o violencia moral corresponden a la "vis animo illata" del Derecho romano.

Violencia y amenaza se asemejan en tanto que ambas son un medio de coacción, entendida ésta como la negación de la libertad⁷⁰. Pero mientras la violencia trae siempre consigo un perjuicio presente

⁶⁶ Así, Arts 139, 140, 161, 168 inc. 3, 170, 192, 204, 212, 214, 225, 239, 256, 258, 273, 302, 304, 324, 373 inc. 4, 374, 375 inc. 3 y 4, 378 Cp.

⁶⁷ En tal sentido, entre otros Klaus Dieter Knodel "Der Begriff der Gewalt in Strafrecht", C. H. Beck Verlag, München und Berlin, 1962, págs. 126, 129; Erika Schmidt "Die Nötigung als selbständiger Tatbestand und als Tatbestandselement im Strafgesetzbuch", Verlag Herbert Lang & Cie., A. G. Bern, 1969, págs. 60 y 66; Walter Sieberg "Die Gewalt als Mittel zur Begehung strafbarer Handlungen", Diss. Univ. Köln, 1929; Ernst Winkler "Der Begriff der Gewalt in Strafrecht", Diss. Univ. Münster, Breslau, 1908, pág. 47, 50.

⁶⁸ En tal sentido, Antonio Beristain, voz "Intimidación", en Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, Editorial Francisco Seix, S. A., 1968, p. 515.

⁶⁹ En tal sentido, Arturo Santoro "Il caso fortuito nel diritto penale", 2a. ed., Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1956, 120, 123. Los viejos autores italianos distinguieron entre amenaza y violencia moral, distinción que hoy carece de sentido. Según la clásica definición de Carmignani (Vol. I, § 169) la "vis moralis" "... consistit in metu alicuius mali, quod agenti impedit, nisi id agat, ad quod cogitur".

⁷⁰ En tal sentido, Knodel, Op. Cit., pág. 11; Winkler, Op. Cit., pág. 4.

e implica siempre el empleo de violencia sobre el cuerpo de la víctima ⁷¹, la amenaza contiene el anuncio de la causación en el futuro de un mal injusto ⁷². La amenaza ataca la libertad de decisión del coaccionado según motivos propios de manera directa; indirectamente ataca la libertad de realización de esa voluntad. La "vis compulsiva" también ataca la libertad de decisión del coaccionado según motivos propios, sustituyendo motivos ajenos en la decisión a los propios del coaccionado. La "vis compulsiva" no se diferencia, por sus efectos, de la amenaza. La otra forma de la violencia —la "vis absoluta", que ocasiona el dominio total del sujeto sobre el cuerpo del atacado— quita al sujeto pasivo la capacidad de construir la propia voluntad o de realizarla.

La violencia corporal que el artículo 156 inc. 3 requiere puede ser "vis absoluta" o "vis compulsiva" y, por tanto, impedir una decisión del coaccionado según motivos propios o incapacitar a éste para construir su propia voluntad o para realizar la voluntad así construida ⁷³. Las características de la violencia corporal en la violación no derivan de las notas típicas de la violencia, sino de la circunstancia de que tal violencia debe ser el medio para lograr el coito. La violencia en la violación debe ser inmediatamente anterior o concomitante al acceso carnal y debe ser causal para el coito. Esta relación causal entre la violencia y el coito implica que la violencia debe ser irresistible ⁷⁴.

La violencia debe ser irresistible para que haya violación. Ello deriva de que el legislador erige como punto de referencia para la punición la "incapacidad para resistir" (art. 156 inc. 2) y de los principios generales: la vis compulsiva solamente exculpa al agente cuando no podía exigírsele otra conducta diversa de la tenida (art. 38 Cp.), pues de lo contrario es autor del delito: es posible la instigación por medio de la violencia o de la amenaza. Del mismo modo, en la violación realizada por la violencia cuando la víctima no ha resistido, ha cooperado al acto sexual. El problema se desplaza, entonces, al criterio conforme al cual debe juzgarse la resistencia. Un primer criterio es aquel que parte, para efectos de exculpación, del hombre medio. Conforme al mismo irresistible es una "vis quae et in hominem constantem cadere potest" ⁷⁵. En nuestra opinión, este criterio es inaplicable a la violencia de la violación: el mismo hace referencia a un arquetipo ideal, el hombre medio, que no existe en ningún lado. El mismo puede ser válido

⁷¹ En tal sentido, Knodel, Op. Cit., pág. 126; Schmidt, Op. Cit., pág. 66; Winkler, Op. Cit., págs. 45-47; Walter Kern, "Die Nötigung nach art. 181 des schweizerischen Strafgesetzbuches", Diss. Univ. Bern, 1942, Ernst Lang Verlag, 1942, pág. 50.

⁷² K. Binding, Op. Cit., Band 1., pág. 83 A. 2; Kern, Op. Cit., pág. 73; Schmidt, Op. Cit., pág. 47.

⁷³ Así, E. Dreher, Op. Cit., págs. 893, 894; Schönke-Schröder, Op. Cit., pág. 1037; Lackner, Op. Cit., pág. 588é Hans Rudolf Messmer, Op. Cit. pág. 43 s.

⁷⁴ Sobre la necesidad de una violencia corporal irresistible, véase Res. de la Sala 1a. de 8:40 hrs. de 11 de junio de 1963; Res. Sala 2a. Penal de 14:45 hrs. de 30 de octubre de 1964; Cas. 14:10 hrs. de 3 de dic. de 1942. Res. Sala 2a. Penal de 15:30 hrs., de 4 de agosto de 1961.

para efectos del artículo 38 Cp., puesto que en ese artículo hay una referencia a la no exigibilidad de otra conducta. No parece adecuado en la violación, puesto que este delito protege a los particulares contra los ataques que limiten su libertad en el campo sexual y no define las limitaciones que tengan los particulares para el empleo de la fuerza contra los demás sino de modo indirecto. Por ello propugnamos que la irresistibilidad se mida conforme a las condiciones personales de la víctima, según su resistencia física y según su psicología: habrá violencia constitutiva de violación cuando el coito fue obtenido por una violencia que, según sus condiciones físicas y psicológicas, la víctima no pudo resistir, de tal modo que el coito no fue querido por ella.

La jurisprudencia ha aplicado en numerosas sentencias el criterio propugnado por nosotros. Pero algunas sentencias definen equivocadamente la resistencia de la víctima. Al primer grupo pertenecen las resoluciones que definen la violencia a través del efecto en el sujeto pasivo: la violencia es efectiva (causal) cuando la constituyen actos "capaces de crear, en el sujeto pasivo, la imposibilidad de resistir" ⁷⁶. La capacidad de los actos de crear tal efecto dependerá de las condiciones físicas del sujeto pasivo. El segundo grupo está constituido por sentencias que exigen que la violencia engendre en la víctima "una resistencia seria, expresión contraria y constante de la ofendida" ⁷⁷. Que la resistencia debe ser seria y expresa una voluntad contraria al coito por parte de la ofendida es indudable. Pero es falso que la resistencia tenga que ser constante: si la víctima resiste seriamente al inicio y después accede a la violación, no habrá violación consumada, pero sí tentativa de violación, porque el consentimiento posterior al acto sexual no hace desaparecer la ilicitud de la violencia cuando la mujer resistió al acto sexual ⁷⁸.

Dentro de los límites definidos, la resistencia es un concepto esencial para el delito de violación. Por tanto, no puede engendrar la violencia que no es causal (aquella que la víctima y victimario realizan como parte de la "mise en scene" del acto sexual, o sadismo; la "vis grata puellae", que según las palabras de Manzini ⁷⁹ "soddisfa l'amor proprio e acquista la coscienza della donna"). La causalidad, en todo caso, no es de tipo objetivo sino subjetivo.

La intimidación o amenaza como medio para lograr el coito requiere las condiciones generales de toda amenaza: el amenazado debe creer que la amenaza es seria; es decir, que existe la posibilidad de

⁷⁶ Res. Sala 1a. 8:40 hrs. de 11 de junio de 1963; Res. 15:50 hrs. de 12 de mayo de 1959.

⁷⁷ Cas. 14:10 hrs. de 11 de junio de 1963; Res. Sala 2a. de 15:30 hrs. de 4 de agosto de 1961.

⁷⁸ Es un principio general que el consentimiento del ofendido no puede surtir efectos posteriormente al delito. Partiendo de este principio es que nuestra jurisprudencia ha declarado que la actitud complaciente para nuevos actos sexuales realizados inmediatamente después de la violación, no hace desaparecer ésta. En tal sentido, Res. Sala 1a. Penal de 8:40 hrs. de 11 de junio de 1963; Res. Sala 1a. Penal de 14:45 hrs. de 30 de octubre de 1964.

⁷⁹ Manzini, Op. Cit., vol VII, pág. 278.

que se realice el mal con que se le amenaza⁸⁰ (por ej., amenaza con una pistola de juguete); el amenazado debe creer que con el comportamiento exigido por el coaccionante —en este caso, las relaciones sexuales, puede apartar de sí el perjuicio con que se le amenaza. Ello puede ser quimérico, pero lo importante es que el amenazado lo crea; el comportamiento exigido del amenazado —en el caso, las relaciones sexuales— y que es el medio de defensa contra el perjuicio, debe ser el producto de su voluntad; el contenido de la amenaza lo constituye el anuncio de un mal; es decir, el anuncio de una situación perjudicial o desfavorable para el amenazado⁸¹.

La situación con que se amenaza debe ser perjudicial para el amenazado. Una situación es perjudicial cuando, comparada la situación que tiene el amenazado y la que tendría si no realizada la conducta exigida, resulta que ésta es más desfavorable.

El perjuicio debe ser grave. La gravedad debe medirse por la capacidad de influir en la decisión de la víctima de manera importante. El tipo de perjuicio con que se amenaza puede ser de cualquier clase: material o inmaterial. Como ejemplo de perjuicio inmaterial puede citarse la violencia a terceros cercanos a la víctima o la amenaza contra los mismos (padres, hijos, esposos, etc.)⁸² o, por ejemplo, en el caso de la mujer casada sorprendida en adulterio, la pérdida de su honor. El perjuicio material puede ser de diferente naturaleza: peligro para la salud o el cuerpo o la vida, pérdida del empleo en épocas de gran desocupación cuando la persona tiene obligaciones familiares importantes⁸³, etc.

La amenaza consiste en la causación de un mal, pero no en la no remoción de un mal ya existente, incluso en el caso de que el agente tenga el deber jurídico de remover⁸⁴. No comete violación quien exige relaciones sexuales a cambio de colocar a una persona como empleado.

18) El elemento subjetivo de este tipo de violación requiere que el agente sepa que con la realización de las acciones que ponen en movimiento la violencia o que dan lugar a la amenaza alcanzará el resultado, que consiste en un comportamiento pasivo de la víctima, cual es el soportar el coito⁸⁵. Ello requiere, normalmente un dolo directo, aunque para la integración del delito basta el dolo eventual (caso en que el agente aspire eventualmente al resultado). Cuando se utilice la violencia, el dolo debe abarcar la esperada o prestada resistencia de la

víctima. La equivocada suposición de que la resistencia no es seria es un error de tipo (art. 34 Cp). Pero es posible en este dominio el dolo eventual, en los casos el agente vea como posible la seriedad de la resistencia y tome el riesgo de la realización del tipo penal⁸⁶. No es punible por ausencia de dolo el caso en que el autor de la violencia ponga a la víctima en una situación tal que acceda voluntariamente al coito⁸⁷.

III PENALIDAD DE LA VIOLACION.

19) La penalidad de la violación comporta tres grados: la penalidad simple, la penalidad de la violación calificada y la penalidad de la violación agravada. Es aplicable a la violación la excusa absolutoria que consagra el artículo 92 Cp.

A. Las distintas penalidades de la violación.

20) La penalidad de la violación varía según los resultados, según las calidades personales o jurídicas del autor, o según el número de coautores.

1. Penalidad de la violación simple.

La penalidad de la violación simple es prisión de cinco a diez años, sin distinguir cuál causal realizó el delincuente ni cuántas de las tres hipótesis del artículo 156 Cp. fueron llenadas. En alguna de las hipótesis del artículo 156 Cp. la pena puede parecer desproporcionada, sobre todo en comparación con algunos tipos de homicidio doloso (arts. 113, 115, 116 y 132 inc. 2 Cp.).

2. Violación calificada.

La violación calificada comporta pena de prisión de ocho a quince años cuando el autor fuere ascendiente, descendiente consanguíneo o hermano o se produjere la muerte de la ofendida”.

a) Calificación por el parentesco.

La ley excluye a los descendientes que no sean consanguíneos de la calificación. Por error de redacción no dice lo mismo el texto respecto

⁸⁰ A. Rigling-Freiburghaus, "Der Tatbestand der Erpressung in Art. 156 des schweizerischen Strafgesetzbuches", Diss. Univ. Zürich, 1943, pág. 39; Hans Rudolf Messmer, Op. Cit., pág. 53; Kern, Op. Cit., pág. 68.

⁸¹ Kern, Op. Cit., pág. 72, 73.

⁸² Por la existencia de la violación en tales casos, R. Frank, "Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz", 17. Aufl, Tübingen, 1926, pág. 284; Messmer, Op. Cit., pág. 47.

⁸³ En tal sentido, Uwe Hansen "Die tatbestandliche Erfassung von Nötigungsunrecht", Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1972, págs. 159, 160.

⁸⁴ Uwe Hansen, Op. Cit., pág. 134.

⁸⁵ En tal sentido, Messmer, Op. Cit., pág. 61; Kern, Op. Cit., pág. 123; Manzini, Op. Cit., vol VII, pág. 281.

⁸⁶ En tal sentido, Dalcke Fuhrmann-Schäfer "Strafrecht und Strafverfahren", 37. Aufl., J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1961, pág. 221; R. Maurach, Abmerkung BGH, in Goldtdammer's Archiv, 1956, pág. 305; Lackner, Op. Cit., pág. 598; Schönke-Schröder, Op., pág. 1038.

⁸⁷ Así, Lachner, Op. Cit., pág. 598.

al ascendiente o al hermano. Pero es claro que de la agravación están excluidos los ascendientes y hermanos por afinidad. No hay ninguna calificación de la violación cuando entre víctima y autor haya relación de ascendiente, descendiente o hermano por adopción. Lo cierto es que la adopción crea los mismos vínculos afectivos que la relación de parentesco consanguínea.

Para incurrir en la calificación los mencionados parientes deben ser "autores". El concepto de "autor" es definido por el artículo 45 Cp. como el que realizare el hecho punible por sí mismo o sirviéndose de otro". Literalmente interpretado el concepto "autor", llevaría a la absurda consecuencia de aplicar la agravación al autor mediato, pero no al coautor. En todo caso, quedan fuera de agravación los parientes que hayan sido garantes y que respondan de la violación realizada por comisión por omisión, pues al referirse el artículo 157 al concepto "autor", envía al artículo 45 Cp., que define el autor "normal".

El artículo 157 califica la violación cuando exista las mencionadas relaciones de parentesco entre el "autor" y la "ofendida". Ofendida es un término inadecuado porque en nuestro derecho la violación puede cometerse sobre persona de uno u otro sexo.

b) Calificación por el resultado.

La violación se califica cuando se produce la muerte de la ofendida. Hemos dicho que la muerte de la ofendida puede resultar de la violación tentada o consumada, sin importar que haya dolo o culpa. Se trata de un caso de responsabilidad objetiva.

Nosotros proponemos la siguiente reforma a este artículo:

"La pena será de ocho a quince años de prisión cuando el autor, coautor, autor mediato o garante conforme al artículo 18 de este código fuere, por consanguinidad o adopción, ascendiente, descendiente o hermano del sujeto pasivo de la violación o se produjere la muerte de éste".

3. Violación agravada.

De acuerdo con el artículo 158 Cp. la pena será de seis a doce años —no dice que sea de prisión— cuando con motivo de la violación resultare grave daño a la salud de la víctima o cuando el hecho fuere realizado por el encargado de la educación, guardia o custodia de aquella o cuando el hecho se cometiere con el concurso de una o más personas, o lo realizaren los ministros religiosos prevaliéndose de su condición".

Grave daño a la salud es un concepto que no presenta mayores dificultades: todas las consecuencias que tengan su raíz en la violación tentada o consumada y que produzcan un grave disturbio funcional, orgánico o psíquico entran en ese concepto (embarazo extrauterino, fuerte hemorragia, locura o graves desajustes psíquicos de la víctima, etc.).

El artículo 158 Cp. agrava también la violación cuando ésta haya sido "realizada" por el encargado de la educación, guardia o custodia de la víctima. "Realización" significa participación en el proceso ejecutivo del delito. Puesto que la razón de la agravación es que estas personas son conductoras de la vida o guardianas de la víctima, conveniente sería alargar el concepto y castigar agravadamente a quien realice el delito si es "encargado de la formación educativa, técnica, profesional o espiritual o de la guardia o custodia del sujeto pasivo".

Por último, el artículo 158 Cp. agrava la violación cuando se cometiere con el concurso de una o más personas. La razón de la agravación es que el número de personas aumenta la dificultad de resistencia y, por tanto, el peligro. Partiendo de esa idea han dicho la doctrina y la jurisprudencia francesas que en tal caso la pluralidad de agentes debe formarse sin tomar en cuenta el cómplice, el instigador —que en el derecho francés entra en el concepto de complicidad— ni el autor mediato⁸⁸ y, agregamos nosotros, el garante. Lo que debe castigarse agravadamente es la coautoría, definida como realización del hecho típico "conjuntamente con el autor" (art. 45 Cp.).

Para nosotros sería la siguiente una correcta redacción del artículo 158 Cp.

"La pena será de seis a doce años de prisión cuando de la violación o de su tentativa resultare grave daño en la salud de la víctima o cuando el hecho se realizare en coautoría, o cuando el autor, autor mediato o garante conforme al artículo 18 de este código fuere el encargado de la guardia o de la custodia o de la formación educativa, profesional, técnica o espiritual del sujeto pasivo".

B. Extinción de la acción penal o de la pena por el matrimonio con la ofendida.

21) Según el artículo 92 Cp. "...extinguen la acción penal o la pena, el matrimonio del procesado o condenado con la ofendida, cuando éste es legalmente posible en los delitos contra la honestidad y no haya oposición de parte de los representantes legales de la menor y del Patronato Nacional de la Infancia".

Disposición semejante a ésta existió en el Código Penal de 1941. Su origen remonta al derecho medieval que confería al estuprador no violento la posibilidad de dar dote a la estuprada, de casarse con ella o de ser condenado a galeras ("aut dotet, aut nubet, aut ad triremes")⁸⁹.

⁸⁸ En tal sentido, E. Garçon, Op. Cit., tomo I, N° 40, art. 60; Goyet, Op. Cit., pág. 499. En jurisprudencia, Cass, franç 27 nov. 1856, S-1857-1-180; Chab. Crim. 5 oct. 1961, en Revue de Science Criminelle, 1962, pág. 333.

⁸⁹ Carlos Alberto Pintos "La extinción de la acción penal y de la pena por el matrimonio subsecuente", en Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley, Buenos Aires, 1970, pág. 202.

La naturaleza de la institución ha sido controvertida. Para unos deriva del perdón⁹⁰, para otros es el reconocimiento de efectos al arrepentimiento tardío, al que la ley da eficacia dirimente y no únicamente atenuante como ocurre con el arrepentimiento común⁹¹. Otros ven en ella una excusa legal absoluta, posición que compartimos. El fundamento de tal excusa es restituir la paz individual turbada por el nacimiento de la pretensión punitiva del Estado, por el reconocimiento de una nueva situación jurídica entre sujeto activo y pasivo del delito —el matrimonio— que hace desaparecer la situación antagónica entre los sujetos, que existía antes del nacimiento de esa situación jurídica.

La redacción del artículo 92 Cp. es defectuosa y su interpretación literal puede llevar a consecuencias paradójicas. Así, lo que extingue la acción penal o la pena es el hecho del matrimonio. Y aunque el artículo 92 Cp. agrega “del procesado o condenado”, se entiende que la acción penal se extingue respecto al agente que no haya sido todavía procesado o condenado. A su vez, es el matrimonio válido —legítimo— lo que constituye excusa legal absoluta, que en nuestro medio es el civil o el católico —de modo que se excluye cualquier otro matrimonio religioso que no sea el católico, se excluye la promesa de matrimonio y la cohabitación “more uxorio”. Pero celebrado el matrimonio, el juez, tribunal o Ministerio Público deben atenerse a ese hecho, aunque esté viciado de nulidad relativa. Si está viciado de nulidad absoluta, la situación cambia, porque el artículo 176 Cp. declara punible un matrimonio realizado en tales circunstancias. En tal hipótesis corresponderá al Ministerio Público poner en movimiento la acción penal por el nuevo delito o al Tribunal o Juez proceder conforme al artículo 117 Cpp. No se puede imaginar en ese caso una extinción de la acción penal o de la pena.

La extinción de la acción penal opera en cualquier etapa o grado del procedimiento mientras la misma no se haya extinguido por la firmeza de una de las resoluciones que producen autoridad de cosa juzgada.

La excusa absoluta se extiende únicamente a la acción penal o a la pena. No se extiende a la acción civil, ni a otras consecuencias diferentes de la pena (inscripción en el Registro Judicial de Delincuentes, posibilidad de ser declarado, con base en el hecho cometido, delincuente habitual o profesional o reincidente en el futuro). Puesto que la ley habla únicamente de extinción de la pena y bajo este concepto se entienden penas principales y accesorias, no extingue el matrimonio las medidas de seguridad impuestas.

La extinción de la acción penal y de la pena vale solamente para el delito (consumado o tentado) de violación, pero no se extiende a los delitos concurrentes o conexos con aquél⁹².

⁹⁰ Sebastián Soler “Derecho Penal Argentino”, Editorial Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1951, tomo III, pág. 413.

⁹¹ Manzini, Op. Cit., vol. VII, pág. 300.

⁹² Manzini, Op. Cit., vol VII, pág. 300.

El artículo 92 Cp. dice que extingue la acción penal o la pena el matrimonio “del procesado o condenado con la ofendida”. No hay problema cuando sólo hay un procesado o un condenado. El problema surge cuando hay varios procesados o condenados, porque el delito fue cometido en participación. La doctrina afirma que cualquiera que sea el procesado o condenado que se case con la ofendida —no necesariamente el autor en sentido estricto del hecho— da nacimiento a la extinción de la acción penal o de la pena⁹³, a condición de que haya sido participante en el delito (no se operaría tal efecto cuando el que se case sea un encubridor).

IV. CONCLUSIONES

La actual concepción legislativa de la violación debe ser en el futuro modificada. La más difícil es el cambio del artículo 156 Cp. que, equivocado en algunos aspectos, se integra de manera más o menos lógica en el conjunto de los delitos sexuales.

Un probable camino para la reforma podría ser:

- a) Separar en artículos independientes los dos primeros incisos del artículo 156 Cp. del tercero. Aquellos quedarían en un solo artículo.
- b) Definir de manera diferente la hipótesis del inciso 3 del artículo 156 Cp. de tal modo que se suprima el carácter de delito de propia mano que hoy tiene. Una probable redacción sería:

Art. 156 a) “Será reprimido con prisión de [este lapso de tiempo lo fijaría el legislador] el que obligare por medio de violencia o amenaza a una persona a soportar de él o de un tercero un acceso carnal”.

- c) Evitar, por medio de una cláusula de subsidiariedad expresa, el concurso real o ideal entre el artículo 156 y el nuevo artículo 156 a) Cp.

Resta el problema de la penalidad para la violación simple, calificada o agravada. Nosotros nos hemos referido a la que sería una mejor redacción de los artículos 157 y 158 Cp. No nos hemos referido a la penalidad que tienen porque el monto de la pena de ellos solamente puede convenientemente revisarse en la medida en que se haga una revisión general de los montos de todas las penas de los hechos pre-

⁹³ En tal sentido, Manzini, Op. Cit., vol VII, pág. 301; Carlos Alberto Pintos, Op. Cit., págs. 211 y 212; Carlos Fontán Balestra, Op. Cit., pág. 215; Guillermo A. Aguirre, Arturo A. Tigier y Elías Klass “La Paternidad en caso de violación múltiple”, en Revista del Centro de Estudios Criminológicos, N° 3, 1968, Mendoza Argentina, Imprenta Oficial, pág. 110.

vistos en el Código penal del 70. Dentro de esta revisión general tendrá que verse la posibilidad de implantar medidas más severas que las actuales penas o medidas de seguridad de nuestro legislador. Me refiere sobre todo a la castración de delincuentes sexuales multireincidentes, aplicada en otros países. //

Entre tanto, esperamos que este artículo abra en nuestro país una discusión fructífera.

“LA TEORIA DEL NEGOCIO JURIDICO FRENTE A LA LEGISLACION CIVIL COSTARRICENSE”

*(Conferencia impartida por el Dr. Gastón Certad M.,
Profesor de la Cátedra de Principios de Derecho Privado,
en el auditorio de la Facultad de Derecho de la Universi-
dad de Costa Rica el 1º de marzo de 1976, para la inau-
guración del Año Académico 1976) *.*

LA TEORIA DEL NEGOCIO JURIDICO
FRENTE A LA LEGISLACION CIVIL
"COSTARRICENSE"

Conferencia impartida por el Dr. Gastón Cortés M.,
Profesor de la Cátedra de Principios de Derecho Privado,
en el auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad
de Costa Rica el 19 de marzo de 1970, para la inauguración
del Año Académico 1970.

* CC = Código Civil.
CP = Código Penal.

La teoría del negocio jurídico es, sin lugar a dudas, la más importante creación del Derecho Privado en estos últimos siglos. Elaborada al máximo por las más brillantes mentalidades jurídicas modernas y contemporáneas, ha contribuido a esclarecer una serie de instituciones que con anterioridad se hallaban sumidas en la más lúgubre penumbra, tanto en relación a su aspecto meramente dogmático, cuanto desde el punto de vista conceptual y de su naturaleza jurídica.

Luego de una breve reseña del tortuoso camino de "la voluntad" en el devenir histórico, pasando por la teoría del contrato hasta culminar con la del negocio jurídico, no sin olvidar mencionar el importantísimo papel de la autonomía privada dentro del marco de la relación negocial, me propongo examinar, a la luz de las más recientes enseñanzas sobre "el negocio", nuestro ordenamiento jurídico privado, más concretamente, el Código Civil que aún nos rige, a fin de hacer reflexiones a tan paciente concurrencia sobre la necesidad imperiosa de reformarlo.

Aprovecharé la oportunidad para señalar dónde están los yerros, dónde las lagunas, dónde las incoherencias y contradicciones de nuestra ley conforme a los dictados de la mejor doctrina. Trataré, siempre dentro de los escasos minutos de que dispongo, de citar y comentar algunas sentencias de nuestro Tribunal y de examinar si éstos han cumplido con lo que debe ser su propósito y tarea ineludibles: vivificar y agilizar el Derecho estático en las normas con mentalidad progresista o, en otras palabras, colocar a la legislación vigente, mediante una sana y recta interpretación, al nivel socio-económico alcanzado por un pueblo en un determinado momento histórico.

Todos sabemos que, en un primer período, el Derecho no se ocupó de los pactos y de su incumplimiento: la función del ordenamiento era únicamente la de mantener la paz social previniendo y regulando las guerras privadas. Sólo cuando un sujeto había producido un daño a la propiedad de otro, intervenía la justicia a fin de componer la litis y sancionar la ilicitud. Sobre esta obligación de restaurar el derecho violado se introducía a veces un "pacto" o "acuerdo" dirigido a realizar una composición amigable de la litis. La relevancia jurídica de este "pacto" se fundaba en la existencia de una obligación "delictuosa": no expresaba una "fuerza" propia de la voluntad. La promesa y el acuerdo tenían un valor exclusivamente moral y religioso.

El primer contrato jurídicamente relevante de que se tiene conocimiento fue configurado como una "transacción real", es decir, sobre la base de una "datio" o entrega material bilateral (permuta).

Por mucho tiempo la eficacia de los acuerdos o de las promesas "puras" permaneció fundada sobre la fe religiosa o sobre la disciplina interna de los grupos parentales. El incumplimiento determinaba una sanción religiosa de parte de los dioses que habían sido llamados como testigos del acuerdo alcanzado. Así sucede también en el Derecho Romano, en su fase primitiva (nexum, stipulativo)¹.

Cuando prevalece la normativa jurídica sobre la religiosa, la promesa se convierte en un "negocio jurídico formal". Los hombres comprendieron que no se podían tener suficientes garantías para el mantenimiento de un acuerdo atendiendo únicamente al sentimiento religioso o a la rectitud moral de mantener la palabra empeñada.

La creciente presión del interés en la seguridad del tráfico mercantil, acompañada del desarrollo económico y la expansión del mercado, fue añadiendo nuevas categorías de contratos innominados, tanto a los formales como a los reales-consensuales ya existentes. El formalismo fue poco a poco reduciéndose.

En la Edad Media la evolución hacia formas más ágiles y hacia una más sensible presencia de la voluntad se detiene gracias a la influencia de los derechos bárbaros. La responsabilidad de la parte que incumple no se funda ya en la violación del empeño asumido sino que se recurre a la idea de ilicitud extra-contractual, a la idea de engaño, a la idea de fraude.

La voluntad como fuente de efectos jurídicos fue asumida o absorbida por el ritual místico que acompañaba a la promesa, o bien se identificaba con el hecho material de la entrega efectiva de un bien: el sujeto debía efectuar la contraprestación sólo porque había mediado a su vez una prestación en su favor y no ya por efecto de un acuerdo o de una declaración de voluntad. No jugando la voluntad ningún papel específico, su falta, sus vicios y los motivos que la habían determinado, carecían de relevancia.

Las primeras afirmaciones del principio de la eficacia jurídica del consentimiento podemos encontrarlas alrededor del siglo XVI, cuando la difusión del comercio y las transformaciones en juego exigía una modificación de las estructuras jurídicas.

Este proceso llegó a feliz término en el plano conceptual gracias a la Escuela del Derecho Natural y a aquellas corrientes de pensamientos que precedieron y acompañaron a la Revolución Francesa.

Se debe a la aguda mente de Hugo Grocio la primera reelaboración seria y meditada de las distintas teorías sobre la eficacia del contrato; fue él quien, en último término elaboró el principio de que el intento de obligarse constituye elemento esencial para que se produzcan los

¹ ARIAS RAMOS, J. "Derecho Romano", II, 9a. edición, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, págs. 598-603.

efectos jurídicos pero, añadía, "se hace necesario distinguir entre derecho natural y derecho positivo".

La distinción entre derecho natural y derecho positivo desaparece más tarde en los autores sucesivos, en particular con Domat y Pothier. Al primero se debe la enunciación del principio de que en el contrato "l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre"; al segundo, la definición de convenio como "le consentement de deux ou plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement..."; principios y fórmulas éstas enteramente transcritas en el Code Napoléon (art. 1134).

Como bien ha sostenido el insigne jurista italiano Gorla respecto a este proceso evolutivo, "la lucha por la libertad contractual ha sido siempre conducida por los acreedores o candidatos a acreedores, quienes sabían valerse de su posición activa o crediticia, y no por los deudores o candidatos a deudores, quienes no podían valerse de esa posición y quienes, por el contrario, han siempre luchado por limitar aquella libertad contractual"².

La exaltación de la función de la voluntad por obra de los ius-naturalistas, tendía a resaltar el paso de una estructura social en la cual los derechos y las obligaciones se derivaban del "status" de la persona en la familia, en la corporación, en la sociedad, etc., hacia una organización económico-política fundada en la igualdad de todos los individuos y en la libre voluntad del hombre. El proceso de distribución de los bienes estaba confiado al poder privado³.

Sobre estos filones problemáticos se introduce el inmenso debate que apasionó y dividió a los más ilustres exponentes de las distintas escuelas jurídicas del siglo XIX, particularmente a la pandectística alemana: me refiero al llamado dogma de la voluntad y a la teoría de la declaración.

Acentuando el aspecto de la creación del vínculo, los voluntaristas encontraron en el negocio la expresión de un verdadero y propio poder normativo. En la orientación opuesta, la actividad del sujeto fue degradada a mero presupuesto para la producción de efectos jurídicos, a una "fattispecie" que el ordenamiento tiene en consideración para otorgarle determinadas consecuencias jurídicas.

Ambas perspectivas expresan una diversa concepción del hombre y de la organización social: en la primera se ha subrayado en el fenómeno negocial el aspecto voluntarista y consecuentemente se ha

² GORLA, Gino "Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico", I, Giuffrè, Milano, 1955, pág. 12.

³ Para que se pueda hablar de competencia privada en la distribución de los bienes es suficiente que el Estado no intervenga en el intercambio, ni para fijar las condiciones, ni para determinar los sujetos: es suficiente que el sistema económico-político reconozca a los individuos el poder de poseer y de disponer de los bienes y servicios, sea enajenando los mismos bienes, sea obligándose a prestar la actividad por cuenta de otros.

definido el negocio esencialmente como manifestación de voluntad, o, en una versión moderna, como fuente de normas para los contratantes.

En la segunda perspectiva se ha acentuado, por el contrario, el aspecto objetivo de un acto que se introduce en el contexto social, es decir la declaración, que tiene como contenido una regulación asumida por la ley en relación a los efectos jurídicos. Pero esta concepción objetiva no es otra cosa que una radical inversión de perspectiva respecto a las tesis del voluntarismo; trátase, en pocas palabras, de teorías diametralmente opuestas.

Por ello es inevitable que, bajo el empuje de las transformaciones sociales y de las consiguientes exigencias prácticas, se vengán con el tiempo formulando teorías intermedias o eclécticas, tales como la del Prof. Cariota Ferrara quien, intentando realizar un compromiso entre tutela del declarante y tutela del destinatario, propone la adopción de los criterios de la responsabilidad (autorresponsabilidad) y de la confianza sin culpa ⁴.

¿Pero dónde y cómo nace la teoría del negocio jurídico? Los brillantes juristas alemanes del siglo XIX, integrantes de la famosa Escuela Pandectista, estudiando y adentrándose en la teoría del contrato, se percataron de que todos y cada uno de sus elementos, requisitos y características —salvo, claro está, la bilateralidad o plurilateralidad— se presentaban en algunos actos unilaterales tales como el testamento, la remisión, la aceptación de la herencia, la donación (para algunos), etc. De ahí que, dentro del esquema del negocio jurídico, colocaron todos aquellos actos bilaterales o no consistentes en una manifestación de voluntad encaminada a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico.

Paralelamente se reafirmó el concepto de autonomía privada como alma del negocio jurídico, autonomía que encuentra en el negocio su máxima expresión. Con este término se designa aquel específico modo de inclusión del sujeto en el sistema normativo. Autonomía privada quiere decir, haciendo eco de las palabras del prof. Barcellona, “que al sujeto privado le corresponde no sólo el poder de crear las condiciones de hecho necesarias para la producción del efecto, sino, sobre todo, el poder de establecer condiciones ulteriores respecto a aquellas abstractamente predisuestas, de incidir sobre el modo de producción y sobre el contenido de los efectos mismos” ⁵. El problema de la autonomía privada coincide entonces con el de las relaciones entre sujeto privado y ordenamiento jurídico, entre función de la ley y función de la práctica.

Así como hemos visto que el hombre a partir del siglo XVI hasta mediados del siglo pasado luchó por obtener una completa libertad contractual, este proceso en el transcurso del siglo XX se ha invertido.

Con ello pretendo decir que la autonomía privada no es, ni nunca fue, ilimitada; que tiene, además de su límite natural (mi autonomía llega hasta donde empieza la de los demás) otros límites que poco a poco el legislador ha ido introduciendo. Amén de los límites que se derivan del respeto a las normas ordenativas atinentes al negocio jurídico mismo y la obligación que grava sobre cada uno de nosotros de realizar un interés que se encuentre entre aquellos admitidos por la conciencia social y, por lo tanto, considerados merecedores de tutela jurídica, y no cualesquiera que nos venga en gana, día a día el Estado intervencionista del siglo XX, respuesta lógica a un necesario y sensible cambio en las estructuras sociales, promulga leyes y decretos tendientes a la estabilización de precios y toda otra clase de medidas que lejos de permitir un libre accionar de la autonomía privada, están dirigidas a coartar la libertad contractual como, en nuestro país, la discutida y atormentada “Ley de protección al consumidor”, promulgada a mediados del año pasado ⁶. Vemos cómo entonces en este siglo la tendencia es limitar la inserción del sujeto en el sistema normativo en favor de la comunidad y del bien social.

El negocio jurídico, en cuanto constituye uno de los medios para la autorregulación de los propios intereses, en cuanto es el vehículo de actuación del dominio de la voluntad en la esfera jurídica propia del individuo, es el instrumento más calificado de la autonomía privada, y así lo ha expresado también nuestra Sala de Casación: “La autonomía de la voluntad que rige en la contratación civil permite, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia, que las partes puedan introducir, en una forma temporal o definitiva, variaciones o modificaciones a un contrato” ⁷.

De inmediato surge en nuestras mentes frente a tales afirmaciones la siguiente cuestión: ¿Cuál es la causa de los efectos jurídicos? ¿Es la voluntad del particular o el ordenamiento jurídico? Según algunos, el ordenamiento jurídico es la sola y verdadera causa de los efectos jurídicos; de esta manera, la voluntad negocial confina con la zona del hecho, teniendo la simple función de determinar o condicionar la norma ⁸.

Zitelmann, por el contrario, sostiene la tesis opuesta, dando valor causal (causa efficiens de los efectos jurídicos) a la voluntad del particular ⁹.

Tratándose de tesis extremas, me inclino a acoger, con el Prof. Cariota Ferrara, una solución conciliadora: es la ley la que dota de eficacia a la voluntad del hombre; es la ley la que “autoriza” a la

⁴ CARIOTA FERRARA, Luigi. “El Negocio Jurídico”, Ed. Aguilar, Madrid, 1956, págs. 52 y sgs.

⁵ BARCELLONA, Pietro. “Gli Istituti Fondamentali del Diritto Privato. Dispense introduttive ad uso degli studenti”, 2a. Ed., Jovene, Napoli, 1971, pág. 197.

⁶ Como ejemplos de límites a la autonomía privada en nuestro Código Civil podemos citar los artículos 410, 520, 595, 1068, 1205, etc.

⁷ Sentencia N° 95 de las 15:30 hrs. del 31 de agosto de 1961, B. S. vs. R. R., II Sem., Tomo I, 1961, págs. 296 y sgs.

⁸ PUGLIATTI, Salvatore. “Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici”, en Diritto Civile. Metodo. Teoria. Pratica., Giuffrè, Milano, 1950, págs. 81 y sgs.

⁹ ZITELMANN. “Irrtum und Rechtsgeschäft”, Leipzig, 1897, págs. 115 y sgs.

voluntad privada haciendo posible que el negocio produzca por sí mismo los efectos jurídicos al dotarlo de eficacia; es el libre accionar de los sujetos, en cuanto permitido por el ordenamiento, la causa misma de los efectos jurídicos¹⁰. Tenemos entonces que, respecto a los negocios jurídicos, el ordenamiento permite producir, o si se quiere más aún, produce, efectos correspondientes a la voluntad del declarante o declarantes, cosa que no sucede respecto a los demás hechos y actos.

La voluntad, elemento esencial del negocio, debe, además, tener una dirección: ella tiende a la obtención de un resultado práctico y no como afirman algunos a la consecución de los efectos jurídicos¹¹ o del efecto jurídico en general¹², porque, si nos detenemos a pensar sólo un momento, realizamos que el sujeto la mayoría de las veces no conoce ni prevé los efectos jurídicos que se ligan a su declaración de voluntad; es más, éstos se verifican incluso si no fueron jamás previstos!

Parecen compartir este criterio los Magistrados de nuestra Sala Primera Civil cuando afirman: "La aquiescencia en el contrato, que incluso puede ser verbal, resta y vincula a las partes quienes con su actividad humana pretenden el logro de un fin propio, casi siempre económico, ya que después de haber manifestado y aceptado claramente las recíprocas actuaciones de interés en el objeto que las preocupa, quedan contractual y mutuamente obligados"¹³.

Conforme a estos postulados, el negocio jurídico debe conceptuarse como toda manifestación de voluntad encaminada a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta la responsabilidad de el o de los sujetos que en él intervengan y la no culposa confianza de los demás.

Distinguimos así en todo negocio los siguientes elementos esenciales: voluntad y manifestación, capacidad, causa y objeto; mientras que para algunos negocios son también esenciales la forma y la legitimación.

Los dos primeros se combinan en una unidad llamada "manifestación de voluntad". La manifestación es la exteriorización de la voluntad, del querer interno del individuo. Gracias a ella se hace reconocible nuestra voluntad para los demás.

Por otra parte, todo sujeto que realiza un negocio debe estar revestido de aquel específico tipo de capacidad que es la capacidad de actuar, esto es la posibilidad que el sujeto tiene, presentes ciertos presupuestos, de adquirir derechos y contraer obligaciones o, si se quiere, haciendo eco de las palabras del Prof. Falzea, "la posibilidad que el Derecho reconoce al sujeto, que se encuentra en los presupuestos de

hecho previstos para su reconocimiento, de revelar y hacer valer intereses propios en el mundo del Derecho, determinando con su propio comportamiento la aplicación de las normas y el nacimiento de los efectos por ellas predispuestos"¹⁴.

La causa, para quienes creemos en su necesaria existencia, es la función práctico-social del negocio, mientras que el objeto es la materia, o los bienes, o las utilidades, o la prestación, o las relaciones que caen bajo la voluntad de las partes¹⁵.

La forma es aquel especial modo de ser de la manifestación que opera como elemento esencial (ad substantiam) en todos los negocios solemnes.

Por su parte, la legitimación es, según el insigne jurista italiano Francesco Carnelutti, aquella "específica posición de un sujeto respecto a ciertos bienes e intereses, por la que su declaración de voluntad puede ser operante respecto a éstos, es decir, en otros términos, una particular relación del sujeto con el objeto del negocio"¹⁶.

El Código Civil que, muy a pesar de nosotros los privatistas, aún nos rige, data de 1886. De marcado corte liberal, inspirado en última instancia en el Code Napoléon, no ha establecido una disciplina general del negocio jurídico en cuanto figura que absorba en sí las figuras singulares. En él se han regulado, por un lado, los contratos (negocios bi o plurilaterales por excelencia), con una parte general, por cierto, bastante deficiente, y, por el otro, diseminados en todo su contexto sin ninguna sistemática, los singulares negocios unilaterales como el testamento, la remisión, la aceptación y la renuncia de la herencia, etc.

Ante la carencia en nuestra legislación civil de esta columna vertebral del Derecho Privado que es la teoría del negocio jurídico, poco o casi nada han hecho nuestros Tribunales. Después de buscar y re-

¹⁴ FALZEA, Angelo. "Capacità". Voci di teoria Generale del Diritto, Giuffrè, Milano, 1970, pág. 106.

¹⁵ Nuestro Código Civil, artículo 627 inciso 2º, define el objeto como la "cosa cierta y posible que sirve de materia a la obligación". Definición que no me satisface pues yo propongo un concepto más amplio de objeto que abarque el objeto cosa y el objeto prestación. De ahí que lo considere como elemento esencial, necesario e imprescindible en todo negocio.

¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. "Sistema di Diritto Processuale Civile", II, Cedam, Padova, 1938, N° 449 y sgs.; IDEM. "Legittimazione a comprare", en Riv. di Dir. Comm., 1935, pág. 503 y sgs. En el mismo sentido, SANTORO-PASSARELLI, Francesco. "Dottrine Generali del Diritto Civile", Jovene, Napoli, 1971, pág. 26. Para estos Autores la legitimación es la particular relación del sujeto con el objeto del negocio pues, en aquellos casos en que el negocio se prohíbe por su particular posición frente a otro u otros sujetos, no hablan de falta de legitimación sino de incapacidad jurídica relativa. Pero carecen de razón estos Tratadistas, pues la legitimación es aquella particular relación que existe o puede existir entre el sujeto y el objeto o entre dos sujetos; a la primera la llamamos "legitimación pasiva", a la segunda, "legitimación activa". Así, entre otros, FALZEA, Angelo. Op. cit., págs. 172-179; PUGLIATTI, Salvatore. "Gli Istituti del Diritto Civile", I, Giuffrè, Milano, 1943, pág. 132; PEREZ, Víctor. "Existencia y Capacidad de las Personas", U. de C. R., Fac. de Derecho, Inst. de Der. Priv., San José, 1974, págs. 136-138.

¹⁰ CARIOTA FERRARA, Luigi, op. cit., págs. 45-46.

¹¹ BETTI, Emilio. "Teoria generale del negozio giuridico", Utet, Torino, 1960, págs. 60-61, nota 1.

¹² MESSINEO, Francesco. "Manuale di Diritto Civile e Commerciale", I, Giuffrè, Milano, 1957, N° 34, pág. 364.

¹³ Sentencia N° 219 de las 9:00 hrs. del 27 de agosto de 1973, A.P.M. vs. P.U. de C.S.A., en Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia, N° 215, pág. 47, N° 1042.

buscar encontré dos aisladas sentencias de la Sala Primera Civil en donde tímidamente se habla de negocios jurídicos¹⁷.

Esta falta de sistematización de nuestra ley civil, acompañada de la conformista y conservadora posición de nuestros Jueces, ha producido un atraso muy sensible en todas nuestras instituciones jurídicas que inminentemente debe concluir. Las lagunas que presenta nuestra legislación privada son tan grandes e infranqueables que debiéramos más bien hablar de océanos!

Examinemos brevemente algunas de ellas y otros tantos sinsentidos y contradicciones.

Es una lástima que, habiéndose reformado recientemente (art. 2º de la Ley Nº 5476 de 7 de noviembre de 1973) los artículos 13 a 61 del Código Civil no se hubiere aprovechado la oportunidad para hacer las cosas bien, aboliendo una serie de defectos que contenía el artículo derogado. Para empezar no es clara la distinción —o mejor dicho, se confunden los términos— entre capacidad jurídica y capacidad de actuar: el artículo 18 párrafo 1º alude, sin lugar a dudas, a la capacidad jurídica, pero en el párrafo 2º agrega que “respecto de las personas físicas, se modifica o limita por su estado civil, por su edad, o por su incapacidad física o legal, conforme a la ley. En las personas jurídicas, por la ley que las regula”, sin parar mientes en que, como lo sostiene pacíficamente toda la doctrina contemporánea, la capacidad jurídica no se modifica ni limita. La que se modifica y limita es precisamente la capacidad de actuar de la que falta toda referencia, mención y concepto en nuestra ley de donde debemos inferir, necesariamente, que el comentado párrafo 2º se refiere a ésta y no a aquella. Se repite aquí, imperdonablemente, el error que contenía el derogado artículo 20 del Código Civil.

En lo atinente a la forma de la manifestación, y más concretamente a los llamados negocios solemnes, surgen serias dudas, ante la total carencia de regulación, para determinar lo que debe resultar en la “forma” querida por la ley. En tesis de principio debe considerarse que todo el contenido del negocio, tal y como él es en concreto, querido y formado por las partes, debe estar revestido de la forma exigida por la ley y, por consiguiente, debe resultar del acto.

Los problemas comienzan cuando nos encontramos con ciertos acuerdos, cláusulas o pactos que las partes, amén de los elementos esenciales, quieren para el tipo de negocio realizado y que suelen denominarse en doctrina “acuerdos o pactos accesorios o agregados”. Se trata de acuerdos o pactos alcanzados por las partes dentro de un negocio solemne, como la donación, pero que, por cualquier motivo, no fueron incluidos en el contexto del negocio, sea que no fueron revestidos de la forma “ad substantiam” prescrita por la ley. En relación a

los pactos convenidos antes de la transcripción del negocio en el documento público o privado, si las partes no los han incorporado, en la duda, debe considerarse que han desistido de los mismos. Se trata de la presunción de precisión y de totalidad de lo escrito. Puede ocurrir, sin embargo, que existan casos de los que se deduce que, según la voluntad de las partes, incluso ese pacto informal debe valer junto al negocio formalmente realizado. ¿Estos pactos y aquellos contemporáneos y posteriores a la transcripción del negocio formal y no insertos en él, tienen valor? No resuelve este punto nuestro Código. Si concluimos que son absolutamente nulos los pactos no revestidos de la forma esencial, ¿su nulidad queda circunscrita únicamente a ellos o se comunica al entero negocio? (imaginémoslo por un momento el caso extremo de un sujeto que concluyó el negocio solemne gracias exclusivamente a la existencia de ese pacto agregado que resulta nulo por no revestir la forma legal, sea que el pacto agregado fue el determinante de su voluntad). Este problema tampoco tiene solución en el Código pues falta en él un artículo como el 1418 del Código Civil Italiano en donde se dice que la nulidad de una cláusula contractual se comunica al entero negocio si ella resultó determinante en la intención de las partes al contratar.

Siempre en relación a la forma, puede suceder en el mundo del negocio que el declarante, para determinar el contenido de la voluntad, o alguna modalidad del mismo, se refiera a una fuente extraña al negocio solemne, remitiéndose a ella; estamos aquí en el campo del negocio concluido “per relationem”. En tesis de principio, éste es absolutamente nulo en cuanto falta la forma de manifestación de voluntad impuesta por la ley; pero hacemos notar que a veces puede el otro acto (el referido) constituir, él mismo, el negocio válido, con tal que persista la voluntad negocial. El problema se torna delicado, en sede de documentos privados, cuando un documento incompleto se entiende sólo mediante referencia a otro documento ya existente o que ha de crearse, o cuando nos encontremos ante un acuerdo carente de forma en el que se establece que deba valer como escritura un documento ya creado para otros fines, o cuando el documento hace referencia a otro trozo de papel que se añade a él en sentido unitario. ¿Hay en estos casos validez o invalidez? Ninguno de estos problemas encuentra solución en nuestro Código Civil.

Se dice en doctrina que existe forma libre y forma vinculada; también se dice que tanto la forma libre como la forma vinculada se dividen a su vez en forma ad probationem y forma ad substantiam. Caen dentro del vasto grupo de las formas ad probationem todas aquellas convenciones o disposiciones mediante las cuales la ley o los particulares tienden a regular la prueba en los negocios y las relaciones que de ellos se derivan; éstas pueden tener un doble aspecto; regular la carga de la prueba, invirtiéndola, o bien regular el modo de la prueba, excluyendo ciertos medios probatorios en beneficio de otros. Mediante la forma ad substantiam, por el contrario, la ley o los particulares no quieren ya operar en el terreno probatorio o procesal, sino en el derecho substancial, añadiendo a los elementos esenciales generales dispuestos

¹⁷ Sentencia Nº 219 de las 9:00 hrs. del 27 de agosto de 1973, cit. y sent. Nº 48 de las 9:05 hrs. del 31 de enero de 1975, L.V.G. vs. L.B.V., en Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia, Nº 222, pág. 138, Nº 65.

por el legislador, otro querido por ellas que funge como elemento esencial específico. Las consecuencias derivadas de su violación son diversas: mientras para las convenciones probatorias surge únicamente una dificultad o, cuando más, la imposibilidad práctica de probar la relación negocial, para las demás hay nulidad absoluta del negocio. Ahora me pregunto, ¿es válida en Costa Rica la forma libre ad probationem? ¿Pueden los sujetos por su propia voluntad regular el modo de la prueba o la carga de la misma?

Se dijo líneas atrás que voluntad y manifestación forman en el negocio una unidad, "la manifestación de voluntad". A este respecto tiene una gran importancia la distinción hecha por una gran parte de la doctrina entre voluntad de la manifestación y voluntad del contenido de la manifestación, más comúnmente llamada voluntad negocial. La primera es aquella que tiene por objeto la propia manifestación: si yo compro una casa, quiero y debo querer tanto efectivamente comprarla, es decir, tener para mí la casa, cuanto declarar comprarla. Vemos aquí el doble objeto del querer: querer declarar y querer los efectos que el ordenamiento jurídico deduce de esa declaración querida.

La voluntad negocial está referida, por el contrario, al contenido del negocio: es la voluntad encaminada al fin práctico.

Dentro de la teoría del negocio la falta del elemento voluntad —siendo éste un elemento esencial general— está sancionada con la nulidad absoluta. Y se dice que falta la voluntad cuando falta, bien la voluntad de la manifestación, bien la voluntad negocial; de ahí que un gran sector doctrinario haya sostenido que es necesario examinar por separado los supuestos de hecho en los que falta una y otra voluntad.

Se ha dicho que falta la voluntad de la manifestación en las siguientes hipótesis: falsedad (personal y documental), violencia física, incapacidad natural y en aquellos casos de error obstativo que la doctrina llama "lapsus linguae" o "calami" y error en la transmisión de la declaración ya formada.

Puede ocurrir que una manifestación se presente exteriormente como manifestación del sujeto A y, por el contrario, no provenir de él sino de B, en cuanto B se hace por A, personalmente o mediante el teléfono; o suscribe un documento con el nombre de A; o pone en circulación un documento suscrito por A pero no emitido por éste. Cuando esto ocurre tenemos lo que dentro de la teoría del negocio se llama falsedad personal —en la primera hipótesis— o falsedad documental —en las restantes—. La primera no está prevista por nuestro Código Civil y ni siquiera tipificada como delito en nuestro Código Penal! La documental sólo está sancionada en la vía represiva (arts. 357, 358 y 359 C. P.). He aquí otra de las tantas lagunas de que hablamos.

La violencia física es otro caso de falta de voluntad de la manifestación. Es la constricción material y directa que un sujeto realiza sobre todo con el fin de obtener de éste una determinada declaración negocial; es la "vis corpore illata" de los romanos. La violencia física

excluye la voluntad de la manifestación pues la persona constreñida a manifestar en determinado modo no ha querido en momento alguno manifestar.

La violencia física, en cuanto excluye o suprime la voluntad, es una hipótesis de falta de ésta: falta la voluntad de la manifestación. El negocio concertado mediante el concurso de una tal violencia debe por ello, y en buena técnica, ser absolutamente nulo pero, inexplicablemente, sin yo saber ni sospechar siquiera las razones que nuestro legislador tuvo, el Código en su artículo 1017 lo sanciona con nulidad relativa, equiparándolo de esta manera al negocio realizado mediante violencia moral. El error, desde el punto de vista lógico y de sistemática jurídica, es obvio: mientras la violencia física excluye la voluntad, la moral únicamente la vicia.

La incapacidad natural consiste en la efectiva y real ineptitud psíquica —causada por deficiencias psico-físicas— en que se encuentra el sujeto en el momento mismo de concluir el negocio; es la incapacidad de entender y querer debida a cualquier causa (como por ejemplo la incapacidad mental o declarada judicialmente), incluso transitoria como el sonambulismo, la sugestión hipnótica, el delirio febril, la embriaguez, etc.). Con excepción del incapaz mental (art. 23), nuestro Código Civil guarda absoluto silencio sobre los restantes casos de incapacidad natural, sea que ni los menciona, ni indica la sanción, por lo que necesariamente debemos recurrir, como en los casos de falsedad y en tantos otros, a los principios generales de las nulidades (art. 835, inciso 1º del Código Civil)¹⁸.

La última hipótesis en donde falta la voluntad de la manifestación es el error obstativo, o mejor dicho, aquellos casos del mismo conocidos en doctrina como "lapsus linguae" o "calami" y error en la transmisión de la declaración ya formada.

Error es aquel estado de la mente en el que resulta impedida la verdadera representación de un objeto, o ella es substituida por otra no verdadera¹⁹. Hay, fundamentalmente, dos tipos de error: el que excluye la voluntad y el que la vicia; obstativo o impropio llamamos al primero; vicio, propio o motivo, al segundo. El obstativo recae en la declaración o en su transmisión dando lugar a una discordancia inconsciente entre voluntad negocial y manifestación.

El término error obstativo fue usado en un principio por la doctrina francesa (erreur obstacle) para indicar la discrepancia entre una

¹⁸ Tampoco he encontrado en nuestra jurisprudencia casos de incapacidad natural a no ser los del incapaz mental: entre otras, Cas. N° 59 de las 9:00 hrs. del 12 de julio de 1952, tomo único, II Sem., pág. 703; Cas. N° 91 de las 10:00 hrs. del 6 de octubre de 1951, II Sem., tomo II, pág. 1138; Cas. N° 22 de las 10:10 hrs. del 12 de junio de 1951, I Sem., tomo único, pág. 513.

¹⁹ SAVIGNY. "Sistema di Diritto Civile", trad. Italiana, III, N° 135; IDEM, "apéndice", VIII, pág. 422, cit. por CARIOTA-FERRARA, L., op. cit., pág. 412, nota 74.

y otra declaración de las partes en los contratos²⁰; después se prolongó a la discordancia entre voluntad y manifestación pero en un mismo sujeto, aunque siempre en consideración de "obstáculo" para la formación del contrato (más tarde del negocio), y, por consiguiente, causa de inexistencia de éste, de donde se sigue la contraposición del mismo al "error nulidad" (erreur-nullité), sea el error que sólo vicia el consentimiento y da lugar a anulabilidad²¹.

Nosotros desgraciadamente carecemos de una norma en nuestro Código Civil que acoja específicamente el error obstativo, de donde nos encontramos frente a dos alternativas: I. Que hablando el artículo 1015 de error en sentido genérico, sus clases (obstativo y vicio) quedan sometidas a idéntica regulación, sea a anulabilidad, lo que no es correcto, pues el primero excluye la voluntad, mientras que el segundo tan sólo la vicia; o II. Que el artículo 1015 contempla, únicamente casos de error-vicio, lo que nos obligaría a acudir al tan citado 835 inciso 1º para resolver los casos de error obstativo. Cualquiera que sea la solución que se adopte es ostensible que se hace imprescindible una norma específica que trate, con la debida claridad, estos casos de error. Vale la pena apuntar que nada he encontrado en nuestra jurisprudencia en materia de error obstativo.

Se ha dicho que falta la voluntad del contenido o voluntad negocial, en los siguientes supuestos: los restantes casos de error obstativo, las declaraciones no serias, la reserva mental y la simulación.

Puede ocurrir que una manifestación de voluntad negocial se exteriorice conciente y voluntariamente pero sin que se quiera su contenido, y puesto que la voluntad del contenido es esencial al negocio jurídico, en cuanto la propia manifestación no puede no tender a la consecución de un resultado práctico, la indicada manifestación carecería de un fin. Pensemos sólo por un momento que una declaración de voluntad puede tener lugar sin que en el fondo exista una voluntad seria: se declara algo o bien se firma un documento en escena, durante una representación teatral; o con "animus docendi", o por jactancia, o con fines de propaganda, o en el calor de una disputa o, simplemente, en broma. En estos casos la manifestación existe y es incluso querida, pero no es querido en absoluto su contenido o resultado; de una voluntad seria desde un punto de vista negocial no se puede hablar; son estas las llamadas declaraciones no serias, no previstas tampoco por nuestro Código Civil.

Lo mismo debe decirse de la reserva mental, en donde se emite una declaración no querida en su contenido ni en su resultado con el fin de engañar a la contra-parte, produciéndose una divergencia conciente entre manifestación y voluntad.

Falta también en nuestra ley civil una normativa que atienda detalladamente el tan conocido y cotidiano fenómeno de la simulación. Aunque parezca increíble, a su respecto existen escasas dos normas desordenadamente diseminadas en el Código Civil; me refiero a los artículos 455 y 978. Sin embargo, es mi deber señalar la encomiable labor desarrollada por nuestros Tribunales en esta materia²².

Pasemos ahora a examinar los llamados vicios de la voluntad.

Como es sabido, la violencia moral, el dolo y el error-vicio no dan lugar a problemas de relaciones entre voluntad y manifestación; en ellos éstas, por el contrario, se corresponden: la voluntad se manifiesta adecuadamente, congruentemente, sólo que está mal formada por la influencia de elementos externos como el miedo, el error mismo y el engaño.

Ante la carencia de serios defectos en nuestra legislación en materia de violencia moral, dirigiré mi atención al dolo y al error-vicio.

Por dolo se entiende cualquier comportamiento ilícito de una persona dirigido a engañar a otra, determinándola a realizar una declaración de voluntad que sin el dolo no habría realizado (dolo determinante) o habría realizado pero en condiciones distintas (dolo incidental). Según el artículo 1020, el dolo apto a producir invalidez debe reunir las siguientes características: a) que se trate de un comportamiento ilícito ("dolus malus"); b) que dicho comportamiento ilícito provenga de una

²² Sala Segunda Civil, sent. N° 1 de las 15:30 hrs. del 13 de enero de 1975, A.S.S. vs. M.C.M.R. y otros, en Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia, N° 222, pág. 145, Núm. 82; Sala Segunda Civil, sent. N° 373 de las 15:20 hrs. del 1º de noviembre de 1974, N.S.J. vs. C.P.S. y otra, ivi, N° 221, pág. 186, Núm. 1599; Sala de Casación, sent. N° 125 de las 14:10 hrs. del 25 de octubre de 1973, E.R.CH. vs. F.C.S. y otra, ivi, N° 217, pág. 54, Núm. 1635; Sala Segunda Civil, sent. N° 234 de las 15:30 hrs. del 23 de agosto de 1973, G.V.J. vs. A.V.M., ivi, N° 215, pág. 48, núm. 1045; Sala Segunda Civil, sent. N° 154 de las 14:30hrs. del 14 de junio de 1973, M.T.B.C. vs. R.V.R., ivi, N° 212, pág. 103, núm. 362; Sala Primera Civil, sent. N° 107 de las 9:05 hrs. del 27 de abril de 1973, E.R.CH. vs. F.C.S. y otra, ivi, N° 211, págs. 50 y 52, núms. 4, 5, 7 y 12; Sala de Casación, sent. N° 22 de las 14:30 hrs. del 31 de marzo de 1970, ivi, N° 190, mes de octubre, pág. 1; Sala Segunda Civil, sent. N° 183 de las 9:05 hrs. del 7 de mayo de 1971, D.R.R. vs. R.R., ivi, N° 190, mes de octubre, pág. 8; Sala de Casación, sent. N° 123 de las 14:45 hrs. del 6 de diciembre de 1967, U.A. vs. M.M. y M.M. vs. U.A. y otro, II Sem., tomo II, pág. 1088; Sala de Casación, sent. N° 14 de las 10:30 hrs. del 23 de enero de 1967, I Sem., tomo I, C.M. vs. R.V. y otro, pág. 280; Sala de Casación, sent. N° 26 de las 10:50 hrs. del 24 de marzo de 1954, H.Ch. vs. A.F., I Sem., tomo I, pág. 362; Sala de Casación, sent. de las 10:00 hrs. del 6 de diciembre de 1944, C.G., II Sem., tomo único, pág. 897; Sala de Casación, sent. de las 10:00 hrs. del 10 de abril de 1940, V.B. vs. A.V. y otros, I Sem., tomo único, pág. 235, etc.

²⁰ LAROMBIERE. "Théorie et pratique des obligations", I, págs. 45 y sgs., quien es el primero en hablar de "erreur obstacle"; DEMOLOMBE. "Traité des contrats", I, números 83 y sgs.; AUBRY ET RAU. "Droit Civil Français", V, Libraires Techniques, Paris, 1952; G. BAUDRY-LACANTINIERE. "Traité théorique et pratique de droit civil", Y. Cadout impr., Bordeaux, 1901, XI, 50 y sgs.; LAURENT F. "Principes de droit civil", Bruylant-Cristophe & Cie. Ed., XV, Bruxelles, 1878, p. 422.

²¹ MESSINEO. "Teoria dell'errore ostativo", Roma, 1915, págs. 59 y sgs.

de las partes; y c) que sin el dolo no hubiere habido negocio (determinante)²³.

Nótese bien que nuestra ley no exige, en absoluto, para este tipo de dolo, la voluntad o conocimiento en el agente de producir un daño a la parte contraria. Surge entonces esta duda: ¿Puede anularse un negocio por dolo determinante si no se ha producido daño o perjuicio a la contra-parte? ¿Es esto lógico?

Centremos ahora nuestra atención sobre la segunda característica: "el dolo debe ser ahora de una de las partes". ¿Qué sucede entonces con el dolo de terceros? Parece ser que éste es siempre incidental. Esta solución de nuestra ley realmente no me satisface habida cuenta de que el dolo de tercero, si es determinante de la voluntad, puede causar los mismos daños y perjuicios, y aún más, que el proveniente de uno de los contratantes. En otras palabras, no logro encontrar la "ratio" de semejante disposición, aún conciente de que no es propia, exclusiva de nuestra legislación, sino acogida pacíficamente por la mayoría de las legislaciones de los países con derecho escrito, y por los tratadistas.

De la lectura del 1020 nace otra inquietud: al afirmar dicho texto que el dolo debe ser obra de una de las partes, ¿estará excluyendo la posibilidad de dolo determinante, generador de invalidez, en los negocios unilaterales, cuando menos recepticios?²⁴

Sobre el error-vicio la disciplina contenida en el artículo 1015 debe reconocerse como deficiente e incompleta. Ante todo, no existe por ningún lado una clara distinción entre error de hecho y error de derecho (distinción que también sería operante en sede de error obstativo); se dejan además por fuera ciertas hipótesis de error que, a mi concepto, deberían incluirse, tales como el "error in nomine", el error en el valor económico de la cosa, el "error in quantitas", el error en la modalidad del negocio (por ejemplo, en una condición), y el error en los motivos²⁵. Tampoco es clara en nuestra ley la distinción entre error esencial y no esencial, de suma importancia en materia de "error in qualitas"²⁶.

Pasando ahora a examinar la causa²⁷ he de decir que en este terreno han combatido durante mucho tiempo, con probabilidades de

²³ En nuestra jurisprudencia ver, principalmente, sent. Cas. N° 36 de las 14:45 hrs. del 19 de abril de 1960, T.R. vs. S.A., I Sem., tomo II, pág. 637; sent. Cas. N° 103 de las 10:30 hrs. del 3 de diciembre de 1956, F.P. vs. M.M., II Sem., tomo II, pág. 1988; sent. Cas. de las 14:50 hrs. del 1° de diciembre de 1943, J.C. vs. F.L. y otros, II Sem., tomo II, pág. 1159.

²⁴ La duda surge de que, en buen lenguaje jurídico, el término "parte" se usa para distinguir a los sujetos que intervienen en los negocios bi o pluri-laterales.

²⁵ En cuanto a este tipo de error, debería preverse la invalidez cuando el motivo haya sido determinante de la voluntad.

²⁶ Sin embargo, esta distinción la ha venido a establecer bastante claramente nuestra Sala de Casación en su sentencia N° 36 de las 14:45 hrs. del 19 de abril de 1960, cit.

²⁷ Sobre el tema de la causa, recomiendo el maravilloso trabajo de GIORGIANNI, Michele "La causa del negozio giuridico", Giuffrè, Milano, 1961.

éxito casi idénticas, la teoría que niega la autonomía de la causa, sea que la niega como elemento esencial del negocio jurídico, y la que, por el contrario, la afirma. En el ámbito de esta última, han luchado a su vez la concepción subjetiva y la objetiva. Hoy día podemos afirmar, sin miedo a equivocarnos, que ha triunfado la teoría causalista y, de ella, la tesis objetivista, aunque todavía se discute dentro de esta última cuál de todas sus variaciones es la más exacta.

Para nuestro Código (arts. 1007 y 627 inciso 3°) la causa es elemento esencial del contrato (negocio).

Inexplicablemente falta en nuestra ley un instituto al cual los Autores han atribuido siempre con mayor insistencia la función de permitir una investigación acerca de la "justicia" del negocio; me refiero a la "rescisión por lesión", a la hoy llamada "perturbación de la causa" que, como es sabido, establece la ineficacia del negocio en la hipótesis en que un contratante, aprovechándose del estado de necesidad de otro, logre una retribución mayor que la obtenible en condiciones normales. Y digo "inexplicablemente" porque esta institución apareció por vez primera en un rescripto atribuido a los emperadores Diocleciano y Maximiliano, allá por el año 284 d. C.²⁸

En particular, y con mucha razón, la doctrina ha sostenido que mediante este instrumento se hace posible "controlar" la relación de proporcionalidad entre las ventajas y los sacrificios que se derivan del contrato para cada contratante.

Es cierto que desde los tiempos del Código Justiniano el principio de la rescisión por lesión ha sido muy discutido por la doctrina, sobre todo en cuanto al carácter adecuado de las prestaciones en la relación contractual, suscitando consensos y discensos igualmente vivaces y acalorados. Sus adversarios han encontrado en él una inadmisibles limitación de la autonomía privada y una grave derogación del principio que establece que sólo el libre juego de las fuerzas operantes en el mercado puede garantizar una más justa repartición de los sacrificios y ventajas entre los contratantes. Su momentánea abolición por obra de la ley del 14 "fruttidoro" del año tercero se debió probablemente al temporáneo prevailecimiento de esta intransigente corriente de pensamiento. Pero poco tiempo después, Portalis, en la fase de elaboración del "Code Napoléon", abogaba vehementemente por su necesaria inclusión aduciendo que, sin él, el más fuerte dictará leyes al más débil y la moral bien pronto sería desterrada de la legislación y de la sociedad, con grave perjuicio al interés general: "si la lesión enorme no pudiese denunciarse útilmente, no habría pudor ni comedimiento en la asunción de los empeños". Como lógica consecuencia, el Code Napoléon sancionó definitivamente el principio de la rescindibilidad del contrato por lesión²⁹.

En términos aún más generales el Código Civil alemán estableció que podía ser impugnado el contrato con el cual alguien, abusando de la necesidad o de la inexperiencia del otro contratante, se hacía pro-

²⁸ Así, BARCELLONA, Pietro. Op. cit., pág. 242.

²⁹ Así, BARCELLONA, Pietro, op. cit., págs. 243-244.

meter por una prestación ventajas patrimoniales que superaban su valor en modo tal que, habida cuenta de las circunstancias, las ventajas se encontraban en evidente desproporción con la prestación misma.

El Código Civil italiano de 1865 reprodujo esta institución en idénticos términos al Code Napoléon y de ahí pasó, sin sufrir mayores reformas, al hoy vigente Código de 1942 (arts. 1447 y 1448).

Como es fácil comprender de esta sumaria exposición de sus precedentes históricos, la rescisión por lesión no constituye una novedad en la disciplina del contrato, y precisamente por ello no entiendo por qué fue excluida por nuestro legislador del 86. No tengo noticia de que la figura haya sido admitida y aplicada en nuestro medio por vía jurisprudencial.

La causa, además de existir, debe ser "justa", reza el inciso 3º del artículo 627 de nuestro Código Civil (en relación con el 1007 *ibidem*). ¿Qué debemos entender por causa justa? Gramaticalmente justa quiere decir que obra según justicia y razón; y justicia es la virtud que inclina a dar a cada uno lo que le pertenece. Estos conceptos no nos ayudan a esclarecer qué es lo que nuestro legislador pretendía al exigir en el contrato una "causa justa". Debemos entonces concluir, con la mejor doctrina, que por causa justa nuestro legislador quiso decir "causa lícita", arreglada a derecho, dirigida a regular intereses dignos de tutela según el ordenamiento jurídico. Y esto lo confirman los artículos 844 (en donde expresamente se habla de ilicitud de la causa) y 805 (donde se dice "causa contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres", es decir, causa ilícita).

¿En qué consiste la ilicitud de la causa? En la contrariedad de la misma a normas imperativas, al orden público o a las costumbres. Debemos entonces distinguir entre legalidad e inmoralidad como categorías de lo ilícito. Se tiene ilegalidad cuando la causa es contraria, no a todas las normas jurídicas del sistema, sino a aquel específico grupo que son las normas imperativas, sean éstas positivas (consistentes en un mandato) o negativas (consistentes en una prohibición). Sobre estas últimas hay que precisar que no cualquier contrariedad a las mismas implica ilegalidad, pues es preciso que la norma sea "perfecta", es decir, que establezca como sanción la invalidez, pues si es "minus quam perfecta", en cuanto impone únicamente una pena o multa, no hay ilegalidad del negocio en caso de violación de la misma. Debo aún aclarar que no es preciso, para la ilegalidad, que en la norma imperativa prohibitiva esté sancionada "expressi verbis" la nulidad, basta que ella se deduzca del espíritu de la norma. Es esta la llamada "nulidad virtual".

También hay ilegalidad de la causa por contrariedad de la misma al orden público, entendido como aquel cúmulo de principios generales, fundamentales e inderogables de un determinado ordenamiento jurídico.

La inmoralidad se presenta cuando la causa ("turpis") es contraria a las buenas costumbres, sea aquel complejo de principios que constituyen la "moral social", o, si se quiere, el conjunto de las exigencias

éticas de la conciencia social o colectiva existente al momento del negocio.

Nada de esto es claro en nuestro Código Civil que ni siquiera establece la sanción cuando la causa falta, o cuando, presentes, fue ilícita.

Líneas atrás se dijo que en Costa Rica ^{UNIVERSIDAD DE COSTA RICA} excepción del negocio testamentario, los motivos son irrelevantes. Es esta otra de las graves omisiones de nuestra ley, pues si los motivos son de tal entidad que por ellos, y sólo por ellos, el sujeto se ha decidido a contratar, deben ser relevantes y producir, cuando menos, anulabilidad. Pensemos sólo por un momento en el motivo ilícito: ¿es posible que en nuestro país no pueda ser invalidado un negocio con motivo ilícito?

Me planteo aquí la siguiente cuestión: siendo el testamento un negocio jurídico ¿podremos aplicar por analogía las disposiciones de los artículos 580 y 581 a los restantes negocios, sean éstos unilaterales o no?

Nuestro Código falla en materia de "objeto". Como es bien sabido, el objeto del negocio debe reunir ciertos requisitos o cualidades:

- a) Existir (arts. 627, inciso 2º y 629 C.C.);
- b) ser determinado o determinable (art. 630 C.C.);
- c) ser posible (arts. 627, inciso 2º, 629 y 631 C.C.);
- ch) tener un valor exigible (valor económico; art. 630 C.C.) y
- d) ser lícito (art. 631, inciso 2º y 844 C.C.).

No establece nuestro Código la sanción si el objeto falta, pero es de suponer que, tratándose de un elemento esencial general³⁰, habrá nulidad absoluta (arts. 1007, 627 inciso 2º y 835 inciso 1º C.C.; para la compra-venta, ver además el art. 1060).

Si el objeto es indeterminado o indeterminable, el negocio es válido pero no es apto para producir efectos, es ineficaz (art. 630 C.C.; para la compra-venta, ver además el art. 1050 *ibidem*). El negocio adquirirá su eficacia cuando el objeto se determine o se den criterios bastantes para determinarlo.

Si el objeto fuere física o legalmente imposible el negocio es absolutamente nulo (arts. 1007, 627 inciso 2º y 835 inciso 1º C.C.). Y aquí es de rigor hacer el siguiente comentario: la lógica impone que un objeto imposible es igual a un objeto inexistente; así, si la inexistencia del objeto se sanciona, como dije, con la nulidad absoluta, la imposi-

³⁰ Entendiéndolo claro está en un sentido amplio como cosa y como prestación, pues si lo indentificáramos únicamente con "cosa", sería elemento esencial específico, propio de los negocios reales.

bilidad física o legal del mismo debe tener idéntica sanción. Y de esta manera parece entenderlo nuestro Código Civil cuando en su artículo 627, en relación con el 1007, dice:

“Para la VALIDEZ del contrato (negocio) es ESENCIALMENTE INDISPENSABLE: 2º Objeto o cosa cierta y POSIBLE...”.

Se establece aquí la “posibilidad del objeto” como requisito de validez del negocio en modo tal que, para que el negocio sea válido, *debe* tener un objeto (“cosa cierta”) *posible*. Pero, inexplicablemente, en el artículo 631 la imposibilidad del objeto se sanciona con la simple ineficacia del negocio; ¿cuál es entonces la solución correcta?

Si el objeto no fuere reducible a un valor exigible, a un valor económico, el negocio es válido pero ineficaz (art. 630 C.C.).

El objeto, además, debe ser lícito (arts. 631 inciso 2º y 844 C.C.) de lo contrario el negocio es ilícito, como ilícito es el negocio con causa “injusta”. Acerca de las consecuencias, es evidente que el negocio ilícito por ilicitud del objeto es absolutamente nulo, sea que no produce efectos jurídicos (arts. 1007, 627 inciso 2 y 3, 631 inciso 2º, 835 inciso 1º y 844 C.C.). Sin embargo se hace necesario aquí hacer el siguiente comentario: La imposibilidad legal está prevista expresamente en el artículo 631 del Código Civil y se presenta respecto a las cosas que estén fuera del comercio por disposición de ley (inciso 1º) y respecto a los actos ilícitos como contrarios a la ley, a la moral o las buenas costumbres (inciso 2º). Según el número de comentario, la imposibilidad legal (al igual que la física) del objeto produce la simple ineficacia de la obligación.

Por su parte, el artículo 627 dice:

“Para la *validez* de la obligación (léase contrato —o negocio— ante la remisión operada por el 1007) es *esencialmente indispensable*:

2º Objeto o cosa cierta y *POSIBLE*...”

Se fija entonces la “posibilidad” del objeto como requisito de validez y no ya de simple ineficacia del negocio. Y si imposible legalmente es el objeto ilícito en un negocio, siguiendo ese orden de ideas, inválido necesariamente ha de ser el mismo. ¿Pero cómo se salva entonces tan tremenda contradicción? Recurriendo a otras normas que nos aclaren cuál fue la verdadera intención del legislador. Así nos encontramos con el artículo 844 en donde específicamente se habla de nulidad (sea invalidez y no simple ineficacia) del acto o contrato con objeto o causa ilícita.

El negocio ilícito se caracteriza por una contrariedad de su causa o de su objeto a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres. Frente a las normas imperativas, el negocio ilícito se en-

cuentra en una posición de evidente y abierto contraste, es un acto “contra legem”; la violación es segura y manifiesta, aún si las partes la desconocen (art. 1º párrafo 2º C.C.); pero si éstas se han percatado o conocen o quieren a toda costa el resultado prohibido por las normas imperativas, intentarán de seguro soslayar la situación para evitar el franco y claro contraste del negocio con dichas normas. Al efecto pueden seguir dos caminos: a) Cubrir el negocio “contra legem” con el velo de otro negocio aparentemente lícito (la llamada simulación relativa). La ventaja de esta solución estriba en que se logra por completo el mismo resultado prohibido por la ley sin los riesgos directos del negocio ilícito; el inconveniente está en que bien podría tratarse de una consecuencia efímera pues descubierta la simulación, caída la máscara, el negocio simulado resultaría también absolutamente nulo por ser “contra legem”. b) La consideración de esa inconveniencia ha abierto la mente a los prácticos hacia otro camino más tortuoso, por lo general menos satisfactorio pero mucho más seguro: servirse no ya directamente del negocio prohibido, no ya del negocio ilícito cubierto de falsa apariencia, sino de un negocio, o de un sistema consistente en un complejo de negocios y actos, todos ellos lícitos, pero tendientes unos y otros al logro de los mismos fines del negocio prohibido. Tenemos así “fraus legi facta”. Aquí la norma se respeta, puesto que no se choca directamente contra su mandato, pero en realidad se elude su aplicación en cuanto se realiza un resultado final, que si no es ni puede ser idéntico, en especial en el terreno estrictamente jurídico, sí es análogo, particularmente en el terreno práctico, al que se obtiene mediante el negocio ilícito.

Los distintos ordenamientos jurídicos no pueden permanecer diferentes frente a tal expediente o engaño. Nuestro Código, tal y como sucede con el español, carece de una norma como el artículo 1344 del Código Civil italiano del 42, en la que se declara expresamente la invalidez del negocio fraudatorio, pero ello no significa que no castigue este tipo de contrataciones. Y en verdad sería absurdo y contradictorio pensar que la ley mientras por un lado prohíbe el fin ilícito en los contratos, por otro permite alcanzarlo indirectamente a través del negocio en fraude. Para nuestro Derecho Positivo el apoyo legislativo concreto del principio de invalidez de los negocios en fraude de la ley se halla, en mi concepto, en el combinado de los artículos 1, 2, 3 y 10, párrafo 2º del Código Civil. No conteniendo esta “mezcla” de disposiciones la sanción, es decir, el grado de invalidez del negocio fraudatorio, ¿se tratará de nulidad absoluta o de nulidad relativa? Personalmente me inclino por la nulidad absoluta por tres razones: 1) si el negocio ilícito es, como vimos líneas atrás, absolutamente nulo en cuanto su causa o su objeto se contraponen a una norma imperativa, al orden público o a las buenas costumbres, el negocio en fraude de la ley, si bien sus elementos causa y objeto no son ilícitos, al alcanzar un resultado análogo al del negocio ilícito debe ser sancionado con el mismo grado de invalidez; 2) no existiendo una norma “ad hoc” que —como el citado número 1344 del Código Civil italiano establezca el grado de invalidez, debemos inclinarnos por la regla general en esta materia

que es la nulidad absoluta, y no por la relativa que es la excepción; y 3) el párrafo 2º del ya citado artículo 10 habla de nulidad y no de anulabilidad. Y es verdaderamente en esta última disposición donde se encuentra enunciado —aunque no en la forma en que todos deseáramos— el principio general de derecho que informa y sanciona todos aquellos actos y negocios violatorios de la ley (o que la defraudan).

Otro problema surge al determinar qué debe entenderse por “leyes prohibitivas” en el párrafo 2º del artículo 10. Recordemos que, en buena técnica, leyes prohibitivas son una sub-división, un sub-tipo, de ley imperativa, sea aquellas que contienen una prohibición (no debe - no puede), llamadas también negativas. ¿Querrá con ello decirse que los actos o contratos contrarios a las normas positivas (el otro tipo de norma imperativa) o contra el orden público o las buenas costumbres no son inválidos?³¹.

En síntesis, los negocios en fraude de la ley, en cuanto negocios reales, es decir, efectiva y seriamente queridos y realizados lo mismo en sí que en su resultado, son, al igual que los negocios contra legem, sea aquellos directamente contrarios a normas inderogables, ilícitos. Su contrariedad se considera como existente y operante no obstante el artificio o engaño, no obstante la desviación a la que se ha recurrido.

Dado el breve tiempo de que dispongo me veo forzado a concluir mi exposición en este punto. Por fuera han quedado muchos aspectos interesantes de la teoría del negocio: los requisitos de eficacia, los efectos propiamente dichos y sus vicisitudes, la teoría de la invalidez, la representación, la interpretación. Respecto a todos y cada uno de ellos encontramos defectos más o menos graves en nuestra legislación; todos y cada uno de ellos claman a gritos por una inmediata reforma.

Hemos visto sumariamente algunas de las deficiencias más serias de que, a mi concepto, adolece nuestro Código Civil. La más seria de todas: la falta de sistematización y de adoptar una teoría que, como la del negocio jurídico, sirva de columna vertebral, de punto de apoyo, para todas aquellas manifestaciones de voluntad producto de nuestra propia autonomía y para que, con una buena teoría general, puedan resolverse, con cierto grado de exactitud y equidad, los problemas que a diario se esgrimen en los Tribunales de Justicia.

³¹ Absurdo sería hacer aquí, a mi concepto, una interpretación de tipo restringido y literal del párrafo de comentario. Así las cosas, sostengo que el concepto de “leyes prohibitivas” debe ser entendido en sentido lato, sea incluyendo las restantes normas imperativas (las positivas), el orden público y las buenas costumbres.

EL SERVICIO SOCIAL EN COSTA RICA

Licda. Laura Guzmán Stein

El Servicio Social en Costa Rica, es relativamente nuevo como disciplina profesional. No fue sino hasta 1940 que el Dr. Rafael Angel Calderón Guardia promueve la creación de una Escuela de Servicio Social, fundándose ésta el 18 de marzo de 1942 en la ciudad de San José¹.

Anterior a su establecimiento, se realizan intentos prácticos de Servicio Social en algunas de las instituciones de bienestar social, en las cuales por una carencia de formación adecuada y de elementos teóricos y técnicos suficientes, las acciones son asistenciales y empíricas.

Con la constitución de la Escuela de Servicio Social se pretende una mejor formación técnica que conlleve a una mejor práctica profesional, a la vez que colaborar con las instituciones de bienestar social del país con personal capacitado.

Pero para comprender las razones detrás de la institucionalización del Servicio Social en nuestro país, se hace necesario analizar el momento histórico que se gestaba en aquellos días.

La década de los años 40 se caracteriza por la actuación del Partido Comunista, desencadenamiento de una serie de movimientos populares y la promulgación de trascendentales políticas sociales (Código de Trabajo, Seguro Social) en los campos de la seguridad y legisconstitucional. La afluencia de grupos de presión populares en demanda de mayores garantías sociales, obliga a los gobernantes de la época a preocuparse por las demandas del pueblo, aun cuando dichos gobiernos fueran voceros de la burguesía.

La asistencia social no resuelve los problemas sociales con eficiencia y rapidez. Al ampliarse los servicios sociales gubernamentales a un mayor grupo de personas, se hace necesario una labor más rápida, técnica y efectiva, bajo la égida del Estado.

El Servicio Social se caracterizó por mucho tiempo por su práctica espontánea con poco apoyo científico en la acción. Las nociones de

¹ Calderón Guardia, Dr. Rafael Angel. El gobernante y el hombre ante el problema social costarricense; San José. Imprenta Universal, 1971, p. 4.
Bustamante, Lic. Rosa Ma. M. de. Algunas notas sobre la formación para el Servicio Social; Publicaciones de la U. de C.R., N° 189, 1969, pág. 10.
* TS = Trabajado Social.

bienestar social y de humanismo se conceptualizan en abstracto y con un carácter ahistórico, teniendo ese último término un gran peso en el momento de consideraciones ideológicas. La sociedad es comprendida como una abstracción perfecta, armónica y equilibrada, negándose la existencia del conflicto y la lucha de clases.

El "visitador social" de la época y los departamentos, secciones y oficinas de Servicio Social de las instituciones trabajan bajo la tutela por lo general, de abogados y médicos, limitando su labor a la elaboración de estudios socio-económicos, visitas al hogar, gestiones y entrega de subsidios a la individuos y familias.

Como ejemplo, consideramos la Sección de Servicio Social de la Caja Costarricense de Seguro Social. Esta delineaba como funciones de las "visitadoras sociales" el mediar entre patronos y trabajadores para resolver los problemas laborales, orientar acerca de las leyes y reglamentos de la institución, controlar el seguimiento de las enfermedades infecto-contagiosas, ingresos de pacientes y las quejas de los usuarios sobre la atención médica, paramédica y administrativa (según Informe Anual presentado por el Servicio Social de la C.C.S.S., 1972).

De lo anterior se desprende que el trabajador social labora como funcionario paraprofesional desempeñando funciones impropias de nuestro campo profesional. Por otra parte, representa los intereses de la institución y de la burguesía nacional y no los de los usuarios, mediando usualmente en los conflictos entre los representantes de clases sociales antagónicas: patrono-obreros, Estado-enfermos, Estado-familias marginadas.

En síntesis, el Servicio Social al igual que otras profesiones, aparece en Costa Rica como un instrumento de dominación, ya que el trabajador social defiende los intereses de la clase dominante, pretendiendo con ello la adaptación del hombre al medio socio-político aun cuando ese medio sea explotación*.

Su posición como disciplina práctica y seudoprofesional se mantiene en nuestro país por muchos años y aun hoy día en la mayoría de nuestras instituciones. Las raíces que explican ese fenómeno puede comprenderse a través del análisis del papel que el Servicio Social ha jugado en la sociedad capitalista y en las Ciencias Sociales en general.

Las ciencias han sufrido por mucho tiempo la influencia del Positivismo, racionalidad que divide la ciencia en una "ciencia pura" y "aplicada", separando la especulación de la acción.

Dicho desfase podría comprenderse mejor con las palabras de Vicente de Paula Faleiros:

* El hombre es en este caso para la Ciencia Social, un objeto producto de las circunstancias y de la educación, negándosele su carácter y potencial transformador. (Vicente de Paula Faleiros, Trabajo Social: Ideología y Método, Ecro).

Esta separación de la teoría de la práctica tiene un significado social, que es necesario analizar. Se vincula a un tipo de sociedad, a una clase y a una ideología determinada, a la división del trabajo.

Este desfase entre la especulación y la acción implica una dominación de los que ejecutan por los que piensan.

... Esto expresa la visión de la sociedad de la clase dominante burguesa, que ve al mundo a través de su esquema ideológico, que separa la acción del conocimiento y el conocimiento de la acción para justificar la propia división de clase: una para "pensar", otra para "trabajar". Según esta concepción positiva la verdad sólo existe en la contemplación, en la especulación pura, en fin, en la clase dominante².

El Servicio Social construye su marco teórico con los elementos que le entregan otras ciencias sociales, sin considerar los elementos que su propia práctica puede dar.

Desempeña por lo tanto, una función de llevar a la práctica esos elementos producto de la especulación de otras disciplinas. Por eso su acción es poco científica y espontánea. Además de constituirse en una práctica al servicio de los intereses de la clase dominante, sirve a los intereses de otras disciplinas, tales como el Derecho y la Medicina, incapaz de responder a sus propios intereses. De ahí que se conforme con un quehacer para-médico y para-jurídico. En este marco, las dos disciplinas anteriores representan en el ramo profesional a la clase dominante, que condiciona el curso de las disciplinas para profesionales como el Trabajo Social y la Enfermería.

En vez de aprovechar aquella coyuntura histórica —las luchas del incipiente movimiento obrero—, el Servicio se alió a los intereses de la burguesía constituyéndose en un portador de valores capitalistas. El trabajador social de la época, al igual que otros profesionales, no logra por las características de su misma formación, comprender las raíces sociales y políticas de los hechos que se gestaban ni el papel revolucionario de los sectores populares.

La Escuela nace y se desarrolla en este contexto como centro educativo destinado a preparar trabajadores sociales cuya función principal será la de adaptar al individuo a su sociedad. Hay un compromiso explícito con los intereses del Gobierno Central y los grupos sociales que éste representa, ya que sus planes de estudio responden a los objetivos que persiguen éstos, al tipo de funcionario que las instituciones financieras necesitan*. A través de sus planes de estudio puede ser captada la ideología orientadora: defender y servir al Sistema Capitalista, ayudando a corregir las disfunciones del mismo, representadas principalmente en los problemas de patología social.

² De Paula Faleiros, Vicente. Ideología y Método en el Trabajo Social; Editorial ECRÓ, pág. 78.

* Entre ellas, la C.C.S.S. y el Patronato Nacional de la Infancia.

Una de las preocupaciones principales de la Escuela y de la profesión en general es la de luchar por conseguir un mayor status profesional, con el objeto de adquirir mayores reivindicaciones laborales. Por eso y para mejorar su situación económica, la institución se integra a la Universidad de Costa Rica³. Ello, si bien es una muestra de su debilidad, le asegura la supervivencia y un mayor status académico.

No obstante, su anexión precipitada a la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales contribuye al estancamiento de la Escuela, ya que la primera no tenía clara función de la Escuela y del Trabajo Social, y la segunda no había adquirido todavía la suficiente madurez y experiencia para integrarse a la universidad.

Lo anterior, aunado a la falta de claridad sobre el papel profesional, su función en la sociedad costarricense y su poco compromiso con la problemática de los sectores populares, estimula la formación de trabajadores sociales poco claros del papel dinámico y transformado que podrían desempeñar en el país, no comprometidos con su problemática, constituyéndose en muchas oportunidades en obstaculizadores para un cambio social revolucionario, acorde a las necesidades objetivas nacionales y latinoamericanas.

Durante ese período, la Escuela de Trabajo Social enfrenta los siguientes problemas:

1. La formación es fundamentalmente teórica. La carencia de un plan de práctica condiciona un mayor desfase entre teoría y acción, entre lo que en esa unidad académica se enseña y lo que se hace en la institución diariamente.

Es difícil por otra parte, evaluar objetivamente la calidad de sus programas teóricos, en la línea de si éstos responden realmente a las necesidades de la problemática que debe enfrentar el trabajador social, pues no cuentan con un marco de referencia adecuado. Asimismo, el sistema impide que el alumno pueda ser evaluado en cuanto al desarrollo de su capacidad para integrar teoría y práctica, siendo ésta una de las condiciones básicas para el trabajo científico.

2. El anexarse a la Facultad en calidad de departamento de la misma, obstaculizó parcialmente la estructuración de un plan de estudios adecuado a los intereses del Servicio Social. El estudiante tiene que llevar el plan de estudios de Economía, concluyendo al final con un bloque de materias de Servicio Social a fin de obtener una especialización en el mismo.
3. Los esfuerzos dedicados al logro de una mayor autonomía de la Facultad impiden una rápida organización interna y la debida preparación de los planes de estudio.

³ Op. Cit. Bustamante, pp. 14-15.

4. La carencia hasta ese momento de un marco teórico y de referencia claros y explícitos que guíaran la enseñanza impartida por la Escuela, limita la formulación de metas claras, redundando en una patente desorientación profesional.

El campo de la Metodología gira dependientemente de los métodos clásicos de caso, grupo y desarrollo de la comunidad, con predominancia del primero. Esa dependencia en el Servicio Social norteamericano se explica en las razones apuntadas líneas antes, conjuntamente con el hecho de que la mayoría de los profesores de la Escuela eran graduados de escuelas estadounidenses. El esquema metodológico apuntado responde a la línea ideológica del modo de producción capitalista, considerándose justificable aislar a unos sectores sociales de otros, pues la causa de los problemas no está en el sistema mismo, sino en los individuos y grupos, lográndose con ello la existencia de una lucha de clases.

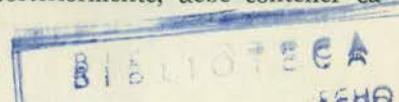
Con la enseñanza y práctica del método de Caso Social Individual, se produce un desfase de graves consecuencias para el Servicio Social costarricense. En la enseñanza del mismo se emplean textos preparados en el extranjero, cuyas referencias responden a situaciones características de países desarrollados, enfocando soluciones para sociedades capitalistas desarrolladas. El desfase en este caso, es entre lo que enseña la Escuela y la problemática que debe enfrentar el T. S. en las instituciones. De esa experiencia se deriva que el método no puede ser aplicado correctamente en nuestro país debido a:

1. No disponer de recursos humanos y materiales suficientes;
2. No contar con una estructura institucional similar a la norteamericana;
3. No contribuye a transformar la realidad ni a superar el desarrollo, sino a mantener el sistema capitalista dependiente.

Lo anterior unido a la poca criticidad, falta de compromiso y poca claridad del rol profesional, contribuye a que muchos trabajadores sociales defienden el sistema imperante y actúen según los intereses de la clase dominante, produciéndose asimismo frustración, impotencia y conformismo ante la ineficacia de la acción profesional. Igualmente, ha faltado interés para la elaboración de teoría científica propia producto de la experiencia práctica de los trabajadores sociales.

El concepto de "práctico" entre nuestros profesionales ha calado hondo, asumiéndose una actitud pasiva, dependiente y de importancia y en muchos casos, una conciencia ingenua con respecto al cambio de orientación en el Trabajo Social.

Las décadas del 50 y 60 reflejan en América Latina especialmente, una reacción hacia el tecnocratismo, no sólo en el Servicio Social sino en otras disciplinas sociales. Con anterioridad a esa época, la ciencia tiene un carácter teórico abstracto, posteriormente, debe contener ca-



racterísticas eminentemente prácticas como ciencia pragmática y eficiente. "Para el Pragmatismo la separación entre teoría y práctica, es una forma de justificar un mundo eficiente, de producción y consumo que sirva a las clases dominantes"⁴.

La influencia del tecnocratismo en el Servicio Social se refleja en el "metodologismo ascéptico", corriente que promueve el desarrollo y depuramiento de los métodos clásicos y se apoya en métodos secundarios tales como la Investigación Social, la Administración de programas de Bienestar Social y la Supervisión, pues según evaluaciones de los organismos internacionales, la formación de los profesionales era deficiente fundamentalmente por carencias en estas áreas. La Escuela de Trabajo Social de Costa Rica no estuvo exenta de dicha influencia, introduciendo en sus programas cursos que abarcaban esos contenidos.

A nivel interno de la institución así como a nivel del resto de las instituciones de bienestar social, el metodologismo toma fuerza negando todo aquello que tenga que ver con compromiso, ideología y política, alegándose que la ciencia y la técnica son apolíticas, neutras y no se comprometen con grupo social alguno, sino que sirve por igual a todas las clases sociales.

Uno de los hechos históricos decisivos y de gran influencia sociopolítica para el desarrollo de la corriente "Desarrollista" ha sido la Revolución Cubana, marcando un nuevo período en las políticas de ayuda exterior de los Estados Unidos, y seguidamente en las políticas estatales de los países latinoamericanos.

El ejemplo del pueblo cubano para el resto del continente podía acarrear consecuencias nefastas para el sistema capitalista. Para contrarrestar esas posibles consecuencias, los Estados Unidos desarrollaron un conjunto de política "desarrollistas", operacionalizándolas a través del programa "Alianza para el Progreso". Dicho programa, se presenta como programa político, proponiendo un conjunto de reformas estructurales secundarias en el marco del desarrollo "gradual, organizado y con la participación conciente, voluntaria y responsable del individuo"⁵.

Es durante este período cuando toman auge los programas de "reforma agraria", "desarrollo de la comunidad" y otros, a través de los cuales el trabajador social aparece como uno de los técnicos más importantes para las tareas de "integración de los individuos al sistema".

A nivel de los diversos organismos internacionales, representantes y portadores de los intereses del centro hegemónico, predomina la preocupación porque dichos programas se desenvuelvan en un marco técnico y con márgenes de amplia eficiencia. En base a lo anterior, orientan parte de sus recursos hacia programas de asesoría educativa para niveles superiores y para instituciones gubernamentales que desarrollan programas de bienestar social.

Las diversas reformas hechas al plan de estudios de la Escuela son producto de estas influencias, y fundamentalmente de las recomendaciones de expertos de esos organismos, en especial de las Naciones Unidas. Las evaluaciones de los programas son realizadas por estos funcionarios y no por profesores de la institución, creándose situaciones de dependencia interna y externa. Las políticas generales se definen desde el extranjero con anuencia de las autoridades nacionales; los cambios internos no vienen acompañados de un proceso de autocrítica sobre la acción desarrollada por la Escuela de un análisis objetivo en relación a estas recomendaciones ni de los intereses detrás de las mismas. Una situación similar se suscitó en las instituciones de bienestar social, siendo sumamente respetadas las opiniones de los organismos internacionales.

Para esos entes, se hacía necesario contar con un Servicio Social técnico y eficiente, capaz de resolver muchos de los problemas que presentan la generalidad de nuestras poblaciones, especialmente en la línea de mejorar los niveles de vida y de salud de la gente a fin de garantizar la supervivencia del sistema capitalista y de las clases dominantes. En este sentido, lo importante no es sólo realizar un trabajo de alto nivel técnico, sino que al mismo tiempo resuelva las situaciones correctamente y con rapidez para así evitar brotes peligrosos.

Las políticas de estos organismos responden a los intereses de los países del centro, y son acogidos por las clases dominantes latinoamericanas, explicándose así el por qué interesa institucionalizar y fortalecer un Servicio Social acorde a esos intereses.

En 1967 es aprobada la Ley del Colegio de Trabajadores Sociales. Este organismo como todos los de su tipo, ha jugado en la vida nacional un papel gremialista, dedicándose a las luchas por mayores reivindicaciones laborales para sus asociados. Si bien hay un interés por regular el ejercicio de la profesión, esta lucha se desarrolla desvinculada de las necesidades y luchas de los sectores populares y del país en general. Algunos de sus miembros han intentado darle una orientación diferente, topando sin embargo, con obstáculos grandes. Un gran sector del Colegio se identifica con un servicio clásico y defienden el sistema actual. En cierta medida, el proceso de reestructuración de la Escuela en 1972, agudiza las contradicciones dentro del gremio, viéndose sus asociados presionados para asumir posiciones de clase. Si bien algunos cambios comienzan a vislumbrarse, el futuro está en las nuevas generaciones, formadas bajo postulados y objetivos profesionales diferentes.

En 1971 se inicia para la Escuela y el Trabajo Social una época nueva, producto de varios años de crisis y de un enfrentamiento de las contradicciones fundamentales de la profesión y del país.

Profesores y estudiantes se abocan a un cuestionario serio de los planes de estudio, de los fines y objetivos del Trabajo Social y de la formación de los estudiantes y de la estructura organizativa de la institución educativa.

Por primera vez se trabaja alrededor de una reestructuración total de la unidad académica sin recurrir a la asesoría de organismos internacionales. El estudiantado, como movimiento organizado y crítico,

⁴ Op. Cit. de Paula Faleiros, pág. 79.

⁵ Ibid., pág. 42.

asume un papel fundamental en todo ese primer período, el cual si bien venía gestándose desde 1968, se consolida definitivamente en 1972.

El producto de las dos Jornadas de Trabajo de 1971 y 1972, de la Comisión de planes de Estudio, de la Asociación de Estudiantes y en general, de la comunidad formada por alumnos, profesores y egresados comprometidos con el proceso, es un nuevo plan de estudios y una política general de reestructuración interna de la Escuela acorde a esa nueva orientación del Trabajo Social, la cual queda plasmada en el primer Plan de Acción. No obstante esos esfuerzos, ya desde entonces se vislumbró que ni el Plan de estudios ni el plan de acción podían ser definitivos, pues si reconocemos los principios de la dialéctica, éstos en realidad quedan planteados como punto de partida, a fin de que en 1976 dispongamos ya de un plan de estudios y una estructura interna acordes a las necesidades de nuestro país.

El Servicio Social en la zona cubierta por el C.R.U.S.R.

En el año de 1974 se efectuó un estudio sobre la realidad del Servicio Social en la zona cubierta por el Centro Regional de San Ramón. En ella participaron estudiantes y profesionales de la carrera, investigándose la problemática económica y socio-política del área, así como todo lo concerniente a la profesión.

Expondremos a continuación algunas de las conclusiones más salientes encontradas en el estudio:

1. El 80% de las plazas existentes están en el campo médico-social, especialmente en hospitales de la Caja Costarricense de Seguro Social y hospitales regionales.
2. Los campos de acción hasta el momento, abarcan las áreas médico-social, educación superior y promoción social (IMAS y DINADECO). Llama la atención el hecho de que siendo la zona rural no se hayan abierto campos importantes que contribuyan a desarrollar las potencialidades de las comunidades campesinas, tales como el ITCO, MAG, sistema de educación primaria, secundaria y vocacional.
3. El 70% de los funcionarios que se encuentran desempeñando algún tipo de función en el campo del Trabajo Social tiene poca capacitación en el campo o ninguna. Del otro 30%, sólo dos son licenciados. Ellos es indicador de una urgente necesidad de capacitación adecuada para toda esta población, ya que como enunciamos luego, no conoce ni siquiera lo básico del Servicio Social clásico, mucho menos lo que es Trabajo Social. Asimismo, las funciones que desempeñan no corresponden a las propias del Servicio Social.

4. La población de funcionarios con poca o ninguna capacitación demuestra en un 80% un interés por capacitarse adecuadamente y porque la Escuela de Trabajo Social les comunique periódicamente sobre metodología, realidad nacional, planificación, investigación, etc. Además, muchos de ellos han demostrado una mística en sus trabajos poco común, ya que aun cuando no tengan claro lo que es Trabajo Social y desempeñen funciones asistenciales, dedican a su trabajo con las personas que solicitan sus servicios más del tiempo que la institución está en capacidad de reconocerles económicamente. Este factor debe ser aprovechado positivamente a fin de canalizar ese compromiso por un cambio que sí responda a las necesidades de los campesinos.

5. Los programas de las oficinas, servicios y departamentos de Servicio Social prestan un conjunto de deficiencias: objetivos mal planteados y poco concretos, funciones poco claras, utilización inadecuada de la metodología y poca innovación, desconocimiento en muchos casos de los principios operacionales y postulados básicos del Servicio Social, rol profesional poco concreto y en un 100% respondiendo a las expectativas de los sectores dominantes (rol de mediador, catalizador e integrador).

6. Los servicios en su totalidad, deben trabajar con un mínimo de recursos, siendo el más serio el de transporte, lo que dificulta la buena marcha del trabajo.

Por otra parte en todas las instituciones se tiene una visión distorsionada del rol y las funciones del Trabajo Social, por lo que éste encuentra limitaciones serias para desempeñarse de acuerdo a los postulados de la "reconceptualización" (v.g. Hospital de San Ramón y C.R.U.S.R.).

7. Para el trabajo en equipo multidisciplinario, en aquellos casos en que han habido intentos, el T.S. ha sido relegado al nivel de para-profesional. Ello hace necesario por parte de la carrera la definición de un proyecto a través del cual se oriente tanto a trabajadores sociales así como a otros profesionales y técnicos sobre las funciones de un T.S. y el trabajo multidisciplinario.

8. Las funciones de los trabajadores sociales no son definidas por éstos, sino por los niveles superiores en las instituciones, generalmente ocupados por profesionales en otras disciplinas. Ello es indicador de una dominación interna dentro de la institución misma. Además, en un 95%, los trabajadores sociales deben desempeñar funciones para-profesionales.

9. Las tareas o acciones que se realizan son en todos los casos o asistenciales o promocionales o ambas, pero no contemplan tareas de concientización, organización y capacitación social.

De todo lo anterior se desprende la urgencia para que la Carrera inicie a la mayor brevedad posible una política de acercamiento con las instituciones de la zona con el fin de prestar servicios de asesoría y apoyo y otra de capacitación en carreras cortas. Asimismo, debe en el transcurso de este año, iniciar por lo menos una jornada de estudio y reflexión con todos aquellos funcionarios en trabajo social del área con el fin de obtener un mayor conocimiento de la problemática profesional, un acercamiento entre funcionarios y entre ellos y la Carrera, conocer más detenidamente sus concepciones sobre el trabajo que realiza la Escuela y la definición de políticas que abarquen la acción de la Carrera con los respectivos servicios de Servicio Social en las instituciones.

Por otra parte, se ha concebido la posibilidad de que este tipo de trabajo conjunto pueda generar una organización fuerte y estable del gremio en San Ramón y su zona de influencia, no con fines gremiales sino con fines orientados hacia los sectores populares.



INDICE

	Pág.
El derecho costarricense se actualiza. <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	7
Costa Rica: Estado social de derecho. <i>Prof. Eduardo Ortiz Ortiz</i>	23
Observaciones sobre el delito de violación. <i>Dr. Francisco Castillo González</i>	159
La teoría del negocio jurídico frente a la legislación civil costarricense. <i>Dr. Gastón Certad M.</i>	191
El servicio social en Costa Rica. <i>Licda. Laura Guzmán Stein</i>	213



Se terminó de imprimir
en los Talleres Gráficos de
Trejos Hnos. Sucs., S. A.
en el mes de marzo de 1977.