

Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Colegio de Abogados
Nº 61 - Cuatrimestral
Set. - Dic. - 1988 - 192 págs.

I Derecho - Revistas

Hecho el depósito de Ley.

Impreso en Costa Rica.

Dirección: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.
San José (Costa Rica) América Central

(c) Colegio de Abogados.
Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho - Editorial Universitaria).
ISSN

0034-7787

REV 156062
CONSEJO ASESOR:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Dr. Enrique Rojas Franco

Dr. Gonzalo Fajardo Salas

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Bernardo Van Der Laat Echeverría (Decano)

Dr. Víctor Pérez Vargas

Dr. Rodrigo Barahona Israel

Esta Revista solicita el *canje* con las demás publicaciones de la misma índole.

Nous prions d'établir *L'échange avec cette Revue.*

We always appreciate *exchange* with this Review.

Solicitamos *a permuta* dos publicacoes.

Correspondencia, artículos para su publicación; y, canje pueden enviarse a cualquiera de estas dos direcciones:

Revista de Ciencias Jurídicas
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica. *San José*. Costa Rica

Revista de Ciencias Jurídicas
Colegio de Abogados
Zapote. *San José*. Costa Rica.



Director y Editor

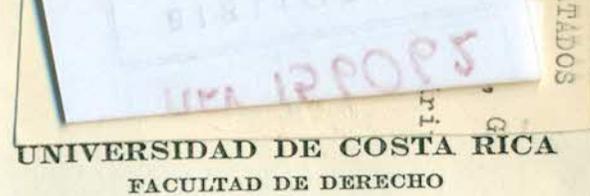
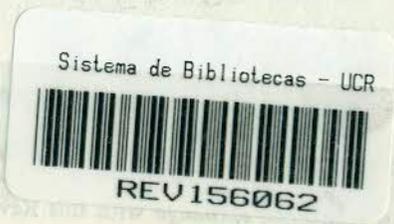
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

4 DIAS

340-R

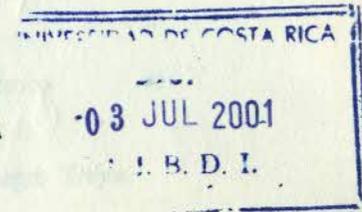
No. 61 / Set-Dic / 1988

REV 156062-



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS



REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

61
(1963 - 1988)

25 AÑOS



SAN JOSE, COSTA RICA
SEPTIEMBRE — DICIEMBRE

1988



**JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS**

1988

Presidente:

Dr. Enrique Rojas Franco

Vicepresidente:

Lic. Rodrigo Montenegro Trejos

Secretario:

Lic. Marco A. Jiménez Carmiol

Prosecretario:

Lic. Bernal Ulloa Flores

Fiscal:

Lic. Oscar Fonseca Montoya

Tesorero:

Dr. Gonzalo Fajardo Salas

Vocal 1:

Licda. Aracelly Pacheco Salazar

Vocal 2:

Lic. Rafael Valle Guzmán

Vocal 3:

Lic. Pedro J. Beirute Rodríguez

Vocal 4:

Lic. Juan Diego Rojas Araya

Vocal 5:

Licda. María E. Solera Flores

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Director Consejo Universitario:
Dr. Nelson Gutiérrez

Rector:
Dr. Luis Garita Bonilla

Vice-Rectora de Docencia:
Licda. Elizabeth Odio

Vice-Rector de Investigación:
Dr. Primo Luis Chavarría

Vice-Rector de Acción Social:
Dr. Sergio Guevara

Vice-Rectora de Vida Estudiantil:
Lic. Fernando Mayorga

Vice-Rector de Administración:
Máster Carlos Serrano

Decano Facultad de Derecho:
Dr. Bernardo Van Der Laat

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

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas:
Dr. Diego Baudrit Carrillo

Decano Sistema de Estudios de Posgrado:
Dr. Luis Estrada Navas

Coordinador de la Comisión Editorial:
Ing. Mario Murillo Rodríguez

PRESENTACION

61 NUMEROS EN 25 AÑOS

Con esta revista, en su edición número 61 de 1988, correspondiente a los meses de setiembre a diciembre, se cierra el año en que se cumple un cuarto de siglo de publicarse ininterrumpidamente la Revista de Ciencias Jurídicas, con el vital y decidido apoyo institucional de la Universidad de Costa Rica y del Colegio de Abogados.

Ambas instituciones han participado en la celebración de estos 25 años de la revista en un acto académico y solemne realizado en la sede del Colegio de Abogados el 25 de agosto de 1988. Fue un acto de vital importancia en el cual se puso de relieve el desarrollo del pensamiento y la cultura jurídica del país materializado en 60 números de la revista.

En la presente edición se publican trabajos de investigación en Derecho constitucional, penal, comercial, internacional, criminología y Teoría del Estado.

Asimismo, se publican varias reseñas bibliográficas.

El director y editor



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

Dr. Carlos José Gutiérrez
CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

En la ciudad de San José, Costa Rica, a los 15 días del mes de Mayo del año 1980.

Yo, el suscrito, Dr. Carlos José Gutiérrez, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Costa Rica, en virtud de mi cargo, he suscrito el presente documento.

En la presente ciudad de San José, Costa Rica, a los 15 días del mes de Mayo del año 1980.

Yo, el suscrito, Dr. Carlos José Gutiérrez, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Costa Rica, en virtud de mi cargo, he suscrito el presente documento.

Yo, el suscrito, Dr. Carlos José Gutiérrez, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Costa Rica, en virtud de mi cargo, he suscrito el presente documento.

Yo, el suscrito, Dr. Carlos José Gutiérrez, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Costa Rica, en virtud de mi cargo, he suscrito el presente documento.

Yo, el suscrito, Dr. Carlos José Gutiérrez, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Costa Rica, en virtud de mi cargo, he suscrito el presente documento.



LA CONSTITUCION NORTEAMERICANA COMO LEY IMPORTADA

Dr. Carlos José Gutiérrez

Catedrático Universidad de Costa Rica
Profesor de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
Embajador de Costa Rica
ante las Naciones Unidas

El presente documento tiene como finalidad exponer los fundamentos de la tesis de la importación de la Constitución Norteamericana a Costa Rica. En primer lugar, se analizará el concepto de importación de la Constitución, que se refiere a la adopción de un sistema constitucional extranjero sin que exista un vínculo de dependencia o tutela. Luego, se examinará el caso de Costa Rica, donde se ha adoptado el modelo norteamericano de gobierno representativo y presidencialismo. Se argumentará que esta importación ha sido exitosa porque ha permitido la consolidación de una democracia estable y el desarrollo de un sistema de derechos fundamentales que garantiza la libertad y el bienestar de los ciudadanos. Finalmente, se concluirá que la importación de la Constitución Norteamericana ha sido una decisión acertada que ha permitido a Costa Rica alcanzar un alto nivel de desarrollo democrático y económico.

SUMARIO:

Introducción

- I. La Federación
 - A. Planteamiento
 - B. Comparación
 - C. Los hechos anteriores y posteriores
- II. El régimen presidencial
 - A. El modelo
 - B. Las alternativas iniciales latino-americanas
 - C. La situación costarricense
- CH. Conclusiones
- III. El control de constitucionalidad
 - A. La gran invención
 - B. La evolución costarricense

INTRODUCCION

Este año de 1987 se conmemora el bicentenario de la firma de la Constitución de los Estados Unidos de América y las celebraciones, de acuerdo al plan trazado, seguirán hasta el momento en que se cumpla el segundo centenario de su entrada en vigencia. La efeméride tiene una enorme importancia para el pueblo norteamericano pero no puede limitarse a él. Desborda las fronteras del país de su vigencia y debe ser objeto de la consideración de los estudiosos del Derecho Constitucional en todo el mundo.

Se trata de la Constitución Política de más larga vigencia en la historia de la humanidad, que, a la vez, es el primer ejemplo del régimen constitucional de los países democráticos. Junto con la Constitución francesa de 1791 inicia la etapa contemporánea del Derecho Constitucional, aquella en la que los documentos escritos y rígidos adquieren carta de ciudadanía universal y se transforman en parte básica e indispensable de todos los sistemas jurídicos. El documento norteamericano ha influenciado directa o indirectamente las instituciones políticas de gran número de países. Es el más claro ejemplo de lo que creo debe llamarse "documento faro".

He utilizado ya algunos términos que creo ameritan explicación previa al desarrollo de lo que quiero decir: cuando se habla de las normas jurídicas se acostumbra señalar su condición de modelos de conducta. Al prescribir una acción como obligatoria, le señalan a los sujetos de derecho un comportamiento que debe ser acatado, que debe realizarse por todo aquél colocado en la situación prevista como supuesto por la norma. En ese sentido, toda norma, o grupo de normas que en su conjunto regulan un aspecto del comportamiento, es un modelo. Miguel Reale ha realizado un profundo estudio de las normas jurídicas como modelos de conformidad con ese significado.⁽¹⁾

El presente trabajo tiene un enfoque totalmente diferente: el conjunto de normas que forman una Constitución no se contempla como la regulación de las estructuras fundamentales del Estado para el cual rige. Es visto como un ejemplo, que es utilizado por otros Estados, como fuente de estudio a que se recurre para buscar en ella ideas que sirvan para la solución de los problemas del país que las adopta. Asume la Constitución un carácter de *lege ferenda*, es tomada como *modelo*.

(1) *O Direito como experiencia*. (Edicao Saraiva, Sao Paulo, 1968). Especialmente en el Ensayo VII "Estruturas e Modelos da Experiencia Juridica. O problema das Fontes de Direito". P. 147-186.

Cualquier caso como éste viene a ser un ejemplo del fenómeno de la "ley importada", sea de la copia o trasplante de instituciones jurídicas a un medio distinto del que sirvió como nutriente de su creación. En la medida en que la utilización del modelo no es un hecho aislado, que ocurre en un solo país, que circunstancialmente, toma instituciones de otro sino que es tomado por una multiplicidad de estados, en una forma repetida y frecuente, estamos entonces frente a un documento-faro, sea una pieza importante para el progreso de una rama específica del Derecho, que ilumina y marca un hito fundamental en el avance de una disciplina.

La ley importada es un fenómeno muy frecuente y significativo del Derecho latinoamericano.⁽²⁾ Tal y como ha ocurrido a todos los pueblos que han estado sujetos a procesos coloniales, los pueblos del Continente Americano experimentaron una sustitución de los sistemas jurídicos de sus aborígenes por el Derecho traído por los conquistadores. El cambio del período colonial, se prolongó luego durante el período de Independencia, cuando, en el ejercicio de su propio destino, las nuevas naciones, miraron al Mundo y escogieron modelos que deseaban seguir.

Ninguno de los conjuntos normativos que han sido usados como modelos para el desarrollo jurídico latinoamericano ha tenido mayor impacto en el Derecho público que la Constitución de los Estados Unidos de América. Sólo el Código Civil francés puede haber tenido, en el Derecho privado un efecto similar. De ahí que, en forma totalmente independiente de los estudios que sobre su Constitución hagan los norteamericanos, en ocasión del segundo centenario, resulta obligatorio aprovechar el momento, para considerar su influencia sobre América Latina, sea verla como documento-faro. Ello supone preguntarse cuáles fueron las instituciones creadas por la Constitución de los Estados Unidos que fueron adaptadas o copiadas en América Latina, qué modificaciones sufrieron al ser incorporadas a ellas, cuál fue el período durante el cual tuvieron lugar esas influencias y cuál fue la efectividad de su funcionamiento en los países de adopción.

Un estudio regional sobre el tema produciría resultados de enorme importancia para una mejor comprensión de las instituciones jurídicas latinoamericanas. Rebase sin embargo, las posibilidades de un investigador individual, que, además se ocupa de estas tareas con una dedicación ocasional. Por ello, mi esfuerzo se limita a estudiar la relación que pueda existir entre las estructuras constitucionales de los Estados Unidos y Costa Rica. Como ejemplos para una tarea de Derecho Comparado, se dan profundas disimilitudes entre los objetos de comparación, la nación más poderosa de la época actual se compara con uno de los Estados más pequeños del Continente. Ambos Estados pertenecen, además, a familias diferentes del desarrollo jurídico. Pero, en ambos, la forma de gobierno democrática ha adquirido permanencia, estabilidad y arraigo. Mientras los norteamericanos celebran los doscientos años de su segunda Constitución, los costa-

(2) HURTADO, José: *La Ley importada. Recepción del Derecho Penal en Perú.* Centro de Estudios Derecho y Sociedad, Lima, 1979.

rricenses nos aprestamos para festejar, en 1989, el centenario de los hechos que demostraron el legítimo arraigo del respecto a la voluntad popular, el nacimiento de la democracia. La comparación se realiza, pues, entre dos Estados, de muy diferente tamaño y familia jurídica, pero que viven un sistema de gobierno común.

Realizo el presente estudio con la esperanza de que este esfuerzo pueda servir de ejemplo para una consideración de mayor amplitud, en el cual, las instituciones trasplantadas se examinen en un mayor número de países, para apreciar su impacto total. Mientras ello ocurra, este es un estudio específico de ley importada que facilita la comprensión de las instituciones costarricenses y el carácter de documento-faro de la Constitución norteamericana.

La tarea se ha llevado a cabo dentro de la concepción del Derecho que considera el formalismo como un enfoque científico totalmente superado. Estudiar el Derecho tan solo en su vertiente normativa es ignorar sus aspectos más importantes. Es un método tan estéril en el estudio del Derecho Comparado, como lo es en el derecho interno de cualquier estado específico. Las normas jurídicas son peces que se mueven entre dos aguas, las corrientes ideológicas que justifican elevar ciertas conductas a obligatorias y los fenómenos sociales que las originan y a los cuales se aplican. De ahí que si lo realizado se ve como Derecho Comparado debe verse derecho comparado social y si se ve como historia del derecho, debe entenderse como historia social del derecho.

El estudio va a considerar tres temas en forma particular: el primero es la forma de Estado. Al adoptar su propio sistema de gobierno independiente, Centro América, después del fracaso del Imperio de Agustín de Iturbide en México, se organizó como una república federal. Como se mencionará luego, los miembros de la Asamblea Constituyente declararon que habían tomado como base, el plan de Constitución de los Estados Unidos de América. Ello hace necesario e importante comparar ambas cartas fundamentales, para determinar el grado de similitud que existe entre ellas y ahondar en las circunstancias que hicieron de la Federación Centroamericana un fracaso, pese a seguir un modelo de éxito.

El Segundo es la forma de gobierno. Tanto la República Federal como cada uno de los Estados en que luego se dividió, escogieron el sistema presidencial, sea la fórmula norteamericana de separación de poderes. Es importante, por ello, comparar el sistema seguido en Centro América, el presidencialismo que luego se desarrolló en cada uno de los países, en especial el caso de Costa Rica, con el desarrollo de la institución en los Estados Unidos y en su Constitución.

El tercero tendrá que ver con la institución que se acostumbra considerar como típica y especial del sistema constitucional norteamericano: el control de constitucionalidad por la Corte Suprema o "judicial review". En el caso costarricense, esa institución no aparece sino a principios del siglo XX. Para comprenderla es importante ver las influencias que sobre

ella puede haber tenido la fórmula norteamericana, apuntando las diferencias existentes entre esto y el sistema costarricense.

Quedan así fijados los términos, limitaciones y trazos básicos del plan. Corresponde ahora presentar la tarea realizada.

I

LA FEDERACION

A. Planteamiento:

Al momento de la independencia hispanoamericana, que tiene lugar en las tres primeras décadas del siglo XIX, habían ocurrido tres movimientos revolucionarios que necesariamente tenían que haber llamado la atención de quienes, en el centro y el sur del Continente Americano, procuraban convertir sus territorios en países libres. Eran ellos, la independencia de los Estados Unidos (1775-1777), la Revolución Francesa (1789), y la de Haití (1790). Como dice Salvador de Madariaga: "De las tres, la más fecunda, por ser la que menos temores inspiraba, era la norteamericana. Tranquilizábanse los criollos ante el espectáculo de hombres como Washington y Jefferson, viviendo vida patriarcal en el bienestar de una dorada mediana rodeados de esclavos. Agradábales saber que Jefferson, el letrado culto y generoso de Monticello, fuera el autor de aquellas frases revolucionarias de la Declaración de Independencia y siguiera viviendo tan cómodamente, a pesar de ella".⁽³⁾

El impacto que dicho ejemplo tuvo en el caso de Centro América, lo podemos ver en el hecho de que la Asamblea Nacional Constituyente de 1824, si bien le concede mucha más importancia a Bolívar, cuyo retrato es colocado en el salón de sesiones por acuerdo N° 60 del 18 de diciembre de 1823, instala en la Secretaría un retrato de Washington.⁽⁴⁾ El ejemplo norteamericano ejerce especial atracción sobre los líderes del movimiento independentista, como lo revelan las siguientes expresiones de don Pedro Molina, quien fuera el Presidente del primer Directorio que con carácter de Poder Ejecutivo organizó la Asamblea Constituyente. Al hablar el señor Molina del significado de la Declaración de Independencia de 1821, dijo que se había roto "la cadena de vejaciones" y que cada provincia "libre y señora de sí misma... en su gobierno particular, estará enlazada a las demás por un Congreso general, y de la libertad y de la unión, nacerá aquella fuerza invencible, aquella prosperidad asombrosa que ha hecho de

(3) *Cuadro Histórico de las Indias* (Editorial Suramericana, Buenos Aires, 1945), p. 823

(4) TOWNSEND, Andrés: *Las Provincias Unidas de Centroamérica. Fundación de la República*. (Editorial Costa Rica, San José, 1973, p. 91-92).

la América inglesa, el asilo de las almas libres, el país de la felicidad social y el rápido germen de una población numerosa".⁽⁵⁾

El significado atribuido al movimiento independentista norteamericano puede verse también en el hecho de que, el Congreso convocado en el Estado de El Salvador para decidir la unión con el Imperio Mexicano de Iturbide, al ser rechazadas por el representante del Emperador don Vicente Filísola las condiciones que fijó para esa unión, tomó el acuerdo de incorporarse a los Estados Unidos de América. El presbítero don José Matías Delgado, presidente del Congreso, exaltó la adhesión a los Estados Unidos, por considerar que en esa forma, "quedarían garantizados los derechos de libertad, de que les pretendían despojar los imperialistas... tendrían legislación particular, formarían sus propias leyes, las mejorarían a medida que fuera necesario, sin esperar de un amo remoto lo que, por sí mismos, se podrían proporcionar".⁽⁶⁾

Pero el hecho más revelador de esa atracción se expresa cuando se formula la Constitución y la Comisión Redactora le dice a la Asamblea Constituyente: "Al trazar nuestro plan, nosotros hemos adoptado en la mayor parte el de los Estados Unidos, ejemplo digno de pueblo independiente".⁽⁷⁾ De dichas manifestaciones se ha generalizado la afirmación de que la carta constitucional de la República Federal es copia de la Constitución norteamericana. Por ejemplo, Rafael Obregón dice: "Es indiscutible que la federación de los Estados Unidos fue el molde que se usó para la centroamericana y que la Constitución fue una copia mala si se quiere, pero copia o adaptación de la Constitución de los Estados Unidos".⁽⁸⁾ Por su parte, Rodrigo Facio dice que "la Constitución centroamericana, se basó también en la norteamericana y, algunos historiadores han atribuido el fracaso de nuestra federación precisamente a eso: a haberse copiado su base política jurídica de la de una nación, por mil razones diferente y prodigiosamente adelantada en relación con nuestros pueblos".⁽⁹⁾ Por su parte, con una mayor precisión, Jorge Mario García Laguardia define la Constitución centroamericana de 1824, diciendo que era "una Constitución ins-

(5) *Ibid.*, p. 26. La cita está tomada de la publicación hecha por el señor Molina, bajo el título *El Genio de la Libertad* (Guatemala, Imprenta de Ignacio Beteta, 1821 Boletín) p. 272-276.

(6) *Ibid.*, p. 46.

(7) "Informe sobre la Constitución. Leído a la Asamblea Nacional Constituyente el 23 de mayo de 1824". Citado por GARCIA LAGUARDIA, Jorge Mario: *La Reforma Liberal en Guatemala*, (Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1980) p. 21.

(8) *De Nuestra Historia Patria-Costa Rica en la Federación*. (Universidad de Costa Rica. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 1974), p. 149.

(9) "La Federación de Centroamérica. Sus Antecedentes, su Vida y su Disolución". En *Obras Históricas, Políticas y Poéticas* (Editorial Costa Rica, San José, 1982, p. 481).

pirada en la ley fundamental norteamericana en su parte orgánica y en el joven constitucionalismo español en su estilo e inspiración general".⁽¹⁰⁾

El planteamiento de García Laguardia se aproxima más a la verdad. Pero, para el propósito del presente trabajo, lo necesario es hacer una comparación de ambas constituciones. Pasemos a ella. Al efectuarla, debemos determinar: ¿Cuáles son sus parecidos y diferencias? ¿Qué significado debe darse a la expresión de la Comisión Redactora del proyecto de Constitución, de "Al trazar nuestro plan, nosotros hemos adoptado en la mayor parte el de los Estados Unidos"? ¿Cuál es la expresión precisa, la de que fue una "copia" o que fue "inspirada... en su parte orgánica" en la Constitución de los Estados Unidos? y finalmente, la pregunta que verdaderamente nos interesa: ¿Qué efectos tuvo el modelo adoptado, en el fracaso final de la Federación Centroamericana?

B. Comparación:

Una lectura de las constituciones de los Estados Unidos y de la República Federal de Centro América es suficiente para darse cuenta de que esta última no puede ser considerada una copia de la primera. Juzgo especialmente relevantes los siguientes aspectos.

1. *Elementos no comparables:* Entran en esta categoría el idioma y las denominaciones utilizadas para agrupar y ordenar las normas. La Constitución de los Estados Unidos está dividida en VII artículos originales, a los cuales se han agregado las enmiendas efectuadas. Cada uno de los artículos originales se encuentra dividido en secciones. En cambio, la Constitución centroamericana se compone de XV títulos, divididos en Secciones, que a su vez se forman de un total de 211 artículos. Se podría considerar que lo que la norteamericana llama "artículo" corresponde a lo que la centroamericana denomina "título", y que las secciones de la primera corresponden a los artículos de la segunda. Pero, en todo caso, esa diferencia de formato es resultado de una distinta nomenclatura y estilística jurídica, sin mayor relevancia para el contenido de las normas.

2. *Diferencias Temáticas:* Hay una distinta concepción entre ambos textos sobre las materias que deben ser reguladas en una Constitución. La norteamericana "contiene un esquema escueto y sistemático de la organización de poderes de la Unión Federal... es, sin duda, uno de los más sobrios documentos constitucionales".⁽¹¹⁾ Por su parte, la de Centro América incluye las siguientes materias que no son tratadas en extenso en la de los Estados Unidos: De la Nación y el Territorio (Título I); Del Gobierno y la Religión (Título II); De la Elección de las Supremas Autoridades

Federales (Título IV); De la Responsabilidad de las Supremas Autoridades Federales (Título IX); Disposiciones Generales (Título XI); Del Poder Legislativo, del Consejo Representativo, del Poder Ejecutivo y Judicial de los Estados (Título XIII).

De la materia señalada en esos seis títulos, hay disposiciones en la Constitución norteamericana sobre materia electoral en las secciones IV y V del artículo I sobre la elección de los miembros del Congreso, indicando que la materia electoral es de competencia de los Estados y que cada una de las cámaras será el supremo juez en la elección de sus miembros. Por aparte, en la Sección I del artículo II se establece el sistema de elección para el Presidente y el Vicepresidente de los Estados Unidos que establece un sistema de elección de segundo grado. Dicho procedimiento no fue tomado por la Constitución centroamericana, que tomó el suyo, de las elecciones de tres grados, de la Constitución española de 1812, o Constitución de Cádiz.⁽¹²⁾ Hay también en la de Estados Unidos varias disposiciones sobre competencia, procedimiento y límites a las responsabilidades de los altos funcionarios (Artículo I, Sección 3, párrafo 6; Artículo 2, Secciones 4 y 5) de las que difieren totalmente las fórmulas utilizadas en la regulación centroamericana. Respecto a los estados que forman la Unión, les garantiza "una forma republicana de gobierno" (Sección IV del Artículo IV) sin ningún detalle que pudiera haber servido de base a los pormenorizados 22 artículos, que señalan las bases que en la centroamericana deben seguir las constituciones estatales.

3. *Esclavitud:* En reconocimiento de las diferencias básicas entre ambas sociedades, los textos comparados divergen radicalmente en el tratamiento de la esclavitud. La Constitución de los Estados Unidos la reconoce de manera indirecta, al no consagrar el derecho a la libertad en una forma universal y al incluir, en la Sección Primera, párrafo tercero, del Artículo Primero, el sistema para relacionar la población y el número de Representantes a elegir por cada Estado, señalando que se logrará "sumando al número total de personas libres, incluyendo a aquellos limitados por servidumbre por un período de años, excluyendo a los indios no tributantes, a tres quintos de todas las personas". Dicha fórmula fue tomada de un plan presentado por Charles Pinckney a la Convención Constituyente el 29 de mayo de 1787, que en forma mucha más clara decía: "La Cámara de Delegados será elegida por las Legislaturas estatales y consistirá de un miembro por cada... mil habitantes, incluyendo 3/5 de los negros".⁽¹³⁾ Como sea, a ese respecto, lo único que se hizo

(10) García Laguardia, Jorge Mario: *La Reforma Liberal*, op. cit., p. 21.

(11) SANCHEZ AGESTA, Luis: *Curso de Derecho Constitucional Comparado* (Universidad de Madrid, 1980), p. 179.

(12) Artículos 54 a 103 de la Constitución de la Monarquía Española promulgada en Cádiz, 19 de marzo de 1812. Edición impresa en Barcelona, Librería Nacional de Sauri, 1836.

(13) La proposición de Charles Pinckney aparece en KAMEN, Michael. *The Origins of the American Constitution. A Documentary History* (Penguin Books, New York, 1961) p. 336-341.

fue sustituir "los negros" por la fórmula eufemística de "todas las otras personas", que no fueran ni blancos ni indios.

La fórmula finalmente adoptada es explicada por James Madison en los términos en que lo argumentaría un sureño, quien, según él, diría: "nosotros debemos negar el hecho de que los esclavos sean considerados por nuestras leyes en algunos aspectos como personas, y, en otros aspectos como bienes", por lo cual reconoce la condición de compromiso que tuvo el hecho de que se les toma "como habitantes, pero de condición disminuida por la servidumbre, en un nivel de inferioridad respecto a los hombres libres, considerando al esclavo como disminuido en dos quintos de hombre".⁽¹⁴⁾

Madison era representante de Virginia, que pretendía con sus escritos lograr que Nueva York, antiesclavista, ratificara la Constitución. Estaba obligado a defender el compromiso logrado por los Estados del Sur, para mantener a estos dentro de la Unión. Contrasta, eso sí, su disposición con la actitud de la Asamblea Constituyente centroamericana. Esta, antes de discutir la Constitución, en la sesión del 19 de marzo de 1824, aprobó un decreto de abolición de la esclavitud. Ello se hizo en virtud de una proposición hecha por Matías Delgado, José Francisco Barrundía y Mariano Gálvez. El espíritu prevaleciente en la Asamblea puede explicarse con el discurso que pronunciara el diputado José Simeón Canas, el cual, refiriéndose a la enfermedad que le había impedido asistir a sesiones anteriores, afirmó de manera elocuente: "Vengo arrastrándome y si estuviera agonizante vendría por hacer una proposición benéfica a la humanidad desvalida. Con toda la energía que debe un Diputado promover los asuntos interesantes a la Patria, pido que ante todas las cosas y en la sesión del día se declaren ciudadanos libres nuestros hermanos esclavos, dejando a salvo el derecho de propiedad que legalmente prueben los poseedores de los que hayan comprado, y quedando para la inmediata discusión la creación del fondo de indemnización de los propietarios".⁽¹⁵⁾ En la Constitución, el decreto abolicionista se resumió en el artículo 13 que taxativamente dispuso: "Todo hombre es libre en la República. No puede ser esclavo el que se acoja a sus leyes, ni ciudadano el que trafique en esclavos".

Las diferencias de criterio pueden haber estado influenciadas por la menor importancia económica de los esclavos en Centro América, pero, pese a ello, no puede caber duda de que la comprensión de los derechos humanos y el sentido de igualdad tenían un mayor desarrollo entre los centroamericanos de principios del siglo XIX que entre los constituyentes norteamericanos. En esa materia, en todo caso, no hubo copia. Sería necesario llegar a la Guerra de Sucesión para que, luego del triunfo del Norte, pudieran aprobarse las Enmiendas XIII y XIV a la Constitución para

para que desapareciera la esclavitud en los Estados Unidos. "Todavía", como dijo recientemente el Juez de la Suprema Corte norteamericana Thurgood Marshall, "tendría que pasar otro siglo antes de que se reconocieran de manera significativa los derechos de los norteamericanos negros a participar de manera equitativa en oportunidades básicas como educación, vivienda y empleo y a que se contaran sus votos y se contaran igual".⁽¹⁶⁾

4. *Religión:* Hay una sustancial diferencia en el tratamiento de los vínculos entre el Estado y las denominaciones religiosas. En la Constitución norteamericana, la Primera Enmienda estableció de modo categórico la separación entre la Iglesia y el Estado, al disponer: "El Congreso no hará ninguna ley respecto al establecimiento de la religión, o que prohíba su libre ejercicio, ni que limite la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a hacer peticiones al Gobierno para el remedio de sus quejas". Como si ello no bastara, en el artículo VI, párrafo tercero in fine, se había dispuesto: "Ninguna prueba de tipo religioso será requerida jamás como calificación para cualquier destino o cargo público en los Estados Unidos".

Contrasta esa separación absoluta y plena libertad con el artículo 11 de la Constitución de Centro América que señala: "Su religión es la católica, apostólica, romana con exclusión del ejercicio público de cualquier otra".

Se pone en evidencia la diferencia entre un país que ya había salido del predominio religioso en el derecho y en la política, sin que además hubiera una religión mayoritaria, y otro donde, como en todos los hispanoamericanos, se mantenía el absoluto monopolio del catolicismo. Respecto a la situación de los Estados Unidos en la época de la independencia, podemos citar a Walter Berns, de acuerdo a quien, los antecedentes de la Primera Enmienda se encuentran en Hobbes, Locke, y Thomas Jefferson, una de cuyas obras fue el Estatuto de Virginia sobre Libertad Religiosa, aprobado en enero de 1786, gracias a la persistencia de James Madison, quien en una carta a Jefferson, después de la Constituyente se refirió a que la religión ha sido "más a menudo un motivo de opresión que un límite para esta". Por su parte, Jefferson, en su borrador inicial del Estatuto de Virginia sobre Libertad Religiosa dijo que "nuestros derechos civiles no dependen de nuestras opiniones religiosas como no lo hacen de nuestras opiniones en física o geometría".⁽¹⁷⁾

En contraste con dicha actitud, en la Asamblea Constituyente centroamericana, cinco de los diputados eran sacerdotes y dos de ellos, Simeón Cañas y José Matías Delgado, fueron de los de mayor influencia, habiendo sido el segundo el primer Presidente de la Asamblea. El proceso de separación entre la Iglesia y el Estado vino a constituir luego el objeto del

(14) *The Federalist Papers*, Alexander Hamilton, James Madison, John Jay. With an introduction, table of contents and index of ideas by CLINTON ROSSITER (Mentor Books, New York, 1961) p. 336-341.

(15) TOWNSEND, Andres. *Las Provincias Unidas*, op. cit., p. 275-276.

(16) Discurso ante el Seminario Anual de la San Francisco Patent & Trademark Law Association. Mayo 6, 1987. Edición Mimeografiada.

(17) "The New Pursuit of Happiness". En *The Public Interest*, number 86, Winter 1987, New York, pp. 65-76.

principal esfuerzo de los partidos liberales de Centro América y produjo confrontaciones políticas que duraron todo el siglo XIX y buena parte del XX. Pese a ellos, todavía se mantienen vigentes disposiciones como el artículo 75 de la Constitución Política de Costa Rica, aprobada en 1949, en que se proclama que "La Religión Católica, Apostólica y Romana es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres". Contrasta dicha disposición con artículos como el 36 de la Constitución de Guatemala de 1985, que dispone: "El ejercicio de todas las religiones es libre", pero que, en el artículo siguiente reconoce personalidad jurídica a la Iglesia Católica, lo que puede ser extendido a otras religiones, pero señala luego que "El Estado le extenderá a la Iglesia Católica sin costo alguno, títulos de propiedad de los bienes inmuebles que actualmente y en forma pacífica posee para sus propios fines, siempre que hayan formado parte del patrimonio de la Iglesia Católica en el pasado". Esto, después de casi dos siglos, durante los cuales el esfuerzo de disminución del poder de la Iglesia en asuntos políticos ha sido uno de los principales motivos de confrontación política en cada uno de los países centroamericanos.⁽¹⁸⁾

5. *Similitudes Elementales:* Hay, pese a lo que ya queda dicho, una serie de detalles que revelan que los redactores del proyecto de Constitución para Centro América tuvieron a la vista el texto norteamericano. La fórmula de arranque del prefacio, "Congregados en Asamblea Nacional Constituyente, nosotros los representantes del pueblo de Centro América", tiene una sustancial diferencia en el famoso "Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos", pero en aquel se señala como objetivo de la Constitución, "promover la felicidad" ("promote the general welfare", en el texto norteamericano), "y formar una perfecta federación" ("in order to form a more perfect union").

6. *La Posición de los Estados:* Un elemento de mayor importancia, tomado por la Constitución de Centro América de la Norteamericana, es el que se refiere a la relación entre el gobierno federal y los Estados. En primer término, citemos el artículo 10: "Cada uno de los Estados que la componen es libre e independiente en su gobierno y administración interior; y les corresponde todo el poder que por la constitución no estuviere conferido a las autoridades federales". Esta es la doctrina de los poderes reservados, incluida en la Enmienda X de la Constitución norteamericana, que dice: "Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución y no prohibidos por ella a los Estados, se reservan a los

(18) Sobre las características del enfrentamiento entre los liberales y la Iglesia Católica, en Guatemala, véase GARCIA LAGUARIA, Jorge Mario: *La Reforma Liberal*, op. cit. Para Costa Rica véase, RODRIGUEZ, Eugenio, editor: *El Pensamiento Liberal*, Antología. (Editorial Costa Rica, San José, 1979), y BLANCO, Ricardo: *1884, el Estado, la Iglesia y las Reformas Liberales* (Editorial Costa Rica, San José, 1984).

Estados o al pueblo, respectivamente". Dicha doctrina constituye la base de quienes se oponen al crecimiento del gobierno federal y estiman que los Estados debieran ser los que desarrollen nuevas funciones.

Igualmente, los artículos 192, 193, 196 y 197 de la Constitución centroamericana establecen principios tomados de la Carta norteamericana. Dicen ellos: 192. "Los Estados deben entregarse los reos que se reclamaren", que corresponde a los párrafos segundo y tercero de la Sección 2ª del Artículo IV. 193: "Los actos legales y jurídicos de un Estado serán reconocidos en los demás, y que reproduce en forma casi literal, el párrafo inicial de la Sección Iª del Artículo IV 196: "Podrán formarse en lo sucesivo nuevos Estados y admitirse otros en la Federación" y 197: "No podrán formarse por la unión de dos o más Estados o parte de ellos, si no estuvieren en contacto y sin el consentimiento de las Asambleas respectivas", que son una traducción casi literal del párrafo primero de la Sección tercera de dicho Artículo 4. En la relación entre los Estados y la Federación, en resumen, las claras definiciones de la Constitución norteamericana fueron efectivamente adoptadas para la Federación de Centro América.

7. *Los Organos de la Federación:* Pero, sorpresivamente, el aspecto de mayor importancia dentro de la estructura de poder de la Unión norteamericana es aquél en que se presentan mayores diferencias al análisis de un investigador avezado. Aparentemente, la estructura de poder fue tomada, en una forma similar a la relación entre los Estados y la Federación. Existe un Congreso, existe un Senado, un Presidente y un Vicepresidente, así como una Suprema Corte de Justicia. Pero las funciones de cada uno de ellos difieren y bastante de las establecidas en la constitución que sirvió de modelo. Veámoslo.

En primer término, el Poder Legislativo no es bicameral. Tal como lo estipula el artículo 55, el Poder Legislativo reside en el Congreso, sea en el equivalente a la Cámara de Representantes, que es quien tiene a su cargo la emisión de leyes. El Senado, de acuerdo con el artículo 77, lo que hace es sancionar las leyes, convocar al Congreso a sesiones extraordinarias, proponer el nombramiento de los ministros diplomáticos, del comandante de armas de la Federación, de todos los oficiales del ejército de coronel inclusive para arriba, de los comandantes de los puertos y fronteras, de los ministros de tesorería general y de los jefes de rentas (artículo 102), y dar consejo al Poder Ejecutivo, tanto en materia de legislación como en cuestiones internacionales (artículo 100). Las funciones señaladas son típicamente ejecutivas.

Por su parte, el Presidente de la República, tiene sus funciones estrechamente limitadas: en el campo legislativo, apenas si le correspondía la publicación de las leyes (art. 113). No tenía de pleno derecho, la condición de Comandante en Jefe de las fuerzas armadas, sino que para asumirla, debía contar con la aprobación del Senado y separarse de la Jefatura del Estado, que pasaba al Vicepresidente (art. 119). En materia de nombramientos estaba sujeto el Senado para los ya indicados, y a la Corte Suprema de Justicia respecto a los jueces, aunque sí tenía la facultad

del nombramiento de los funcionarios subalternos. Su función era básicamente informar al Senado y al Congreso sobre todos los asuntos que le pidieren (art. 124), y hasta para el otorgamiento de premios honoríficos, debía requerir la aprobación de éste (art. 121). Es cierto, entonces, lo que apunta Rodrigo Facio, que "la Asamblea Constituyente rompió ese equilibrio (entre los poderes), el más saludable y necesario de la teoría constitucional para el afianzamiento del régimen, reduciendo a la nada las funciones y la autoridad del Gobierno Nacional, y dentro de éste, cercenando el radio de acción del Poder Ejecutivo".⁽¹⁹⁾ Lo que no fue visto por Facio es que el Senado, en la Constitución Centroamericana, no es parte del Legislativo sino un órgano que asume parte de las funciones del Poder Ejecutivo, separándose claramente del modelo norteamericano. En éste, el Senado es una de las cámaras del Congreso con funciones legislativas, aunque posea además el poder de confirmar los nombramientos de altos funcionarios, que hace el Poder Ejecutivo (Art. II, sección 2, párrafo 2). Hay algunas similitudes, como el número de senadores, dos por cada Estado (Art. 81 de la Constitución de Centro América); (Art. II, sección 3, de la de Estados Unidos) sin embargo, el período de servicio en Centro América era de sólo tres años (art. 89), y no de seis (art. II, sección 3). En materia de delitos de los funcionarios, el Senado de Centro América solo tiene la facultad de declarar que hay lugar a formación de causa y no actúa como tribunal.

Lo verdaderamente importante, es el papel del Senado en el proceso legislativo: el Consejo formado por los diez senadores limita en una forma muy marcada al Poder Ejecutivo. Ello es expresión del poder de los Estados sobre el gobierno federal. En la relación entre los poderes políticos, mientras en el sistema norteamericano se estableció un balance suficientemente flexible, como para que haya funcionado durante doscientos años sin modificaciones del texto normativo que le sirve de fundamento, en Centro América, como dice Jorge Sáenz,⁽²⁰⁾ los constituyentes no se limitaron a crear un Legislativo poderoso, sino que establecieron un órgano intermedio entre éste y el Ejecutivo. Ello ha sido motivo de fuertes críticas a los Constituyentes. Felipe Molina y Bedoya, hijo de uno de los redactores de las Bases de la Constitución de 1823, dice que el resultado de los esfuerzos constituyentes fue un "aborto monstruoso, que solo en la estructura exterior se asemejaba a las instituciones que se tomaron como modelo", a lo que Sáenz agrega, después de citarlo: "Cegados por el esplendor de América del Norte, los constituyentes actuaron en materia constitucional, con una falta casi increíble de realismo".⁽²¹⁾ En forma concurrente, Ricardo Fernández Guardia, acusa a los miembros de la Consti-

(19) "La Federación en Centroamérica...", op. cit., p. 482.

(20) SAENZ, Jorge: *Despertar Constitucional de Costa Rica* (Libro Libre, San José, 1985, p. 258).

(21) *Ibid.*, p. 243.

tuyente de "falta de sentido práctico".⁽²²⁾ A mi juicio, ninguna obligación tenían ellos de ajustarse al modelo norteamericano, y su actitud debe verse como una clara decisión de mantener el centro del poder en manos de los Estados. Ello queda en evidencia, además de lo dicho, en la falta de señalamiento de una capital federal, materia que se pospone para "Cuando las circunstancias de la Nación lo permitan" (art. 55) y que, tuvo mayores consecuencias que la fórmula adoptada para el Senado.

La reticencia sobre la forma de Estado escogida, se puede ver en un manifiesto del Poder Ejecutivo Federal del 20 de mayo de 1825, apenas puesto a funcionar el sistema, en el cual se dijo: "El gobierno federal es una de las concepciones más maravillosas del genio. Sigue la marcha que parece designada por la naturaleza en la organización de las sociedades políticas: forma familias independientes unas de otras y las reúne en un pueblo dirigido por un régimen municipal; forma pueblos que no están sujetos entre sí y los reúne en un Estado gobernado por su jefe y Congreso; forma Estados que tampoco tienen dependencia recíproca y los reúne en una nación, administrada por un presidente y una asamblea general". Acto seguido, el manifiesto expone los defectos e inconvenientes del sistema, así: "Parte la sociedad en muchas sociedades; divide el Estado en diversos Estados; lo que es todo, uno y hermoso, se vuelve partes separadas y desmembradas; la unidad, origen de la energía, se debilita y puede desaparecer enteramente; los intereses se complican, teniendo cada Estado los suyos; la acción del Gobierno supremo se entorpece por la de los otros gobiernos que se establecen; la marcha es lenta por los obstáculos que embarazan su rapidez; las fuerzas que unidas serían inexpugnables, se enervan estando divididas; a la falta de unidad y complicación de intereses puede suceder el peligro de separarse absolutamente unos de otros los Estados; quedarían en tal caso expuestos a los riesgos de las repúblicas que por su pequeñez pueden ser destruidas por fuerzas extranjeras y arrojadas por ellas en cada Estado; la esclavitud podría ser el último resultado, el término final de la libertad que se desea".⁽²³⁾ La ambivalencia del manifiesto, en su aparente objetividad de presentar el pro y el contra, revela la posición de su autor, don José Cecilio del Valle, uno de los más distinguidos hombres de la época, quien formaba parte del grupo que sostenía la tesis de formar un Estado unitario frente al federalismo que había sido adoptado por la Constituyente.⁽²⁴⁾ Por otra parte, los supuestos defectos del federalismo, correspondían a las supuestas virtudes del centralismo característico de la organización del Estado colonial español.

(22) *La Independencia*. (Comisión Nacional Sesquicentenario Independencia, San José, 1971) p. 124.

(23) *Ibid.*, p. 138.

(24) Sobre las diferencias de criterio en esta materia, véanse FACIO, R.: "La Federación...", op. cit., pp. 476-493; OBREGON, R.: *De Nuestra Historia Patria...*, op. cit., pp. 25-50; FERNANDEZ, R.: *La Independencia...*; op. cit., pp. 140-141.

Esa escogencia de la forma que debía asumir el Estado constituyó una de las grandes causas de divergencia en los Estados latinoamericanos, en el momento de su organización. La federativa, además de en Centro América, se adoptó en México, en Argentina, la Gran Colombia, luego en dos de sus divisiones, Colombia y Venezuela, y finalmente, con cierta tardeza se aceptó en Brasil. Las divergencias entre quienes se impresionaron con la fórmula adoptada por los Estados Unidos y los querían conservar la organización proveniente de la Colonia Española, provocaron interminables guerras civiles que consumieron casi todo el siglo XIX y se proyectaron aún en el presente. Entre los enemigos de la Forma Federativa, por ejemplo puede contarse a Simón Bolívar, quien en 1814, atribuía el fracaso de la Primera República de Venezuela a la adopción del régimen Federal. "Yo soy del sentir" dice "que mientras no centralicemos nuestros gobiernos americanos, los enemigos obtendrán las más completas ventajas; seremos indefectiblemente envueltos en los horrores de las disensiones civiles".⁽²⁵⁾

8. *Las Declaraciones de Derechos:* Para completar la comparación entre las Constituciones de los Estados Unidos y de Centroamérica, hagamos una referencia a las declaraciones o catálogos de derechos, sea entre las Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos aprobadas antes de 1824, las doce primeras, y los Títulos X, Garantías de la Libertad Individual, y XI, Limitaciones al Poder Público, artículos 157 a 182, de la centroamericana. Las similitudes aparecen todas reunidas en el extenso artículo 181 de esta última, que, en su parte inicial, dice: "No podrán el Congreso, las legislaturas de los Estados ni las demás autoridades: 1. Coartar en ningún caso ni por pretexto alguno la libertad de pensamiento, la de palabra, ni la de escritura y la de la imprenta. 2. Suspender el derecho de petición de palabra o por escrito". En esos dos incisos, redactados en igual forma negativa, se repite la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, salvo en lo que se refiere a la religión, que ya hemos comentado. En contraste, en el inciso 4 de dicho artículo se establece la protección a la propiedad, en términos distintos a los de la Enmienda V, aunque en ambos textos se haga referencia a la necesidad de "una justa indemnización". En el inciso 8, se prohíbe la retroactividad de la ley, tal y como se hace en la Sección 9 del artículo 1, y en el 5, la expedición de títulos de nobleza, pero esos son principios comunes a todos los regímenes republicanos de fines del siglo XVIII o principios del XIX. Fuera de las indicadas no hay otras similitudes, por lo cual, hay que concluir que si bien pudo haber influencia, no fue ella muy relevante.

Con lo que queda dicho, me parece necesario abandonar el concepto de que en Centro América se copió la Constitución de los Estados Unidos de América. La expresión utilizada por los miembros de la Comisión Redactora del proyecto centroamericano de que "al trazar su plan... adop-

(25) MIJARES, Augusto: *El Libertador* (Ediciones Petróleos de Venezuela, Caracas, 1983, p. 174).

taron en su mayor parte, el de los Estados Unidos", debe tenerse, en lo que hemos analizado, referida a la adopción de la forma federativa, en cuanto a sus órganos, pero sin que el trasplante fuera completo.

C. *Los hechos anteriores y posteriores:*

Terminada la confrontación de textos, comparemos ahora los hechos más salientes, tanto en los procesos anteriores como en la aplicación efectiva de los textos constitucionales.

1. *Las Diferencias Previas:* Razón tenían los centroamericanos para encontrar seductivo el ejemplo de estabilidad, buen funcionamiento y progreso de los Estados Unidos. Sin embargo, un mayor conocimiento de las diferencias sustanciales de la experiencia vivida de manera previa a emitir la Constitución, podría haberles permitido mayores probabilidades de éxito. Las diferencias se iniciaron en los regímenes coloniales: el inglés se caracterizó por la autonomía interna de que estuvieron dotadas las colonias, lo que permitió a sus habitantes manejar sus asuntos internos y adquirir una valiosa práctica en el manejo de los asuntos públicos, que los prepararon para la vida independiente, contando cada una de las colonias con su propia legislatura.⁽²⁶⁾

Al declararse la Independencia, se constituyó primero la Confederación, cuya Carta Fundamental entró en vigencia en 1781. Al igual que Centro América, en el momento de organización se contaba tan sólo con un Congreso, en que se reunían todas las posibilidades de acción conjunta. Entre 1776, cuando se efectuó la declaratoria de independencia, y 1787, en que se aprobó la Constitución Federal, transcurrieron once años, durante los cuales los trece Estados, en acción individual, aprobaron un total de quince Constituciones.⁽²⁷⁾ Las acciones tomadas durante ese período, sirvieron para poner en evidencia los problemas y defectos de la Confederación y se hizo patente la necesidad de contar con un gobierno nacional más fuerte, en especial, el requerimiento de un auténtico Jefe de Estado. Hubo experiencia de gobierno a nivel estatal y nacional, previa a la promulgación de la Constitución definitiva. Un grupo de líderes adquirió clara conciencia de las reformas que había que hacerle a los órganos de gobierno de la Confederación, por lo que pudo no solo discutir las y aprobarlas en la Convención de 1787, sino defenderlas y explicarlas luego en *The Federalist Papers*.⁽²⁸⁾

(26) LUTZ, Donald: "Popular Consent and Popular Control". *En Founding Principles of American Government*. GRAHAM, George and Scarlett, editores (Chatham House, Chatham, 1984), pp. 60-97.

(27) PETERS, Donald: "The Written Constitution", *ibid.*, p. 171.

(28) HAMILTON, MADISON, Y JAY. (Mentor Books, New York, 1961), *op. cit.*

Frente a esas experiencias positivas de un período prolongado para el diseño y desarrollo de un sistema de gobierno y la formación de un grupo gobernante, Centro América presenta un espectáculo totalmente distinto: Como arranque, se tuvo una administración colonial totalmente en manos de los funcionarios peninsulares. Gracias a la influencia francesa sobre los Borbones, en el siglo XVIII se produce una concentración todavía mayor de los poderes de decisión en los representantes de la Corona. Hay imposibilidad para los criollos de participar en funciones gubernamentales, salvo las muy limitadas de los Cabildos, que en todos los centros de importancia, eran adquiridas por compra.

Pasan solo cuatro años desde la declaratoria de la Independencia hasta la aprobación de la Carta Fundamental. En ellos, la experiencia de gobierno que se tiene es la del Imperio proclamado por don Agustín de Iturbide, que es rechazado por los salvadoreños y que provoca división entre imperialistas y antiimperialistas en los demás países. Ante la divergencia, las tropas del Emperador invaden Centro América, al mando de don Vicente Filísola, que ocupa Guatemala, hace la guerra y somete a El Salvador, para acabar haciendo la convocatoria a la Constituyente, en 1823, cuando fracasa el Imperio.⁽²⁹⁾

Separada definitivamente Centro América de México, se replantea la formación de un Estado independiente y se toma la decisión de ir directamente a la Federación. La disyuntiva y la polémica se plantean entre el Estado unitario y el federativo; en ningún momento se considera la posibilidad de una Confederación, que podría haber permitido desarrollar, entre las cinco provincias, los lazos que hacían falta para fundar sobre bases firmes un gobierno nacional, compatible con el grado de independencia que se había consolidado en cada uno de los Estados.

Sólo Costa Rica y El Salvador habían aprobado una Constitución propia, con anterioridad a la Federal. Nuestro país lo hizo el mismo año de la Independencia; la noticia de que esta se había producido llegó a Cartago el 13 de octubre de 1821 y el 1º de diciembre ya se tenía aprobado el Pacto Social Fundamental Interino o Pacto de Concordia. El Salvador aprueba la suya el 12 de junio de 1824, ya reunida la Asamblea Constituyente Centroamericana, con fundamento en las bases preparadas para ella.⁽³⁰⁾ Salvo los ejercicios costarricenses que incluyen, además del Pacto de Concordia, los dos Estatutos Políticos de 1823, la Constitución Federal no es el producto final de un largo proceso sino el arranque de un período en demasía azaroso. Una década después, el 13 de febrero de 1835, el Congreso Federal aprobó una serie de reformas a la Constitución, que incluían tanto la libertad religiosa como la transformación del Senado en una cámara legislativa, acercándose más al modelo norteamericano, aunque el número de senadores se aumentó a cuatro, elegibles por períodos de

(29) PERALTA, Hernán: *Agustín de Iturbide y Costa Rica* (Editorial Costa Rica. San José, 1968, pp. 47-136).

(30) SAENZ, Jorge: *Despertar*, op. cit., pp. 244-248.

cuatro años por las legislaturas estatales. Sin embargo, dichas reformas no fueron ratificadas por los Estados, por lo cual no llegaron a entrar en vigencia. Ya para entonces, la Federación estaba herida de muerte y no podía salvarse con reformas jurídicas.⁽³¹⁾

2. *Los Procesos Destructores*: Aceptadas todas esas diferencias, hay sin embargo que notar que, en el fracaso de la Federación Centroamericana, tuvieron muy poco que ver las disposiciones normativas de la Constitución Política.

Hacer una historia completa de los catorce años que duró la Federación (1824-1838), se sale de los límites de este trabajo y me sería difícil superar el estudio de Rodrigo Facio sobre el tema.⁽³²⁾ Juzgo de mucho mayor importancia hacer una comparación del papel jugado por la guerra en el desarrollo de la Unión norteamericana y la República Federal de Centro América.

Inglaterra no otorgó de buen grado la independencia a sus colonias americanas. Estas tuvieron que pelear por ella y la guerra duró ocho años (1775-1783). Una guerra por la independencia —la historia está llena de ejemplos— es un importante factor para un nuevo Estado. Permite a sus ciudadanos, especialmente a aquéllos que toman una participación activa en la lucha, adquirir conciencia de la importancia de la unidad estatal que aspiran a alcanzar, crea lazos de solidaridad entre ellos, que pudieran no haber existido con anterioridad; otorga legitimidad para el liderazgo de la lucha y modifica a menudo las estructuras sociales de la época colonial, para dar base a una nueva distribución del poder social. Un ejemplo ilustrativo del juego de esos factores en el caso norteamericano es el de Jorge Washington, un coronel de las milicias de Virginia, que a través del nombramiento de Comandante en Jefe de las fuerzas independentistas, llegó a primer Presidente de los Estados Unidos. La unidad lograda en la lucha contra Inglaterra fue suficiente para que el nuevo Estado pudiera subsistir, pese a la contradicción creada por la esclavitud por casi un siglo.

La situación centroamericana es totalmente diversa. No hubo guerra de Independencia. La declaratoria del 15 de setiembre fue un resultado directo de la proclamación de la Independencia de México hecha por Agustín de Iturbide, el 21 de febrero de ese año, cuando lanzó el Plan de Iguala. España trató de defender el Virreinato, para lo cual movilizó tropas y envió fragatas y soldados. La lucha fue corta e infructuosa, dado que Iturbide tenía a su favor la mayor parte del Ejército existente. La situación fue totalmente diferente a la que se había presentado en 1810,

(31) FACIO, Rodrigo: "Proceso de la separación de Costa Rica de la República Federal y de su constitución como una república soberana, libre e independiente". En *Obras de Rodrigo Facio, Tomo IV: Obras Históricas, Políticas y Poéticas*. Editorial Costa Rica, San José, 1982), p. 354.

(32) FACIO, R.: "La Federación de Centroamérica. Sus Antecedentes, Su Vida y Su Disolución". En *Obras Históricas...*, cit., pp. 411-505.

cuando Miguel Hidalgo lanzó el Grito de Dolores, el 16 de setiembre. Entonces, el Ejército defendió el Virreinato y el levantamiento popular fue derrotado. En uno y otro caso, la circunstancia de que España estuviera dispuesta a luchar por mantener a México bajo su dominio, revela la importancia que tenía el Virreinato como fuente de metales preciosos.

En cambio, proclamada la independencia de Centro América, nunca hubo el menor esfuerzo español por dominar el movimiento independentista. La pobreza general, la exigua producción de metales preciosos, su pequeña contribución a la Corona española, hicieron que la separación fuera aceptada por las autoridades peninsulares sin lucha. Las tropas en servicio bajo el régimen colonial, continuaron al servicio de las nuevas autoridades.

No se produjo ningún movimiento unificador para combatir al antiguo amo extranjero y las sociedades se mantuvieron intactas. Los hábitos, sistemas y criterios separatistas pudieron hacerse patentes, tan pronto se inició la vida independiente, en contra del nuevo régimen.

Ello explica, como dice Arturo Mejía Nieto, que "de la vida colonialmente pasiva, nació no el orden sino el caos".⁽³³⁾ Al buscar la consolidación de la nueva unidad territorial, lo que hizo fue destruirla. El Reino de Guatemala que había vivido con pocos problemas, se transformó en la Centro América convulsionada, que ha existido desde entonces. Se estaba todavía en la transición que significó el Imperio, cuando el General Vicente Filísola emprendió la guerra contra los salvadoreños, que no estaban dispuestos a aceptar la organización imperial. En setiembre de 1823, cuando sesionaba la Asamblea Nacional Constituyente, la guarnición de la ciudad de Guatemala, al mando del Teniente Coronel Rafael Ariza Torres, se alzó por no haber recibido el pago de sus salarios, poniendo en peligro todo el proceso de organización del Estado.⁽³⁴⁾ Proclamada la Constitución, se instala el primer Presidente que es don Manuel José Arce, el general que había luchado al frente de los salvadoreños contra los soldados del Imperio. La instalación se produce el 29 de abril de 1825 y el 10 de octubre de ese año, el Presidente disuelve el Congreso Federal y llama a elecciones de uno nuevo. En 1824 el Presidente Federal invade El Salvador y Honduras, mientras en Nicaragua se desata una guerra civil por la Jefatura del Estado.

En respuesta a las acciones de Arce, líder de los sectores conservadores, aparece como caudillo de los liberales Francisco Morazán, quien es electo Jefe de Estado de Honduras. Este lucha luego en El Salvador, y de ahí invade Guatemala, donde entra victorioso el 13 de abril de 1829. Es electo Presidente de la República en 1830, y a partir de entonces, sirve ese cargo, en medio de constantes acciones guerra, que en pocas ocasiones interrumpidas llegan hasta 1840, cuando Morazán emigra primero a Panamá y luego a Ecuador. De ahí regresa a Costa Rica en 1842 para ser

(33) MORAZAN. (Editorial Nova, Buenos Aires, 1947), p. 85.

(34) TOWSEND, Andres: *Las Provincias Unidas...*, op. cit., pp. 203-215.

nombrado Jefe de Estado e intentar reconstituir la República Federal, dado que el 30 de mayo de 1838, el Congreso Federal, reunido en San Salvador, había autorizado a los Estados a organizarse en forma independiente, autorización que fue aprovechada primero por Nicaragua y luego por Honduras y Costa Rica para institucionalizar su separación del régimen federal.

El intento de Morazán en 1842 de involucrar a los costarricenses en las guerras centroamericanas terminó en un alzamiento en su contra que lo derrocó; los vencedores lo juzgaron sumariamente y procedieron a fusilarlo el 15 de setiembre de 1842. Ese hecho, constante motivo de crítica a los costarricenses de parte muy especial de los hondureños, que ven en Morazán, su más preclaro líder, es explicado por Rodrigo Facio en las siguientes frases: "Los costarricenses no mataron al idealista de la Unión, sino al militar que guiado por ese ideal, estaba perpetuando la lucha intestina de Centro América e inaugurándola en el humilde Estado del Sur. A Morazán no lo mató la reacción conservadora de Costa Rica, desarmada y vencida desde años atrás, por don Braulio Carrillo, sino un pueblo entero que deseaba consagrar todo su esfuerzo y su vitalidad al progreso pacífico de Costa Rica".⁽³⁵⁾

Con base en lo dicho, puede afirmarse que en la accidentada historia de la República Federal de Centro América, las normas de la Constitución no sirvieron en forma efectiva y directa de modelos de conducta que determinaran el comportamiento de los funcionarios encargados de ejecutarlas. No puede saberse como habría sido el Presidente de la República que se moviera dentro del ámbito señalado por el texto constitucional, porque ni Arce y Morazán, actuaron en la forma prescrita. Ciertamente hubo conflictos entre los Jefes de Estado y el Presidente, pero la solución de ellos no se llevó a cabo, dentro de los términos de la Constitución, sino que estuvo sujeta a la decisión de las armas, al resultado de las batallas y al talento de los militares y sus estrategias. Dada la ausencia total de positividad, de eficacia, de las normas, mal puede considerarse que ellas jugaron algún papel en lo ocurrido.

La guerra civil fue el recurso utilizado para solucionar las diferencias. No es pues de extrañar el resultado. Cuando el enemigo es quien debía ser el colaborador, cuando no se acepta el sistema jurídico y se prefiere trabajar fuera de él, falta una de las condiciones básicas para que el derecho opere. Sostener entonces que las normas jurídicas son las responsables, es ocultar la verdadera naturaleza del problema.

Lo interesante es notar dos cosas: primero, que el patrón de conducta observado por Centro América durante esos años no ha cambiado. En los ciento cincuenta años de vida separada, a partir del final de la Federación, el patrón de guerras civiles dentro de los Estados y de conflicto entre los países vecinos, se ha repetido en forma reiterada hasta llegar a la etapa actual. El único Estado que se ha mantenido fuera de esa constante convulsión ha sido Costa Rica, tal y como lo llevó a cabo en esos

(35) FACIO, Rodrigo: "La Federación...", op. cit., p. 505.

primeros años. Apenas si, en el momento actual, tan convulsionado como el de la Federación, parecen surgir algunos brotes de lo que podría ser un patrón diferente para la conducta de los Estados centroamericanos.

Lo segundo es que si bien la Federación terminó en 1838, los países centroamericanos han continuado esforzándose por mantener lazos especiales entre ellos. Ha habido intentos de reconstituir total o parcialmente la Federación, por medios tan distintos como la firma de un tratado internacional, la formación de partidos políticos que buscaron crear corrientes de opinión mayoritarias para la vuelta a ella, sistemas de seguridad, comercio, educación, integración económica, y el muy centroamericano procedimiento de que algún gobernante intente por la fuerza de las armas dominar la totalidad del Istmo.

La Federación está muerta pero algún rescoldo de ella todavía se mantiene. El proyecto actual de crear un parlamento centroamericano, o de superar problemas internacionales por la acción conjunta, son nuevos ejemplos de ese sostenido esfuerzo.

II

EL REGIMEN PRESIDENCIAL

A. *El Modelo:*

La pregunta sobre cuál es la institución creada por la Carta Fundamental de los Estados Unidos que ha tenido mayor influencia sobre los documentos constitucionales y la realidad gubernamental de América Latina, tiene una sola e incontestable respuesta: la Presidencia de los Estados Unidos.

Es una institución que al momento de crearse fue objeto de un acalorado debate en el país que le dio origen. Por otra parte, en América Latina, se presentaron inicialmente fórmulas alternativas. En el curso del proceso, al trasplantarla al medio latinoamericano, surgieron variaciones en la institución original, que no han disminuido, sino más bien aumentado, a través de los años. Sin embargo, cualesquiera sean las diferencias actuales o pasadas entre el modelo y las versiones derivadas, la figura del mandatario en América Latina se deriva de la del Presidente en la Constitución de los Estados Unidos. De ahí la necesidad del análisis de la institución y sus influencias, la que, después de las referencias de orden general, se dedicará al caso costarricense.

Hay que señalar, de entrada, que se trató de una completa innovación en materia de gobierno. Se creó una figura diferente a todo lo que existía a finales del siglo XVIII. Los ingleses, para entonces ya habían desarrollado el sistema parlamentario en una forma amplia, aunque los reyes todavía mantenían parte de su poder, sin que el gabinete hubiera adquirido

la condición de centro principal del gobierno. Eso explica que, dada la hostilidad existente en los colonos contra el rey, y habiendo además reaccionado en forma directa en contra del Parlamento, no hubieran copiado el sistema parlamentario inglés, en lo cual constituyen una excepción entre las antiguas colonias británicas.⁽³⁶⁾

En las constituciones estatales, anteriores a la Carta Federal, el Poder Ejecutivo estuvo subordinado a la Legislatura, la cual se veía como la única fuente legitimada para el ejercicio del poder. Hubo una sola excepción, la del Estado de Nueva York, donde el Gobernador contó con poderes expresamente establecidos en la Constitución y se dispuso que se eligiera por períodos de tres años, con posibilidades ilimitadas de reelección. El éxito de George Clinton, primer gobernador del Estado, en lograr una administración estable y eficiente, demostró las ventajas de un Poder Ejecutivo fuerte y fue uno de los ejemplos tomados en cuenta por los redactores de la Constitución. A la par de dicha experiencia se dio la de la confederación, donde la carencia de un Ejecutivo fuerte e independiente, que realizara las políticas decididas por el Congreso, pero que, al mismo tiempo, sirviera de balance y contra peso a las acciones legislativas quedó en evidencia.⁽³⁷⁾

El resultado, lo describe Sánchez Agesta, en los siguientes términos: "Cuando los romanos expulsaron a sus reyes de Roma, no suprimieron en realidad la función; crearon un consulado que instituía una especie de rey anual, empujándolo por la corta duración de su poder y la presencia de otro cónsul con poderes iguales. Esta feliz evocación de Bryce expresa exactamente el ánimo que presidió la institución del jefe del Ejecutivo Americano. El Presidente refleja el monarca inglés, tal y como se le concebía a través de Blackstone y Montesquieu, pero coartado por la limitación temporal de su cargo y la coparticipación del Senado en ciertas funciones presidenciales".⁽³⁸⁾

El Presidente concebido en la Constitución norteamericana es una versión modificada del rey inglés. Como éste es el Jefe de Estado, el Comandante nacional de las fuerzas armadas, y el símbolo de la unidad del Estado, condición en la cual recibe a los representantes de los gobiernos extranjeros. Por otra parte, posee igualmente las funciones que en el sistema parlamentario corresponden al Primer Ministro o Presidente del Consejo de Ministros, dado que es el jefe del partido triunfador en las elecciones, es portavoz del pueblo y participa en el proceso de formulación de nuevas leyes, tanto por su poder político que le permite influenciar a los legisladores como por medio del control del veto.

(36) CHURCHILL, Winston: *The Age of Revolution*. (Dodd, Mead & Company, New York, 1957), pp. 166-199.

(37) BESETTE, Joseph M: "The Presidency". En *Founding Principles of American Government*, op. cit., p. 193.

(38) SANCHEZ AGESTA, Luis: *Curso*, op. cit., p. 193.

Un reflejo claro de que esos antecedentes estaban en la mente de los padres de la Constitución es el esfuerzo que hace Hamilton en *Los Federalist Papers* para negar que ello es así. Apenas inicia el tratamiento del Poder Ejecutivo, se queja que "los escritores contra la Constitución, parecen haber realizado agotadores esfuerzos para demostrar su capacidad de distorsionar la realidad. Apostando a la aversión del pueblo contra la monarquía, han tratado de reclutar todos los celos y reservas para oponerlos a la propuesta de creación de un Presidente de los Estados Unidos, no meramente como un embrión sino como el hijo crecido de tan detestado padre. Para establecer la afinidad pretendida, no han tenido escrúpulos en obtener recursos aun de las regiones de la fantasía. La autoridad de un magistrado, en pocos casos mayor, en otras instancias menor, que las que tiene el gobernador de Nueva York, han sido aumentadas a más que prerrogativas reales".⁽³⁹⁾

Esa defensa señala bien a las claras las reservas de la época, así como los ejemplos que se habían tenido presentes al momento de su creación. La percepción de esas relaciones no impidió que se creara y apareció así una figura de Jefe de Estado que, si bien recordaba a los reyes, se diferenciaba de ellos, por la circunstancia de ser resultado de una elección popular, con poderes restringidos por la Constitución.

En la práctica norteamericana se han dado períodos en cuales ha existido un predominio marcado del Congreso, seguidos de otros en los cuales, ya sea por las circunstancias, ya por la personalidad del Presidente en ejercicio, éste ha asumido una preponderancia sobre el Congreso.⁽⁴⁰⁾ El que esas variaciones hayan podido ocurrir sin que se haya sentido la necesidad de modificar las normas escritas ni actuar en contra de ellas, es el mejor indicador del adecuado equilibrio existente a nivel constitucional entre ambos poderes. Si bien no puede hablarse de un equilibrio perfecto, hay que señalar la flexibilidad que hace posibles variaciones como las que se han presentado. Al momento de iniciar la redacción de este trabajo, asistimos a una nueva confrontación entre el Congreso y el presidente, de la cual pareciera haber salido debilitado el Presidente.

B. *Las Alternativas Iniciales Latino-Americanas:*

Pasemos ahora a América Española: al momento de la Independencia, nada inclinaba a los nuevos Estados de manera forzosa a la creación de repúblicas. Por el contrario, las sociedades coloniales se habían desarrollado dentro de un espíritu aristocrático, que nunca existió en las colonias inglesas. He desarrollado en otro estudio, mi tesis de que el período de dominación española fue un "ejercicio de nostalgia",⁽⁴¹⁾ dado que los

(39) *The Federalist Papers*, op. cit., N 67, p. 407.

(40) BESETTE, Joseph: op. cit.

(41) *El Sustrato Español*. Obra inédita.

conquistadores y sus descendientes buscaron crear una sociedad de privilegios, en la cual ellos disfrutaban de mayores prebendas que los nobles españoles de la época anterior a la Conquista.

Característica importante del sistema de gobierno español en América fue la concentración de facultades y poderes en los máximos jefes administrativos. El Virrey, o el Gobernador en las provincias, reunía en su persona facultades de gobierno, de administración, de jefatura militar y hasta judiciales, dado que impartía justicia en su condición personal, o actuaba como Presidente de la Audiencia, en las ciudades donde ellas tenían su sede; esas funciones judiciales, solo fueron suprimidas al Gobernador a finales del siglo XVIII, para otorgárselas a un Regente de la Audiencia.⁽⁴²⁾ A esa concentración de poderes hay que sumar la ausencia de entidades legislativas, dado que no puede reconocerse ese carácter a los cabildos que tienen una definida naturaleza de gobiernos locales. Todo ello obliga a concluir que la experiencia en materia de gobierno de América Española tenía muy poco o nada que ver con el principio de separación de poderes, proclamado por Montesquieu y tomado por la Constitución de Estados Unidos, como base de la organización de su gobierno. Y hay que concluir, que si bien es posible improvisar en contra de la tradición, es difícil que esas improvisaciones produzcan resultados inmediatos.

Por otro lado, el movimiento para mantener una organización monárquica en América Española después de la Independencia, no se limitó al Plan de Iguala, proclamado por Agustín de Iturbide como medio para transformarse en Emperador. En 1825, el general Páez le escribió a Bolívar proponiéndole la abolición de la Constitución republicana y la creación del Imperio. Le dijo: "Este país se parece a la Francia de la época en que el Gran Napoleón estaba en Egipto y fue llamado por los personajes más famosos de la Revolución para salvar a Francia. Vos debéis llegar a ser el Bonaparte de América del Sur, porque éste no es el país de Washington".⁽⁴³⁾

No puedo menos que señalar a cuál influencia le atribuía el General Páez la Constitución republicana. Lo importante para la historia es que Bolívar rechazó la oferta que se le hizo, por considerar que el título de Libertador que se le había dado era la expresión máxima de gloria a que podía aspirar.⁽⁴⁴⁾ Sin embargo, en la Constitución propuesta en 1826 para el Estado que adoptó su nombre, Bolivia, el cargo de Presidente de la República era vitalicio, y su titular designaba al Vicepresidente, que sería hereditario.⁽⁴⁵⁾

(42) FACIO, Rodrigo: "La Federación de Centro América...", op. cit., pp. 420-427. Igualmente GUIER, Fernando: *La Función Presidencial en Centro América* (Editorial Costa Rica, San José, 1973).

(43) MASUR, Gerhard: *Simón Bolívar* (Instituto Colombiano de Cultura, Bogotá, 1980), tomo II, pp. 560-561.

(44) MIJARES, Augusto: *El Libertador* (Instituto Petroleros de Venezuela, Caracas, 1983, p. 177).

(45) MASUR, Gerhard: op. cit., p. 336.

Hubo otros ejemplos, como lo menciona Hernán Peralta, después de referirse al caso de Bolívar y a las tesis de Alexander Hamilton sobre la necesidad de un Ejecutivo fuerte: "Monárquicos ocasionales o por convicción, lo fueron San Martín, Belgrano, Rivadavia, y Rodríguez Peña en la Argentina. Elio en el Uruguay, los cabildantes de Santiago de Chile de 1808, y algunos de los amigos y tenientes de Bolívar, como Sucre, Páez, Urdaneta, Bermúdez, Narino, Montilla, Ibarra, Austria, Santander, Clement, Sarda, Espinar, Briseño, Mosquera, Restrepo, Vergara, Flores, Valdés y otros".⁽⁴⁶⁾ Como ahí aparecen los más ilustres nombres de la Independencia hispanoamericana, sólo basta para completar el cuadro, recordar que en Brasil se creó un imperio, que no se transformó en república sino hasta 1889, que en Haití, Desalines se proclamó emperador en 1804 y que los franceses trataron de imponer a Maximiliano de Habsburgo en México.

Con todos esos antecedentes, no puede haber duda que en la escogencia de la forma republicana y el título de Presidente de la República para el Jefe de Estado, privó el ejemplo dado por la Constitución de los Estados Unidos. Desde luego, el trasplante no se realizó al vacío. La separación de poderes se hizo valer en una tradición de concentración de ellos sobre la autoridad de mayor rango y en una realidad en que los modelos monárquicos despertaban reacciones favorables. Agréguese a esos factores, el importante papel que en la administración colonial española jugaron los militares y la continuación de ese papel durante las guerras de Independencia, y la inestabilidad posterior, que hizo aun más esencial el rol de los militares en la estabilidad gubernamental, y se tendrán las bases para la condición de predominio presidencial que vino a caracterizar el régimen republicano en los países latinoamericanos.⁽⁴⁷⁾ De ahí que la caracterización general de la forma de gobierno latinoamericano, se haya denominado *presidencialismo* definiéndola "como una aplicación deformada del régimen presidencial clásico, por debilitamiento de los poderes del parlamento e hipertrofia de los poderes del presidente", como lo hace Duverger, quien luego agrega: "Los presidentes iberoamericanos no han solido conformarse con disponer del Poder Ejecutivo sino que actúan e influyen en los otros poderes".⁽⁴⁸⁾

C. La Situación Costarricense:

Dentro del marco general indicado corresponde examinar la realidad costarricense. El caso particular permite juzgar cuanta validez tiene la afirmación general que se ha hecho. Hay además la circunstancia de ser

(46) *Agustín de Iturbide y Costa Rica*, op. cit., p. 21.

(47) SANCHEZ AGESTA, Luis: op. cit., p. 194.

(48) DUVERGER, Maurice: *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional* (Ediciones Ariel, Barcelona, 1970), pp. 211-587.

Costa Rica el país que ha logrado la mayor persistencia y solidez de las instituciones democráticas, lo que hace suponer que en ella se dé una situación de mayor balance entre los distintos poderes del Estado.

1. *Características Generales:* La evolución constitucional costarricense se caracteriza, a diferencia radical con el caso norteamericano, por el gran número de constituciones; catorce en total, dado que la Federal de 1824 y la del Estado Libre de Costa Rica de 1825 deben ser vistas como partes de un mismo sistema. He señalado en otro estudio que las constituciones pueden ser agrupadas en tres períodos, el primero de los cuales va desde 1821 a 1870, durante el cual se dieron once constituciones; el segundo se forma por la de 1871, con la interrupción de los dos años de vigencia de la de 1917, y el tercero por la de 1949, hoy vigente.⁽⁴⁹⁾

En el proceso evolutivo sobresalen cuatro características: 1) la influencia inicial de la Constitución de Cádiz; 2) el deseo de crear instituciones propias que obliga a mirar la continua experimentación del primer período como expresión de la práctica de "prueba y error", para definir las instituciones que efectivamente lograron un funcionamiento adecuado y que puede caracterizarse con las expresiones usadas por los constituyentes de 1847, quienes dijeron: "Es preciso persuadirse que la Constitución debe tener un origen, no en las teorías de una libertad exótica y mal cultivada en nuestro suelo, sino en la constitución y organización de los pueblos. En una palabra, hija legítima de las entrañas de la sociedad y no espuria o adoptiva, debe ser la ley que fundamente el edificio social".⁽⁵⁰⁾ 3) Sin embargo, en esa tarea de creación, el formato de la división de poderes de la Constitución norteamericana se utilizó como modelo, al que se buscó ajustarse, como lo prueba el hecho de las repetidas instancias en que se quiso conformar un Poder Legislativo bicameral, del que finalmente se desistió. Como dijeron los mismos constituyentes de 1847, al confesar que habían tomado de la Constitución Norteamericana algunos elementos "Sírvanos entretanto de norma esa nación que creímos imitar y en donde las libertades públicas son contemporáneas de las costumbres. Sin tocar instituciones que el tiempo ha robustecido, y adoptando las reformas que la necesidad exige no es fácil que nos engañemos y que hagamos mal".⁽⁵¹⁾ 4) La línea de evolución del balance entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo caracterizada por Mario Alberto Jiménez como el "Principio del Péndulo" dado que supone el paso de un legislativo fuerte y un ejecutivo débil a un legislativo débil y un ejecutivo fuerte para orientarse luego hacia una mayor fortaleza para el Legislativo.⁽⁵²⁾

(49) "Síntesis del Proceso Constitucional" *En Derecho Constitucional Costarricense* Editorial Juricentro, San José, 1983), pp. 15-34.

(50) SAENZ, Cleto: *El Sufragio en Costa Rica*. En *Obras Históricas* (Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 1973), Vol. I, p. 333.

(51) *Ibid*, p. 410.

(52) "Soberanía Externa y Relaciones entre el Legislativo y el Ejecutivo en Nuestra Evolución Constitucional". En *Obras Completas*, Tomo II (Editorial Costa Rica, San José, 1962).

Debemos dejar de lado los tres primeros documentos constitucionales —El Pacto Social Fundamental Interino de 1821, y los dos Estatutos Políticos de 1823— dado que en ellos no se ha incorporado el principio de la división de poderes, que hizo su aparición en la Constitución Federal de Centro América. Con esas exclusiones, el principio señalado por Jiménez es válido, con la explicación de que los esfuerzos para el debilitamiento del Poder Ejecutivo frente al Legislativo se han producido siempre, después de la gestión de un gobernante que se distinguiera por la utilización plena de las oportunidades de ejercicio de los poderes que le fueron otorgados. El péndulo constituye una expresión del temor de los costarricenses a las dictaduras y es el resultado de sus esfuerzos por constituir un régimen verdaderamente democrático.

Por el contrario, las dificultades de operación de un sistema de gobierno con un Ejecutivo debilitado o entrabado, han conducido luego a los movimientos para fortalecer la figura del Presidente de la República, conformándose de manera directa con el postulado general latinoamericano. Veamos ahora los vaivenes ocurridos:

1. *Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica y el Decreto de Bases y Garantías*: La Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica es el desarrollo particular de la Constitución Federal para este país. Por ende, el Jefe de Estado, nombre del titular del Poder Ejecutivo, tenía las mismas debilidades del Presidente Federal. Compartía la función ejecutiva con el Poder Conservador, un Consejo compuesto de tres a cinco miembros, y a éste le correspondía sancionar las leyes y convocar al Congreso a sesiones extraordinarias, proponer el nombramiento de funcionarios importantes al Poder Ejecutivo y declarar que había lugar a formación de causa contra los altos funcionarios del Estado.⁽⁵³⁾ Se dio, eso sí, una diferencia importante entre esta Ley y la Constitución Federal. La primera tuvo vigencia desde 1825 hasta 1838. En dicho año, Braulio Carrillo dio un Golpe de Estado y se convirtió en dictador por un período de tres años, que ha sido caracterizado por algunos como decisivo para la formación del Estado en Costa Rica⁽⁵⁴⁾ y por otros, como "el más puro absolutismo de nuestra historia".⁽⁵⁵⁾

En 1841, Carrillo promulga un Decreto de Bases y Garantías,⁽⁵⁶⁾ en el cual todos los poderes se reúnen en un Primer Jefe, que es de carácter vitalicio. Como dice Jiménez: "En su persona de Primer Magistrado se reunieron, con excepción del Judicial, todos los poderes del Estado,

ejercidos como en las más auténticas épocas del absolutismo, sin límites ni responsabilidades de ninguna especie. Carrillo sería hasta Poder Constituyente".⁽⁵⁷⁾ Se ha querido ver en ese Decreto una influencia del absolutismo europeo.⁽⁵⁸⁾ Sorprendentemente, no se ha hecho la relación con la Constitución que Simón Bolívar redactó para Bolivia en 1826, en la cual se crea un sistema político, dentro del cual "El Presidente debía ser el sol... Este funcionario debía ser nombrado con carácter vitalicio y tendría el privilegio de nombrar a su sucesor".⁽⁵⁹⁾

2. *Las Constituciones de la Década de los Cuarentas*: Como obligada reacción a los excesos de Carrillo en concentrar el poder y los intentos de Morazán, por ejercer poderes dictatoriales que le permitieran reconstruir la Federación Centroamericana, la Constitución de 1844 buscó de nuevo debilitar el Poder Ejecutivo dándole al Legislativo una estructura bicameral, con el monopolio de la iniciativa legal para Representantes y senadores. El Senado, además de su participación en el proceso legislativo tenía funciones de contralor constitucional y proponía ternas para el nombramiento de Ministros y Primeros Jefes de los Ministerios. Ambas Cámaras debían autorizar al Poder Ejecutivo para que éste pudiera actuar en el campo internacional.

La consideración de ser imposible para el Poder Ejecutivo trabajar dentro de los límites fijados y la falta de operatividad del sistema de sufragio escogido, motivaron que en 1846 se desconociera la Constitución, se eligiera una Asamblea Constituyente y para 1847 se tuviera una nueva Carta Fundamental, que, a diferencia de la anterior, inicia de nuevo el fortalecimiento del Poder Ejecutivo, a quien se le otorgó la iniciativa en materia legal. No se dio la capacidad de vetar leyes aprobadas por el Congreso, sino de rendir un informe, el cual de ser desfavorable, obligaba a una nueva consideración del proyecto. Por otra parte, podía suspender "el cumplimiento de una ley, cuya ejecución cause graves daños al Estado... dando cuenta inmediatamente al Poder Legislativo para su resolución". Al mismo tiempo, los Ministros poseían iniciativa en materia de leyes.⁽⁶⁰⁾

Tal y como ya se dijo, los Constituyentes de 1847 tomaron algunas instituciones de la Constitución norteamericana, como el Vicepresidente de la República, y la condición para éste de Presidente del Poder Legislativo,

(57) JIMENEZ, Mario Alberto: *op. cit.*, p. 65.

(58) SAENZ, Jorge: *El Despertar...*, *op. cit.*, p. 371.

(59) MASUR, Gerhard: *Simón Bolívar*, *op. cit.*, tomo II, p. 551. Esta relación es tanto más interesante, si se piensa en la tesis sostenida por don Lorenzo Montúfar primero y con base en él, por muchos otros de que el Código General promulgado por Carrillo, en ese mismo año de 1841, se fundamenta en los Códigos promulgados por el General Santa Cruz, primero para Bolivia y luego para la Federación formada por ese país y Perú. Esa Tesis es sostenida por BRENES CORDOBA, Alberto en su *Historia del Derecho* (Tipografía Gutenberg, San José, 1929), pp. 880-881.

(60) Arts. 102, 69 y 103 de la Constitución de 1847.

(53) Artículos 60 a 75 de dicha Constitución.

(54) CERDAS, Rodolfo: *Formación del Estado en Costa Rica* (Editorial Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 1978) 2ª ed. FACIO, Rodrigo: "Don Braulio Carrillo, Figura Discutida: *En Obras Históricas, Políticas y Poéticas*, *op. cit.*, pp. 301-327.

(55) JIMENEZ, Mario Alberto: *op. cit.*, p. 65.

(56) Decreto N° 2 de 8 de marzo de 1841.

el cual, sin embargo, se declaró unicameral. Finalmente, se permitió al Presidente aspirar a la reelección en forma inmediata.⁽⁶¹⁾

Como se estimó que el fortalecimiento del Poder Ejecutivo todavía dejaba que desear, al año siguiente, sea en 1848, con la excusa de romper totalmente los lazos con la antigua Federación, se proclamó a Costa Rica como República independiente y se reformó en bastante detalle la Constitución, para otorgarle al Poder Ejecutivo la facultad de sancionar las leyes, permitirle la dirección de las relaciones diplomáticas, convocar extraordinariamente al Congreso y "tomar por sí todas las medidas que estime necesarias para defender al país" en situaciones de emergencia.⁽⁶²⁾

3. *Las Constituciones de 1859 y 1869:* Los esfuerzos para otorgarle mayores atribuciones al Poder Ejecutivo en 1847 y 1849, fueron dados por el Dr. don José María Castro Madriz, pero, debido al corto período que Castro estuvo en el poder, en realidad tuvieron su efecto durante el gobierno de don Juan Rafael Mora, quien dirigió Costa Rica desde 1849 hasta 1859. Terminado el gobierno de Mora, se sintió nuevamente la necesidad de debilitar al Poder Ejecutivo, cosa que se hizo en la Constitución de 1859, en la cual se volvió al sistema bicameral, dándole a ambas cámaras iguales facultades legislativas, suprimiéndole al Presidente los poderes extraordinarios en casos de emergencia y la facultad de suspender leyes. El período presidencial se disminuyó a tres años, sin posibilidad de reelección inmediata pero sí después de un período. Se suprimió la Vicepresidencia, se aumentaron las causales de responsabilidad para los altos funcionarios y se estableció con el nombre de Consejo de Estado, una reunión obligatoria de los ahora Secretarios de Estado, antes Ministros.⁽⁶³⁾

Una década después, en 1869, para justificar un Golpe de Estado, se promulgó una nueva Constitución, pero que en realidad no hacía ninguna variación de sustancia. Las funciones del Ejecutivo y su balance con el Legislativo permanecieron iguales, sin cambios de importancia.

4. *La Constitución de 1871:* Fuera de suprimir el sistema bicameral y sustituirlo con una única cámara, la Constitución de 1871 no tuvo variantes de importancia con las dos anteriores. Hubo, sin embargo, un cambio de actitud de extrema importancia: el General don Tomás Guardia, bajo cuyo gobierno se había promulgado, la suspendió en 1876 y no la reestableció sino en 1882, introduciéndole modificaciones de tanta trascendencia como la eliminación de la pena de muerte. Sin embargo, la Constitución que no había podido resistir su propio creador, sirvió para que gobernaran sus sucesores hasta 1948. Fue durante su vigencia cuando las instituciones democráticas adquirieron verdadera realidad y si bien fue

(61) Arts. 80, 83, 84, 103 y 110, incisos 2 y 20 de la Constitución de 1847.

(62) Arts. 56 a 60, 77, incisos 3, 8, 19 y 21 del art. 77 de la Constitución de 1848.

(63) Arts. 60-90, 91, 103, 110, 120, de la Constitución de 1859.

objeto de algunas modificaciones, se adquirió conciencia de la necesidad de estabilidad y comenzó a preferirse el sistema de enmiendas parciales.

Durante el largo período de vigencia de la Constitución de 1871, el Presidente de la República mantuvo la figura de centro de la acción gubernamental y ejerció un claro predominio sobre los otros poderes. No estaba sujeto a controles jurisdiccionales, poseía capacidad irrestricta de nombramiento y remoción de los funcionarios públicos, inclusive los electorales, lo cual le permitió desarrollar un control completo de los procesos políticos. Pero cualesquiera que fuera la distinta personalidad de los Presidentes, todos tuvieron la posibilidad de ejercer sus funciones dentro del marco señalado por la Constitución. Al tener ésta una condición estable, que aceptó modificaciones parciales —diecinueve en total, durante los 67 años de vigencia de la Constitución— se desarrollaron las instituciones, se consolidó el sentido de juridicidad, y la democracia se transformó en realidad. El liberalismo le otorgó un marco ideológico suficientemente generalizado y el grado creciente de apertura que demostró la oligarquía cafetalera, la llevó a buscar en forma cada vez más acrecentada y directa, el apoyo de las clases populares. No fue sino como resultado de la crisis política de 1948, al tratar el gobierno de anular el resultado de unas elecciones presidenciales que le habían sido desfavorables, que se pensó en sustituirla totalmente. Sin embargo, como el Cid Campeador, aun después de derogada, ganó una última batalla porque la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, la utilizó como base de la nueva Carta Fundamental.

La Constitución de 1949: En el largo proceso de variación de textos constitucionales que ha vivido Costa Rica llegamos a la actualmente vigente, que con sus inviolados treinta y ocho años, es la que tiene el récord de estabilidad y es la segunda en cuanto a tiempo total de vigencia.⁽⁶⁴⁾

Había un consenso de que parte importante en los excesos que condujeron a la guerra civil de 1948 era responsabilidad de un Presidente de la República con demasiado poder, los miembros de la Constituyente estuvieron de acuerdo en debilitarlo. Mario Alberto Jiménez pudo decir que "El Constituyente del 49 se caracterizó por un ánimo de desconfianza hacia la extrema concepción presidencialista de la Constitución de 1871.⁽⁶⁵⁾ Para ello se le introdujeron una serie de limitaciones: se exigió una espera de dos períodos para poder aspirar a la reelección y luego, por reforma parcial, se prohibió totalmente ésta; el Poder Ejecutivo se declaró colegiado, ya que se dispuso que lo ejercen el Presidente de la República y los Ministros de Gobierno en calidad de obligados colaboradores".⁽⁶⁶⁾

(64) Esto, por cuanto, en las tres suspensiones sufridas por la de 1871, nunca estuvo ella en vigencia ininterrumpida por 38 años.

(65) JIMENEZ, Mario Alberto: *Soberanía*, op. cit., p. 257.

(66) Art. 130 de la Constitución de 1949.

Por otra parte, se eliminó toda participación del Presidente en los procesos electorales y se introdujo el Servicio Civil para el nombramiento de los funcionarios públicos.⁽⁶⁷⁾ Se restableció la VicePresidencia de la República, pero estipulando que serían dos los Vicepresidentes.⁽⁶⁸⁾ Para exigirle responsabilidades al Presidente se crearon la Contraloría General de la República, en el campo hacendario,⁽⁶⁹⁾ el recurso de amparo en la protección de los derechos no protegidos por el hábeas corpus,⁽⁷⁰⁾ el juicio contencioso-administrativo para vigilancia de los actos de la Administración⁽⁷¹⁾ y la jurisdicción constitucional para ejercer el control sobre leyes y actos del Ejecutivo.⁽⁷²⁾ Por último, en previsión del crecimiento del Estado por su intervención en la economía, se dio rango constitucional a las instituciones autónomas, "con independencia en materia de gobierno y administración."⁽⁷³⁾

La conciencia de dichas limitaciones hizo que los Presidentes electos bajo la actual Constitución, hasta 1974, se quejaron en forma repetida de los límites impuestos para la acción del gobierno.⁽⁷⁴⁾ Sin embargo, con una simple modificación en cuanto al régimen de las instituciones autónomas,⁽⁷⁵⁾ y más como resultado del propósito presidencial de ejercer el poder, los gobiernos de 1974 a 1978 y de 1978 a 1982 fueron caracterizados, posteriormente, con las expresiones utilizadas en los Estados Unidos, para referirse a la Administración Nixon, sea como "la Presidencia imperial".⁽⁷⁶⁾ Con lo cual, podría decirse que en cuanto a la figura del Presidente de la República, después del tanteo y variaciones, hemos llegado a una situación similar a la norteamericana, sea a un punto de equilibrio en cuanto a la relación entre Legislativo y Ejecutivo, donde los énfasis e inclinaciones, dependen más del momento y de las personalidades que de las figuras normativas.

(67) Arts. 95 y 191, *ibid.*

(68) Art. 135, *ibid.*

(69) Art. 183, *ibid.*

(70) Art. 48, *ibid.*

(71) Art. 10, *ibid.*

(72) Art. 49, *ibid.*

(73) Art. 188, *ibid.*

(74) BENAVIDES, Enrique: *Nuestro Pensamiento Político en sus Fuentes* (Editorial Costa Rica, San José, 1976).

(75) Reforma al artículo 188 de la Constitución, hecha por Ley N° 4123 de 30 de mayo de 1968.

(76) ANFE: *El Modelo Político Costarricense* (San José, 1984). Especialmente artículos de Fernando Guier, Daniel Oduber y este autor, pp. 13-39.

CH. Conclusiones:

De lo dicho, creo que hay tres cosas que quedan suficientemente claras, a saber:

1. El peso de la figura del Presidente de la República, dentro del sistema político costarricense, si bien no ha mantenido una gravitación exagerada durante la totalidad del desarrollo de las instituciones, si ha tenido un papel de mayor importancia que los otros dos poderes del Estado. Durante el primer período del desarrollo constitucional, los cambios fueron frecuentes y el texto de las constituciones se ajustó en muchos casos a circunstancias de orden momentáneo. Sin embargo, la continuidad en la prueba y error permitió definir mejor las instituciones y crear, mediante una experiencia propia, un Estado sólido y estable, pese a su pequeño tamaño.

2. Dentro de ese proceso, la escogencia de formas o institutos provenientes de la Constitución de los Estados Unidos fue repetida. La organización del Poder Legislativo en forma bicameral y el otorgamiento al Senado de intervención en asuntos del Poder Ejecutivo, fue una fórmula repetida en varias constituciones, pero que, en definitiva no llegó a consolidarse. La figura del Vicepresidente fue igualmente intentada en varias constituciones, y en la actual de 1949 parece haber adquirido firme arraigo. La denominación de los auxiliares directos del Presidente como Secretarios de Estado, si bien fue utilizada por todo el largo período de la Constitución de 1871, fue abandonada en la actual Carta Fundamental, por la figura de los Ministros, co-partícipes y co-responsables del Poder Ejecutivo, que en la práctica no ha alcanzado la extensión limitante que pensaron para ella los Constituyentes de 1949, dada la circunstancia de tener el Presidente de la República facultades de libre nombramiento y remoción de ellos, lo cual los mantiene en realidad como subordinados de éste.

Pero como en todos los otros países latino-americanos que copiaron la estructura del gobierno de la Constitución de los Estados Unidos, la figura del Presidente de la República como líder determinante de las orientaciones políticas, pese al hecho de que la Asamblea Legislativa haga sentir algunas de sus atribuciones, se mantiene y hoy día, pareciera que el intento de reducirle su peso realizado en 1949 no logró realizar plenamente su objetivo.

3. Existen algunas similitudes en la estructura del gobierno costarricense y el norteamericano, producto de la influencia constitucional vivida. Pero, como debe ocurrir cuando la importación de instituciones jurídicas no es simple copia sino base para la propia experimentación, en su forma actual hay diferencias marcadas entre la constitución costarricense y la norteamericana, pese al carácter claramente democrático de ambas.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

A. *La Gran Invención:*

La institución propia del sistema norteamericano que constituye su mayor aporte a la ciencia del Derecho constitucional es, sin duda alguna, la labor realizada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en ejercicio de la función de *judicial review* o control de constitucionalidad. Es gracias a esa tarea, que la Constitución norteamericana ha podido cumplir sus doscientos años, dado que por la vía interpretativa, se ha adaptado el texto a situaciones cambiantes y ha sido revivificada, en forma constante, llenándose además los silencios del texto y aclarándose las oscuridades. Lo ocurrido puede sintetizarse en los términos en que lo hace Archibald Cox, al decir: "El genio del constitucionalismo norteamericano, que fundamenta el Estado de Derecho, reside, primero, en la Constitución, que provee base, tanto para el cambio como para la continuidad; segundo, en el método de interpretación judicial; y tercero, en la destreza con la cual generaciones de Magistrados de la Corte, a pesar de unos pocos fallos erróneos, han sabido orientar su labor entre los extremos de los dilemas".⁽⁷⁷⁾

Para quien aprecie en su importancia actual el sistema de control de constitucionalidad norteamericano, siempre resulta una sorpresa darse cuenta de que no se encuentra establecido en el texto escrito de la Constitución sino que es un resultado de la acción de los tribunales, con fundamento en la doctrina y la historia.⁽⁷⁸⁾

La Constitución, en su artículo II, establece las funciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos y nada dice sobre facultades para declarar nulas y sin ningún valor las leyes contrarias a la Constitución. Pero ya en los *Federalist Papers*, Alexander Hamilton señaló que dicha tarea debía tenerse como una clara atribución de la Corte, pese a declarar que ésta era "el más débil de los tres departamentos de poder", citando a Montesquieu para quien el Poder Judicial era "lo siguiente a nada". Ello no fue óbice para que, acto seguido, Hamilton estimara necesario decir que había "cierta perplejidad respecto al derecho de los tribunales de declarar nulos los actos legislativos contrarios a la Constitución, resultado de imaginarse que esa doctrina implica una superioridad de la judicatura sobre el poder legislativo... No hay una posición que se encuentre fundada en principios más claros que la de cualquier acto de una autoridad delegada, contrario a los términos de la delegación bajo la cual se ejerce, es nula.

(77) *The Court and the Constitution*. (Houghton, Mifflin Company, Boston, 1987, p. 27.

(78) Como ejemplo de la perplejidad que dicha circunstancia produce véase BUERGENTHAL, Thomas: "Constitución y Derechos Humanos" en *La Constitución Norteamericana y su influencia en Latinoamérica (1787-1987)* Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral, San José, 1987), pp. 11-17.

Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido... La interpretación de las leyes es la función propia y exclusiva de los tribunales. Una Constitución es, de hecho, y debe ser tenida por los jueces, como una ley fundamental. Les pertenece por tanto a ellos determinar su significado, así como el significado de cualquier ley dictada por el Poder Legislativo. Si llegara a suceder que exista una diferencia irreconciliable entre las dos, aquélla que tiene validez y obligatoriedad de mayor rango debe, desde luego ser preferida, o en otras palabras, la Constitución debe ser preferida a las leyes, la intención del pueblo a la intención de sus agentes.⁽⁷⁹⁾

La claridad de ese lenguaje no tuvo mayor consecuencia hasta una serie de hechos que tuvieron su inicio en 1800, año en el cual el partido Federalista, del Presidente John Adams, fue derrotado en las elecciones por Thomas Jefferson y su Partido Republicano. Entre las acciones tomadas por Adams, en el período entre las elecciones y la entrega del poder a sus adversarios, estuvo el nombramiento de John Marshall quien había sido su Secretario de Estado, a la Presidencia de la Corte Suprema. Por otra parte, la mayoría del Congreso saliente procedió a establecer 16 jueces de primera instancia y 42 jueces de paz, cargos éstos que el Presidente llenó con federalistas. En la última noche de su mandato, Adams firmó muchos de los nombramientos, que fueron luego enviados al Departamento de Estado para que Marshall los firmara y sellara. En la confusión causada por la urgencia, algunos de esos nombramientos no fueron entregados por el Departamento de Estado a los nuevos funcionarios, siendo uno de ellos, el de William Marbury como uno de los jueces de paz. Este, en diciembre de 1801, demandó directamente ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, al nuevo Secretario de Estado, James Madison pidiendo se le ordenara entregarle el acuerdo de su nombramiento. La Corte estuvo de acuerdo en conocer del caso, lo que motivó que el Congreso, ahora dominado por los Republicanos, pasara una ley que paralizó la actividad de la Corte por catorce meses. No fue sino hasta en 1803 que pudo celebrarse el juicio. El 24 de febrero de ese año, Marshall, cuya omisión de entrega había motivado la demanda, anunció el veredicto de la Corte. En éste adoptó el criterio de evitar dar una orden al Secretario de Estado, afirmando, sin embargo, que Marbury había sido bien nombrado pero sosteniendo que la demanda había sido planteada en el tribunal equivocado, por considerar que la ley que autorizaba a la Corte Suprema a actuar como tribunal de primera instancia para emitir mandatos a cualquier funcionario federal, era contraria a la Constitución de los Estados Unidos. Ello obligó a la Corte a examinar su capacidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes emitidas por el Congreso, cosa que hizo la sentencia en términos muy similares a los sostenidos por Hamilton en los *Federalist Papers*, sin citarlos directamente "Es, enfáticamente, el ámbito y la obligación del órgano judicial, declarar lo que la ley es. Aquéllos que aplican una regla a casos particulares, están en la necesidad de explicar e interpretar

(79) *The Federalist Papers*, op. cit., N. 78, pp. 466-467.

la regla. Si hay un conflicto entre dos normas, los tribunales deben decidir sobre la aplicabilidad de cada una de ellas. Así, si una ley se opone a la Constitución y tanto la ley como la Constitución se aplican a un caso particular, de modo que el tribunal puede decidir el caso, de acuerdo con la ley dejando de lado la Constitución; o de acuerdo a la Constitución dejando de lado la ley; el tribunal debe determinar cuál de esas reglas en conflicto rige el caso; ésta es la esencia misma de la función judicial. Si entonces, los tribunales deben respeto a la Constitución, y la Constitución es superior a una ley ordinaria dada por la legislatura, la Constitución y no dicha ley ordinaria, debe ser la que rige el caso al cual ambas se aplican".⁽⁸⁰⁾

El juicio *Marbury vs. Madison* no fue sino uno de los varios incidentes de la lucha entre el Presidente Jefferson y sus opositores federalistas.⁽⁸¹⁾ Pero John Marshall sirvió el cargo de Presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos por treinta años, lo que le permitió lograr que sus puntos de vista sobre el papel de la Corte y su función constitucional dejaran de ser tesis políticamente controversiales para convertirse en verdades jurídicas de aceptación universal. Las incidencias originales quedaron de recuerdos históricos y la Corte Suprema adquirió la fisonomía que la ha distinguido desde entonces.

Por eso, cuando Alexis de Tocqueville visitó los Estados Unidos de 1832 a 1835 y reunió los materiales que le permitieron escribir *La Democracia en América*, sus observaciones le hicieron decir en ese libro: "En Estados Unidos, el juez constituye una de las primeras potencias políticas", afirmación que amplió con la siguiente explicación: "los norteamericanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre la Constitución más que sobre las leyes. En otros términos, les han permitido dejar sin aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales.

"Sé que un derecho semejante ha sido reclamado algunas veces por los tribunales de otros países; pero jamás les ha sido concedido. En Norteamérica ha sido reconocido por todos los poderes; no se encuentra un partido ni siquiera un hombre que lo discuta.

"En los Estados Unidos, la Constitución está sobre los legisladores, tanto como sobre los simples ciudadanos... Constituye pues la primera de las leyes y no puede ser modificada por una ley. Resulta justo que los tribunales obedezcan a la Constitución, con preferencia a todas las leyes... Esto afecta la esencia misma del Poder Judicial; escoger entre las disposiciones legales aquellas que le constriñen más estrechamente constituye, de alguna manera, el derecho natural del Magistrado". De ahí que, concluya

(80) 1 Cranch 137, 2 L. Ed 60 (1803).

(81) El relato de las incidencias políticas que condujeron a *Marbury vs. Madison* aparece en multitud de libros. Véanse como ejemplos, COX, A: op. cit., pp. 44-62; THE FOUNDATION OF THE FEDERAL BAR ASSOCIATION: *Equal Justice Under the Law. The Supreme Court of the United States* Washington, 1965; p. 21-25.

"los norteamericanos han confiado a sus tribunales un inmenso poder político".⁽⁸²⁾

B. *La Evolución Costarricense:*

1. *Las disposiciones constitucionales:* Una institución resultado de un proceso tan particular era difícil que pudiera ser percibida e imitada en sus etapas iniciales. Si bien la experiencia de doscientos años nos permite considerar dicho sistema de control de constitucionalidad, con todas sus modalidades, como el más adecuado, ello no era tan obvio para los constituyentes latinoamericanos del siglo XIX, que, por lo tanto se sintieron legitimados para tratar otras fórmulas. Así pues, los centroamericanos de 1824, en el artículo 99 señalaron como función del Senado, el cuidar de sostener la Constitución. Dentro de la misma línea, la Ley Fundamental del Estado de Costa Rica de 1825, dispuso en su artículo 55, inciso 5, que era función del Congreso "velar sobre el cumplimiento de la Constitución de 1844". De manera que mientras fuimos, real o nominalmente, parte de la República Federal de Centroamérica, el control de constitucionalidad fue considerado como una atribución legislativa. Ello se originó en la Constitución de Cádiz de 1812, cuyo artículo 372, señalaba como obligación de las Cortes, el considerar, en sus primeras sesiones, las infracciones que pudieran haberse cometido contra la Constitución. Es posible explicarse tal criterio si tomamos en cuenta el papel preponderante otorgado al órgano legislativo, en el momento de la independencia, que refleja en las limitaciones impuestas al Poder Ejecutivo en la Constitución de 1824, de que se ha dado noticia. Por otra parte, no hay duda que de todos los sistemas posibles para el ejercicio del control constitucional, dársele al Poder Legislativo es el más malo y puede describirse como encargar a los ratones el cuidado del queso.

El control legislativo se mantiene en la Constitución de 1847, artículo 188; la de 1848 no dice nada y en la de 1859 se produce un cambio de dirección. Se abandona el encargo de la función a un órgano específico y en su lugar, se enuncia el principio de la supremacía de la Constitución. Ello se hace en el artículo 11, que prescribe: "Toda ley, decreto y orden, ya emane del Poder Legislativo, ya del Ejecutivo, es nula y de ningún valor, siempre que se oponga a la Constitución". Esta fórmula se mantiene, con pequeñas variaciones, en las Constituciones de 1869 (artículo 12), de 1871 (artículo 17), y 1917 (artículo 7), aunque en la primera de ellas reaparece el control legislativo en el artículo 135.

2. *La Jurisdicción Compartida:* La ausencia de señalamiento específico de un órgano a quien correspondiera el ejercicio del control de constitucionalidad parece haberse entendido como el otorgamiento de una

(82) Op. cit., (Aguilar Ediciones, Madrid, 1971), pp. 66-67.

jurisdicción concurrente a los tres Poderes del Estado, cada uno de los cuales se sintió autorizado para efectuar declaraciones de inconstitucionalidad. Así, en 1920, el Congreso constitucional electo después de la caída del gobierno de Federico Tinoco y del período provisional de don Francisco Aguilar Barquero, anuló todo lo actuado durante la administración del primero, derogando, entre otras disposiciones normativas vigentes, la Carta política de 1917. La llamada Ley de Nulidades fue vetada por el Presidente don Julio Acosta, y resellada por el Congreso, transformándose en el Decreto Legislativo 41 de 11 de agosto, que recibió el ejecutarse el 21 de ese mes. En los considerandos primero y segundo de dicha ley se expresa el criterio motivante de la acción del Congreso: "1) Que el acto de sublevación armada del 27 de enero de 1917, encabezado por el entonces Secretario de Guerra, don Federico Tinoco Guardia, quien indujo a las fuerzas militares a desconocer el régimen constitucional y con su apoyo asumió los Poderes Públicos, constituye el delito de rebelión militar que no puede producir efectos legales ni constituir en ningún caso fuente de derecho; y 2) Que, por consecuencia de aquel golpe de Estado, la Constitución Política del 7 de diciembre de 1917 y las leyes emitidas desde entonces fueron suspendidas y suplantadas por un régimen ilegítimo y arbitrario, que privó a los ciudadanos de todos sus derechos políticos bajo la Constitución y sus leyes".⁽⁸³⁾

Al igual que el Congreso, el Poder Ejecutivo se sintió autorizado para hacer declaratoria de inconstitucionalidad. Así en 1911, el Presidente don Ricardo Jiménez, por resolución de 15 de marzo, declaró inconstitucionales los artículos 46 del Reglamento Orgánico Personal Docente, y 23 y 24 del Reglamento de Segunda Enseñanza. Dijo la mencionada resolución: "Ricardo Jiménez, Presidente Constitucional de la República de Costa Rica, *Considerando*: 1.—Que el artículo 102 de la Constitución Política, al determinar las atribuciones del Poder Ejecutivo enumera en su inciso 1 la de "nombrar y remover libremente a los Secretarios de Estado y a cualquiera de los otros empleados de sus dependencias". 2.—Que el artículo 17 de la misma Carta expresa que "las disposiciones del Poder Legislativo... que fueren contrarias a la Constitución son nulas y de ningún valor, cualquiera que sea la forma en que se emitan". 3.—Que en el caso del artículo citado, están las disposiciones escritas en el artículo 46 del Reglamento Orgánico del Personal Docente, que estatuye la inamovilidad de los maestros, y las disposiciones de los artículos 23 y 42 del Reglamento de Segunda Enseñanza, en cuanto parecen limitar a determinadas causas, la remoción de los profesores y exigir para ella, el cumplimiento de formalidades que restringen la facultad del Poder Ejecutivo, la cual ha de ser, como la Constitución lo ordena, de modo libre ejercida; 4.—Que el artículo 47 de la Ley General de Educación considera garantías suficientes de estabilidad en sus destinos en favor de los miembros del Personal Docente, cuando dice: "los maestros permanecerán en sus puestos

(83) HERNANDEZ, Rubén: *El Control de la Constitucionalidad de las Leyes*. Editorial Juricentro, San José, 1978, pp. 87-89.

por todo el tiempo de su buen desempeño, a juicio del Poder Ejecutivo", principio del que no puede sustraerse, sin lesionar la Constitución, el profesorado de Segunda Enseñanza, *Por tanto*: y en aplicación de la fracción 4 del artículo 102 de la Constitución, *Declara*: Que los artículos 46 del Reglamento Orgánico del Personal Docente, 23 y 42 del Reglamento de Segunda Enseñanza y todas las disposiciones que de alguna manera restrinjan o limiten la atribución que el artículo 102 de la Constitución Política confiere al Poder Ejecutivo para nombrar y remover libremente a los empleados de su dependencia, han sido y son nulos de pleno derecho. Dado en la ciudad de San José, a 15 de marzo de 1911. Ricardo Jiménez. El Secretario de Estado en el Despacho de Instrucción Pública: Nicolás Oreamuno.⁽⁸⁴⁾

La constitucionalidad de la Ley de Nulidades y de la resolución transcrita del Poder Ejecutivo no fue discutida ante los Tribunales. Puede argumentarse que dada la falta de precisión del sistema jurídico sobre cuál era el órgano que podía, en forma definitiva, resolver los problemas de inconstitucionalidad, era legítimo aceptar la existencia de concurrencia de los poderes para actuar en este campo. En el Derecho constitucional costarricense se mantiene todavía una situación de esta naturaleza, con referencia al poder de decretar una expropiación. El artículo 45 de la Constitución establece el derecho del Estado a expropiar, pero no dice cuál es el órgano que debe actuar, lo que en la práctica ha significado que tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo decretan expropiaciones y que los Tribunales han aceptado como legítimas las acciones de uno y de otro.⁽⁸⁵⁾

Por otro lado, es evidente el carácter eminentemente político de las actuaciones de Legislativo y Ejecutivo, en ambos casos, en los cuales la declaratoria de inconstitucionalidad juega un papel de justificante y no de fundante de las medidas tomadas. La actitud de los costarricenses, no sólo del Congreso Constitucional, respecto del gobierno de Tinoco, fue de absoluto repudio, motivado, no tanto por el golpe de Estado de 1917, que inicialmente tuvo apoyo popular, sino por los actos represivos en que incurrió para tratar de mantenerse en el poder. Dada esa situación, pensar que alguien impugnara la acción del Congreso ante los Tribunales costarricenses hubiera sido desconocer el ambiente político.⁽⁸⁶⁾ Distinta fue la situación en el ámbito internacional: el Royal Bank of Canada objetó la declaratoria de nulidad de los actos del gobierno de Tinoco y logró el respaldo del gobierno de la Gran Bretaña que promovió las correspondientes

(84) MORELLI, Francisco: "Jurisdicción Constitucional". REVISTA DE CIENCIAS JURIDICO SOCIALES, San José, 1956, pp. 258-259. Citada por HERNANDEZ, Rubén, *op. cit.*, pp. 90-91.

(85) Véanse resoluciones dictadas por la Corte Plena en sesión extraordinaria N° 33 de 3 de agosto de 1972.

(86) Sobre el gobierno de Tinoco, véanse OCONITRILLO, Eduardo: *Los Tinoco* (Editorial Costa Rica, San José, 1980); MURILLO, Hugo: *Tinoco y los Estados Unidos* (Editorial Universidad a Distancia, San José, 1981).

gestiones diplomáticas, habiéndose convenido con el gobierno de Costa Rica en un arbitraje ante el Presidente de los Estados Unidos, William H. Taft.

El pronunciamiento de éste en 1923 declaró la invalidez de dicha nulidad y se transformó en un hito importante del derecho internacional, el famoso "caso Tinoco".⁽⁸⁷⁾

De la resolución citada dictada por don Ricardo Jiménez durante su primera administración quedan de manifiesto dos características de dicho Presidente: la capacidad jurídica y política que le fue reconocida por los costarricenses, que lo eligieron tres veces para la Jefatura del Estado, y su deseo de que no se le pusieran cortapisas al poder de nombramiento de los funcionarios públicos. Los intereses de los maestros y educadores han contado siempre con gran apoyo en Costa Rica pero en la época de esa resolución, el principio de que "los despojos pertenecen al vencedor" era el postulado básico para el reclutamiento de los funcionarios públicos. Aunque el Presidente Jiménez en ese momento se encontraba en el segundo año de su administración (había sido electo en 1910), lo cierto es que se acercaban las elecciones de medio período para Diputados y posiblemente quería contar con el apoyo de los servidores públicos, para obtener mayoría en el Congreso, como en efecto la obtuvo.⁽⁸⁸⁾

En ambos casos, pues, el interés político era evidente y las actuaciones de Legislativo y Ejecutivo pueden tenerse como un aprovechamiento inteligente de los silencios constitucionales.

3. *Actuaciones Judiciales:* De mayor interés para el presente estudio es lo que ocurría en el Poder Judicial. En éste, la situación se había definido por el artículo 8, inciso 1, de la Ley Orgánica de Tribunales de 1888, que prohibía a los funcionarios que administran justicia "aplicar leyes, decretos o acuerdos gubernativos que fueran contrarios a la Constitución".

Resulta difícil establecer una conexión directa entre dicho artículo y el sistema de control constitucional norteamericano. La Ley Orgánica de Tribunales fue producto del trabajo de una Comisión Codificadora que preparó el Código Civil, los Códigos de Procedimientos, tanto Civiles como Penales, y la Ley Orgánica. Las influencias predominantes fueron de origen español, dado que la base para el Código Civil fue el Proyecto de 1858, que se concirtió en ley con posterioridad al costarricense. Los Códigos de Procedimientos se fundamentaron en una forma tan literal en las Leyes de enjuiciamiento españolas, que las explicaciones de éstas se utilizaban, tanto por los jueces como por los abogados litigantes para fundamentar su interpretación de sus disposiciones.

Dadas esas circunstancias, tomando en cuenta la redacción dada, no creo que pueda verse en la regla del artículo 8, una adopción del sistema

norteamericano. Sin embargo, lo interesante es que produjo un sistema similar dado que la negativa a aplicar regía para los tribunales, sin importar su categoría, y constituía un medio de determinar la existencia de una inconstitucionalidad.

En el caso Chinchilla vs. Ureña, el actor estableció demanda civil para que se declarara una servidumbre de paso, en favor de un fundo enclavado. La sentencia de primera instancia rechazó la acción, por estimar inaplicables el artículo 392 del Código Civil, por oponerse al artículo 29 de la Constitución. La Sala de apelaciones revocó y declaró con lugar la demanda. Llevado el asunto a la Sala de Casación, ésta, en el Considerando I estimó: "Que el artículo 395 del Código Civil que concede al propietario de un predio enclavado entre otros ajenos, sin salida o sin salida bastante a la vía pública, el derecho de exigir paso por los predios vecinos para la explotación del suyo pagando el valor del terreno y todo otro perjuicio, no es contrario al 29 de la Constitución, porque si bien éste declara inviolable la propiedad y que nadie puede privarse de la suya, también exceptúa el caso en que medie interés público, y es evidente que lo hay en facilitar la explotación de los predios para el aumento de la producción y consiguientemente de la riqueza general, lo cual no podría verificarse sin la salida a la vía pública". Con esa base, Casación declaró sin lugar el recurso y confirmó la demanda de la Sala de Apelaciones.⁽⁸⁹⁾

Con la brevedad de las sentencias de la época, el fallo dicho se refiere a un problema bastante común: la relación entre un fundo enclavado y las vías de comunicación, entonces bastantes escasas. Por otra parte, se discute la aplicación de un artículo del Código Civil, que había entrado en vigencia dos años antes, en 1888. Es frecuente que el inicio de toda legislación importante sea motivo para que se discuta la constitucionalidad de sus disposiciones importantes. Además, el tema de las limitaciones a la propiedad inmueble ha sido uno de los que mayor número de controversias han producido en el Derecho costarricense. Pero lo que produce mayor interés es que la situación presentada se trata en una forma exactamente igual al "judicial review" norteamericano. Es el ejercicio de la jurisdicción ordinaria, en la cual surge un problema de conflicto entre una norma constitucional y otra legal, que es resuelta por los tribunales como cualquier otra controversia planteada ante ellos.

Posiblemente porque no se produjo una declaratoria de inconstitucionalidad, el caso Chinchilla vs. Ureña no tuvo mayor impacto político. Para que éste se dé es necesario esperar a 1914 cuando, durante la crisis que provocó en Costa Rica la Primera Guerra Mundial, se otorgaron al Presidente don Alfredo González Flores, facultades legislativas. Por Ley Nº 60 de 8 de agosto, se dispuso: "Autorízase al Poder Ejecutivo para que dicte todas las disposiciones económicas, financieras o de policía, que a su juicio fueren indispensables para evitar o contrarrestar cualquier

(87) 18 *American Journal of International Law*, 147.

(88) RODRIGUEZ, Eugenio: *Los Días de don Ricardo* (Editorial Costa Rica, San José, 1971), p. 49.

(89) Sentencia de Casación de las 2 p.m. del 10 de marzo de 1890. Debo el conocimiento de dicha sentencia al Prof. Lic. Jorge Sáenz Carbonell y al estudiante Randall Viales Padilla.

crisis que las instituciones de crédito, al comercio, o a la agricultura, al Gobierno o al país en general, pudieran sobrevenir como consecuencia del actual conflicto europeo". Con base en dicha ley, el Presidente González Flores dictó el Decreto N° 2 del 28 de noviembre de 1914 que elevó el impuesto de beneficencia, exigió una serie de requisitos en las escrituras públicas sujetas a inscripción en el Registro Público de la Propiedad y ordenó dejar constancia en ellas del interrogatorio sobre el parentesco existente entre las partes, para comprobar si procedía o no aplicar el impuesto. Finalmente, la ley derogó las leyes que regulaban dicho impuesto con anterioridad.

Rolando Alfaro Corrales, al serle denegada la inscripción de un documento en el Registro Público, por no cumplir con los requisitos del Decreto, presentó un recurso que fue denegado por el Jefe del Registro Público, por resolución de las 8 hrs. del 3 de febrero de 1915. La Sala de Apelaciones, por resolución de las 3.35 hrs. del 11 de febrero, confirmó la resolución del Registro. El perjudicado presentó recurso de Casación, en el que alegó la inconstitucionalidad de decreto del Poder Ejecutivo. La Sala de Casación, por sentencia de las 14:30 hrs. del 2 de marzo de 1915, acogió el recurso, diciendo lo siguiente: "Que alegándose como fundamento del recurso, la inconstitucionalidad del referido Decreto, el que por lo mismo no debió ser aplicado por la Sala para apoyar su resolución, se hace preciso examinar el valor legal que, desde el punto de vista de nuestro Derecho Constitucional, tiene el citado Decreto porque, siendo la Carta Fundamental, la Suprema Ley de la República, no puede coexistir con ella, ninguna ley contraria, siendo nulas y de ningún valor cualesquiera disposiciones del Poder Legislativo o del Ejecutivo que la contraríen, conforme lo estatuye el artículo 17 de la misma Constitución. 3. Que el citado Decreto, a la vez que establece un impuesto de beneficencia más oneroso que el que existía por Decreto del Congreso de 6 de junio de 1900 y modifica el del mismo Congreso de fecha 13 de junio de 1902, declara resumidos en él y derogados los referidos Decretos, así como cualquier otra ley que le sea contraria; de suerte que esa disposición gubernativa, por su alcance y trascendencia, tiene el carácter de una verdadera ley, pues llega hasta derogar las emitidas con anterioridad por el Poder Legislativo sobre las mismas materias. 4. Que siendo, según lo establece el Artículo 73 de la Constitución, inciso 13, atribución exclusiva del Congreso, dar las leyes, reformarlas, interpretarlas y derogarlas, no cabe duda de que el referido Decreto de 28 de noviembre contraría el artículo constitucional, y, por lo mismo, no puede subsistir contra él, conforme lo dispone el citado Artículo 17 de la misma Carta Fundamental. 5. Que, aunque por el Decreto del Congreso de fecha 8 de agosto de 1914, se autorizó ampliamente al Poder Ejecutivo para que dictara todas las disposiciones que creyere necesarias para contrarrestar cualquier crisis que pudiera sobrevenir con motivo del conflicto europeo, entiende este Tribunal que la autorización que tuvo en mira conferir el Congreso, se refería a las disposiciones de carácter puramente gubernativo o administrativo, pero no a las que entrañaban funciones legislativas como las de que se trata, pues

dentro del orden constitucional que nos rige, el mismo Congreso no podría desprenderse del ejercicio de esas funciones, que le corresponden a él exclusivamente, para delegarlas al Poder Ejecutivo. 6. Que el artículo 8 de la Ley Orgánica de Tribunales, prohíbe a los funcionarios del orden judicial aplicar Leyes, Decretos o acuerdos gubernativos que sean contrarios a la Constitución; y en cumplimiento de esa prescripción legal, la Sala de instancia no pudo apoyarse en el referido Decreto para denegar la inscripción del documento a que se refieren esos autos. 7. Por tanto: De conformidad con lo expuesto, declárase con lugar la Casación del autor recurrente de que se ha hecho mérito, y que debe practicarse la inscripción del documento de que se trata, si algún otro motivo no lo impidiere".

Luis Carlos Abellán y Fabián Volio llaman a dicha sentencia "el equivalente al fallo *Marbury vs. Madison* de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América"⁽⁹⁰⁾ Si bien no es cierto, como igualmente dicen, que sea "el primer recurso de inconstitucionalidad presentado en Costa Rica dentro de un litigio", si conviene realizar una comparación entre ambos casos.

Hay que advertir en primer término, que no parece haber en el caso costarricense una influencia directa de la celebrada resolución norteamericana, pensar que los jueces costarricenses estaban adoptando el sistema de los Estados Unidos. Pero, como queda dicho y se refleja en el caso *Chinchilla vs. Ureña*, la situación jurídica tenía elementos parecidos. Por otra parte, el momento costarricense de 1914, como el norteamericano de 1803, estaba cargado de elementos políticos. González Flores tenía la responsabilidad de hacerle frente a la crisis y como ésta había producido la caída de las rentas principales gubernamentales, las de Aduana, estaba en la necesidad de elevar impuestos, medida ésta que no gozaba de ninguna popularidad. Trató, en primer término, de elevar los impuestos indirectos y si lo hizo por vía de Decreto Ejecutivo, fue por considerar que ello le permitía actuar con mucho mayor rapidez y con menor resistencia. Luego trataría de establecer un impuesto sobre la renta, lo que motivó el golpe de Estado de 1917 y la dictadura de Federico Tinoco.⁽⁹¹⁾

Como en el caso *Marbury vs. Madison*, la Corte costarricense evitó hacer un pronunciamiento directo. Aquí no quiso incluir una declaratoria de inconstitucionalidad sino que le dio a la Ley N° 60 de 8 de agosto de 1914 un sentido que defería de la interpretación del Poder Ejecutivo. Que ésta había sido la intención del Congreso queda bien claro en el comentario de José María Vargas Pacheco, quien dice: "...teníamos un Presidente de la República quien además era experto en asuntos de hacienda pública. Se estimó entonces conveniente invertirlo con el carácter de le-

(90) *La Interpretación Constitucional en el Recurso de Inconstitucionalidad*. Tesis para optar al título de Licenciados en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1986, p. 96.

(91) Véase obras citadas en nota 86: Así mismo. CAÑAS, Alberto, ed.: Alfredo González Flores. *Su Pensamiento*. (Editorial Costa Rica, San José, 1980).

gislador y así lo hizo el Congreso constitucional para que dictase con la prontitud y oportunidad necesarias las disposiciones que pudiesen contrarrestar aquella crisis".⁽⁹²⁾

Como en *Marbury vs. Madison*, la reacción del Presidente González Flores fue tan airada como la del Presidente Jefferson. Convocó inmediatamente al Congreso a sesiones extraordinarias y le presentó un Mensaje, en el cual decía: "A pesar del parecer de la mayoría de la Corte de Casación que impugna la constitucionalidad de la Ley de Sucesiones, el Poder Ejecutivo sigue creyendo que la referida ley, así como cuantas han sido dictadas en virtud de las facultades extraordinarias conferidas en el Decreto N° 60 de que se ha venido haciendo mérito, disfrutaban desde su promulgación del más amplio amparo por parte del estatuto fundamental y han surtido y siguen surtiendo sus efectos de una a otra frontera. Ahora se hace preciso que vosotros, señores diputados confirméis esta opinión declarando la legitimidad y constitucionalidad de las leyes emitidas por el Poder Ejecutivo, dándoles vuestra ratificación. Venga pues el Legislativo, como Suprema Instancia Constitucional a desvanecer las dudas de la mayoría de la Corte de Casación, con lo que desaparecerá una dificultad incidental en nuestra expedita vida republicana. Tiene la palabra el Soberano". Vargas Pacheco relata el desenlace: "El Congreso se reunió y debatió el asunto y optó por la fórmula de aprobar las leyes. No hizo ninguna objeción acerca del carácter de suprema instancia constitucional o de árbitro soberano con que lo había convocado el Ejecutivo para resolver sobre aquel caso típico de la interpretación de la carta política. Quedó así flotando en nuestro ambiente institucional la idea de que el Congreso era el intérprete supremo de las disposiciones constitucionales".⁽⁹³⁾ Desde luego, llaman la atención dos cosas: en primer término, que en el pronunciamiento del Congreso hubo un implícito reconocimiento de que la Sala de Casación había actuado dentro de sus funciones, al negarse darle validez a la disposición con carácter de ley, dictada por el Poder Ejecutivo, al aprobarla por la Cámara. Por otro lado, que el autor, uno de los jueces que dictó el fallo, señale que la conclusión prevalente fue que se tuviera al Congreso como la suprema autoridad en materia constitucional, tesis que él considera derivada de la doctrina francesa, totalmente divergente de la teoría del control constitucional norteamericana, que demuestra en su artículo, conocer.

El caso *Alfaro vs. Registrador* produjo una tendencia restrictiva a la acción de los tribunales, dado que por Ley de 13 de julio de 1922, se reformó el artículo 967 del Código de Procedimientos Civiles, para ampliar la competencia de la Sala de Casación al conocimiento de recursos de este tipo, cuando la sentencia de los jueces de instancia, desconociera una ley vigente por interpretar que ésta era contraria a la Constitución.

(92) VARGAS PACHECO, José María: "Puntos de Vista en cuanto a la Interpretación de la Constitución". *Revista del Colegio de Abogados*. San José, Costa Rica, p. 280.

(93) *Ibid.*

Se otorgó la posibilidad de interponer "para toda clase de juicios sin limitación de cuantía cuando la sentencia deja de fallar con arreglo a leyes aplicables al caso, teniéndose de un modo expreso o implícito por inconstitucionales o inoperativas, sin fundamento para ello".⁽⁹⁴⁾

4. *El Sistema Actual*: El control de constitucionalidad no vino a adquirir una fisonomía precisa en Costa Rica sino con las reformas efectuadas a la Ley Orgánica del Poder Judicial y los Códigos de Procedimientos Civiles y Procedimientos Penales, que se comenzaron a preparar en 1935 y se transformaron en leyes en 1937. Para dicho sistema se agregó al inciso primero del artículo 8 de la Ley Orgánica un párrafo para que se leyera así: "No podrán los funcionarios que administran justicia: 1. Aplicar leyes, decretos, acuerdos o resoluciones gubernativas que sean contrarios a la Constitución, cuando la inaplicabilidad haya sido decretada por la Corte Plena". Lo agregado es la parte que se subraya. Por aparte, en el Código de Procedimientos Civiles se incluyó en el Título I del Libro IV, "Recursos", un Capítulo IX, que se llamó "Recurso de Inconstitucionalidad", que estableció el procedimiento para establecer y tramitar la acción de inconstitucionalidad.

Los redactores de las reformas, Magistrados Luis Dávila y Antonio Picado explicaron la innovación, diciendo que "tiene poca seriedad el procedimiento (actual) de permitir que jueces y tribunales inferiores hagan pronunciamientos de inconstitucionalidad, con evidente desprestigio para el Poder Legislativo y aún para el Ejecutivo". Agregaron los redactores: "Son bien conocidas las discusiones a que ha dado lugar la cuestión de si debe encomendarse a los Tribunales de Justicia la facultad de declarar inaplicables las leyes, decretos o acuerdos que sean contrarios a la Constitución, o si debe negárseles esa facultad por constituir una intromisión de funciones que riñe con el principio de independencia de Poderes. Dado lo anticuado de nuestra Carta Fundamental y la complicación de la vida política y económica del mundo que se refleja en la vida de nuestro país, cree la Comisión que probablemente habría sido preferible quitarle a los Tribunales de Justicia la facultad de negarle autoridad a las leyes, que sólo conduce ahora a producir conflictos originados en lo absoluto de nuestros preceptos constitucionales y en la naturaleza de las nuevas leyes que tienden a darle a la República los rumbos que le corresponden y a solucionar los serios problemas que amenazan su existencia; pero ante el artículo 17 de la Constitución que establece que "las disposiciones del Poder Legislativo o del Ejecutivo que fueren contrarias a la Constitución son nulas o de ningún valor, cualquiera que sea la forma en que se emitan", se ha inclinado por mantener la referida facultad, pero dándole una mayor seriedad al procedimiento para declarar la inaplicabilidad en términos que proteja mejor, por un lado los intereses de los particulares que pueden obtener una declaración pronta en amparo de sus derechos

(94) PICADO, Antonio: *Explicación de las Reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial* (Imprenta Nacional, San José, 1937), p. 27.

lesionados, y por otro, la majestad de la ley, que sólo cuando sea evidentemente contraria al espíritu y a la letra de la Constitución no debe encontrar acatamiento por parte de los Tribunales".⁽⁹⁵⁾

Con posterioridad al trabajo de la Comisión Redactora, ésta celebró una serie de reuniones con una Comisión nombrada por el Congreso para estudiar la reforma y con asesores nombrados por el Colegio de Abogados de Costa Rica. En ellas se puso de manifiesto la resistencia de parte del gremio jurídico al nuevo sistema, como puede verse del hecho de que en una de ellas, el Licenciado don Fabio Baudrit, uno de los delegados del Colegio, dijo "que el sistema adoptado, de que fuera la Corte la que ejerciera el control", precisamente por muy definido, pudiera crear conflictos de carácter político entre los Poderes Supremos, a lo que contestó que ellos "de todos modos surgirán, dada la posibilidad de que una autoridad cualquiera se oponga a la eficacia de una regla de carácter legal, pero se gana si es la Corte Plena en respectabilidad y respaldo de la tesis, aunque la adrese otro Poder".

Para disminuir esas reservas, en el artículo 967 del Código de Procedimientos Civiles se incluyó la regla de que, para que hubiera declaración de inconstitucionalidad era necesario que el pronunciamiento fuera aprobado por dos tercios del total de los Magistrados. Dicha regla fue originalmente propuesta por los Magistrados Dávila y Picado, redactores del plan de reformas. Luego, fue eliminada por la Comisión del Congreso que actuó conjuntamente con los representantes del Colegio de Abogados los redactores. Finalmente, en sesión del 13 de julio de 1937, "El Licenciado González Víquez (don Cleto, dos veces Presidente de la República), por medio del señor Baudrit, no pudiendo asistir a estas sesiones finales por hallarse operado, propone restablecer la mayoría de dos tercios, conforme a lo sugerido en el proyecto del Licenciado Picado. Le mueve la observación del reciente conflicto sostenido en los Estados Unidos entre el Ejecutivo y el Senado y la convicción de que es preferible abonar la resolución que en tal recurso recaiga, para evitar conflictos de criterio, que pudieran revestir carácter político y darse con mayor facilidad si se dejan a merced de la simple mayoría aconsejada en las sesiones iniciales para el caso. Se hizo debate en que el señor Guardia (don Víctor, luego Presidente de la Corte), mantuvo junto con el señor Loría (don Roberto, luego Magistrado), el sistema de mayoría simple, y puesta a votación la enmienda resultó aprobada por los demás asistentes".⁽⁹⁶⁾

En la Constitución de 1949, lo que se hizo fue agregar al artículo de la primacía constitucional de las anteriores constituciones, dos párrafos que dicen: "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.

(95) *Ibid.*

(96) PICADO, Antonio: *Explicación de las Reformas al Código de Procedimientos Civiles* (Imprenta Nacional, San José, 1937), pp. 418-419.

"La ley indicará los tribunales llamados a conocer de la inconstitucionalidad de otras disposiciones del Poder Ejecutivo".

5. *Evaluación del sistema:* El sistema judicial de control de constitucionalidad costarricense tiene ya cuarenta años de funcionamiento. Me incluyo entre aquéllos que sienten que no ha funcionado en una forma adecuada y que está muy lejos de producir buenos resultados, tanto como medio de control de la acción de los Poderes Políticos, como en cuanto labor vivificante de la Constitución, para mantenerla en constante adaptación a los cambios sociales.

Mi objeción principal es lo que he llamado "los dados cargados":⁽⁹⁷⁾ no se trata de juzgar la constitucionalidad de los actos sometidos a control sino de dificultar la evaluación de la conformidad de los actos con la Constitución, en la misma forma en que el fullero lanza los dados, seguro de que el resultado le será favorable. Tal y como cita Rubén Hernández "el recurso de inconstitucionalidad es la forma procesal de lograr que una norma obviamente inconstitucional sea declarada constitucionalmente legítima".⁽⁹⁸⁾

Ello es así, por cuanto: a) se ha creado el mito de la "presunción de constitucionalidad". En *explicación de las reformas al Código de Procedimientos Civiles*, dijo don Antonio Picado: "la inaplicabilidad sólo debe pronunciarse cuando la ley, decreto, acuerdo o resolución sean evidentemente contrarios a la letra y al espíritu de la Constitución".⁽⁹⁹⁾ Dicho criterio ha sido repetido y mantenido por la Corte Suprema en una serie de casos.⁽¹⁰⁰⁾

Como si ello no fuera poco, existe además la regla de que para declarar con lugar una inconstitucionalidad es necesario el voto favorable de dos tercios del total de magistrados. La Corte Suprema tiene un total de diecisiete magistrados. Para que proceda una inconstitucionalidad es necesario el voto afirmativo de doce magistrados sea, y ha sucedido en varias ocasiones, que si once magistrados votan por la declaratoria de inconstitucionalidad y seis lo hacen negativamente, son éstos los que determinan el pronunciamiento, dado que la ley se tendrá por constitucional.⁽¹⁰¹⁾

(97) En "La Constitucionalidad del Apremio Corporal". *Derecho Constitucional Costarricense* (Editorial Juricentro, San José, 1985), pp. 365-367.

(98) HERNANDEZ, R.: *op. cit.*, p. 110.

(99) PICADO, A.: *Explicaciones Procesos Civiles*, *op. cit.*, p. 419.

(100) HERNANDEZ, R.: *op. cit.*, nota en p. 111 que cita las resoluciones de Corte Plena en sesiones N° 39 de 12 de julio de 1971 y N° 5 de 25 de enero de 1956.

(101) Resolución adoptada en Sesión de Corte Plena de 20 de noviembre de 1961 por la cual se mantuvo la constitucionalidad del pago en bonos por expropiación de bienes inmuebles destinados a la reforma agraria. La declaratoria de inconstitucionalidad tuvo once votos a favor y seis en contra.

Finalmente, si no fueran suficientes los obstáculos mencionados, se encuentra la timidez con que los magistrados costarricenses han ejercido la función constitucional. Tienen en sus manos como dijo De Tocqueville, "un inmenso poder político".⁽¹⁰²⁾ Pero no lo ejercen con la debida frecuencia. Solo en los últimos años, han actuado con mayor conciencia del papel que deben desempeñar en la vida constitucional costarricense.⁽¹⁰³⁾ Ello ha tenido como resultado, el aumento en el número de los recursos de inconstitucionalidad y como dicha función, no constituye la actividad principal de la Corte, que tiene además tareas administrativas como jerarca del Poder Judicial y dividida en tres Salas, de tribunales de Casación, se produce un mayor retraso de sus pronunciamientos.

6. *Propuestas de Reforma:* La insatisfacción con el régimen actual ha provocado un movimiento de reforma, que tiene expresión actualmente en una propuesta de reforma constitucional, que crearía una Sala Constitucional, dentro de la Corte Suprema de Justicia, compuesta de cinco magistrados, que asumiría la totalidad de la justicia constitucional —amparo, hábeas corpus y control de constitucionalidad— además de dirimir los conflictos entre los órganos fundamentales del Estado. La Sala actuaría por simple mayoría, por cual desaparecería la regla de los dos tercios.⁽¹⁰⁴⁾

7. *Una comparación de sistemas:* Al examinar la relación entre los sistemas de estado de gobierno en las constituciones norteamericana y centroamericana, encontré una situación relativamente sencilla: con respecto a la forma de Estado, Centro América copió el federalismo norteamericano, pero no pudo llegar a vivirlo de manera efectiva. Los localismos, las ambiciones personales, la falta de experiencia gubernativa, la seducción ejercida por las soluciones armadas, determinaron que no pudiera crearse un ambiente efectivo de convivencia e hicieron fracasar la Federación. No puede hablarse de que el sistema federativo no funcionara; ni siquiera pudo probarse. No tuvo el menor asomo de realidad.

Con respecto al sistema de gobierno, lo ocurrido fue diferente: tomamos la forma de organización pero, dentro de los tres poderes, le otorgamos un predominio al Poder Ejecutivo, dando como resultado que en lugar del sistema presidencial tuvimos un presidencialismo, en el cual afloraba la tradición política española de concentración de poder en el gobernador, bajo la organización jurídica importada. Las diferencias que, a lo largo y ancho de América Latina, adquirió el presidencialismo tuvieron razón de ser en los fenómenos históricos, propio de cada uno de los Estados en que se dividió la región, y en el mayor o menor arraigo que

(102) Supra nota 82.

(103) Particularmente, a partir del caso Beneficiadora Santa Elena de 27 de enero de 1983.

(104) Asamblea Legislativa. Expediente 10.401. Proyecto de reforma a los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política y adición al artículo 153 íbidem.

podieron lograr las instituciones democráticas. Dentro de ellas, la tarea de construir una democracia propia, auténtica y efectiva, que cumplieron los costarricenses, tuvo características muy especiales, que les permitieron conformar un Estado unitario, que por el sistema de prueba y error, creó un régimen constitucional, en el cual, el cambio frecuente de textos no significó otra cosa que el ajuste de las instituciones a los distintos giros de su proceso evolutivo.

Cuando examinamos el proceso por el cual los costarricenses hemos adquirido un sistema de control de constitucionalidad, la situación es diferente. No hay ningún punto de arranque en el cual se hubiera dado alguna derivación de la constitución norteamericana. La fórmula inicial de que la observancia de la Constitución y salvaguardia se efectúe por el Poder Legislativo es, como tantas otras instituciones, una derivación de la Constitución española. El principio de supremacía constitucional que aparece luego en los textos no tiene relación con la Constitución de los Estados Unidos, salvo en la medida de que éste, como todos los regímenes de Constitución rígida, acepta la diferencia de jerarquía entre la Constitución y las leyes ordinarias. La jurisdicción concurrente que se da luego en la acción de los tres poderes es también una modalidad completamente ajena a la experiencia norteamericana.

Lo verdaderamente interesante es el desarrollo de la acción de los tribunales para realizar pronunciamientos de inconstitucionalidad, sin otra regla específica de fundamento que la norma constitucional de primado o jerarquía superior de la Carta Fundamental. Se da una situación similar a la norteamericana y, como en ésta, el control de constitucionalidad final es ejercido por el tribunal de mayor categoría que así prueba su efectividad para cumplir esa función. Al tratarse de la aplicación de normas jurídicas a casos concretos y particulares, la condición de abogados de los juzgadores tiene que producir un mejor resultado de la función de control, que la que puede ocasionalmente cumplir cualquiera de los poderes políticos. Por un camino diferente, llega al mismo resultado, como ocurre a veces en Derecho, dado lo limitado de las opciones posibles.

Ese momento de encuentro, a partir de la Ley Orgánica de Tribunales de 1888 se lleva a cabo, dentro de culturas jurídicas diferentes. Como dice Archibald Cox: "El mayor volumen del Derecho angloamericano que establece los derechos y deberes de los propietarios, de las partes de los contratos, y de otras personas (inclusive las corporaciones), cuyas actividades afectan unos y otros, es Derecho hecho por los jueces, construido lentamente por siglos de decisiones judiciales y muy raramente modificado por legislación. Nuestro Derecho constitucional fue construido de manera similar, usando el documento como una base".⁽¹⁰⁵⁾

Nada más alejado de esa tradición que el Derecho costarricense. En el momento en que se decide oficializar la adopción del sistema judicial de control de constitucionalidad, cuando podría haberse efectuado una

(105) *Op. cit.*, p. 180.

mayor aproximación al sistema norteamericano, por lo contrario se evidencia la enorme distancia que lo separaba de él. Ello se ve claramente en la circunstancia de que, a ciento treinta y cinco años de *Marbury vs. Madison*, se discute si corresponde o no darle el control de constitucionalidad a la Corte Suprema. La preocupación de los redactores de las reformas a la legislación procesal es si de esa manera, la Corte se va a ver en necesidad de intervenir en conflictos de orden política, cosa que un análisis de la situación norteamericana les hubiera demostrado ser cierto y bueno al mismo tiempo. Véase además que se considera que "tiene poca seriedad" el permitir a todos los jueces hacer pronunciamientos sobre inconstitucionalidad, sea el sistema difuso norteamericano.

Por otra parte, los autores de las reformas y los componentes de las comisiones de estudio demuestran tener un concepto del principio de separación de poderes demasiado rígido, carente de cualquier posibilidad de cooperación o interacción entre ellos, y totalmente negativo a la existencia de frenos y contrapesos entre los principales órganos del Estado. La percepción de esta circunstancia pareciera contradecir lo dicho sobre el papel preponderante del Ejecutivo. Sin embargo, esa contradicción es aparente, dado que como resultado de esa preponderancia, el Ejecutivo rechaza cualquier control que sobre él puedan ejercer los otros Poderes. Al mismo tiempo, éstos, al proclamar una separación de poderes absoluto, lo hacen con la esperanza de que constituya un medio de defensa frente a la acción del Ejecutivo.

En 1937, a sesenta y seis años de promulgada la Constitución vigente, que había tenido interrupciones de su vigencia por quince de ellos, la consideración de los redactores de las reformas es que la Carta Fundamental es anticuada y que la tarea de innovación es labor legislativa, en la cual, por consiguiente, no le corresponde papel alguno a la Corte, lo cual reproduce criterios imperantes dentro del sistema continental europeo y especialmente, en el Derecho francés, de desconfianza hacia la labor de los tribunales y consideración del Poder Legislativo como el motor del sistema jurídico.

Para demostrar que se trata de diferencias culturales y no de falta de información, se evidencia el hecho de que estaban perfectamente conscientes de enfrentamiento que se llevaba a cabo en los Estados Unidos con motivo de los pronunciamientos de inconstitucionalidad de la Corte Suprema de varias leyes importantes dictadas por el gobierno de Franklin Delano Roosevelt, que llevaron a éste a intentar una reforma constitucional para aumentar el número de miembros de la Corte, proyecto conocido como el *Court Packing Plan*.⁽¹⁰⁶⁾ La reacción ante esa crisis es una nueva demostración de lo poco convencidos que estaban los autores de reforma del sistema de control de constitucionalidad que proponían, pues ella produce el requerimiento de una mayoría calificada dentro de la Corte para lograr una declaratoria de inconstitucionalidad.

(106) COX, T.: *op. cit.*, pp. 145-155.

Todo ello, como espero quede claro, no puede tenerse como ignorancia o menosprecio de la labor de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sino como resultado de una diferente cultura jurídica, para la cual, aceptar que aquélla tenía un papel político que es casualmente la que la caracteriza como un poder, resultaba de muy difícil aceptación.

Y con eso hemos llegado al final de esta investigación cuyo resultado podría resumirse diciendo que la influencia de la Constitución de los Estados Unidos sobre nuestra vida constitucional es innegable, permanentemente presente, pero condicionada por las diferencias de cultura jurídica que existen entre nuestros países.

New York, enero 87-88

I. *Abordaremos el tema de la tercera edad a partir de dos aspectos contrarios y complementarios:*

1. La población de la tercera edad delincuente.
2. La población de la tercera edad víctima.

El primer punto comprende también el tema de las penas impuestas a personas de la tercera edad, y el de la posibilidad de incrementar el uso de sanciones y medidas diversas a la pena de prisión.

Al preparar el trabajo quisimos hacerlo tomando comparativamente la información de todos los países de Centroamérica. Pero encontramos que la información accesible de los sistemas de justicia penal —salvo en el caso de Costa Rica— no venía discriminada por grupos etarios, lo que limitó nuestro objetivo al ámbito de este país. Vale adelantar también, que la información recogida se refiere solamente al sistema penitenciario, razón por la que la elaboración que hagamos de dichos datos, solamente se limita a ese ámbito.

No obstante, países del sur del continente corroboran bastante la información procedente de Costa Rica, razón por la cual, *mutatis mutandi*, es dable suponer que el análisis del fenómeno costarricense expresa tendencias que podrían muy posiblemente ser más generales en la región.

Cabe también advertir que nuestra pretensión en el presente trabajo no va más allá de señalar, en forma esquemática, algunos problemas más o menos evidentes a los que estamos lejos de brindar respuestas satisfactorias. Seguramente, tales respuestas u orientaciones podrán surgir del aporte interdisciplinario, y de mayor investigación sobre el tema.

II. *Podríamos comenzar encuadrando demográficamente nuestro tema, estableciendo una distinción entre Costa Rica (y América Latina en general) y los países desarrollados. Para hacerlo, nada es más claro que exhibir los datos:*

CUADRO I

POBLACION DE 60 AÑOS Y MAS EN DIVERSAS REGIONES
Y EN COSTA RICA EN 1985

	<i>Población de 60 años y más</i>
Total mundial	8,6%
Unión Soviética	13,2%
América del Norte	15,0%
Europa	17,0%
América Latina	6,5%
Costa Rica	5,8%

Fuente: Trejos Alfonso y Ortega Antonio, "El envejecimiento de la población costarricense", en Revista Médica Hospital Nacional de Niños, Costa Rica 20 (2):247-258, 1985. Extractado de los cuadros 2 y 3.

Los demógrafos consideran que una población es joven cuando tiene menos de un 7% de la tercera edad (sesenta años y más).

Al respecto, los datos del cuadro precedente exhiben claramente la situación de América Latina con su reducida población de la tercera edad y su, por contraste, alto número de jóvenes.

Dentro de América Latina, el caso de Costa Rica es aún más acentuado, ya que su porcentaje de población de la tercera edad es más reducido que el de la región en general. Ahora bien, haciendo una proyección de la información, veamos cómo dicho grupo aumentará su número en el futuro:

CUADRO II

COSTA RICA. POBLACION DE 60 AÑOS Y MAS
Proyección en el tiempo

<i>Año</i>	<i>% de la población de 60 y más años</i>
1985	5,8
2000	7,3
2025	14,00

III. *La población de la tercera edad delincuente.*

Existen pocos puntos en los que los criminólogos de las distintas tendencias tienen coincidencia entre sí. Uno de ellos es la afirmación de que, con el aumento de la edad, la criminalidad, —al menos la oficialmente registrada— decrece.

En efecto, si tomamos datos del Sistema de Justicia Penal (hemos explicado ya que nuestra información se limita en esto a la del sistema penitenciario de Costa Rica), podemos apreciar cómo, en general, a medida que avanzamos en la edad de los grupos, la población penal disminuye.

Esta tendencia general ha sido últimamente puesta en duda, entre otras razones en virtud de la llamada cifra negra de la criminalidad. En esta línea se ha llevado a cabo estudios sobre lo que se ha llamado "delinquentes de cabeza blanca", así, vgr. (Feinberg y Khosla, 1984) sobre la cifra de pequeños robos en supermercados, mostrando que hay una alta proporción de este tipo de delitos que son cometidos por personas de 60 años y más, que no son advertidos.

De cualquier modo, el tema es bastante reciente, existe insuficiente investigación empírica y no existen al respecto —que nosotros tengamos noticia— trabajos en América Latina, razón por la cual, a falta de mejor evidencia en contrario, sería posible suponer que los delitos de la cifra negra de los delinquentes de cabeza blanca, al igual que los delitos del resto de la cifra negra de la criminalidad, se distribuirán en forma pareja respecto de la distribución total. Es decir: así como hay una cifra negra de este grupo etario, existe también una cifra negra en los otros grupos etarios, por lo que podríamos pensar por el momento, y a falta de mejor evidencia, que la distribución que tenemos a mano expresa, con mayor o menor rigor estadístico, la tendencia correcta.

Veamos el Cuadro III, que preparamos elaborando datos del Censo de Población Penitenciaria de Costa Rica de julio de 1983, y datos de población del país de la Dirección General de Estadística y Censos. En él se aprecia cómo a medida que la edad de los grupos etarios de población aumenta, disminuyen las tasas de población penitenciaria al interior de cada grupo.

Vale observar que a partir del grupo etario de 25 a 31 años, van disminuyendo rápidamente las tasas de población presa, hasta que al llegar al grupo de 60 años y más las cifras quedan en relación 17:1 (las tasas fueron sacadas a partir de los totales de población de cada grupo).

Respecto de qué delitos cometen las personas de 60 y más años, preparamos otro cuadro (IV) donde se advierten, con el avance de la edad, algunos cambios en las tendencias.

Los cambios más evidentes se aprecian en el caso de los delitos contra la propiedad (sobre todo la disminución de ciertas figuras) y en los delitos contra la honestidad o sexuales, que aumentan progresivamente a partir del grupo de 25 a 31 años hasta alcanzar su pico más alto en el grupo de 50 años y más.

CUADRO III

COSTA RICA. GRUPOS ETARIOS:
 TOTALES EN EL PAIS, TOTALES EN PRISION,
 TASAS EN PRISION POR MIL HABITANTES

Total	17 años	De 18 a 24 años	De 25 a 31 años	De 32 a 38 años	De 39 a 45 años	De 46 a 52 años	De 53 a 59 años	60 y más
Total del grupo en el país	372.380	280.588	204.860	146.933	110.629	90.973	158.144	
Total del grupo en prisión	2.908	39	1.044	900	432	222	55	31
Tasa por mil habitantees de cada grupo	2.80	3.20	2.10	1.51	1.10	0.60	0.19	

Relación 17 a 1

E. Carranza, ILANUD, 1986. Elaborado en base a "Censo de Población Penal. 1º de julio de 1983. Ministerio de Justicia. Costa Rica.

CUADRO IV

TOTAL DE INTERNOS SEGUN GRUPOS DE EDAD Y CLASE DE DELITO

Clase de delito	Grupos de Edad								
	Total	17 años	De 18 a 24 años	De 25 a 31 años	De 32 a 38 años	De 39 a 45 años	De 46 a 52 años	De 53 a 59 años	60 y más
Total:	2,908	39	1,044	900	432	222	122	55	31
Contra la vida	338 11.62%	3 7.69%	92 8.81%	110 12.22%	69 15.97%	30 13.51%	16 13.11%	8 14.55%	3 9.68%
Sexuales	230 7.91%	—	71 6.80%	55 6.11%	37 8.56%	21 9.46%	23 18.85%	13 23.64%	9 29.03%
Contra la propiedad	1,646 56.60%	25 64.10%	694 66.48%	539 44.44%	192 44.44%	112 50.45%	44 36.07%	14 25.45%	12 38.70%
Contra la autoridad pública	45 1.55%	1 2.56%	20 1.92%	15 1.66%	4 0.93%	2 0.90%	1 0.82%	1 1.82%	1 3.23%
Contra la adm. de justicia	75 2.58%	1 2.56%	25 2.39%	22 2.44%	18 4.17%	3 1.35%	4 3.28%	1 1.82%	1 3.23%
Contra la salud	285 9.80%	—	77 7.38%	89 9.88%	64 14.81%	29 13.06%	11 9.02%	8 14.55%	3 9.68%

E. Carranza, ILANUD, 1986. Elaborado con información de la Dirección Nacional de Estadística y Censos y del "Centro de Población Penal, 1º de julio de 1983" del Ministerio de Justicia de Costa Rica.

Un dato importante: analizando la población penitenciaria de la tercera edad, se advierte que los individuos que están presos por delitos sexuales suelen ser delincuentes primarios; no así quienes están presos por otros delitos (lo más común contra la propiedad), que suelen ser reincidentes. Esto estaría indicando que se dan circunstancias específicas que hacen que el grupo de la tercera edad presente una tan alta frecuencia en estas figuras delictivas en particular. Se trataría de una mayor vulnerabilidad para incurrir en tales figuras, y posiblemente también posteriormente frente al proceso de criminalización del sistema penal. En todo caso el tema amerita mayor estudio. (Sobre el concepto de "vulnerabilidad": Zaffaroni, 1987).

Ahora bien, ¿qué tipo de medidas de prevención primaria (anterior al delito) o secundaria (luego de éste) cabría tomar para reducir la criminalidad y criminalización de la población de 60 años y más y los efectos negativos de ésta?

Las medidas de prevención primaria que podrían adoptarse, al igual que en el caso de la prevención primaria para los restantes grupos etarios, deben ser objeto de estudio interdisciplinario y primordialmente entran en los ámbitos de los ministerios de bienestar social, salud, educación, vivienda y también policía.

Respecto de las medidas de prevención secundaria, señalaremos en este trabajo sólo uno de los aspectos importantes: el de la necesidad de reducir al mínimo el uso de la pena de prisión.

Este es un tema sobre el que se ha escrito mucho. Para lo que a nosotros concierne, digamos que la cárcel no es la única sanción que puede imponerse a un individuo que ha cometido una conducta que la ley define como delito, y que muchas de las personas de 60 años y más que están en prisión están recibiendo una sanción que por excesiva es injusto y que contribuye a agravar la situación que dio origen al delito, con lo cual la sociedad no logra los resultados que se pretenden y en cambio gasta mucho dinero que podría destinarse a otros fines, tales como su atención social, médica y psicológica.

Los códigos penales y leyes penitenciarias de los países de Latinoamérica prevén, como norma general, disposiciones especiales para las personas ancianas o valetudinarias. Pero no se hace todo el uso que podría hacerse de tales normas, primordialmente porque existe, (a diferencia de algunos países de Europa) una ideología "penitenciarista", de meter en prisión a la mayor cantidad de gente posible.

En Costa Rica, las siguientes normas de procedimiento penal tienen relación con el tema:

Artículo 293: que establece que "las personas mayores de 60 años o valetudinarias, podrán cumplir la prisión preventiva en sus domicilios si el juez estimare que en caso de condena no se les impondrá una pena mayor de dos años de prisión".

Artículo 506: que establece que "si durante la ejecución de la pena privativa de libertad el condenado sufre alguna enfermedad que no pudiera ser atendida en la cárcel, el juez de ejecución de la pena dispondrá, previos los informes médicos necesarios, la integración del enfermo en un establecimiento adecuado, salvo que esto importe peligro de fuga".

Artículo 507: que se refiere a la posibilidad de ejecución diferida de la pena, estableciendo en su inciso segundo que ello podrá hacerse "si el condenado estuviere gravemente enfermo y la inmediata ejecución pusiere en peligro su vida".

Como vemos en el caso de los dos últimos artículos citados, la ley no se refiere especialmente a las personas mayores de sesenta años, sino solamente a "enfermos". Sin embargo, cabría estudiar la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia del país han dado a estas normas, ya que eventualmente personas de la tercera edad podrían estar comprendidas en ellos. (Parecería bastante clara la posibilidad de inclusión de valetudinarios y seniles, pero eventualmente la interpretación podría ser aún más amplia).

Por lo que tenemos conocimiento, en el establecimiento de la Reforma se ubica a las personas de la tercera edad preferentemente en un módulo aparte, a fin de que se organicen con mayor comodidad, sin las molestias que la convivencia continuada con la población más joven podría eventualmente ocasionarles. Al respecto, tenemos también conocimiento de que las autoridades del centro prepararon, hace tres años, un proyecto para considerar la especial situación de este grupo etario.

IV. *La Población de la Tercera Edad víctima.*

La criminalidad crece en general en los llamados países en vías de desarrollo (también en algunos de los llamados países industrializados, aunque no en todos).

En líneas generales, tal crecimiento de la criminalidad (y de la criminalización) en nuestra región —que se manifiesta notablemente en el caso de ciertos delitos contra la propiedad cometidos por personas que integran el 40% de población que CEPAL y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD definen como "sector de pobreza crítica"— ha sido adjudicado al gran deterioro económico, consecuencia del "desarrollo" exógeno que reduce la riqueza de los llamados países en vías de desarrollo en lugar de aumentarla, con lo que hay menos riqueza para repartir, con el agravante de que las distancias entre los estratos sociales aumentan, aumentando también la tensión social y anomia y la frecuencia de resolución personal de problemas cotidianos de vida por vías no institucionalizadas o simplemente delictivas. (Al respecto, Zaffaroni 1982; Carranza 1983; PNUD 1986).

Vinculado a lo anterior, las formas tradicionales de control social como la familia, la escuela, la comunidad, la religión, ven reducida su eficacia para incidir sobre las conductas. La criminalidad tiende a aumentar, y las personas de mayor edad, como grupo particularmente vulnerable, aumentan sus probabilidades de victimización.

La criminología y la victimología, disciplina de reciente creación, están brindando una mayor atención a la identificación y estudio de grupos que, como es el caso de la población de 60 años y más, son especialmente vulnerables para ser victimizados y a quienes la experiencia o el trauma de la victimización puede afectarlos más severamente.

Tal vez más aún que en el caso de la población delincuente, debemos decir aquí que estamos muy lejos de tener un conocimiento riguroso de la extensión y dimensiones del fenómeno. Hay falta de información respecto de la victimización y criminalidad en general. Ya hicimos referencia a la cifra negra de la criminalidad, nombre que señala un gran número de delitos que se cometen pero que no se registran en las estadísticas oficiales.

Además, los sistemas tradicionales de registro de delitos recogen información sobre el delincuente y el delito, pero no sobre la víctima. Sólo hay unos casos excepcionales de países que lo están haciendo, y no son los de nuestra región. En definitiva, falta investigación e información.

Sin embargo, pueden señalarse una serie de factores personales y conductuales, muchos de ellos asociados con el avance de la edad, el estilo de vida y las condiciones ambientales, que operando solos o asociados, aumentan la vulnerabilidad al delito y magnifican su impacto.

La vulnerabilidad se refiere a las probabilidades de ser objetivo de un acto delictivo que puede implicar daño físico, psicológico, material o económico. Esto se presenta cuando el status de una víctima potencial (su edad, salud, raza, sexo, etc.) contribuyen a que el victimario las perciba como especialmente vulnerables (Naciones Unidas, 1984). Patrones personales de conducta (como aislamiento, depresión) pueden también facilitar la victimización delictiva. También el grado o posibilidad de acceso del delincuente a la víctima, especialmente cuando ésta tienen un estilo de vida regulado o predecible.

Sumado a lo anterior, las personas de edad suelen tener menos resistencia a los ataques físicos, ofreciendo, por tanto, mayor posibilidad de fuga al victimario, y, por temor a represalias, suelen no denunciar o no desear comparecer como víctimas.

Algunas condiciones sociales tales como desempleo, pobreza urbana, o privación, en que pueden encontrarse las personas de edad, contribuyen a su victimización delictiva. Las personas de edad suelen encontrarse atrapadas entre situaciones sobre las que tienen poco o ningún control, y que las hacen más vulnerables al delito.

Hay ciertas formas de criminalidad de las que las personas de edad suelen ser víctimas con mayor frecuencia: delitos de rapiña en la calle,

algunas formas de delitos contra el patrimonio (estafas), abusos institucionales (en hospitales psiquiátricos, en prisión), violencia familiar. Suelen ser más bien rapiñados que atacados violentamente.

No obstante, ello no quiere decir que estén exentos de ser víctimas de delitos violentos. Se piensa que la mayor parte de los delitos violentos cometidos contra las personas de edad ocurren al interior de los domicilios.

V. El temor al delito:

La criminología ha estudiado este tema en los últimos tiempos.

Los datos de que se dispone exhiben que el grupo de los ancianos es uno de aquellos a los que el impacto del delito —física, psicológica o económicamente— afecta en mayor medida. Uno de los efectos psicológicos más graves es el del temor y ansiedad que genera en las víctimas y también en quienes no han sido víctimas pero que tienen conocimiento de los hechos delictivos.

La victimización y el temor a la victimización afecta dramáticamente la calidad de vida de millones de personas maduras en el mundo. Las personas de 60 y más años de muchas comunidades viven encerradas en un mundo de aislamiento, aprehensión y desconfianza.

Una serie de estudios sobre el temor han mostrado que el nivel de éste es más una función de la realidad subjetivamente percibida que la realidad objetiva. En general muchas personas superestiman sus posibilidades de victimización y en el caso de las personas ancianas, en razón de las circunstancias que antes hemos señalado que los hacen más vulnerables, suelen superestimar aún más sus posibilidades de riesgo. De manera tal que tenemos dos problemas: el de la victimización real de que el grupo es objeto, y el serio problema psicológico que dicha victimización crea.

Por lo que hemos visto, la victimización delictiva de las personas de edad requiere de especial atención de parte del sistema de justicia penal y de la sociedad en general. Se trata de disminuir la frecuencia de la victimización, así como su impacto sobre las víctimas.

Las medidas son de diversa índole e incluyen lo que se ha denominado "dificultación de objetivo" (espacio defendible, medidas de seguridad); programas instructivos/educativos (de seguridad, de defensa personal); asistencia policial, y sobre todo programas de bienestar social (económicos, médicos, de vivienda, de ayuda legal). Estos últimos son a largo plazo los más eficaces, y los que contribuyen a evitar la victimización elevando la calidad de la vida. Pero lamentablemente no es esa la orientación de los programas de los países en Latinoamérica según lo exhiben las cifras de las distribuciones presupuestarias. Antes al contrario, frente a la crisis fiscal, los gobiernos llevan a cabo redistribuciones presupuestarias

que afectan proporcionalmente las ya márgas partidas de dicho sector (Lagos, 1986).

Finalmente, promover la incorporación a la comunidad de las personas de la tercera edad como seres valiosos que tienen mucho que aportar a ella es una importante forma de contribuir a la prevención de su victimización. Las medidas que resalten positivamente la imagen de las personas de edad en la comunidad y frente a sí mismas podrían tener un efecto preventivo de la criminalidad y victimización a largo plazo, al reducir las posibilidades que este grupo etario percibe de ser victimizado, y al modificar, ante el victimario, su percepción de este grupo como especialmente vulnerable.

NOTA: Agradezco al Lic. Jorge Delgado de la Dirección General de Adaptación Social (C.R.) su información y valiosas observaciones.

Bibliografía

- Carranza, Elías, 1983. *Desarrollo y tendencias de la criminalidad y algunos criterios para su prevención*. En: "Modelos de Desarrollo y Criminalidad", Alessandro Baratta y otros. Impresora Feriva, Colombia.
- Feinberg, Gary y Khosla, Dinesh, 1984. ILAND, reunión sobre Desarrollo y Criminalidad organizada con R.29 de la Asociación Internacional de Sociología, diciembre 1984. *Sanctioning Elderly Delinquents: An Empirical Investigation of Judicial Responses to Shoplifting and other Misdemeanors Committed By Senior Citizens*.
- Lagos, Ricardo, 1986. *Efectos Sociales de la Crisis Económica*. LC/R.522. Trabajo preparado para la Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL.
- Naciones Unidas, 1984. Interregional Preparatory Meeting for the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders. Topic III: "Victims of Crime", Ottawa, Canada, 9-13 July. *Criminal Victimization of the Elderly. Report of the Crime Prevention and Criminal Justice Branch*. IPM. 3/CRP. 1 Original: English.
- PNUD, 1986. *Reunión especial PNUD/CEPAL de consulta para determinar lineamientos del programa regional de América Latina y el Caribe (IV Ciclo de programación del PNUD: 1987-1991)*. Informe Final RBIAC/RP/87-91.
- Vincenzi, Atilio, 1978. *Código de Procedimientos Penales*. San José, Costa Rica.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, 1984. *"Criminalidad y Desarrollo en Latinoamérica"*. (Primer Informe). Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Depalma, Buenos Aires.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, 1987. *"Criminología: aproximación desde un margen"*. En prensa.

EL ORDEN JURIDICO-INSTITUCIONAL COMO SISTEMA DE CONTROL, DESDE EL NACIMIENTO HASTA LA MUERTE

Dr. Enrique A. Kozicki

Abogado

Profesor de la Universidad de Buenos Aires

SUMARIO:

- Derecho y psicoanálisis
- La civilización como cultura del derecho civil
- El poder
- El discurso jurídico-institucional como discurso del poder

*Los que no piensan como
nosotros son locos.
JUSTINIANO, de la Santísima
Trinidad.*

DERECHO Y PSICOANALISIS

Este trabajo se sitúa en la investigación en curso abierto hace más de una década por el Profesor Pierre Legendre. Este Jurista, medievalista erudito y destacado psicoanalista, es vivido en ciertos círculos académicos de juristas y de psicoanalistas, especialmente en Francia, como un pensador maldito. De él se ha dicho que es un Buñuel de la antropología. Las hipótesis de trabajo de Legendre comportan una ruptura con la evidencia que el pensamiento académico, por definición, no puede metabolizar. Ello no impide que los trabajos de Legendre sean recibidos en círculos restringidos, pero cultivados, y eruditos.

Se trata del incómodo encuentro de ciertas secuencias discursivas, las del derecho y las del psicoanálisis. No se trata del derecho como parámetro de historia social o simple reflejo de enfrentamientos económicos. Ni del psicoanálisis militante o predicante desprovisto de su marca de perplejidad y/o como 'doctrina del entendimiento humano' y/o como arma científica de gobierno. Nada más alejado de esta propuesta de trabajo que la pretensión de instituir al psicoanálisis como "saber sobre el saber", ni de sumergirse en el debate acerca del "estatuto científico del psicoanálisis".

La investigación de Legendre pone al descubierto un inmenso vaciamiento temático. Sin duda Freud constituye el punto de partida de esta investigación.

El fatal antagonismo entre las exigencias pulsionales y las restricciones impuestas por la cultura, es un tema que aparece en los primeros escritos del descubridor del inconsciente y constituyó una de sus preocupaciones centrales. En este antagonismo se ubica el fenómeno jurídico, cuyo abordaje, convoca, necesariamente, la lógica del inconsciente, la lógica de la "otra escena". Legendre no hace más que responder a esta convocatoria al decir que "mi estudio se sitúa en este incómodo entrecruzamiento de dos vías: el derecho y el psicoanálisis. Durante el trayecto, esta incomodidad adquirirá estatuto de método".⁽¹⁾

El psicoanálisis, una invención de accidente es, sin duda alguna, un retoño del racionalismo que, paradójicamente, pone en cuestión el modelo epistemológico informado por la Razón.

(1) Legendre, Pierre. *L'inestimable objet de la transmission* (París: Fayard, 1984, p. 33).

El descubrimiento del inconsciente provocó y sigue provocando el rechazo emergente de la dificultad de aceptar que el *sujeto dice más de lo que sabe que dice*.

De ello se deduce que algo de lo dicho lo es por cuenta de "otra escena".

El ser viviente que ha nacido, que ha sido separado biológicamente de la madre, alcanza su *estatuto* humano sólo cuando se *instituye*. Es el momento fundante llamado "*el segundo nacimiento*". En la triangulación edípica, el padre, aquella función que la ley civil llama el padre, separa, esta vez simbólicamente, al hijo de la madre. El portador de la prohibición del incesto cumple su función de significar la ley. Es el imperativo de la reproducción de la especie. El ser viviente ha entrado en relación con la ley y con el poder. Se juegan los principios de autoridad y de legitimidad, claves del dispositivo jurídico. Los humanos quedan así introducidos en el espacio de la carencia. Ha nacido a su propio deseo como sujeto. Ha sido marcado jurídicamente; ha sido instituido, limitado, socializado, humanizado. La cuestión de la ley y la del poder quedan planteados en la misma movida.

Como lo expresa Lacan, el inconsciente es el discurso del otro para indicar el más allá donde el reconocimiento del deseo se ata con el deseo de reconocimiento. La gramática del deseo es inconsciente, su regulación no es justificable en términos de racionalidad cogitativa y la teoría clásica de la subjetividad, fundada en ella, no puede salir indemne de la prueba a la cual la somete la emergencia del inconsciente. Quedan entonces en entredicho, tanto esa racionalidad, cuanto su soporte subjetivo.

Aquí cabe recordar que los dos efectos fundamentales de la salida freudiana, el de perplejidad y el de ruptura con el discurso de la razón, vienen siendo objeto permanente de domesticación por el sistema.

Si desde el punto de vista de la individualidad humana el sujeto del deseo inconsciente lo es por su marcación jurídica, no resulta difícil admitir que la noción misma de sujeto se deriva de una cierta legalidad, participando del carácter ficticio impuesto por la organización del discurso. Aquí convergen, necesariamente, el derecho y el psicoanálisis. Hay ciertas cuestiones que sólo encontrarán respuesta en el psicoanálisis. Por ejemplo, la economía libidinal del discurso jurídico-institucional.

El psicoanálisis constituye una valla contra toda pretensión científica de la ciencia. Contra la pretensión de la ciencia que toda cuestión debe ser resuelta, es decir destruida, el psicoanálisis sostiene dice Legendre, "que la reproducción pasa por el deseo y por un indestructible de la palabra".

Lo valioso no está en dar respuestas que aniquilen las preguntas, sino en el preguntar.

LA CIVILIZACIÓN COMO CULTURA DEL DERECHO CIVIL

¿De qué derecho se trata? Del así llamado Derecho Occidental, es decir, del derecho "en un cierto lugar de historia". Mediante esta fórmula *lugar de historia*, Legendre se propone, por una parte, tomar distancia respecto de un cierto facilismo historicista y, por otra parte, poner en juego su concepto de *estructura*, donde espacio y tiempo hacen uno. Es el derecho que reconoce su discurso inaugural en Roma —"madre de las leyes"— adquiere una formulación con vocación universal y perenne en la teocracia justiniana, transita por la elaboración cristiano-canónica de las instituciones romanas, proporciona sus útiles a la construcción jusnaturalista, se laiciza en el racionalismo, se positiviza en la codificación y lleva su expansión al límite de lo planetario.

Es, como lo sostiene Legendre un "imperio de la verdad"; es la Escolástica que denomina al Derecho Romano la *ratio scripta* (la razón escrita).

La matriz romana, apenas pulida por los siglos, la encontramos en el derecho moderno. La familia patriarcal y la propiedad romanas, ambas instituciones dominadas por el principio de paternidad, constituyen los ejes del derecho civil, incluso del actual. De esa misma matriz forma parte el sistema de parentesco: ahora como en Roma, reposa sobre un ordenamiento de la prohibición del incesto. Nadie, así lo quiere la ley, puede ser esposo de la madre, ni padre del hermano, etc.

La teoría de la propiedad, la de las obligaciones, la del contrato, tal como aparecen en los códigos modernos, conservan la lógica institucional romana.

Es en los contratos medievales donde encontramos en sus formas ingenuas y puras los elementos que la laicización oculta y sofisticada en el discurso jurídico.

Las instituciones colgadas en la historia, parecen mostrar así su carácter estructural.

Mediante un *coup de force* el Estado reemplaza a Dios en el texto jurídico. La laica sociedad industrial funciona religiosamente. La ley es la categoría laica fundamental, sustitutiva de aquella donde antaño se justificaba la palabra del Pontífice. Hoy *el amor a la ley* es el amor a la subordinación. El amor llevado al Estado pasa por una devoción a la ley. El Estado somete religiosamente a los sujetos. Es la religión que cuenta con el mayor número de adeptos. Observado con una lente adecuada, el Derecho Occidental, nos permite descubrir que aquello que llamamos Occidente, por una parte, está soportado por el trípico estructural derecho romano-cristianismo-industria y, por la otra, constituye en sí mismo un concepto jurídico. Occidente es inseparable de una cierta normatividad, de un específico *juridismo* (un patrón mental), de una específica relación con la ley y con el poder.

EL PODER

En 1914 se publica en Francia la primera obra mayor de Legendre:

L'amour du censeur. Sus primeras palabras despejan desde el vamos cualquier duda. "Este libro trata del Poder y de sus entornos eruditos".⁽²⁾

Del Poder y de su retórica, de su ceremonial, de sus emblemas, de la legitimación de sus modos históricos. La pregunta por el Poder tiene carácter radical. Es la pregunta que se formula permanentemente el ser humano a lo largo de su vida, inexorablemente sometido a la tortura de ese Poder, que lo tortura, pero que también lo constituye, *instituyéndolo*. Es la pregunta nunca respondida que se formulan pensadores, políticos, reformadores sociales; el esbozo de respuesta no alcanza siquiera el grado de tentativa. Es también el interrogante silencioso del hombre común. Es asimismo la interrogación subyacente al quehacer del jurista: *evocar el Poder es convocar sin solución de continuidad al Derecho*.

Está lanzada la pregunta dramática, desesperada, "loca"⁽³⁾ que reitera y machaca la humanidad desde siempre.

Campo de puro interrogante, del Poder puede decirse que no admite ser tematizado. Solo da lugar a preguntas que conducen a otras y que en definitiva solo pueden ser aprehendidas en su señalar un *lugar*, el lugar que sabe, que es una procedencia, expresada en la forma interrogativa del adverbio de lugar latino *¿Unde? El lugar propietario y productor de sentido*, el lugar de la referencia, un lugar mítico con vocación lógica. El lugar de la certeza. Y porque el Poder es un lugar es que los tronos y las sillas tienen más importancia que aquellos que se sientan circunstancialmente en ellos. En la estructura cuenta lo que no muere.

En esta misma secuencia Legendre nos dirá que los saberes de la Ley suponen un saber equívoco y enigmático de un Poder absoluto supuestamente dotado de la capacidad sobrehumana de decir indefinidamente la verdad.

En la obra de Legendre aparece frecuentemente un concepto operativo que él denomina *función dogmática* estrechamente vinculado a la problemática del Poder y así nos dice que dicha función, "en cada sociedad, consiste en vehicular la verdad, a maniobrar sabiamente el Poder hasta que hable y diga la verdad".⁽⁴⁾ El dogmatismo funciona como si el Poder existiera, como si estuviera munido de una boca y como si, partiendo de tal ficción este *ser* hablara para producir el único efecto esperado: decir la verdad.

(2) Legendre, Pierre. *L'amour du censeur* (París: Sevil, 1984, p. 5).

(3) Legendre, Pierre. Introducción a *Mourir pour la patrie* (París, P.U.F. 1984).

(4) Legendre, Pierre. *L'empire de la vérité* (París: Fayard, 1983, p. 17).

La gran obra del Poder consiste en hacerse amar. "Es la sumisión que ha devenido deseo de la sumisión".⁽⁵⁾

Están en juego técnicas de hacer creer. Sin estas técnicas no hay institución. El derecho, discurso del Poder, vehiculiza un sistema de creencias. Creer en la razón, creer en la industria, creer en la igualdad, creer en la autonomía de la voluntad, creer en la propiedad, creer en el Estado, creer en la Ley. A estas creencias "clásicas" se agregan las vehiculizadas por la formidable máquina publicitaria contemporánea cuyo poder legiferante no ofrece dudas; creer en el progreso, creer en la ciencia, creer en la empresa, creer en la eficacia. La creencia, por definición, está siempre cargada eróticamente. Dicho de otro modo, la creencia es siempre creencia de amor. El amor asegura la sumisión a la normatividad, normatividad ésta estructurada como sistema lógico. El orden jurídico siempre cierra; si así no fuere, se lo hace cerrar. Objeto de amor y ciencia rigurosa. Lógica de la sumisión y lógica de la lógica, se sostienen recíprocamente.

Ya hemos dicho que mediante un *coup de force* el Estado reemplaza a Dios en los textos jurídicos. Esta laicización es, ni más, ni menos, que la laicización del Poder, es decir una vasta operación de transferencia al Estado de los signos sagrados de la omnipotencia. En este orden de ideas Legendre señala que el Estado está investido de la "carga suprema de la salvación", que pronuncia las palabras tranquilizadoras y distribuye el bienestar de una felicidad; es "la imagen sagrada de un Padre imaginario".

En definitiva, el Estado no es otra cosa que una modernización del principio de autoridad.

EL DISCURSO JURIDICO-INSTITUCIONAL COMO DISCURSO DEL PODER

Ante todo detengámonos un momento en un viejo vocablo del Derecho Romano, no exento de un cierto esoterismo para los profanos.

Nos estamos refiriendo al vocablo *institución*. Presenta varias caras o acepciones cada una de las cuales cumple una función. Institución es ante todo doctrina escrita proclamada y enunciada por el poder absoluto. También designa tanto el cuerpo de reglas para un grupo humano específico, es decir "el andamiaje de sus dogmas, enunciando la primacía de los jefes, la circulación familiar y el sistema de intercambio, la escolástica de los conflictos y la representación estilizada del poder adorable,⁽⁶⁾ como así

(5) Legendre, Pierre. *L'amour du censeur*, op. cit., p. 5.

(6) Legendre, Pierre. *Jouir du pouvoir* (París: 1979, p. 29).

también los principios del sistema jurídico. Las instituciones "no constituyen una elaboración arbitraria y pasajera sino un riguroso sistema de interpretaciones uniformes, imponiendo un código de fantasías relativas al poder y respondiendo del origen de las leyes".⁽⁷⁾

Legendre dirá que "las instituciones es eso, la muerte, el poder, la palabra, anudados por el *savoir faire* del derecho, de aquello que en Occidente llamamos el derecho."⁽⁸⁾

En un trabajo anterior decíamos que un cambio de lente nos permitirá descubrir la institución de Occidente como una estructura vacía y voraz, una ficción, pero no por ello menos efectante y eficaz.

¿Por qué estructura vacía? Porque las instituciones, no tienen cuerpo y, por ende, no hablan. Es una verdad de perogrullo.⁽⁹⁾

¿Por qué voraz? Esto significa que ellas son un peculiar vacío que permanentemente atiborramos con textos. El derecho es la palabra de un sujeto. Claro que los destinatarios del discurso jurídico-institucional viven con toda intensidad el efecto ficción "como si las instituciones hablaran".

"Las instituciones son indisolubles de una carga lingüística, de la carga jurídica, de la cual, precisamente, puede decirse: *ella sirve para hacer hablar a las instituciones*".⁽¹⁰⁾ Los juegos institucionales son ante todo juegos de lenguaje y manipulan a los humanos en tanto seres de la palabra. Paradójicamente, si bien no se trata de la palabra de un cuerpo, sin embargo se reputa que las instituciones, "hablan" hasta tal punto que llegan "a pronunciar verdades primeras o sentencias de muerte... son ficciones fundadas por la invención de un discurso de esencia jurídica, es decir, normalizante; son instrumentos sociales jugando a la ficción para poner a cubierto, desarrollar, arbitrar, relaciones de fuerza y/o de cultura".⁽¹¹⁾

El derecho, discurso del Poder, procede de una *genealogía de la autoridad*.

Esta secuencia nos permite afirmar que las instituciones son unidades tópicas de poder, designan un lugar lógico, inseparable de la política.

Recordemos el concepto operatorio de Legendre *función dogmática*.

(7) Kozicki, Enrique. *El discurso jurídico* (Buenos Aires: Hachette, 1982, p. 29).

(8) Legendre, Pierre. *Mourir pour la patrie*, op. cit., p. 30.

(9) Legendre, Pierre. *Jouir du pouvoir*, op. cit., p. 47.

(10) Legendre, Pierre. "Le malentendu", pp. 11-12.

(11) Legendre, Pierre. *Idem*.

En otro pasaje de sus trabajos dice que esta función tiene como propósito maniobrar la inscripción de un sujeto en la Ley, de hacer nacer un sujeto apto para la palabra y para la reproducción, un sujeto normal, un sujeto que no sea loco. Se trata de fundar y poner en escena la función biológica de la reproducción, significando razones del vivir y de morir, de sostener la causa humana por medio de las instituciones.

Las instituciones tienen por función producir a los humanos y encaminarlos desde su nacimiento hasta la muerte.

La finalidad primera de las instituciones es reproducirse ellas mismas. El carácter estructural de la institución constituye la clave que permite ver que ella ha modificado solo sus máscaras pero, como dice Legendre, no puede fallar en cuanto a sus fines, *siempre los mismos*: ampararse de los sujetos robándoles la verdad de su deseo.

Nuevamente la dramática paradoja. Ya hemos visto como el sujeto adquiere su estatuto de tal por la marcación jurídica; la ley como límite portada por el padre, lo instituye. Por otra parte, la institución cumple sus fines: ampararse de los sujetos robándoles la verdad de su deseo.

Está en juego la dimensión jurídica de la vida. Sin esta dimensión no tiene sentido hablar de vida humana. La carencia de esta dimensión nos lleva conceptualmente al no-hombre.

Esta dimensión, la de la ley y la del poder, nos enfrenta —digámoslo una vez más—, en forma dramática, con la obstinación de otro dato: *la irremediable inadecuación del sujeto a la institución*. La condición humana está estructurada por esa inadecuación, por ese desgarramiento. Incluye necesariamente la carencia, la frustración, el sufrimiento, la fragilidad. De allí que se pueda hablar de una "retórica de la desesperación" como testimonio de la inadecuación del sujeto a la institución. Pero, porque es carente, incompleto, deseante, el hombre es creativo.

De allí que la doctrina del Poder perfecto no puede ser calificada de otro modo que como una doctrina del simulacro. Bien podemos hacer la paráfrasis de la conocida máxima: "la única verdad es la realidad", diciendo que *la única verdad es el simulacro*.

Legendre es terminante cuando sostiene que la institución consume en todo tiempo los saberes más apropiados y, en consecuencia, las así llamadas ciencias modernas pueden ocupar el lugar del argumento, con igual título que antaño la teología del pecado: es la misma gran obra dogmática.

Veamos pues, que *el orden jurídico-institucional funciona como un orden de censura*. La propuesta de trabajo es descubrir, debajo de la cobertura jurídica, el orden operatorio de toda censura.

ESTUDIO Y ANALISIS JURIDICO DE LA LEY
DE PATENTES DE INVENCION
DIBUJOS Y MODELOS INDUSTRIALES
Y MODELOS DE UTILIDAD

LEY NUMERO 6867

Lic. Elías Soley Gutiérrez

Abogado costarricense

SUMARIO :

- I. Objetivos y presentación
- II. Legislación sobre patentes de invención en Costa Rica antes de la Ley N° 6867 (1983)
 1. Problemas de la Ley N° 40 (1896)
 2. Evolución del proyecto de ley
- III. Parte general
 1. La propiedad intelectual en la doctrina desde una perspectiva jurídica
 2. Las patentes de invención
- IV. Análisis del proyecto de ley
 1. Causa generadora del proyecto
 2. Objetivos del proyecto
 3. Estructura del proyecto de ley
- V. Trámite del proyecto de ley en la comisión legisladora
 1. Conflicto en el campo del Derecho Internacional
 2. Comentarios al proyecto
- VI. Disposiciones sobre la duración de la protección de la patente en el proyecto de ley
 1. La patente: un privilegio temporal
 2. Criterio legislativo
 3. Crítica al artículo 17
 4. Análisis constitucional del proyecto
- VII. Conclusiones

I. *Objetivos y presentación*

Lo que actualmente se conoce como la Ley Número 6867, sea, la "Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad", se inició como un proyecto cuyo estudio estuvo a cargo de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración de la Asamblea Legislativa (período constitucional comprendido entre los años 1982-1986, durante el Gobierno del Presidente Monge Alvarez). Dicho proyecto se tramitó bajo el expediente número 9345, el cual en un inicio correspondía únicamente a un proyecto de ley denominado "*Declárase el herbicida propanil artículo de utilidad pública*", pero los diputados, miembros de la comisión mencionada, estimaron conveniente aprovechar la ocasión para hacer una reforma total al sistema y la legislación de patentes que existía en nuestro país, la cual dicho sea de paso, era muy antigua (Ley número 40 de 1896) y por lo tanto ineficaz ante la realidad industrial de nuestro país en ese entonces.

Se dice que se aprovechó la coyuntura para proponer una nueva ley de patentes de invención, ya que el proyecto original para declarar el herbicida propanil de utilidad pública suscitó un debate público fuerte en el que el punto central era un problema referido al otorgamiento de una patente a una compañía extranjera, la cual estaba protegida legalmente para monopolizar el mercado de ese producto, lo que acarrearía serias consecuencias para el país.

El proyecto original fue encargado a una subcomisión para su estudio, la cual estimó que era más conveniente legislar en forma general que como se propuso en un principio, en forma concreta y sobre un producto como el propanil.

El presente informe busca realizar un análisis de todo el proceso legislativo, realizado por la Comisión Permanente de Gobierno y Administración de la Asamblea Legislativa, durante los años 1982-1983, proceso que finalizó con lo que hoy se conoce como la Ley 6867.

Con este análisis se pretende contar con un documento base, a través del cual cualquier negociación o acto que se realice con esta ley, pueda encontrar las razones teóricas y prácticas que sirvieron de fundamento a la nueva Ley de Patentes de Invención.

Pero, sobre todo, se pretende sustentar no sólo la trascendencia jurídica de la ley, sino sus consecuencias prácticas, demostrando que muchas de sus normas obedecieron más a criterios prácticos y políticos que a criterios teórico-jurídicos.

El informe se divide en tres grandes secciones o capítulos: Una fase introductoria, en la cual se explica cuál fue el procedimiento legislativo que se le dio a la Ley 6867, cuál fue la razón por la cual surgió la in-

quietud de legislar sobre materia de patentes de invención, y además se establece una referencia doctrinaria en materia de Propiedad Intelectual que sirve para informar al lector de los principios básicos que rigen la materia, con lo cual podrá comprender en una forma más técnica las razones que sirvieron para formular cada una de las disposiciones de esta ley.

La segunda sección la constituye una especie de análisis de la labor legislativa, tanto durante la etapa previa de Comisión como durante las sesiones extraordinarias que fueron convocadas para culminar con la aprobación de tan importante cuerpo normativo; en esta sección se formula un análisis exhaustivo de uno de los puntos más importantes a que se refiere cualquier legislación sobre patentes de invención, como lo es *la duración de la protección de la patente*, punto que fue regulado en el Artículo 17 de la ley, y fue la razón por la cual nos propusimos estudiar a fondo el expediente legislativo, ya que la ley establece nuevos plazos de protección, los cuales han sido objeto de serias críticas por lesionar "supuestamente" los intereses de algunos sectores industriales.

La tercera, y última sección, es dedicada a las conclusiones que pudimos alcanzar con este estudio, en las que podremos encontrar en forma concreta cuáles fueron las bases y el fundamento que dio origen al articulado de la Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad.

II. *Legislación sobre Patentes de Invención en Costa Rica antes de la ley 6867*

La Ley de Propiedad Intelectual no servía para lograr el desarrollo tecnológico y la inventiva de los costarricenses, lo cual había causado que, conforme se desarrollaba industrialmente el país, los inventores nacionales disminuían su participación en el sistema de patentes. Así vemos que constituye ejemplo de lo anterior el hecho de que las patentes originarias de Costa Rica, que hasta 1964 pertenecían en un sesenta y cinco por ciento a nuestro país, no llegaban ni al diez por ciento en 1982, esto significa que en menos de 15 años el registro de patentes pasó a ser dominado por particulares localizados fuera del país, de un grupo reducido de países altamente desarrollados.

Las Patentes locales eran básicamente de inventores independientes de escasa capacidad financiera y empresarial. Por otro lado, la mayoría de las invenciones se encontraban en sectores poco significativos de la industria y se relacionaban con productos de poca importancia comercial.

Esta realidad contrasta evidentemente con el hecho de que el patentamiento extranjero se había concentrado en las industrias más modernas y dinámicas, más rentables y en un número reducido de Empresas Transnacionales. Esto demuestra por qué en el año de 1978 más de doce firmas extranjeras controlaban el *veinticuatro por ciento* del patentamiento local de Costa Rica.

El fenómeno de la desnacionalización del sistema de patentes en Costa Rica se debía, en gran parte, a que la ley número 40 de 1896 permitía el acceso indiscriminado de patentes extranjeras (basadas en el sistema de revalidación de invenciones ya conocidas y publicadas en el extranjero, y en ese cuerpo legal que no planteaba restricciones ni requisitos u obligaciones para obtener dicha revalidación); por otro lado, esta ley impedía el registro de innovaciones de tipo adaptativo de inventores locales, los cuales se rechazaban generalmente por falta de información adecuada de los inventores. La ley número 40 no protegía ni las denominadas innovaciones "menores", ni las innovaciones "de empleados".

Así es como se puede apreciar que la legislación vigente en nuestro país, antes de crearse el proyecto de ley 6867, no cumplía con las necesidades básicas con que debe cumplir todo régimen de patentes, a saber: Facilitar la "evaluación, selección, adquisición y adaptación de tecnología extranjera, así como el perfeccionamiento de dicha tecnología de conformidad con las necesidades de cada país" (criterio tomado de la Ley modelo creada por la Organización Mundial de la Propiedad Industrial -O.M.P.I.- para los países en vías de desarrollo).

* * *

Crítica a la legislación anterior (fundamento para la creación del Proyecto de Ley sobre patentes de invención)

La ley número 40 de 1896 no constituía un canal para receptor tecnología extranjera por las siguientes razones:

- (a) Los requisitos de patentabilidad no aseguraban que las invenciones contuvieran altura inventiva y aplicabilidad industrial.
- (b) No exigía requisitos sobre descripción de las invenciones, lo cual correlativamente producía que no se difundieran los conocimientos protegidos.
- (c) No definía el concepto de "explotación", lo cual llevaba al Registro de Patentes a aceptar como prueba de la misma que se practicara en cualquier país aunque no se hiciera en Costa Rica.
- (d) Carecía de sanciones y medidas para promover la explotación de las patentes.
- (e) No excluía el monopolio de la importación de los derechos que confieren las patentes.

Podemos ver claramente que el sistema funcionaba perfectamente para que los titulares extranjeros obtuvieran un monopolio de importación con lo que controlaban el mercado local, ya que formaban una barrera para otras importaciones y al mismo tiempo impedían la competencia con pro-

ductos locales. Además, en base a esta legislación, se llegó a comprobar que las patentes otorgaban a sus titulares base legal para justificar la imposición de prácticas y cláusulas contractuales restrictivas. La legislación anterior a la ley 6867 no contemplaba cómo prevenir y controlar los efectos monopólicos de las patentes: al mismo tiempo concedía plazos excesivamente largos para proteger la duración de la patente sin establecer tasas ni costo alguno para sus titulares, sea, que no existía un sistema para garantizar económicamente el mantenimiento ni la patente ni del Registro Nacional de Patentes. Asimismo, esta ley, no establecía diferencias respecto al trato de materias patentables, ni siquiera respecto a aquellas que no constituían invenciones. Es decir, *no se restringió el sistema de patentes en sectores estratégicos, en los cuales el orden y el interés público justificaban un tratamiento especial*, como por ejemplo el Sector de Salud Pública, la Alimentación, la Seguridad Nacional, etc.

El sistema sobre patentes en Costa Rica fue criticado no tanto por el sistema en sí, sino por la forma en que estaba legislado. Era inminente la necesidad de actualizar la legislación para que se adaptara a la existencia de empresas extranjeras como principales titulares de los derechos patentados en Costa Rica, para que se aumentara la industrialización por medio de una efectiva transferencia de tecnología, para que se evitaran las prácticas restrictivas del comercio internacional, y para asegurar la protección de los consumidores.

1. Problemas de la Ley número 40 (1896)

- (a) No promovía el desarrollo tecnológico ni la inventiva local.
- (b) La mayoría de las patentes registradas eran extranjeras, las cuales se han concentrado en las ramas más dinámicas y modernas (como fertilizantes, agroquímicos, fármacos y productos eléctricos), con lo cual han acaparado el sector industrial.
- (c) No sirvió como canal de transferencia de tecnología para nuestro país, las patentes en Costa Rica no son utilizadas para este fin; las compañías extranjeras patentan en Costa Rica para acaparar el mercado local y tenerlo listo para comercializar sus productos cuando lo necesiten.
- (d) No definió un concepto claro y preciso del término "*explotación de la patente*", considerando la importación del producto como prueba suficiente de la explotación, con lo que se generó un monopolio de importaciones con su respectiva consecuencia: *la eliminación de la competencia internacional*.
- (e) No promovió la invención en Costa Rica, ya que permitiendo que se importe el producto terminado al país, no puede haber incentivo para que la empresa extranjera invierta en nuestro país.

— La nueva ley busca eliminar los monopolios de importaciones, establece un concepto claro y definido sobre lo que debe ser considerado como "*explotación*", además fue elaborada tomando como base que en nuestro país casi la totalidad de las patentes están en manos de compañías extranjeras, por lo cual establece mecanismos para que el inventor nacional se vea beneficiado y para que se dé una efectiva transferencia tecnológica como consecuencia de esos mecanismos.

2. Evolución del proyecto de ley

El proyecto fue tramitado en el expediente 9345; en sus inicios contemplaba únicamente tramitar un proyecto de ley que regulaba un caso concreto, *declarar el herbicida propanil artículo de interés público*, el cual fue remitido a una subcomisión de la Comisión de Gobierno y Administración de la Asamblea Legislativa para su estudio correspondiente.

La subcomisión se percató de que en vez de legislar sobre un caso concreto (Propanil), era estrictamente necesario que se ideara una fórmula para crear la legislación general sobre patentes de invención, ya que la legislación vigente no cumplía con la finalidad social para la cual fueron creadas las patentes. Así es como la Sub-comisión consideró conveniente recomendar la sustitución del texto original por uno que contemplara la modernización de la legislación vigente en materia de patentes. Conforme al régimen establecido en el reglamento de la Asamblea Legislativa, y a la importancia del proyecto, se invitaron representantes de órganos públicos y empresas privadas para que se manifestaran al respecto.

El Poder Ejecutivo encargó a una Comisión de Expertos (comisión interinstitucional) la redacción final del documento que fue sometido a discusión. Estos expertos, a su vez, se convirtieron en asesores permanentes de la Comisión Legislativa en el estudio y trámite del proyecto.

El objetivo de la nueva ley sobre patentes de invención es lograr que las patentes se constituyan en un instrumento dinámico para el fomento del desarrollo técnico nacional y la transferencia de tecnología, que asegure la efectiva incorporación y exportación de innovaciones productivas en la industria costarricense.

III. Parte General

1. La propiedad intelectual en la doctrina desde una perspectiva jurídica

La propiedad intelectual es considerada como un tipo especial de propiedad, totalmente diferente de lo que se conoce como propiedad mueble

o inmueble. Algunos han tratado de sustentar la tesis de que podría considerarse como un derivado de la propiedad mueble; esta posición ha sido refutada por muchos autores, como don Alberto Brenes Córdoba ("*Tratado de los bienes*"), en nuestro país, quien sostuvo la tesis de que "la propiedad intelectual se diferencia de la común propiedad mueble en que *solo reconoce al inventor un derecho de dominio limitado* a cierto espacio de tiempo, transcurrido el cual el invento pasará a ser del dominio público".

Otros autores, al estudiar este tipo especial de propiedad (como Luis Díez-Picazo: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*"), dicen que las creaciones intelectuales son aquellas susceptibles de convertirse en *bienes inmateriales* y por consiguiente en objeto de derecho. Esta clase de bienes puede ser protegida por derechos reales, ya que, por un lado, su finalidad es buscar el goce directo e inmediato del bien (creando efectos "erga omnes", por lo que se puede concluir que ostenta el principio de la absolutividad), y por otro trata de admitir y proteger un monopolio económico, excluyendo a otros. El régimen de este tipo de bienes se aproxima al de la propiedad, es por ello que estos autores lo consideran como parte de la doctrina de los derechos reales.

Así es como vemos que las invenciones o creaciones intelectuales, son objeto de una legislación especial.

(a) *Naturaleza jurídica*

La propiedad intelectual comprende una serie de derechos que se ejercitan sobre bienes incorpóreos (ejemplo: un invento). Se considera un derecho real ya que supone un poder jurídico que es ejercitado por una persona determinada (vgr.: el inventor) para aprovechar su invento en forma total o parcial, pudiendo oponer ese poder "erga omnes". Esta última característica, la de producir efectos frente a todos los hombres, hace ver claramente la relación jurídica entre sujeto activo (inventor) y el sujeto pasivo universal (todos los hombres), de la cual surge una obligación concreta de no hacer por parte de este sujeto pasivo (ej.: no imitar el invento) y no simplemente "no molestar al titular del derecho" como en los demás derechos reales.

De todo lo expuesto se deduce que al hablar de "propiedad intelectual" estamos frente a un *derecho patrimonial de naturaleza real*.

(b) *Temporalidad del derecho*

Este derecho real se manifiesta en la vida jurídica como un privilegio temporal, durante el cual su titular puede aprovecharse del bien incorpóreo, con lo que se puede decir que estamos frente a un monopolio tutelado por la ley durante un plazo limitado.

En doctrina se dice que el derecho de la propiedad intelectual se fundamenta en dos aspectos:

(i) *Influencia externa*. Se refiere a que por más originales que parezcan, las obras del ingenio son ampliamente influenciadas por el trabajo ajeno. Brenes Córdoba nos dice que "el autor toma del fondo común del saber humano los elementos principales de su obra".

De esta forma cuando la ley reconoce y protege el invento por cierto tiempo, no se puede decir que se está expropiando al inventor, sino más bien, debe considerarse como si éste estuviere restituyendo algo al mundo intelectual, ya que de éste fue que pudo reunir los elementos de juicio necesarios para llevar a cabo su invención. Así es como fenecido el plazo otorgado al inventor, el invento pasará a formar parte del "fondo común" del saber humano, y podrá servir como elemento de juicio para futuras invenciones.

(ii) *Carácter utilitario*. Es consecuencia de la influencia externa. Se refiere al interés de la colectividad en difundir los inventos necesarios y útiles. Este punto es muy importante, ya que tiene que ver directamente con el desarrollo de los pueblos, tanto desde el ángulo científico como desde un punto de vista económico y, a veces, político.

Es así como, dada la naturaleza del derecho sobre la propiedad intelectual, la ley siempre encontrará obstáculos para pretender conceder perpetuidad, e inclusive plazos que se consideren largos o excesivos, a la protección de la duración de ese derecho. Es criterio generalizado el manifestar que las denominadas "patentes de invención" son "per sé" *temporales*; ello se justifica si tomamos en cuenta que "lo que hoy puede ser descubierto por una persona, no sería raro que a corto o mediano plazo pueda ser descubierto por otra" (*Traité elementale du Droit Civil - Marcel Planiol y Georges Ripert*). También es justificable la situación ya que "no se pueden retardar las incesantes mejoras de la industria en provecho de sólo unos pocos".

2. *Las patentes de invención*

(a) *Definición y concepto*

La patente, nos dice Guillermo Cabanellas (*Diccionario de Derecho usual*, tomo VI) es en sí un certificado que protege un invento o alguna otra actividad u objeto de la industrial.

Podría deducirse de lo anterior, que es el título que acredita la prioridad en el registro de una invención o que faculta para explotarla; es un documento oficial que reconoce o justifica la propiedad industrial.

Algunos, como es el caso de Carnelutti, hablan de las patentes de invención utilizando el término "*Derecho de patente*", y dicen que el mismo más que un derecho a la posesión es un derecho al secreto, a través del cual el titular excluye todo goce ajeno sobre la idea por cierto tiempo

establecido en el documento representativo de la patente respectiva; por otro lado dicen también que es un derecho a la identificación, o derecho al título, a través del cual el sujeto activo puede demostrar su legitimación como titular del bien incorporal.

(b) *Justificación a la protección de la duración de la patente*

Respecto a las patentes de invención, se dice que podemos notar que el inventor se encuentra menos protegido que otro tipo de autores, ya que su monopolio dura un tiempo limitado y no le es asegurado de pleno derecho. La protección a la duración del derecho del inventor está representada por la *patente de invención*, la cual además de tener una vigencia limitada de tiempo, importa que el titular de la misma debe cancelar periódicamente ciertas cuotas, establecidas legalmente, bajo pena de caducidad. Y, como si fuera poco, la legislación contiene causales que generan la caducidad de la patente de invención, las que hacen que la invención pase a formar parte del dominio público en plazos menores al establecido originalmente. Algunos tratadistas sostienen la posición de que el hecho de que el monopolio de la invención, o más bien la duración de la protección de la patente, tenga el tiempo restringido, se justifica porque el aporte personal-intelectual del inventor es menos grande que por ejemplo el del escritor o el artista; dicen que el inventor debe mucho más al medio en el cual se desenvuelve y al fondo del saber humano concretamente. Para sustentar la tesis ponen como ejemplo el hecho de que es frecuente, en países desarrollados, que se soliciten, casi al mismo tiempo, varias patentes respecto al mismo descubrimiento.

IV. *Análisis del proyecto de ley*

1. *Causa generadora del proyecto*

En sesión del 3 de julio de 1982, fue presentado a conocimiento de la Asamblea Legislativa, por iniciativa del señor Diputado Gerardo Vega Hernández, un proyecto de ley a través del cual se buscaba declarar el herbicida "*Propanil*" como artículo de utilidad pública, ya que su uso se consideraba necesario y determinante en las cosechas de arroz, y la compañía norteamericana *Rohm & Hass* estaba monopolizando el mercado en Costa Rica, al haber obtenido en forma aparentemente irregular, la patente 2047 en el mes de julio de 1973. Se dice que irregularmente ya que el producto fue patentado por *Bayer* de Alemania en 1966 en Costa Rica, pero al no poder *Bayer* patentarlo en Estados Unidos de América, le dio a *Rohm & Hass* una patente de uso sobre el herbicida en 1974, reconociéndole a esta compañía sólo una parte de la inversión: *el uso del herbicida*.

Al monopolizarse el mercado, los agricultores costarricenses debían pagar más de diez millones de dólares de sobreprecio.

El Proyecto de Ley fue pasado a la Comisión Permanente de Gobierno y Administración de la Asamblea Legislativa, bajo el expediente 9345; esta comisión lo recibió el 22 de julio de 1982, y se formó una subcomisión integrada por los diputados Vega Hernández y Brenes Gómez, así como el señor diputado León Camacho. Como Presidente de la Comisión fungía en ese momento el señor Guido Granados Ramírez.

De este asunto surgió una gran polémica, no sólo a nivel legislativo, sino también a nivel industrial, agrícola, en diferentes cámaras, cooperativas, instituciones públicas (como fue la participación del Ministerio de Agricultura y Ganadería), e inclusive se participó en los diferentes medios de comunicación verbal y escrita del país. El nivel del problema aumentó considerablemente en el tanto iban apareciendo más interesados en el asunto, incluso se pensó en la posibilidad de que existieran en Costa Rica patentes en condiciones semejantes, o peor aún, que fueran otorgadas en un futuro patentes las cuales están ajustadas a derecho al momento de ser otorgadas, pero que sus efectos sociales, públicos y prácticos, al momento de ser aplicadas, van en detrimento del interés de la Nación e inclusive podrían calificarse de inconstitucionales.

El día 22 de noviembre de 1982, tres diputados miembros de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración, solicitaron a esa comisión aprovechar la discusión del herbicida *Propanil* para incorporar un nuevo texto legal sobre patentes de invención, con el cual no sólo se pretendía actualizar la legislación sobre la propiedad intelectual, sino también solucionar los problemas derivados de otorgamientos de patentes en condiciones anormales.

La solicitud se fundamenta en el hecho de que las patentes se han regido desde el año de 1896 por la Ley Número 40 del 27 de junio de 1896, también conocida como "*Ley de la propiedad intelectual*", la cual tiene sólo veinte artículos y es totalmente inaplicable por los avances tecnológicos y económicos en el mundo; y por otro lado, una ley como esa genera grandes lagunas y deficiencias que han sido inalterables y que no han sido actualizadas por la práctica administrativa ni por la jurisprudencia (haciendo la salvedad de una ley especial, vigente desde el 19 de abril de 1978, sobre patentes relativas a medicamentos, conocida como "*Ley de patentes, control y exoneración de impuestos de medicamentos y artículos y sustancias terapéuticas*" ley número 6219).

Es así como se elabora un proyecto de ley (que posteriormente será lo que hoy se conoce como la ley 6867, o *ley de patentes de invención, dibujos y modelos industriales y modelos de utilidad*) por una comisión interinstitucional, la cual laboró en base a un proyecto elaborado por el Ministerio de Planificación (MIDEPLAN), así como también en base al anteproyecto de "*Ley uniforme para Centroamérica*" elaborado por la O.M.P.I. y en base al proyecto de comercio centroamericano elaborado por S.I.E.C.A.

2. *Objetivos del proyecto*

Se pretende dictar una ley de patentes de invención actualizada, que se adapte a las necesidades del desarrollo económico social del país. Se busca que las patentes de invención se constituyan en instrumentos dinámicos para fomentar el desarrollo tecnológico nacional y la transferencia de tecnología para que así se asegure la incorporación y explotación de innovaciones productivas en la industria costarricense.

Del análisis del proyecto de ley, podemos citar algunos de los objetivos específicos que persigue: a saber:

- (1) Establecer un sistema legal adecuado y actualizado, que sirva para estimular la capacidad inventiva costarricense.
- (2) Asegurar la protección de las invenciones nacionales y extranjeras que constituyan verdaderos adelantos e innovaciones, así como la protección de adaptaciones y perfeccionamientos tecnológicos locales (poniendo énfasis en las pequeñas y medianas empresas) que permitan el desarrollo de la capacidad innovativa local.
- (3) Promover una real transferencia tecnológica por medio de una explotación local efectiva de las patentes, del abastecimiento del mercado local, del fomento de las exportaciones y la difusión adecuada de las invenciones.
- (4) Evitar la utilización de patentes como monopolios de importación y mantener así una competencia natural en el mercado costarricense, asegurando correlativamente el inicio de serias políticas de apertura hacia el comercio exterior.
- (5) Proteger la manutención de un equilibrio entre los derechos e intereses individuales garantizados por las patentes, el interés público y las necesidades socio-económicas nacionales.

3. *Estructura del proyecto de ley*

El texto se articula en tres capítulos: *patentes de invención; protección de los dibujos industriales y modelos de utilidad; y, disposiciones generales.*

(A) *Capítulo primero*

En el primer capítulo se especifica detalladamente la naturaleza de la invención, diciéndose que "puede ser tanto un producto como un procedimiento de fabricación y que se protegerá por medio de las denominadas

patentes de invención". En este primer capítulo se da una lista de creaciones intelectuales que no pueden ser consideradas como invenciones, para efectos de corregir cualquier defecto o de evacuar cualquier duda a la hora de que solicite una patente para proteger este tipo de cosas.

Por otro lado se procede a regular cuáles son los tres requisitos básicos de las patentes, o de la patentabilidad, diciéndose que son: *novedad, altura inventiva y aplicación industrial*. Siguiendo este precepto, tenemos que concluir que algo que ha sido creado en cualquier lugar del mundo, no constituya una cosa nueva, no puede ser objeto de la protección de la patente de invención (esto viene a ayudar y a solucionar los defectos y las irregularidades presentes en el otorgamiento de patentes de invención para la protección de productos que inclusive habían sido patentados en otro lugar y que por la simple razón de que en Costa Rica no lo estaban, se les concedía la patente).

Asimismo, este capítulo establece una regulación clara y precisa sobre los requisitos que deben cumplirse a la hora de solicitar una patente, dentro de los cuales resalta como uno de los más importantes la obligación de detallar o divulgar claramente y en forma completa, la invención, incluyendo la explicación de la mejor manera posible de ejecutarla. Con lo anterior se evita que se cometan abusos al describir en forma vaga la invención para obtener un doble beneficio: el de la protección de la patente y el secreto de la invención, doble beneficio que ha conducido únicamente, a la desnaturalización de la función social que tiene la patente de invención.

El proyecto de ley, también contempla en forma explícita la determinación de cuáles derechos son conferidos por la patente y cuáles son las limitaciones de éstos. Se establece también en forma precisa que la patente faculta a su titular a ejercer el monopolio (durante el tiempo de vigencia del derecho) respecto a la *explotación de la patente*, y no, como se había estado haciendo, sobre la importación de los derechos patrimoniales que de ella se derivan mientras el titular no la explota.

El problema central radicaba en que una compañía, por ejemplo, solicitaba una patente de invención, y, una vez otorgada ésta, ejercía un monopolio sobre la importación del producto protegido por esa patente, *aunque no explotará la invención en Costa Rica*; con el proyecto se pretende que las personas que soliciten y obtengan esa patente puedan ejercer un monopolio sobre las importaciones, siempre y cuando se esté explotando efectivamente el producto o el procedimiento de fabricación en nuestro país, de lo contrario, cualquiera podría importar el producto durante todo el tiempo en que no se esté explotando la patente con fines comerciales. Con este tipo de disposición se estimulan las inversiones, ya que se restringe la explotación del mercado interno desde el exterior, induciendo al titular de la patente a establecerse en Costa Rica como única posibilidad para aprovechar la demanda (ver Art. 16 de la Ley 6867).

El Artículo 17 es el que establece el tiempo de duración de la patente (asunto que es el que más me interesa recalcar, y el cual sirvió como

causa para que se efectuara un análisis exhaustivo de la ley sobre patentes de invención en Costa Rica). La duración se refiere al tiempo durante el cual se mantendrá la protección de la patente, lo cual se encuentra expresamente regulado por norma constitucional, haciendo que el legislador obligatoriamente debe referirse a este asunto en cualquier regulación o modificación a la ley sobre patentes de invención en Costa Rica. Así, el Artículo 47 de la Constitución Política se encarga de regular lo referente al requisito de la *temporalidad*, el cual es característico en la doctrina sobre propiedad intelectual. *Artículo 47.* "Todo autor, inventor, productor o comerciante, gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley". El artículo es preciso y así lo ha considerado nuestra jurisprudencia, por ejemplo, la sentencia de Casación, dictada por la Corte Plena el día 11 de octubre del año 1956, comenta en forma precisa el artículo constitucional que nos interesa en la siguiente forma:

El principio de que la propiedad es inviolable, y que a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley, en lo que sea aplicable a la propiedad de los autores, inventores, ... sobre sus obras, invenciones, ... *está limitado por el concepto de goce temporal* de la misma con arreglo a la ley, según dice el Artículo 47 constitucional".

El artículo 17 del proyecto de ley sobre patentes, establece un período de un año para la protección de las patentes respecto a ciertos productos específicos (medicamentos, alimentos, fertilizantes, bebidas, plaguicidas y agroquímicos en general), período el cual es el mismo que se había estipulado en la ley 6219 para el caso de productos farmacéuticos. La restricción se fundamenta en el hecho de que en esos sectores se encuentra un núcleo estratégico para las necesidades básicas de la población costarricense, el cual no puede quedar expuesto a un régimen de monopolio privado por ese carácter social y de interés público que ostenta. El plazo de un año ha sido, y siempre fue al momento de la tramitación del proyecto de ley, objeto de serias críticas, ya que se decía que afectaba seriamente al inventor y ponía en peligro la motivación que podían sentir inversionistas extranjeros para venir a patentar sus productos en Costa Rica; pero el interés público, la conciencia social y la importancia de los diferentes sectores sociales que pudieran verse afectados por una disposición legal que otorgara un plazo mayor para la protección de la patente de estos productos, tuvo más peso en la Asamblea Legislativa, cuyos diputados se inclinaron por aprobar la disposición en los términos en que se encuentra actualmente una vez que se realizó una comparación entre el interés privado que pedía un plazo más amplio y el interés social que siempre se había visto afectado por los monopolios privados que se ejercían respecto a este tipo de productos.

Un argumento de peso, que influenció en buena forma la mentalidad del legislador de entonces, fue el hecho de que a través de un análisis de derecho comparado, se llegó a determinar que en países desarrollados este tipo de productos han sido excluidos totalmente de la protección de las patentes por razones de orden público (se citan por ejemplo: *México, Brasil, Perú*), inclusive en un principio, el proyecto pretendía excluir este tipo de productos de la patentabilidad, pero por razones de constitucionalidad fue que se permitió el patentamiento de estos productos (respetando así el ya comentado Artículo 47 de la Constitución Política que garantiza la temporalidad de la propiedad intelectual). Lo anteriormente mencionado es de suma importancia para los efectos de este informe, por lo cual hemos dedicado un capítulo aparte en el cual se estudiará detenidamente el trámite que siguió esta norma tanto en Comisión Legislativa como dentro de la vida pública del país, las reacciones y el fundamento técnico-jurídico y sobre todo político que originó que el legislador aceptara el término de un año como suficiente para la protección de las patentes en los productos anteriormente mencionados.

Aunque el plazo de un año ha sido el que ha despertado polémica, tanto a nivel nacional como en aquellos sectores de inversionistas extranjeros, el artículo en comentario (Artículo 17) establece también un término de doce años para ser aplicado a las demás patentes, los cuales serán contados a partir de la fecha del otorgamiento de la patente respectiva. Además se hace mención del caso de los inventores extranjeros, y dice la norma que en este caso la patente durará el tiempo que reste a su respectivo derecho en su país original, siempre y cuando el mismo no supere los doce años que establece como máximo nuestra legislación. Por último, respecto al primer capítulo del proyecto de ley, es importante mencionar que en su Artículo 18 se incorpora una definición del concepto de explotación, lo cual subsana una de las grandes deficiencias de la legislación costarricense, ya que al no haber un concepto claro y preciso de explotación, se ha causado que en la práctica se desnaturalice la formación de las patentes, dado que el Registro Nacional de Patentes había venido aceptando la explotación que se diera en cualquier país del mundo como suficiente para llenar el requisito, y, aún peor, no se requería ninguna forma especial de explotación, sino cualquier forma que se presentara se consideraba como satisfactoria según el punto de vista de nuestro Registro. El Artículo 18 corrige el error introduciendo un concepto claro y concreto de lo que explotación significa para los efectos de esta ley:

Artículo 18: Falta o insuficiencia de explotación industrial.

1. La concesión de una patente conlleva la obligación de *explotarla en Costa Rica*, o en cualquier país centroamericano en condiciones de reciprocidad, en forma permanente y estable ... Tampoco podrá interrumpirse la explotación por un período de más de un año.
- 2 ...

3. A partir de la fecha de la publicación del inicio de la explotación, en el caso de productos patentados, quedará prohibida la importación de esos productos con fines comerciales.

Vemos como el artículo 18 de la citada ley, incorpora una definición de explotación. Además que establece un plazo para llevar a cabo la explotación de la patente, y atribuye la carga de la prueba (de que la explotación es efectiva) al titular. Solo cuando se inicie la explotación es que puede prohibirse la importación de los productos protegidos, pero esto no podrá darse cuando el titular no abastezca el mercado en condiciones satisfactorias.

Vencido el plazo sin haberse explotado la patente, el artículo establece el otorgamiento de un plazo de gracia para que cualquier interesado pueda solicitar una "licencia obligatoria", con la cual obtendría para sí los derechos derivados de la patente; pero si transcurre el plazo sin que nadie solicite la licencia, o cuando ésta no pueda otorgarse por cualquier motivo, se aplicará la caducidad del derecho de patente.

El Artículo 19 del mismo cuerpo legal, establece el trámite de solicitud y de concesión de las denominadas Licencias Obligatorias.

(B) Capítulo segundo

Este capítulo es dedicado a la protección de los dibujos industriales y modelos de utilidad, y viene a llenar el vacío que existía en el campo de la propiedad industrial para dar protección a las denominadas "invenciones menores", las cuales se logran en el curso de la producción y constituyen el grueso de la actividad innovativa del país.

El articulado busca poner al alcance del inventor nacional un estímulo respecto a aquellas innovaciones que no requieran de "altura inventiva".

El legislador toma en cuenta las características esenciales que determinan una invención de esta naturaleza, y analizándola otorga una protección de la duración del registro de un dibujo o modelo de cinco años:

Artículo 30. Duración del Registro:

"El Registro de un Dibujo o Modelo tendrá una duración de cinco años".

(C) Capítulo tercero

Este capítulo establece las *tasas* que serán obligatorias para tramitar solicitudes de patentes, oposiciones, mantenimiento de la patente y otros. Con este ingreso se pretende crear un fondo que será destinado al Re-

gistro de la Propiedad Industrial, con el objeto de modernizar el sistema en su totalidad.

El proyecto de ley deroga disposiciones legales de otros cuerpos, las cuales habían regido la materia en nuestro país durante varios años, como aquellas que se refieren a patentes de invención contenidas en la ley número 40 de 27 de junio de 1826 (tan criticada por todos aquellos que buscaban modernizar el sistema); también se deroga, parcialmente, la ley 6219 (*Ley de patentes, control y exoneración de impuestos de medicamentos y artículos y sustancias terapéuticas*), del 19 de abril de 1978, sobre productos y sustancias de acción terapéutica, y se incorporan las partes derogadas al proyecto con el fin de unificar la legislación.

V. Trámite del proyecto de ley en la Comisión Legislativa

1. Conflicto en el campo del Derecho Internacional

La Comisión de Gobierno y Administración de la Asamblea Legislativa, recibió el expediente del proyecto de ley (bajo el número 9345) el día 22 de noviembre de 1982.

Durante las primeras sesiones de Comisión se produjo un debate acerca de las trascendencias legales del proyecto presentado, ya que se sostenía una tesis (incluso por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores) en el sentido de que el proyecto contravenía el Convenio sobre Patentes de Invención firmado y ratificado por nuestro país el día 7 de agosto de 1945. Aquellos que sostenían dicha tesis manifestaban que el Convenio estaba vigente, que era un compromiso internacional, una convención latinoamericana en relación a patentes y a derechos de patentes. Se dijo que el proyecto chocaba en forma evidente contra el convenio internacional, y que, por lo tanto, debía buscarse la fórmula para solventar este problema, y así hacer honor al compromiso adquirido por Costa Rica. Lógicamente que frente a esta posición tenemos que citar cuál era la tesis contraria, y así podemos citar la de aquellos legisladores que manifestaron, respecto a la convención que se citaba, que la "realidad es que Costa Rica nunca ha patentado nada en los otros países signatarios, de modo que si luchamos por mantener el convenio y sus efectos, lo único que estaríamos protegiendo serían los intereses de otras naciones pero *no estaríamos reclamando derecho alguno*, ya que no tiene registradas invenciones en otros países".

La discusión en torno a los efectos jurídicos, en el campo del derecho internacional, que pudiera causar la aprobación de un proyecto de ley como éste, fue muy amplia. Unos sostenían que había que respetar el convenio internacional, por lo que había que modificar el proyecto en lo que se le opusiere; otros decían que ante todo se debía legislar buscando

el interés de la Nación, por lo que si el citado Convenio no producía ningún beneficio para Costa Rica, y más bien servía de plataforma para que nuestro país sirviera de "comodín", al proteger derechos de extranjeros en suelo propio a costa del interés público, debía buscarse la forma de dejar sin efecto las disposiciones del convenio que contradigan el proyecto, ya que este último es muy urgente en Costa Rica, la cual requiere de un estímulo efectivo para las invenciones, y sólo legislando sobre la materia se puede alcanzar.

Lo cierto es que posteriormente los integrantes de la Comisión de Gobierno y Administración se llegaron a dar cuenta de que, aquellos que mantenían una tesis u otra lo hacían influenciados por los diversos sectores sociales que se vieron afectados o beneficiados con este nuevo cuerpo legal, los cuales en una u otra forma, por la prensa o directamente en forma personal, presionaban a los legisladores para que promovieran u obstaculizaran, según el caso, la tramitación del proyecto y su correspondiente aprobación.

El interés de ciertos sectores de la vida nacional, sobre todo aquellas compañías extranjeras a las cuales beneficiaba en gran forma contar con monopolio de importación y de explotación de productos, con lo cual ejercían un control total sobre el mercado, y, como si fuera poco, encontrando asidero legal en base a convenios internacionales y leyes del siglo pasado, *nunca puede ser comparado con el interés público de la Nación*. Sigo el criterio de que desde un principio, al comenzar las discusiones en base a la contradicción existente entre el proyecto presentado a Comisión y el Convenio Internacional, se debió tener en cuenta que el convenio, en una de sus normas, estipulaba que el mismo era aplicable en todo aquello que no fuere en contra de las leyes internas de los países signatarios, y sobre todo, en contra del interés público de cada Nación. Por lo tanto, si nuestro legislador consideró que la materia de las patentes de invención era de interés nacional que fuera objeto de una nueva y actualizada regulación legal no vemos por qué se prestaron para discutir cuestiones inútiles que lo único que buscaban era atrasar y poner obstáculos a la urgente aprobación de este proyecto de ley. Decimos que se perdió el tiempo en este tipo de "juego" al que se prestó el legislador de entonces, ya que después, sin haber hecho ningún estudio jurídico pormenorizado al efecto, se "dieron cuenta" de la estipulación de la salvedad en el Convenio Internacional, con lo que definitivamente el pretexto incoado contra el proyecto no tenía ninguna razón de ser. Inclusive, en una de las tantas sesiones de que fue objeto de debate el proyecto de ley sobre patentes de invención, se invitó al Jefe del Departamento Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores para que se pronunciara al respecto, y él respondió: "El proyecto, en su texto, no desprende disposiciones que pudieran estar violando el contenido de la Convención"; esta afirmación no hace más que demostrar la falta de un criterio coordinado que prevaleciera y más bien demuestra lo inútil de la discusión original en cuanto a la legalidad o ilegalidad del proyecto.

Pasado el conflicto relatado, dentro de la Comisión Legislativa prevaleció el criterio de que cada vez más empresas internacionales, y los inventores nacionales, requerían de un marco claro y reglas precisas en materia de transferencia de tecnología y en leyes de patentes de invención, y además se llegó a un consenso respecto a que el proyecto propuesto para regular las patentes fija reglas claras para la invención extranjera y para todos aquellos interesados en patentar en nuestro país.

2. *Comentarios al proyecto realizados por autoridades de instituciones públicas y privadas invitadas a las sesiones de la Comisión de Gobierno y Administración.*

(A) *Autoridades de Salud*

Al intervenir en la discusión sobre el proyecto de ley sobre patentes de invención, las autoridades del Ministerio de Salud, pusieron especial énfasis en el artículo referente a la *duración de la protección de la patente* (lo cual será analizado en capítulo aparte), artículo 17 del proyecto, y lo comentaron haciendo las respectivas concordancias con lo estipulado en la ley número 6219, es decir, que únicamente se tocó el tema referente a medicamentos y sustancias terapéuticas, a su importancia y al lugar privilegiado que deben ostentar dentro de la nueva legislación. De este modo se expresó el representante de dicho Ministerio, al manifestar que "El espíritu de la ley lo encontramos en la intención de que la legislación se vuelva proteccionista para los intereses del país y no para los intereses foráneos".

Por otro lado fue presentada una inquietud muy interesante, respecto a cómo se podría *regular la patentabilidad de un producto para la venta en Costa Rica* siempre y cuando su venta esté patentada en su país de origen. La petición, por parte de estas autoridades, es importante, ya que poniedo como requisito de patentabilidad el hecho de que los medicamentos, objeto de la solicitud, estén debidamente patentados en su país, evitaría que fueran vencidos en Costa Rica en aquellos casos que hubieren sido prohibidos o discontinuados en su país de origen.

Se considera necesario hacer una mención específica sobre medicamentos (ya que el proyecto contempla otro tipo de patentes) a través de la cual no puedan inscribirse las patentes de productos que no estén registrados y no estén en uso, o en explotación, en su país de origen.

(B) *Autoridades del Ministerio de Planificación*

El Ministerio de Planificación fue uno de los órganos que más participación tuvo en el trámite de este proyecto de ley, participó en la Comisión Interinstitucional que lo creó y posteriormente participó en forma activa coadyuvando en la labor de la Comisión Legislativa encargada du-

rante todo el trámite del proyecto. Sus representantes se destacaron a la hora de evacuar dudas sobre el origen y las razones de ciertas disposiciones controvertidas frente a los miembros de otras instituciones que pidieron explicaciones sobre diversos puntos, contenidos en el proyecto, que los perjudicaban en alguna forma.

El MIDEPLAN siempre especificó, en cada una de sus intervenciones, que el proyecto había sido enviado a Comisión como un *compendio de proyectos de ley*, no sólo elaborados a nivel nacional, sino también tomando en cuenta aquellos documentos de tipo jurídico que sobre materia de propiedad industrial habían formulado Organismos de Naciones Unidas especializados en la materia.

Sostuvieron su posición, de principio a fin, sobre la necesidad de modificar la legislación sobre patentes; sobre la necesidad de generar una infraestructura institucional y legal más adecuada con el desarrollo tecnológico de Costa Rica.

En todo momento, las autoridades de este Ministerio, determinaron los fines específicos del proyecto sobre patentes, poniendo todo su empeño en lograrlos para el bien del inventor nacional. Así, especificaron como fines primordiales del proyecto de ley: estimular la capacidad innovativa o inventiva local (protegiendo a científicos y tecnólogos costarricenses); promoviendo una transferencia de tecnología hacia nuestro país que sea realmente efectiva; asegurando un equilibrio entre lo que son legítimos intereses individuales con el interés público y las necesidades socioeconómicas de Costa Rica.

(C) Representantes de la Cámara de Insumos

Entre muchos otros participantes de las sesiones de Comisión dedicadas a las patentes de invención, estuvieron presentes los representantes de la Cámara de Insumos Agropecuarios, los cuales fueron considerados interesados directos en razón de que los productos agroquímicos fueron regulados de igual forma que los medicamentos en el proyecto, viéndose afectados por el término breve de protección a la duración de la patente que establecía el proyecto respecto a estos productos.

Manifestaron que al hacerse una discriminación entre medicamentos y agroquímicos y demás inventos, lo que se está diciendo es que los medicamentos y los agroquímicos no tienen causas de investigación para justificar un plazo más amplio para el correspondiente resarcimiento, de otro modo por qué se otorga un plazo de doce años para los demás productos. Durante toda la intervención, los representantes de esta Cámara se mantuvieron en la posición de considerar contraproducente el hacer diferencias respecto al plazo de protección de la duración de la patente, no sólo porque afectaba sus intereses legítimos sino porque, según ellos, los efectos de una disposición como ésta más bien desestimularía la transferencia tecnológica, produciendo efectos contrarios a lo que supuestamente

es el espíritu del proyecto, ya que ninguna compañía extranjera estaría dispuesta a establecerse si conoce que gozaría de una protección que durará únicamente un año, finalizado el cual su posición será exactamente igual a la de fabricantes de menor clase y calidad, ya que su invento pasará a ser de dominio público.

El tema aquí tratado, el cual, dicho sea de paso, fue el único sobre el cual se pronunció la Cámara, será analizado con mayor detenimiento en el capítulo especial sobre la Protección de Duración de la Patente.

— Además de las autoridades mencionadas, participaron en las sesiones de la Comisión de Gobierno y Administración, representantes de las siguientes instituciones públicas y privadas: *Consejo Nacional de Producción, Universidad de Costa Rica, Rectores de la Universidad Autónoma de Centro América, de la Universidad Estatal a Distancia y de la Universidad Nacional, Upanacional, Robm & Hass de Centroamérica Sociedad Anónima; Ministerio de Relaciones Exteriores; Ministerio de Agricultura y Ganadería; Ministerio de Justicia; Ministerio de Industria y Energía, Conicit, y otros más.*

VI. Disposiciones sobre la duración de la protección de la patente en el proyecto de ley

1. La patente: un privilegio temporal

La Comisión Interinstitucional que elaboró el proyecto de ley de patentes de invención, siguiendo los criterios y reglas doctrinarias que rigen la materia de la propiedad intelectual, estipuló la normativa necesaria para determinar el plazo de duración de la protección de las patentes. Se dice que el punto es de suma importancia, ya que respeta una de las características esenciales de este tipo de propiedad, a saber: *la temporalidad del derecho.*

Vimos en su oportunidad que el derecho de propiedad intelectual era un derecho real, el cual se manifiesta a la vida jurídica como un *privilegio temporal*. También se dijo que el privilegio tenía carácter temporal porque sólo se le reconoce al inventar un derecho por cierto espacio de tiempo, sea, un derecho de dominio limitado, transcurrido el cual el invento pasará a ser de dominio público. Esta tutela jurídica temporal se la otorga el derecho a la propiedad intelectual a través de la patentabilidad del invento, estableciéndose una especie de monopolio tutelado por la ley por cierto espacio de tiempo, con lo cual se pretende que el titular de la patente recupere la inversión y el tiempo dedicado a la producción de su invento. Siguiendo este criterio, dijimos en la parte introductoria, algunos sostienen que el hecho de que el monopolio de la invención de la protección de la duración de la patente, tenga el tiempo

restringido, se justifica porque *el aporte personal-intelectual del inventor es menor al de otros* ya que debe mucho más al medio en el cual se desenvuelve y al fondo del saber humano concretamente, y que más bien debe considerarse cuando expire el tiempo durante el cual rige la protección que el inventor está retribuyendo a este fondo común del saber, al conocimiento que obtuvo de éste para producir su invención.

Tanto la Comisión interinstitucional que elaboró el proyecto, como los miembros integrantes de la Comisión Legislativa encargada, tomaron en cuenta a la hora de redactar y discutir el punto referente a la duración de la protección, que existen ciertas actividades productos y procesos, a los cuales se considera que dado a su importancia y su influencia en el interés de la colectividad *no deben tener patentamiento* o que lo deben tener por un plazo menor que los demás productos que no gocen de ese interés. Así se redactó el artículo 17 del proyecto de ley sobre patentes de invención de la siguiente manera:

Artículo 17: Duración de la protección de la patente. Tasas anuales.

1. Las patentes relativas a medicamentos, artículos y sustancias de aplicación terapéutica, las de bebidas, productos alimenticios, abonos, fertilizantes, agroquímicos en general y sustancias o productos para el control, tratamiento o prevención de malezas o plagas animales o vegetales, *tendrán una vigencia de un año a partir de su otorgamiento.*

2. *Las demás patentes tendrán una vigencia de doce años a partir de su otorgamiento.* En el caso de inventores extranjeros, estas patentes se otorgarán por el tiempo que falte en su país para la caducidad de la concesión, siempre que no exceda de doce años.

3. Para mantener en vigencia la patente, deberán pagarse las tasas anuales que determine el reglamento, a partir del primer año de la fecha de otorgamiento de la patente. Los pagos se harán antes de comenzar el año al cual corresponde la tasa anual, previo pago de sobretasas.

4. Por falta de pago de alguna de las tasas anuales, de conformidad con lo dispuesto por este artículo, la patente caducará de pleno derecho.

La legislación que existía en Costa Rica, concretamente la ley número 40 de 1896, establecía un plazo para proteger la patente muy extenso (20 años) a través del cual muchos ejercían monopolios por largo tiempo, lo cual era injustificado ya que para resarcir su inversión podían perfectamente ocupar un plazo mucho más corto sin lesionar el interés público

(como podía suceder en algunos sectores industriales como el farmacéutico).

La protección de la duración de la patente se da porque el inventor ha incurrido en gastos para desarrollar el producto, para desarrollar el proceso, por lo que hay que proteger ciertos precios monopólitos para resarcirlo. La nueva ley plantea como plazo máximo 12 años, y también comprueba que en ciertas áreas es suficiente con un año para que el titular de la patente obtenga el beneficio y pueda considerarse resarcido de su inversión, por lo que el objeto de la patente puede pasar a ser considerado de dominio público, transcurrido ese corto plazo.

El proyecto establece cuáles son los derechos de la patente y cuáles son sus limitaciones. El derecho tiene que ver con explotar en forma exclusiva la invención durante el período que se otorga. Según el Artículo 17 del Proyecto existen dos períodos: Respecto a cierto tipo de productos es sólo de un año (productos farmacéuticos, medicamentos, alimentos y agroquímicos, y respecto a los demás no mencionados por la norma, se establece un plazo de 12 años.

2. *Criterio legislativo para el establecimiento del plazo*

El legislador, para establecer los plazos de duración de la protección de la patente, tuvo que analizar cuidadosamente no sólo el tipo de productos sobre los cuales recaería un plazo u otro, sino también debió idear la forma en que se pudiera equilibrar los intereses públicos con los privados, ya que existía gran presión de parte de ciertos sectores industriales, por obstaculizar la aprobación de una norma que estableciera un plazo corto en detrimento de sus intereses económicos.

Originalmente se planteó la posibilidad de eliminar el patentamiento respecto a ciertos productos, e inclusive esta fue la tesis que prevaleció en la mente de muchos de los precursores de esta nueva ley. No fue sino hasta que se dieron las razones de tipo jurídico, que la idea fue desechada y suplantada por la tesis establecida por el legislador de 1978, la cual proponía establecer un plazo sumamente corto.

Las razones de tipo jurídico que se dieron era el hecho de que eliminar o dejar sin patentes a un producto determinado puede llevar a un juicio de inconstitucionalidad, el cual sin lugar a dudas, sería declarado con lugar, con la consecuencia correlativa, de que el nuevo cuerpo legal sobre patentes de invención perdería. La disposición constitucional lo que hace es garantizar el "goce temporal de la propiedad" que tiene el inventor para resarcirse de la inversión material e intelectual en que halla incurrido:

Artículo 47 (Constitución Política)

"Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará, *temporalmente*, de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley".

Así vemos como la tesis jurídica debió ser opuesta ante el criterio prevaleciente, el cual era que sobre ciertos productos, (como medicamentos, productos farmacéuticos, etc.), quedaría excluida la posibilidad de patentación, quedando excluida, por consiguiente, la protección de la patente. El criterio jurídico vino a demostrar la inconstitucionalidad de la redacción original de la norma, ya que si lo que protege la patente son invenciones, éstas tienen la protección temporal garantizada constitucionalmente; fue por ello que el legislador tuvo que buscar una solución tanto para proteger el interés público que pesaba sobre esta clase de productos, como para evitar promover una norma cuya redacción contenía un vicio de inconstitucionalidad latente. La solución ideada fue establecer una protección de la duración de la patente por un tiempo corto (un año) y así salvar la inconstitucionalidad de la norma, ya que aunque sea corto el plazo, se está otorgando un goce temporal de la propiedad exclusiva de la invención al titular de la patente. De modo que el legislador no sólo logró salvar la constitucionalidad del proyecto de ley sobre patentes sino también logró proteger el interés público que sobre productos como medicamentos existe en toda sociedad.

De todo el trámite que se le dio al punto referente a la duración de la protección, vemos que ante cualquier interés particular sobre determinados productos, siempre prevalece la característica del producto y su importancia para el desarrollo nacional.

3. Crítica al Artículo 17

Aquellos representantes de instituciones públicas y privadas que en determinado momento se opusieron a que se concediera un plazo tan corto para la protección de la duración de la patente, respecto a los productos que señala el inciso primero del Artículo 17 del proyecto, se basaban en lo siguiente:

El objetivo de esta nueva ley es que las patentes de invención se constituyan en un instrumento dinámico para el fomento del desarrollo técnico nacional y la transferencia de tecnología, que asegure la efectiva incorporación y exortación de innovaciones productivas en la industria costarricense.

El proyecto sobre el mercado local para que sea explotado solamente un año después de haberse concedido la patente. La ley busca estimular la transferencia de tecnología, pero sus efectos parece que serán contrarios a los buscados, ya que en áreas muy importantes (que sólo serán protegidas, de acuerdo a la letra del proyecto por un año) ninguna compañía extranjera estaría dispuesta a establecerse si conoce que será protegida por un tiempo tan corto, que una vez finalizado automáticamente tendrían que entrar en una competencia con productos de inferior calidad y precio, cuyos fabricantes se beneficiarían de la explotación hecha por el titular de la patente (sin haber hecho ningún esfuerzo de investigación) utilizando su

tecnología (la cual siguiendo la letra del proyecto, debió ser plenamente publicada en la descripción que se hiciera de la patente al momento de la solicitud de la misma ante el Registro Nacional de Patentes).

Por otro lado se dijo que uno de los problemas de la antigua ley es que sirve como base para fijar precios monopolísticos sobre importaciones de consumo básico. Sin embargo, el proyecto de ley no soluciona el asunto, sino que más bien parece agravarse la situación si analizamos los efectos que producirán disposiciones como las siguientes:

- (a) Finalizado el plazo de protección a la patente, se puede importar libremente el producto de cualquier fuente, por ello, entre menor sea el plazo, menor será la posibilidad de que el titular radique en el país, pues podrá competir desde afuera sin realizar la inversión que exige la patente.
- (b) No se promovería una real transferencia de tecnología, porque en términos reales y concretos es oportuno hacerse la siguiente pregunta: ¿Qué compañía vendría a invertir a Costa Rica sabiendo que el disfrute de un mercado de un producto será por el pequeñísimo tiempo de un año, transcurrido el cual perderá la exclusividad?
- (c) La ley busca asegurar un equilibrio entre los derechos e intereses individuales; pero la realidad es que detrás de cada patente hay una gran inversión material e intelectual, que se hizo con el propósito de obtener resultados que brinden una utilidad posterior. La ley disminuye el derecho a resarcirse y, como si fuera poco, permite que los frutos sean explotados por otros que no hicieron ningún esfuerzo.

La frase "de nada viene nada" se explica por sí sola; hay que invertir sumas altas, equipo especializado para poder realizar una investigación. Puede decirse que es un trabajo de por lo menos cuatro a cinco años con metas planificadas.

¿Cómo Costa Rica va a obtener recursos para desarrollar sus productos si no hay solvencia económica para hacerlo? El desarrollo industrial de nuestro país puede ser obstaculizado por el hecho de que técnicos excelentes puedan desistir de sus inversiones cuando se enteren de que cuentan con un año únicamente, para explotarlas. Todas las compañías importantes tienen y buscan patentes a largo plazo que aseguren su inversión; Costa Rica no puede ser la excepción porque puede quedarse rezagada tecnológicamente.

La crítica fue planteada ante los miembros de la Comisión de Gobierno y Administración, pero en ellos prevaleció el criterio de que respecto a las patentes de invención se podían lesionar cuestiones de interés público, sobre todo respecto a productos de consumo básico, por lo que cualquier interés particular de cualquier compañía extranjera, por más poderosa económicamente que fuera, quedará desplazado a un segundo plano de importancia, y necesariamente tendrán que someterse a las disposiciones contenidas en el proyecto si quieren invertir en nuestro país. Asimismo los

legisladores se basaron en un hecho real para combatir las objeciones planteadas al establecimiento del plazo anual sobre la protección, que desde 1978 existe en Costa Rica una ley que establece el plazo de un año para la protección de la patente de medicamentos o sustancias terapéuticas, por lo cual manifiestan poco interés en atender las objeciones planteadas, las cuales (según el criterio de la mayoría) responden únicamente a la protección de intereses particulares, sobre todo de compañías extranjeras poderosas, y se olvidan de la situación de desventaja en que se ha visto inmerso el consumidor cuando tiene que enfrentarse a monopolios largos ejercidos sobre productos de categoría de consumo básico.

4. Análisis constitucional del proyecto

El problema que enfrenta el Estado moderno es el de combinar armónicamente la libertad y la seguridad de los administrados; en esta ecuación es que se sintetiza todo el dilema de la coexistencia del Estado de Derecho y del Estado intervencionista.

Respecto a la materia de propiedad intelectual, la Constitución Política establece una norma programática que impone al órgano legislativo una obligación determinada:

Artículo 121, inciso 18:

"Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: . . . inciso 18): Promover el progreso de las ciencias y de las artes y asegurar por tiempo limitado a los autores e inventores, la propiedad de sus respectivas obras e invenciones".

En materia de propiedad intelectual, la jurisprudencia constitucional de nuestro país dijo:

"El principio de la propiedad es inviolable y a nadie puede privarse de la misma si no es a través del interés público legalmente comprobado".

En lo que es aplicable a la propiedad del inventor sobre su invento, la misma se encuentra limitada por el concepto de *goce temporal* de la misma con arreglo a la ley, según la doctrina y el Artículo 47 constitucional ya comentado anteriormente.

La evolución estatal en Costa Rica, de tendencia liberal en sus inicios, cambiando a un Estado social de Derecho, nos lleva a la conclusión de que las normas sobre derecho de la propiedad intelectual deben ser interpretadas a través de este principio evolutivo. Así: El derecho

de la propiedad intelectual fue elevado a nivel internacional con el propósito de incentivar la inventiva local; la norma (Art. 121,18) habla de promover el desarrollo y el progreso de las ciencias y de las artes, y al asegurar por tiempo limitado a los autores e inventores la propiedad intelectual, está cumpliendo con la finalidad programática de la norma: *el progreso de las ciencias y de las artes en Costa Rica.*

Si la libertad de la propiedad intelectual protegiera también a los inventores extranjeros, quienes por lo general luchan por ejercer un monopolio comercial de sus productos y *no por transmitir tecnología*, estaríamos entrando en una clara contradicción con el espíritu del Artículo 47 constitucional, el cual busca la "*no-monopolización*" a través del progreso de las ciencias. Es por esto que prevalece la tesis que dice que el Artículo 47 de la Constitución Política está encaminado a proteger específicamente al autor o al inventor costarricense.

El legislador se encuentra obligado, a través de la Constitución Política, a estimular y asegurar por tiempo limitado la propiedad intelectual nacional, pero no la extranjera, ya que el Estado tiene la obligación de evitar que por ésta, o cualquier otra vía, se creen monopolios de hecho o de derecho en favor de compañías extranjeras, porque si llegaren a formarse se estaría atentando contra la eventual autonomía de nuestro desarrollo tecnológico y por ende contra el desarrollo económico del país.

Dentro de este criterio se reputa como constitucionalmente válido cualquier restricción que por vía legislativa imponga el Estado a la Propiedad Intelectual y que tienda a evitar el otorgamiento de privilegios excesivos o condiciones muy favorables a inventores extranjeros. Estas limitaciones, además, encuentran asidero legal en el Art. 19 constitucional que, en lo conducente, dice:

Artículo 19:

"Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, *con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen . . .*".

Siguiendo el mismo criterio, y fundamentándose en esta norma constitucional, la Corte Plena, en sesión extraordinaria número 32 del 27 de junio de 1963, dictó sentencia de Casación que dice en lo conducente:

"Por ley pueden establecerse discriminaciones entre nacionales y extranjeros".

Por otro lado, y solamente con el ánimo de sustentar nuestra posición, procedemos a citar las disposiciones legales que establecen la posibilidad de limitar los derechos en perjuicio de los extranjeros: Así, podemos ver algunos casos en los Arts. 60, 68, 90, 135 y 159 de la Constitución Política.

Se dice que la invención y los procesos de comercialización que derivan de la Propiedad Intelectual son muy lucrativos, por lo cual necesariamente incide en el desarrollo económico del país y nos permite concluir que por vía legislativa se pueden establecer limitaciones a los derechos de los extranjeros.

La protección legal respecto a los inventores no guarda relación con el marco jurídico constitucional, el cual tiende hacia un estado de bienestar sobre la base del desarrollo económico autóctono. Lo anterior es exacto en sectores como el farmacéutico, el agroquímico y el de alimentos, los cuales están íntimamente ligados a una noción jurídica muy importante, la noción de *orden público*, que se refiere a las condiciones mínimas que garanticen una vida social conveniente. Los riesgos sociales que se pudieran derivar de una excesiva protección al inventor y a su obra, en este tipo de sectores, son evidentes y pondrían en peligro, o al menos debilitarían, el orden público de la Nación.

Las normas constitucionales de protección al inventor se basan en dos valores superiores: *El bienestar social y el desarrollo económico*. Esto nos sirve para indicar que en los sectores que puedan afectar el orden público, la legislación ordinaria debe establecer, en materia de patentes de invención, verdaderos regímenes de excepción (sin perjuicio de una protección general en la misma materia). Esos regímenes pueden determinar plazos de protección menores o bien distinguir el objeto de la protección, como sería por ejemplo, excluir aspectos tales como las invenciones ya publicadas y conocidas; pueden, también, esos regímenes agravar las condiciones y requisitos de patentabilidad, o crear exigencias adicionales para el mantenimiento de la patente durante el plazo concedido.

Muchos dicen que el plazo establecido en el inciso primero del Art. 17, de un año para la protección de la duración de la patente, es muy riguroso; inclusive dicen que un plazo tan corto puede desestimular la invención, ya que el mismo puede ser insuficiente para resarcir la inversión. Pero por encima del bien de un inventor y del beneficio de una patente, están los intereses públicos y el bien común. El bien común obliga a veces a tomar medidas pueden parecer draconianas o rigurosas. Lo cierto es que el plazo de un año fue establecido para llenar un requisito constitucional, pero además sirve para asegurarse en contra de los derechos de los inventores extranjeros.

VII. Conclusiones.

(1) En Costa Rica rigió por más de ochenta años, en materia de patentes de invención, la ley número 40 promulgada en el año 1896. En base a esta ley se creó el sistema de patentes, su registro y sus características, lo cual vino a generar una serie de problemas, ya que con el transcurso del tiempo las necesidades de la industria nacional no podían ser satisfechas por normas creadas por el legislador del siglo pasado.

(2) La primera gran actualización del sistema se realizó en el año 1978, al ser promulgada la ley 6219 ("*Ley de patentes, control y exoneración de impuestos de medicamentos y artículos y sustancias terapéuticas*"), pero la misma solo vino a regular la actividad en un sector industrial, el de los medicamentos, considerado como de interés público. Con esta ley se declaró de interés público la importación, fabricación, venta, compra y expendio de medicamentos; se estableció cuáles productos de este sector podían ser objeto de la protección de una patente, y se estableció también un plazo de un año como término de duración de la protección de la patente (*lo cual sirvió como base para redactar el inciso primero del artículo 17 de la futura ley 6867*).

(3) En el mes de julio de 1982 fue presentado a conocimiento de la Asamblea Legislativa un proyecto de ley que buscaba declarar el herbicida *Propanil* como artículo de interés público. La iniciativa fue fundamentada en la importancia que este producto tenía en cierto sector agrícola del país, ya que su uso era necesario y determinante en el cultivo del arroz, y en el perjuicio que estaba causando el hecho de que una Compañía norteamericana, *Rohm & Hass Centroamericana Sociedad Anónima*, estuviera monopolizando el mercado local sobre el herbicida, ya que estaba amparada por una patente (*Patente número 2047*) obtenida, aparentemente, en forma irregular.

(4) La Comisión Legislativa encargada de conocer el proyecto fue la *Comisión de Gobierno y Administración*, la cual procedió a nombrar una Sub-comisión, con el fin de que el estudio del proyecto fuere realizado concienzudamente, ya que en ese entonces era objeto de una gran polémica en los medios de información pública.

El estudio de la Sub-comisión reveló la existencia de irregularidades en el uso que la Compañía Norteamericana estaba dándole a la patente 2047, inclusive se llegó a determinar la existencia de un monopolio que sobre el Propanil estaba ejerciendo dicha compañía, lo cual hizo meditar sobre la necesidad de legislar en forma general sobre materia de patentes de invención, sobre su sistema y sobre los derechos y limitaciones que se derivan de la patente. Se consideró necesario purificar el sistema vigente, ya que era perfectamente posible que estuvieran ejerciéndose irregularidades semejantes a las del caso Propanil.

(5) La Sub-comisión propuso incorporar un nuevo texto legal sobre patentes, el cual posteriormente fue elaborado por una Comisión Interinstitucional, pretendiendo actualizar legislativamente la materia, adaptándola a las necesidades del desarrollo económico-social del país. Se buscaba, a través de una nueva ley, fomentar el desarrollo tecnológico de Costa Rica y así lograr uno de los fines caracterizadores de cualquier sistema de patentes: *la transferencia de tecnología*, sin la cual las patentes no podrían cumplir con su función social.

(6) El proyecto de ley fue presentado a la Comisión Legislativa demostrando estar fundamentado en criterios realistas, actuales y eminentemente sociales (De ahí que se diga que la ley 6867 responde más a criterios políticos que a criterios dogmáticos o jurídico-doctrinarios). Tiende a proteger al inventor costarricense, a promover la transferencia tecnológica, a evitar la creación de monopolios, y a equilibrar los intereses generados por las patentes y el interés público.

(7) Se establecen requisitos claros para solicitar una patente de invención; se da un concepto preciso de "explotación de la patente", con lo que se evita el ejercicio de monopolios de importaciones; se establecen plazos específicos para la duración de la protección de la patente, dependiendo del carácter de interés público que puede tener el producto objeto de la patente; se estipulan tasas anuales de mantenimiento del derecho; y se fijan las medidas, sanciones y términos de caducidad de los derechos.

(8) La duración del plazo de protección de la patente resulta uno de los puntos controvertidos del proyecto de ley, ya que el legislador procedió a diferenciar entre aquellos productos considerados de interés público y los demás, estableciendo un año de plazo para los primeros y doce años para los segundos. Este pequeño plazo, de un año, fue severamente criticado, ya que varios sectores industriales (sobre todo aquellos integrados por compañías extranjeras) alegaban que sus derechos e intereses se verían seriamente perjudicados con una disposición semejante. Decían que si el plazo se estipulaba para que el inventor se resarciera de la inversión material e intelectual realizada, cómo era posible que en tan poco tiempo lo hicieran.

(9) La realidad fue que, a pesar de las objeciones, en la conciencia del legislador siempre prevaleció el interés público que estaba en juego sobre el interés de las empresas; este interés de la colectividad era el que se había visto seriamente lesionado con el ejercicio de monopolios sobre productos de consumo básico. En un principio, el proyecto de ley pretendía excluir estos productos de la patentabilidad, pero razones constitucionales lo impidieron y obligaron al legislador a establecer un plazo, aunque fuera mínimo, ya que la Constitución Política garantiza, en su Art. 47, la temporalidad de la Propiedad Intelectual.

(10) La Ley N° 6867 es del 25 de abril de 1983, publicada en La Gaceta N° 111 del 13 de junio de 1983.

EVOLUCION DEL REGIMEN LEGAL ESPECIAL APLICABLE A LOS PAISES SUBDESARROLLADOS EN EL GATT

Prof. Francisco Chacón
Prof. Anabel González

Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO:

Introducción

- I. Los primeros años: la OIC y el GATT
- II. Modificaciones del artículo XVIII: protección del mercado interno
- III. La parte IV del GATT: no reciprocidad
 - A. Antecedentes
 - B. Análisis legal
- IV. El sistema generalizado de preferencia: tratamiento diferenciado
 - A. Antecedentes
 - B. Análisis legal
- V. La ronda de negociaciones comerciales multilaterales de Tokio
 - A. Antecedentes
 - B. Aranceles
 - C. Código de conducta

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCION

El Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT), a pesar de tener ya una trayectoria de cuarenta años, está empezando apenas a ser conocido en nuestro medio, básicamente con motivo de las recientes intenciones de Costa Rica de incorporarse al mismo. Un conocimiento detallado del GATT es fundamental, no sólo por las implicaciones legales que conlleva dicha incorporación, sino también por cuanto es una materia sumamente compleja como para ser tratada a la ligera.

Las siglas "GATT" hacen referencia, por una parte, a la organización internacional con sede en Ginebra que se encarga de estos asuntos, y, por otra, a los acuerdos que regulan esta materia del comercio internacional. En este último sentido, no debe creerse que el GATT es un único convenio sistemático y uniforme incorporado en un solo texto, sino que se trata de una serie de más de cien acuerdos, protocolos, declaraciones, etc., de los cuales constituyen punto medular de todos ellos los "Artículos Generales" del GATT. Además, acuerdos especiales colaterales han sido negociados dentro del contexto del GATT, especificando en detalle obligaciones y derechos en ciertas áreas, pero que únicamente se aplican a los signatarios de los mismos.

Dentro de todo lo que es el GATT, uno de los aspectos de mayor trascendencia en nuestro medio, es —por obvias razones— el relativo al régimen de los países subdesarrollados. Este, como el CATT en sí, no se encuentra expresado en un solo documento, ni ha sido el mismo desde un inicio. Por el contrario —y de allí parte de la complejidad del asunto— éste ha ido evolucionando a través del tiempo, expresándose en muy diversos instrumentos.

Este trabajo pretende, precisamente, guiar al lector a través de la evolución del régimen legal aplicable a los países en vías de desarrollo en el GATT, con el fin de que no sólo se conozca el mismo, sino también de que se entiendan las causas y circunstancias que le dieron origen.

Cabe aclarar, sin embargo, que en estos momentos se está llevando a cabo la octava ronda de negociaciones comerciales multilaterales auspiciada por el GATT —la llamada Ronda de Uruguay— y, aunque se espera que la misma no concluya antes de 1990, existen ya claros indicios de cambios que serán introducidos y que afectarán el régimen objeto de este estudio, aspecto éste que desarrollaremos en un próximo trabajo.

I. *Los primeros años: la OIC y el GATT*

Los esfuerzos por establecer una organización internacional cuyo objetivo primordial fuese la liberación del comercio mundial se iniciaron en

Londres, en 1946, con la reunión del primer comité preparatorio que consideraría un proyecto que a ese efecto había redactado el gobierno de los Estados Unidos de América (E.E.U.U.). Ya desde ese entonces, los países subdesarrollados participantes⁽¹⁾ protestaron por la ausencia de medidas que tratarán de alguna manera sus problemas. Fue así como se decidió establecer un comité especial que redactaría un nuevo capítulo sobre desarrollo industrial, el cual se llegó a conocer como el capítulo de "Desarrollo Económico y Reconstrucción".⁽²⁾ Sus regulaciones eximirían a determinado país —básicamente por razones de industrias nacientes o problemas de balanza de pagos— de sus obligaciones relativas a las concesiones arancelarias o de la prohibición de imponer medidas cuantitativas. En estos casos, el país que invocase dichas disposiciones, requerirá de la aprobación de la organización, para poder, así, imponer las restricciones respectivas.⁽³⁾

En la reunión siguiente, celebrada en Nueva York en 1947, la esencia de este capítulo sobre desarrollo económico fue incorporada al Artículo XVIII del GATT. Sin embargo, algunos de los países en vías de desarrollo no estaban satisfechos con la obligación de obtener la aprobación para poder imponer las restricciones, y en la conferencia preparatoria de Ginebra de 1947, acaloradas discusiones tuvieron lugar, particularmente en cuanto a este aspecto. Finalmente, surgió un compromiso, en el sentido de que el consentimiento previo seguiría siendo necesario en la mayoría de los casos, pero que los países subdesarrollados y las naciones en proceso de reconstrucción podrían mantener aquellas medidas entonces vigentes e inconsistentes con el GATT, siempre que así lo notificasen a las otras partes.

Dicho compromiso, sin embargo, demostró no ser satisfactorio, y en la siguiente reunión llevada a cabo en La Habana en 1948, debió establecerse un comité para buscar una solución al conflicto. Su reporte fue adoptado por la conferencia y un nuevo artículo XVIII, revisado de nuevo en 1948,⁽⁴⁾ fue establecido. Este artículo siempre contenía el requisito de la aprobación previa en la mayoría de los casos en que se buscara una desviación de las regulaciones del GATT por razones de desarrollo económico.

(1) A pesar de que diez de las veintitrés partes contratantes originales eran países subdesarrollados, India, Brasil, Cuba y Líbano fueron los primeros en participar más activamente en las negociaciones. Ver al respecto, Gros Espiell, *The GATT's Most-Favored Nation Clause. Its Present Significance in GATT*, *Journal of World Trade Law* N° 5, 1971, p. 32, nota 10 (traducción libre); y Ibrahim, *Developing Countries and the Tokyo Round*, *Journal of World Trade Law* N° 12, 1978, p. 4, nota 13 (traducción libre).

(2) Meier, *The Tokyo Round of Multilateral Trade Negotiations and the Developing Countries*, *Cornell International Law Journal* N° 13, Verano de 1980, p. 243 (traducción libre).

(3) Tussie, *The Less Developed Countries and the World Trading System*, New York, St. Martin's Press, 1987, p. 18 (traducción libre).

(4) Jackson, *World Trade and the Law of GATT*, Bobbs-Merrill Company Inc., 1969, p. 639 (traducción libre).

Cuando finalmente fue claro que la Organización Internacional de Comercio (OIC) no nacería, el capítulo referente al desarrollo económico desapareció, y la única regulación referente a la situación de los países subdesarrollados fue el Artículo XVIII del GATT.⁽⁵⁾

Es importante mencionar que los países susceptibles de ser eximidos de las obligaciones generales del GATT, de conformidad con el Artículo XVIII, eran aquéllos en vías de desarrollo económico o que estaban en el proceso de reconstrucción de la post-guerra. "Dada la devoción del GATT al principio de la no discriminación, no existía todavía conciencia de los problemas de ciertas categorías de países o de ciertos tipos de comercio".⁽⁶⁾

II. *Modificación del Artículo XVIII: Protección del mercado interno*

En una sesión de revisión —la novena sesión de las Partes Contratantes del GATT de 1955—, el Artículo XVIII fue modificado de la manera en que actualmente se encuentra. En esta reforma, toda referencia a la reconstrucción fue desechada y el derecho de los países subdesarrollados a recurrir a medidas proteccionistas fue especificado con más claridad.

Así, los países que tienen la posibilidad de invocar el Artículo XVIII son aquéllos cuya economía únicamente pueda alcanzar bajos niveles de vida y que se encuentren en las primeras etapas de desarrollo.⁽⁷⁾ A pesar de que esta definición tiene dos Notas Interpretativas,⁽⁸⁾ éstas no proporcionan criterios suficientes como para determinar qué es una economía con bajos niveles de vida y en sus primeras etapas de desarrollo. De conformidad con un reporte de uno de los paneles, pareciera que un elemento importante para decidir el primer aspecto es el producto nacional bruto per cápita, y, en cuanto al nivel de desarrollo, pareciera que el porcentaje de bienes manufacturados, minería y construcción en el producto nacional bruto debe ser analizado para estos efectos.⁽⁹⁾

(5) Sin embargo, dado que para solicitar excepciones por problemas en la balanza de pagos al amparo de los Artículos XII y XIV no se necesitaba aprobación previa, y que la mayoría de los países subdesarrollados podían enmarcarse dentro de estas circunstancias, en los primeros años del GATT la mayoría de ellos justificaba la imposición de cuotas por razones de balanza de pagos, en vez de aplicar el Artículo XVIII. Verse Jackson, *ob. cit.*, p. 639.

(6) Tussie, *ob. cit.*, p. 18.

(7) GATT, Artículo XVIII: 4°.

(8) GATT, Ad Artículo XVIII: 1 y 4.

(9) Jackson, *ob. cit.*, p. 652.

Un país que cumple con las anteriores condiciones tiene la opción de recurrir a las secciones A, B o C del Artículo XVIII. Estas secciones generalmente autorizan al país a tomar medidas proteccionistas u otro tipo de medidas que afecten las importaciones en dos casos: cuando dicha protección es necesaria para el establecimiento de una industria determinada⁽¹⁰⁾ o por problemas de balanza de pagos. Es importante notar que estas secciones, especialmente la Sección C, establecen detallados procedimientos de notificación que deben cumplirse antes de poder introducir las restricciones necesarias y que el país que invoque cualesquiera de estas secciones tiene que compensar a la parte afectada por las mismas con algún tipo de concesión, en la mayoría de los casos.⁽¹¹⁾

Hay que tomar en cuenta que estas disposiciones únicamente permiten protección especial para el mercado interno de los países subdesarrollados, y que no se impone ninguna obligación legal a los naciones desarrolladas en el sentido de tomar alguna acción positiva en favor de las menos desarrolladas. Este enfoque refleja la preocupación fundamental de los países subdesarrollados en ese momento, a saber, la necesidad de conservar divisas extranjeras y de desarrollarse con base en industrias nacionales.⁽¹²⁾ Se consideraba que el crecimiento económico se lograría a través del sector industrial, para lo cual las nuevas industrias necesitaban un período de gran protección para poder desarrollarse a un nivel competitivo. Este conjunto de políticas, comúnmente conocidas como "sustitución de importaciones",⁽¹³⁾ fue adoptada por la mayoría de los países en vías de desarrollo. De allí sus esfuerzos por obtener mayor flexibilidad para imponer restricciones a las importaciones con el fin de proteger sus mercados internos. Hasta cierto punto, el Artículo XVIII reconocía esta necesidad. Sin embargo, estos países continuaron insatisfechos con el "limitado reconocimiento de sus especiales problemas económicos".⁽¹⁴⁾

(10) De acuerdo con una nota interpretativa, ello incluye el establecimiento de una nueva industria, pero también el establecimiento de una nueva rama de producción, la transformación sustancial o la expansión sustancial de una industria existente y la reconstrucción de una industria destruida o dañada por hostilidades o desastres naturales.

(11) Para un estudio comprensivo del Artículo XVIII, ver Jackson, *ob. cit.*, pp. 650-660.

(12) Frank, *The Graduation Issue for LDCs*, Journal of World Trade Law N° 13, 1979, p. 293 (traducción libre).

(13) Krueger y Michalopoulos, *Developing-Country Trade Policies and the International Economic System*, en *Hard Gargaining Aheads US Trade Policy and Developing Countries*, E.H. Preed (ed), 1985, p. 42 (traducción libre).

(14) Finlayson y Zacher, *The GATT and the regulation of trade barriers: regime, dynamics and functions*, International Organization N° 35, 1981, p. 582 (traducción libre).

III. La Parte IV del GATT: No reciprocidad

A. Antecedentes

Las reformas introducidas al Artículo XVIII no fueron suficientes para lidiar con los problemas de los países subdesarrollados. Este resultado fue percibido desde 1955, cuando por medio de una resolución se estableció la necesidad de incrementar los flujos de capital hacia los países en vías de desarrollo para con ello facilitar los objetivos del GATT.⁽¹⁵⁾ Posteriormente, en 1957 estos problemas fueron examinados en la Decimosegunda Sesión de las Partes Contratantes y se estableció un panel de expertos para estudiar el funcionamiento del GATT en relación con las exportaciones de los países subdesarrollados.⁽¹⁶⁾ Este reporte, conocido como el Reporte Haberler, fue concluido en 1958 y "puede ser considerado como un paso importante en la historia de los países en vías de desarrollo dentro del GATT".⁽¹⁷⁾ Su significado estriba en que, por primera vez, se centró la atención en las exportaciones de los países subdesarrollados como un problema del comercio internacional, y señaló a los países desarrollados —con sus políticas proteccionistas— como una importante causa de los problemas de los menos desarrollados. Este reporte otorgó a los últimos información suficiente para fundamentar sus demandas.

Con base en este reporte, el GATT estableció en 1958 un Programa de Expansión del Comercio Internacional, el cual tomaría en cuenta los problemas del desarrollo económico. Un comité —el Comité III fue establecido para reportar los obstáculos que las exportaciones de los países subdesarrollados encontrasen en los mercados de los desarrollados. En 1961, los resultados del trabajo de este comité llevaron a promulgar la Declaración sobre la Promoción del Comercio de los Países Menos Desarrollados, cuya medida de éxito, sin embargo, fue "desilusionante".⁽¹⁸⁾

Es importante notar que para este entonces, la cantidad de países en vías de desarrollo dentro del GATT, al igual que en otras organizaciones internacionales, se incrementó como resultado de la independencia de muchos Estados. Esta participación de nuevos Estados, a pesar de no ser muy activa, concedió a aquellos países subdesarrollados más consolidados y establecidos un mayor soporte para sus reclamos. En 1959, por primera vez, un grupo de quince países subdesarrollados se reunieron formalmente como un subgrupo y promulgaron una nota sobre la Expansión del Comercio Internacional,⁽¹⁹⁾ en la cual, por una parte, se enfatizó su limitada capacidad para participar en las negociaciones de aranceles, se denunció el

(15) Jackson, *ob. cit.*, p. 640.

(16) *Idemr*, pp. 641-642.

(17) Tussie, *ob. cit.*, p. 26.

(18) Finlayson y Zacher, *ob. cit.*, p. 582.

(19) Tussie, *ob. cit.*, p. 26.

hecho de que sus productos encontraban otras barreras, además de los aranceles, y, por otra, los principios de igualdad y reciprocidad fueron cuestionados.⁽²⁰⁾ Se buscaba una reforma a las reglas del GATT.

En 1963 otro grupo de países en vías de desarrollo propuso un Programa de Acción, en el cual no se buscaba la reforma a las reglas existentes, sino la ampliación de aquéllas que excluían ciertos productos. A pesar de las diferencias entre estas dos peticiones, cabe apuntar que ambas abogaban por reducciones unilaterales en favor de los países subdesarrollados.

En la Vigésimoprimer Sesión del GATT en 1963, luego de que los ministros reconocieron la necesidad de establecer un marco legal e institucional para lidiar con la expansión del comercio de los países en vías de desarrollo, se estableció el Comité sobre el Marco Legal e Institucional del GATT en Relación con los Países en Vías de Desarrollo. Un reporte de 1964 señaló que este comité había redactado un capítulo sobre comercio y desarrollo que debería ser incluido en el GATT.⁽²¹⁾

Es importante mencionar que los preparativos para la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) estaban llevándose a cabo en ese entonces. La UNCTAD se reunió —a pesar de una fuerte oposición de parte de los países desarrollados— en Ginebra en 1964, y numerosas proposiciones para ayudar a los países subdesarrollados fueron adoptadas. De acuerdo con Jackson, “estos desarrollos, a pesar de no estar directamente relacionados con los desarrollos en el GATT, son considerados generalmente como que tuvieron un impacto psicológico en los representantes nacionales ante el GATT, particularmente en los delegados de las naciones industrializadas. Tal vez se pecataron de que los países subdesarrollados tenían más que una fuerza moral detrás de su posición, a pesar de que tuviesen escasa fuerza económica”.⁽²²⁾ Tussie, citando otro autor, toma posición un tanto diferente y señala que “la Parte IV fue una respuesta casi completa a las opiniones acerca del comercio del Acta Final de UNCTAD I (excepción hecha de la petición de un sistema generalizado de preferencias)”.⁽²³⁾

Cualquiera que haya sido la influencia de UNCTAD I, las Partes Contratantes se reunieron en una sesión especial en 1964 para completar la redacción del capítulo acerca de comercio y desarrollo. El protocolo que contenía la reforma fue abierto para ser firmado el 8 de febrero de 1965 y la Parte IV del GATT entró en vigencia para aquellos países que la aceptaron, como una reforma al GATT, el 27 de junio de 1966.⁽²⁴⁾

(20) *Idem.*

(21) Jackson, *ob. cit.*, p. 644.

(22) *Idem.*, p. 645.

(23) Gosovic, citado por Tussie, *ob. cit.*, p. 28.

(24) Jackson, *ob. cit.*, p. 646.

Al mismo tiempo, se estableció un Comité sobre Comercio y Desarrollo dentro del marco institucional del GATT, encargado de supervisar la aplicación y cualquier otro aspecto de la recién introducida Parte IV.⁽²⁵⁾

B. *Análisis Legal*

La Parte IV está compuesta por tres artículos: Artículos XXXVI a XXXVIII, los cuales establecen los principios y objetivos a seguir, los compromisos y la acción conjunta que deberá tomarse, respectivamente. Se dirigen en forma exclusiva a normar los problemas de los países en vías de desarrollo.

El Artículo XXXVI, tal y como lo sugiere su título, señala los principios que deben guiar el tratamiento de los países subdesarrollados, así como los objetivos que se persiguen. Cabe mencionar que tanto en los párrafos que constituyen este artículo, así como los otros dos, se hace énfasis en las exportaciones de los países menos desarrollados, es decir, que su preocupación básica es otorgar acceso especial a los mercados de los países desarrollados. Esta posición contrasta con el enfoque anterior de los problemas de los países en vías de desarrollo, el cual se ocupaba básicamente de la protección de sus mercados internos.

La innovación primordial de este grupo de artículos está contenida en el Artículo XXXVI:8: “Las partes contratantes desarrolladas no esperan reciprocidad por los compromisos contraídos por ellas en las negociaciones internacionales para reducir o remover aranceles y otras barreras al comercio por parte de las partes contratantes en vías de desarrollo”.⁽²⁶⁾ Gros Espiell sostiene que a pesar de que normalmente se entiende que el principio de la nación más favorecida del GATT no está condicionado o limitado por ninguna cláusula de reciprocidad “es igualmente cierto que el Acuerdo General (fue) fundado de ‘facto’ sobre la idea de que debía existir reciprocidad en las concesiones y ventajas que las partes contratantes se otorgaban unas a otras...”.⁽²⁷⁾ Es más, aunque el principio de reciprocidad no se encuentre expresamente enmarcado en el Artículo I del GATT, el mismo se encuentra mencionado en el preámbulo, en cuanto se refiere a ‘aranceles recíprocos y mutuamente ventajosos’. También se encuentra mencionado en otros artículos del GATT.⁽²⁸⁾ La importancia de la

(25) Basic Instruments and Selected Documents (BISD), N° 13, p. 75.

(26) Jackson y Davey, *Documents Supplements to Legal Problems of International Economic Relations*, West Publishing Co., Minnesota, (1986), p. 50 (traducción libre).

(27) Gros Espiell, *GATT's most-favored nation*, *ob. cit.*, p. 36.

(28) Artículo XXVIII:2, en relación con la modificación de esquemas y está implícito en las condiciones establecidas para cualquier país que desea incorporarse al GATT (Artículo XXXIII).

Parte IV es que establece en el GATT, por primera vez,⁽²⁹⁾ este principio de la no-reciprocidad en las negociaciones comerciales de los países subdesarrollados entre sí y con países desarrollados. Debe mencionarse que mientras los primeros consideran que este principio implica que están exentos de hacer concesión alguna, los últimos han sostenido la opinión de que los países subdesarrollados no están exentos "de la obligación de contribuir como contrapartida por los beneficios que hayan recibido en la mayor medida posible que no sea inconsistente con su desarrollo, comercio y necesidades financieras",⁽³⁰⁾ esto es, que únicamente están relevados de la obligación de otorgar concesiones equivalentes. A pesar de que éste tiene el carácter de principio, y no de una obligación legal, puede ser, y es usado por los países subdesarrollados como una base para argumentar en aspectos de política del GATT.⁽³¹⁾

El Artículo XXXVII establece una serie de compromisos que los países desarrollados deberán 'en la medida de lo posible' cumplir, todos los cuales se dirigen a reducir barreras arancelarias 'de actual o potencial interés particular para los países en vías de desarrollo'. Estos incluyen, por ejemplo, abstenerse de imponer impuestos aduaneros o barreras no arancelarias a productos de interés para los países menos desarrollados, así como nuevas medidas fiscales.

Jackson argumenta que el Artículo XXXVII:4 distingue entre países subdesarrollados y aquéllos que han sido llamados países subdesarrollados menos desarrollados, en la medida en que señala que "las partes contratantes en vías de desarrollo acuerdan tomar la acción apropiada para implementar las regulaciones de la Parte IV en beneficio del comercio de otras partes contratantes en vías de desarrollo...".⁽³²⁾ Sin embargo, la distinción no parece tan clara, y más bien parece referirse al tratamiento dado por un país subdesarrollado a otro. También ha sido considerado por otro autor como que "establece, en algo, el concepto de graduación", en el sentido de que, según él, distingue entre países subdesarrollados otorgándole un tratamiento más favorable a aquéllos que dentro de este grupo son menos desarrollados.⁽³³⁾ Sin embargo, pareciera que está lejos de establecer tal concepto.

(29) De acuerdo con De Lacharriere, la no-reciprocidad era ya una práctica seguida por los países subdesarrollados en la Ronda de Dillon y se encontraba enmarcada en los lineamientos generales adoptados en 1963 para las negociaciones que devinieron en la Ronda de Kennedy. Ver al respecto, De Lacharriere, *The Legal Framework for International Trade*, GATT Paper, p. 12 (traducción libre).

(30) Comentario de un representante de un país desarrollado en el Comité de Comercio y Desarrollo, Reporte del Comité de Comercio y Desarrollo adoptado el 29 de noviembre de 1968, BISD N° 16, p. 93 (traducción libre).

(31) Jackson, *ob. cit.*, p. 647.

(32) *Idem*, p. 52.

(33) Frank, *ob. cit.*, p. 294.

El Artículo XXXVIII se refiere a la acción conjunta que deberán tomar las Partes Contratantes con el fin de cumplir con los objetivos del Artículo XXXVI, así como a la apropiada colaboración que deberá buscarse con otros organismos internacionales en materia de comercio exterior.

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de los compromisos establecidos en estos artículos. Jackson, por ejemplo, describe en 1969 esos artículos como 'moderadas' obligaciones legales,⁽³⁴⁾ mientras que en 1986 señala que a pesar de que se ha sugerido que los mismos tienen un carácter principalmente 'exhortativo' y ninguna implicación legal directa, algunos párrafos —específicamente el Artículo XXXVIII:1b y 1c— pueden tener impacto legal directo.⁽³⁵⁾ Otros autores han considerado que ellos no imponen obligaciones vinculantes a las partes contratantes desarrolladas, pero que implican una significativa aceptación 'simbólica' de los problemas especiales de los países subdesarrollados.⁽³⁶⁾ Dado el hecho de que estos artículos están llenos de frases calificativas, tales como 'hacer todos los esfuerzos', 'dar consideración activa', 'en la medida de lo posible', pareciera claro que ninguna obligación legal, en el sentido normalmente entendido, se impone a los países desarrollados. Sin embargo, podría alegarse que generalmente establecen principios guías bajo los cuales se darán relaciones futuras y que imponen algún tipo de obligación 'moral' a los países desarrollados, cuya violación puede encontrarse con la desaprobación internacional.

Sin embargo, Tussie considera que para poder determinar si esta reforma tuvo una importancia que no fuese únicamente simbólica, es necesario analizar el contexto de los desarrollos posteriores en el campo del comercio internacional.⁽³⁷⁾ Así, cabe mencionar que algunos países desarrollados tomaron medidas positivas para implementar la Parte IV.⁽³⁸⁾ Ello no obstante, si esta importancia ha de ser evaluada por los resultados de la Ronda Kennedy (1964-1967), pareciera que los mismos no tienen más que una naturaleza simbólica. Normalmente se concuerda en que a pesar de que este cambio en el GATT "determinó que la participación de los países subdesarrollados en la Ronda Kennedy fuese formalmente más fácil, el mismo no llevó a un cambio significativo en las actitudes de los países desarrollados a la hora de tratar los problemas comerciales de los países subdesarrollados dentro del marco del GATT".⁽³⁹⁾

(34) Jackson, *ob. cit.*, p. 647.

(35) Jackson y Davey, *Legal Problems of International Economic Relations*, West Publishing Co., Minnesota, 1986, p. 1143 (traducción libre).

(36) Finlayson y Zacher, *ob. cit.*, p. 582.

(37) Tussie, *ob. cit.*, p. 29.

(38) Ver, por ejemplo, la referencia hecha de los países desarrollados que tomaron tales medidas en el Reporte del Comité de Comercio y Desarrollo adoptado el 29 de noviembre de 1986, BISD N° 16, p. 90.

(39) Ibrahim, *ob. cit.*, p. 5.

IV. El sistema generalizado de preferencias (SGP): tratamiento diferenciado

A. Antecedentes

A pesar de que la cuestión de preferencias fue discutida en UNCTAD I,⁽⁴⁰⁾ y que algunos países subdesarrollados presentaron una serie de propuestas en 1964 para modificar el Artículo I del GATT en el sentido de permitir el otorgamiento de preferencias con fines de desarrollo,⁽⁴¹⁾ esta idea no fue incorporada a la Parte IV del GATT. Sin embargo, la misma ya se encontraba en el ambiente. En la segunda reunión del Comité de Comercio y Desarrollo, Egipto presentó una propuesta sugiriendo el otorgamiento de tratamiento preferencial entre países subdesarrollados. India también presentó una propuesta que iba más allá, al establecer un sistema de preferencias de países industrializados en favor de los menos desarrollados.⁽⁴²⁾ Algunos otros países, empero, objetaron tales ideas, alegando que ventajas disfrutadas en ese momento por ciertos países subdesarrollados⁽⁴³⁾ podrían verse limitadas si tal sistema de preferencias fuere establecido.⁽⁴⁴⁾ Esto refleja uno de los problemas más graves que ha caracterizado al SGP, esto es, que los países subdesarrollados que se encuentran beneficiándose de algunas preferencias en ciertos productos o de cierto país se oponen a la idea de extender semejante preferencia a otros subdesarrollados en la medida en que su propia ventaja podría verse erosionada. Así, a pesar de que los países en vías de desarrollo abogaban por un sistema tal en términos generales, cuando se trataba de casos particulares, no siempre estaban de acuerdo.

En la práctica, la idea de conceder preferencias a los países desarrollados comenzó a aplicarse, a pesar de no estar incorporada dentro del GATT. Australia fue el primer país en solicitar la autorización para la no

(40) El primer Secretario General de UNCTAD presentó un reporte a UNCTAD I en el cual se señalaba qué tarifas arancelarias preferenciales en los mercados de los países desarrollados podrían otorgar un fuerte apoyo al desarrollo de los países subdesarrollados. Verse al respecto, Jackson y Davey, *ob. cit.*, p. 1154.

(41) Yusuf, *Differential and More Favorable Treatment: the GATT Enabling Clause*, *Journal of World Trade Law* N° 14, 1980, p. 489.

(42) Reporte del Comité de Comercio y Desarrollo adoptado el 25 de marzo de 1965, BISD N° 13, p. 85.

(43) Es necesario recordar que el Artículo I del GATT autorizaba el mantenimiento de algunas preferencias entre algunos países desarrollados, básicamente Inglaterra y Francia, y sus ex-colonias. Es más, en 1963 la Comunidad Económica Europea estableció un sistema de preferencias para con sus antiguas colonias africanas, que fue codificado en la Convención de Yaoundé. Ver al respecto, Finlayson y Zacher, *ob. cit.*, p. 568.

(44) Reporte del Comité de Comercio y Desarrollo adoptado el 25 de marzo de 1965, BISD N° 13, p. 85.

aplicación del Artículo I:1 del GATT con el fin de otorgar ciertas preferencias a países subdesarrollados en 1966. La autorización fue otorgada por las Partes Contratantes, con un solo voto negativo —el de los Estados Unidos—.⁽⁴⁵⁾ En 1967, India, Yugoslavia y Egipto firmaron un acuerdo para otorgarse recíprocamente tratamiento preferencial en materia arancelaria. Se les concedió una autorización para apartarse del Artículo I:1 del GATT, por lo que éste se convirtió en el primer caso de beneficios acordados entre países subdesarrollados, con exclusión de los países desarrollados.⁽⁴⁶⁾

En el entretanto, tal idea estaba siendo intensamente debatida en el forum de UNCTAD. En UNCTAD I la noción de preferencias fue incorporada en el Octavo Principio de UNCTAD, y fue posteriormente reafirmada en la Conferencia del Grupo de los 77 en Argelia.⁽⁴⁷⁾ Sin embargo, fue aprobado por primera vez por consenso durante la segunda UNCTAD celebrada en Nueva Delhi en 1968, donde la Conferencia urgió por "el temprano establecimiento de un sistema mutuamente aceptable, generalizado, no-recíproco y no-discriminatorio de preferencias que pudiera ser beneficioso para los países subdesarrollados".⁽⁴⁸⁾

Se continuó trabajando intensamente sobre esta materia en la OECD y en el recién creado Comité Especial de Preferencias de la UNCTAD. La idea original fue establecer un sistema común que otorgara a todos los países de desarrollo condiciones iguales de acceso a todos los países desarrollados.⁽⁴⁹⁾ Sin embargo, resultó evidente que un sistema tal sería muy difícil de implantar. En consecuencia, finalmente se acordó que el SGP debería entenderse como "un sistema compuesto de esquemas individuales de las naciones, cada uno basado en metas y principios comunes para otorgar a los países en vías de desarrollo oportunidades, en términos generales, equivalentes para expandir su crecimiento de exportaciones".⁽⁵⁰⁾

Se suponía que el GATT proveería la base legal para tal sistema. Así, se llegó a un acuerdo con la idea de que el GATT autorizara la derogatoria del principio de no-discriminación del Artículo I:1 en el caso del otorgamiento de preferencias por parte de los países desarrollados a los

(45) Jackson, *ob. cit.*, p. 662. Es importante notar que hasta 1968, los Estados Unidos estaban fuertemente opuestos a la idea de establecer un sistema de preferencias. Ver al respecto, Meltzer, *The US Renewal of GSP. Implications for North-South Trade*, *Journal of World Trade Law* N° 20, 1986, p. 509 (traducción libre).

(46) Gros Espiell, *GATT's Most-Favored-Nation*, *ob. cit.*, p. 45.

(47) Gros Espiell, *GATT: Accommodating Generalized Preferences*, *Journal of World Trade Law* N° 8, 1974, p. 346 (en adelante, Gros Espiell, *Accommodating Preferences in GATT*) (traducción libre).

(48) Yusuf, *ob. cit.*, p. 493.

(49) Tussie, *ob. cit.*, p. 30.

(50) Jackson y Davey, *ob. cit.*, p. 1155.

subdesarrollados y entre estos últimos. Consecuentemente, en la Decisión del 25 de junio de 1971, una renuncia al derecho de recurrir al principio de la nación más favorecida, de conformidad con el Artículo XXV, fue otorgada por los signatarios del GATT para permitir a los países desarrollados aplicar el SGP a los países en vías de desarrollo.⁽⁵¹⁾ Desde ese entonces, algunos países aplican esquemas preferenciales en favor de los menos desarrollados.⁽⁵²⁾ El 26 de noviembre de 1971 una renuncia fue acordada para permitir a los países en vías de desarrollo otorgarse tratamiento comercial preferencial unos a otros, mediante la firma del Protocolo sobre Negociaciones Comerciales entre Países Subdesarrollados.⁽⁵³⁾ Es importante mencionar que, con el fin de evitar mayor discusión sobre el asunto que pudiese haber llevado a una confrontación que perjudicara la adopción de la declaración, la misma fue adoptada en muy corto tiempo. Esto impidió cualquier estudio profundo sobre los aspectos legales involucrados.⁽⁵⁴⁾

B. Análisis legal

De acuerdo con el SGP, los países desarrollados pueden otorgar un tratamiento arancelario generalizado, discriminatorio, no recíproco y preferencial a los productos que se originan en los países subdesarrollados, sin que por ello se viole el Artículo I del GATT. El punto medular de la declaración establece que "sin perjuicio de lo que establezcan otros Artículos del Acuerdo General, las regulaciones del Artículo I serán renunciadas por un período de diez años, en la medida necesaria, para permitir que las partes contratantes desarrolladas acuerden un tratamiento arancelario preferencial a los productos que se originen en los países en vías de desarrollo con la intención de extender a dichos países y territorios, en términos generales, el tratamiento arancelario preferencial a que hace referencia el Preámbulo de esta decisión, sin necesidad de acordar ese tratamiento para los mismos productos originados en otras partes contratantes".⁽⁵⁵⁾

Primero que todo, es importante enfatizar el hecho de que esta declaración no establece un sistema generalizado de preferencias uniforme, sino que autoriza a los países desarrollados a adoptar cualquier sistema de

(51) Decisión del 25 de junio de 1971, BISD N° 18, pp. 24-26.

(52) Desde la incorporación de Grecia a la Comunidad Europea en 1981, veinte países miembros de la OECD otorgan preferencias bajo el SGP a países subdesarrollados. Ver, Jackson y Davey, *ob. cit.*, p. 1156.

(53) Decisión del 25 de junio de 1971, BISD N° 18, pp. 26-28.

(54) Gros Espiell, *Accommodating Preferences in GATT*, *ob. cit.*, p. 361.

(55) Sistema Generalizado de Preferencias, Decisión del 25 de junio de 1971, N° 18, p. 25.

preferencias en favor de los países en vías de desarrollo. Consecuentemente, "lo que resultó en vez de un sistema generalizado, fue una amalgama de esquemas con sólo unas pocas características en común".⁽⁵⁶⁾

El SGP, tal y como está enmarcado en la declaración, ha sido criticado por muchas razones. Entre los mayores defectos de la Decisión, destacan los siguientes:

1) A pesar de que generalmente hay consenso —tal y como se menciona expresamente en el borrador original de la Decisión— en que el Artículo XXV:5 del GATT es la base legal para la renuncia, la decisión final no lo señala así. Gros Espiell considera que ese hecho "da a la decisión un carácter vago que permite al intérprete pensar que fue basada en otras instituciones aceptadas por el Derecho Internacional...".⁽⁵⁷⁾

2) De conformidad con el Preámbulo de la Decisión, "el otorgamiento de aranceles preferenciales no constituye un compromiso vinculante". Esto refleja la idea de que el sistema constituye una acción unilateral del país desarrollado otorgante de la preferencia. Así, mientras las negociaciones de tarifas arancelarias que se realizan bajo las reglas del GATT no pueden ser elevadas con posterioridad, el SGP, siendo de una naturaleza unilateral y no vinculante, puede ser revocado en cualquier momento,⁽⁵⁸⁾ sin necesidad de otorgar ningún tipo de compensación. Esto ha sido arduamente criticado por los países en vías de desarrollo en la medida en que no otorga "una sólida base para una inversión a largo plazo".⁽⁵⁹⁾ Los países desarrollados, sin embargo, no estaban preparados para acordar nada más, ya que tenían la intención de mantener el mayor control posible en relación con los impactos internos que pudiese tener el SGP.⁽⁶⁰⁾

3) El Preámbulo de la Decisión también establece que el otorgamiento de preferencias es, por naturaleza, temporal, lo cual se encuentra reflejado en el hecho de que la renuncia fue otorgada por un período de diez años —a pesar de que en 1981 fue renovada—. ⁽⁶¹⁾ Esto se encuentra sumamente relacionado con la objeción anterior, en la medida en que, por una parte, no otorga ninguna seguridad, y, por la otra, en que permite a los países desarrollados un control absoluto del sistema.

(56) Tussie, *ob. cit.*, p. 31.

(57) Gros Espiell, *Accommodating Preferences in GATT*, *ob. cit.*, p. 360.

(58) Balassa y Michalopoulos, *Liberalizing Trade Between Developed and Developing Countries*, *Journal of World Trade Law* N° 20, 1986, p. 7 (traducción libre).

(59) Tussie, *ob. cit.*, p. 31.

(60) Meltzer, *ob. cit.*, p. 508.

(61) Jackson y Davey, *ob. cit.*, p. 1157.

4) El ámbito de aplicación está limitado a los productos no-agrícolas originados en los países en vías de desarrollo, exceptuando también algunos productos sensitivos en los países desarrollados, tales como acero, textiles, ropa y zapatos.⁽⁶²⁾ Esto ha puesto a muchos países subdesarrollados en una enorme desventaja frente a otros también subdesarrollados, ya que la mayoría de sus economías se basan en productos primarios. Igualmente, ha dejado de lado aquellos productos que tradicionalmente han sido considerados como los primeros que un país en proceso de industrialización puede comenzar a producir. De este modo, se hace muy difícil para los países en vías de desarrollo el que puedan empezar dicho proceso de industrialización.

5) El otorgamiento de las preferencias es en el área de aranceles. Hoy en día, la mayoría de las barreras a la exportación no se encuentran en la forma de aranceles, sino de barreras no arancelarias (BNA). De este modo, la Decisión falla en la medida en que no elimina las verdaderas barreras al comercio.

6) El criterio básico para determinar los beneficiarios del SGP es el principio de la "elección propia".⁽⁶³⁾ Esto ha sido altamente criticado en cuanto pueda probarse que es una fuente de discriminación entre países en vías de desarrollo.

7) No obstante no estar expresamente mencionado en la Decisión, la mayoría de los sistemas de preferencias incluyen "un concepto de graduación".⁽⁶⁴⁾ Los países en vías de desarrollo tradicionalmente han estado opuestos a esta noción de graduación, alegando que constituye la base para que arbitrariamente se excluyan del SGP a aquellos países subdesarrollados que han sido exitosos en la exportación de un determinado producto.

8) A pesar de no estar establecido en la Decisión del SGP, los países desarrollados prácticamente han limitado la entrada de productos cubiertos por el sistema de preferencias, al imponer restricciones cuantitativas. La CEE y Japón, por ejemplo, tienen un techo agregado para cada producto, mientras que Estados Unidos aplica un límite por país.⁽⁶⁵⁾

En relación con el Protocolo Sobre Negociaciones Comerciales entre Países Subdesarrollados, que ha sido llamado el "Mini-GATT" de los países en vías de desarrollo, hemos de señalar que se trata de un instrumento legal autónomo que señala los derechos y obligaciones entre los

(62) Balassa y Michalopoulos, *ob. cit.*, p. 7.

(63) Yusuf, *ob. cit.*, p. 494.

(64) Frank, *ob. cit.*, p. 295.

(65) Tussie, *ob. cit.*, p. 31.

países subdesarrollados exclusivamente.⁽⁶⁶⁾ Está abierto para todos los países en vías de desarrollo, pero no puede ser extendido a los desarrollados.

El protocolo establece las reglas y principios guías para el establecimiento de concesiones arancelarias preferenciales entre los participantes, crea un comité de países participantes encargado de la responsabilidad de la operación del protocolo e intenta mantener la estabilidad de las concesiones comerciales intercambiadas entre las partes.⁽⁶⁷⁾

V. La ronda de negociaciones comerciales multilaterales de Tokio

A. Antecedentes

En un esfuerzo por frenar las crecientes tendencias proteccionistas de finales de los años 60 y principios de los años 70, los EE.UU., la CEE y Japón presentaron una propuesta para iniciar una nueva ronda de negociaciones comerciales multilaterales (NCM). Esta propuesta fue posteriormente acogida por los restantes países miembros de la OECD y, finalmente, culminó en la Declaración de Tokio de setiembre de 1973, con la cual se inauguró formalmente la séptima ronda de NCM.⁽⁶⁸⁾ De acuerdo con la Declaración, los principales objetivos de las negociaciones serían, en primer término, expandir y liberalizar el comercio mundial, no sólo mediante la reducción de aranceles, sino también de barreras no arancelarias; y, mejorar la capacidad de intercambio comercial de los países subdesarrollados.⁽⁶⁹⁾

Las negociaciones se iniciaron en los diferentes comités que fueron establecidos al efecto a principios de 1975 —luego de que el Congreso norteamericano aprobara el Acta de Comercio de 1974— y fueron concluidas formalmente el 12 de abril de 1979.⁽⁷⁰⁾

(66) Yusuf, *ob. cit.*, p. 499.

(67) *Idem*, p. 500.

(68) Ibrahim, *ob. cit.*, p. 5.

(69) En relación con los países subdesarrollados, la Declaración de Tokio pretendía "asegurar beneficios adicionales para el comercio internacional de los países subdesarrollados de modo que se logre un incremento sustancial en sus ingresos de divisas extranjeras, la diversificación de sus exportaciones, la aceleración del porcentaje de crecimiento de su comercio, ... y un mejor balance entre los países desarrollados y subdesarrollados en cuanto a compartir las ventajas resultantes de esta expansión...". Ver al respecto, Declaration of Ministers Approved at Tokyo on 14 September 1973, para. 1, reimpresso en GATT, BISD N° 20, p. 19 (traducción libre).

(70) Kemper, *The Tokyo Round: Results and Implications for Developing Countries*, World Bank Working Paper N° 372, febrero 1980, p. i. (traducción libre).

La participación de los países en vías de desarrollo en las NCM no fue, en términos generales, muy activa. De los 78 países de esta naturaleza oficialmente participando, menos de una cuarta parte de los mismos lo hacía en forma activa⁽⁷¹⁾ y aquéllos que lo hicieron fueron, principalmente, los llamados países recientemente industrializados. Las naciones africanas —con las excepciones de Egipto, Nigeria y, en cierta medida, Ghana— se caracterizaron particularmente por su inactividad.⁽⁷²⁾ Esta pobre participación puede explicarse, en parte, por el hecho de que los costos que la misma implica tienen que ser asumidos individualmente por cada país, de modo que el grado de participación de cada uno viene a estar determinado por los logros que espera alcanzar. Ahora bien, según Ibrahim, "la mayoría de los países en vías de desarrollo dependen en gran medida de los minerales y de las exportaciones agrícolas, ya sea como materia prima o en su forma procesada, para obtener divisas extranjeras. Dado que las materias primas, por razones competitivas, entran a los mercados de los países desarrollados con tarifas arancelarias muy bajas o, incluso, nulas, las mismas no son un punto a discutir en las NCM. Ello, unido a las dificultades que rodean las negociaciones de productos agrícolas de exportación (...) parece no justificar económicamente una activa participación de los países subdesarrollados afectados...".⁽⁷³⁾ El autor señala también que los problemas de estos países normalmente requieren de una urgente solución y que, como las NCM se extienden, por lo general, por un período de tiempo relativamente largo, los mismos no consideran estas negociaciones como un foro apropiado para la solución de sus problemas.⁽⁷⁴⁾

Otra razón que se arguye para explicar la pasividad de los países en vías de desarrollo en las NCM está relacionada con la estrategia de negociación adoptada por los mismos en la Ronda de Tokio: la búsqueda de un tratamiento diferenciado. Esta actitud se manifestó particularmente en el área de las tarifas arancelarias, donde la pasividad de estos países puede tener origen en tres causas. En primer término, en virtud del Artículo XXXVI:8 del GATT —que establece el principio de la no-reciprocidad— los países subdesarrollados no se sintieron en la obligación de participar haciendo ofertas de reducciones arancelarias vinculantes de su parte. En segundo término, la mayoría de estos países consideraron —no sin razón— que carecían del suficiente poder de negociación para afectar el rumbo de las discusiones. Y, finalmente, algunos de ellos buscaron reducir lo más posible el ámbito de aplicación de las negociaciones arancelarias para evitar una posible erosión de sus propios beneficios obtenidos en los diferentes esquemas de SGP.⁽⁷⁵⁾

(71) Ibrahim, *ob. cit.*, p. 15.

(72) *Idem.*

(73) *Idem.*

(74) *Idem.*, p. 16.

(75) Frank, *ob. cit.*, pp. 297-298.

A pesar de que generalmente se ha considerado que la Ronda de Tokio produjo una serie de resultados positivos tanto en el área de barreras arancelarias, como en el de las no-arancelarias, los países en vías de desarrollo han sido unánimes en expresar su disconformidad al respecto. En la Declaración sobre las NCM adoptada por el Grupo de los 77 en Manila, bajo los auspicios de UNCTAD V, estos países objetaron la forma y el contenido de dichas negociaciones. En relación con esto último, manifestaron que las NCM no cumplieron con los objetivos señalados en la Declaración de Tokio, particularmente en lo que se refiere al otorgamiento de un trato diferenciado y preferencial.⁽⁷⁶⁾ Concretamente, señalaron que los logros que podían obtenerse como consecuencias de la reducción de aranceles de aquellos productos no cubiertos por el SGP, en virtud del principio de la nación más favorecida, devienen prácticamente nulos dadas las pérdidas de los márgenes de preferencia bajo ese mismo sistema. Expresaron también que las regulaciones especiales de los códigos de conducta relativas a los países subdesarrollados no fueron lo suficientemente avanzadas, y que tenían un carácter permisivo más que vinculante. Consideraron también que el principio de graduación introducido en el "Acuerdo Marco" viene a ser un intento de discriminar entre ellos.⁽⁷⁷⁾ Finalmente, la imposibilidad de lograr un acuerdo en el área de salvaguardias produjo gran insatisfacción.⁽⁷⁸⁾

B. Aranceles

En el área de aranceles, se considera que las NCM produjeron un resultado exitoso al reducir aproximadamente en un tercio el promedio de las tarifas arancelarias impuestas a los productos industriales. Igualmente, estas negociaciones conllevan a que las tasas arancelarias altas tengan una rebaja porcentual mucho mayor que aquéllas más bajas. Los países en vías de desarrollo, sin embargo, expresaron su descontento con estos resultados, básicamente por tres razones. En primer término, alegaron que la mayoría de las reducciones de tarifas arancelarias se aplican a productos que son de interés para los países desarrollados, tales como la maquinaria, químicos y equipos de transporte. Esta crítica es válida en la medida en que las tarifas arancelarias de los productos de verdadero interés para los países subdesarrollados, se verán reducidas aproximadamente en un 25%, mientras que las que se aplican a los productos de interés para los países desarrollados se reducirán en un 33% aproximadamente.⁽⁷⁹⁾ Sin embargo, se alega que si se toman en cuenta no sólo los productos de interés actual para los

(76) Kemptr, *ob. cit.*, p. 24.

(77) Frank, *Trade Policy Issues for the Developing Countries in the 1980s*, World Bank Staff Working Paper N° 478, agosto 1981, p. 13 (traducción libre).

(78) Meier, *ob. cit.*, p. 252.

(79) Kemper, *ob. cit.*, p. 5.

países en vías de desarrollo, sino también aquéllos de potencial interés, la reducción esperada es del orden del 35%.⁽⁸⁰⁾ A pesar de esta acotación, sí resulta claro que ciertos sectores de producción de especial interés para los países subdesarrollados, tales como textiles, cueros, acero y hule, fueron objeto de una reducción de tarifas arancelarias mucho menor que el promedio.⁽⁸¹⁾

Los países en vías de desarrollo manifestaron, por otra parte, que no se logró establecer una forma significativa para otorgarles un tratamiento especial y diferenciado en materia arancelaria.⁽⁸²⁾ Ahora bien, a pesar de que esto puede ser cierto desde un punto de vista general, algunos autores señalan que las reducciones en los aranceles de ciertos países, como por ejemplo, de la CEE, incluyen una lista con fórmulas que prevén reducciones mayores que serían aplicadas a los productos de exportación originados en países subdesarrollados.⁽⁸³⁾

Finalmente, como ya se mencionó con anterioridad, los países en vías de desarrollo manifestaron su disconformidad con el hecho de que las reducciones arancelarias se extendieran a todos los miembros del GATT en una forma no-discriminatoria, de conformidad con la regla de la nación más favorecida. Este hecho —alegaron— resulta en la erosión de los márgenes de preferencia disfrutados por ellos bajo el SGP.⁽⁸⁴⁾ Para valorar este argumento, es necesario comparar "las pérdidas sufridas por los países subdesarrollados con las ganancias que los mismos obtuvieron como resultado de las reducciones arancelarias de los productos no contemplados por el SGP, como consecuencia de la aplicación del principio de la nación más favorecida".⁽⁸⁵⁾ Los expertos no concuerdan con la veracidad de estas estimaciones,⁽⁸⁶⁾ pero la mayoría de los autores se inclinan por pensar que los beneficios producto de las reducciones arancelarias son mucho mayores que las pérdidas sufridas por la disminución de ingresos debida a la reducción de las preferencias.⁽⁸⁷⁾

(80) *Idem.*

(81) Meier, *ob. cit.*, p. 245.

(82) Kemper, *ob. cit.*, p. 5.

(83) *Idem.*, p. 6.

(84) Kemper, *ob. cit.*, p. 26.

(85) Frank, *ob. cit.*, pp. 5-6.

(86) Un reporte de la UNCTAD considera que un incremento de \$ 1.7 billones en exportaciones industriales de los países menos desarrollados sería eliminado por una reducción de \$ 2.1 billones en las exportaciones, consecuencia de la erosión de las preferencias contempladas bajo el SGP. Sin embargo, Bela Balassa argumenta que la metodología subyacente en dicho estimado es cuestionable y que, bajo razonables presunciones, las reducciones arancelarias consecuencia del principio de la nación más favorecida exceden, en mucho, las pérdidas resultantes de la reducción de los márgenes de preferencia.

(87) Véase, Meier, *ob. cit.*, p. 246; Frank, *ob. cit.*, pp. 4-5; y Kemper, *ob. cit.* p. 27. Véase, Maier, *ob. cit.*, p. 246.

Normalmente se consideran como resultados positivos de las NCM, tanto la armonización de los aranceles lograda —por cuanto mitiga la tradicional preocupación de los países subdesarrollados en relación con el escalonamiento arancelario—, así como la reducción de los aranceles impuestos a los productos tropicales, donde los países desarrollados aprobaron 2,930 de las 4,400 peticiones hechas por los países en vías de desarrollo.⁽⁸⁸⁾

C. Los Códigos de Conducta

El mayor logro de las NCM fue la elaboración de los códigos y acuerdos relativos a medidas no arancelarias, los cuales distinguen a la Ronda de Tokio de las rondas anteriores. Por más incompletos o defectuosos que éstos puedan considerarse, los mismos son extremadamente valiosos en el tanto en que constituyen el primer esfuerzo multilateral en ese sentido.

A lo largo de las negociaciones de estos acuerdos, los países subdesarrollados demandaron que cada uno de los códigos de conducta les otorgara un trato preferencial, y de hecho, así lo hacen la mayoría de ellos.⁽⁸⁹⁾ Sin embargo, los países subdesarrollados no estuvieron satisfechos con estos resultados, puesto que, como ya se mencionó, se consideró que dichas regulaciones están redactadas vagamente y con un carácter permisivo.⁽⁹⁰⁾ A pesar de que es posible aducir que los países subdesarrollados se vieron en alguna medida beneficiados con estos códigos, al igual que cualquier otro país, en el tanto en que se regulan obstáculos muy serios al comercio —tales como las barreras no arancelarias—, también es cierto que cuando se examinan las disposiciones de los diferentes acuerdos parece válida la crítica realizada por los países en vías de desarrollo, lo cual se ve reflejado en el hecho de que sólo unos cuantos países subdesarrollados han decidido ratificarlos.⁽⁹¹⁾ Es importante hacer notar que estos países podrían verse beneficiados en una mayor medida únicamente luego de que decidan firmar los respectivos códigos.

Las disposiciones que se relacionan específicamente con los países subdesarrollados en cada uno de los códigos son las siguientes:

Acuerdo sobre la Interpretación y Aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del Acuerdo General (Código de Subsidios). Los principales objetivos de este Acuerdo son "asegurar que los subsidios no perjudiquen los intereses comerciales de las otras partes y que los derechos

(88) Frank, Trade Policy Issue, *ob. cit.*, p. 4.

(89) Yusuf, *ob. cit.*, pp. 496-497.

(90) Kemper, *ob. cit.*, p. 28.

(91) Véase, Jackson y Davey, *ob. cit.*, p. 330.

compensatorios no impidan injustificadamente el comercio internacional".⁽⁹²⁾ El Código de Subsidios contiene un artículo —el 14— que se refiere al tratamiento diferenciado de los países subdesarrollados. Este artículo expresamente reconoce que los subsidios son una parte integral de los programas de desarrollo de los países subdesarrollados, y, en consecuencia, prevé reglas menos estrictas para aquéllos. Así, el Código exime a los mismos de la prohibición general de otorgar subsidios de exportación a productos no agrícolas, aunque sí se encuentran igualmente obligados a no otorgar subsidios de exportación a productos primarios. Por otra parte, sujeta a parámetros más restringidos la imposición de derechos compensatorios a productos convenientes de países en vías de desarrollo. De esta manera, por ejemplo, la lista ilustrativa de subsidios de exportación incorporada al Código no puede ser utilizada como base para presumir los efectos dañinos de los mismos; tampoco los ejemplos de subsidios domésticos incluidos en el Código pueden ser reconocidos como subsidios per se. Finalmente, los países subdesarrollados pueden valerse de los procedimientos del Código para proteger sus intereses contra los subsidios —tanto de exportación como domésticos— que otorguen los países desarrollados, así como contra las prácticas unilaterales de protección utilizadas.

A cambio de ese tratamiento preferencial, los países subdesarrollados se comprometen a no utilizar los subsidios de exportación en productos industriales de una manera tal que perjudique seriamente el comercio o la producción de otro signatario. Igualmente, se comprometen a reducir o eliminar los subsidios de exportación cuando el uso de los mismos sea inconsistente con sus necesidades competitivas o de desarrollo. Esta última disposición forma parte del concepto de "graduación", el cual fue posteriormente desarrollado en los Acuerdos Marco.⁽⁹³⁾

Acuerdo sobre la Implementación del Artículo VI del GATT (Código Anti-Dumping). Este Código reinterpreta el artículo VI del GATT, tratando de reconciliar el Código Anti-Dumping de 1967 —negociado durante la Ronda Kennedy— con el nuevo Código de Subsidios, especialmente en lo que se refiere al concepto de daños y a la imposición de medidas anti-dumping.

Los países en vías de desarrollo buscaron en este campo, también, un tratamiento especial y preferencial, presionando particularmente para que

— La determinación de si un bien está siendo introducido a precios de dumping en el comercio de un país, se haga mediante la comparación del precio de exportación de ese producto, con el precio de exportación de un producto similar exportado a terceros mercados, y no con el precio de ese producto en el mercado interno del país en cuestión.

(92) Kemper, *ob. cit.*, p. 7.

(93) Véase *infra*, p.

— Para poder imponer medidas anti-dumping a un producto originado en un país en vías de desarrollo sea necesario que el mismo constituya la causa "principal" del daño material ocasionado a la industria local; y,

— En el caso en que los productos tanto de países subdesarrollados como de desarrollados sean los que están causando daño a la industria local, la investigación correspondiente acerca de los primeros no sea iniciada hasta tanto se compruebe claramente que los mismos son la causa "principal" del daño alegado.⁽⁹⁴⁾

Los países desarrollados no aceptaron tales peticiones, por lo que, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, tanto estos países como los subdesarrollados sometieron textos alternativos para el nuevo Código y ambas versiones se encuentran abiertas para su ratificación.⁽⁹⁵⁾

Acuerdo sobre Contratación Administrativa. Con anterioridad a las NCM, el Artículo III:8a del GATT permitía la discriminación en favor de productores nacionales para efectos de contratación del Estado. Este Código pretende "otorgar tratamiento nacional y de nación más favorecida a los proveedores extranjeros de productos comprados por aquellas entidades estatales sujetas al Código, cuando se trate de montos superiores a los \$ 200.000,00 aproximadamente, en transacciones individuales".⁽⁹⁶⁾

El Código establece medidas especiales para los países subdesarrollados. Por una parte, los países desarrollados están llamados a incluir en sus listas de entidades compradoras a aquéllas que normalmente adquieran productos de interés para los países en vías de desarrollo, así como a otorgar asistencia técnica a éstos últimos. Por otra parte, los países subdesarrollados podrán negociar con otros participantes exclusiones, mutuamente aceptables, del Código. Finalmente, un trato especial fue otorgado a aquellos países menos desarrollados, dentro del grupo de los subdesarrollados, en la medida en que los signatarios del Código están autorizados a otorgar los beneficios estipulados en el mismo a proveedores de aquellos países, aunque éstos no hayan ratificado el Código.⁽⁹⁷⁾ Los países en vías de desarrollo manifestaron su satisfacción de que este nuevo sector se abriese al comercio no-discriminatorio.

Un reporte de la UNCTAD señaló que dado el tamaño de la proyección pública en los países desarrollados y las posibilidades de que los países en vías de desarrollo satisfagan una buena porción de sus nece-

(94) Meier, *ob. cit.*, p. 248.

(95) Meier, *ob. cit.*, p. 248.

(96) Frank, Trade Policy Issues, *ob. cit.*, p. 7.

(97) Kemper, *ob. cit.*, p. 11.

sidades, estos últimos "dan una gran importancia a los esfuerzos realizados a nivel nacional e internacional para liberalizar las políticas restrictivas nacionales y locales de proveeduría gubernamental, las cuales han cerrado, hasta ahora, grandes mercados potenciales a la competencia internacional".⁽⁹⁸⁾

Acuerdo sobre las Barreras Técnicas al Comercio (Código de Estándares). El objetivo de este Código no es establecer parámetros y regulaciones técnicas, sino más bien asegurar que los existentes no constituyan obstáculos innecesarios al comercio internacional.⁽⁹⁹⁾ Empero, el Código establece que en los campos donde existan parámetros internacionales, éstos deberán ser utilizados por los signatarios.⁽¹⁰⁰⁾

El trato preferencial que recibieron los países subdesarrollados en este Acuerdo se manifiesta en la asistencia técnica de la cual podrán ser beneficiarios, así como la posibilidad que tienen de no aplicar aquellos parámetros internacionales inapropiados para su etapa de desarrollo y necesidades económicas y financieras. Aún más, estos países podrán quedar exentos de la aplicación de otras partes de este Código de modo parcial o total.⁽¹⁰¹⁾

Acuerdo sobre la Implementación del Artículo VII del Acuerdo General (Código de Valoración Aduanera). Este Código pretende "clarificar las disposiciones del GATT relativas a la valoración y asegurar que las importaciones sean evaluadas para fines tributarios con base en términos comerciales realísticos, y no arbitrariamente, lo cual no es sino un modo encubierto de proteccionismo".⁽¹⁰²⁾

Los países subdesarrollados presionaron por un tratamiento preferencial en esta área, lo cual no fue aceptado por los países desarrollados. Así, dos diferentes versiones del código fueron abiertas para su ratificación. Ambos claman por asistencia técnica en su aplicación, pero difieren en la aplicación propiamente como tal. Así, la versión de los países desarrollados establece que los subdesarrollados podrán atrasar la aplicación del código por un lapso de cinco años, mientras que la versión de éstos extiende ese plazo a diez. Esta versión también otorga mayores poderes a las autoridades aduaneras de los países en vías de desarrollo, sobre todo en lo que se refiere

(98) UNCTAD, *The Industrial Policies of the Developed Market-Economy Countries and Their Effect on the Export of Manufactures and Semi-Manufactures from the Developing Countries*, TD/230/Supp. 1/Rev. 1 (Nueva York, 1979), p. 21, citado por Frank, *Trade Policy Issues*, *ob. cit.*, p. 8.

(99) Kemper, *ob. cit.*, p. 12.

(100) Frank, *Trade Policy Issues*, *ob. cit.*, p. 9.

(101) Kemper, *ob. cit.*, p. 13.

(102) Frank, *Trade Policy Issues*, *ob. cit.*, p. 9.

a las empresas involucradas, especialmente con el fin de combatir posibles prácticas de facturación fraudulentas.⁽¹⁰³⁾

Acuerdo sobre los Procedimientos para Obtener Licencias de Importación. Este acuerdo pretende "asegurar una mayor equidad, transparencia y simplicidad en la administración de los sistemas de licencia de importación y, por tanto, desalentar su uso para propósitos distintos de aquellos públicamente buscados".⁽¹⁰⁴⁾

En este acuerdo no existen reglas especiales que se refieran a un tratamiento preferencial para los países subdesarrollados, excepto por la estipulación que establece que al distribuirse las licencias de importación deberá brindarse especial consideración a los productos provenientes de países en vías de desarrollo, particularmente los menos desarrollados entre ellos.⁽¹⁰⁵⁾

Acuerdo sobre Ganado Bovino. Este acuerdo, que cubre carne vacuna, ternero y ganado en pie, busca promover su expansión, liberalización y estabilización comercial, así como mejorar la colaboración internacional en la materia.⁽¹⁰⁶⁾

El único trato preferencial acordado a los países subdesarrollados se refiere a que los mismos tienen más flexibilidad con respecto a la obligación de facilitar información básica. Asimismo, los países desarrollados manifestaron su disponibilidad de otorgar asistencia técnica a los subdesarrollados para que implementen sus sistemas de recolección de datos.⁽¹⁰⁷⁾

Acuerdo sobre Productos Lácteos. El objetivo de este acuerdo es mejorar la cooperación internacional en la materia y otorgar una mayor estabilidad a este sector.⁽¹⁰⁸⁾

Los países subdesarrollados quedaron inconformes con la versión propuesta por los países desarrollados y, de nuevo, presentaron su propia versión. Ambas versiones otorgan mayor flexibilidad a los países subdesarrollados en lo relativo a la obligación de brindar información y ambas hacen un llamado a los países desarrollados para que faciliten asistencia técnica. La mayor diferencia estriba en que la propuesta de los subdesarrollados dispone no sólo precios mínimos para la leche en polvo, grasas de leche y ciertos quesos —como lo hace la versión propuesta por los desarrollados— sino que también fija precios máximos.⁽¹⁰⁹⁾

(103) Kemper, *ob. cit.*, p. 14.

(104) Frank, *Trade Policy Issues*, *ob. cit.*, p. 10.

(105) *Idem.*

(106) Kemper, *ob. cit.*, p. 15.

(107) *Idem.*, p. 16.

(108) *Idem.*

(109) *Idem.*

Acuerdos del "Grupo de Análisis del Marco General". En la Declaración de Tokio, los ministros de las partes contratantes hicieron un llamado para que se consideraran las mejoras necesarias para el comercio exterior, en el plano internacional.⁽¹¹⁰⁾ De conformidad con esto, y bajo la presión de los países subdesarrollados, un grupo que analizaría ese Marco General fue creado en 1976 para examinar el sistema del GATT y proponer reformas en relación con el comportamiento del comercio internacional, particularmente lo relativo al intercambio entre países desarrollados y subdesarrollados, y a un tratamiento más favorable para ser aplicado en tal intercambio.⁽¹¹¹⁾ Así, el Grupo produjo resultados en cuatro áreas de vital importancia, los cuales se ha considerado que representan uno de los logros más significativos de los últimos años en el área de las relaciones Norte-Sur. Estos acuerdos son los siguientes:

Tratamiento Diferenciado y Más Favorable, Reciprocidad y Mayor Participación de los Países Subdesarrollados (la Cláusula Permisiva). Este texto se refiere básicamente al otorgamiento de un trato preferencial, discriminatorio y no recíproco a los países en vías de desarrollo.

Dentro de sus aspectos principales destaca el hecho de que establece un fundamento legal permanente y seguro para la aplicación de un tratamiento de esta naturaleza a tales países,⁽¹¹²⁾ a pesar de las disposiciones del Artículo I del GATT. Igualmente, el tratamiento preferencial puede ser otorgado ahora no sólo en el campo de los aranceles, como lo prescribe el SGP, sino también en el área de las barreras no arancelarias. Además, los países subdesarrollados pueden acordarse mutuamente dicho trato en pactos globales o regionales, sin la necesidad de cumplir con el Artículo XXIV del GATT relativo a mercados comunes o zonas libres. Finalmente, se prevé la posibilidad de un tratamiento especial para los países menos desarrollados dentro del grupo de los subdesarrollados.

Sin embargo, es necesario apuntar que el otorgamiento de un tratamiento preferencial a los países subdesarrollados se configura como un derecho de estos últimos, pero no como una obligación de los países desarrollados.⁽¹¹³⁾ Además, el mismo está calificado por una serie de disposiciones: deberá servir para facilitar y promover el intercambio comercial de los países en vías de desarrollo y no crear barreras al comercio de otras partes contratantes; no deberá constituir un impedimento para la reducción o eliminación de aranceles y otras restricciones basado en el principio de la nación más favorecida; y, deberá ser otorgado de un modo tal que res-

(110) Citado por Yusuf, *ob. cit.*, p. 491.

(111) *Idem.*

(112) Como se mencionó anteriormente, la Declaración del SGP de 1971 fue una renuncia temporal a las disposiciones del GATT.

(113) De Lacharriere, *ob. cit.*, p. 13.

ponda positivamente al desarrollo de los países subdesarrollados y a sus necesidades económicas y financieras.⁽¹¹⁴⁾

El texto también enfatiza y elabora con mayor detalle el principio de la no reciprocidad, ya enunciado en la Parte IV del GATT, haciendo hincapié en el hecho de que los países desarrollados deberán ser lo más comedidos posibles al momento de solicitar concesiones de los países menos desarrollados entre los subdesarrollados.

Este texto va un paso más allá también en el sentido de que señala que las partes que otorguen, modifiquen o retiren el tratamiento preferencial a un país, deberán consultar y buscar una solución satisfactoria con la parte afectada. Esto no significa, sin embargo, que el país que otorga la preferencia deba compensar a la otra parte por su acción.⁽¹¹⁵⁾

Finalmente, a cambio de las concesiones mencionadas, los países desarrollados insistieron en la inclusión en este texto de una cláusula de graduación, esto es, la eliminación paulatina y, eventualmente, total, del tratamiento preferencial otorgado a los países subdesarrollados más avanzados y su progresiva incorporación al sistema de comercio internacional y a sus reglas generales. A pesar de que esta cláusula está expresada en términos vagos y ambiguos, y que no se establece disposición alguna para implementar este principio, los países subdesarrollados se opusieron decididamente a este concepto de graduación, pues consideraban que "constituye una manera unilateral y arbitraria de discriminación entre países subdesarrollados".⁽¹¹⁶⁾ Los países desarrollados, empero, alegaron que un concepto tal es no sólo económicamente justificable, sino también necesario para evitar "un sistema permanente de dos vías en el comercio mundial".⁽¹¹⁷⁾

Declaración Sobre las Medidas Comerciales Tomadas por Razones de Balanza de Pagos. Esta Declaración señala que, a pesar del convencimiento de las partes contratantes en el sentido de que las medidas comerciales restrictivas son, por lo general, inefectivas para mantener o restaurar el equilibrio en la balanza de pagos, deben reconocerse las necesidades especiales de los países subdesarrollados. Así, esta Declaración garantiza mayor flexibilidad a los últimos para adoptar medidas proteccionistas, que aquélla que otorgan las reglas existentes del GATT, permitiéndoles especialmente no sólo el empleo de restricciones cuantitativas, sino también de otras formas de protección.⁽¹¹⁸⁾ Los países desarrollados, sin embargo, no

(114) Differential and More Favorable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries, párr. 3, DISD N° 26, p. 203 (traducción libre).

(115) Yusuf, *ob. cit.*, p. 506.

(116) Ver al respecto, Declaration of Group of 77 on the Multilateral Trade Negotiations, adoptada en UNCTAD V, en Manila, Parte II, N° 5.

(117) Kemper, *ob. cit.*, p. 18.

(118) Declaración sobre las Medidas Comerciales Tomadas por Razones de Balanza de Pagos, adoptada el 28 de Noviembre de 1979, BISD N° 26, p. 205.

estaban dispuestos a renunciar al uso de medidas comerciales restrictivas para solucionar sus problemas de balanzas de pagos. De este modo, únicamente señalaron su disponibilidad para tratar de evitar esas medidas hasta donde fuere posible y de eximir a las exportaciones originadas en países subdesarrollados de la aplicación de las mismas.

Acción de Salvaguardia para Fines de Desarrollo. Esta declaración pretende, también, otorgar más flexibilidad a los países en desarrollo, que aquella otorgada por las reglas existentes del GATT, especialmente el Artículo XVIII. De acuerdo con éste, las partes pueden retirar, modificar o imponer alguna medida especial con el fin de promover el establecimiento de una industria particular. La Declaración amplía el propósito por el cual pueden tomarse dichas medidas, cubriendo no sólo los fines mencionados, sino también "el desarrollo, modificación o ampliación de nuevas estructuras de producción con el fin de obtener un mayor y más eficiente aprovechamiento de los recursos de conformidad con las prioridades de su desarrollo económico".(119)

Entendimiento relativo a la Notificación, Consulta, Resolución de Disputas y Vigilancia. Este entendimiento refleja el hecho de que las partes contratantes se encuentran satisfechas con el mecanismo básico del GATT para resolver disputas, fundamentado en los Artículos XXII y XXIII. Así, el propósito de este entendimiento es solamente clarificador, y para definir los derechos y obligaciones de las partes con mayor precisión. En consecuencia, en el mismo se afinan los procedimientos relativos a las medidas comerciales, consultas y reglas relativas a la conciliación y resolución de disputas comerciales. Con particular detalle se regula el establecimiento, composición y fundamento de los paneles constituidos para examinar las quejas. Algunas disposiciones se refieren específicamente a los países subdesarrollados; no obstante, éstas se encuentran redactadas esencialmente en los términos de "dar especial atención a los problemas particulares y a los intereses de los países en vías de desarrollo", pero sin mayor contenido.

Conclusiones

El régimen legal especial de los países subdesarrollados en el GATT ha evolucionado enormemente desde sus inicios. Pueden distinguirse dos diferentes etapas en el mismo: una primera en que lo que se buscó fue la protección del mercado interno de estos países, y, una segunda, en la cual se hace énfasis en abrir los mercados de los países desarrollados a los productos originados en aquéllos. En esta última se buscó, en un inicio, la

(119) Acción de Salvaguardia para Fines de Desarrollo, Decisión del 28 de noviembre de 1979, BISD N° 26, p. 209.

no-reciprocidad en las concesiones; luego, un tratamiento diferenciado a través del Sistema Generalizado de Preferencias, para culminar con la exigencia de ese tratamiento preferencial en cada uno de los aspectos discutidos en la Ronda de Tokio. Sin embargo, por regla general, en ninguna de estas etapas se establecen obligaciones legales concretas a cargo de los países desarrollados, sino que, por el contrario, los beneficios a otorgarse a los países en vías de desarrollo se estructuran más bien como principios o declaraciones de buena voluntad. Ello no obstante, no debe subestimarse su importancia, por cuanto en la práctica han producido en algunas ocasiones resultados positivos para los países en cuestión, particularmente porque si bien no se conciben como obligaciones impuestas a los países dichos, sí constituyen derechos de los países subdesarrollados.

Finalmente, ha de tenerse presente que un régimen tal puede modificarse, e incluso desaparecer. En la Ronda de Uruguay opiniones vehementes se han expresado en contra de un régimen especial para los países subdesarrollados, en particular para aquéllos que han alcanzado un cierto nivel de desarrollo y de competitividad en los mercados mundiales. Sin embargo, mientras este régimen subsista, es fundamental que en nuestro país se conozca y entienda el mismo, con el fin de que en el momento en que Costa Rica se incorpore plenamente al GATT sea posible obtener el mejor provecho de éste.

BIBLIOGRAFIA

- Balassa and Michalopoulos, "Liberalizing Trade between Developed and Developing Countries", *Journal of World Trade Law*, N° 20, 1986.
- Committee on Trade and Development Report adoptado el 25 de Marzo de 1965 (L/2410), reimpresso en: GATT, Basic Instruments and Selected Documents, N° 13, 1966.
- Committee on Trade and Development Report adoptado el 29 de Noviembre de 1968 (L/3102), reimpresso en: GATT, Basic Instruments and Selected Documents, N° 16, 1969.
- Declaration of Group of 77 on the Multilateral Trade Negotiations adoptada en UNCTAD V, Manila, 1979.
- Declaration of Ministers aprobada en Tokio el 14 de Setiembre de 1973, reimpresso en: GATT Basic Instruments and Selected Documents, N° 20, 1974.
- Declaration en Trade Measures Taken For Balance-Of-Payments Purposes, adoptada el 28 de Noviembre de 1979 (L/4904), reimpresso en: GATT, Basic Instruments and Selected Documents, N° 26, 1980.
- De Lacharriere, "The Legal Framework for International Trade" GATT Paper.

- Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries, Decisión del 28 de Noviembre de 1979 (L/4903), reimpresso en: GATT, Basic Instruments and Selected Documents, N° 26, 1980.
- Finlayson and Zacher, "The GATT and the regulations of trade barriers: regime, dynamics and functions", *International Organization*, N° 35, 1981.
- Frank, "The Graduation Issue for LDCs", *Journal of World Trade Law*, N° 13, 1979.
- Frank, "Trade Policy Issues for the Developing Countries in the 1980s", World Bank Staff Working Paper N° 478, August 1981.
- GATT, Basic Instruments and Selected Documents, N° 13, 1965.
- Generalized System of Preferences, Decisión del 25 de Junio de 1971 (L/3545), reimpresso en: GATT, Basic Instruments and Selected Documents, N° 18, 1972.
- Gros Espiell, "GATT: Accommodating Generalized Preferences", *Journal of World Trade Law*, N° 8, 1974.
- Gros Espiell, "The Most-Favored-Nation Clause. Its Present Significance in GATT", *Journal of World Trade Law*, N° 5, 1971.
- Ibrahim, "Developing Countries and the Tokyo Round", *Journal of World Trade Law*, N° 12, 1978.
- Jackson and Davey, "Documents Supplement to Legal Problems of International Economic Relations", Minnesota, West Publishing Co., 1986.
- Jackson and Davey, "Legal Problems of International Economic Relations", Minnesota, West Publishing Co., 1986.
- Jackson, "World Trade and the Law of GATT", Bobbs-Merrill Company Inc., 1969.
- Kemper, "The Tokyo Round: Results and Implications for Developing Countries", World Bank Working Paper N° 372, Febrero, 1980.
- Krueger and Michalopoulos, "Developing-Country Trade Policies and the International Economic System", in E.H. Preeg (ed), *Hard Bargaining Ahead: US Trade Policy and Developing Countries*, Washington, D.C., Overseas Development Council, 1985.
- Meier, "The Tokyo Round of Multilateral Trade Negotiations and the Developing Countries", *Cornell International Law Journal*, N° 13, Verano de 1980.
- Meltzer, "The US Renewal of GSP Implications for North-South Trade", *Journal of World Trade Law*, N° 20, 1976.
- Safeguard Action for Development Purposes, decisión de 28 de Noviembre de 1979 (L/4897), reimpresso en: GATT, Basic Instruments and Selected Documents, N° 26, 1980.
- Tussie, "The Less Developed Countries and the World Trading System", New York, St. Martin's Press, 1987.
- Yusuf, "Differential and More Favourable Treatment: The GATT Enabling Clause", *Journal of World Trade Law*, N° 14, 1980.

FUNDAMENTOS JURIDICOS DEL ESTADO COSTARRICENSE

Dra. Marina Volio

Profesora Universidad de Costa Rica

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

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

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

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

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

Tales criterios tuvieron también su influencia en la enseñanza del Derecho, en las aulas universitarias y en la elaboración misma de los textos acerca de la Historia del Derecho.

Así, por ejemplo, el clásico jurista y tratadista don Alberto Brenes Córdoba, glosador y comentarista de la codificación civil de 1888, en su obra "Historia del Derecho", publicada en 1913, dedica un último capítulo,

después de estudiar la evolución de la Historia del Derecho Universal, a lo que llama "Reseña del Derecho Patrio". En ella da tres subdivisiones: a) Derecho Privado, de 1821 a 1913, b) Derecho Público, de 1821 a 1871, y c) Semblanza sobre la enseñanza del Derecho. En éste último punto es interesante hacer notar la importancia que don Alberto le da al hecho de que aunque el texto de ley tenía un significado de origen francés su interpretación y el método de su estudio en la Pontificia Universidad de Santo Tomás era otro, siguiendo en ese punto el pensamiento de los expositores españoles.

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

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

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

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

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

En el presente ensayo trataremos de analizar los factores condicionantes del quehacer jurídico costarricense en el ámbito, fundamentalmente, del derecho privado durante el siglo XIX, partiendo de la realidad social, bajo los supuestos que señala Pierre Vilar.

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

Ubicados en el espacio temporal, y sobre el cual se inscribe el desenvolvimiento de los hombres, las instituciones y la sociedad, haremos nuestro análisis partiendo de la premisa de que la promulgación de la Constitución de Cádiz de 1812, aún cuando técnica y doctrinariamente corresponde al Derecho Público, marca la frontera entre el antiguo régimen colonial y el inicio de un nuevo régimen jurídico liberal y que inicia en Costa Rica un largo período histórico que abarcará, prácticamente, todo el siglo XIX y que, en nuestro estudio, haremos llegar hasta el año de 1888, año en que entra en vigencia un nuevo Código Civil que había sido promulgado dos años antes.

Este largo período abarca a su vez dos fases bien diferenciadas:

- I. Fin del Antiguo Régimen Colonial e inicios de la Revolución Jurídica Liberal. Comprende de 1812 a 1840. Epoca de Formación del Estado Liberal.
- II. Revolución Jurídica Liberal. Comprende de 1840 a 1888. Consolidación del Estado Liberal.

En la primera fase, nos encontramos frente a un período de transición en el que la tradición jurídica española se yuxtaponen con la recepción de un nuevo derecho federal centroamericano y en el cual, el primero, es decir, el derecho español, mantiene su vigencia como derecho supletorio, en ausencia de norma expresa dictada por el legislador y como principal fuente de inspiración en la nueva redacción de la normativa que el país requiere.

El segundo período o fase corresponde a una etapa de grandes transformaciones en la vida económica, social y cultural del país y en la que, ante la imposibilidad de conservar y perfeccionar el derecho tradicional, surge una nueva voluntad de ordenación y racionalización que solo podía satisfacerse mediante la recepción de un derecho científico, en este caso el Código Francés de 1808, llamado también Código Napoleón por haber sido promulgado por el Emperador de los franceses.

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

Van desapareciendo las antiguas formas de tenencia de la tierra de al época colonial y al mismo tiempo, se seculariza el concepto de propiedad privada. Es decir, la tierra como bien comerciable, se pone a circular en el mercado y se sepultan las antiguas relaciones del régimen señorial del período colonial. Se satisface, por otra parte, las demandas de una incipiente burguesía rural que aspira a consolidar su estatus manteniendo el principio de propiedad privada individual de los medios de producción. De ahí también que la mayor parte de las disposiciones del Código no son imperativas o de orden público, sino interpretativas o supletorias de la voluntad de los individuos. En otros términos, el Código se aplica únicamente cuando las partes, por su propia voluntad, no han previsto una regulación expresa. No hay, pues, límites a la autonomía de la voluntad.

Esta época es también la fase de consolidación del estado nacional o estado liberal. Es la época de expansión del capitalismo así como de la necesidad de un nuevo ordenamiento en Derecho Privado. La codificación de 1886-1888 responde también a una nueva evolución de las personas jurídicas privadas. Es el período en el cual la concentración capitalista y el capital financiero que maneja el mercado exportador del café de Costa Rica, pasa a ser controlado por un número cada vez más reducido de personas físicas o morales.

Este proceso de concentración capitalista será decisivo en la aparición de los Beneficios como compañías exportadoras del café e igualmente, a partir de 1914, de un rol cada vez mayor del Estado en el campo económico. En efecto: es precisamente la concentración capitalista la que provoca la intervención del Estado en el ámbito de las relaciones personas e interempresariales de los particulares. Como contrapartida, las primeras leyes obreras —la Ley de Accidentes de Trabajo por ejemplo— serán obra de la acción de personas privadas colectivas, es decir sindicatos o partidos políticos, que obtienen, mediante ley, lo que no pueden obtener los trabajadores individualmente mediante contrato.

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

El amplio margen de que gozó el Derecho privado durante todo el período tuvo, como contrapartida, en el ámbito del derecho público, un marco de referencia que venía a garantizarle, en principios doctrinales, lo que aquél trataba de consolidar en el ámbito de las relaciones sociales particulares.

La Constitución Política de 1871, lo suficientemente flexible como para hacerle las reformas parciales que el país requiriese sin tener que convocar al pueblo, mediante consulta electoral, a una Asamblea Constituyente, representa un triunfo y el mecanismo de consolidación de la burguesía liberal. La Constitución de 1871 daría soporte a la estabilidad

y permanencia del régimen, a pesar de los vaivenes de los políticos, de los golpes militares o de los gobiernos de facto.

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

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

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

EL DEBIDO PROCESO: GARANTIA CONSTITUCIONAL

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Catedrático Universidad de Costa Rica
Profesor de Derecho Administrativo
Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas

¿Es que has comido del árbol de que te prohibí comer? (*Yavé*)

—La mujer que me diste por compañera me dio de él y comí (*Adán*).

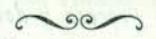
¿Por qué has hecho eso? (*Yavé*)

—La serpiente me engañó y comí (*Eva*).

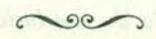
Genesis, cap. 3, versículos 11 a 13.



Nemo dammari inaudita parte
Nadie puede ser condenado sin ser oído



Si la ausencia de audiencia previa causa indefensión al interesado, la resolución final es —de pleno derecho— nula.



SUMARIO

Siglas más usadas

Resumen

- I. *Introducción*
- II. *Evolución histórica*
 1. Explicación
 2. Roma
 3. Derecho anglosajón
 4. Derecho costarricense
- III. *Posición del Poder Judicial (función jurisdiccional)*
 1. Casación N° 110 de 1978
 2. Resolución N° 45 de la Sala Primera de la Corte (17 hrs., 9 de mayo de 1986)
 3. Sesión extraordinaria de la Corte Plena N° 28-86 de las 13:30 hrs. del 22 de mayo de 1986
- IV. *Posición del Poder Judicial (función administrativa)*
- V. *Debido proceso en el sector público*
 1. Legalidad y debido proceso
 2. Administración Pública y debido proceso
 3. Principios del debido proceso
 4. Notas características del debido proceso
 5. Ley de amparo y debido proceso
 6. La ley de administración pública
 7. Voto N° 70 (1988)
 8. Administración y procedimiento administrativo
 9. Juicio contencioso administrativo
 10. El debido proceso y la "justicia natural"
 11. Debido proceso y procedimiento
 12. Debido proceso y estatuto del Servicio Civil
- VI. *Debido proceso y derechos humanos*
- VII. *Posición de la Procuraduría General de la República*
- VIII. *Debido proceso en el sector privado*
- IX. *A modo de conclusión*
- X. *Bibliografía básica de referencia*

Siglas más usadas:

ESC	Estatuto de Servicio Civil
RA	Recurso de Amparo
LAP	Ley de Administración Pública
RCJ	Revista de Ciencias Jurídicas
RJ	Revista Judicial
PL	Poder Legislativo
PE	Poder Ejecutivo
PJ	Poder Judicial
CORTE	Corte Suprema de Justicia
UCR	Universidad de Costa Rica
DP	Debido Proceso
CT	Código de Trabajo
CP	Constitución Política
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
IEP	Instituto de Estudios Políticos
CEP	Centro de Estudios Constitucionales
IEA	Instituto de Estudios Administrativos
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública
IJ	Instituto de Investigaciones Jurídicas
PGR	Procuraduría General de la República
CGR	Contraloría General de la República
IIDH	Instituto Interamericano de Derechos Humanos
CPC	Código de Procedimientos Civiles
AP	Administración Pública

Resumen

El debido proceso, derecho a la defensa plena, derecho a la contradicción, bilateralidad de la defensa, etc., no es una institución consolidada en el país. Ello implica perjuicio para los administrados y una seria lesión para el Estado de Derecho; y, para la sociedad democrática que debemos perfeccionar.

El Estado sigue actuando arbitrariamente gracias a la complicidad de juicios contencioso administrativos lentos y estériles que hacen obsoleta esta vía. El Estado no tiene interés en superar los niveles de juridicidad de nuestra nación y bajo el pretexto de la camisa de fuerza del ordenamiento jurídico actúa ilegalmente con el vigente lema de la "*ley se acata, pero no se cumple*", viejo slogan; pero no por antiguo, ineficaz.

Algo se ha adelantado con la emisión de la Ley de la Administración Pública, pero su aplicación insana e ilegítima, neutraliza (fundamentalmente) los esfuerzos que se puedan hacer para frenar los actos espúreos del mecanismo estatal.

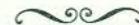
El proyecto de *ley de jurisdicción constitucional* sigue yacente en el Poder Legislativo, sin voluntad política para convertirlo en Ley de la República. Otro signo más, elocuente por sí solo del irrespeto factual a las libertades y garantías públicas.

I. Introducción

El debido proceso como principio y derecho constitucional tiene sus raíces en el *Derecho Anglosajón* y tiene su operatividad en nuestro sistema jurídico.

Por supuesto que ya en el *Derecho Romano* la institución de la defensa (principio de *contradictio*) existió. Pero, es en el Derecho Anglosajón en el cual, este instituto se desarrolla y perfecciona.⁽¹⁾

Interesa destacar este tema debido a que el Estado (en sentido genérico) lo ignora y lesiona los derechos de los particulares, de los administrados y de los ciudadanos. Forma parte de ese actuar arbitrario de la Administración Pública, que no solo parte de la base de sus *privilegios*⁽²⁾ sino que atropella al administrado con sus cotidianas arbitrariedades, convirtiendo en nulo el principio (en la realidad) que se *supone* (se trata solo de un supuesto) que el Estado actúa *legítima* y *legalmente*.



II. Evolución histórica

1. Explicación

Dada la brevedad de este trabajo, solo diremos que es en Roma y en el Derecho Anglosajón donde esta institución aparece *mutatis mutandis* ("cambiando lo que hay que variar" o lo que es lo mismo: guardando las distancias entre cada uno de esos sistemas jurídicos).

2. Roma

En el Derecho romano antiguo, precisamente en el terreno del *proceso*, el juicio como tal se desarrolla con la tramitación a cargo del *actor* y del

(1) Somarribas Arias, Adolfo. *El debido proceso como garantía constitucional, material y procesal*. (San José: tesis de grado en la licenciatura de Derecho, 1988). Van Der Laet, Bernardo. *El debido proceso en casos de destitución de trabajadores públicos en Costa Rica. Análisis de cuatro casos*. (San Salvador: Ponencia al V Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho del Trabajo y de la seguridad social, abril de 1988, *in toto*).

(2) Cf. Ortiz, Eduardo. *Los privilegios de la Administración Pública*. (San José: RCJ, N° 23, 1974).

demandado; y, el tercer elemento que ahora llamaríamos juez, como factor que resuelve el proceso.

El derecho a la contestación de la demanda, a ser parte en el juicio como demandado y expresar sus criterios; y, su defensa, es la semilla del debido proceso o principio del contradictio.

El actor ataca; y, el demandado se defiende. No puede haber sentencia, sin que el demandado se haga oír y exprese su defensa.⁽³⁾

3. Derecho anglosajón⁽⁴⁾

El profesor LINARES nos informa que desde la *Carta Magna* de Juan Sin Tierra (1215) arranca el debido proceso *law of the land* (ley de la tierra) como equivalente del *due process of law*.⁽⁵⁾

El debido proceso parte de una garantía procesal de la libertad (*procedural limitation*) para llegar a ser una garantía de fondo (*general limitation*).

Cuando el debido proceso se trasplanta a las colonias en América tenía estas notas caracterizadoras:

- a) Mera garantía procesal de la libertad personal contra las detenciones arbitrarias del Estado; y,
- b) Garantía contra la arbitrariedad del monarca y de los jueces, pero NO del parlamento.

Una vez en las colonias americanas, el debido proceso se extendió a la garantía de protección contra las arbitrariedades del parlamento.

(3) Ver entre otros: Bonfante, Pedro. *Instituciones de Derecho romano*. (Madrid: Reus, 1965); Scialoja, Vittorio. *Procedimiento civil romano*. (Buenos Aires: EJEA, 1954; Cuenca, Humberto. *Proceso civil romano*. (Buenos Aires: EJEA, 1957).

(4) Cf. Holmes, Oliver Wendell. *The common law*. (Buenos Aires: TEA, 1964).

(5) Cf. Linares, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes*. (Buenos Aires: Astrea, 1970, pp. 15 a 22).

ENMIENDAS DE LA CONSTITUCION DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

- | | |
|--|---|
| V. Nor shall any person . . . be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty or property, without due process of law. | Nadie pueda ser obligado a declarar contra sí mismo ni ser privado de su vida, de su libertad y de sus bienes sin debido proceso legal. |
| XIV. No State shall made...; no shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law. | Ningún Estado podrá hacer . . . ; ni privar a una persona de su vida, de su libertad o de su propiedad sin debido proceso legal. ⁽⁶⁾ |

4. Derecho costarricense⁽⁷⁾

a) Aparece en germen el debido proceso en la *Carta de la República Federal de Centroamérica* (22 de noviembre de 1824), en su artículo 153:

Todos los ciudadanos y habitantes de la República sin distinción alguna estarán sometidos al mismo orden de procedimiento y juicios que determinen las leyes.

b) *Ley de bases y garantías* (8 de marzo de 1841) Art. 2, inciso 2 aparte 8:

Para que en toda especie de procedimiento, se les oiga a los costarricenses, por sí, o por defensor o personero; y, en los procedimientos criminales se les informe de la causa de ellos, no se les impida probar su inocencia, ni se les compela con tormentos a declarar contra sí mismos.

(6) Idem. Linares, pp. 17 y 18. Hernández, Rubén. *Las libertades públicas en Costa Rica*. (San José: Iuricentro, 1980, pp. 52 y 53). Gutiérrez, Carlos José. *La Constitución norteamericana como ley importada*. (San José: RCJ. N° 61, 1988, pp. 11 a 61).

(7) Cf. Somarribas, pp. 35 a 49.

Se observa que ya en esa Carta Magna de 1841 se manda que en toda clase o especie de procedimientos se les oiga a los costarricenses. Se trata del derecho a la audiencia, al contradictio y a la debida defensa o debido proceso.

Pasaron cerca de 137 años (1841 a 1978) para que el Poder Judicial aceptara el debido proceso en toda clase de proceso, ya fuere administrativo o judicial.

c) *Carta Magna de 1949.*

Con el paso del tiempo, al contrario de lo que se podía prever con la redacción de 1841, las corrientes imperantes fueron reduciendo el campo de aplicación del debido proceso a la materia penal, véase por ejemplo el artículo 39 de la vigente Carta Magna:

A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionada por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por la autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejecutar su defensa y mediante la necesaria demostración de su culpabilidad.

5. *Pactos y declaraciones sobre derechos humanos*

El debido proceso se encuentra consagrado en los siguientes instrumentos jurídicos:

a) *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789)*

Artículo 9: Se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable...

b) *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre (1948)*

Artículo 18: Toda persona puede acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos...

Artículo 26: Todo acusado es inocente hasta que no se pruebe que es culpable (...) Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oído (...)

c) *Declaración universal de los derechos humanos (1948)*

Artículo 10: Toda persona tiene derecho a ser oída (...)

d) *Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1950)*

Artículo 6: Toda persona tiene derecho a ser oída y se presume inocente⁽⁸⁾

e) *Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966)*

Artículo 14: (...) toda persona tiene derecho a ser oída (...) (y, se le) presume su inocencia (...)

f) *Convención americana sobre derechos humanos (1969)*
(Pacto de San José)

Artículo 8: Toda persona tiene derecho a ser oída (y, se le) presume su inocencia (...)⁽⁹⁾



III. *Posición del Poder Judicial (función jurisdiccional)*

1. *Casación N° 110 de 1978*

Hasta el año de 1978 el Poder Judicial (Casación N° 110 de 1978) aceptó que la garantía del debido proceso que contiene el artículo 39 de la Carta Magna es una garantía de carácter general, que se aplica a procedimientos judiciales y administrativos, y dentro de esta concepción incluye los procedimientos internos de la Administración Pública.⁽¹⁰⁾

Este fallo de la Corte, ratificó lo afirmado por la sentencia de primera instancia redactada por el entonces Juez (hoy Magistrado) Lic. Alejandro Rodríguez Vega, cuando era Juez Primero de lo Contencioso

(8) Cf. De Castro Cid, Benito. *El reconocimiento de los derechos humanos.* (Madrid: Tecnos, 1982, pp. 47 a 80).

(9) Cf. Somarribas, idem., pp. 50 a 54; y, De Castro Cid, cit., pp. 140 a 183.

(10) Cf. Somarribas, pp. 245 y 246.

Administrativo, el 16 de mayo de 1977, un año antes de que entre en vigencia la Ley de Administración Pública. Al respecto, recordamos que el

Artículo 39, párrafo primero manda: A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

Ya desde la Carta Magna de 1841 (art. 2) se mandó que el debido proceso es para toda clase de procedimientos. El Poder Judicial duró 137 años en reconocer lo que Braulio Carrillo en 1841 había visto con toda claridad a pesar de declararse como "el primer jefe inamovible" de Costa Rica (art. 4, inciso 2).

Precisamente, ya en 1978 entra en vigencia la Ley General de la Administración Pública (LAP), que regulaba acertadamente el debido proceso, en su libro sobre el procedimiento administrativo.

Este caso de 1978 fue el despido del auditor general del Banco Crédito Agrícola de Cartago. Otro caso que también se resolvió en forma favorable en 1978 al administrado fue el de un trabajador social despedido ilegalmente (sin el debido proceso) por el Patronato Nacional de la Infancia, en el cual se invocó, por primera vez en el Poder Judicial, la Ley de Administración Pública (LAP), con éxito.

Esta Casación 110 de 1978, expresó que se debía ampliar el texto del artículo 39 de la Carta Magna, redactada solo para materia penal, a todas las otras ramas del Ordenamiento jurídico. Y que aún si nada hubiera en la Constitución Política (lógicamente, la escrita, la hoja de papel de la que habló Lasalle⁽¹¹⁾ o la Constitución formal en términos de Mortati⁽¹²⁾) escrito sobre este aspecto, esa garantía está amparada por la justicia y la equidad (principios generales del derecho, parte de esa vital y fértil Constitución material, sustancial o fundamental de cada pueblo —Mortati, cit.).

Casación N° 110 de 1978:

Reconoce el debido proceso como garantía constitucional amplia, del art. 39 de la Carta Magna.⁽¹³⁾

(11) Cf. Romero Pérez, Jorge Enrique. *Notas sobre el problema de la Constitución Política*. (San José: UNED, 1981, in toto).

(12) Cf. Mortati, Costantino. *Istituzioni di diritto pubblico*. (Padova: Cedam., 1975, t. I, pp. 30 a 38).

(13) Cf. Somarribas, pp. 251 a 255.

Igual sentido se encuentra en la Resolución N° 123 de 16:15 hrs. del 16 de octubre de 1981 (Corte). Y, numerosos fallos (sentencias) del Tribunal Superior Contencioso Administrativo (cf. fallos Nos. 1183, 1627, 1707, 1835, 2619, 3481; y, resolución N° 173 del 9 de diciembre de 1983).⁽¹⁴⁾

2. Resolución N° 45 de la Sala Primera de la Corte de las 17 hrs. del 9 de mayo de 1986

Esta Resolución está equivocada como la apunta Somarribas ya que es evidente que se efectuó una extensión arbitraria e ilógica del art. 3, inciso b) de la Ley de Amparo que excluye las resoluciones y actuaciones de la Corte y de los Tribunales y funcionarios judiciales en negocios de su competencia; es decir, la jurisdiccional, pero de ninguna manera la administrativa, como fue el presente caso. Aquí estamos ante el hecho de la potestad disciplinaria del Poder Judicial, que es una función administrativa sancionatoria, disciplinaria. Aquí hay una evidente equivocación de los que resolvieron así este asunto (ver art. 211 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Artículo 211 de la LOPJ:

Se refiere al poder disciplinario que tienen los funcionarios judiciales.

De esta manera en esa Resolución se le niega a los administrados el derecho de amparo, porque la Corte equiparó —arbitrariamente— la función jurisdiccional con la administrativa.

Precisamente, la función administrativa del Poder Judicial, está regida, entre otras leyes, por la Ley de Administración Pública.

El voto salvado del magistrado Germán Serrano Pinto expresa que es función administrativa. Indicando que la garantía del art. 39 de la Carta Magna debe entenderse en un sentido amplio como de defensa y de prueba, que incluye la notificación al interesado, la oportunidad de alegar en contrario, la de aportar sus pruebas, la de hacerse asesorar, la de notificación de lo resuelto y los motivos en que se funde, además del derecho a recurrir la decisión dictada. Puntualizando, que para este caso concreto el recurso de amparo no procede debido a que no se violaron los derechos fundamentales.

(14) Somarribas, idem., p. 254.

Tanto *Serrano* como *Fernández Silva*, salvaron su voto en este caso, para hacer énfasis en que sí cabe el recurso de amparo para tutelar los derechos fundamentales de la persona frente a los actos administrativos del Poder Judicial.

Nuestro criterio es que efectivamente la potestad disciplinaria del Poder Judicial, es función administrativa, y por ende sujeta a la Ley de Amparo.

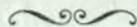
Este fallo N° 45 de la Sala Primera de la Corte del 9 de mayo de 1986 es absolutamente arbitrario, confundiendo groseramente la función jurisdiccional con la función administrativa del Poder Judicial, con el fin de negarle a los administrados el uso y disfrute de la Ley de Amparo. Otra cosa aquí, es lo relativo al *Por tanto*, ya que parece que a los administrados se les dio el derecho a la defensa, existió suficiente prueba documental y se comprobó lo que se les achacaba.⁽¹⁵⁾ Pero, de todos modos, lo importante de destacar aquí es que en materia de función administrativa del Poder Judicial sí cabe la Ley de Amparo, porque no se trata de la función jurisdiccional de ese Poder, sino de una función disciplinaria, valga decir, administrativa.

3. *Sesión extraordinaria de Corte Plena N° 28-86 de las 13:30 hrs. del 22 de mayo de 1986*

Aquí el Poder Judicial retrocede respecto a la Casación N° 110 de 1978 (que admite el debido proceso como garantía constitucional), pues dice que el debido proceso del artículo 39 de la Carta Magna es solo para la *materia penal*.

Así es que de acuerdo con el último fallo del Poder Judicial, se vuelve de nuevo al criterio de negar el debido proceso con base en el artículo 39 de la Carta Magna, aunque se intenta aprobarlo con fundamento en el artículo 41 de ese mismo cuerpo legal.

Nuestro criterio es que el *debido proceso* tiene su fundamento en la Carta Magna escrita (*constitución formal*) en los artículos 39 y 41; y, por supuesto, en la *Constitución*⁽¹⁵⁾ *material* o *sustancial*.



(15) Cf. nota 8 a la pág. 260 de Somarribas, cit.

IV. *Posición del Poder judicial (función administrativa)*

El Poder Judicial tiene una función que lo caracteriza: "la de impartir justicia" o aplicar el derecho para resolver los conflictos que se le presentan en sus respectivas sedes jurisdiccionales. En otras palabras, la función esencial del Poder Judicial es la jurisdiccional.

Pero, también tiene una función administrativa: la de administrar, la de actuar como administración. En esta función está sometida a la Ley de Administración Pública (LAP), a la Procuraduría General de la República y al entero ordenamiento jurídico del país.⁽¹⁶⁾

En lo que aquí interesa, este Poder está sujeto al *debido proceso*. Así, por ejemplo, cuando destituye a un empleado o funcionario tiene que cumplir con este derecho humano, con esta garantía constitucional de:

- * Audiencia previa
- * Debido proceso
- * Derecho a la defensa
- * Derecho al *contradictio*
- * Amplia y debida defensa
- * Bilateralidad de la audiencia

Se trata de términos todos sinónimos.

De acuerdo con el ejemplo propuesto, el Poder Judicial puede destituir por causa grave a un empleado, pero por razones de procedimiento (omitir o no respetar el debido proceso), podría perder el respectivo juicio laboral y/o contencioso administrativo.

De acuerdo con la reforma por Ley N° 6761 del 18 de mayo de 1982, el artículo 123 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), el Poder Judicial está subordinado al cumplimiento del *debido proceso*, así:

Art. 123 LOPJ:

En todo expediente sobre faltas atribuidas a los servidores judiciales en el desempeño de sus funciones, o sobre irregularidades de conducta que afecten su decoro personal o el buen servicio público, el inspector que tenga a su cargo la instrucción pedirá el informe al servidor o le recibirá declaración sin juramento y, le concederá tres días de término para que ejerza su defensa y ofrezca la prueba de descargo que tuviere.

(16) Oficios N° C-146-87 del 28 de julio de 1987; y, C-120-88 del 18 de julio de 1988 enviados por la Procuraduría a la Corte (vid. *infra*).

Por su parte el artículo 211 de la Ley General de la Administración Pública (LAP), manda:

Art. 211 LAP:

1. El servidor público estará sujeto a responsabilidad disciplinaria por sus acciones, actos o contratos opuestos al ordenamiento, cuando haya actuado con dolo o culpa grave, sin perjuicio del régimen disciplinario más grave previsto por otras leyes.
2. (...)
3. La sanción que corresponda no podrá imponerse sin formación previa de expediente, con amplia audiencia al servidor para que haga valer sus derechos y demuestre su inocencia.

Ejemplos:

a) En un caso concreto, la Corte despidió a un funcionario, pero omitió el *debido proceso*. La Sentencia de la Sala Segunda de la Corte (conociendo por la vía del *derecho laboral*, en la cual existen indemnizaciones; pero no reinstalación. Esta se puede obtener por la senda contencioso-administrativa), consideró que la *defensa* no había dado en favor del despedido y que por ello éste tenía derecho a lo siguiente:

Pago de $\left\{ \begin{array}{l} * \text{ Preaviso} \\ * \text{ Cesantía, y} \\ * \text{ Acogerse a la pensión} \end{array} \right.$

Resolución de la Sala Segunda de la Corte, N° 173 de las 16 hrs. del 9 de diciembre de 1983:

Considerando IV:

La causa justa para dar por concluida la relación laboral sin responsabilidad patronal, debe informarse plenamente al funcionario cesado, para que tenga amplia oportunidad de audiencia y defensa, o si se prefiere, "principio de contradicción", "debido proceso", o "bilateralidad del proceso", que, como lo resumiera el Tribunal Superior Contencioso Administrativo en la Resolución N° 3481 de las 16 hrs. del 7 de agosto de 1979 consiste en:

- a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento entablado;
- b) Oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la infor-

mación y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate;

- c) Derecho a ser oído y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes;
- d) Derecho del administrado de hacerse representar o asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas;
- e) Notificación adecuada de la decisión que dicte la Administración y de los motivos que en ella se funda;
- f) Derecho del interesado de recurrir la decisión dictada.

Tales son las implicaciones del artículo 211, inciso 3 de la Ley de Administración Pública (LAP), que no se cumplieron en este caso de despido.⁽¹⁷⁾

En el caso *subexamine*, se dictaminó un *despido con responsabilidad patronal* (artículo 85, inciso d) Código de Trabajo, C. T.:

Art. 85, inciso d, C. T.:

Son causas que terminan con el contrato de trabajo sin responsabilidad para el trabajador y sin que se extingan los derechos de éste o de sus causahabientes para reclamar y obtener el pago de las prestaciones e indemnizaciones que pudieran corresponderles en virtud de lo ordenado por el presente Código o por disposiciones especiales: la propia voluntad del patrono.

* * *

b) Otro caso interesante es el de la actora Myriam Alvarez Ross contra el Estado (Poder Judicial).

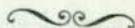
Por Sentencia N° 555 del Tribunal Superior de Trabajo de las 8:30 hrs. del 25 de mayo de 1988, se condenó al patrono Poder Judicial (Estado) por haber despedido ilegalmente a la actora.

Es interesante hacer la observación que en esta función administrativa, la demanda es contra el Estado y la Procuraduría General de la República es la encargada de la defensa legal del Poder Judicial, en virtud del artículo 3a de su Ley Orgánica:

Art. 3a: Es atribución de la Procuraduría General de la República la de ejercer la representación del Estado en los negocios de cualquier naturaleza, que se tramiten o deban tramitarse en los tribunales de justicia.

(17) Vid. *Jurisprudencia administrativa y contencioso administrativo*. Facultad de Derecho. 1986. UCR. Cátedras de Derecho Público y Derecho Administrativo, documento N° 7.

c) En este momento se está tramitando el Juzgado Cuarto de lo Contencioso Administrativo *otro caso* de Gabriela Echandi Albertazzi contra el Estado (Poder Judicial) y otros, en este mismo terreno del derecho laboral administrativo (expediente N° 1203-88).



V. Debido proceso en el sector público

1. Legalidad y debido proceso

Por supuesto que el Estado como una totalidad regida por el derecho público, está subordinado a la soberanía de la Ley (*nuevo régimen*) y de ninguna manera como en el *antiguo régimen* (la soberanía del Rey).

La Administración Pública está sujeta, subordinada, limitada por el entero Ordenamiento Jurídico. Y, claro está, no sólo al Ordenamiento escrito, sino también al no-escrito. Lo que Maurice HAURIU llamó el *bloque de legalidad* (el entero y global ordenamiento jurídico, tanto escrito como no escrito (ver arts. 7 y 8 de la Ley de Administración Pública).⁽¹⁸⁾

El *principio de legalidad*, en el derecho público, implica:

- Sujeción del Estado al entero Ordenamiento jurídico (*bloque de legalidad*: derecho escrito y derecho no-escrito).
- El Estado debe y tiene que cumplir con el entero Ordenamiento jurídico.
- El Estado no puede hacer lo que caprichosamente quiera. Todo lo contrario: tiene que cumplir con el principio de *habilitación legal*.
- Ese *principio de habilitación legal* materializa el principio de la soberanía del Parlamento o Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo.
- Ello es así, por cuanto se supone (en la teoría democrática) que el Poder Legislativo representa las diversas corrientes políticas que existen en el seno de la sociedad civil; mientras que el Poder Ejecutivo lo ocupa quien llegó con el apoyo del partido político que ganó las elecciones.

(18) Art. 7 LAP: Las *normas no escritas* (costumbre, principios generales del derecho, jurisprudencia) servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del *ordenamiento escrito* y tendrán el *rango* de la norma que interpretan, integran o delimitan.

Art. 8 LAP: El ordenamiento administrativo se entenderá integrado por las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre eficiencia de la Administración; y, la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo.

f) Ese *principio de legalidad*, también implica el *principio de reserva de ley*.

g) El *principio de reserva de ley* afirma que el Poder Ejecutivo no puede emitir normas (reglamentos, decretos o circulares) referidas a las materias de:

- * Libertades, derechos y garantías públicas (tanto individuales como colectivas o sociales).
- * Tributos, tasas, impuestos, exacciones económicas sobre los particulares.
- * Propiedad privada sobre los bienes o cosas de los administrados.
- * Planificación socio-económica sobre la sociedad (planificación imperativa sólo en el sector público; en el sector privado, se admite la planificación indicativa o voluntaria de los administrados).

h) Esas materias claves de la sociedad solo pueden ser reguladas por el Poder Legislativo.

i) Ese principio de *habilitación legal* significa que la Ley, (expresión jurídica de la soberanía política del pueblo) debe y tiene que habilitar o hacer posible la actuación del Estado

* * *

Pero, al igual que con el *derecho administrativo* que nació para enfrentar la arbitrariedad del Estado y someterlo al Derecho; y, que *modernamente* lo usa el Estado para su beneficio en contra de los administrados. Así también el *principio de legalidad* que nació para proteger a los administrados de la arbitrariedad de la Administración Pública; *modernamente*, se emplea para liquidar al particular, al darle un giro contra los administrados, de ese principio.

¿Cómo hace eso el Estado?

Muy simple:

- * Bajo el argumento de que el Estado no puede actuar sin norma (cualquiera que sea su rango), se abstiene de hacerlo en perjuicio del ciudadano sin hacer uso del ordenamiento jurídico no escrito y en daño directo de la justicia, equidad o la libertad pública

De lo que se trata es que el Estado quiere dañar al administrado y por ello hace *esa argumentación espúrea acerca del principio de legalidad*.

- * El Estado procede a efectuar una hemorragia de normas reglamentarias, decretos y circulares que atentan y violan lo que la Ley y la Carta Magna afirman. Pero, argumentan (con mala fe) que mientras

el otro Poder del Estado, que es el Judicial no manifieste en sentencia (interpuesto un juicio previo) que esa norma o circular del Poder Ejecutivo es ilegal o inconstitucional, tal disposición (por más abiertamente ilegal o atentatoria de la Carta Magna) la aplican tranquilamente, por supuesto, que en daño y perjuicio directo de los administrados.

- * *El Estado aplica mecánicamente las normas*, por razones de seguridad, sin importarles otros bienes jurídicamente tutelados como son: la libertad, propiedad, bienestar y tranquilidad de los administrados. Se trata de una absurda, ciega y torpe aplicación burocratizada y alienante de las normas para dañar al particular, al ciudadano, al administrado.
- * *Estupidez institucional* que esgrime el argumento de que todas y cada una de las acciones del Estado deben ir precedidas de una específica y concreta norma jurídica, aunque sea una circular o un decreto del Poder Ejecutivo. Todo ello para no actuar (pereza y neutralización burocratizante) o para actuar dañando evidentemente al administrado.

Así se viola el estado de derecho. Así la administración se sobrepone a los administrados, traicionando el principio democrático que afirma que el Estado está al servicio de la sociedad.

2. Administración Pública y debido proceso

La Administración Pública, con cierta frecuencia impone el régimen sancionatorio o disciplinario de modo arbitrario. Por ello, en la vida real de las instituciones del Estado (en sentido amplio) la actuación se torna ilegal. Sin embargo, por razones de seguridad jurídica y de funcionamiento de esa administración, se parte del *supuesto* de la legalidad de la actuación del sector público.

Pero, se trata de un mero *supuesto*.

3. Principios del debido proceso

- a) Notificación al interesado del carácter y de los fines del procedimiento entablado contra él.
- b) Oportunidad para el administrado de preparar su alegación (su defensa).

Ello incluye el derecho a tener acceso a la información completa y a todos los antecedentes administrativos que tienen que ver con su expediente, con lo que se le está imputando.

- c) Derecho a ser debidamente *oído*. (Esto no significa que se trata solo de hablar ante el superior o agente público respectivo), sino también poner por escrito su defensa y que agente público pertinente la tenga efectivamente en cuenta y no la archive o la incluya en el expediente sin leerla siquiera, como es frecuente.
- d) Oportunidad real del interesado en presentar argumentos en su defensa; generar y presentar todas las pruebas posibles en su caso.
- e) Derecho del interesado de hacerse representar por un abogado y de asesorarse por los especialistas que estime conveniente.
- f) Notificación pertinente y adecuada de la decisión de la Administración con los motivos en que ella se fundamenta; y, por supuesto:
- g) Derecho al uso de todos los recursos que tenga el interesado para hacer efectiva su defensa.⁽¹⁹⁾

Tanto el Tribunal Superior Contencioso Administrativo como el Tribunal Superior Penal han reconocido el debido proceso, de bilateralidad de la audiencia o principio de contradicción.⁽²⁰⁾

4. Notas características del debido proceso

- * *Debido proceso*.
- * *Principio de contradicción*.
- * *Bilateralidad de la audiencia* implica, además y en otras palabras:

(19) Escola, Jorge. *Tratado general del procedimiento administrativo*. (Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 144). Resolución del Tribunal Superior Contencioso Administrativo, N° 1627 de las 16 hrs. del 19 de noviembre de 1975. Resolución N° 3481 de las 17 hs. del 7 de agosto de 1979 y 7122 de las 15:15 hrs. del 10 de mayo de 1984. Del Tribunal Superior Penal, el voto N° 70 de las 16:10 hrs. del 19 de enero de 1988.

(20) Resoluciones citadas *supra*.

- a) Audiencia previa, necesaria, completa, leal y bien fundada.
- b) Conocimiento pleno y completo de las actuaciones que la Administración Pública está haciendo.
- c) Acceso a las piezas y expedientes administrativos para una defensa cabal.
- d) Obligación del Estado de decidir, fundadamente, lo que el administrado le proponga en su defensa.
- e) Permitir al administrado una defensa con abogados y expertos que permitan al interesado defenderse en plena forma.

5. Ley de amparo y debido proceso

En nuestro país, lamentablemente los recursos de amparo los resuelven sedes jurisdiccionales penales. Es decir, jueces (en sentido amplio) penales. Ello implica que desconocen la materia constitucional y administrativa (o sea, el derecho público).⁽²¹⁾

Por ello, es indispensable y prioritario que el proyecto de Ley de jurisdicción constitucional que está en la Asamblea Legislativa sea convertido en Ley de la República, ya que así (entre otras cosas) la materia de amparo la resolverían jueces especializados en Derecho público.

A estas alturas del desarrollo histórico y jurídico del país no se justifica que jueces que no tienen formación en derecho público, porque son penalistas, resuelvan los recursos de amparo. Antes se podría explicar, aunque no justificar, debido a que jueces generalistas ocupaban diversas materias y diferentes juzgados (en sentido amplio). Pero, ahora, hay suficientes medios de capacitación y modos de especializar jueces en Derecho público.

(21) Un ejemplo de Resolución hecha por jueces (en sentido genérico) penales en violación de los principios, fuentes y normas del Derecho Público es el voto N° 974 del Tribunal Superior Penal, sección segunda de las 16 hrs. del 1° de junio de 1988, que denegó la procedencia de un recurso de amparo ante una destitución efectuada por Fertica (empresa pública) sin el debido proceso (lesionándose así fragementemente el derecho constitucional a la efectiva, formal y real defensa).

Apunto lo anterior, porque lo que está de por medio es la vigencia de la Carta Magna, de la Ley de Amparo y de los derechos de los ciudadanos en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho.

6. Ley N° 6227

Ley general de la Administración Pública

Con esta ley se mejoró el Estado de Derecho; y, las posibilidades de arbitrariedades del Estado se redujeron, aunque no desaparecieron.

En el libro segundo o del procedimiento se establecen los trámites, procedimientos, y requisitos precisos y necesarios para garantizar (entre otros aspectos) el debido proceso. Cabalmente, el Estado, en ese momento histórico en que se puso en vigencia esta ley se opuso fuertemente, para luego intentar usarla en forma arbitraria y desvirtuarla en su ejecución (administración de Rodrigo Carazo: 1978-1982).

Por suerte para el sistema democrático, la Ley de la Administración Pública (LAP) ha mostrado su fuerza y su valor como garantía del principio de legalidad.⁽²²⁾

7. Voto N° 70 (1988)⁽²³⁾

Esta decisión judicial, en materia de amparo es importante no solo por ser la más reciente, sino también porque se pronuncia en favor del debido proceso.

En este voto se afirma que el artículo 39 de la Constitución Política se violó, declarando con lugar el recurso de amparo presentado. Y, señalando que el debido proceso:

abarca cualquier procedimiento que implique la imposición de alguna sanción o limitación a un funcionario público o a un administrado.⁽²⁴⁾

(22) Vid. nuestro trabajo *la ley de administración pública de Costa Rica y el principio de legalidad*. (San José: Revista Judicial, N° 16, 1980).

(23) Voto N° 70 del Tribunal Superior Penal, sección segunda, de las 17 hrs. 10 mins. del 19 de enero de 1988.

(24) Considerando II.

8. Administración y procedimiento administrativo

Aquí habría que decir que el procedimiento administrativo, en punto al tema en discusión (*debido proceso*) no debe ni tiene que tener las formalidades ni el excesivo formalismo de las actuaciones judiciales (en vía del Poder Judicial).

Otra observación iría en la dirección de tampoco admitir que se dé otro abuso en el uso del *debido proceso*: el torpedear al Estado; obstaculizarlo fuertemente con el fin de impedir su normal funcionamiento.⁽²⁵⁾ Claro está que esto se puede decir teóricamente, pero en la práctica lo que sucede es que el administrado se enfrenta con una maquinaria (que respecto de él) es enorme y llena de poder. Es decir, que lo aplasta. Es un mamut burocrático, acostumbrado a la actuación arbitraria, por la senda de la irresponsabilidad ante los lentos y estériles juicios contencioso administrativos.

9. Juicio contencioso administrativo

La jurisdicción contencioso administrativa por ser sumamente lenta se ha convertido en estéril y en una forma nada disimulada de complicidad con las arbitrariedades del Estado. Así se violan las libertades públicas; y, el Estado actúa ilegalmente y en forma irresponsable como sus agentes públicos.

Ya desde hace años, sectores minoritarios y sin poder político han estado presionando para que la legislación de esta jurisdicción se reforme y se modernice. Es un atentado en un Estado de Derecho y en una sociedad democrática el hecho de que esta conquista del derecho moderno y de las sociedades democráticas, se burle ante la vista de todos.

Aquí reside, en parte, la actuación arbitraria de la Administración Pública: en el hecho de la inutilidad e ineficiencia de la jurisdicción contencioso administrativa que es obsoleta, porque así la montaron y así la hacen "funcionar".

Jamás habrán otros juicios sumarios contra el Estado ni el ciudadano tendrá vías expeditas para defenderse de la Administración Pública. Hay muchos modos y maneras de dejar burlada la Constitución Política.⁽²⁶⁾

(25) Becerra, Guillermo. *Procedimiento administrativo*. Tucumán: UNSTA, 1982, p. 47).

(26) Cf. Herrera, Guillermo. *El debido proceso en el ordenamiento jurídico costarricense*. (San José: RJ, N° 30, 1984).

10. El debido proceso y la "justicia natural".

Según WADE hay dos normas básicas de la sociedad y del actuar del Estado (reglas de "justicia natural"):⁽²⁷⁾

a) *Nadie puede ser juez de su propia causa.*

El ejemplo que pone el autor es el del Lord Chancellor Cottenham, de 1852. Este ante un pleito ante la Cancillería, dictó una serie de resoluciones a favor de una compañía de canalización en la que este alto funcionario tenía varios miles de libras en acciones. La Cámara de los Lores anuló lo actuado por el Chancellor bajo la tesis de que la máxima de que "nadie puede ser juez de su propia causa" debe mantenerse como sagrada.

b) *Derecho a ser oído (derecho a la defensa): audi alteram partem.*

Esta regla afecta a toda la noción de procedimiento justo o de *proceso debido*.⁽²⁸⁾

Aquí el ejemplo que pone WADE es el de *Adán*.

Efectivamente, cuando Dios decide echar a Adán del Paraíso, primero lo oye, lo escucha, aunque siempre se mantenga su decisión de expulsión.

Invocar a *Adán*, lo hizo Bentley cuando la Universidad de Cambridge decidió despojarlo de su título. El despojado alegó que no se le había escuchado antes y que por ello el acto era nulo. Uno de los jueces admitió que incluso Dios había oído a Adán⁽²⁹⁾ (*Génesis*, capítulo 3).

Así, el debido proceso, el derecho a la defensa, a ser oído tiene su fundamento en la justicia y en la equidad. En principios generales del derecho anteriores a la conformación del Estado y a la sociedad.

Actuar en violación del debido proceso es arbitrariedad pura y simple.

(27) Cf. Wade, H.W.R. *Derecho administrativo*. (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971, p. 256).

(28) Wade, *idem.*, p. 272.

(29) Cf. Wade, *cit.*, p. 273.

11. Debido proceso y procedimiento

Obviamente que el Estado puede (y a veces lo hace) seguir el ejemplo de *Génesis*, capítulo 3: concede la defensa al administrado y mantiene su decisión de sancionar. Un poco aquello de que una vez "ejercitado el derecho al berreo" se termina con esa formalidad y se sanciona al sujeto.

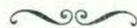
En otras ocasiones la arbitrariedad del Estado es tan evidente y burda que ni siquiera quiere cumplir con ese "derecho al berreo" del particular, y lo sanciona sin defensa. No le interesa que aun dando el derecho al debido proceso, puede ejercer su sanción. Pero, la prisa es tal que no le importa violentar el procedimiento y violar esta norma de "justicia natural" (WADE), como es la del debido proceso.⁽³⁰⁾

12. Debido proceso y Estatuto del Servicio Civil

También en el Estatuto del Servicio Civil (ESC)⁽³¹⁾ se establece el derecho a la defensa en su artículo 43 cuando un trabajador es *despedido*. En este caso:

Art. 43, ESC: La Dirección General del Servicio Civil hará conocer al servidor la gestión de despido y le dará un plazo improrrogable de diez días contados a partir de la fecha en que reciba la notificación, a fin de que exponga los motivos que tenga para oponerse a su despido, junto con la enumeración de pruebas que proponga en su descargo.

Aquí para los efectos de esta investigación, citemos este aspecto de la *defensa* dentro del régimen del servicio civil. En *otro trabajo que no hemos publicado*⁽³²⁾ hacemos una crítica a este régimen que presenta tantos y diversos aspectos débiles que erosionan su vigencia y presencia.



(30) Gordillo, Agustín. *Procedimiento y recursos administrativos*. (Buenos Aires: Ed. Jorge Álvarez, 1964, pp. 36 a 42).

(31) Ley N° 1581 del 30 de mayo de 1953.

(32) Romero Pérez, Jorge Enrique. *Análisis del régimen del servicio civil*. Inédito. 1987.

VI. Debido proceso y derechos humanos

De acuerdo con la Ley N° 6815 de 1982 (Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República —en adelante, Procuraduría—), los dictámenes de esta institución son obligatorios en su acatamiento para la Administración Pública y constituyen jurisprudencia administrativa.

Esta Procuraduría expresó que el debido proceso es un derecho humano. Indicando que la Procuraduría de derechos humanos NO es competente para decir si el *despido* es justificado o no. Pero SI es competente para decir si el *debido proceso* se cumplió o no.

El *debido proceso* es un derecho humano y está garantizado por el artículo 39 de la Constitución Política y el artículo 8 de la Convención americana sobre derechos humanos (1969).

En un Estado de Derecho debe dominar absolutamente el *debido proceso*. Esto significa el derecho a ofrecer y producir la prueba. Y, ésta debe someterse al principio de publicidad.

Dicha Procuraduría declaró con lugar la denuncia efectuada por Belarmino Casal Morgan contra el Banco Nacional de Costa Rica y su Gerente General, Lic. Rolando Ramírez.⁽³³⁾

Esta Resolución de la Procuraduría de Derechos Humanos (PDH) fue *apelada* por los afectados, resolviendo el *Procurador General de la República*, el día 27 de enero de 1985.

La Resolución del Procurador General de la República indicó que:

a) Se quebrantó el *debido proceso*, pues al administrado no se le dio el derecho a la defensa previa, debida audiencia y oportunidad de defensa, que son requisitos esenciales del procedimiento administrativo.

b) *Pero* no se llegó a consumar la violación a los derechos humanos porque el auditor general de bancos lo impidió al ordenar al Banco Nacional la reinstalación del trabajador y a que se le pagaran los salarios caídos, a pesar de que el gerente general del banco no acató la orden del auditor general citado.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que la violación al debido proceso, (debida audiencia, derecho al contradictorio, amplia defensa, au-

(33) Expediente N° 54-83, del 12 de junio de 1984.

diencia previa, amplia defensa) es un quebrantamiento a los derechos humanos, tal y como lo afirmó el Procurador de Derechos Humanos (PDH). Y, así lo reconoció el propio Procurador General de la República de ese entonces el administrativista Ismael Antonio Vargas.

VII. Posición de la Procuraduría General de la República

La tesis de la Procuraduría es favorable al *debido proceso*.

Este órgano superior consultivo, técnico-jurídico de la Administración Pública (art. 1 de la Ley N° 6815 de 1982) que es la Procuraduría ha afirmado:

- a) El procedimiento administrativo garantiza el derecho de audiencia y comparecencia, entre otras cosas, para verificar la verdad real de los hechos.⁽³⁴⁾
- b) *El debido proceso* cobija a los administrados para que se defiendan (debida audiencia), como en el caso presente, en que se trata de un acto declaratorio de derechos que los afecta negativamente.

El fundamento del *debido proceso* se encuentra en el artículo 39 de la Constitución Política y en los artículos 173, 183 y 208 de la Ley de la Administración Pública (LAP).⁽³⁵⁾

- c) *Antes* de que la Administración afirme que hay nulidad de pleno derecho, evidente y manifiesta, se debe dar audiencia al administrado, para que éste tenga el derecho a audiencia y pueda pronunciarse sobre ese acto administrativo.⁽³⁶⁾

(34) Tarjeta N° 1-044-85-28 de febrero de 1985, C-048-85. Procurador Constitucional. Dictamen C-338-82 del 9 de diciembre de 1982.

(35) Oficio N° C-146-87 del 28 de julio de 1987, remitido por la Procuraduría al Poder Judicial (*Corte*).

(36) Oficio N° C-120-88 del 18 de julio de 1988, enviado por la Procuraduría a la *Corte*.

VIII. Debido proceso en el sector privado

En el sector privado (ámbito de la empresa privada), el debido proceso NO SE RESPETA. Los tribunales violan la Carta Magna, pues no reconocen este derecho constitucional y humano para los trabajadores de la empresa privada.

Una vez más, estos trabajadores ven burlados sus derechos con la anuencia del Poder Judicial.

La Constitución Política, en sus artículos que referiremos consagra derechos para todos los que habitan este país, sin distinción de ninguna clase. Esto es parte del sistema democrático y del Estado de Derecho, pregonado *ideológicamente*, pero evadido en la *praxis*.

Los artículos constitucionales que viola la empresa privada, con la aprobación de los tribunales de trabajo, son los siguientes:

Artículo 39: Nadie puede ser sancionado o castigado, sin que ejerza el derecho a su defensa.

Artículo 33: Todo ser humano es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

Artículo 41: Derecho de petición. Se debe hacer justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

Artículo 42: Unicidad del juzgamiento.

Y, por supuesto que se violan los instrumentos jurídicos sobre Derechos Humanos que nuestro país ha suscrito y que tienen un rango superior a las leyes (aquí citados *supra*).

IX. A modo de conclusión

La historia del debido proceso en nuestro país es gris y no constituye ninguna garantía constitucional real y plena, ya que depende de la composición de los órganos judiciales para que una vez protejan esta garantía constitucional y otras no. Sin embargo, el reconocimiento por algunas sentencias jurisdiccionales del *debido proceso* como garantía constitucional y la emisión de la Ley de Administración Pública (LAP) tienden a darle una mayor consolidación a este instituto básico de un Estado de Derecho.

En esta línea de mejoramiento jurídico del país se hace insoslayable y urgente que el Poder Legislativo apruebe el proyecto de jurisdicción constitucional (que abarca habeas corpus, amparo e inconstitucionalidad) para garantizar adecuadamente el debido proceso.

La audiencia previa como parte del debido proceso, es una garantía constitucional individual y por lo tanto es una formalidad esencial. Si ella falta, el acto administrativo es absolutamente nulo (nulidad a de pleno derecho). A partir de 1978, con la promulgación de la Ley de Administración Pública, se complementa el precepto o mandato constitucional del artículo 39' debida defensa para el *sector público*.

En el *sector privado* se viola el mandato constitucional de la debida defensa, ya que el Poder Judicial admite que si el obrero es despedido por falta grave, argumentada por el patrono, esa destitución es legal, aunque no se hubiere cumplido con el debido proceso. Sin duda que esta tesis es inconstitucional.

Es inconstitucional la tesis de los Tribunales que no reconoce el debido proceso en el sector privado, violándose así el mandato de la Constitución Política (artículo 39), el cual tiene que ser aplicado al sector público y al sector privado.

Así, los Tribunales violan los mandatos constitucionales de igualdad ante la ley (artículo 33), prohibición de tribunales especiales (unos con un criterio para el sector público; y, otros con otro criterio para el sector privado), (artículo 35), el derecho de petición (artículo 41) y el artículo 42 relativo a la unicidad de juzgamiento.

Esa conducta del Poder Judicial es inconstitucional violatoria del Estado de Derecho y completamente discriminatoria en perjuicio de los trabajadores de la empresa privada, que ven una vez más y de una forma adicional violadas las garantías jurídicas de nuestro país, con el objeto de dañarlos.

También son violados los instrumentos legales sobre Derechos Humanos que nuestro país ha suscrito, con rango superior a la Ley (ver *supra*).

X. Bibliografía básica de referencia

- BECERRA, Guillermo. *Procedimiento administrativo*. (Tucumán: Unsta, 1982).
Biblia.
- BLANCO, Miguel. *Los derechos humanos*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 38, 1979).
- BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho romano*. (Madrid: Reus, 1965).
- BURBOA, Ignacio. *Las garantías individuales*. (México: Porrúa, 1980).
- Cátedra de Derecho Público y de Derecho Administrativo. *Jurisprudencia administrativa y contencioso administrativa*. (San José: UCR, Facultad de Derecho, 1986, mimeografiado).
- CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. (Buenos Aires: EJE, 1957).
- DE CASTRO CID, Benito. *El reconocimiento de los derechos humanos*. (Madrid: Tecnos, 1982).
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. (Madrid: Civitas, t. II, 1981).
- GONZALEZ PEREZ, Jesús. *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*. (Madrid: Civitas, 1977).
- GONZALEZ BALLAR, Rafael. *Los principios generales del procedimiento administrativo en la ley general de la administración pública*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 53, 1985).
- HERNANDEZ, Rubén. *Los instrumentos clásicos del control en referencia a Costa Rica*. (San José: Imprenta Nacional, 1985, vol. IV. Primer congreso mundial de derechos humanos).
Las libertades públicas en Costa Rica. (San José: Juricentro, 1980).
- HERRERA, Guillermo. *El debido proceso en el ordenamiento jurídico costarricense*. (San José: Revista Judicial, N° 30, 1984).
- HOLMES, Oliver Wendel. *The common law*. (Buenos Aires: TEA, 1964).
- ESCOLA, Jorge. *Compendio de Derecho administrativo*. (Buenos Aires: Depalma, 1984).
Tratado general de procedimiento administrativo. (Buenos Aires: Depalma, 1980).
- GORDILLO, Agustín. *Procedimiento y recursos administrativos*. (Buenos Aires: Ed. Jorge Alvarez, 1964).
- GUTIERREZ, Carlos José. *La Constitución norteamericana como ley importada*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas N° 61, 1988).
- JESCH, Dietrich. *Ley y administración*. (Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1978).

- LINARES, Juan Fco. *Razonabilidad de las leyes*. (Buenos Aires: Astrea, 1970).
Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo. (Buenos Aires: Astrea, 1974).
- MARIN, Raúl. *La estabilidad laboral. Realidad del mito y mito de la realidad*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 47, 1982).
- MORTATI, Costantino. *Istituzioni di diritto pubblico*. (Padova: Cedam, 1975).
- NIETO, Alejandro. *La organización del desgobierno*. (Madrid: Ariel, 1984).
- ORTIZ, Eduardo. *Los privilegios de la administración pública*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 23, 1974).
Costa Rica: Estado social de Derecho. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 29, 1976).
- PASTOR, Almansa. *El despido nulo*. (Madrid: Tecnos, 1968).
- PIRAINO, Salvatore. *L'azioni nel processo amministrativo*. (Milano: Giuffrè, 1981).
- PRITCHETT, Herman. *La Constitución americana*. (Buenos Aires: TEA, 1965).
- ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *Derecho administrativo y Estado costarricense*. (San José: Facultad de Derecho, UCR, 1984).
Derecho administrativo. Ensayos. (San José: UNED, 1985).
Notas sobre el problema de la Constitución Política. (San José: UNED, 1981).
- SCIRLOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano*. (Buenos Aires: EJSA, 1954).
- SOMARRIBAS, Adolfo. *El debido proceso como garantía constitucional. Material y procesal*. (San José: tesis de grado en licenciatura, UCR, Facultad de Derecho, 1988).
- VAN DER LAAT, Bernardo. *El debido proceso en casos de destitución de trabajadores públicos en Costa Rica*. (San Salvador: ponencia al V congreso centroamericano de derecho del trabajo y de la seguridad social, abril de 1988).
- VIQUEZ, Renato; CHAVEZ, Xinia. *Principio de legalidad en la Ley general de la administración pública*. (San José: Alma máter, 1985).
- WADE, H.W.R. *Derecho administrativo*. (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971).

* * *

LEYES:

Estatuto del Servicio Civil.

Código de Trabajo.

Ley de jurisdicción contencioso administrativa.

Ley orgánica del Poder Judicial.

Código de Procedimientos Civiles.

Estatuto del Servicio Judicial.

Reseñas bibliográficas

CORTIÑAS-PELAEZ, León, *Poder Ejecutivo y función jurisdiccional*, Alcalá de Henares (Madrid): Instituto Nacional de Administración Pública/Colección: "Administración Pública en América Latina", Prólogo de esta segunda edición por Eduardo GARCIA DE ENTERRÍA, 1986, 316 pp.

León Cortiñas-Peláez es uno de los nombres capitales del Derecho Público Latinoamericano, de su estructura científica y de su conciencia moral.

Uruguayo de nacimiento, discípulo allí del Prof. Sayagués-Laso, a quien pagará luego con creces su discipulazgo, hace más tarde sus estudios europeos durante largos años en universidades alemanas, francesas y españolas donde se familiariza con las doctrinas más elaboradas y sofisticadas, y donde también trenza con los respectivos profesores una red de conocimientos, de estimación y de aprecio recíprocos difícilmente igualable. En España lleva a término el impresionante homenaje a su maestro, con ocasión de su muerte prematura y trágica, que son los cinco tomos de la obra *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, conjunto inigualado del iuspublicismo de los cinco continentes versando sobre un tema común; el libro, cuya presentación y articulación ocupó varios años completos a su director, ha pasado a ser un clásico de los temas básicos de nuestras disciplinas, haciendo pleno honor a su título. Soy testigo personal, con ocasión en su estancia de dos años cumplidos entre nosotros, de su dedicación, de su entrega, de su fidelidad y también de su generosa y leal opción, siguiendo sus profundas convicciones por la libertad, en favor de la que él designó por vez primera "Escuela democrática del Derecho Administrativo", fidelidad mantenida en épocas oscuras aún a costa de perder sus magros recursos de sostenimiento. Profesor más tarde en una de las universidades de París, donde deja una notable huella entre sus colegas y sus discípulos, concluye, finalmente, sus *Wanderjahre* afincándose en México, cuya nacionalidad adquirirá, con cuya entelequia nacional se identificará, con su característico *élan* de generosidad, y donde se estabilizará como Profesor ordinario de la U.N.A.M. y animador de un "taller" de iuspublicistas que está comenzando a hacerse notar en el panorama científico de aquella República.

De León Cortiñas admiramos sus amigos su sabiduría, su entusiasmo, su fe en la libertad, en "el horizonte bolivariano" de Hispanoamérica, en la "noosfera" telhardiana, y también, como jurista avezado que es, en los recursos del Derecho para servir a esas otras creencias profundas; pero

quizás especialmente, permítaseme resaltarlo, su lealtad probada con las ideas y con las personas. El Prof. Cortiñas pertenece a la clase de los universitarios "irradiantes", que sobresale por ello con su luz, donde quiera que esté, y por su capacidad de inflamación de su entorno, lo que no es sino la capacidad de encarnar y de hacer con ello visibles y operativos ante los demás los valores profundos en los que apoya su vida entera. Es un hombre que, habiendo vivido en muchas tierras y en muchos ambientes, ha dejado que en todos una estela de amistades profundas y una imagen uniforme de generosidad, de entusiasmo y de fe en la libertad y en la universidad.

Para mí, que soy su deudor en muchas cosas, constituye una gran alegría oficiar ahora como su presentador ante el público de lengua castellana, con la ocasión de su primer libro exclusivo (pues de él es, en realidad, la impresionante obra ya citada *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX*, por él tejida, organizada, anotada y presentada con una impresionante "Introducción general" de más de cien páginas) editado en España.

El libro aquí comentado, *Poder ejecutivo y función jurisdiccional*, es una ofrenda a su patria uruguaya, un testimonio de su exilio activo, y no sólo pasivo, ante una situación para él inabordable, pero junto a ello podemos encontrar en esta obra un análisis técnico riguroso que ha de considerarse de primera importancia sobre el proceso de degradación de una democracia hacia una dictadura pura y simple. Ningún libro como éste, con su austeridad técnica, con sus datos y sus análisis implacables, con su razonamiento expositivo y argumentativo, para seguir el curso real de esa degradación, los mecanismos supuestamente técnicos con los que, paulatinamente, intenta justificarse una apropiación pura y simple del poder en un país latinoamericano durante el período 1968-1985, época de casi dos decenios que ha marcado una etapa en el curso político del continente. Justamente por el peso histórico que representó en su momento la democracia uruguaya (entre cuyos orígenes el autor nos descubre la significación que tuvo la Constitución de Cádiz), nos encontramos aquí con unos curiosos dictadores, que intentan justificar en Resultandos y Considerandos, con razonamientos que quieren ser jurídicos y hasta con mención expresa de la doctrina de los autores, la eliminación de una Magistratura independiente y su refacción como simple instrumento del Ejecutivo, a utilizar desembarazadamente en la lucha política. Así como se ha dicho muchas veces que la hipocresía es un tributo que la mentira rinde a la verdad, así también en este caso ese intento de justificación jurídica y de teoría política singular ha significado un tributo de los "gobiernos de facto" uruguayos al Derecho y a la democracia. Fue justamente la ciudadanía la que ejemplarmente saldó ese enfrentamiento, al decidir en el referéndum constitucional de noviembre de 1980 su franco rechazo de una institucionalización definitiva de tales doctrinas jurídicas y políticas y la voluntad resuelta de retornar a un verdadero Estado de Derecho, conforme a la tradición del país.

No basta con saber que lo que aquí se cuenta puntual y rigurosamente es ya historia y figura en el catálogo de las recetas políticas ya archivadas, y hasta por desdicha quizá no del todo, como parecen insinuarlo los conflictos de jurisdicción entre civiles y militares de 1985 y 1986; hay que conocer exactamente cuáles han sido los soportes teóricos e instrumentales de esa fórmula para evitar que pueda volver a presentarse y para ahondar en las razones que justifican el único régimen soportable ya por los hispanos de cualquier continente en este final de siglo, un régimen de libertad, de pluralismo, de democracia, pues, y de Estado de Derecho.

Cortiñas-Pelaez ahonda esas razones, a las que presta no sólo su ciencia, sino también su pasión, que se vislumbra fácilmente a través de la malla argumental de su razonamiento técnico-jurídico y no obstante el ascetismo que éste impone. Estamos ante un caso prototípico de lo que el propio Cortiñas, siguiendo una línea inequívoca, ha llamado "ciencia con conciencia". Hay, pues, además, una excelente lección de método para el iuspublicismo de nuestros tiempos conturbados.

Me parece este libro una magnífica ocasión para que el Instituto Nacional de Administración Pública comience su proyectada política de cooperación iberoamericana, política en que los valores, la experiencia humana y la obra de León Cortiñas me parece que resultan imprescindibles.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA
Catedrático por oposición de
Derecho Administrativo
en la Facultad de Derecho de la
Universidad Complutense de Madrid

Los directores de esta revista son los Doctores Gino Giugni, Rosario Guido Nicosia, Tiziano Treu y Bernardo Van Der Laet.

El contenido de esta valiosa e importante revista es el siguiente: Gino Giugni "*Juridificación y deregulación en el derecho laboral italiano*"; Bernardo Van Der Laet Echeverría "*La prevención de las prácticas anti-sindicales*"; Tiziano Treu "*Derecho Laboral: una voz para una enciclopedia*"; Emilio Morgado Valenzuela "*Los conflictos de trabajo y sus métodos de solución en Iberoamérica*"; Edoardo Ghera "*Nuevos desarrollos de las relaciones industriales en Italia: el protocolo IRI y la procedimentalización de la contratación frente al cambio tecnológico*"; Rolando Murgas Torraza "*Conciliación, mediación y arbitraje en conflictos individuales y colectivos*"; Gianni Loy "*El contrato de formación y trabajo*"; Edgar Alfaro Muñoz "*Diferencias del contrato de trabajo con otras figuras afines de prestación remunerada de servicios*"; y Massimo Roccella "*Primeras reflexiones sobre la nueva disciplina del trabajo temporal*".

En la sección de *documentos* se publica: Protocolo de acuerdo entre el IRI y las Confederaciones Cgil, Cisl, Uil (18 de diciembre de 1984); Protocolo de acuerdo entre el IRI y las Confederaciones Cgil, Cisl, Uil (16 de julio de 1986); Hipótesis de Protocolo de acuerdo entre EFIM y las Confederaciones Cgil, Cisl, Uil; Gepi y Cigl, Cisl, Uil: Protocolo para las relaciones industriales. Y, las *secciones* finales de *recensiones*, evaluación y programa del *seminario* internacional de Derecho Laboral; y, las respectivas siglas y abreviaciones.

Como bien lo expresa Gianni Arrigo, *Debate Laboral* es una nueva revista de derecho del trabajo, que nace paralelamente a un intercambio periódico entre juristas laborales de Latinoamérica e Italia. La idea de organizar encuentros periódicos en Centro América sobre temas atinentes al derecho laboral surgió, —informa Arrigo— del Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Prof. Dr. Bernardo Van Der Laet y del Sr. Embajador de Italia en Costa Rica, Dr. Rosario Guido Nicosia, a comienzos de 1987. La idea de editar la revista, nació al final de la primera sesión (julio-agosto de 1987), por una solicitud de los participantes y fue plasmada por el Embajador de Italia, quien también tuvo a su cargo la dirección del primer número, con el apoyo del Prof. Bernardo Van Der Laet y del ISCOS.

Sin duda que se trata de una excelente contribución a la cultura jurídica en general y en especial en el campo del Derecho del Trabajo. Deseamos a esta vital publicación una fructífera y larga vida.

j. e. romero p.

El Dr. Víctor Pérez Vargas (Catedrático de la Universidad de Costa Rica y Director de la *Revista Judicial*) acaba de publicar un excelente libro sobre el terreno del *Derecho Privado*, el cual constituye un relevante aporte al desarrollo jurídico del país.

Como bien nos dice su autor este libro es producto de muchos años de investigación y docencia en la Universidad de Costa Rica y en otras universidades europeas, latinoamericanas y de los Estados Unidos de América. Tiene como propósito ofrecer una "instantánea" del mutable Derecho Privado y de un sistema conceptual y de valores de base romana y cristiana que, sin ser solamente español, francés, alemán o italiano, incorpora los elementos de la ciencia civilista de nuestro tiempo, haciendo referencia al Derecho (doctrina, legislación y jurisprudencia) costarricense, dentro de una perspectiva latinoamericana.

Efectivamente, afirma Pérez Vargas, que todos estos esfuerzos se plasman ahora en esa "instantánea" del Derecho Privado, testimonio de un momento histórico, circunstancial, de la tradición romana, que caracteriza a América Latina y la unifica culturalmente (penetrando, poco a poco en unos sistemas y ofreciendo firme resistencia frente a la penetración de otros), sobre la base científica de un marco conceptual altamente evolucionado (en comparación con otros más empíricos) y sobre la base axiológica de la afirmación creciente de la dignidad de la persona como valor supremo y axial.

El Índice de este trascendental aporte al *Derecho Privado* se divide en varios capítulos, como son: *derecho público y derecho privado; existencia y capacidad de las personas; los valores fundamentales de la personalidad y sus medios de tutela*, en colaboración con la abogada Zetty Bou Valverde; *los valores de la personalidad y el derecho civil latinoamericano. Revisión crítica del derecho vigente; domicilio y ausencia; objetos, cosas y bienes en sentido jurídico; los hechos jurídicos; la prescripción negativa y la caducidad en el derecho civil; elementos del negocio jurídico*, en colaboración con Ana Lorena Umaña Rojas; *patología negocial: invalidez e ineficacia del negocio jurídico; el negocio jurídico y la ley vigente; principios de responsabilidad civil extracontractual; y, la responsabilidad civil y la ley vigente*.

Además, presenta una actualizada *bibliografía complementaria*; y, el *índice analítico* elaborado en colaboración con el abogado Julián Solano Porras.

Se trata de una madura, ardua, sistemática y plena tarea de docencia e investigación que el Dr. Víctor Pérez Vargas ha elaborado a lo largo de muchos años de fértil trabajo en la ciencia jurídica.

j. e. romero p.

ZELEDON, Ricardo. *Código Civil y realidad*. (San José: Ed. Alma Mater, 1987, 262 páginas).

El Dr. Ricardo Zeledón escribió un libro bajo el título de *Código Civil y realidad*. Este trabajo de investigación resultó seleccionado para el Premio Nacional de Ensayo correspondiente al año de 1987.

El Dr. Zeledón es un especialista en Derecho Agrario y Director del Posgrado en Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Como bien lo expresa el Magistrado Edgar Cervantes Villalta el autor de este libro es integrante de la Comisión Revisora del Código Civil y por la capacidad y experiencia profesional y académica que lo distingue y la calidad de su exposición es evidente que este libro constituye un valioso aporte para la discusión en el Congreso Jurídico Nacional y las labores de la Comisión Revisora (cit., p. VIII).

Por su parte el Dr. Zeledón expresa que este libro quiere ser una contribución al Derecho Civil costarricense, y un humilde tributo a la discusión en torno al Código Civil, que se iniciará en el Congreso Jurídico Nacional de 1987 en el Colegio de Abogados, dentro de las efemérides de su centenario (p. XVIII, *idem.*).

Esta valiosa investigación está dividida en estas partes: problemas y límites de la codificación (la realidad del Código Civil, vicisitudes de la codificación; codificación, decodificación y desmembración; actualidad —o, desactualidad?— del Código Civil), búsqueda de la realidad del Código Civil y justificación de su reforma (derechos reales, proceso económico y cambios sociales, límites a la eficacia económica de la propiedad; problemas del título, la posesión y la buena fe en la usucapión; del arrendamiento de fundos rústicos —civil— al contrato de arrendamiento agrario); posibilidades y bases para un nuevo código (el derecho civil moderno; derecho civil y derechos humanos; el Código Civil para un nuevo orden económico; y, defensa de un código moderno ajustado a la realidad).

Bien apunta el Dr. Zeledón que la reforma profunda del Código Civil, impulsando la creación de uno nuevo y para el mañana, es la mejor defensa susceptible de plantearse hoy día respecto del Derecho Civil y de su normativa general (cit., p. 251).

Es sin duda una obra interesante, sugestiva y llena de estímulos para el conocimiento de esa situación dialéctica entre el Código Civil y la realidad.

J. e. romero p.

INDICE

	Pág.
Introducción	9
 <i>Ensayos:</i>	
La Constitución norteamericana como ley importada. <i>Dr. Carlos José Gutiérrez</i>	11
La población de la tercera edad delincuente. La población de la tercera edad víctima. El caso de Costa Rica. <i>Dr. Elías Carranza</i>	63
El orden jurídico-institucional como sistema de control, desde el nacimiento hasta la muerte. <i>Dr. Enrique A. Kozicki</i>	75
Estudio y análisis jurídico de la ley de patentes de invención, dibujos y modelos industriales y modelos de utilidad, ley número 6867. <i>Lic. Elías Soley Gutiérrez</i>	85
Evolución del régimen legal especial aplicable a los países subdesarrollados en el GATT. <i>Profes. Francisco Chacón y Anabel González</i>	115

	<i>Pág.</i>
Fundamentos jurídicos del Estado costarricense.	
<i>Dra. Marina Volio</i>	145
El debido proceso: garantía constitucional.	
<i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	153
<i>Reseñas bibliográficas</i>	183
Cortiñas-Peláez, León. <i>Poder Ejecutivo y función jurisdiccional.</i>	
<i>Eduardo García de Enterría</i>	183
Revista <i>Debate Laboral.</i>	
<i>jerp</i>	186
Pérez Vargas, Víctor. <i>Derecho Privado.</i>	
<i>jerp</i>	187
Zeledón, Ricardo. <i>Código Civil y realidad.</i>	
<i>jerp</i>	188

Impreso en San José de Costa Rica
por Litografía e Imprenta LIL, S. A.
Apartado 75-1100 Tibás