

COS R
Nº 60
MAY/AGO
1988
REV 156055

Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Colegio de Abogados
Nº 60 - Cuatrimestral
Mayo - Agosto - 1988 - 184 págs.

I Derecho - Revistas

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Sistema de Bibliotecas - UCR



REV 156055

"SALE POR 4 DIAS"

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

Me inscribo como prestatario de la

REV 156055

BIBLIOTECA
Devuelva este libro en la
última fecha indicada
FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
Fecha Hora

"SALE POR 8 DIAS"

U. C. R.
BIBLIOTECA DERECHO
★ 15 NOV. 2012 ★
CIRCULACION

BOGADOS:

DERECHO:

Laat Echeverría (Decano)

ael

Esta

Nov

We

Sol

Cor

Rev

Fac

Uni

Rev

Co

Za

ciones de la misma índole.

ve.

y, canje pueden enviarse a

"SALE POR 8 DIAS"

Impreso en el SEDIN - UCR

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

60

(1963 - 1988)

25 AÑOS

SAN JOSE, COSTA RICA
MAYO — AGOSTO

1988



Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

06
(1983 - 1988)

25 AÑOS



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO



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

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

Coordinador de la Comisión Editorial:
Ing. Mario Murillo Rodríguez

PRESENTACION

60 NUMEROS EN 25 AÑOS

Este es el número 60 publicado en el año en que se cumplen 25 años (un cuarto de siglo) de salir a la luz pública esta Revista de Ciencias Jurídicas, gracias al esfuerzo, apoyo y conciencia de su impacto en la cultura jurídica del país que le han dado el Colegio de Abogados y la Universidad de Costa Rica. Igualmente, profesores, intelectuales juristas y abogados han dado su noble contribución con esta *revista* al publicar sus trabajos de investigación en ella.

Esas investigaciones le han dado el talante y el estilo al desarrollo de la cultura jurídica nacional y permiten ser un excelente termómetro para medir los rumbos, la naturaleza y las orientaciones de las corrientes inmersas en ese proceso del derecho en acción.

En este número 60 se editan investigaciones en los campos de los derechos humanos, criminología, y derecho penal, comercial, administrativo, agrario y constitucional.

El director y editor

PRESENTATION

Dr. Nelson Cruz

Dr. Nelson Cruz

Este es el primer libro de la serie de libros de la Universidad de Costa Rica...

Los investigadores de los libros de la serie de libros de la Universidad de Costa Rica...

En este número de la serie de libros de la Universidad de Costa Rica...

Dr. Nelson Cruz

Dr. Nelson Cruz

Dr. Nelson Cruz

Dr. Nelson Cruz

MECANISMOS DE PROTECCION DE DERECHOS HUMANOS EN IBEROAMERICA

Dr. Rodolfo E. Piza Rocafort

Abogado - Profesor universitario costarricense Universidad Autónoma de Centroamérica

Este libro es el primer de la serie de libros de la Universidad de Costa Rica...

Los investigadores de los libros de la serie de libros de la Universidad de Costa Rica...

En este número de la serie de libros de la Universidad de Costa Rica...

Los investigadores de los libros de la serie de libros de la Universidad de Costa Rica...

En este número de la serie de libros de la Universidad de Costa Rica...

Los investigadores de los libros de la serie de libros de la Universidad de Costa Rica...

En este número de la serie de libros de la Universidad de Costa Rica...

Los investigadores de los libros de la serie de libros de la Universidad de Costa Rica...

REV 156055

SUMARIO

PREFACIO

CRITERIOS DE CLASIFICACION DE LOS MECANISMOS DE PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS

- A.—Según los órganos de protección. Los órganos jurisdiccionales en las constituciones analizadas
- B.—Según los derechos protegidos
- C.—Según los sujetos legitimarios
- D.—Según los actos que menoscaben o violen los derechos humanos
- E.—Según el grado de especificidad
- F.—Nuestro criterio de clasificación

MECANISMOS DE PROTECCION SEGUN LOS ACTOS QUE MENOSCABEN O ALTEREN LOS DERECHOS HUMANOS

- A.—Frente a los actos legislativos
- B.—Frente a normas generales del Poder Ejecutivo
- C.—Frente a actos judiciales
- D.—Frente a actos administrativos (no normativos) del Poder Central y de los Entes Públicos
- E.—Frente a los actos de los particulares y de los funcionarios cuando sus actos no sean imputables al Estado

EL CONTROL DIFUSO Y CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD EN IBERO-AMERICA

- A.—Introducción
- B.—El sistema de control en los 11 países analizados (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Honduras, México, Perú, Uruguay, Venezuela)

PREFACIO

El presente estudio, forma parte de uno de más amplio titulado "Función jurisdiccional y mecanismos de protección de los derechos humanos en Iberoamérica", con el que obtuve mi especialidad en Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (junio de 1985).

A su vez, esta tesis forma parte de un proyecto de investigación sobre Constituciones Iberoamericanas y Derechos Humanos. Proyecto que centra su análisis en el estudio de once sistemas constitucionales iberoamericanos(*). Esos países son: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Honduras, México, Perú, Uruguay y Venezuela.

Para el presente artículo he seleccionado y corregido un capítulo de la obra: el segundo, que trata de los mecanismos de protección estudiados desde la perspectiva comparada. El noveno, dedicado a la función jurisdiccional y los instrumentos de protección de los derechos humanos en la Constitución peruana de 1979, aparecerá en esta Revista, en una próxima entrega. En fechas posteriores daré a la luz, los capítulos referentes a cada país.

Excluí del presente artículo, los capítulos referidos a cada país y el capítulo sobre el Hábeas Corpus y el Amparo en Iberoamérica. Me parece que este último, no aporta mayores datos ni mejores sugerencias que los proporcionados por el profesor mexicano Héctor Fix Zamudio, hoy Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los instrumentos de protección interna de los derechos humanos pueden ser clasificados según diversos criterios. Se pueden clasificar: A) según los órganos jurisdiccionales de protección, B) según los derechos protegidos, C) según los sujetos legitimados, D) según los actos que menoscaben los derechos humanos, E) según el grado de especificidad de los mecanismos de protección.

(*) El proyecto se compone de cinco partes: 1) estudio histórico de las constituciones analizadas; 2) el marco político constitucional de los países analizados; 3) los derechos civiles y políticos en las constituciones; 4) los derechos económicos, sociales y culturales en las constituciones; 5) función jurisdiccional y mecanismos de protección en las constituciones analizadas. La introducción general y la 5ta. parte corrieron a mi cargo. La redacción base de las otras cuatro partes, corrieron a cargo de sendos abogados iberoamericanos. Se trata de una obra colectiva de más de mil páginas, que será publicada próximamente en España.

I.—CRITERIOS DE CLASIFICACION DE LOS MECANISMOS DE PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS

- A.—Según los órganos de protección. Los órganos jurisdiccionales en las constituciones analizadas
- B.—Según los derechos protegidos
- C.—Según los sujetos legitimados
- D.—Según los actos que menoscaben o violen los derechos humanos
- E.—Según el grado de especificidad
- F.—Nuestro criterio de clasificación

A) Según los órganos de protección

Clasificar los remedios jurisdiccionales a partir de los órganos de protección supone distinguir los distintos instrumentos según que se ejerzan ante:

- 1) *Tribunales constitucionales*. España, Perú, Guatemala y, en alguna medida, Ecuador.
- 2) *Tribunales y jueces ordinarios del Poder Judicial*. Todos los países.
- 3) *Tribunales especiales*, en el sentido de autónomos o independientes del Poder Judicial como los "*Tribunales Electorales*" (Brasil, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Perú, Uruguay)⁽¹⁾, los "*Consejos de Estado*"⁽²⁾ (Colombia y España), "*Tribunales Contencioso-Administrativos*" (Uruguay)⁽³⁾, *Jurisdicción Militar Autónoma* (Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, España, Honduras, Perú, Uruguay)⁽⁴⁾, *Tribunales Estaduales o Provinciales Autónomos* (Argentina, Brasil, España, México)⁽⁵⁾.
- 4) *Tribunales y organismos internacionales judiciales o Cuasijudiciales*. Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos (España), y Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos (Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Perú, Uruguay y Venezuela que reconocen la jurisdicción obligatoria de ambas instituciones, México que reconoce tales instituciones, pero no su jurisdicción obligatoria).

- (1) En Costa Rica, el Tribunal Supremo de Elecciones es, además de independiente, un Poder del Estado con el mismo rango de los otros tres poderes.
- (2) En Colombia el Consejo de Estado es un verdadero Tribunal, independiente del Poder Judicial, aunque construido según el modelo francés, con sus mismas atribuciones y funciones (básicamente). En España no tiene tan altas atribuciones.
- (3) Los otros países sí tienen, en general, tribunales. Contencioso Administrativo, pero dentro del Poder Judicial. En Costa Rica, España y Venezuela tienen muy amplias funciones y poderes pero no son, a diferencia del Uruguay, tribunales autónomos o independientes del Poder Judicial.
- (4) En Brasil y Honduras los tribunales militares tienen muy amplias funciones. Lo que en el caso de Brasil, como veremos, llega a extremos graves. Los de los otros países son, en general, organismos más limitados con menores atribuciones y competencia restringida, en tiempos de normalidad constitucional, en razón de las personas —sólo militares—.
- (5) En Brasil y México de los Estados. En Argentina de las Provincias, en España de las Comunidades Autónomas.

- 5) *Otros organismos con funciones jurisdiccionales de protección o promoción de los derechos fundamentales*, como los Ombudsman o Defensores del Pueblo (España), el llamada "Tribunal de Garantías Constitucionales" ecuatoriano (que tiene características y funciones más de defensor del pueblo o de comisionado parlamentario para los derechos fundamentales, que de un verdadero Tribunal"); los Ministerios Públicos o Fiscalías Generales (Colombia, Perú, Venezuela); las Procuradurías de Derechos Humanos (Costa Rica), las Contralorías Generales de los Estados (Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Venezuela); etc.

Así, por ejemplo, en Perú, los instrumentos de protección ejercitables ante el *Tribunal constitucional* son: el recurso de inconstitucionalidad (control concentrado), el hábeas corpus y el amparo cuando fueron por primera instancia rechazados. Ante los tribunales y jueces del Poder Judicial se ejercitan los amparos y los hábeas corpus ordinarios, los procesos ordinarios (civiles, penales, administrativos, laborales, etc...) y el control de constitucionalidad difuso. Ante tribunales especiales, como los electorales y militares, se residencian los procesos por materia electoral y militar (aunque esta última restringida, en tiempos de normalidad constitucional, a los delitos del fuero militar). Las quejas por violaciones a los derechos humanos ante el *Ministerio Público* tienen su propio procedimiento. Agotados todos los recursos de la jurisdicción interna, es posible acudir a la *vía internacional*, en particular, a la Comisión Interamericana y ésta, a su vez, puede acudir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este sistema de clasificación, como se ve, no nos sirve para entender en su plenitud los métodos de protección de los derechos humanos, y menos para establecer criterios de diferenciación procesal. Sin embargo, sí nos permite conocer y comparar los distintos órganos de protección de los diferentes sistemas normativos.

Veamos ahora, en un repaso veloz, cuáles son los distintos órganos jurisdiccionales de protección o promoción de los derechos humanos en las diferentes Constituciones.

En *España*, existen los cinco tipos de organismos, según la clasificación anterior: 1) El Tribunal Constitucional; 2) Los Tribunales ordinarios con el Tribunal Supremo a la cabeza, esto es, el Poder Judicial (Título VI, artículos 117 a 127); 3) Tribunales especiales (Tribunal Fiscal Administrativo, Tribunal de Cuentas —art. 136—, Consejo de Estado —art. 107—, Tribunales de las Comunidades Autónomas, etc.); 4) Tribunales y organismos internacionales (Comisión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos con jurisdicción obligatoria); 5) Otros organismos (El Defensor del Pueblo —art. 54—; El Ministerio Fiscal —art. 124—).

Argentina sólo conoce los Tribunales ordinarios del Poder Judicial de la Nación, encabezados por la Corte Suprema de Justicia. Esto a nivel Federal (de la Nación). A nivel Estatal, cada "Provincia" tiene su propia administración de justicia (según el modelo federal norteamericano), y cuyas decisiones pueden apelarse ante la Corte Suprema mediante el "recurso extraordinario". Hay también jurisdicción militar, aunque la Constitución no establece en alcances. Argentina reconoce (a partir de 1984) la jurisdicción obligatoria de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En *Brasil* los órganos jurisdiccionales, enmarcados todos dentro del Poder Judicial, son el Supremo Tribunal Federal, la Corte Federal de Apelaciones, los jueces federales, la Corte y los jueces Militares, la Corte y los Jueces Electorales, Tribunales y Jueces de Trabajo, y los Tribunales y jueces Estatales (no Federales) —ver arts. 112 a 144—. Algunos de estos Tribunales son especiales (v.g. el Tribunal Militar, el Tribunal Electoral), a los que hay que agregar el Tribunal Contencioso Administrativo a que hace referencia el art. 111 constitucional. Existe también, aunque sin funciones específicas relativas a los derechos fundamentales, un Ministerio Público como organismo distinto y separado del Poder Judicial (arts. 94 a 96 y 126). Brasil no ha reconocido la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Colombia tiene, en principio, dos tipos de jurisdicción: la ordinaria y la contencioso-administrativa, como una jurisdicción especial y distinta. La primera está encabezada por la Corte Suprema de Justicia (que además funciona como órgano concentrado de justicia constitucional —título XX, arts. 214 a 217—), regulada en el título XV "De la Administración de Justicia" (arts. 117 a 164); y la segunda, encabezada por el "Consejo de Estado" (título XIII, arts. 136 a 141). Existen a su vez, las Cortes Nacionales o Tribunales Militares (art. 170). Otros organismos con funciones jurisdiccionales son el Ministerio Público (arts. 142 a 146), y la Contraloría General de la República (arts. 59 y 60 con funciones fiscales y de control financiero público). Colombia reconoce a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su jurisdicción obligatoria.

En *Costa Rica* existen cuatro tipos de organismos: 1) los tribunales ordinarios del Poder Judicial, encabezados por la Corte Suprema de Justicia (que además funciona como órgano concentrado de justicia constitucional —art. 10—) regulados en el Título XI, arts. 152 al 67. Dentro de la organización del Poder Judicial funciona la jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 153 y 49). 2) Tribunales Especiales: el

"Tribunal Supremo de Elecciones" que funciona como un Poder independiente del Estado y con funciones jurisdiccionales exclusivas en materia electoral (incluidas las constitucionales), y regulado en el artículo 9 y en los artículos 99 a 104. También existe el "Tribunal de Servicio Civil" y un "Tribunal Fiscal Administrativo" creados por ley, como Tribunales de tipo administrativo. No hay jurisdicción militar. 3) Otros organismos son: La "Contraloría General de la República" (arts. 183 y 184) con funciones de control financiero; la "Procuraduría de Derechos Humanos", creados por ley, con funciones de ombudsmán; pero adscrita a la "Procuraduría General de la República"; y también el "Ministerio Público", como ministerio fiscal adscrito y nombrado por la Corte Suprema de Justicia, creado en virtud de ley.

Costa Rica reconoce la jurisdicción obligatoria de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esta última es su sede.

Ecuador tiene un Tribunal de Garantías Constitucionales distinto del Poder Judicial, aunque con funciones más similares a las del Defensor del Pueblo Español, que a las de un verdadero Tribunal Constitucional (arts. 140 a 142). Los Tribunales Ordinarios u "Organos de la Función Jurisdiccional" encabezados por la Corte Suprema de Justicia, están también compuestos por el Tribunal Fiscal y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (arts. 98 a 108). El Tribunal Supremo Electoral es un órgano jurisdiccional distinto (art. 109), al igual que la Procuraduría General del Estado (arts. 113 a 116) con funciones electorales, de ministerio público o fiscales, y de control financiero respectivamente. Ecuador reconoce la jurisdicción obligatoria de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En Honduras los órganos jurisdiccionales dentro del Poder Judicial (arts. 3003 a 320) están encabezados por la Corte Suprema de Justicia (que tiene control concentrado de la Constitucionalidad de las leyes —artículos 184 a 186—). Al Poder Judicial le corresponde conocer del Amparo, del Hábeas Corpus y de lo Contencioso-Administrativo (arts. 182, 183, 318). Tribunales especiales son el "Tribunal Nacional de Elecciones" como órgano jurisdiccional autónomo e independiente con competencia exclusiva en materia electoral (arts. 51 a 54). Otros organismos son: la "Contraloría General de la República" con funciones de control financiero de los entes públicos (arts. 222 a 227); la Procuraduría General de la República (asesoría y representación legal de la Administración Pública —arts. 232 a 234—). El artículo 275 se refiere a los Tribunales Militares. Honduras ha reconocido la jurisdicción obligatoria de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

México sólo reconoce los tribunales ordinarios del Poder Judicial de la Federación, encabezados por la Suprema Corte de Justicia (arts. 94 a 107). Esto a nivel federal. A nivel de cada Estado existen órganos jurisdiccionales y administraciones propias, aunque sus decisiones siempre pueden llegar a conocerse por el Poder Judicial de la Federación. Hay también tribunales administrativos (en materia contencioso administrativa) distintos del Poder Judicial (art. 104. I, párrafo 2º), como el Tribunal Administrativo del Distrito Federal de México. Como organismo dependiente del Ejecutivo, funciona el "Ministerio Público de la Federación" presidido por el Procurador General de la República (art. 102) con funciones de asesoría jurídica del gobierno y de Ministerio Fiscal en los asuntos penales y algunos otros. México reconoce a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero no su jurisdicción obligatoria.⁽⁶⁾

En Perú, al igual que en España, existen cinco tipos de organismos:

- 1) El tribunal de Garantías Constitucionales (tribunal constitucional según el modelo europeo-kelseniano de justicia constitucional —arts. 296 a 304—.
- 2) Los Tribunales ordinarios encuadrados dentro del Poder Judicial, con la Corte Suprema de Justicia a la cabeza (arts. 232 a 244), que tiene atribuciones en materia de control de constitucionalidad, de Hábeas Corpus, de Amparo y de lo Contencioso Administrativo. Funciones que también corresponden, excepto la última, al Tribunal de Garantías Constitucionales. Existe además un órgano distinto: el Consejo Nacional de la Magistratura (arts. 245 a 249).
- 3) Tribunales Especiales: El Jurado Nacional de Elecciones (arts. 286 a 294) y la jurisdicción militar a que hace referencia el artículo 282.
- 4) Otros organismos: El Ministerio Público que tiene entre sus funciones, la de ejercer como "Defensor del Pueblo" (arts. 250 y 251) y la fiscalía.
- 5) Tribunales Internacionales: el Perú reconoce la jurisdicción obligatoria de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

(6) En México para que la jurisprudencia sea de recibo (obligatoria) se necesita el pronunciamiento reiterado e ininterrumpido de cinco fallos en un mismo sentido, por una determinada mayoría de votos. (Ver art. 94, párrafo 5º).

Uruguay tiene, al igual que Colombia, en principio, dos tipos de jurisdicción: la ordinaria y la Contencioso Administrativa. La primera representada por el Poder Judicial, encabezado por la "Suprema Corte de Justicia", que además funciona como órgano concentrado de justicia constitucional, —arts. 233 a 261—. El segundo representado por el "Tribunal de la Contencioso-Administrativo" (arts. 309 a 321). Existen además tres órganos jurisdiccionales especiales: La Corte Electoral con funciones exclusivas en materia electoral (arts. 322 a 328); el Tribunal de Cuentas (arts. 208 a 213) y la jurisdicción militar (por cierto, bastante restringida) —art. 253—. Uruguay reconoce la jurisdicción obligatoria de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los órganos jurisdiccionales *venezolanos* están enmarcados dentro del Poder Judicial (arts. 204 a 222), encabezado por la Corte Suprema de Justicia a la que corresponde el control concentrado de la constitucionalidad de los actos estatales —arts. 211 a 216—. Existe además un "Consejo de la Judicatura" (art. 217), un Ministerio Público (arts. 216 a 222) que tiene entre sus funciones la de velar por el respeto a los derechos y garantías constitucionales; la "Contraloría General de la República" (arts. 234 a 238). La jurisdicción contencioso-administrativa (art. 206), el Hábeas Corpus, (Trans. 5º) y el Amparo (Art. 49) corresponde conocerlos a los órganos del Poder Judicial. No se hace referencia expresa a la jurisdicción militar. Venezuela reconoce la jurisdicción obligatoria de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

B) Según los derechos protegidos

Otro método de clasificación de los instrumentos de protección puede basarse en los distintos derechos protegidos o a proteger. Este método permitirá conocer qué instrumentos se tienen a disposición de los ciudadanos para proteger cada uno de sus derechos constitucionales, en cada uno de los países. La distinción más corriente sería entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Pero dentro de los primeros (DCP) habría que establecer diferencias entre la protección de la libertad e integridad personal (generalmente protegidas por el Hábeas Corpus), los derechos de reunión y manifestación (con métodos especiales de protección en países como España), los derechos civil-económicos de propiedad y de libertad de empresa (como los métodos de protección frente a las expropiaciones y contra los monopolios), los métodos de protección de los derechos al honor, la imagen y la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones y del domicilio (como los procesos por injurias, calumnias, difamación,

etc...), los otros derechos civiles (generalmente el "Amparo") y los derechos políticos (generalmente, con métodos propios y organismos autónomos de protección, en virtud de su carácter de derechos de participación y de su relación con los partidos políticos, la libertad de expresión, de reunión y de asociación).

Dentro de los derechos económicos, sociales y culturales puede distinguirse entre los *derechos laborales* (de sindicalización, jornada laboral, igualdad laboral y huelga), los derechos culturales y educativos, los civil-económicos, y los otros derechos económicos y sociales. Por ejemplo, en España los derechos de libre sindicalización y huelga (artículo 28) y de educación y cultura (artículo 27), son susceptibles de protección mediante el Amparo ordinario y constitucional (arts. 53.2, art. 161.1.b, LOTC, LEY 62/78 de protección de los derechos fundamentales), mientras que los otros derechos económicos-sociales no tienen tal sistema de protección.

C) Según los sujetos legitimados

A partir de los sujetos activos legitimados es posible también clasificar y analizar los instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos. Hay mecanismos de protección donde están legitimados para interponerlos solamente los poderes y entes públicos afectados (criterio más restrictivo). Este es el caso del recurso de inconstitucionalidad en los sistemas español, ecuatoriano y peruano, ante los respectivos tribunales constitucionales. También es el caso de los vetos del Ejecutivo por razones de inconstitucionalidad en países como Colombia, Costa Rica y Uruguay.

Otros mecanismos de protección establecen criterios más amplios de legitimación. Los que reconocen la "*acción popular*" (Colombia, Perú, Venezuela) legitiman a todos (entes públicos, privados y particulares) para interponer o impulsar tales procedimientos de protección constitucional, independientemente de si son o no los afectados.

La mayoría de los sistemas de protección reconocen la legitimación procesal activa solamente a *los afectados o a las "víctimas"* (para usar la terminología del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Afectados que pueden serlo en sus derechos subjetivos, o solamente en sus intereses legítimos (España, art. 24; Costa Rica, art. 49) o "directos" (España, Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956).

Este sistema de clasificación no nos permite hacer una verdadera distinción entre los sistemas procesales de protección de los derechos fun-

damentales. Sin embargo, es muy útil tenerlo en cuenta al analizar los instrumentos de protección de los derechos en cada sistema normativo, sobre todo porque a partir de un tipo de legitimación tan amplia como la "acción popular" se puede construir un sistema autónomo de protección denominado, precisamente, "acción popular".

D) *Según los actos que menoscaben o violen los derechos humanos*

Un muy completo sistema de clasificación de los distintos mecanismos de protección de los derechos fundamentales, es aquel basado en los diferentes correctivos existentes en cada sistema normativo para cada uno de los posibles actos que los menoscaben o violen. Ello nos permite conocer y analizar críticamente los ordenamientos jurídicos y la eficacia de la protección procesal y jurisdiccional. También nos permite diferenciar los sistemas procesales no en virtud del nombre que adoptan constitucionalmente, sino de la verdadera función que ocupan en cada ordenamiento jurídico, sin tener que aislarlos de otros mecanismos de protección paralelos y complementarios.

Este sistema de clasificación estaría basado en dos elementos: 1) el tipo de acto violatorio de que se trate, 2) el órgano o la persona de los que provienen tales actos.

De aquí se construye una distinción de los instrumentos aplicables como métodos correctivos, a cada acto diferente. La clasificación se construirá según nuestro entender así:

- 1) *Frente a actos legislativos* (leyes, decretos-leyes, tratados internacionales). Aquí se analizan no sólo los actos (leyes) dictadas por los poderes u órganos legislativos parlamentarios (Senados, Cámaras de Diputados, Asambleas Legislativas, Nacionales, federales, estatales, provinciales o de las comunidades autónomas y de las regiones, etc...). sino también los actos emanados por otros poderes públicos (Poder Ejecutivo, Presidente, Gobierno, Gabinete, Municipalidades o ayuntamientos) que tengan rango y fuerza de ley. Los tratados internacionales si bien no son actos legislativos en sentido estricto, sino actos internacionales aprobados por los órganos legislativos (generalmente) y ratificados por los órganos ejecutivos, sí tienen a nivel interno rango similar o superior a la ley, pero inferior a las respectivas Constituciones. Esto, independientemente de que a nivel internacional están por encima, jurídicamente, de las Constituciones nacionales, y que en caso de conflicto entre ambos órdenes normativos, rige el tratado internacional.

Por otro lado, se excluyen los actos administrativos y jurisdiccionales de las Cámaras Legislativas, en tanto no ostenten el rango de leyes.

- 2) *Frente a normas generales del Poder Ejecutivo* como Reglamentos de las leyes, reglamentos autónomos, decretos ejecutivos, etc... Aquí el control debe incluir tanto el de constitucionalidad como, sobre todo, el de legalidad, en virtud de que tales normas de alcance general deben estar y están subordinadas a la ley. (Si no lo estuvieran, serían decretos-legislativos o decretos-leyes).
- 3) *Frente a actos judiciales*. Aquí se incluyen exclusivamente, los actos o resoluciones jurisdiccionales de los órganos judiciales. No así los "actos administrativos" de carácter jurisdiccional como los dictados en virtud del agotamiento de la vía administrativa o gubernativa. Tampoco se incluyen los actos legislativos o administrativos de los órganos judiciales. Esto es, se excluyen actos o resoluciones no desarrollados dentro de un proceso jurisdiccional.
- 4) *Frente a actos "administrativos" del poder central y de sus funcionarios*. (Cuando sus actos sean imputables al Estado, es decir, cuando tales funcionarios o autoridades públicas, actúan: a) en el ejercicio de su cargo, b) con ocasión del ejercicio de sus funciones, o c) con los medios que pone a su disposición el cargo que ostentan). Tales actos administrativos en sentido estricto excluyen, para estos efectos, las normas de alcance general de los poderes del Estado. Esto no significa, que tales normas pierden, para efectos del proceso (contencioso) administrativo, el carácter de actos administrativos.
- 5) *Frente a los actos o normas de otros entes públicos y de sus funcionarios* (cuando tales actos sean imputables a los entes públicos). Aquí se incluirían todos los procedimientos de protección puestos a disposición de los ciudadanos para enfrentar la inconstitucionalidad o ilegalidad de los órganos o entes descentralizados (con personalidad jurídica distinta del Poder Central o Estado en sentido restrictivo) en virtud del territorio (Estados, Comunidades Autónomas, Provincias, Regiones, Corregimientos, Cantones, Municipios, etc...) o de sus funciones (la Seguridad Social, entes o empresas públicas, instituciones autónomas, etc...).
- 6) *Frente a actos de los particulares y de los funcionarios (en la parte en que no sean imputables exclusivamente al Estado y a sus Entes Públicos)*. Aquí se incluirían también los actos de las empresas privadas o mercantiles del Estado. Los métodos de protección frente a estos actos de los particulares o de los funcio-

narios serían lo que establecerían, sobre todo, las responsabilidades patrimoniales (también llamadas civiles) y penales de sus autores.

Esta clasificación como se ve, es muy útil, pero deja por fuera ciertos métodos de protección que están instituidos por razón de su especialidad (como el amparo de libertad personal o "Hábeas Corpus"), o su forma de tratamiento de los casos y de los problemas (por ejemplo, los Defensores del Pueblo u Ombudsman, etc.). También deja por fuera a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, que no deben ser, en principio, excluidos.

Tiene, sin embargo, la virtualidad de distinguir y evitar confusiones en la comparación entre los distintos sistemas normativos y de protección. Así, por ejemplo, se evita confundir el "Amparo" mexicano con el español, el argentino o el peruano. El anterior "Hábeas Corpus" peruano (que era en realidad un método de protección de todos o de un amplio número de derechos constitucionales asimilable al amparo costarricense) es, por ejemplo, totalmente diverso al tradicional "Hábeas Corpus" de Costa Rica, Honduras, Venezuela, Ecuador, Argentina, Uruguay, Brasil y hasta de la misma España.

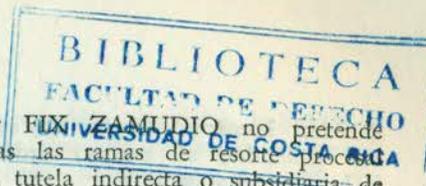
E) Según el grado de especificidad

Es posible también clasificar los remedios o instrumentos procesales según el grado de inmediatez y de especificidad de cada uno de ellos con respecto a los derechos fundamentales. Es el sistema, en general, más utilizado, y es el que sigue amplia y profusamente FIX ZAMUDIO⁽⁷⁾. Sistema al que HABA agrega algunas variantes⁽⁸⁾.

(7) Véase CAPPELLETTI (Mauro) "El control jurisdiccional de la Constitucionalidad de las leyes en el Derecho Comparado" en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 65, México, 1966, págs. 28 a 33. Ver también BREWER-CARIAS (A. R.), op. cit., pág. 51.

(8) De un trabajo reciente de CAPPELLETTI (M) tomamos estas ideas que citamos resumidas en extenso:

"Importa resaltar aquí la diferencia fundamental acaecida entre los sistemas de justicia constitucional que han adoptado en las últimas décadas numerosos países de Europa continental y los sistemas análogos de los países de common law. Es estos últimos, el control de constitucionalidad aparece como "descentralizado" o "difuso", es decir, confiado a todos los tribunales del país. Estos tribunales, con motivo de cualquier proceso tienen la facultad y la obligación de no aplicar a ese caso concreto las leyes u otros textos que consideren contradictorios con la higher law, es decir, la ley constitucional. Este control, por lo tanto, no quede



La clasificación presentada por FIX ZAMUDIO no pretende ser una exposición exhaustiva de todas las ramas de resorte procesal que pueden servir o utilizarse para la tutela indirecta o subsidiaria de los derechos humanos, sino únicamente de los instrumentos establecidos específicamente, o, al menos, los utilizados como tales, para la tutela procesal directa y precisa de dichos derechos. En tal virtud, los remedios procesales se dividen en: indirectos, complementarios y específicos.

Los remedios procesales indirectos son aquellos que están dirigidos a la protección de los derechos de carácter ordinario, pero que en una forma refleja pueden utilizarse también para la tutela de los

remitido a la exclusiva competencia de tribunales constitucionales especiales; es más el control no se lleva a cabo por procedimientos ad hoc, sino de forma incidental, en el transcurso de procesos ordinarios. Este control, el fin, no da lugar —al menos teóricamente— a una verdadera anulación, con efectos erga omnes, de la ley anticonstitucional, sino tan sólo a la inaplicación, este caso concreto, de la norma considerada inconstitucional. Sin embargo, hay que precisar de inmediato, a propósito de este tema, que en los países de common law, en virtud de la doctrina del stare decisi, todos los tribunales (o al menos todos los tribunales inferiores) quedan vinculados por la declaración de inconstitucionalidad de una norma realizada por un tribunal superior, a pesar de que esa declaración sea meramente incidental, con lo que ésta adquiere en la práctica valor erga omnes.

Al contrario, y salvo algunas excepciones de escaso interés para el objeto de nuestro estudio, los países de la familia romano-germánica europea han adoptado un modelo muy distinto de justicia constitucional. Este modelo, que impera en Europa, por lo que podemos denominarlo "europeo", consiste como ya se ha dicho, en la creación de nuevos tribunales constitucionales especiales. Se mantiene así el principio de que los jueces, más exactamente todos los otros jueces (civiles, penales y administrativos) están vinculados por la ley a la que únicamente controlan los nuevos tribunales especiales.

En otro lugar hemos estudiado la oportunidad de esta solución europea. Baste aquí recordar que las escasas y, habitualmente, muy breves experiencias de algunos países de tradición romano-germánica con el modelo "difuso" (o "americano", si se prefiere) de justicia constitucional —por ejemplo, la República de Weimar durante algún tiempo, o Italia de 1942 a 1956— no han sido especialmente alentadoras. Los jueces de la Europa continental son habitualmente magistrados de carrera, poco adecuados para asumir una tarea de control de las leyes, tarea que, como veremos es inevitablemente creadora y va mucho más allá de la mera función tradicional de ser "simples intérpretes" y "fieles servidores" de las leyes. Incluso la interpretación de las normas constitucionales, y en particular, la de su núcleo central, la declaración de los derechos fundamentales o Bill of Rights, difiere mucho de la de las leyes ordinarias; requiere una actitud difícilmente compatible con las tradicionales "debilidad y timidez" del juez del modelo continental".

CAPPELLETTI (M) Necesidad y legitimidad de la Justicia Constitucional", en el libro colectivo *Tribunales Constitucionales y Derechos Fundamentales en Europa*. Madrid, CEC 1984, págs. 600-604.

derechos humanos. Dentro de este tipo podemos encuadrar, en términos generales, al proceso ordinario-civil, penal, laboral, etc..., y a la justicia administrativa.

Por *instrumentos o remedios complementarios* se entienden todos aquellos que si bien no han sido diseñados para proteger los derechos humanos, pueden sin embargo utilizarse para sancionar violaciones a ellos, cuando las mismas se han perpetrado efectivamente. Fundamentalmente aparecen como remedios complementarios el juicio político o de responsabilidad de los altos funcionarios, cuando los mismos han infringido la Constitución y, particularmente, los derechos humanos, y las instituciones de la responsabilidad patrimonial del Estado, sus órganos y entes públicos, cuando su actividad ha ocasionado daños y perjuicios al afectar derechos humanos.

Finalmente, los *remedios procesales específicos* son aquellos que se han configurado expresamente para otorgar una protección rápida y eficaz a los derechos humanos, de manera directa y, por lo general, con efectos reparadores. Esto porque en dicha sede se entiende que no es suficiente la sanción de tales violaciones, sino que se requiere, además, la restitución al afectado en el goce de los derechos humanos infringidos. Estos instrumentos son conocidos también, en su conjunto como la Jurisdicción Constitucional de la Libertad, según la terminología de CAPPELLETTI.

En el campo de los remedios procesales específicos, destacan ciertos instrumentos que cumplen esta función directa de tutela. Ellos son: el Hábeas Corpus (para la protección de la libertad individual y de tránsito); el Recurso de Amparo (para la protección de los otros derechos humanos, distintos de la libertad personal y de tránsito, y dentro del cual se puede considerar incluido el Mandato de Seguridad brasileño); el Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las leyes (en cuanto éstas puedan afectar los derechos humanos del reclamante); y algunos medios de impugnación propios del derecho europeo (federal alemán, austríaco, suizo), así como la transformación de ciertos recursos tradicionalmente angloamericano en remedios específicos, aplicados ahora en otros países.

Del mismo modo, aún cuando no se consideran como instrumentos procesales en sentido estricto, también pueden ubicarse dentro del sector de los remedios específicos o de tutela directa de los derechos humanos, la institución denominada Prokuratura en los países socialistas y la del Ombudsman de los países escandinavos.

Por su parte, HABA señala que la protección de los derechos humanos se puede lograr por instrumentos procesales de cuatro tipos, de los cuales unos son más y otros son menos específicos para ga-

rantizar la vigencia de aquellos. Los remedios procesales indirectos a que se refiere FIX ZAMUDIO son "*los remedios procesales ordinarios*" a que se refiere HABA y que define como aquellos que se hacen presentes en distintos tipos de procesos —civiles, penales, laborales, administrativos, etc.— con el objeto de cautelar intereses corrientes, no exclusivamente derechos humanos, pero bien puede ocurrir que en su caso, por medio de esta tutela es estén protegiendo también derechos humanos⁽⁹⁾.

Dentro de estos instrumentos podemos encuadrar, en términos generales, el proceso ordinario, civil, penal, laboral, etc..., y a la justicia administrativa.

El segundo tipo de protección (remedio procesal) es el que HABA denomina con el nombre genérico de instrumentos procesales complementarios, a los cuales se refiere FIX ZAMUDIO como *instrumentos o remedio complementarios*.

"Estos existen —señala HABA— para sancionar específicamente la violación de derechos humanos. Son medios accesorios con respecto a estos derechos especiales; pero dichos instrumentos tienen la particularidad de que no están destinados a protegerlos en su ejercicio mismo sino que imponen sanciones una vez que ha sido cometida ya la violación, por ejemplo, es el caso del juicio político y en general de las sanciones que hacen responsables a los funcionarios públicos por aquellas violaciones, para lo cual a veces están previstos trámites o competencias especiales"⁽¹⁰⁾. Asimismo, nosotros los hemos definido como aquellos que si bien no han sido diseñados para proteger los derechos humanos, pueden, sin embargo, utilizarse para sancionar violaciones a los mismos, cuando tales se han perpetrado efectivamente. Fundamentalmente aparecen como remedios complementarios, los juicios políticos o de responsabilidad de los altos funcionarios, cuando los mismos han infringido la Constitución y cuando, particularmente, los derechos humanos; así como las instituciones de la responsabilidad civil y penal de los funcionarios y del Estado, sus órganos, empresas y entes públicos, cuando su actividad ha ocasionado daños y perjuicios al afectar los derechos humanos.

En tercer lugar, el conjunto que FIX ZAMUDIO llama remedios procesales específicos, HABA los subdivide en instrumentos procesales de control constitucional e instrumentos procesales específicos.

Según HABA, *los instrumentos procesales de control constitucional* son aquellos mecanismos diseñados para evitar que los órganos estatales creadores de normas jurídicas se excedan en sus atribuciones. Aquí

(9) En México para que la jurisprudencia sea de recibo (obligatoria) se necesita el pronunciamiento reiterado e ininterrumpido de cinco fallos en un mismo sentido, por una determinada mayoría de votos. Ver art. 94, párrafo 5°).

se inscriben todas las opciones o recursos para cautelar que las leyes, los Reglamentos o los decretos respeten la jerarquía del ordenamiento jurídico y, en particular, la jerarquía constitucional, lo cual puede servir también para evitar que esas normas afecten los derechos humanos⁽¹¹⁾.

Por su parte, *los instrumentos procesales específicos* se ejemplifican perfectamente en el Hábeas Corpus, el Amparo, etc...

A nuestros fines, interesa sobre todo analizar los llamados "medios procesales específicos", según la terminología de FIX ZAMUDIO.

El criterio de clasificación que preferimos resulta de la combinación de los dos anteriores, esto es, de la clasificación de los mecanismos internos de protección de los derechos humanos según el tipo de acto que los viole o menoscabe, y el basado en el grado de especificidad de tales mecanismos.

Así, nosotros dividimos el tema de la protección de los derechos fundamentales en seis grandes apartados:

1) La función jurisdiccional en general. Dentro de este aspecto estudiamos los órganos jurisdiccionales y el Poder Judicial en las distintas constituciones; las normas sobre independencia, elección de miembros, incompatibilidades, composición, funciones en general, etc.

2) Supremacía y control de constitucionalidad de las leyes y de otros actos estatales normativos.

3) Control de constitucionalidad y legalidad de las resoluciones judiciales, tales como la Casación en la mayoría de los países.

4) Los mecanismos específicos de protección: el Hábeas Corpus, el Amparo, el Mandamiento de Seguridad, la acción popular, etc.

5) El control de legalidad de normas y actos administrativos (en particular, el contencioso administrativo).

6) Otros medios no judiciales de protección de los derechos fundamentales en las constituciones y en las leyes. Defensores del Pueblo, Ombudsman, comisiones gubernamentales de derechos humanos, procuradurías de derechos humanos, fiscalías generales, Contralorías Generales en cuanto tengan asignado constitucional o legalmente, la vigilancia del respeto a los derechos fundamentales.

Sin embargo, para el presente estudio reducimos el análisis al esquema de clasificación de los instrumentos según los actos que menoscaban los derechos fundamentales.

MECANISMOS DE PROTECCION SEGUN LOS ACTOS QUE MENOSCABEN O ALTEREN LOS DERECHOS HUMANOS

A.—Frente a los actos legislativos

B.—Frente a normas generales del Poder Ejecutivo

C.—Frente a actos judiciales

D.—Frente a actos administrativos (no normativos) del Poder Central y de los Entes Públicos

E.—Frente a los actos de los particulares y de los funcionarios cuando sus actos no sean imputables al Estado

**CLASIFICACION DE LOS MECANISMOS DE PROTECCION
DE LOS DERECHOS HUMANOS SEGUN LOS ACTOS
QUE LOS MENOSCABEN O VIOLAN**

	ARGENTINA	BRASIL
<i>Frente a actos legislativos</i> (leyes, decretos-leyes, tra- ternacionales, etc.)	<i>Revisión Judicial de la constitucionalidad</i> Control difuso Efectos particulares de la sentencia	<i>Revisión judicial de la constitucionalidad</i> Control difuso Efectos particulares de la sentencia
<i>Frente a normas generales del Poder Ejecutivo</i> (Reglamentos, Decretos)	<i>Constitucionalidad:</i> Revisión Judicial difusa ¿Amparo?	<i>Constitucionalidad:</i> Revisión judicial difusa ¿Mandado de Seguridad?
	<i>Legalidad:</i> Control difuso y contencio- sioso administrativo (P. Judicial)	<i>Legalidad:</i> Control difuso y contencio- sioso administrativo (P. Judicial)
<i>Frente a actos judiciales</i>	<i>Constitucionalidad:</i> Recurso extraordinario de constitucionalidad	<i>Constitucionalidad:</i> Recurso extraordinario de constitucionalidad
	<i>Legalidad:</i> Recurso de Casación	<i>Legalidad:</i> Recurso de Casación ¿Mand. de Seguridad?
<i>Frente a actos administrativos del Poder Central y descentralizado</i>	<i>Constitucionalidad:</i> Amparo (subsidiaria- mente) y Rev. Judicial difusa	<i>Constitucionalidad:</i> Mandado de Seguran- ga y Revisión Judicial difusa
	<i>Legalidad:</i> Rev. Judicial y Contencio- sioso Administrativo (P. Judicial)	<i>Legalidad:</i> Rev. Judicial y Contencio- sioso Administrativo (P. Judicial)
<i>Frente a actos de los particulares</i> (incluidos los actos de funcionarios que no sean imputables al Estado)	<i>Proceso ordinario:</i> Penal, civil, laboral, familia, etc. <i>Amparo</i> (subsidiariamente) Casación (Rev. Jud.)	<i>Proceso ordinario:</i> Penal, civil, laboral, familia, etc. Casación (Rev. Jud.)
<i>Para libertad personal</i>	<i>Hábeas Corpus</i>	<i>Hábeas Corpus</i>
<i>Otros medios de protección</i>
<i>Jurisdicción Internacional</i>	<i>Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos</i>

CLASIFICACION . . . (Cont.)

	COLOMBIA	COSTA RICA
<i>Frente a actos legislativos</i> (leyes, decretos-leyes, in- ternacionales, etc.)	<i>Revisión judicial concentrada</i> Efectos erga omnes <i>Revisión judicial difusa</i> Efectos particulares	<i>Revisión judicial concentrada</i> (Corte Suprema de Justicia) Efectos erga omnes Recurso de inconst.
<i>Frente a normas generales del Poder Ejecutivo</i> (Reglamentos, Decretos)	<i>Constitucionalidad:</i> Revisión judicial concentrada y difusa	<i>Constitucionalidad:</i> Revisión judicial concentrada (P. Judicial)
	<i>Legalidad:</i> Contencioso Administra- tivo, concentrado en el Consejo de Estado	<i>Legalidad:</i> Contencioso Administrativo (P. Judicial)
<i>Frente a actos judiciales</i>	<i>Recurso de Casación</i> (Poder Judicial)	<i>Recurso de casación</i> (Legalidad y constitucio- nalidad en apreciación he- chos y aplicación derecho)
<i>Frente a actos administrativos del Poder Central y descentralizado</i>	<i>Constitucionalidad:</i> Rev. Judicial difusa y concentrada en el Consejo de Estado	<i>Constitucionalidad:</i> Recurso de Amparo <i>Legalidad:</i> Contencioso Administrativo (P. Judicial)
<i>Frente a actos de los particulares</i> (incluidos los actos de funcionarios que no sean imputables al Estado)	<i>Proceso ordinario:</i> Penal, civil, laboral, familia, etc. Casación (Rev. Jud.)	<i>Proceso ordinario:</i> Penal, civil, laboral, familia, etc. Casación (Rev. Jud.)
<i>Para libertad personal</i>	<i>¿Hábeas Corpus?</i>	<i>Hábeas Corpus</i>
<i>Otros medios de protección</i>	<i>Acción Popular</i> Defensor Der. Humanos ¿Ministerio Público?	<i>Defensor Derechos Humanos</i> <i>Procurador de Derechos Humanos</i>
<i>Jurisdicción Internacional</i>	<i>Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos</i>	<i>Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos</i>

CLASIFICACION . . . (Conf.)

	ECUADOR	HONDURAS
Frente a actos legislativos (leyes, decretos-leyes, internacionales, etc.)	Revisión jud. difusa de constitucionalidad Efectos particulares Revisión concentrada: Trib. Garantías Constitucionales + Parlamento	Revisión judicial concentrada Efectos erga omnes Rev. Judicial difusa Efectos parts. (art. 315) ¿Amparo? (art. 183.2)
Frente a normas generales del Poder Ejecutivo (Reglamentos, Decretos)	Constitucionalidad: Revisión judicial difusa Legalidad: Contencioso Administrativo (P. Judicial) Rev. Judicial difusa	Constitucionalidad: Revisión judicial concentrada y difusa ¿Amparo? Legalidad: Contencioso Administrativo (P. Judicial) Rev. Judicial difusa
Frente a actos judiciales	Recurso de casación (Legalidad y constitucionalidad en apreciación hechos y aplicación derecho)	Recurso de casación (Legalidad y constitucionalidad en apreciación hechos y aplicación derecho)
Frente a actos administrativos del Poder Central y descentralizado	Constitucionalidad: Rev. Judicial difusa Legalidad: Contencioso Administrativo (P. Judicial)	Constitucionalidad: Recurso de Amparo Legalidad: Contencioso Administrativo (P. Judicial)
Frente a actos de los particulares (incluidos los actos de funcionarios que no sean imputables al Estado)	Proceso ordinario: Penal, civil, laboral, familia, etc. Casación (Rev. Jud.)	Proceso ordinario: Penal, civil, laboral, familia, etc. Casación (Rev. Jud.) ¿Amparo?
Para libertad personal	Hábeas Corpus	Hábeas Corpus
Otros medios de protección	Defensor Derechos Humanos Tribunal de Garantías Constitucionales
Jurisdicción Internacional	Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos	Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos

CLASIFICACION . . . (Conf.)

	MEXICO	PERU
Frente a actos legislativos (leyes, decretos-leyes, internacionales, etc.)	Amparo frente a leyes (P. Judicial) (Rev. Jud. difusa) Efectos particulares	Control concentrado: Tribunal de Garantías Constitucionales Efectos Erga Omnes Revisión judicial difusa (art. 236)
Frente a normas generales del Poder Ejecutivo (Reglamentos, Decretos)	Constitucionalidad: Amparo Legalidad: Amparo y contencioso (P. Judicial y Tribs. Administrativos esps.)	Constitucionalidad: Acción popular (295) Revisión judicial difusa (art. 236) Legalidad: Contencioso Administrativo (art. 240) Poder Judicial
Frente a actos judiciales	Amparo casación (Legalidad y constitucionalidad en apreciación hechos y aplicación derecho)	Constitucionalidad: Amparo (295) (Trib. de Gars. Consts.) Legalidad: Recurso de casación Poder Judicial
Frente a actos administrativos del Poder Central y descentralizado	Constitucionalidad: Amparo Legalidad: Rev. Judicial difusa y cont. administrativo (P. Judicial)	Constitucionalidad: Amparo Acción popular (295) Legalidad: Contencioso Administrativo (art. 240) P. Judicial
Frente a actos de los particulares (incluidos los actos de funcionarios que no sean imputables al Estado)	Proceso ordinario: Penal, civil, laboral, familia etc. ¿Amparo?	Proceso ordinario: Penal, civil, laboral, familia, etc. Amparo Casación (Rev. Jud.)
Para libertad personal	Amparo de libertad	Hábeas Corpus (Art. 295)
Otros medios de protección	Acción popular Defensor Derechos Humanos Ministerio Público (250)
Jurisdicción Internacional	Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos	Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos

CLASIFICACION . . . (Cont.)

URUGUAY

VENEZUELA

<i>Frente a actos legislativos</i> (leyes, decretos-leyes, internacionales, etc.)	<i>Revisión judicial concentrada en el órgano supremo del P. Judicial</i> Efectos particulares	<i>Revisión judicial concentrada en el órgano supremo del P. judicial</i> Efectos erga omnes Recurso de inconst.
<i>Frente a normas generales del Poder Ejecutivo</i> (Reglamentos, Decretos)	<i>Constitucionalidad:</i> Revisión judicial concentrada <i>Legalidad:</i> Contencioso administrativo, concentrado en Tribunal especial C. A.	<i>Constitucionalidad:</i> Revisión judicial concentrada ¿Amparo? (art. 46) <i>Legalidad:</i> Contencioso Administrativo (art. 114) Poder Judicial
<i>Frente a actos judiciales</i>	<i>Recurso de casación</i> (Legalidad y constitucionalidad en apreciación hechos y aplicación derecho) P. Jud.	<i>Recurso de casación</i> (Legalidad y constitucionalidad en apreciación hechos y aplicación derecho) P. Jud.
<i>Frente a actos administrativos del Poder Central y descentralizado</i>	<i>Contencioso Administrativo</i> concentrado en Tribunal especializado (Const. y legalidad)	<i>Constitucionalidad:</i> Revisión judicial concentrada (P. Judicial) <i>Legalidad:</i> Contencioso Administrativo (art. 207) P. Judicial
<i>Frente a actos de los particulares</i> (incluidos los actos de funcionarios que no sean imputables al Estado)	<i>Proceso ordinario:</i> Penal, civil, laboral, familia, etc. Casación (Rev. Jud.)	<i>Proceso ordinario:</i> Penal, civil, laboral, familia, etc. Casación (Rev. Jud.) ¿Amparo?
<i>Para libertad personal</i>	<i>Hábeas Corpus</i> (Arts.)	<i>Hábeas Corpus</i> (Transitorio 5º)
<i>Otros medios de protección</i>	<i>Acción popular</i> Defensor Derechos Humanos: <i>Ministerio Público</i>
<i>Jurisdicción Internacional</i>	<i>Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos</i>	<i>Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos</i>

CLASIFICACION . . . (Cont.)

ESPAÑA

<i>Frente a actos legislativos</i> (leyes, decretos-leyes, internacionales, etc.)	<i>Control concentrado:</i> <i>Tribunal Constitucional.</i> Efectos erga omnes Legitimación limitada Amparo frente a leyes
<i>Frente a normas generales del Poder Ejecutivo</i> (Reglamentos, Decretos)	<i>Constitucionalidad:</i> Contencioso Administrativo especial (Ley 78) y Amparo (Ley LOTC) <i>Legalidad:</i> Contencioso Administrativo (Ley 56) Poder Judicial
<i>Frente a actos judiciales</i>	<i>Constitucionalidad:</i> Amparo (Trib. Const.) <i>Legalidad:</i> Recurso de casación Poder Judicial
<i>Frente a actos administrativos del Poder Central y descentralizado</i>	<i>Constitucionalidad:</i> Contencioso Administrativo especial (Ley 78) y Amparo (Ley LOTC) <i>Legalidad:</i> Contencioso Administrativo (Ley 56) P. Judicial
<i>Frente a actos de los particulares</i> (incluidos los actos de funcionarios que no sean imputables al Estado)	<i>Proceso ordinario:</i> Penal, civil, laboral, familia, etc. <i>Amparo</i> Casación (Rev. Jud.)
<i>Para libertad personal</i>	<i>Amparo</i> (Hábeas Corpus) (Art.)
<i>Otros medios de protección</i>	<i>Defensor del Pueblo</i> (Art. 54) "Ombudsman" Otros "ombudsman"
<i>Jurisdicción Internacional</i>	<i>Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos</i>

Este sistema, como apuntamos, está basado en los diferentes correctivos existentes en cada sistema normativo para cada uno de los posibles actos que menoscaben o violen los derechos humanos.

1) Frente a actos legislativos

En este caso se habla de control de constitucionalidad de los actos legislativos o de las leyes. Hay países con sistemas concentrados de control de constitucionalidad (Colombia, Costa Rica, Honduras, Perú, Uruguay, Venezuela, España), otros con sistemas "difusos" de control de constitucionalidad según el modelo norteamericano (Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, México y Perú). Hay países, como Colombia, Honduras, Perú y, en menor medida, Ecuador, que combinan ambos sistemas (el concentrado y el difuso) de control.

Dentro de los países que adoptan un sistema concentrado de protección hay muy importantes diferencias:

A) los que concentran la protección en un Tribunal Constitucional distinto del Poder Judicial (España, Perú, y, en alguna medida, Ecuador).

B) los que concentran el control de constitucionalidad en las Cortes o Tribunales Supremos de cada país (Colombia, Costa Rica, Honduras, Uruguay y Venezuela).

Todos los países con control concentrado de constitucionalidad (sea en el Tribunal Constitucional o en las Cortes Supremas) declaran la inconstitucionalidad con efectos anulatorios generales —*erga omnes*— sin efectos retroactivos (a excepción de los casos concretos que llevan a dilucidar la constitucionalidad de una ley o de un decreto con rango de ley). Sin embargo, en Uruguay la revisión judicial concentrado tiene efectos particulares —*intérpretes*— y no generales (véase el artículo 259 constitucional).

Hay sistemas donde el control concentrado de constitucionalidad aun teniendo efectos "*erga omnes*", no es un control abstracto de normas (como puede ocurrir en el caso español, peruano, colombiano, venezolano), sino un control referido a un caso concreto (Uruguay) o que sólo puede realizarse como incidente a partir de un proceso concreto ante los tribunales ordinarios (Costa Rica y, en algunos casos, Colombia, Honduras, Venezuela y España —en el caso de la cuestión de constitucionalidad—).

En los países en que opera la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes (o control difuso de constitucionalidad), corresponde a cualquier tribunal o juez del rango que sea, declarar la inaplicabilidad de una ley "inconstitucional" al caso concreto que se le presenta. La declaración de inconstitucionalidad (llamada aquí "inaplicación") de una norma con rango legal nace en virtud de un caso concreto y los efectos de la declaración sólo operan para las partes de tal proceso. Esto, por supuesto, sólo en principio, porque aun cuando corresponde a cualquier juez o tribunal decidir la cuestión de la inaplicabilidad de una ley, tales decisiones es normal que lleguen, en virtud de recursos extraordinarios, de casación o de apelación; ante los órganos superiores (Tribunales o Cortes Supremas) del Poder Judicial, que son en realidad los que deciden, en última instancia, la constitucionalidad o no de las normas con rango de ley. También hay que decir que los efectos interpartes de la inaplicación de una ley (en virtud de su choque con una norma constitucional) son relativos, pues gracias a un tipo de "*stare decisis*" (tomado del sistema norteamericano pero no en forma tan amplia) y del asentamiento de la jurisprudencia caso mexicano) de los Tribunales supremos; los efectos prácticos de la declaración de inaplicación por inconstitucionalidad, son generales —*erga omnes*—, aunque se insista en que sólo operan interpartes. Es el caso de Argentina, Brasil, México y Uruguay.

En los países donde se combinan el sistema concentrado y difuso de constitucionalidad (Colombia —art. 215—, Ecuador —art. 138.2—, Honduras —art. 315—, Perú —art. 236—), la inaplicación de la ley por un juez o tribunal o aun por las respectivas Cortes Supremas, opera exclusivamente con efectos interpartes por cuanto para este tipo de control difuso (en virtud de que existe otro concentrado en forma paralela) no son de recibo los principios del "*stare decisis*" o de la jurisprudencia obligatoria.

También el control de constitucionalidad de las leyes puede sobrevenir de un recurso o de una acción de "amparo". Es lo que en España y México se conoce como "Amparo frente a las leyes". Los efectos de tal amparo serían, en principio y mientras no sean ratificados por el pleno (en España) o por la jurisprudencia (en México), interpartes; esto es, sólo para resolver el caso concreto en que se plantea el amparo.

2) Frente a normas generales del Poder Ejecutivo (Decretos ejecutivos, reglamentos autónomos o de las leyes, etc...)

En este caso, los mecanismos de protección son tanto aquellos dirigidos a la corrección de la constitucionalidad de tales reglamentos, como al control de legalidad de los mismos.

Y esto porque la supremacía constitucional implica que no sólo las leyes se deben someter a la Constitución, sino que todos los otros actos estatales también deben someterse al texto fundamental. Puede ocurrir, que un reglamento del Ejecutivo vulnere un derecho fundamental recogido expresamente en la Constitución, pero puede ocurrir que tal vulneración sea mediata, esto es, vulnere a la Constitución por vulnerar a la ley que la desarrolla.

En los sistemas en que opera el control de constitucionalidad concentrado (en el órgano Supremo del Poder Judicial o en el Tribunal Constitucional) como Colombia, Costa Rica, Honduras, Perú, Uruguay, Venezuela y España; el control de la constitucionalidad de las normas generales del Poder Ejecutivo de llevar a cabo por muy distintos mecanismos. Así, en Costa Rica tal control viene a ser desarrollado por el mismo mecanismo que el del control de constitucionalidad de las leyes (artículo 10), mientras que el control de la legalidad de tales decretos o reglamentos es desarrollado por la jurisdicción contencioso-administrativa que opera dentro del Poder Judicial (artículos 49 y 153). Debe observarse, en este caso, que la jurisprudencia costarricense ha establecido el criterio de que si el acto normativo (o administrativo) que vulnera un derecho fundamental proviene de un decreto que desarrolla una ley que no ha sido declarada inconstitucional (y por lo tanto, en tal virtud, goza de la presunción de constitucionalidad), tal decreto debe ser impugnado en la vía contencioso administrativa y no mediante el Amparo (que sólo opera frente a actos concretos). Si la ley en que se funda el decreto se reputa inconstitucional, la vía de resolución de tal problema es impugnar la ley mediante el recurso de inconstitucionalidad (artículo 10).

En Uruguay tanto el control de constitucionalidad como de legalidad de los decretos del Poder Ejecutivo viene desarrollado, exclusivamente, por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo que opera como un órgano independiente del Poder Judicial (en lo que parece una combinación del sistema francés del "Consejo de Estado" y el propiamente judicial). El Tribunal Contencioso, al parecer, tiene competencia tanto para declarar la ilegalidad de tales decretos como la inconstitucionalidad. Aunque esta última competencia parece compartirla con la Suprema Corte de Justicia (por interpretación de los artículos 260 y 261).

En España el control de constitucionalidad de las normas generales del Gobierno se desarrolla mediante el Amparo ante el Tribunal Constitucional, una vez agotada la vía previa del contencioso administrativo especial (Ley 62/1978). El control de legalidad de tales decretos se ejerce mediante el contencioso administrativo ordinario (Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa de 1956) o

mediante el contencioso administrativo especial. Recuérdese que en España la Jurisdicción contencioso administrativa se ubica dentro de la organización del Poder Judicial.

En Venezuela, al igual que en Costa Rica, los medios de protección frente a las normas generales del Poder Ejecutivo se dividen según que el Decreto impugnado, lo sean por razones de inconstitucionalidad vendría a ser revisada por la Corte Suprema de Justicia (órgano concentrado de justicia constitucional), en virtud del inciso 6º del artículo 215. El control de legalidad se ejerce mediante el recurso contencioso administrativo de anulación ante los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, que funcionan dentro del Poder Judicial (artículo 206).

Colombia, Honduras, Perú, combinan el control concentrado con el control difuso de constitucionalidad. De esta manera, el control de la constitucionalidad de los decretos del Poder Ejecutivo se ejerce, interpartes, mediante la inaplicación por los órganos judiciales de los decretos que vulneran las disposiciones constitucionales (revisión judicial difusa).

En Colombia, además, existe un control concentrado de constitucionalidad que corresponde a la Corte Suprema de Justicia (artículo 214, Inc. 2º). También "corresponde a la jurisdicción contencioso administrativo —esto es, al Consejo de Estado colombiano— conceder de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los artículos 76, ordinales 11, 12, 80, 121 y 122 de la Constitución" (artículo 216). Esto respecto de la constitucionalidad de los decretos. Respecto de la legalidad, corresponde su examen a la jurisdicción contencioso administrativo que en Colombia desempeña el Consejo de Estado, que es un órgano independiente (al igual que en Francia) del Poder Judicial.

En Honduras la revisión de constitucionalidad de los decretos del Poder Ejecutivo corresponde y se desarrolla a través de la revisión judicial difusa (artículo 315), y mediante el Amparo (artículo 183.2). Al parecer, el control de legalidad se ejerce por la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 318).

En Perú, el control de la constitucionalidad de los decretos ejecutivos se ejerce mediante la revisión judicial por cualquier órgano de

la jurisdicción (control difuso —art. 236—), con efectos inter-partes. También es posible la tutela, tanto de la constitucionalidad como de la legalidad de las normas generales del Poder Ejecutivo, mediante el proceso llamado de "acción popular". "La acción popular, dice el art. 295.4, ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público". Al parecer, también es posible controlar la legalidad de tales decretos ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 240), que se encuentra dentro de las funciones del Poder Judicial.

Ecuador tiene un sistema sui-generis de control de constitucionalidad, como hemos advertido. Propiamente su sistema de protección se enmarca más en la revisión judicial de la constitucionalidad (control difuso) que en la revisión concentrada de justicia constitucional, pues aunque tiene un "Tribunal de Garantías Constitucionales", éste actúa más bien como auxiliar del parlamento en materia constitucional. De aquí que el control de la constitucionalidad de los decretos, al igual que el de las leyes, se ejerza por los órganos del Poder Judicial, mediante la inaplicación, inter-partes, de los decretos reputados inconstitucionales. La revisión judicial de la legalidad de tales decretos, se ejerce, al parecer, por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, enmarcados dentro de la organización del Poder Judicial, llamada de "la función Jurisdiccional" por la Constitución (ver art. 98).

Argentina, Brasil, México, tienen un sistema difuso de revisión judicial de constitucionalidad (judicial review) según el modelo norteamericano, aunque en México, en este aspecto como en otros, tal sistema viene diseñado y modificado por el Amparo.

En *Argentina* y *Brasil*, el control de la Constitucionalidad de los decretos del Poder Ejecutivo tiene el mismo sistema de inaplicación por parte de los órganos del Poder Judicial (y la Corte Suprema Argentina o Supremo Tribunal Federal-Brasil—), en última instancia, que el de la revisión de constitucionalidad de las leyes (en Brasil, ver art. 116). Esto es, se trata de una inaplicación, inter-partes, de los decretos reputados inconstitucionales. Sin embargo, en Brasil, compete exclusivamente al Senado "suspender la ejecución, en todo, o en parte, de leyes o decretos declarados inconstitucionales por decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal" (art. 42.VII). En *México*, este sistema opera a través de un tipo de "Amparo" que se asemeja en mucho, en este aspecto, al control judicial difuso (arts. 106, 107.II, 107.VII, 107.VIII, 107.IX y 103.1).

El control de la legalidad se ejerce en *Argentina* mediante el "Proceso Administrativo", pero más bien bajo el esquema de una revisión judicial genérica. Claro está, también existe un contencioso-administrativo, sobre todo a nivel provincial. El control de legalidad de tales normas generales del Poder Ejecutivo, se ejerce en *Brasil* mediante el Proceso Administrativo dentro de la revisión judicial genérica y del mandado de Segurança" (art. 153.21). Hay también un "Contencioso-administrativo" reconocido por la Constitución (art. 111) aunque, el parecer, no opera para el control de legalidad de las normas generales del Ejecutivo Federal.

En *México* el control de legalidad de los decretos del Ejecutivo se ejerce mediante un tipo de "Amparo" similar al Contencioso Administrativo (art. 104.IV y 107.IV). La Constitución hace referencia también al Contencioso Administrativo y a los Tribunales Administrativos (art. 104.I).

3) Frente a actos judiciales (resoluciones, sentencias)

En la mayoría de los sistemas jurídicos, el control de la constitucionalidad y legalidad de las resoluciones judiciales se ejerce ante los órganos supremos del Poder Judicial (en Colombia y Uruguay en determinados casos, ante el Consejo de Estado colombiano, y ante la jurisdicción contencioso administrativa uruguaya), mediante el "recurso de casación".

Si los jueces y tribunales inferiores, en la aplicación e interpretación de los hechos y el derecho, vulneran la Constitución o la legislación sobre la materia, es posible recurrir tales actos mediante la Casación ante los órganos supremos de la Jurisdicción de cada país. En *Argentina* (art. 101) y *Brasil* (art. 115.21) también se hace referencia, en el control de constitucionalidad, a sus recursos extraordinarios de constitucionalidad, además de sus respectivos mecanismos de "casación". En *Colombia* (art. 147), *Costa Rica* (art. 154, 156), *Ecuador* (art. 102), *Honduras*, *Uruguay* y en *Venezuela* (art. 68 y 215) la constitucionalidad y legalidad de los actos judiciales puede ser cuestionada ante sus respectivas Cortes Supremas. En todos estos países, no existe, al parecer, el recurso de inconstitucionalidad o de amparo frente a las resoluciones judiciales.

En *México*, la impugnación de las resoluciones judiciales se ejerce mediante el "Amparo", que para estos efectos opera en forma similar al recurso de casación de otros sistemas procesales (art. 107.III, y 107.V).

En *Perú*, además de la casación ordinaria (por razones, sobre todo, de ilegalidad) existe el amparo y Hábeas Corpus, cuando las resoluciones judiciales deniegan éstos, ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, una vez agotada la vía judicial (art. 298.2).

En *España*, al igual que en *Perú*, operan tanto la casación (control de legalidad) y el Amparo (Control de constitucionalidad) frente a los actos judiciales que vulneran los derechos fundamentales o del proceso y aún de los demás en cuanto al control de legalidad. El amparo se establece ante el Tribunal Constitucional, mientras que la Casación ante los órganos del Tribunal Supremo.

4 y 5) Frente a actos administrativos del Poder Central y de los entes públicos (y de sus funcionarios)

La protección de los derechos humanos frente a este tipo de actos se ejerce, en general, mediante el Amparo, la revisión judicial y el Contencioso-Administrativo.

En *Argentina*, el control de tales actos administrativos se ejerce mediante la revisión judicial genérica o mediante el proceso contencioso administrativo dentro de la revisión judicial, aunque mediante procedimientos diferentes. Subsidiariamente, de acuerdo con la ley, y cuando no haya otros mecanismos de protección a disposición del agraviado, opera el "Amparo" como método de protección. La jurisprudencia excluye, injustificada y hasta inconstitucionalmente, el control de los llamados actos políticos y de gobierno.

En *Brasil* el sistema más simple y completo de protección frente a tales actos, es el "mandato de Segurança" o amparo brasileño. También es posible tutelar al agraviado mediante la revisión ordinaria de los actos de autoridad o especial contencioso-administrativa. Así mismo opera la exclusión del control de los actos políticos o de gobierno (pero ello, a diferencia de *Argentina*, no tan claramente en contra del texto constitucional).

Colombia, Ecuador y Uruguay, (en *Venezuela* hasta 1983), los únicos sistemas en estudio, que no tienen en funcionamiento el amparo como recurso de protección de todos los derechos fundamentales (o, al menos, de una buena parte de ellos). En estos países, sólo opera el llamado amparo de libertad personal o Hábeas Corpus. En *Venezuela*

mientras no se desarrolló el amparo (Disp. Trans. 5º), en *Ecuador* y *Uruguay* expresamente (arts. 19. 16.j Constitución de *Ecuador*, y art. 17 de la del *Uruguay*) mientras que en *Colombia* por creación legal e interpretación constitucional de los artículos 23 y 28, pues no está expresamente regulado.

En *Colombia* la tutela de los derechos constitucionales frente a este tipo de actos administrativos, se ejerce ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cuya cabeza jerárquica es el Consejo de Estado (ver artículos 136 a 141, 59, 146, 149, 193, 216). En otros supuestos, la tutela se ejerce ante la jurisdicción ordinaria del Poder Judicial.

En *Ecuador* la tutela de los derechos constitucionales frente a los actos administrativos se establece ante los órganos de la jurisdicción ordinaria dentro de los que opera el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (art. 98). Es posible lograr también la tutela ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, aunque sus resoluciones no son de acatamiento obligatorio. Así, el artículo 141.3 señala que comete a este Tribunal: "conocer de las quejas que formule cualquier persona natural o jurídica por quebrantamiento de la Constitución, preparar la acusación contra los responsables y, salvo lo dispuesto en la ley penal, presentar a la Cámara Nacional de Representantes o, en receso de esta, al plenario de las Comisiones Legislativa para que, según el caso, los enjuicien u ordenen enjuiciarlos...".

En *Venezuela* el control de tales actos administrativos se ejerce fundamentalmente por la jurisdicción contencioso administrativa. Así, el artículo 206 establece: "La jurisdicción contencioso administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación del poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa". También cabe la revisión de los entes públicos y del Ejecutivo Nacional, por violación de la Constitución (ver art. 215.3, 214.4 y 215.7). Atribución que tiene la Corte Suprema de Justicia.

Uruguay, por su parte, al igual que *Colombia*, tutela los derechos constitucionales frente a los actos administrativos del Poder Central y de los entes públicos mediante la jurisdicción contencioso admi-

nistrativa, que se ejerce por un Tribunal distinto e independiente del Poder Judicial, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo (ver arts. 309 a 319 de la Constitución). En determinados supuestos, la tutela se ejerce ante la jurisdicción ordinaria del Poder Judicial.

En *Costa Rica, España, Honduras, Perú y, en alguna medida, México*, la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales frente a los actos administrativos del Poder Central y de los entes públicos se ejerce por el mecanismo del 'Amparo' y del 'Contencioso-Administrativo'.

En *México* el mecanismo de protección fundamental frente a tales actos administrativos es el Amparo. Pero hay también un tipo especial de Amparo semejante al Contencioso Administrativo español, costarricense, colombiano o venezolano. A él hace referencia expresa el artículo 107.IV constitucional. Existen, como hemos indicado, también 'tribunales administrativos' a los que hacen referencia los artículos 104.1 y 107, incisos IV y V.

En *Costa Rica y España* la protección opera a través tanto del Amparo (art. 48 en Costa Rica, artículos 53.2 y 161.1.b en la Constitución española). En Costa Rica, sin embargo, la jurisprudencia ha restringido tanto el amparo que lo ha dejado casi exclusivamente para los actos 'arbitrarios', debiendo en la mayoría de los casos recurrirse a la vía contencioso administrativa para tutelar los derechos infringidos por actos administrativos. Vía que es muy amplia y completa pero que padece de excesiva lentitud como ocurre, por lo demás, en España. En España el amparo se ejerce ante el Tribunal Constitucional una vez agotada la vía previa, sea del contencioso administrativo especial (ley 62/78) o de los juicios ordinarios y, entre ellos, el Contencioso Administrativo ordinario (LRJCA 1956). La generosidad con que el Tribunal Constitucional ha recogido este recurso (por lo menos en las primeras etapas de funcionamiento) hace que sea un recurso operativo, por lo menos para los derechos fundamentales (arts. 14 al 30), aunque deja por fuera de su tutela bastantes derechos constitucionales (en particular, muchos económicos y sociales). Sin embargo, deja que desear un poco la lentitud del proceso en relación con el sentido del Amparo, lentitud que se hace más grave y acentuada en el contencioso administrativo. En ambos países existe y opera efectivamente un tipo de ombudsman que en España se denomina 'Defensor del Pueblo' y en Costa Rica 'Procurador de Derechos Humanos', con muy similares atribuciones y competencias, pero que en España tiene mayor independencia en virtud de lo especial de su nombramiento y de su reconocimiento como órgano constitucional.

Honduras y Perú recogen generosamente en sus respectivas constituciones, el Amparo y el Hábeas Corpus que son los instrumentos más completos de protección de los derechos constitucionales frente a la vulneración de los mismos por actos administrativos (ver arts. 182 y 183 en Honduras, y 295 y 298.2 en Perú). En ambas constituciones se reconoce muy parcamente el contencioso administrativo como medio de tutela de la legalidad administrativa y, por lo tanto, como instrumento de protección frente a los actos administrativos del Poder Central y de los entes públicos (ver en Honduras art. 318 y en Perú artículo 240). Ambos países en realidad carecen de tradición en el contencioso administrativo y, al parecer, su legislación de desarrollo no es muy amplia.

6) Frente a los actos de los particulares

En la mayoría de los países, tanto de Iberoamérica como de Europa, no existen mecanismos de tutela, especiales y expeditos, para la protección de los derechos constitucionales frente a las violaciones cometidas por los particulares. Esto, sin embargo, no quiere decir que no exista protección alguna. Los mecanismos especiales de tutela constitucional nacen, no lo olvidemos, para paliar la ausencia de verdaderos instrumentos de tutela frente a los poderes públicos, pues desde tiempos remotos, la tutela frente a los actos de los particulares se había ejercido con cierta amplitud. Pero ocurre que, confiados en la existencia de tales instrumentos del proceso ordinario para las controversias y violaciones cometidas, entre o por particulares, los legisladores y constituyentes han olvidado un poco tales instrumentos de tutela y han insistido en los construidos como barreras frente al poder. A partir de este dato, tales instrumentos han quedado desbasados en cuanto son lentos y complicados.

En Iberoamérica, por lo tanto, la tutela frente a las violaciones de los particulares se ejerce mediante *el proceso ordinario*, es decir, los tradicionales *juicios civiles, penales, laborales, agrarios, etc.* Otro instrumento de tutela indirecta es la revisión judicial, o constitucional en España y Perú, del respeto al Derecho por parte de los tribunales inferiores. El instrumento típico en este sentido, es la *Casación* ante el órgano jurisdiccional superior del Poder Judicial y, en España y Perú, además, ante el Tribunal Constitucional. En *Argentina y México* existe también el '*amparo frente a particulares*'. Aunque en ambos casos no se trata de un instrumento amplio y generoso. En Honduras, Venezuela, Perú y Costa Rica, la normativa constitucional permite, al igual que en *España*, la creación legislativa de un recurso de amparo frente a particulares. Pero tal cosa no ha sido desarrollada legislativamente. Lo mismo cabe decir del *Brasil* respecto del Mandato de Seguridad.

EL CONTROL DIFUSO Y CONCENTRADO
DE CONSTITUCIONALIDAD EN
IBERO-AMERICA

A.—Introducción

B.—El sistema de control en los 11 países analizados (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Honduras, México, Perú, Uruguay y Venezuela)

—oOo—

A.—Introducción

En toda América Latina rige, por lo menos en teoría, el principio de supremacía constitucional, por lo que todos los actos estatales o privados deben someterse a la Constitución. La consecuencia fundamental de este principio, es la previsión, en los ordenamientos jurídicos, de recursos judiciales para declarar la inconstitucionalidad o inaplicación de los actos estatales y, en particular, de las leyes.

A partir del estudio de los controles de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado, Mauro Gpelleti (7) ha distinguido, siguiendo a P. Clamandrei, entre los controles difusos y concentrados de la constitucionalidad de las mismas. Cuando se habla de *control difuso de la constitucionalidad*, se quiere significar que la facultad de control no se concentra en un solo órgano judicial), sino que, por el contrario, corresponde en general a todos los órganos judiciales de un determinado país, que posean el poder-deber de desaplicar las leyes inconstitucionales en los casos concretos sometidos a su conocimiento. En cambio, en el denominado *control concentrado* o fiscalización de la inconstitucionalidad se centraliza en un solo órgano judicial, quien tiene el monopolio de la declaratoria de nulidad de las leyes inconstitucionales. Confrontados estos dos métodos con los sistemas que muestra el derecho comparado, se ha identificado como arquetipo y fuente del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, al sistema norteamericano, y, en cambio, como arquetipo y fuente del control concentrado, al sistema keheniano y austríaco(8). En América Latina se han acogido los dos sistemas, con gran variedad de modalidades.

En Iberoamérica, hay países con sistemas concentrados de control de constitucionalidad (Colombia, Costa Rica, Honduras, Perú, Uruguay, Venezuela y España), otros con sistemas "difusos" de control de constitucionalidad según el modelo norteamericano (Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Perú). Hay países, como Colombia, Honduras, Perú y, en menor medida, Ecuador que combinan los dos sistemas, el concentrado y el difuso, de control.

Dentro de los países que adoptan un sistema concentrado de protección hay muy importantes diferencias: a) Los que concentran la protección en un Tribunal Constitucional distinto del Poder Judicial (España, Perú, Guatemala y, en alguna medida, Ecuador), b) Los que concentran el control de constitucionalidad en los tribunales supremos de cada país (Colombia, Costa Rica, Honduras, Uruguay y Venezuela).

Todos los países con control concentrado de constitucionalidad (sea en el Tribunal Constitucional o sea en las Cortes Supremas) declaran la inconstitucionalidad con efectos anulatorios generales —erga omnes— pero no retroactivos (a excepción de los casos concretos que llevan a dilucidar la constitucionalidad de una ley o de un decreto. En Uruguay, sin embargo, la revisión judicial concentrada tiene efectos particulares —inter-partes— y no generales (véase el artículo 259 constitucional).

Hay sistema donde el control de constitucionalidad aun teniendo efectos "erga omnes", no es un control abstracto de normas (como puede ocurrir en el caso español, peruano, colombiano, venezolano) sino un control referido a un caso concreto (Uruguay) o que sólo puede realizarse como incidente a partir de un proceso concreto ante los tribunales ordinarios (Costa Rica, y, en algunos casos, Colombia, Honduras, Venezuela y España —en el caso de la cuestión de constitucionalidad—).

En los países en que opera la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes (o control de constitucionalidad difuso), según la cual corresponde a cualquier tribunal o juez del rango que sea, declarar la inaplicabilidad de una ley "inconstitucional" al caso concreto que se le presenta, la declaración de inconstitucionalidad (llamada aquí "inaplicación") de una norma con rango legal nace en virtud de un caso concreto y los efectos de la declaración sólo operan para las partes del mismo. Esto, por supuesto, sólo en principio, porque aun cuando corresponde a cualquier juez o tribunal decidir la cuestión de la inaplicabilidad de una ley, tales decisiones es normal que lleguen, en virtud de recursos extraordinarios, de casación o de apelación; ante los órganos superiores (Tribunales o Cortes Supremas) del Poder Judicial, que son en realidad los que deciden, en última instancia, la constitucionalidad o no de las normas con rango de ley. También hay que decir que los efectos interpartes de inaplicación de una ley (en virtud de su choque con una norma constitucional) son relativos, pues gracias a

un tipo de "stare decisis" (tomado del sistema norteamericano, pero no en forma tan amplia) y del asentamiento de la jurisprudencia (caso mexicano⁽⁹⁾) de los tribunales supremos; los efectos prácticos de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, son generales —erga omnes—, aunque se insista que sólo opera inter-partes. Es el caso de Argentina, Brasil, México y Uruguay.

En los países donde se combinan el sistema concentrado y difuso de constitucionalidad (Colombia, —art. 215—, Ecuador —art. 138.2—, Honduras —art. 315—, Perú —art. 236—), la inaplicación de la ley por un juez o tribunal o aun por las respectivas Cortes Supremas, opera exclusivamente con efectos inter-partes por cuanto para este tipo de control difuso (en virtud de que existe otro concentrado en forma paralela) no son de recibo los principios del "stare decisis" o de la jurisprudencia obligatoria.

También el control de constitucionalidad de las leyes puede sobrevenir de un recurso o acción de "amparo". Es lo que en España y México se conoce como "Amparo frente a leyes". Los efectos de tal amparo serían, en principio y mientras no sean ratificados por el pleno (en España) o por la jurisprudencia (en México), inter-partes; esto es, sólo para resolver el caso concreto en que se plantea el amparo.

B.—El sistema de control en los once países analizados

1) *El sistema argentino* de control de constitucionalidad está inspirado en el sistema norteamericano del "judicial review" o jurisdicción constitucional difusa, y del Hábeas Corpus, incluyéndose también el sistema anglosajón del "writ of mandamus" y de "injunction". Sin embargo, en Argentina existe también el llamado recurso extraordinario de inconstitucionalidad, y, a partir de 1957, "la acción de amparo", como medio de protección de los derechos constitucionales (pero que no opera frente a normas generales legales o reglamentarias).

2) En *Brasil* existe también el "recurso extraordinario de constitucionalidad" al lado del "judicial review" o control difuso de constitucionalidad, el Hábeas Corpus y el amparo, llamados aquí "mandado de segurança". A su lado operan dos instituciones sui generis de "acción popular de inconstitucionalidad"; la llamada "ação popular" como instrumento de tutela de los "intereses difusos" y la de "representación", semejante a las reclamaciones ante la Procuratura de los países socialistas.

3) *El sistema colombiano* de control de constitucionalidad es concentrado en la Corte Suprema de Justicia, a partir, sobre todo, de la "acción popular de exequibilidad" con efectos "erga omnes" (art. 214.2). También existe un control de constitucionalidad sobre los decretos que dicte el Poder Ejecutivo en virtud de delegación (art. 76.11 y 76.12) o de la vigencia de estados de emergencia (art. 122), o de sitio (art. 121). El control de Constitucionalidad de los otros decretos del gobierno corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, previa demanda en acción de nulidad, que termina ante el consejo de Estado, así como sobre los proyectos de ley objetados por el presidente como inconstitucionales (art. 214.1). Por otra parte, opera también una especie de judicial review, de control de constitucionalidad difuso o de inaplicabilidad por los jueces y tribunales y con efectos particulares (inter-partes) (art. 215).

4) *El sistema mexicano* de control de constitucionalidad de las leyes es el del "amparo", que también engloba otros recursos o acciones como la del Hábeas Corpus o Amparo de libertad personal, la de la casación, o amparo contra tribunales, la contencioso-administrativa e, incluso, una agraria. Se puede hablar de un "amparo contra leyes" como especie del genérico "amparo" mexicano. Se caracteriza por ser un control judicial de constitucionalidad difuso aunque siempre, en esta materia, con la posibilidad de llegar a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, con efectos inter-partes, aunque con una peculiar extensión general a través de la "jurisprudencia".

5) *Perú* tiene un sistema mixto de control de constitucionalidad. A la par de un "Tribunal de Garantías Constitucionales" y de un modelo europeo de justicia constitucional concentrada con efectos anulatórios erga omnes; existe un modelo de justicia constitucional difusa (judicial review) a cargo de los distintos órganos judiciales (art. 236 en relación con el art. 87) con efectos inter-partes. De otro lado, existe una "acción popular" (art. 295. prr. 3º) ante el Poder Judicial para controlar la constitucionalidad y legalidad de las normas (decretos, reglamentos, etc...) de carácter general que no tenían rango legal. El Amparo y el Hábeas Corpus previstos (art. 295) no parecen poder operar frente a normas de alcance general (leyes, reglamentos, decretos, etc...).

6) En *Uruguay* opera un control de constitucionalidad concentrado en la Suprema Corte de Justicia, pero a diferencia de Costa Rica, Colombia, Honduras y Venezuela, que también tienen control judicial de constitucionalidad concentrado, en sus respectivas Cortes supremas, sus efectos son, sólo interpartes, es decir, resuelven la inaplicabilidad de la norma impugnada sólo para el caso concreto. Frente a las normas

generales sin rango legal, el control de constitucionalidad y de legalidad se residencia ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo (contencioso de anulación) a menos que se entendiera que tales normas generales (decretos, reglamentos, etc...) no son actos administrativos. En materia electoral, al igual que en Costa Rica, pero no tan amplia ni claramente, corresponde el control de constitucionalidad a la "Corte Electoral" (arts. 322 a 328).

7) En *Costa Rica* opera "el recurso de inconstitucionalidad" ante la Corte Suprema de Justicia, en Corte Plena, como instrumento mixto entre el sistema norteamericano del judicial review y el europeo de Justicia Constitucional. No existe en Costa Rica un Tribunal Constitucional como en el sistema europeo, pero se trata de un "control de Constitucionalidad concentrado" en la Corte Suprema de Justicia cuyos efectos son erga omnes. Existe también un control de constitucionalidad de los proyectos de ley "vetados" por el Poder Ejecutivo por razones de constitucionalidad. El Amparo y el Hábeas Corpus (art. 48) en virtud de sus leyes no operan frente a normas de alcance general en el Contencioso Administrativo, se residencia el control de constitucionalidad de disposiciones generales distintas de los decretos del Poder Ejecutivo o las leyes. Corresponde al "Tribunal Supremo de Elecciones" conocer en forma exclusiva de la constitucionalidad de leyes, decretos o actos en materia electoral (arts. 102.3, 9 y 99).

8) *Honduras* al igual que Colombia tiene un control de constitucionalidad concentrada en la Corte Suprema de Justicia con efectos erga omnes, mas sin "acción popular"; al mismo tiempo que una especie de judicial review o control difuso de inaplicabilidad por los jueces y tribunales con efectos inter-partes (art. 315). Opera también el "Amparo" frente a leyes y disposiciones generales, con efectos inter-partes (art. 183.2) así como para cualquier atentado contra los derechos constitucionales perpetrados por las autoridades y también al parecer, por los particulares (art. 183). Para la protección de la libertad personal existe el Hábeas Corpus (art. 182).

9) En *Ecuador* opera un sistema sui generis de justicia constitucional, pues aunque existe un "Tribunal de Garantías Constitucionales", sus decisiones no son obligatorias y se limitan a servir de dictamen ante la Cámara de Representantes (es decir, se trata de funciones similares a las de un Ombudsman o Defensor del Pueblo), que es la que decide sobre la Constitucionalidad de las leyes y otras normas de alcance general, con carácter erga omnes. A su lado, existe un control difuso de constitucionalidad al estilo "judicial review" en manos de jueces y tribunales con efectos inter-partes (art. 138).

10) El sistema *venezolano* de control de constitucionalidad de las leyes es concentrado en el órgano supremo del Poder Judicial, esto es, la Corte Suprema de Justicia (en Corte Plena), mediante recurso de inconstitucionalidad, con efectos anulatorios erga omnes. Incluye, en virtud de la ley que lo desarrolla, el control de la constitucionalidad de leyes, reglamentos y decretos de alcance general de los Estados, del Poder Ejecutivo y de otros entes públicos. Existe en teoría también un control difuso de la constitucionalidad de las leyes que corresponde a todo Tribunal o juez con efectos inter-partes. En la vía Contencioso-Administrativa puede residenciarse la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos con efectos anulatorios y separadores (art. 206). Frente a los proyectos de ley, el Presidente de la República puede objetarlos por razones de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema para que esta decida (art. 173). El amparo reconocido en el art. 49 Constitucional y no desarrollado por ley y no vigente (el año 1984) no especifica frente a qué actos o disposiciones opera. El Hábeas Corpus existe para la protección de la libertad individual (art. 5º transitorio) (ver Brewer, págs. 54 a 56).

11) En *España* el control de constitucionalidad de las leyes y otras disposiciones de alcance general está enmarcado dentro del sistema austríaco-kelsiano de justicia constitucional concentrada. Corresponde al Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad de leyes y otras disposiciones normativas con rango de ley mediante la "cuestión de constitucionalidad" y el "recurso de inconstitucionalidad". También, mediante el "Recurso de Amparo" es posible tutelar la constitucionalidad de las leyes y otras disposiciones normativas de los poderes públicos (tengan o no rango de leyes), amén de otros actos administrativos y judiciales. Es lo que se ha llamado "Amparo frente a leyes". En el caso del Amparo la declaratoria tiene efectos inter-partes, inaplicación) mientras que en los dos anteriores, tiene alcance general, erga omnes (o de anulación). Existe un Contencioso-Administrativo especial (también llamado "Amparo ordinario" ley 62/1978 de 26 de diciembre), a la par de la jurisdicción Contencioso-Administrativa original (ley de 27 de diciembre de 1956), que permite tutelar la legalidad y constitucionalidad de las disposiciones generales que no tengan rango de ley y aun de éstas como vía judicial previa al "recurso de Amparo" ante el Tribunal Constitucional.

LA CRIMINALIDAD: FORMA DE LA EXCLUSION Y LA CENSURA
EN EL DISCURSO JURIDICO

Prof. Alicia E. C. Ruiz

Universidad de Buenos Aires, Argentina

El discurso jurídico es un discurso que se construye en un espacio de poder y de exclusión. En este espacio, el derecho se define como una actividad que busca regular el comportamiento humano y, al mismo tiempo, excluye y censura lo que se considera como un comportamiento delictivo. Esta exclusión y censura se realizan a través de un discurso que se construye en un espacio de poder y de exclusión.

El discurso jurídico es un discurso que se construye en un espacio de poder y de exclusión. En este espacio, el derecho se define como una actividad que busca regular el comportamiento humano y, al mismo tiempo, excluye y censura lo que se considera como un comportamiento delictivo. Esta exclusión y censura se realizan a través de un discurso que se construye en un espacio de poder y de exclusión.

El discurso jurídico es un discurso que se construye en un espacio de poder y de exclusión. En este espacio, el derecho se define como una actividad que busca regular el comportamiento humano y, al mismo tiempo, excluye y censura lo que se considera como un comportamiento delictivo. Esta exclusión y censura se realizan a través de un discurso que se construye en un espacio de poder y de exclusión.

El discurso jurídico es un discurso que se construye en un espacio de poder y de exclusión. En este espacio, el derecho se define como una actividad que busca regular el comportamiento humano y, al mismo tiempo, excluye y censura lo que se considera como un comportamiento delictivo. Esta exclusión y censura se realizan a través de un discurso que se construye en un espacio de poder y de exclusión.

El discurso jurídico es un discurso que se construye en un espacio de poder y de exclusión. En este espacio, el derecho se define como una actividad que busca regular el comportamiento humano y, al mismo tiempo, excluye y censura lo que se considera como un comportamiento delictivo. Esta exclusión y censura se realizan a través de un discurso que se construye en un espacio de poder y de exclusión.

El discurso jurídico es un discurso que se construye en un espacio de poder y de exclusión. En este espacio, el derecho se define como una actividad que busca regular el comportamiento humano y, al mismo tiempo, excluye y censura lo que se considera como un comportamiento delictivo. Esta exclusión y censura se realizan a través de un discurso que se construye en un espacio de poder y de exclusión.

SUMARIO

1. Introducción.
2. El discurso del orden.
3. Matriz discursiva.
4. El entrecruzamiento de discursos.
5. La criminalidad: forma de la exclusión y la censura.

1. INTRODUCCION

Categorías como las de "delincuente", "marginal", "seguridad pública", "ciudadanía", "orden", "transgresión", cuestiones como las referidas al diseño de políticas públicas que se hagan cargo del impacto de la criminalidad en la calidad de vida de las poblaciones urbanas, del papel de la justicia y de los diversos funcionarios que la integran, del rol de la policía y de sus efectos sobre la sociedad, de la naturaleza del sistema penitenciario y otras han sido incluidas en el temario de esta reunión del grupo "Derecho y Sociedad" de CLACSO.

Cada una de ellas puede ser abordada desde una perspectiva teórica o bien a través de investigaciones empíricas. Algunas integran, sin duda, campos más amplios que exigen ser considerados si de lo que se trata es de enfrentar los problemas presupuestos en la mera enunciación precedente.

Paradigmáticamente esta temática jurídica pone de relieve que no hay respuesta posible en el marco de una teoría del derecho que lo piense sólo como conjunto de normas.. Exige hacerse cargo de la insuficiencia de una concepción de tal tipo, y del peculiar entrecruzamiento de discursos sociales que las mismas suponen.

Mi propósito es intentar la consideración de algunos de esos temas desde la perspectiva de una teoría crítica que aborda al derecho como una práctica social y como el discurso del orden provisto de una peculiar matriz. Discurso que constituye a los hombres concretos en sujetos a través de formas de interpelación que los habilitará a participar en formación o los excluirá, silenciándolos o ignorando el valor de su palabra.

2.-*El discurso del orden*

La estructura del discurso jurídico es fundamental para que el derecho cumpla su papel. Su organización depende de un principio de control ubicado en otros discursos, en formaciones no discursivas, en instituciones, acontecimientos políticos y en sucesos de distribución del poder.

La búsqueda de la genealogía —en el sentido nietzchiano de la palabra— del poder nos condena a la violencia a la que el derecho alude como "acto de fuerza".

Tras las múltiples formas en que el poder se manifiesta está la violencia desnuda que el derecho disimula, oculta, disfraza, atomiza, limita, aísla. Esa violencia es determinante del poder, aunque no se actualice de manera permanente en su ejercicio. El manipulo, el apoderamiento, la internalización en los destinatarios del discurso jurídico son las maneras en que se vuelve aún más oculta la violencia que sustenta al poder, aumentando su eficacia.

El discurso del orden y el imaginario social se articulan en el interior del dispositivo de poder, haciéndolo constante y socialmente transmisible⁽¹⁾.

Las instituciones se consolidan, al parecer, para realizar las funciones que el discurso del derecho les atribuye, y así son internalizadas por los individuos abarcados por ellas. Como señala Castoriadis el derecho existe socialmente como un sistema simbólico consagrado. "Los fallos del Tribunal son simbólicos y sus consecuencias lo son casi íntegramente hasta el gesto del verdugo que real por excelencia, también es inmediatamente simbólico a otro nivel"⁽²⁾.

Esta ubicación en el nivel de lo simbólico explica, al menos en parte, cómo y por qué se ignoran el papel que efectivamente cumplen las instituciones jurídicas, la ley y los mecanismos de aplicación del derecho. Su naturaleza simbólica va más allá que la vinculación posible a un significado preciso, y torna difícil explicar su vigencia sólo por su origen. En el mismo sentido Freud señala que "los tabúes serían, unas prohibiciones antiquísimas impuestas en un tiempo desde afuera a una generación de hombres primitivos, o sea una generación se las inculcó con violencia. Tales prohibiciones recayeron sobre actividades hacia las que había fuerte inclinación luego se conservaron de generación en generación acaso por mero efecto de la tradición sustentada por la autoridad parental o social. Pero también es posible que se "organizaran", dentro de las generaciones posteriores, como una pieza del patrimonio psíquico heredado. Quién podría decidir para este caso que consideramos si existen unas tales ideas innatas y si ellas solas conjugadas con la educación han producido la fijación del tabú?... "Aquí también aparece

(1) MARI, Enrique. "Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden". (Ponencia presentada en el Congreso de Filosofía del Derecho, Córdoba, Argentina, 1986).

(2) CASTORIADIS, Cornelius. "La institución imaginaria de la Sociedad", "TUSQUETS Editores", Barcelona, 1982.

el sello inicial de la violencia, y como en el caso de las instituciones jurídicas el "origen" no basta para dar cuenta ni de su función, ni de su significación, ni de su sobrevivencia".

El discurso del orden, legitimador del poder, mediatizador de la violencia, que asigna fines al derecho y a cada uno de sus instituciones, que es cerrado, autosuficiente y autorregulador desprecia y desconoce todo dato que no sea fruto de la razón y que no reconozca su fundamento en la Ley. Sin embargo, bastarán algunos ejemplos, muy pocos, para opacar esta imagen que lo jurídico brinda de sí mismo.

La temática del castigo (forma privilegiada del ejercicio legitimado de la violencia) aparece en las creencias populares fuertemente asociado a la tríada crimen-vicio-pecado. Pero es que "desde la más remota antigüedad el castigo sirvió de fuente de inspiración para la narración histórica, la imaginación literaria y la creación estética. A estos campos se incorporó la reflexión constante no sólo por parte del derecho, sino también de otras disciplinas como la moral, la filosofía, la "religión" y siempre que los filósofos se ocuparon de la organización social de la cosa pública, de las formas de gobierno reaparecía la cuestión-crímen-vicio-pecado, demandando una respuesta⁽⁴⁾.

Entonces, no basta para caracterizar la delincuencia remitirse al Código Penal, o a la sentencia de los jueces competentes: "ser criminal" y "sentirse criminal", no son ejemplos de sinonimia semántica. Su significación no es la misma. Pensados como discurso sus efectos difieren y, sin embargo, en todas ellas, de un particular modo, está presente el discurso jurídico y todo él queda abierto a revisión⁽⁵⁾.

Ese discurso del orden que "se inserta en montajes de ficción, soportes mitológicos, ceremonias, banderas, rituales, cánticos e himnos, rangos y prestigios, etiquetas y otras de no menos variado tipo de heráldicas, diplomas, tatuajes, marcas, apelación a los ancestros, tumbas, símbolos funerarios, manejos de heridos y silencios, escenas que ponen al hombre en relación con la solemnización de la palabra, que movilizan creencias"⁽⁶⁾. Ese discurso que al llamarnos nos identifica y nos otorga existencia.

(3) FREUD, Sigmund. "Totem y Tabú", en otras completas, T. XIII. Amorrortu, Buenos Aires, 1980.

(4) MARI, Enrique. "El castigo en el plano del discurso teórico", en El Discurso Jurídico, Hachette, Buenos Aires, 1982.

(5) RUIZ, Alicia E. C. "La ilusión de lo Jurídico". Ponencia presentada en el Seminario del Grupo: Derecho y Sociedad de CLACSO, Buenos Aires, 1985, Publicado en "Crítica Jurídica" N° IV, Puebla, México 1986.

(6) MARI, Enrique. "Racionalidad e imaginario social en... ob. cit.).

3.—*Matriz discursiva*

El desplazamiento, el silencio, la censura, la exclusión, son propias del discurso jurídico, que construye una red "racional" de ficciones, mitos y creencia, a partir de la cual el "orden" oculta el poder.

"Muy regularmente hay en las sociedades una suerte de desnivelación entre los discursos: los discursos que se dicen en el hijo de los días y de los cambios y que se pasan con el acto mismo que los ha pronunciado; y los discursos que están en el origen de cierto número de actos nuevos de palabras que los retoman, los transforman hablan de ellos, en una palabra, los discursos que indefinidamente, más allá de su formulación son dichos, quedan dichos, y están por decirse. Nosotros los conocemos en nuestro sistema de cultura: son los textos religiosos o jurídicos⁽⁷⁾.

Este discurso peculiar se organiza de modo tal que parece "auto-suficiente" y "autorregulado" en su producción.

Como un sistema cuya estructura proviene de, y puede ser entendida desde, la razón; donde su modo de creación, aplicación y funcionamiento depende exclusivamente de su propia forma. Es un discurso que se exhibe íntegramente con lo que constituye nada más que uno de sus aspectos; como una formidable construcción metonímica⁽⁸⁾.

Del discurso jurídico "lo visible" es la norma, el derecho es "la Ley". Porque la Ley "transforma el poder en orden" de la manera más perfecta. Sacraliza, ritualiza, resignifica cada acto, cada palabra, y así los distancia de la violencia original. Esta identificación entre el derecho y la norma debe ser denunciada pero asumida en su magnitud. No es por error, ignorancia o perversidad que "el sentido común" y la "teoría jurídica" coinciden y han coincidido tantas veces en la historia de la ciencia y de la sociedad. O que la creencia en la "autorregulación" del derecho, y la creencia en la posibilidad teórica de pensarlo separado de lo social y lo ideológico mantienen su vigencia.

Trataremos de despojarnos de estas creencias y mostrar el discurso jurídico como totalidad o dicho en otros términos, al complejo de prácticas productoras de sentido que calificamos como jurídicas, teniendo en cuenta que todas las regiones del discurso no son igualmente abiertas y penetrables; algunas son altamente prohibidas (diferenciadas y diferenciadoras) mientras que otras parecen casi accesibles a todos los

(7) FOUCAULT, Michel "El orden del discurso" Gallinard, París, 1971.

8 CONF. LACAN, Jacques. "Ecrits" 1966.

BIBLIOTECA. FACULTAD
DE DERECHO

vientos y puestas sin restricción previa, a la disposición de cada sujeto parlante⁽⁹⁾.

En primer lugar, no hay, por un lado, una serie de discursos fundamentales o "típicos" ("La Ley") y por otro un conjunto de discursos que versan sobre los primeros (la doctrina). En segundo término, el discurso jurídico va más allá de esos dos aspectos (normas y teorías); no está expresado simplemente en palabras, textos, tablas, ni opera sólo a través de la Razón ni es aprehensible por sus destinatarios. "Existe una opacidad de lo jurídico. El derecho, que actúa como lema lógico de la vida social, como un libreto, como una partitura, paradójicamente no es conocido o no es comprendido por los actores en escena".

El par comprensión/no comprensión reconoce fuentes diversas, entre las cuales se destaca la complejidad de los procesos simbólicos que son propios de las sociedades modernas⁽¹⁰⁾.

La regla básica de formación del discurso del derecho es aquella que determina quiénes "están autorizados" para imprimir sentido jurídico a sus actos o palabras. Esa "autorización" se plantea en términos de doble ficción: como si la autorización siempre fuera explícita y proviniera del propio discurso, como si su efecto significante fuera únicamente producir normas⁽¹¹⁾.

Doble ficción que ocupa el lugar de la verdad y genera su desplazamiento.

Desaparece la relación poder/derecho que explica, desde el modo en que el primero se encuentra distribuido las inclusiones y exclusiones en el segundo. Únicamente se reconocen como "derecho" las prácticas normativas, de creación y/o de aplicación de normas. Se borran las marcas de la ideología en la producción del discurso jurídico y con ello termina por desaparecer toda posibilidad de vínculo con la social. Por fin el jurista puede vérselas tranquilo con su objeto —las normas— y manipular con ellas sin sentirse, a su vez, partícipe y determinado por el poder.

Para dar cuenta del discurso jurídico en su totalidad, no basta, como queda claro, ceñirse a sus aspectos normativos ya que comprende

(9) FOUCAULT, Michel. "El orden del discurso" (ob. cit.).

(10) SARCOVA, Carlos María. "Sobre la comprensión del Derecho". Ponencia presentada en el seminario del grupo "Derecho y Sociedad" de CLACSO, Buenos Aires, 1985.

(11) Ficción en el sentido de la "Filosofía del Como si" de Hans Vaihinger (Die Philosophie des "Als ob."): Leipzig, 1920.

más que las leyes, los contratos, las sentencias, las constituciones, los testamentos, todas expresiones de las autorizaciones explícitas de los productores, reconocidos y reconocibles, de sentido jurídico.

Habrá que incluir, además, a la doctrina: la práctica teórica de los juristas (que no precisa de que "La Ley" la tenga por "fuente" del derecho para integrar su discurso).

Esa práctica teórica de los juristas y la práctica profesional de los abogados (también la de todos aquellos que "usan" las normas) consagran el lugar privilegiado de la ley a través de la ciencia del derecho, que fundamenta la estructura ficcional del discurso jurídico y viabiliza el cumplimiento de las funciones que la sociedad "reconoce" y también, con la misma eficacia, todas aquellas que se dan en la medida en que no son advertidas.

Aquí también hay "inversión" de sentido, para utilizar la terminología E. Veron⁽¹²⁾. Aquí también hay determinadas autorizaciones (casi siempre implícitas a diferencia de las operaciones discursivas de efecto normativo) de no poca importancia. Sólo algunos pueden decir lo que "es" el derecho y "ser creídos". Son los juristas, cuya práctica produce "efecto de cientificidad", "efecto de conocimiento", dicen "la verdad". Pero el discurso científico en un producto típicamente social, en el cual, por tanto, aparecen las marcas de la ideología y se encuentra cruzado por el poder, ya que la relación poder/saber está paradigmáticamente presente en la ciencia del derecho, en tanto es ese saber que proporciona una explicación racional.

Y es racional porque tiene una función de conocimiento, porque pertenece al discurso del orden y porque genera las condiciones de su propia existencia ocultando permanentemente su carácter legitimador del poder y su historicidad⁽¹³⁾.

Hasta aquí un "dibujo" de la matriz teórica del discurso jurídico permitiría distinguir entre un nivel en el cual se agruparían todas las operaciones discursivas y/o prácticas que producen normas, y otro nivel, de prácticas teóricas y profesionales.

Los riesgos de proyectas topologías han mostrado su importancia, así que trataremos de evitarlos, destacando que los niveles son niveles de análisis, no son lugares.

(12) VERON, Eliseo. "La Semiosis social" en *El Discurso Político*, Editorial Nueva Imagen, Méjico 1980.

(13) MARI, Enrique. "Racionalidad e imaginario social..." (ob. cit.).

Un tercer nivel, es el que aloja aquella porción del discurso jurídico más negada, más oculta y cuya significación se revela en los intercambios, articulaciones, intervenciones de unas operaciones discursivas respecto de otras. Allí descubrimos las creencias, los mitos, las ficciones en acción, allí está el imaginario social, sin el cual el discurso del orden se torna inoperante y las prácticas ritualizadas polisignificantes. En especial respecto de este tercer nivel la ciencia jurídica ha eludido, con admirable firmeza, su reconocimiento.

Sólo queremos insistir en este punto: "en este nivel se localizan los que dicen, lo que creen y lo que hacen los personajes de carne y hueso de cada ficción, los adoradores de los dioses de cada mito, las víctimas del fatichismo de los desplazamientos, de lo tácito de la violencia, pero también los victimarios de las subordinaciones y las dependencias, los beneficiarios de las producciones y ocultamiento del poder operados en los otros dos niveles"⁽¹⁴⁾.

Desde esta perspectiva el discurso jurídico es una unidad compleja que remite, para su comprensión, al poder, y en última instancia, a la violencia. Que obliga a dar cuenta de su carácter social e histórico. Que destruye la ilusión de una ciencia neutral y de un objeto de límites precisos. Que exige explicar cómo y por qué hay tanto de "no racionalizable" en sus mecanismos de constitución y funcionamiento: la multiplicidad de relaciones entre cada uno de los niveles, el modo en que un tramo del discurso jurídico deja su huella en otro, el entrecruzamiento de otros discursos sociales cuyos rastros son disimulados⁽¹⁵⁾.

4.—*El entrecruzamiento de discursos*

La concepción del discurso jurídico que acabo de esbozar, implica su permanente entrecruzamiento con otros múltiples y diversos discursos sociales, presentes y en disputa, en cada nivel de los analizados. Un intento de comprender la especificidad que tal discurso ofrece impone un abordaje interdisciplinario, que recoja los aportes que otras ciencias han elaborado. En el proceso de desmitificación de la noción de sujeto libre, autónomo, siempre consciente de sus actos, siempre capaz de distinguir el bien del mal, lo permitido de lo prohibido, siempre due-

(14) ENTELMAN, Ricardo. "Discurso normativo y organización del poder". Ponencia presentada en el seminario del Grupo "Derecho y Sociedad de CLACSO", Buenos Aires, 1985.

(15) Conf. MARI, Enrique en "Moi, Pierre Riviere... o el mito de la uniformidad semántica" en *El Discurso Jurídico*. (ob. cit.).

ño de su razón y siempre tributario exclusivo de ella; en el concepto de transgresión y su relación con la culpa, la ruptura epistemológica implicada en la teoría freudiana es determinante. Ya que cada una de esas categorías confluye en la caracterización de la criminalidad y del delito; del sentido y fin de la pena, de la determinación del tipo penal, de la noción de responsabilidad, la relevancia de su inclusión no requiere mayor justificación.

También el discurso médico y psiquiátrico, y su transformación en el tiempo, muestra la importancia que tiene el entrelazamiento de saberes, el poder que genera y los efectos terribles que produce sobre la vida, la libertad de los hombres incluidos en un lugar o en otro de sus clasificaciones y topologías, consagradas por la palabra de la Ley o del Juez. La distinción entre "lo normal" y "lo patológico" aparece en todo caso y cualquiera sea el criterio de diferenciación ligada a las relaciones de poder y de saber que, en términos de situación "estratégica" se dan en una sociedad y en un momento histórico determinado.

El surgimiento de la cárcel, el abandono del cuerpo como lugar del castigo (según términos foucaultianos en "Vigilar y Castigar"); la institución penitenciaria son formas del proceso de disciplinización que se cumple en la sociedad moderna. "Las fronteras que ya estaban confundidas en la época clásica entre el encierro, los castigos judiciales y las instituciones de disciplina tienden a borrarse para constituir un continuo carcelario que difunde las técnicas penitenciarias hasta las más inocentes disciplinas, transmite las normas disciplinarias hasta el corazón del sistema penal y hace pesar sobre el menor ilegalismo, sobre la más pequeña irregularidad, desviación o anomalía, la amenaza de la delincuencia. Una red carcelaria sutil, desvanecida, con unas instituciones compactas pero también unos procedimientos carcelarios y difusos, ha tomado a su cargo el encierro arbitrario, masivo, mal integrado, de la época clásica". Luego, la historicidad de las instituciones, de las categorías, y aún de las teorías que dan cuenta de ellas no puede ser omitida sin que las explicaciones pretendidamente científicas se tornen construcciones abstractas y vacías de sentido. Así, en tanto la ciencia se pretenda presentar como un conocimiento organizado y coherente sucede que toda investigación acerca de la criminalidad presupone una cierta interpretación de qué es la criminalidad, la cual, a su vez no puede ser pensada sino en el marco de una cierta concepción de lo social, de lo jurídico y de lo político.

"El criminólogo al afrontar una temática específica —como podría ser la criminalidad juvenil, la ilegalidad de los detentadores de poder económico, el uso de drogas ligeras —se adhiere— la mayoría de las veces inconscientemente a un determinado modelo de sociedad, y en particular, da por implícita una particular concepción de la ley penal,

de las organizaciones sociales y de las relaciones entre los individuos y el estado⁽¹⁶⁾.

5.—La criminalidad: Forma de la exclusión y la censura

"En esta sociedad panóptica, de la que el encarcelamiento es la armadura omnipresente, el delincuente no está fuera de la ley, está aún desde el comienzo, en la ley, en el corazón mismo de la ley, o al menos en pleno centro de esos mecanismos que hacen pasar insensiblemente de la disciplina a la ley, de la desviación a la infracción⁽¹⁷⁾.

Esta reflexión foucaultiana alude precisamente al papel constitutivo que el discurso jurídico juega respecto de la criminalidad, del delincuente. Y me interesa trabajar la cuestión desde esta perspectiva —la del discurso jurídico— porque resulta superadora de los análisis de buena parte de la teoría penal o de las investigaciones empíricas que sólo alcanzan, en ciertos casos, a proporcionar su caracterización como fenómenos sociales. Más cerca de la sociología, el énfasis está puesto en los efectos, las consecuencias, las causas del crecimiento de la criminalidad, la variación y diversificación de las conductas delictuales la relación entre delito y condición socio-económica.

Tampoco se trata de un estudio de psicología social que vincula conductas individuales desviadas con la pertenencia a grupos sociales determinados y distintos.

No se pretende, desde luego rechazar los aportes de las disciplinas mencionadas, y mucho menos negarles de plano valor y utilidad a su producción. La preocupación, más bien, es otra.

Consiste en poder mostrar cómo opera, concretamente el discurso del orden a través de sus tres niveles —la normatividad, la teoría y el imaginario social— en la constitución de lo que llamamos "la criminalidad" o el "delincuente". Claro que este intento está históricamente contextualizado, que los dispositivos de poder no operan en todo momento igual, ni apelando a los mismos recursos. De modo pues, que la caracterización que aquí hagamos toma en cuenta la "actualidad" de aquellas categorías, su "presente" y la carga de peculiaridades que ello supone. Así no es pensable como el derecho constituye al criminal sin consi-

(16) PAVARINI, Massimo. "Control y dominación". Siglo XXI. Editores México 1980.

(17) FOUCAULT, Michel. "Vigilar y Castigar". Siglo XXI Editores, México 1976.

derar las formas que la marginalidad asume en el mundo contemporáneo, la terrible experiencia de los nuevos modos del autoritarismo; del terrorismo y el genocidio; de la miseria, el hambre y la dependencia, de los procesos de transición hacia la democracia. Al menos sí, cuando hablamos aquí de contexto, miramos nuestro derredor, el del mundo latinoamericano.

5.1.—*El sujeto: Categoría histórica*

A fin de revelar estas operaciones complejas del discurso volveremos nuestra atención hacia la ya referida noción de "sujeto de derecho".

El primer término para destacar su historicidad. "Ese sujeto libre y autónomo que el derecho afirma es, en sí mismo, una categoría histórica y también lo son las cualidades que se le atribuyen. Corresponde a una determinada organización social y política donde símbolos e imaginario social, se corresponden con ese sujeto libre para actuar y con voluntad para decidir⁽¹⁸⁾.

Se trata de desmontar la ficción de la libertad y la autonomía mostradas como cualidades que hacen a la esencia de lo humano para proponer, en cambio, que no hay sujeto libre y autónomo, que no hay sujeto como unidad e indivisible, completa y subsistente fuera de las formas sociales que lo constituyen y de las ilusiones que lo sostienen. "La humanidad", la "vida humana" lo "humano", el "hombre" no son realidades dadas de una vez para siempre que se traducen en conceptos generales y abstractos: Tampoco lo es "la criminalidad", el "delincuente", el "marginado". Sin embargo, los individuos concretos se miran y se reconocen entre sí a partir de un modelo internalizado, como universal y histórico, que es el que justamente estamos cuestionando.

Ese modelo se le aparece como su propia imagen frente al espejo: cada uno es el hombre que el derecho dice que es. Sin identificación no hay identidad.

Por otra parte, lo lícito, lo ilícito, la libertad, la responsabilidad, la imputabilidad, la culpabilidad, el papel reconocido a la violencia en el marco de lo jurídico, los mecanismos para obtener el consenso, la

(18) RUIZ, Alicia E. C. Conf. "La categoría del Sujeto de derecho" ponencia presentada en el Congreso de Filosofía en Córdoba, Argentina 1986 y "Aspectos ideológicos del discurso jurídico", trabajo presentado ante el CONICET Bs. As. Argentina 1986. El análisis contenido en los apartados 5.1. y 5.2. sigue en lo fundamental el contenido de los trabajos citados.

direccionalidad de la represión no son sólo expresiones normativas. Son instrumentos del poder para consagrar a quienes existen como sujetos de derecho. Podría pensarse a las categorías jurídicas como "estratégicas del discurso", que permiten articular pasajes abruptos entre lo real, lo imaginario y lo simbólico tal como Kristeva, propone considerar las categorías lingüísticas.

Es desde la institución jurídica que los hombres toman conciencia de sí, se ven siendo como dicen que son las palabras que los aluden. Uno aprende que la Ley existe al mismo tiempo que queda definitivamente marcado por su ingreso al mundo de lo jurídico, y, al mismo tiempo, los hombres no inventan el derecho después de estar constituidos como sujetos, como no hacen la historia sin ser parte de esa historia⁽¹⁹⁾.

5.2.—*El sujeto: Interpelación y constitución*

Interpelación y constitución remiten a la dimensión ideológica del discurso jurídico. La interpelación no es única el derecho interpela de modos diversos y múltiples, hay todo un juego interpelatorio heterogéneo.

Lo propio de las interpelaciones de los discursos sociales concretos es que ellas son también concretas. Se nombra a los sujetos como sujetos específicos y no como sujetos en general. Así lo hace el derecho, salvo excepciones, como típicamente lo es el art. 30 del CC. que define quién es persona.

Cada interpelación está dirigida a ciertos individuos que supuestamente ya están constituidos como sujetos de derecho. Aquí aparece la estructura ficcional que mantiene la integridad del discurso. Es como si hubiese en el origen algún sujeto de derecho al cual dirigirse, al cual calificar, permitir o prohibir y porque él está primero es que, en un segundo momento "La Ley" lo alude; lo autoriza; lo interdicta; le establece algún lugar en el campo de la legitimidad o lo excluye de él: le otorga la palabra o lo priva de ella.

Esta sucesión de interpelaciones particulares oculta eficazmente el carácter constituyente que cada una conlleva. No hay momento de la constitución del sujeto, y después, una serie de incontables apelaciones a ese sujeto.

(19) RUIZ, Alicia E. C. "La ilusión de lo jurídico" (ob. cit.).

La serie de interpelaciones constituyentes no ocurre sólo desde el nivel normativo del discurso. En el campo del imaginario social su importancia es aún mayor. En todo ese espacio en el que el discurso jurídico produce significaciones sin consecuencias prescriptivas es donde la ficción del sujeto de derecho cumple más adecuadamente su papel. Los hombres, que viven y sufren día a día, muchas veces sin conciencia, las marcas que el derecho les imprime se miran, se reconocen, se atribuyen conductas, se sienten ubicados o creen que otros están puestos en los espacios que "La Ley" determina.

Es la ilusión de autonomía, es la ilusión de subjetividad interviniendo para ocultar que el mundo externo (las relaciones sociales y su peculiar y correspondiente distribución del poder) tiene su propia estructura de organización que lo determina, para no hacer visible el orden de lo simbólico que preexiste al sujeto, que le fija posiciones, deseos, frustraciones, proyectos que él cree obra y producto de sí mismo, y de los que se siente dueño. O por el contrario que lo hace sentirse privado de todo, silenciado, obligado a callar o simplemente no escuchado. Así elabora el discurso jurídico formas de la marginalidad, las dota de sentido, racionaliza los criterios mediante los cuales se marcan sus límites, así legitima los tipos de exclusiones y de censura, así condena a la pérdida de la identidad o a la aceptación irremediable de una identidad condenada, reprobada. Así se funde el discurso jurídico con otros discursos sociales y construye una red de significaciones en las que todos quedan atrapados.

Ocurre con la criminalidad y respecto de quienes se encuentran incluidos en ella, un fenómeno de similares características a las que señala, en relación con la locura, Maud Mannoni: "A la pérdida de referencias del sujeto, se superpone la realidad de un mundo que niega al paciente, incluso, el acceso al lenguaje ordinario de la vida cotidiana. Este efecto de destrucción (o de petrificación) es inherente a la situación que se reseña, al paciente al que se ha sustituido el estatuto de sujeto hablante por el de objeto de la medicina.

"El sujeto, una vez designado como paciente (podría decirse como criminal), está prisionero de un anonimato que acentúa su sentimiento de extrañeza". (Piénsese en el número que el preso tiene asignado en lugar de su nombre, el cual queda a la puerta de la cárcel). Tratado como una cosa, no puede encontrar las referencias que constituyen su identidad propia: No es "nadie", es un loco⁽²⁰⁾. Es un criminal, un preso, un procesado, un condenado, diríamos nosotros. También él no es "nadie".

(20) MANNONI, Maud. "La teoría como ficción, Editorial Crítica, Barcelona 1980.

Y este es un efecto del discurso jurídico, efecto indispensable para preservar el lugar del orden, de la ley, de la seguridad. Desde otro ángulo, Kristeva alude a la misma cuestión, cuando dice "el Estado está lejos de estar muerto mientras dura la necesidad económica y subjetiva de identidad. Pero la ley engaña; tolera los enclaves donde los sujetos se imaginan no tener que tener en cuenta la estructura, la droga, la pornografía, el éxodo espiritualista, son de sus ejemplos".

Las reflexiones precedentes, ambas extractadas de trabajos que nada tienen que ver con el derecho, son, sin embargo, plenas de sugerencias y nos plantean algunas preguntas tal vez sin respuesta definitiva en el campo de la teoría crítica:

5.2.1.—Colocado en una institución supuestamente creada para él, que lo separa de los que son distintos, de los otros, que lo torna anónimo en un mundo de seres también sin nombre, el discurso del derecho aún lo interpela?

Diremos que ahí, que aún allí el derecho los interpela y los constituye. A través de las normas disciplinarias, del sistema carcelario o penitenciario, a través de la intervención del juez, por la tramitación del proceso en donde es "parte", por vía de la calificación, la opinión, el tratamiento que él y sus actos reciben de su familia, de los otros condenados, de la sociedad. En esa calificación está impresa la marca de lo jurídico en las creencias e imagerías sociales.

5.2.2. La ley engaña cuando tolera ciertos enclaves de la marginalidad? Sólo si se piensa en la función explícita que el derecho dice cumplir, coincidimos con Kristeva. Porque ese engaño tiene que ver con la estructura ficcional de lo jurídico que coloca lo ilusorio "como si fuera lo real", y al mismo tiempo se corresponde con el orden, el distanciamiento de la violencia, la nacionalidad que su discurso intenta provocar como un medio apto para generar consenso y confianza en la ley y aprobación de las exclusiones y censuras que ella produce.

5.2.3. Frente a sí y frente a los demás el intento de readquirir identidad o de despojarse de una identidad reprobada no pasa, en alguna medida, por la construcción de otro discurso en el cual la palabra le sea restituida?

(21) KRISTEVA, Julia. "Sujeto en el lenguaje y en la práctica política" en "Locura y Sociedad Segregativa". Editorial Anagrama, Barcelona, 1976.

Hay todo un complejo proceso de producción de sentido entre los miembros de la población penal, por ejemplo. Proceso en el cual la circulación misma del discurso es productiva en un doble sentido: por estar indisolublemente ligada a su accidentado transitar y porque obliga constantemente a recrear y reventar, sus propias condiciones materiales de ejercicio⁽²²⁾.

En un lugar donde todo está prohibido, el espacio compartimentado los muros, los patios sin comunicación, las puertas, las celdas obstaculizando la transmisión de la palabra, sin embargo, ésta circula "redefine dicho espacio, lo desafía, los transgrede, pone al desnudo sus brechas y sus puntos débiles". Desde los golpes en las paredes; el lenguaje de los sordomudos, el uso de las cañerías de las letrinas; los jarros de aluminio usados como teléfonos; hasta los mensajes enviados en el interior de cigarrillos o comida hasta la correspondencia traída o llevada por familiares, surgen técnicas variadas para contrarrestar el silencio, la privación de la palabra.

Como muy bien lo dice De Ipola en su trabajo sobre el discurso de los presos políticos, del cual extrajimos algunas pistas en este punto "nada más fácil que ironizar sobre estas pobres migajas de información y sobre la febril y constante actividad que suscitan". Si no caemos en esa tentación es posible descubrir en ellas otro sentido".

Constituyen por así decir "el grado cero de la resistencia interna de los presos (políticos) a la desinformación erigida en sistema: la forma primera y más elemental de oponerse material y colectivamente a la violencia de la incomunicación regimentada".

Creemos que la limitación de este grado cero de resistencia al caso de los presos políticos, puede ser superada y extender la reflexión respecto de todos los que integran la institución carcelaria como condenados y procesados. Si así fuera, se constituirá en una respuesta a la pregunta que formulábamos más arriba. Si no hay identidad sin identificación y esta requiere de un discurso que adjudique la palabra a quien la tiene negada, el código carcelario abre la posibilidad de pensar en la construcción de un nuevo discurso reconstituyente, que como tal ocupará, aunque sea circunstancialmente, una parte del espacio que el discurso jurídico se reservará de modo excluyente. Como toda resistencia revelará que nunca el poder es otra cosa que el nombre que se atribuye a una situación estratégica compleja dentro de determinada sociedad y por tanto, que es factible su transformación.

(22) DE IPOLA, Emilio. "La Bamba" en "Ideología y discurso populista". Folios Ediciones, Méjico, 1982.

Estas son algunas de las reflexiones en las que nos apoyamos para sostener en la primera parte de este trabajo que en expresiones del tipo "ser" y "creerse criminal", o "estar judicialmente condenado" y "ser tenido por criminal" el discurso jurídico juega algún papel, que ahora definimos como constituyente a nivel de lo simbólico.

Al mismo tiempo repensar la cuestión de la criminalidad desde la teoría crítica, en especial desde su definición del derecho como un discurso de orden abre un campo interesante para debatir en torno de viejos problemas con el aporte de otras categorizaciones, lo que, como no podría ser de otra manera, introduce nuevas problemáticas.

EL IMPACTO DE LA CRIMINALIDAD DE CUELLO BLANCO

El caso de los delitos ecológicos

Prof. Luis Marcó del Pont*

Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Córdoba
Argentina

* Director del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, ex-profesor titular de la Universidad Autónoma Metropolitana, México, D. F. Córdoba, 1987.

SUMARIO

Resumen

1. ¿Qué son los delitos de cuello blanco?
2. Dificultades para su investigación
3. El delito ecológico. Su impacto
4. Los daños ocasionados
5. Las industrias más contaminantes
6. La escalada punitiva
7. La eficacia de la legislación
8. Demanda y repercusiones en la opinión pública

—oOo—

RESUMEN

Nos proponemos mostrar en base a nuestras investigaciones y a los resultados de la literatura, el fuerte impacto que produce la criminalidad de cuello blanco y en particular la de un tipo específico: *el delito ecológico*. Pretendemos explicar el por qué no se han desarrollado en nuestro continente latinoamericano las investigaciones sobre esta clase de delincuencia. Al mismo tiempo señalar las diferencias existentes entre delincuencia convencional y criminalidad de cuello blanco. Analizaremos las dificultades, el carácter difuso de la legislación en delitos de cuello blanco, los grandes intereses económicos y políticos, el estereotipo delincuencia correspondiente a la criminalidad convencional, la ausencia de rechazo social para los delitos de cuello blanco, las reacciones punitivas (sanciones) diferenciales para una u otra conducta.

En lo que hace al *delito ecológico*, trataremos los graves daños que los mismos ocasionan en la salud pública y su impacto en el aire, agua y suelos.

Un tema preferencial será el análisis de la supuesta eficacia de las leyes y sus repercusiones en la opinión pública.

1) ¿Qué son los delitos de cuello blanco?

Comenzaremos por explicitar que son los delitos de cuello blanco. Son aquellos realizados por una persona de respetabilidad y alto status social y cometidos en el ejercicio de su profesión.

Esta delincuencia, llamada también de los poderosos, de los ricos, de los empresarios, etc., ha producido un fuerte impacto en la Criminología que antes estudiaba solo a las personas que estaba en la cárcel. Resulta que esta "nueva" criminalidad ("nueva" porque se ha comenzado a estudiar en las últimas décadas pero no porque no existiera antes) tiene características muy diferenciales. No se parte del concepto de "bien protegido", es decir de qué delitos atacan determinados "bienes" (como ser la vida, la propiedad, la libertad sexual, la salud pública, etc.), sino de determinadas "características" de los sujetos activos, es decir de quienes cometen esos delitos. Esas características como "pertenecer a determinado status social", "gozar de respetabilidad", y "cometer el delito en ejercicio de la profesión", nos ayudan a explicar el alto grado de impunidad y la falta de "visualización" que la gente hace de estas personas como delincuentes. Más bien se tiende a considerar así a lo que en la literatura se ha llamado "el pobre diablo", es decir el pobre, el que pertenece a las clases bajas o medias baja que no tiene influencias, vinculaciones, ni poder económico o político.

Nos pareció importante hacer esta primera distinción que explicará en gran medida la preocupación central de nuestra investigación y el análisis de los puntos neurálgicos de una problemática todavía hoy no suficientemente estudiada. Se han realizado investigaciones en casi todos los países con un alto grado de desarrollo científico y tecnológico⁽¹⁾, pero no en los de nuestra América Latina. En nuestro continente las primeras investigaciones sobre delincuencia de los poderosos no tienen más que una década de antigüedad, ya que comienzan a finales de los años 70 (78 más precisamente).

(1) Las investigaciones comienzan a partir de los años 30 en los EE.UU. por el sociólogo Edwing Sutherland y también en Francia, República Federal Alemana e Italia.

2) Dificultades para su investigación

¿Por qué los criminólogos, penalistas, sociólogos e investigadores sociales no han estudiado suficiente y adecuadamente a la delincuencia de los poderosos? Se pueden ensayar varias respuestas dado que el problema es complejo. 1) No hay conciencia clara de su importancia y de los daños ocasionados. 2) Es un tema difícil de investigar precisamente por su complejidad. Cuando ocurre un homicidio doloso o culposo por lo general la policía y la justicia llegan a determinar la autoría. ¿Pero cómo determinar los daños ocasionados en la salud por el smock lanzado desde las bocas de millares de fábricas o por los automotores de una ciudad? ¿Cómo introducirse en el campo sofisticado y complejo de las finanzas, de los pagos impositivos y de sus formas evasivas de las grandes corporaciones económicas? ¿Cómo llegar a determinar los mecanismos de control en los bancos? Todo ello forma muy difícil la indagación o pesquisa de los delitos económicos. 3) Por otro lado la legislación es difusa y difícil de captar. En los delitos convencionales las conductas (homicidio, robo, estafa, etc.) están previstas y tipificadas en los códigos penales. Es decir, en un solo instrumento legal. Mientras en los delitos de cuello blanco y en los delitos ecológicos se encuentran normas especiales en leyes, decretos, reglamentos, códigos sanitarios y penales, circulares, etc., lo que torna muy compleja su comprensión. 4) Los grandes intereses económicos y políticos. Sin duda alguna que cuando el "pobre diablo" de la delincuencia convencional o común realiza o comete un delito son pocas las personas interesadas en su suerte. Cuando más, será su núcleo familiar el que con grandes dificultades tratará de buscar un abogado defensor privado y en la mayoría de las veces será el defensor oficial, quien poco interés prestará a su asunto. Mientras que, por el contrario, "detrás" de los delincuentes de cuello blanco se encuentran vinculaciones importantísimas con las cúpulas del poder económico y político que son los que mueven las grandes palancas de las decisiones. Tienen a su disposición los mejores abogados, los expertos más calificados y todos los vinculados con los resortes de decisión.

Es decir que en primer lugar no es frecuente que la ley atrape sus conductas; cuando lo hace, lo realiza en forma tan difusa que es poco probable de concretar y cuando se han pasado todas esas dificultades goza de una protección diferencial en relación a los otros sujetos sociales.

5) El estereotipo corresponde al delincuente convencional. Cuando alguien habla de la delincuencia o de un "delincuente" existe inmediatamente la imagen de un hombre pobre, mal vestido, poco educado, con escasa instrucción, familia numerosa y pobre, con dificultades para obtener trabajo, que puede ser un alcohólico o un drogadicto, no tiene abogado particular, ha sufrido condena anterior o fue, aunque sea, detenido en alguna oportunidad; es feo, desaliñado, improlijo.

El delincuente de cuello blanco es culto, con una familia constituida, con pocos hijos, de buena presencia, bien vestido, vive en barrios elegantes, goza de respeto y consideración pública.

6) El delincuente "pobre diablo" es estigmatizado. El hecho de haber sido condenado con anterioridad e incluso el hecho de haber sido detenido aunque no condenado con anterioridad, crea un estigma difícil de arrancar. Existe una suerte de "presunción" de que habrá cometido el segundo o los nuevos delitos que se le imputan y en términos vulgares se dice que "algo habrá tenido que ver" o "algo habrá hecho".

El delincuente de cuello blanco, por el contrario, goza de status y respetabilidad. En el supuesto de ser condenado, esa condena no lo afecta socialmente en la misma forma y con la misma intensidad que en el caso del delincuente convencional.

7) Ausencia de rechazo social para los delitos de cuello blanco. La literatura criminológica nos informa que no existe rechazo social en relación a los delitos de cuello blanco, comparándolo con los convencionales. Se considera que el rechazo social es nulo. Desde las observaciones de Charles Dickens en los Estados Unidos, se ha determinado que en lugar de rechazo hay cierta admiración hacia los delincuentes de cuello blanco, por considerarlos más astutos que las otras personas. Sin embargo, en una investigación que realizamos en México sobre reacción social en delitos de cuello blanco y convencionales, las diferencias de rechazo no fueron significativas. Hubo un pequeño rechazo total mayor (60,5% de la muestra) para los delitos de cuello blanco que para los convencionales (51,1%). Sin embargo, en el simple rechazo fue mayor el porcentaje hacia los delincuentes convencionales (4,6%) que para los de cuello blanco (45,5%). En definitiva, no hubo mayores diferencias.

Por otro lado, no se pueden considerar en bloque a todas las conductas de cuello blanco y a todos los convencionales. Aparece con menor rechazo la conducta de evasión fiscal, por ejemplo, que las de adulteración de alimentos o medicamentos. También las diferencias son significativas cuando se trata de considerar al encuestado como víctima o posible víctima del delito sobre el que se lo interroga.

8) Las sanciones o reacciones punitivas son diferentes. Existe una desigualdad evidente en cuanto a la naturaleza y el tipo de sanciones previstas en la ley conforme al tratamiento de delitos convencionales o de cuello blanco. En el primer caso la pena prevista en la inmensa mayoría de los tipos penales (más del 90%) es la de prisión o pena privativa de la libertad. Después, solo para algunos tipos se prevén las sanciones económicas, como multas o decomiso y las de inhabilitación temporal o permanente.

Por el contrario, los delitos de cuello blanco tienen prevista sanciones de tipo administrativo y económico, como multa, apercibimiento, cierre de negocio, etc. Sólo muy excepcionalmente se prevén arrestos pero casi nunca penas privativas de la libertad prolongadas.

3) *En delito ecológico. Su impacto*

El problema de la contaminación ambiental es uno de los más serios en cuanto a los daños que provoca en la salud. Daña a las personas y en general a los organismos vivos, el aire, la tierra, las aguas, los alimentos, etc. En definitiva perjudican todo y en oportunidades en forma irreversible.

La ciudad de México (D.F.) es una de las más contaminadas del mundo, al igual que Nueva York, Sao Paulo y Los Angeles. Llega a ser tan alarmante que se afirmó que estaba destinada a cambiar radicalmente o desaparecer. Los expertos y especialistas afirmaron que la contaminación en el área metropolitana rebasó seis veces los límites de aceptabilidad para el ser humano. El problema no deja de ser menos grave en otras ciudades industriales como Monterrey y Guadalajara, en los puertos, bahías, ríos y en el campo por la acción de los pesticidas. Los médicos afirman que la contaminación provoca el 90% de las enfermedades respiratorias e infecciosas que padece la población metropolitana.

a) *Impacto en el aire*

En los años 70 se determinó que se habían arrojado a la atmósfera terrestre 1.000 millones de toneladas de bióxido de carbono, 200 millones de toneladas de monóxido de carbono, 150 millones de toneladas de óxido de azufre y 2.500 millones de toneladas de partículas sólidas. Como se puede advertir, se trata de cifras astronómicas aterradoras.

Las principales fuentes contaminadoras en el caso de la ciudad de México, son los vehículos automotores y las industrias. En los años 80 las propias autoridades de salud pública mexicana reconocían que los vehículos en circulación emiten anualmente 2.500.000 toneladas de metros cúbicos de monóxido de carbono, 300.000 de hidrocarburos y 30.000 de óxido de nitrógeno y lo más grave 2.830.000 toneladas de metros cúbicos de gases sólidos y en suspensión. La ciudad cuenta con más de dos millones de vehículos y 36.000 chimeneas industriales que provocan la alarmante contaminación del aire antes señalada.

b) *Impacto por ruidos*

La contaminación por ruidos es producida por camiones de transportes, ómnibus de servicios colectivos, aviones, ferrocarriles, motocicletas. Los organismos oficiales (Instituto Mexicano del Seguro Social) han determinado que en la ciudad de México existe una intensidad de ruidos cada vez en mayor aumento y que son perjudiciales a la salud.

La contaminación por ruidos acarrea pérdida temporal o permanente del oído, irritación de los sentidos, depresión o mal humor, disminución de la agudeza auditiva, sordera y dificultades en el descanso y la comunicación.

c) *Impacto en las aguas*

Los problemas producidos por la contaminación de aguas en ríos, mares, lagunas y océanos por la descarga de desechos industriales altamente contaminantes, ha generado daños irreversibles en la salud de las poblaciones.

En el Estado de México el 90% de los ríos presentan un índice de contaminación superior al que permite la sobrevivencia de la fauna acuática y el propio Director de Mejoramiento de Ambiente los calificó de "ríos muertos".

4) *Los daños ocasionados*

Los daños ocasionados por los delitos ecológicos son mucho más graves que los convencionales en el mismo ramo o ítem de delitos contra la salud pública, e incluso que los delitos contra las personas y la integridad corporal como homicidios y lesiones. Los daños en la salud son tan graves que la segunda causa de muertes en México se debe a enfermedades gastrointestinales y respiratorias y uno de los agentes que más influye es el de la contaminación.

Las autoridades médicas han considerado que por lo menos la cuarta parte de los mexicanos presentan amibiasis y parasitosis, cuyo índice se ha elevado en el último decenio en un 300% por contaminación en aguas potables se han llegado a provocar muertes. Un alto porcentaje de cánceres mamarios se deben a contaminación ambiental.

En nuestra encuesta de reacción social los sectores afectados y expertos respondieron que los daños ocasionados en la salud afectaban fundamentalmente en las enfermedades bronco respiratorias y gastrointes-

tinales. Además, en las afecciones cardiovasculares, amibiasis, fiebre tifoidea, saturnismo, silicosis, afecciones a la vista, oído, piel y sistema nervioso.

Los daños provocados por ruidos en la ciudad de México son altamente significativos. Se ha determinado que un alto porcentaje (80%) de obreros textiles y siderúrgicos con más de 5 años de servicios, presentaron fuertes problemas auditivos, especialmente los que viven cerca del aeropuerto internacional de México.

Los niños que viven en zonas congestionadas presentan problemas en el aprendizaje y limitan su desarrollo en el lenguaje y la lectura.

Se calcula que unos seis millones de personas del D.F. y áreas conurbanas están afectadas por sociocursis o pérdida del sentido auditivo. Es decir, la tercera parte de la población de esa gran urbe. El tráfico aéreo produce afecciones a unas 80.000 personas y medio millón requieren de protección acústica. Más del 40% de la población total del país padece problemas de audición provocados entre otras causas por sonidos ambientales cada vez más agresivos y peligrosos.

La contaminación ambiental también afecta los suelos. La pérdida de sembradíos, frutas, flores, el paisaje, los monumentos históricos. En todo ello influye el uso desmedido de fertilizantes químicos, herbicidas y plaguicidas. Los daños ocasionados en el campo son significativos pero no se los ha considerado como los de las grandes ciudades.

5) *Las industrias más contaminantes*

Las industrias más contaminantes son las cementeras, químicas y siderúrgicas. Estas, en forma irresponsable, han contaminado ríos y bahías en el mar. Otras fuentes contaminantes son los ingenios azucareros, la industria textil, la procesadora de alimentos, las termoeléctricas, las fundidoras de hierro y acero, fábricas de papel (que además de contaminar el aire provocan malos olores).

6) *La escalada punitiva*

Como ya hemos afirmado, la pena privativa de la libertad se ha reservado para la delincuencia convencional o de los pobres. La de cuello blanco, incluida la ecológica, se castiga con sanciones económicas (multas) en forma abrumadora, cancelación de autorización o cancela-

ción de registro, de comiso, clausura temporal o definitiva que podrá ser parcial o total y en forma excepcional arresto. Todo ello conforme al código sanitario de México. Los montos de las multas son tan bajos que oscilan entre un dólar como mínimo y 100 dólares como máximo. Es decir que las sanciones no guardan ninguna relación con los procesos inflacionarios cada vez más galopantes ni con el capital social de la empresa contaminante.

Las sanciones establecidas en los reglamentos, también son de multas y de clausura temporal o definitiva del establecimiento.

Como se advierte, hay una diferencia notable entre las sanciones tradicionales de la delincuencia convencional (prisión) y la de cuello blanco (multa) en forma prioritaria.

Las modificaciones más recientes a la nueva ley para prevenir y controlar la contaminación ha elevado justificadamente los montos de las sanciones de multa estableciendo un equivalente de 5 a 10.000 días del salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. En los casos de reincidencia prevé un aumento de dos tantos y hasta la clausura definitiva. Además establece el decomiso del objeto contaminante, la cancelación de concesiones, permisos, licencias y en general, toda autorización otorgada para operar, funcionar o prestar servicios.

Lo más importante no sólo es el aumento de las sanciones pecuniarias sino la inclusión de la privación de la libertad en forma de arresto. En delitos imprudenciales se prevén sanciones privativas de la libertad de seis meses a tres años, y se aumenta de 1 a 5 años de prisión para los casos de fabricante, comerciantes, transportistas, etc., de sustancias o materiales contaminantes que causen o puedan causar riesgos o peligro grave a la salud.

Se ha introducido como delito en el código penal veracruzano de México y la legislación alemana se distingue entre infracciones administrativas y delitos para los casos dolosos y graves.

En los Estados Unidos la legislación prevé sanciones económicas que guardan relación con el capital social de la empresa contaminante y que pueden llegar a afectar hasta el 25% (la cuarta parte) del mismo. Es decir, que el principal país capitalista es quien ha previsto sanciones económicas más graves. En la URSS los recientes desastres ecológicos han motivado sanciones fuertísimas para los funcionarios públicos (inhabilitación y prisiones privativas de la libertad).

En conclusión, existe una inflación punitiva tanto para delitos convencionales como para los de cuello blanco, pero el problema no reside en la fijación formal sino en el grado de aplicación de las sanciones y en su eficacia.

Nosotros somos partidarios de las sanciones económicas en relación al capital social de la empresa, a pesar de todas las dificultades que pueda traer su fijación.

7) *La eficacia de la legislación*

Es uno de los temas más importantes y significativos porque erróneamente se ha creído que los problemas se solucionan sólo con una buena legislación. El caso de la legislación ambiental es muy claro para mostrarnos cómo se puede contar con una excelente legislación, normas en la Constitución, en leyes especiales, códigos, reglamentos, ordenanzas, etc., y sin embargo no abatirse el problema por falta de aplicación y eficacia. Casi todos los países con constituciones modernas contienen normas que aseguran la calidad de vida para sus habitantes (como la española de 1978, la portuguesa de 1976, URSS 1977, en los estados de EE.UU., en la mexicana panameña de 1972, Polonia, Yugoslavia, etc.). En México se cuenta no sólo con norma en la Constitución, sino con una excelente ley federal para prevención y control de la contaminación, recientemente modificada en 1981, con la creación de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología (rango ministerial), la Comisión Intersectorial de Saneamiento Ambiental, Código Sanitario, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley Federal de Aguas, Ley Federal para el Fomento de la Pesca, Ley de Obras Públicas, Ley de Zona Económica Exclusiva, Ley General de Asentamientos Humanos, Ley Forestal y los reglamentos para prevenir y controlar la contaminación del mar por vertimientos de desechos y otras materias, el de protección contra la contaminación originada por la emisión de ruidos, y normas indirectas en el Código Penal Mexicano del D.F. y en el moderno código de Veracruz que prevé especialmente el delito ecológico.

Como se puede advertir, existen normas referidas a la prevención y represión de la contaminación ambiental en el caso de México en una decena de leyes, en varios códigos y reglamentos. En otros países de América Latina, encontramos situaciones similares. En efecto, en Panamá existen normas difusas en siete códigos, 15 leyes, 7 decretos, 3 reglamentos, 5 convenios y 33 instituciones, departamentos e institutos que tienen relación con los recursos naturales. Lo mismo acontece en Venezuela donde se cuenta con normas constitucionales, leyes especiales, decretos, proyectos y anteproyectos de protección ambiental.

Se lo incluye como un tipo especial en los modernos códigos penales veracruzanos en México y en Colombia, y en los alemanes, italianos, franceses. Es decir que la creación de tantas leyes y ordenamientos jurídicos dirigidos a la protección del medio ambiente está de-

mostrando la importancia del bien a tutelar y la gravedad que encierran las conductas agresivas.

A pesar de todas esas normas, sostenemos que su eficacia es nula o casi nula en diferentes países.

En primer lugar, se requiere de una infraestructura administrativa para el control, que no es prevista por el propio Estado. La prueba de ello es que el número de inspecciones a las empresas potencialmente contaminantes y a los automotores es escasa en relación a su número. Así sucede en el Valle de México donde se encuentran instaladas más de 130.000 industrias. Las empresas transnacionales que contaminan el 60% del país y afectan indirectamente a 40 millones de habitantes no son afectadas.

En los casos que se verifican infracciones sólo se establecen multas de poca valía por lo que se prefiere hacer efectiva la misma y no instalar equipos anticontaminantes que son más costosos.

En México sólo se llega a la clausura de las fuentes contaminantes cuando se producen muertes, como aconteció con algunas empresas cementeras y de fundición.

En definitiva, podemos afirmar que el número de empresas sancionadas es escaso, y no se informa sobre el nombre de las mismas ni sobre las penas aplicadas. Las razones se deben a la falta de energía de los organismos competentes, al proteccionismo brindado a determinadas empresas, a los fuertes intereses económicos en juego, al carácter difuso de las normas, a su instrumentación administrativa y a otros motivos largo de enumerar en este trabajo.

Cuando se detectan infracciones, el monto de las multas no guarda ninguna relación con el capital social de la empresa contaminante. En México se determinó que pagaban unos 330 dólares en procesos que duran entre 6 y 12 meses, mientras que en los Estados Unidos las empresas matrices pagan 25.000 dólares al día. Se calcula que en todo México el promedio anual por multa no excede los 5.000 dólares.

Los funcionarios se han quejado de que las meras exhortaciones a los contaminadores no dan resultado y la solución no parece encontrarse en las sanciones previstas sino en establecer la obligación de contar con equipos anticontaminantes.

El incumplimiento de las normas ha sido reconocido por los propios industriales quienes manifestaron que sólo el 3,5% de la planta fabril del Estado de México es sancionada. En un sondeo sobre 6.000 empresas se encontró que el 63% contaminaba en alto grado el agua

y la tierra y en un 3,8% el aire. Sin embargo, el 42,41% no había sido sancionada por la autoridad de salubridad.

En conclusión, se advierte que la legislación no cumple con sus cometidos. Todo ello tendrá que ver con la ineficacia de los órganos de control y los grandes intereses en juego que son más fuertes que los de la salud pública.

9) *Demanda y repercusiones en la opinión pública*

El delito económico es una de las conductas que ha merecido mayores comentarios en la prensa escrita de la ciudad de México. A menudo se ha incluido en la página editorial y existen periódicos que han incorporado especialistas sobre el tema para esclarecer a la opinión pública.

El "estrepitum forum" ha aumentado y tomado carácter sensacionalista cuando a raíz de la contaminación se han producido muertes. También en esos casos ha existido una respuesta en los resortes de la administración y de la justicia. El gran interés que merece el problema lo percibimos en nuestra encuesta sobre el tema. Cuando nos acercamos a los pobladores cercanos a fuentes contaminadas o posiblemente contaminadas de la ciudad de México, no sólo nunca fuimos rechazados sino que se mostraba un gran interés en responder y participar. Los diversos grupos de encuestadores diseminados por toda la ciudad e incluso en zonas del interior del país manifestaron haber sido recibidos con gran aceptación. Esto es significativo porque algunos encuestadores habían trabajado para empresas privadas y partidos políticos y en esos casos se habían encontrado con rechazo e indiferencia de gruesos sectores sociales. Las únicas dificultades para lograr penetrar a la empresa y obtener información. En los otros dos casos de público afectado y expertos no hubo indiferencia o rechazo, y en los empresarios menos de la tercera parte no quiere responder.

Nuestra primera pregunta se orientaba a conocer que se entendía por conservación del medio ambiente y las respuestas fueron positivas. En el público se consideró que era conservar la naturaleza, cuidar el lugar que se habita, etc. La mayor parte de los encuestados consideró que la empresa cercana a su trabajo o vivienda era contaminante. Los empresarios negaron mayoritariamente esa posibilidad y sólo la aceptó una tercera parte.

Todos los entrevistados coincidieron en que los principales contaminadores son las fábricas de automotores y la empresa privada, y en menor medida la colectividad y la empresa pública (sólo cerca del 10%).

El público y los expertos consideraron que la contaminación provoca ingentes daños a la salud.

En relación al conocimiento y ejercicio de la ley la casi totalidad del público no sabía cómo se elaboran las leyes, cómo se ejecutan y cómo se sancionan. Sólo un ínfimo porcentaje conoce esos mecanismos. Este renglón en las respuestas es muy sugerente y rico para considerar en otras investigaciones porque la ley se presume conocida por todos los ciudadanos y por eso se aplica o se debe aplicar sin distinción alguna. Sin embargo, el resultado de nuestra investigación desmisticifica esos postulados del derecho y muestran además la falta de divulgación de las leyes, el carácter difuso de las mismas, la complejidad en el tema que tratamos y la falta de participación del público en los procesos de elaboración de las normas.

Casi la mitad del público encuestado no sabía si las empresas han sido sancionadas (44%) y en proporción destacable piensan que nunca han sido sancionadas (33%). Sólo un pequeño porcentaje (el 16%) contestó en forma positiva.

En cuanto a las causas, los que sostuvieron que no hubo sanciones lo atribuyeron a que las compañías son muy fuertes", es decir, a su gran poder económico. Para los expertos, las sanciones no se cumplen o se cumplen muy poco (40% en el primer caso y 65% entre ambos) y coincidieron con el público en la presencia de intereses económicos y políticos muy grandes.

Un grupo de técnicos consideraron que las penas se reservan para las pequeñas empresas. Los propios empresarios en un 70% consideraron que no habían sido sancionados y el resto que sí.

En cuanto a los castigos, no se conocía mayoritariamente el tipo de los mismos, pero un grupo afirmó que se trataba de medidas económicas y que con frecuencia eran sustituidas por actos de corrupción (20%), clausura temporal (14%), definitiva (3%) y amonestación (3%). Los expertos, obviamente, conocían que se trataba de multas, y que también se prevé la clausura y la ocupación total o parcial de las fuentes contaminantes.

Otro elemento significativo es que la opinión pública no conocía cuál era el procedimiento establecido en la ley para denunciar y para aplicar sanciones. Tampoco participaban en campañas conservacionistas.

En definitiva, se demostró un divorcio entre administradores y administrados, entre quienes aplican las leyes y a quienes se representa, entre la necesidad de difundir los actos gubernamentales y las sanciones aplicadas y la realidad escuálida de información.

Estudios realizados en otros países como Panamá y Venezuela demuestran que la información periodística es escasa y se omiten daños importantes como valorización del daño causado, escasa o nula identificación de los implicados, falta de seguimiento de la noticia y sanciones inexistentes o que no se aplican.

A pesar de todo ello el impacto de los problemas que acarrea la contaminación ambiental ha motivado la creación de numerosas entidades privadas y públicas e incluso de partidos políticos (los verdes) que han obtenido bancas en los parlamentos de países europeos. Se han multiplicado las publicaciones, hay organismos especializados de Naciones Unidas, se han creado comisiones especiales en los congresos o parlamentos nacionales y se debate a través de la prensa. Todo ello está indicando el interés creciente por un problema o conjunto de problemas que nos ha traído el proceso de industrialización, la inescrupulosidad del capital, y los fuertes intereses económicos y políticos para crear una situación de impunidad.

Será necesario por ello integrar equipos de investigación interdisciplinarios, presionar a través de todos los medios de comunicación, dar a conocer los resultados de las investigaciones, fomentar la participación ciudadana, hacer efectiva la legislación, introducir tipos penales en la legislación sustantiva (penal), presionar para un mayor control, dar a conocer las sanciones económicas aplicadas y el nombre de los implicados, y todo un planeamiento para una eficaz política de prevención y protección del medio ambiente en que todos los ciudadanos del mundo estamos enmarcados.

EL PAGARE SUJETO A TRACTOS SUCESIVOS Y SU NULIDAD EN EL DERECHO POSITIVO COSTARRICENSE

Dr. Carlos Gómez Rodas

Dr. Alfonso Gutiérrez Cerdas

Profesores de Derecho Comercial
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Reseña histórica y naturaleza jurídica.
- III. Derecho positivo y práctica en Costa Rica.

I. El artículo 802 inciso c) del Código de Comercio estipula que en materia compatible con su naturaleza jurídica le son aplicables al pagaré, entre otras disposiciones, los vencimientos a que puede sujetarse la letra de cambio. Por su parte el artículo 758 del mismo Código, taxativamente enumera lo siguientes tipos de vencimiento que rigen para la cambial: "A la vista, a plazo cierto desde la vista, a plazo cierto desde su fecha y a fecha fija". Los anteriores son los únicos vencimientos válidos para la letra de cambio, pues el mismo artículo en su parte final, sanciona con nulidad a aquellos títulos que indiquen otros vencimientos⁽¹⁾ o vencimientos sucesivos como expresamente lo señala el Código dicho.

Ahora bien, si las disposiciones de la letra de cambio referentes al vencimiento le son aplicables al pagaré, tenemos como efecto obvio y directo de tal disposición que los pagarés no pueden sujetarse a tractos sucesivos, so pena de nulidad. ¿Es válida tal conclusión a la luz de la doctrina de los títulos cambiarios? ¿Será válida tan grave conclusión en el marco general del derecho positivo costarricense?

Las interrogantes anteriores motiva la elaboración de este trabajo, que pretende realizar un análisis de la problemática planteada, mediante un estudio de los artículos 758 y 802 del Código de Comercio, y de todos aquellos aspectos colaterales que pueden influir en la misma.

Como ya se mencionó anteriormente, el artículo 802 comienza prescribiendo que todas aquellas disposiciones que norman la letra de cambio son aplicables al pagaré, mientras no se desvirtúe su naturaleza jurídica. Cuáles materias de la cambial contrarían la naturaleza del pagaré y cuáles por el contrario le son afines, es cuestión que debe definirse en el presente trabajo, pues de ello dependerá en gran parte la solución del problema que nos ocupa y que se reduce a establecer si son aplicables al pagaré las regulaciones que sobre el vencimiento rigen a la letra de cambio y por ende aceptar o rechazar la nulidad del pagaré sujeto a tracto sucesivo en el derecho comercial costarricense.

Conviene comenzar entonces buscando en la génesis y posterior desarrollo histórico de estos títulos, el origen y la razón de sus similitudes y diferencias, para luego establecer con mayor autoridad la aplicabilidad o inaplicabilidad al pagaré de los distintos institutos de la letra de cambio.

(1) Antiguamente se acostumbraba señalar como fecha de vencimiento de una letra, el día o días en que se celebraba una de las tradicionales ferias de comerciantes. A estos documentos se les llamó letras feriales, algunas legislaciones todavía conservan este tipo de vencimiento.

II. Si existió la letra de cambio en la antigüedad, especialmente en Roma, es asunto controversial⁽²⁾ que excede los limitados confines de este trabajo. Sin embargo, se ha establecido con certeza que su mayor desarrollo tuvo lugar en la Edad Media,⁽³⁾ lo que permite considerar que en su concepción moderna, surge de las prácticas mercantiles medievales y en consecuencia, prescindiremos de sus más remotos antecedentes.

Existió en el medioevo un documento notarial al cual se le ha dado el nombre de "pagaré cambiario"⁽⁴⁾ que surgió de las prácticas de los cambistas o "campsos", es decir, de los profesionales del cambio.⁽⁵⁾ Los cambistas originalmente realizaban el cambio de las distintas monedas manualmente,⁽⁶⁾ recibiendo un tipo y entregando a su vez, otro diverso.

(2) Goldschmidt Levin, "Storia Universale del Diritto Commerciale", prima traduzione italiana, Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1913, pp. 313-314, sostiene que en su contenido la cambial era conocida por los helenos y los romanos, denominándola estos últimos "permutatio". Igualmente sostiene que también en su forma típica de escritura era ya conocida por los antiguos: "Il titolo esecutivo circa il prestito di Praxicles al Comune di Amorgos, emesso circa due secoli d.Cr., è un vaglia cambiario a domicilio al ordine del creditore", p. 314, nota 73. Sin embargo, a pesar de lo anterior, afirma que no se le encontró en tal época en medida considerable. En sentido contrario y refiriéndose especialmente a Roma, Rehme Paul, "Historia Universal del Derecho Mercantil", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, p. 59 asevera: "...mientras que la existencia de la letra de cambio, en el sentido moderno, ni está probada ni debe presumirse...". También debe rechazarse la tesis de un presunto origen islámico, Mittermaier, citado por Goldschmidt, op. cit., p. 314, nota 76, afirmaba el origen árabe, basado en ciertos documentos encontrados en Florencia por el abogado Salvagnoli, que según Mittermaier "probano che le cambiali furono portati da prima dagli arabi in Sicilia". Contra esta tesis Golschmidt, op. cit., p. 314, "la derivazione dal diritto arabo manca d'ogni sostegno e d'ogni verosimiglianza"; Golschmidt luego le resta importancia a los documentos mencionados por Mittermaier afirmando que nunca fueron publicados. Igualmente Rehme, op. cit., p. 86, "En lo que hace referencia especialmente a la letra de cambio, los repetidos alegatos en favor de su origen islámico carecen de fundamento".

(3) Garríguez Joaquín, Tratado de Derecho Mercantil, tomo II, Revista de Derecho Mercantil, Madrid 1955, p. 141, dice: "...El origen de la letra de cambio hay que buscarlo en la Edad Media y en el comercio de las ciudades del norte de Italia". Pirenne Henri, Historia Económica y Social de la Edad Media, Fondo de Cultura Económica, México, 1975, p. 79, sitúa el desarrollo de la cambial en el siglo XII, impulsada por las prácticas de las ferias comerciales. Goldschmidt, op. cit., p. 314, también sitúa su desarrollo inicial a mediados del siglo XII. Fanfani Amintore, Storia Economica, Trattato Italiano di Economia, vol V; UTET, Torino 1968, p. 404, afirma que su mayor auge lo alcanza la letra a finales del siglo XIV.

(4) Garríguez Joaquín, op. cit., p. 143, menciona que a este documento (prescindiendo de su sentido moderno) se le ha llamado también "letra propia domiciliada" o "pagaré domiciliado".

(5) Ibid., p. 142-143.

(6) El llamado "cambium manuale", "purum", "sine litteris".

Pero de esa forma de operar, que consistía en una mera operación física de intercambio de unas monedas por otras, de una especie de "do ut des", se pasa a la promesa de pagar la suma entregada en otro país o lugar geográfico y en su respectiva moneda de curso legal.

Del cambio manual se pasa al cambio trayecticio,⁽⁷⁾ que consiste en la promesa de remisión de fondos que se hacía por escrito y en documento con forma notarial. Es esencial esa remisión de fondos de un lugar a otro para alcanzar ese nuevo estadio en la evolución del pagaré, es esencial una voluntad tendiente a que tenga lugar una "vendictio pecuniae absentis pro pecuniae praesenti".⁽⁸⁾ El llamado "camium siccum" o sea el cambio estrictamente local, no se regía por el derecho cambiario.⁽⁹⁾

El pagaré cambiario también llamado pagaré domiciliado en su aspecto formal era similar a cualquier otro documento notarial de su época, diferenciándose únicamente en que su causa no era la compraventa o el préstamo sino el cambio. Mediante este documento se declaraba haber recibido una suma de dinero y se prometía su restitución. Como documento notarial que era, poseía fuerza ejecutiva e incorporaba una doble cláusula a la orden: la cláusula activa, en virtud de la cual se prometía pagar a la persona de quien se recibía el dinero o en su defecto a su mandatario, y la cláusula pasiva, que contenía la promesa del cambista de pagar o hacer que se pagase en lugar distinto y distante.⁽¹⁰⁾ A este documento se le agregó otra cláusula muy importante, "la de valor" ("valuta") "o de recibí", mediante la cual, el deudor (cambista) reconocía haber recibido del tenedor, una determinada suma de dinero, permitiéndole al acreedor repetir contra el cambista si la obligación no era honrada por el socio o mandatario suyo.

Como resulta de lo afirmado, estamos frente a un documento que no es más que un pagaré, especial tal vez por haber nacido del cambio

(7) El "cambium impurum", "cum carta", "per litteras".

(8) Goldschmidt, op. cit., p. 310, sostiene: "Essenziale per il concetto è esclusivamente la diversità di luogo della (reale o immaginaria) piazza di riscossione e di pagamento ("distantia loci", "solvere de loco in locum"). L'assegno di denaro senza diversità di luogo non è affare di cambio nel senso del diritto medievale".

(9) Ibid., p. 310.

(10) Garríguez, op. cit., pp. 113-114. También Pirenne, op. cit., p. 79, dice: "Se trata únicamente de simples promesas escritas de pagar una cantidad en lugar diferente de aquel en que se contrae la deuda, o, para emplear términos más jurídicos, de un pagaré a la orden a determinado plazo. El firmante se compromete al efecto a pagar en otra plaza al remitente o a su "nuntius", es decir a su representante (cláusula activa), o mandar a pagar dicho pagaré por "nuntius" que actúe como su representante (cláusula pasiva).

y ser el cambio su causa, pero un pagaré en fin.⁽¹¹⁾ La transición entre el pagaré y la letra tiene lugar precisamente cuando se pasa de la promesa de pago al mandato de pago.⁽¹²⁾ En el momento en que la redacción del documento se hace no ya en forma de reconocimiento de deuda, sino a manera de asignación, o sea de orden de pago⁽¹³⁾ girada a un tercero, cuando los usos comerciales imponen esa nueva forma, entonces estamos frente a una letra de cambio en el sentido moderno.

Lo anterior nos permite concluir que la letra de cambio descende en línea directa y legítima del pagaré, lo cual explica precisamente, la gran afinidad entre ambos títulos.

- (11) Goldschmidt, op. cit., p. 320: "La forma primitiva della cambiale conclusa per iscritto (della lettera di cambio) nell' medioevo non è, como viene insegnato quasi senza eccezione, la tratta, cioè la lettera di cambio in forma di assegno, e nemmeno la tratta a nome proprio (c.d. cambiale di accomandita), ma el vaglia cambiario: una lettera di cambio nella forma di promessa propria di pagamento". Como ejemplo de ese pagaré cambiario transcribimos el siguiente tomado del mismo autor, op. cit., p. 322:

Pisa, 1197

Il Podesta dei Pisani ha ricevuto da Bernardus, operarius opere S. Marie 200 libr. den. Pisan e *promette* in cambio di pagare o al suo, missus 444 yperpera auri, o alibi si vobis placuerit. (El subrayado es nuestro).

- (12) Existe desacuerdo en relación con la manera en que el pagaré domiciliario o cambiario se convierte en letra de cambio, ahondar en ello es cuestión ajena a los propósitos de este trabajo, sin embargo, deseamos citar algunas posturas acerca de tal conversión. Goldschmidt, op. cit., pp. 331 ss., sostiene que la orden de pago se origina en un segundo documento que acompaña al pagaré cambiario y es instrumento suyo de ejecución. Grünhut citado por Garríguez, op. cit., p. 145, nota 6, difiere de la anterior tesis pues considera poco verosímil que quien ya estuviere legitimado por un documento notarial tuviese que recibir uno inferior a ese para su ejecución. Canstein citado igualmente por Garríguez, op. cit., p. 145, nota 6, opina que los documentos de los cambistas llegaron con el tiempo a tener fuerza probatoria y ya no fue necesario que la letra se redactara notarialmente bajo forma de documento de deuda, sino que llegó a redactarse por los mismos "campsores", como una invitación de pago en forma de carta.
- (13) Copiamos un ejemplo de una letra de cambio antigua para que pueda ser confrontada con el ejemplo de un pagaré cambiario transcrito en la nota 11 anterior:

"Al nome di Dio amen. Bartalo e compagni Barna de Lucha e compagni salute. Di Vignone. *Pagherete* per questa lettera a di XX di novembre CCXXXIII a Landuccio Busdraghie e compagni de Lucha fiorini 312 $\frac{3}{4}$ d'oro, che questo di dell' fatta n'avemo da Tancredi Bonagiunta e comgni a raxione di III e quarto per C alloro vantaggio, e ponete a nostro conto e ragione. Fatta di V. ottobre 339". Freundt.

Citado por Garríguez, op. cit., p. 146, nota 7. El subrayado es nuestro. Nótese además como se cambia la palabra "promette" (promete) por "pagherete" (pagarán), lo cual no significa otra cosa que pasar de una promesa a un mandato de pago.

El pagaré y la letra son los documentos cambiarios por excelencia, afines en su naturaleza jurídica de títulos valores a la orden, en su génesis, en su forma de traspaso y en una casi homogénea regulación positiva. Ambos son además, títulos de garantía y en realidad el único aspecto fundamental (con exclusión de aquellos formales) que viene a alterar esta afinidad lo encontramos en el hecho de ser el primero, como su nombre bien lo indica "una promesa de pago" y el segundo en ser "una orden de pago". De este hecho, de esta distinta concepción de ambos títulos, derivan todas las diferencias que entre el pagaré y la letra de cambio tiene lugar.

Esta tan acentuada afinidad a que hemos hecho referencia, se traduce en una misma regulación positiva, quebrantada tan solo por las disposiciones referentes a ciertas instituciones como la aceptación, que derivan correctamente del hecho de ser la letra de cambio "un mandato de pago" y que por tanto no le son aplicables al pagaré. Es preciso para los fines de este trabajo establecer claramente las diferencias que existen entre ambos títulos y para ello es necesario examinar someramente las instituciones que de estas diferencias se derivan. Hacemos hincapié, aún cuando por ello se caiga en pesadas reiteraciones, que la diferencia básica, fundamental entre ambos títulos, consiste en ser uno, una promesa y en ser el otro un mandato de pago. Ahora bien, de esa diferencia básica, de esa única y relevante divergencia (si se prescinde del aspecto puramente formal) provienen aquellas diferencias de la letra de cambio incompatibles con la naturaleza del pagaré. Son estas instituciones como bien lo estatuye el párrafo final del artículo 802 del Código de Comercio, la aceptación, sus efectos y consecuencias, como la presentación para la aceptación, la aceptación por intervención, las exigencias del protesto⁽¹⁴⁾ y aunque la ley no lo mencione, la existencia de un librado aceptante que se convierte en primer deudor de la obligación.

La orden de pago que contiene la cambial, supone normalmente la existencia de tres sujetos que intervienen en la relación cambiaria, el librador quien es el emisor de la letra y deudor de la obligación y que contrae su deuda en virtud de la relación subyacente; el tenedor o beneficiario, acreedor que adquiere su crédito con fundamento en el mismo contrato antecedente, pues en su favor se emite la letra y por último el librado,

- (14) "El protesto es un acto notarial que acredita frente a todos el exacto cumplimiento de la obligación de diligencia impuesta por la ley al tenedor de la letra, supuesto que la responsabilidad de los obligados en vía de regreso está subordinada a la negativa de aceptación o de pago por el obligado directo, se comprende que no puede ejercitarse acción de regreso sin acreditar fehacientemente estos hechos", Garríguez, op. cit., pp. 518-519. Citando el protesto una acta notarial que deja constancia de la no aceptación o del no pago de la letra, consideramos, circunscribiéndonos a un marco puramente teórico, que no alteraría la naturaleza propia del pagaré, una eventual obligación de levantar protesto por el no pago de un crédito documentado. En Costa Rica obviamente ello no es posible por expresa disposición legal.

contra quien va dirigido el mandato de pago y quien es un tercero frente al negocio fundamental o relación subyacente, así como frente al negocio cambiario propiamente dicho. El librado es un tercero en relación al ámbito cambiario, la inclusión de su nombre en una letra de cambio es para él (no para los otros dos sujetos) jurídicamente irrelevante⁽¹⁵⁾ y no posee obligación alguna de aceptar, y aún cuando tuviese a su cargo obligaciones extracambiarías en favor del librador, éstas por sí solas no lo convierten en obligado cambiario. El librado o girado solo entra en la relación cambiaria mediante su aquiescencia a pagar la letra, declaración de voluntad que se manifiesta por medio de la aceptación. Una vez que el librado ha aceptado, se convierte en el principal deudor de la obligación cartularia y ello aún frente al librador de la letra.⁽¹⁶⁾

Pese a que la ley exige como requisito formal de su creación, el nombre del librado,⁽¹⁷⁾ la aceptación de éste, no constituye un requisito para la validez de la emisión, ni para la circulación de la letra de cambio. Sin embargo, la deshonra del título como consecuencia de la no aceptación, trae como resultado la pérdida del beneficio del plazo por parte de los obligados cambiarios, pues el tenedor adquiere inmediata acción de regreso.⁽¹⁸⁾ También la situación jurídica que se produce con la no aceptación, puede dar lugar a una eventual aceptación por intervención, como se analizará en su oportunidad.

La aceptación en su aspecto formal se realiza mediante el uso de frases tales como: por aceptación, aceptando, acepto y otras similares que

(15) "I trattario anche se sia debitore del traente, anche se sia preventivamente obbligato verso al traente ad accettare e pagare la cambiale e lo abbia autorizzato a trarla su di lui per quella somma e per quella determinata scadenza, non diventa per questo obbligato cambiario, ne verso il prenditore, me verso el traente", Angeloni Vittorio, *La Cambiale e il Vaglia Cambiario*, IV ed. Giufré Editore, Milano 1964, p. 239. En igual sentido Tena Felipe de J., *Derecho Mercantil Mexicano*, IX ed. Editorial Porrúa, México, 1978, p. 489; Peña Castrillón Gilberto, *De los Títulos Valores en General y de la Letra de Cambio en Particular*, Editorial Temis, Bogotá 1981, p. 123; Garríguez, op. cit., p. 424.

(16) "La aceptación de la letra constituye al aceptante en deudor principal de la obligación cambiaria", Jacobi Ernesto, *Derecho Cambiario*, primera traducción del alemán por W. Roses. Editorial Logos Limitada, Madrid, 1930, p. 69; "La única obligación cambiaria del librado nace en el momento de la aceptación", Garríguez, op. cit., p. 424; en el mismo sentido Vivante Cesare, *Trattato de Diritto Commerciale*, vol. III, V ed., Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano 1924, p. 285 ss.; Mossa Lorenzo, *La Cambiale Secondo la Nuova Legge*, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano 1935, p. 433 ss.; Angeloni, op. cit., p. 239; Peña Castrillón, op. cit., p. 123.

(17) Artículo 727 inciso c) del Código de Comercio.

(18) Artículo 766 inciso a) del Código de Comercio; Angeloni, op. cit., p. 244; Peña Castrillón, op. cit., p. 135; Garríguez, op. cit., p. 438.

manifiesten la voluntad de adquirir el compromiso cambiario por parte del librado.

Por ser la cambial un mandato de pago girado contra un tercero, debe presentarse al librado para su aceptación. La presentación puede realizarse en cualquier tiempo y por cualquier persona mientras no haya tenido lugar su vencimiento,⁽¹⁹⁾ esto último por cuanto la presentación del título en dicho día se lleva a cabo, no para su aceptación sino para su pago. Nada impide, eso sí, que antes del vencimiento la letra pueda ser presentada al librado en repetidas ocasiones. Interesa mencionar la facultad que posee el librado de exigir una segunda presentación.⁽²⁰⁾ Esta segunda oportunidad ofrece ventajas tanto para el librado como para el tenedor de la letra. Para el primero, pues le concede mayor tiempo para establecer la conveniencia o no de aceptar el título y para el segundo, pues tal presentación puede ser determinante en la voluntad del librado para aceptar la letra, que de otra forma habría podido rechazar.

La presentación para la aceptación permite clasificar las letras de cambio en tres grupos: las de presentación obligatoria, las que no deben ser presentadas y por último aquellas de presentación facultativa.

Es necesaria la presentación cuando se trata de letras giradas a plazo cierto desde la vista,⁽²¹⁾ pues el acto de la presentación señala el inicio del plazo de vencimiento. La ley en este caso para evitar que la fecha de la presentación quede al absoluto arbitrio del tenedor, establece un plazo máximo de un año para que el título sea presentado,⁽²²⁾ término que puede ser variado por el librador y acortado por el endosante según lo demanden sus respectivos intereses. Obligada presentación existe igualmente cuando así lo dispone el librador, quien puede fijar un plazo para llevarla a cabo.⁽²³⁾

La letra de cambio girada a la vista no debe ser presentada a la aceptación, pues por su propia naturaleza la presentación se lleva a cabo para el cobro y no para la aceptación. La ley concede al librador la facultad de prohibir la presentación de la letra para su aceptación cuando así lo considere conveniente, pese a ello, limita tal potestad a las salvedades establecidas en el artículo 747 del Código de Comercio.

(19) Artículo 746 del Código de Comercio.

(20) Artículo 749 del Código de Comercio.

(21) Artículo 758 inciso b) del Código de Comercio.

(22) Artículo 748 del Código de Comercio.

(23) Artículo 447 del Código de Comercio.

Aparte de las ya mencionadas, los demás tipos de letras son de presentación optativa a la aceptación y dependerá del tenedor hacerlo o no, aunque es innegable que la aceptación por el librado fortalece su situación jurídica, al agregar un nuevo deudor.

Otra forma de aceptación tiene lugar cuando se acepta por intervención⁽²⁴⁾ y ello sucede cuando el librado se niega a aceptar la letra. En esta situación para evitar la acción de regreso producto de la negativa de aceptación,⁽²⁵⁾ el librador puede señalar un tercero que acepte en defecto del librado.⁽²⁶⁾ La intervención puede darse también para el pago, pero tal modalidad no nos interesa puesto que se estudia en esta parte las instituciones que contrarían la naturaleza jurídica del pagaré. En este orden de ideas debemos mencionar las exigencias del protesto, que tampoco son aplicables al pagaré. Tal y como se mencionó en otra parte de este trabajo,⁽²⁷⁾ el protesto no es aplicable al pagaré en estricto sentido jurídico, solo cuando se levanta para dejar constancia de una negativa de aceptación. Pero no desvirtúa su naturaleza el protesto que surge del no pago del título, pese a lo cual, la ley costarricense no distingue entre ambas situaciones y declara de manera general la inaplicabilidad de las reglas del protesto al pagaré, lo cual a nuestro entender es incorrecto por las razones ya expuestas.

Se han analizado someramente todas aquellas instituciones de la letra de cambio cuya aplicación al pagaré no es posible por atentar contra su naturaleza jurídica de promesa de pago. Dichas instituciones provienen precisamente como tantas veces se ha afirmado en el presente trabajo, del hecho de ser la letra un mandato de pago y por ende ser incompatible en ese aspecto con el pagaré.

Por parte del pagaré se puede afirmar que no existen, fuera de los aspectos puramente formales instituciones propias de este título que no le puedan ser aplicadas a la letra de cambio. Avala la anterior aseveración

(24) 'L'intervento, istituto che ha perduto molta dell'anticha importanza essendo ormai poco frequente nella pratica, puo definirsi come l'atto di colui che, in caso de mancata accettazione o mancato pagamento della cambiale, accetta la cambiale opure effettua il pagamento di essa al posto della persona designata a farlo, vale a dire, del trattario o dell'obligato (accettante-emittente)', Salandra Vittorio, Manuale di Diritto Commerciale, vol. II, nueva ristampa inalterata, Giuffrè Editore, Milano 1971, p. 296; "con la intervención se trata de evitar el regreso ya que el interviniente se obliga, mediante la aceptación en defecto del girado, o cumple mediante el pago", Muñoz Luis, Títulos Valores Crediticios, II ed. TEA, Buenos Aires, 1973, p.439.

(25) Artículo 766 inciso a) del Código de Comercio.

(26) Artículo 767, 768 y siguientes del Código de Comercio.

(27) Ver supra nota 16.

la regulación misma de la letra de cambio, que establece en el artículo 729 del Código de Comercio, como una forma de libranza, la hecha "contra el propio librador". Una letra de cambio librada en esa forma, no es otra cosa que una promesa de pago hecha por el librador en favor del beneficiario tenedor. Aquí, librador y librado son la misma persona (deudora de la obligación), parte del negocio jurídico antecedente, parte asimismo de la obligación cambiaria y no un tercero ajeno al ámbito cambiario. Estamos entonces, ni más ni menos, que frente a una promesa de pago, aún cuando se respete la estructura formal de la letra de cambio.

Como corolario de todo lo anterior, se puede afirmar que todas las instituciones de la letra de cambio son aplicables al pagaré, incluidos los vencimientos a que se le sujeta,⁽²⁸⁾ exceptuando todas aquellas que derivan directamente de ser la cambial un mandato de pago y que hemos enumerado y analizado en el presente acápite.

III. Resaltar la importancia del vencimiento en la letra de cambio resulta ocioso por obvia, pues no solo determina el día de su exigibilidad, sino que establece también el día del punto de partida de la acción de regreso, amén de fijar el comienzo del término de la prescripción. Por lo delicado de esta materia, el llamado sistema de derecho cambiario continental, siguiendo las pautas de la Ley Uniforme de Ginebra, le aplica principios poco flexibles, basados en el llamado "rigor cambiario". El vencimiento debe en consecuencia ser: posible, cierto y único. Posible, pues si se señala un vencimiento imposible como lo sería una fecha anterior al de la emisión del título, éste sería nulo. Cierto, el vencimiento debe señalar un día que se sepa que llegará y cuando llegará ("dies certus an et quando"). Nulas serán las letras con vencimiento incierto, v.gr.: indicar el vencimiento del título un año después de la muerte de determinada persona. Único, el vencimiento debe ser uno y el mismo para toda la cantidad que se adeuda, es decir, debe tener lugar en un solo día, en consecuencia el vencimiento a plazos, también llamado vencimientos sucesivos, es nulo.⁽²⁹⁾

(28) Artículo 757 del Código de Comercio.

(29) "Anche in questa materia la legge cambiaria e molto rigorosa stabilendo, per l'esigenza della certezza della scadenza, che questa possa essere indicata soltanto in uno dei quattro modi designati dall'art. 38 a pena di nullità, e vietando la pluralità di scadenze. Quindi per un debito pagabile a rate bisognerà rilasciare cambiali distinte quarto sono le rate...". Salandra, op. cit., pp. 251-252; Vivante Cesare, op. cit., pp. 221-222; Garríguez, op. cit., pp. 293-294; Mossa, op. cit., p. 338 ss.; Jacobi, op. cit., p. 33; y en general todos aquellos autores cuyas legislaciones siguen el sistema de derecho continental.

Sobre las huellas de la Ley Uniforme de Ginebra,⁽³⁰⁾ el Código de Comercio de Costa Rica prescribe, como ya se dijo, en el artículo 758 solamente cuatro posibles vencimientos para la letra de cambio, prohibiendo expresamente los vencimientos sucesivos. Así entonces, los únicos vencimientos permitidos por nuestra legislación para la cambial son:

- a) a la vista.
- b) a plazo cierto desde la vista.
- c) a plazo cierto desde su fecha.
- d) a fecha fija.

El vencimiento a la vista es aquel que tiene lugar en el momento de su presentación, la cual tiene que llevarse a cabo en el término de un año a partir de su emisión.⁽³¹⁾ La letra librada a plazo cierto desde la vista, es aquella cuyo vencimiento empieza a contar a un plazo determinado a partir de su presentación. La letra sujeta a plazo cierto desde la fecha, se diferencia con la anterior en el hecho de que el vencimiento es a un plazo determinado que corre, no desde la presentación, sino desde la fecha de emisión; y a fecha fija cuando se señala un día determinado de vencimiento, v.g.: el 25 de junio de 1979.

La letra de la ley es muy clara con relación al vencimiento de la letra de cambio, permite solo cuatro formas que taxativamente indica y proscribire los vencimientos periódicos o sucesivos, y de ello no puede haber duda alguna. De absoluta claridad es igualmente, la remisión que en materia de vencimiento ordena en la regulación del pagaré el artículo 802 inciso b) del Código de Comercio. Ahora bien, la materia referente a los vencimientos de la letra, no es incompatible con la naturaleza jurídica del pagaré, pues no deriva de ser aquel título un mandato de pago y se ha afirmado y comprobado a través de todo el desarrollo de este trabajo que las únicas instituciones de la letra inaplicables al pagaré son precisamente las que se derivan de esa naturaleza especial. Consecuentemente el artículo 758 del Código de Comercio es aplicable al pagaré por ser materia connatural al mismo, pero sobre todo por ser expreso imperativo legal.

(30) Artículo 33 de la Ley Uniforme de Ginebra de 7 de julio de 1930: "La letra de cambio podrá liberarse:
a la vista
a cierto plazo desde la vista
a cierto plazo desde su fecha
a fecha fija
Las letras de cambio que indiquen otros vencimientos o vencimientos sucesivos serán nulas".
Nótese la enorme similitud con el Artículo 758 del Código de Comercio.

(31) Artículo 759 del Código de Comercio.

Si examinamos las legislaciones que sirvieron de fundamento a los redactores del Código de Comercio, nos percatamos que la problemática jurídica que analizamos, está regulada de la misma manera en que lo hace nuestro derecho positivo (con una ligera excepción en la legislación mejicana), es decir, la Ley Uniforme de Ginebra, y el Código de Comercio de Honduras no establecen preceptos distintos de los de la ley costarricense. Las legislaciones citadas disponen en materia de vencimiento un sistema de "numerus clausus" en relación con sus distintos tipos, prohibiendo expresamente los vencimientos sucesivos y estableciendo la remisión de la regulación del pagaré a las disposiciones de la letra de cambio, y en esta remisión se incluye todo lo relativo al vencimiento.⁽³²⁾

(32) Ley Uniforme de Ginebra de 7 de junio de 1930, Artículos 33 y 77. En relación con el primero véase la nota (30) anterior.
Artículo 7: "Serán aplicables al pagaré mientras ello no sea incompatible con la naturaleza de este título, las disposiciones relativas a la letra de cambio y referentes:
Al endoso (Artículos 2 a 20);
Al vencimiento (Artículos 33 a 37);
Al pago (Artículos 38 a 42);
A las acciones por falta de pago (Artículos 43 a 50 y 52 a 54);
Al pago por intervención (Artículos 55 y 59 a 63);
A las copias (Artículos 67 y 68);
A las alteraciones (Artículo 69);
A la prescripción (Artículos 70 y 71);
A los días festivos, al cómputo de los plazos y a la prohibición de los días de gracia (Artículos 72 a 74).
Serán igualmente aplicables al pagaré las disposiciones relativas a la letra de cambio pagadera en casa de un tercero o en localidad distinta a la del domicilio del librado (Artículos 4 y 27); a la estipulación de intereses (Artículo 5); a las diferencias de enunciación relativas a la cantidad pagadera (Artículo 6); a las consecuencias de la firma puesta en las condiciones mencionadas en el artículo 7; a las de la firma de una persona que actúe sin poderes o rebasando sus poderes (Artículo 8); a la letra de cambio en blanco (Artículo 10).
Serán igualmente aplicables al pagaré las disposiciones relativas al aval (Artículos 30 a 32). En el caso previsto en el artículo 31, párrafo último, si el aval no indicare a favor de quien se ha dado, se entenderá que lo ha sido a favor del firmante del pagaré. Código de Comercio de Honduras, Decreto N° 73 del 16 de febrero de 1950, artículos 507 y 594:
Artículo 507: "La letra de cambio puede ser girada:
I. A la vista;
II. A cierto plazo vista;
III. A cierto plazo fecha; y
IV. A día fijo.
Se considerará pagadera a la vista la letra de cambio cuyo vencimiento no esté indicado en el texto. La letra con otra clase de vencimientos o con vencimientos sucesivos ser nula.
Artículo 594: "Son aplicables al pagaré, en lo conducente los artículos 506 507, 508, 526 al 533, 534 al 540, 554, 555, 557, 558 párrafo segundo, tercero y cuarto; 559 párrafo segundo y tercero; 563, 564, 566 fracciones II y III; 567 al 576 y 578 al 581..."

En cambio la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México, pese a que limita igualmente los tipos de vencimiento y no permite la validez del vencimiento sucesivo, en un evidente afán por no decretar la nulidad de la letra sujeta a tal modalidad, establece que en dicho caso la letra deberá considerarse "pagadera a la vista".⁽³³⁾ Nótese sin embargo, que la ley mejicana tampoco acepta el vencimiento sucesivo, y la diferencia con la costarricense radica, en que no sanciona la nulidad del título.⁽³⁴⁾ En resumen, ninguna de las leyes que ejercieron mayor influencia en la redacción del Código de Comercio de 1964, admiten la validez de los vencimientos a plazos.

En Latinoamérica solamente tres países permiten el vencimiento periódico y son: Colombia (artículo 633), Nicaragua (artículo 171) y Panamá (artículo 2).⁽³⁵⁾ ⁽³⁶⁾ No existe regulación sobre la materia en

(33) Mantilla Molina Roberto, Títulos de Créditos Cambiarios, Porrúa, México, 1977, pp. 112-113; criticando esta disposición dice: "Por lo contrario, la tiene y grande, plantear la hipótesis de una cambial con vencimientos sucesivos, pues sí se da con frecuencia esta hipótesis, no obstante el texto legal (y maliciosamente podría añadirse, por sugestión del texto legal), se crean pagarés, y en ocasiones letras de cambio, con vencimientos sucesivos, es decir, documentos en los que se expresa que la suma total será pagadera por fracciones que han de cubrirse en ciertos intervalos. Por ejemplo, un pagaré por la cantidad de \$ 10.000 pagadero en exhibiciones mensuales, el día primero de cada mes, de \$ 1.000.00 cada una.

Por aplicación de la norma legal, el suscriptor del pagaré puede verse constreñido a pagar la suma que ampara el documento al día siguiente de suscrito (quizá el mismo día), cuando razonablemente (a pesar de la máxima de que la ignorancia de la ley a nadie aprovecha) contaba con un mes, por lo menos, para hacer pago de la primera exhibición.

La iniquidad de esta solución es manifiesta: no respeta la voluntad de las partes, y da una posición ventajosa al acreedor, que generalmente es la parte más fuerte, y quien impone el texto del documento al suscriptor. Una alternativa se presenta para resolver el problema: o bien declarar que que no tiene eficacia como cambial el documento con vencimientos sucesivos (solución ginebrina) o bien, darle plena validez a la cláusula que los estipula (solución anglosajona), a la cual se denomina en los países del *common law*, cláusula de *aceleración*".

(34) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México, de 1932, Artículos 79 y 174.

(35) Ver Peña Castrillón, op. cit., p. 76. Código de Comercio de Colombia de 27 de marzo de 1971, Decreto Ley 410, Artículo 673: La letra de cambio puede ser girada: 1) A la vista;

2) A un cierto día, sea determinado o no;

3) Con vencimientos ciertos sucesivos, y

4) A un día cierto después de la fecha o de la vista.

Artículo 711: "Serán aplicables al pagaré, en lo conducente las disposiciones relativas a la letra de cambio".

Ley General de los Títulos Valores; de Nicaragua, Decreto N° 1824 de 1971, Artículo 131: la letra de cambio se podrá librar:

1) A la vista;

2) A cierto plazo vista;

Chile, Paraguay y República Dominicana.⁽³⁷⁾ Las legislaciones de Bolivia (artículo 534), Guatemala (artículo 443), Uruguay (artículo 78) y México (artículo 79), consideran a las letras libradas con vencimientos sucesivos como giradas a la vista.⁽³⁸⁾ Las restantes leyes latinoamericanas sancionan la nulidad de dichos vencimientos, siendo éstas: Argentina (artículo 35), Brasil (artículo 33), Ecuador (artículo 441), El Salvador (artículo 706), Honduras (artículo 507), Perú (artículo 63), Venezuela (artículo 441) y desde luego Costa Rica en su artículo 758 repetidamente citado.⁽³⁹⁾

3) A cierto plazo fecha;

4) A día fijo;

5) Con vencimientos parciales sucesivos.

Las letras de cambio con otros vencimientos se consideran pagadas a la vista. PANAMA: Ley de Documentos Negociales, N° 52 de 1912, artículo 2: La suma pagadera se tendrá por cierta, con arreglo a esta ley, aún cuando deba ser satisfecha:

1 Con interés;

2. Mediante pagos parciales determinados;

3. Mediante pagos parciales determinados y con la condición de que la falta de pago de un plazo o del interés convenido determinará el vencimiento total de la deuda;

4. Mediante cambio convenido, ya sea a tipo fijo o bien al corriente; y
5. Con las costas de cobro o los honorarios del abogado, en el caso de que el pago no se verifique al vencimiento.

(36) De la Guardia Erasmo y Velarde Fabián, Tratado sobre la Ley de Documentos Negociales, II ed., Editorial Universitaria, Panamá, 1975, pp. 25 y 26, comentan: "La suma pagadera se tendrá por determinada aún cuando se exprese que debe ser pagada en abonos parciales. Desde luego los abonos deben ser precisados de modo que no quede duda a la fecha en que han de hacerse y la cantidad de cada uno de ellos".

(37) Peña Castrillón, op. cit., p. 76.

(38) Ibid. Al respecto; Código de Comercio de Guatemala, Decreto N° 2 de 1970. Artículo 443: La letra de cambio puede ser librada:

1) A la vista;

2) A cierto tiempo vista;

3) A cierto tiempo fecha;

4) A día fijo.

La letra de cambio con otras formas de vencimiento o cuyo vencimiento no esté indicado se considerará pagadera a la vista.

MEJICO, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, artículo 79: La letra de cambio puede ser girada:

I. A la vista;

II. A cierto tiempo vista;

III. A cierto tiempo fecha;

IV. A día fijo.

Las letras de cambio con otra clase de vencimiento, o con vencimientos sucesivos, se entenderán siempre pagaderas a la vista por la totalidad de la suma que exprese. También se considerará pagadera a la vista la letra de cambio cuyo vencimiento no esté indicado en el documento.

(39) Peña Castrillón, op. cit., p. 76.

Insistiendo sobre un punto muy importante para nuestro estudio, llamamos la atención nuevamente sobre la remisión que hace el artículo 802 del Código de Comercio, declarando expresamente aplicables al pagaré, la mayor parte de las disposiciones concernientes a la letra de cambio. Esta remisión a que hacemos alusión es un principio constante en las legislaciones, debido probablemente a la mayor importancia y desarrollo que alcanzó la letra.⁽⁴⁰⁾ Obviamente como hemos venido afirmando y la ley misma prescribe, en esta remisión, sólo son aplicables al pagaré aquellas instituciones que se adaptan a su naturaleza jurídica, como acontece precisamente con los vencimientos de la letra de cambio, que no son incompatibles con la naturaleza del pagaré.

Clara es la remisión a las regulaciones de la letra de cambio, clara por parte de éstas la prohibición de los vencimientos sucesivos, y por lo tanto, de igual claridad, es la nulidad de los pagarés que se estipulan a vencimientos periódicos o sucesivos. No obstante lo anterior, la práctica jurídica costarricense contradice frontalmente la letra de la ley y es muy posible que se suscriban en este país más pagarés con vencimientos a plazos que con vencimiento único. ¿Cuál es la explicación de esta evidente contradicción entre la práctica y la ley? Creemos que la causa radica en la vieja Ley de Cambio de 25 de noviembre de 1902, que en su artículo décimo disponía:

"La exigencia legal de que la suma pagadera en virtud de una letra de cambio debe ser cierta no obsta a que se exprese que ha de sa-

(40) "La legge cambiaria" de Italia, R.D. de 14 de diciembre de 1933, N° 1669, establece:

Artículo 102: In quanto non siano incompatibili con la natura del vaglia cambiario, sono applicabili ad esso le disposizioni relative alla cambiale e concernenti:

- la girata (articoli 15 a 25);
- la scadenza (articoli 38 a 42);
- il pagamento (articoli 43 a 48);
- l'azione cambiaria (art. 49), il regresso per mancato pagamento ed il protesto (articoli 50 a 57, 59 a 73);
- il pagamento per intervento (articoli 74, 78 a 82);
- le copie (articoli 86 e 87);
- le alterazioni (art. 88);
- la prescrizione (articoli 94 e 95);
- i giorni festivi, il computo del termini l'inammissibilità dei giorni di rispetto (articoli 96, 97 e 98).

Sono egualmente applicabili al vaglia cambiario le disposizioni concernenti...

Código de Comercio de Guatemala: Artículo 493: Serán aplicables al pagaré en lo conducente, las disposiciones relativas a la letra de cambio.

Código de Comercio de Colombia: Artículo 701, ver supra nota 35.

Nótese que la remisión de las regulaciones del pagaré a las de la letra de cambio se da en todas las legislaciones citadas, a pesar de tener distintas modalidades en relación con el vencimiento; así, como se había afirmado: Guatemala: considera el vencimiento sucesivo como pagadero a la vista; Italia sanciona la nulidad del mismo y finalmente Colombia lo permite.

tisfacerse con intereses; o por tractos sucesivos, con o sin la condición de que por falta de pago en uno de los plazos se tenga por vencida toda ella; o a que se exprese que debe pagarse conforme a determinado tipo de cambio o de acuerdo con un tipo de cambio determinable, según lo que indique la letra.

Quando se diga que ha de pagarse el valor de la letra con intereses, debe expresarse la fecha desde que corren. Si no se dijere, correrán desde la presentación al librado".

Por otra parte la misma ley en su artículo 181, disponía en relación con el pagaré, la clásica remisión a las regulaciones de la letra y manifestaba:

"Artículo 181: A más de las anteriores disposiciones, estarán sujetos los vales o pagarés a las que rigen las letras de cambio, con las necesarias modificaciones. Pero no se aplicarán a los vales las disposiciones de las letras, referentes a la presentación para que sean aceptadas, a la aceptación, a la aceptación por intervención, a la expedición de varios ejemplares y a las exigencias del protesto".

Tomando en cuenta las disposiciones de la Ley de Cambio, es de suponer que con anterioridad a la promulgación del Código de Comercio vigente, era normal la emisión de letras y pagarés con tractos sucesivos, práctica que también es de suponer, se arraigó tanto que se continuó con la misma, sin percetarse que el nuevo código había variado sustancialmente la situación. Así tenemos, que aún hoy en día millones de colones se encuentran garantizados con pagarés sujetos a esta modalidad de plazo, siendo en consecuencia nulos. Pese a que la costumbre es fuente de derecho,⁽⁴¹⁾ no se le puede invocar frente a la ley, que es fuente primaria de todo derecho.

Se excluye, sosteniendo la nulidad del pagaré sujeto a vencimientos sucesivos, pero haciendo la salvedad de que dicha nulidad afecta al título en sí, es decir, lo afecta en cuanto a su condición de pagaré y por ende en su condición de título valor; y no siendo pagaré, perderá también su calidad de título ejecutivo. Sin embargo, la obligación contraída en ese documento, es válida y tendrá el valor que el ordenamiento jurídico le otorgue, pero ese documento recalamos, no es, ni será nunca un pagaré, a la luz del derecho positivo vigente.

(41) Artículo 2 del Código de Comercio, que sitúa jerárquicamente a la costumbre como tercera fuente de aplicación del Derecho Comercial.

EL CONSEJO SUPERIOR DE EDUCACION

Lic. Celín Eduardo Arce Gómez

Abogado Costarricense

A. Dirección General

B. Inspección de Escuelas

C. Inspección de Escuelas de Educación Superior

V. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

VII. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

VIII. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

IX. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

X. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

XI. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

XII. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

XIII. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

XIV. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

XV. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

XVI. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

XVII. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

XVIII. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

XIX. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

XX. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

XXI. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

XXII. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

XXIII. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

XXIV. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

XXV. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

XXVI. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

XXVII. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

XXVIII. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

XXIX. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

XXX. El Consejo de Educación Superior y el Consejo de Educación Superior de Educación Superior

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Antecedentes históricos.
- III. Naturaleza jurídica.
- IV. Competencia.
 - A. Dirección general.
 - B. Enseñanza oficial.
 - C. Educación superior parauniversitaria.
- V. El Ministerio de Educación y el Consejo Superior de Educación.
- VI. El legislador y el Consejo Superior de Educación.
- VII. El Poder Judicial y el Consejo Superior de Educación.
- VIII. Análisis crítico sobre el Consejo Superior de Educación.

I. Introducción

El artículo 81 de la Constitución Política vigente preceptúa que: "La Dirección General de Enseñanza Oficial corresponde a un consejo superior integrado como señale la ley, presidido por el Ministro del ramo". Tratar de aprehender los alcances de este artículo constitucional es el propósito de este breve ensayo.

II. Antecedentes históricos

Este artículo constitucional es excepcional dentro del Derecho constitucional costarricense debido a que el campo educativo es el único que está bajo la dirección de un órgano colegiado especial; en tanto que los restantes sectores del poder central sigue siendo competencia y responsabilidad exclusiva del respectivo Ministro y eventualmente del legislador. Tampoco en el panorama del derecho comparado encontramos disposición similar con tal rango.

Podemos decir sin temor a equivocarnos que este artículo es la culminación de un largo proceso histórico durante el cual se perfiló en definitiva la idea y el convencimiento de asegurarle a un órgano de esta naturaleza la dirección de la enseñanza. El Consejo Superior de Educación es, así, un producto propio y original de nuestra cultura.

Los antecedentes más remotos de este órgano los encontramos en la propia Ley General de Educación Común del año 1886. En efecto, en su capítulo sexto se regulaba lo que dicha ley dio en llamar el Consejo Superior de Instrucción el que estaba integrado por el Ministro del ramo quien era su presidente, el inspector general de enseñanza, el rector de la Universidad y dos vocales nombrados cada año por el Poder Ejecutivo.

Su naturaleza jurídica la definió el artículo 26 el que indicaba que: "El voto del Consejo es puramente *informativo*, y el Ministro de Instrucción lo consultará cuando por la gravedad y trascendencia del caso lo considere necesario". "Deberá, sin embargo, oírse el voto del Consejo Superior de Instrucción Pública decía su artículo 27:

1. Cuando hayan de decidirse asuntos contencioso-administrativo del ramo.
2. Cuando se trate de dar, reformar o derogar las leyes y reglamentos referentes a instrucción pública".

Como se observa este consejo era de naturaleza mixta. Por un lado actuaba cuando el Ministro tuviese a bien pedir su concurso, o sea, que actuaba como órgano asesor o consultivo; y por el otro era determinativo puesto que por derecho propio debía dictaminar en los dos asuntos anteriormente mencionados. En esta época el Ministro de Educación era el rector y responsable de la educación costarricense.

A través del tiempo varios ministros de educación se preocuparon por crear un órgano similar al que nos ocupa. Así, el profesor Luis Dobles Segreda siendo Ministro de Educación del Lic. Cleto González Víquez (1928-1932), el primer decreto que emitió el mismo mes en que esa administración asumió el poder, fue el que organizó el *Consejo de Educación Primaria*, al que le correspondería hacer una revisión general de todo lo legislado en cuanto a educación primaria.

Tal Consejo dio algunos tumbos, fue puesto de lado en otras ocasiones y acabó por derrumbarse.

Las convicciones del profesor Dobles Segreda eran tales, que siendo diputado en la legislativa de 1932, presentó un proyecto de reforma constitucional para crear tal órgano directamente en la Constitución.⁽¹⁾

Pocos años después, siendo ministro de educación el Lic. Alejandro Aguilar Machado, se elaboró el así conocido Proyecto de Ley Fundamental de Educación del año 1937 y el que en su artículo 8 y siguientes contempla un "Consejo Técnico Consultivo" el que "... será colaborador de la Secretaría de Educación Pública y Bellas Artes con las facultades conferidas por la presente ley. Estará constituido por tres Comités o Secciones, cada uno de los cuales, respectivamente, se encargará de estudiar los asuntos que la Secretaria someta a su consideración y cuantas modificaciones juzgue necesarias en materia de planes de estudio, programas y métodos e investigaciones psicopedagógicas...

Posteriormente el Código de Educación (Ley N° 181 de 18 de agosto de 1944), en su artículo 6 recogió una disposición similar, ya que dijo:

"La dirección e inspección supremas de la educación común corresponde al Secretario del ramo, asistido por el *Consejo Superior de Educación Pública*".

En el proyecto de Constitución Política de la Junta de Gobierno de 1948 en su artículo 89 se dice:

"La dirección suprema de la enseñanza oficial o autorizada oficialmente estará a cargo de un *Consejo Superior de Educación*, integrado por el Ministro de Educación, por los jefes de los departamentos técnicos, por los Decanos de las Facultades Universitarias, encargados de preparar el personal do-

1. *Actas Asamblea Nacional Constituyente*, t. III, p. 316.

cente y por un representante del Magisterio organizado. Las funciones del Consejo Superior de Educación estarán determinadas por la ley".

Nótese como esta disposición es la que por primera vez le asigna a este proyectado órgano la competencia de dirigir en grado supremo la enseñanza oficial, por lo que debe tenerse como el antecedente más inmediato.

Todo este proceso culmina, finalmente con la polémica y resolución aprobadas en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949. La moción primaria, base del actual artículo constitucional, fue presentada por los diputados universitarios —Fernando Baudrit Solera y otros— y decía:

"La dirección general de la enseñanza oficial y de la autorizada oficialmente estará a cargo de un *Consejo Superior* que se integrará en la forma que señale la ley".

En virtud de una observación del presidente electo, Otilio Ulate en el sentido que no se citaba como integrante de ese Consejo al Ministro del ramo, tal moción fue modificada para que dijera: "La dirección general de la enseñanza oficial y de la autorizada oficialmente estará a cargo de un Consejo Superior *presidido por el Ministro de Educación* que se integrará en la forma que señale la ley".

La justificación, necesidad y razón de ser de ese Consejo Superior de Educación, fueron dadas a conocer elocuentemente, en el seno de la Asamblea Constituyente, por el representante Baudrit Solera, cuyas palabras recoge el acta respectiva así:

"Empezó recordando que en esa ocasión, en una forma general, se había referido al problema de nuestra educación. Los miembros de la Comisión Redactora del Proyecto del 49 creyeron indispensable incorporar a la Nueva Constitución una serie de normas sobre educación y otras tendientes a garantizar la autonomía universitaria... Pretendimos en el seno de la Comisión Redactora —continuó diciendo— alejar lo más posible del Ministerio de Educación la influencia perniciosa de la politiquería, dejando algunos principios básicos que en el futuro pudieran orientar nuestra educación por senderos nuevos. Precisamente el fracaso de nuestros sistemas educacionales se ha debido a esa falta de orientación técnica y a la introducción de la politiquería en el Ministerio de Educación. No podemos desentendernos de estos dos graves problemas. De ahí que la moción que hemos presentado a la Mesa, en su afán de imprimir a nuestra educación una orientación adecuada, así como evitar la intromisión de la politiquería considera la necesidad

de establecer un *Consejo Técnico de Educación* al margen completamente de los vaivenes de la política integrado por personas capacitadas en estas materias... Con la integración de un Consejo de Educación, ya no privará en forma exclusiva, la decisión del Ministro del ramo, como ha venido ocurriendo. Todo Ministro de Educación encontrará un cuerpo colegiado que le habrá imprimido a nuestra educación ciertos rubros y orientaciones".⁽²⁾

Esta extensa cita es sumamente clara para entender la motivación histórica que dio origen al vigente Consejo Superior de Educación, por lo que cualquier otro comentario resulta superfluo.

III. *Naturaleza jurídica*

La doctrina jurídica nacional más reciente ha logrado precisar óptimamente la naturaleza jurídica del Consejo Superior de Educación. Específicamente lo conceptúa como un órgano de "relevancia constitucional". Los órganos de relevancia constitucional "serían aquellos creados en la Constitución; no tienen la garantía de independencia sino solo la de una *competencia exclusiva*... forman parte precisamente de algún órgano constitucional, a cuyo jerarca se someten en alguna medida. Recuérdese que la garantía constitucional no llega más allá del ejercicio de su competencia exclusiva, único aspecto en el que se garantiza cierta "independencia". No alcanza entonces a los aspectos administrativos distintos del estricto cumplimiento de la función, que deben cumplirse para poder ejercerla".⁽³⁾

El Consejo Superior de Educación, es así, un órgano de relevancia constitucional por tres razones básicas: a) es creado directamente por la Constitución; b) carece de la independencia propia de los órganos constitucionales (verbigracia; los tres poderes clásicos); y c) ostenta una competencia exclusiva, que ni el propio legislador puede interferir.

La competencia exclusiva que le asiste a este órgano de relevancia constitucional consiste obviamente en la dirección de la enseñanza oficial; y por carecer de independencia está subordinado al Ministerio de Educación en alguna medida. Específicamente depende en materia presupuestaria, personal administrativo y material de apoyo, etc.

2. *Ibidem*, p. 311.

3. MURILLO, Mauro. La descentralización administrativa en la Constitución Política. *Revista Ciencias Jurídicas*, N° 30, p. 80.

No es un órgano superpuesto o apeno a la estructura orgánica del Ministerio de Educación, ni tiene por ello potestades por encima del Poder Ejecutivo.

Es de especial importancia comprender la esencia jurídica de este órgano so pena, que se atente contra la intención del constituyente y se disloque la concepción constitucional de nuestro sistema educativo.

Pero no solo por eso, sino porque existe una concesión errónea acerca de la naturaleza jurídica del consejo que se caracteriza por ser persistente y recurrente.

Así mediante el proyecto de la ley N° 6156 del día 2 de noviembre de 1977, se pretendió dar una nueva estructura orgánica al Consejo Superior de Educación a contrapelo del artículo 81 constitucional, ya que se le asignaban como sus atribuciones, entre otras: elaborar sus propios presupuestos por programas siendo obligación del Estado asignarle sus propias rentas. También se le asignaba la atribución de darse su propio reglamento interno (artículo 12, inciso k) como si fuera un órgano descentralizado e independiente; se creaba la Dirección Técnica de la Educación subordinada al propio Consejo y cuyas funciones serían las de "Investigación y Planeamiento de la Enseñanza", interfiriendo con ello la organización del Ministerio. En suma, se buscaba evidentemente crear toda una estructura con carácter decisivo y rector por encima del Poder Ejecutivo.

Afortunadamente este proyecto de ley fue correctamente vetado por el Poder Ejecutivo aduciendo razones de inconstitucionalidad. Entre otras cosas se adujo que "El Decreto Legislativo objeto de análisis hace un desarrollo inadecuado de la norma constitucional... Esto es así, por cuanto que llega a configurar y a organizar una estructura superpuesta al Ministerio de Educación Pública, y por ende, al propio Poder Ejecutivo, en materia de Educación... Pero aun más, el artículo 15 otorga al Consejo la facultad "para solicitar de los funcionarios y personal docente que laboran para el Ministerio de Educación Pública, la colaboración que necesite y que éstos puedan brindarle para el desarrollo eficiente de las atribuciones que esta ley le confía", creando en esta forma sutil una dependencia del personal que labora en este Ministerio al Consejo directamente con respecto a los funcionarios y el personal ya indicado".⁽⁴⁾

Este fallido intento no debe sorprender de manera alguna, ni debe tenerse como aislado. Lo que en el fondo subyace es una reiterativa mala interpretación del artículo 81 constitucional que hunde sus raíces desde los primeros años de funcionamiento del Consejo.

Así, verbigracia, el profesor Carlos Monge Alfaro quien fue constituyente de 1949 y miembro de tal consejo en el año 1958 fue de la opinión, que el Consejo Superior de Educación se asemejaba a las instituciones autónomas.

4. Vid. *La Gaceta* N° 5, 6 de enero de 1978.

Se expresa así en uno de sus escritos: "Si la educación es dirigida por un concejo como lo estatuye la Constitución de 1949, ello implica darle la jerarquía que en pocos años han adquirido Instituciones Autónomas como el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo y el Instituto Costarricense de Electricidad... En la actualidad el mandato constitucional se cumple a medias porque el Consejo Superior de Educación carece de fisonomía propia: en el aspecto económico depende del Ministerio del ramo y en el aspecto técnico carece de un cuerpo de asesores que en forma permanente hagan los estudios que se necesitan para estudiar a fondo los problemas de la Educación".⁵⁾

Quede claro entonces, que este órgano es jurídicamente uno de relevancia constitucional con competencia propia y exclusiva.

IV. Competencia

Tal y como ha sido adelantado la competencia exclusiva que le corresponde al Consejo Superior de Educación consiste en "la dirección general de la enseñanza oficial". Debemos consecuentemente dilucidar en qué consiste esta "dirección general" y qué significa "enseñanza oficial".

A. Dirección general

Dirección general se debe tener como sinónimo de "gobierno", de "conducción" o aptitud para fijar el rumbo, el norte, en fin, los grandes directrices y las metas finales a las que debe orientarse la educación costarricense. Dirección general de la enseñanza será de esta manera, la capacidad de emitir los grandes lineamientos por los que se orientará nuestro sistema educativo, potestad que encierra implícitamente la de emitir directrices, así como la de vigilancia y coordinación.

Ya no es entonces, el Ministro de Educación el que dirige y define las directrices de la educación costarricense como tradicionalmente había sucedido. La razón de este novedoso paso fue la de que nuestra educación no se orientaba técnicamente, andaba al garete, prevalecía la politiquería, no había continuidad en los programas y en las decisiones, lo que contaba era la opinión o el capricho del Ministro de turno. En el seno de la constituyente esta realidad era tan palpable que prácticamente hubo consenso en crear este Consejo Superior de Educación con el que se esperó darle, por fin método, orientación y consistencia al esfuerzo educativo na-

cional, superar la vacilación e inseguridad de este sector, por las constantes mudanzas de los ministros de educación; lograr, en suma, una orientación firmemente encargada de nuestra enseñanza, con mayor altura, ponderación y a un ritmo de estabilidad que garantizara cumplidamente los altos fines que de ella se esperaba.

Esta competencia fue "reglamentada" mediante la ley N° 1362 del 8 de octubre de 1951 y se conoce como "Ley Orgánica del Consejo Superior de Educación".

En su artículo 1 se consigna que este Consejo: "...tendrá a su cargo, desde el punto de *vista técnico* la orientación y dirección de la enseñanza oficial". Nótese esta restricción que creó esta ley, distinción que no contempla nuestro artículo 81 constitucional por lo que resulta de dudosa constitucionalidad, aunque por lo demás no está claro que se quiso dar con dirección desde el punto de vista técnico.

En el artículo 4 de esta ley se contemplan otra serie de funciones a cargo de este Consejo dentro de las cuales muchas se pueden calificar de excesivamente específicas y reglamentistas, alejando a dicho órgano de su función medular "*dirigir*".

Por ejemplo, le corresponde conocer "los proyectos para la creación de nuevos tipos de escuelas y colegios"; "los proyectos de ley, reglamentos, planes de estudio y prografas que deban someterse los establecimientos educativos y resolver sobre problemas de correlación e integración del sistema educativo"; "los textos de estudio, el tipo de mobiliario y de material de enseñanza que deban emplear las escuelas y colegios". Este artículo se complementa con el 4 del reglamento del Consejo (DE N° 14 de 31 de agosto de 1953 y reformas) el que indica "establecer normas para la inspección de la enseñanza privada y particulares de enseñanza pública"; "promover la publicación y efectuar la compra de libros de autores nacionales"; resolver la equivalencia de estudios y títulos de estudiantes y de profesionales extranjeros; la planificación de los edificios escolares, etc.

El Consejo debería concentrarse más en su tarea esencial y renunciar a estos cometidos administrativos que podría asumir el Ministerio de Educación previas directrices dictadas por aquel.

B. Enseñanza oficial

Por enseñanza oficial debemos entender aquella educación que tiene validez legal, o sea, aquella que tiene reconocimiento, amparo y tutela por parte del Ordenamiento Jurídico. Por contraposición, la enseñanza no oficial es la que se imparte al margen del sistema educativo, y como tal carece de toda relevancia para el Ordenamiento y carece de toda validez jurídica. En relación a este tema la pregunta más importante consiste en determinar si las instituciones educativas privadas están bajo la dirección del Consejo Superior de Educación o no.

5. MONGE ALFARO, Carlos. La enseñanza costarricense a la luz de algunos preceptos constitucionales y legales. *Revista de la Universidad de Costa Rica*, N° 13, 1956, p. 146.

Como se recordará la moción original de los diputados universitarios le concedían al Consejo la dirección general de la enseñanza oficial y de la "autorizada oficialmente". ¿Por qué se suprimió esta última parte?

Esta mutilación es producto de una intervención del representante Volio Sancho quien expuso que: "... a su juicio existe una contradicción entre el artículo en debate y el aprobado anteriormente —artículo 79 actual—, en el cual se acordó que, tratándose de instituciones docentes privadas, el Estado ejercerá tan solo la vigilancia y la inspección de la misma, mas no la dirección. El artículo en debate, contradiciendo esa norma, establece, que la dirección de la enseñanza oficial y de la autorizada oficialmente estará a cargo de un Consejo Superior. De aprobarse en estos términos el artículo, estaríamos desvirtuando el valor anterior".⁶

O sea, fue opinión de este diputado que la libertad de enseñanza, (de la cual deriva la potestad de crear centros docentes privados), solo está bajo inspección estatal, así como que es excluyente e incompatible con cualquier dirección de tal, enseñanza por parte del Estado, aunque se reputa "autorizada oficialmente", o lo que es lo mismo, aunque tenga validez oficial.

Las actas respectivas no reflejan que surgiera polémica alguna referente a esta tesis, lo único que se indica es que el diputado Facio Brenes, a nombre de los proponentes solicitó a la mesa que se suprimiera la frase mencionada, lo que a la postre sucedió, provocando que se aprobara tal artículo tal y como hoy día lo recoge nuestra Carta Magna, con lo cual, irónicamente la redacción quedó más oscura.

Sin embargo, sí opinamos que a pesar de la redacción actual la "enseñanza autorizada oficialmente" está también bajo la dirección del Consejo Superior de Educación por razones lógicas y obvias. Tanto ésta como la oficial propiamente dicha, ostentan una misma categoría jurídica de tal suerte que su única diferencia es que en un caso se imparte por el Estado, y en el otro por la iniciativa privada, o sea, ambas son en el fondo enseñanza "oficial". La autorizada oficialmente no podría ir en contra de las directrices del Consejo ya que ello sería ilógico y contra-productente.

Las instituciones privadas que solo están bajo inspección estatal son las que imparten educación "no oficial" o no autorizada oficialmente". Diferimos por esta razón de la opinión del diputado Volio Sancho y opinamos que la supresión que se le hizo a la moción original únicamente oscureció el texto. Implícitamente, empero, el sentido subsiste y es el mismo: la enseñanza autorizada oficialmente también está bajo la dirección del Consejo Superior de Educación.

En fin, el artículo 79 constitucional está referido a la enseñanza "no oficial" o "libre" y que como tal no forma parte del sistema educativo.

6. Actas... *Op. cit.*, t. III, p. 375.

C. Educación superior parauniversitaria

Es de interés indicar que este Consejo ejerce su competencia también sobre la así llamada educación superior parauniversitaria la cual se regula por la Ley N° 6541 del 19 de noviembre de 1981, y su reglamento, Decreto Ejecutivo N° 12711-E del 10 de junio de 1981.

Las instituciones de educación superior parauniversitaria tienen como objetivo principal ofrecer carreras cortas completas de dos o tres años de duración a personas egresadas de la educación diversificada.

Esta educación se ubica en el nivel de la educación superior pero no es de carácter universitario ya que ésta es la que está reservada a las universidades y que ofrecen carreras largas.

El Consejo es el órgano encargado de la creación, supervisión y supervisión de las carreras de estas instituciones tanto públicas como particulares, así como de los planes de estudio, programas y perfiles de salida de los graduados, de acuerdo con los reglamentos que dicte, todo conforme al Plan Nacional de Desarrollo.

El alumno al finalizar satisfactoriamente la carrera adquirirá un título de diplomado.

Las instituciones de educación superior parauniversitaria de carácter estatal se llaman "Colegios Universitarios" de los cuales el Consejo Superior de Educación es la instancia superior.

Luego existen los de carácter privado que solo podrán funcionar como tales los así reconocidos por el Consejo e inscritos en el libro que para tal efecto lleva ese organismo. Para que puedan ser autorizados requieren entre otros requisitos: suscribir una póliza de garantía a favor del Ministerio de Educación por \$ 500.000.00, aportar los planes de estudio y programas de los cursos; demostrar que el personal está capacitado, etc.

V. El Ministerio de Educación y el Consejo Superior de Educación

Si por mandato constitucional la dirección de la enseñanza compete al Consejo Superior de Educación, obligadamente debe estudiarse las atribuciones que le restan al Ministro de Educación; y especificarse cuáles son sus relaciones con ese órgano.

La así llamada Ley Orgánica del Ministerio de Educación Pública —Ley N° 3481 de 13 de enero de 1965— indica en su artículo 1 que "El Ministerio de Educación Pública es el órgano del Poder Ejecutivo en el ramo de la Educación y de la Cultura, a cuyo cargo está la función de administrar todos los elementos que integran aquel ramo, para la ejecución de las disposiciones pertinentes del título sétimo de la Constitución Política, de la Ley Fundamental de Educación, de las leyes conexas y de los respectivos reglamentos". Asimismo su artículo 2 dice "Corresponde

específica y exclusivamente al Ministerio poner en *ejecución* de los planes, programas y demás determinaciones que emanan del Consejo Superior de Educación".

Esta Ley Orgánica es una de las tres leyes derivadas de la Ley Fundamental de Educación —1957— que sus redactores y el propio Consejo Superior de Educación previeron en su momento. Esas tres leyes serían la ley de régimen de enseñanza —que nunca llegó a promulgarse—, Ley Orgánica del Ministerio de Educación; y Ley de Escalafón o de Personal.⁽⁷⁾

La estructura organiza que en dicha ley se recoge ésta totalmente abolida por la Ley de Presupuesto General de la República en la que se contempla otra organización interna desde hace muchos años aunque no ha sido uniforme, proceso que culmina con el Decreto Ejecutivo N° 16.638-MEP de 10 de octubre de 1985 (Gaceta 4 dic. 1985), que se encuentra vigente.

En el artículo 9 se le asignan como atribuciones del Ministro "1) Presidir el Consejo Superior de Educación, la Comisión Técnica que se indica en el artículo 2, y las demás organizaciones que las leyes le señalen; 2) ejercer la supervisión general de la educación pública y privada".

Como se puede observar efectivamente el Ministerio de Educación Pública carece de ingerencia directa en la elaboración de las directrices y políticas educativas. Su competencia y responsabilidad se circunscribe a administrar el sistema educativo y a ejecutar y dar fiel cumplimiento a todos los acuerdos, determinaciones y directrices emanadas del Consejo Superior de Educación. Su función es, entonces, eminentemente ejecutiva —administradora—.

Los ámbitos de competencia están claramente deslindados. Sin embargo, debe recordarse que el Ministro de Educación preside de pleno derecho tal Consejo, siendo él, así, el principal medio de enlace y coordinación entre ambos órganos, lo cual garantiza al Ministro potestades importantes y evita una eventual y peligrosa subordinación caprichosa hacia dicho Consejo.

VI. El legislador y el Consejo Superior de Educación

Dijimos que el Consejo Superior de Educación es un órgano desconcentrado de relevancia constitucional y como tal con una competencia exclusiva consistente en dirigir la enseñanza oficial.

7. Vid. GAMES SOLANO, Uladislao. *Representación a la Ley Fundamental de Educación*. Imprenta Nacional, 1957.

Esta su naturaleza jurídica cualificada de origen a la controversia de decidir que atribuciones le asisten al legislador en el campo educativo.

Para empezar debemos traer a colación lo que indica la propia Constitución Política en su artículo 121, incisos 18) y 19). En efecto dice este artículo que corresponde *exclusivamente* a la Asamblea Legislativa "... 18) Promover el progreso de la ciencia y las artes..." y "19) Crear establecimientos para la enseñanza y progreso de las ciencias y de las artes, señalándoles rentas para su sostenimiento y especialmente procurar la generalización de la enseñanza primaria".

Como se observa la competencia de la Asamblea Legislativa es más genérica en el sentido de que sus atribuciones son de "promover" y "coadyuvar". La más específica es procurar la generalización de la enseñanza primaria y obviamente con mayor intensidad desde el punto de vista presupuestario.

Un punto de especial importancia, es el de determinar si la Asamblea Legislativa tiene mayor ingerencia en el campo educativo o si únicamente se circunscribe a lo indicado expresamente por la Constitución Política.

Opinamos que en lo que es propiamente la formulación de "directrices", "metas", "derroteros" de la educación, es decir la dirección general es un campo en el que no puede intervenir el legislador debido a que es competencia exclusiva del Consejo Superior de Educación, competencia, que, como se ha dicho, es otorgada directamente por la propia Constitución Política. De esta forma es de dudosa constitucionalidad la tradición de que sea una ley la que fije los fines y objetivos de la educación costarricense. Para corroborar lo anterior basta observar que la propia Ley Fundamental de Educación en sus artículos iniciales regula esta materia, así como que en los diferentes proyectos generales de educación, sin excepción, concretan los fines de la educación.

En fin, el punto a que nos estamos refiriendo versa sobre los límites objetivos de la ley ordinaria, específicamente estamos frente a un caso típico de un "contenido sustraído" a la ley que son "... aquellos que no son susceptibles de ser aprehendidos por la ley ordinaria y, por mayoría de razón, por cualquier otro acto legislativo... Dentro de esta tesitura, por ejemplo, la ley no podría hacer declaratoria de Presidente de la República, pues, esta función corresponde al Tribunal Supremo de Elecciones, ni determinar el impuesto concreto que debe pagar un contribuyente por ser función del Poder Ejecutivo, ni dictar sentencias por ser atribución exclusiva del Poder Judicial. En síntesis, la Asamblea Legislativa no puede avocar una competencia constitucionalmente reservada a otro órgano estatal".⁽⁸⁾

8. HERNANDEZ VALLE, Rubén. *La Ley. En Derecho constitucional costarricense*, San José, Juricentro, 1983, p. 183.

VII. *El Consejo Superior de Educación y el Poder Judicial*

Al ser el Consejo Superior de Educación parte integral de la Administración Pública y ejercer función administrativa, todas sus actuaciones están sujetas a control judicial. Específicamente están sujetas al control de constitucionalidad y de legalidad. Proceden en su contra acciones de inconstitucionalidad, recursos de amparo y recursos contencioso-administrativos.

Está vinculado en un todo a las disposiciones de la Ley General de la Administración Pública. De manera especial debe aplicar el procedimiento de dicho cuerpo normativo cuando ha de ejercer sus potestades disciplinarias en perjuicio de las instituciones educativas privadas incluyendo obviamente la potestad de revocarles la licencia. Está obligado, también a seguir el procedimiento especial a que hace referencia los artículos 361 a 463.

Consecuentemente deberá conceder audiencia a entidades representativas, como APSE, ANDE, SEC, etc., cada vez que pretenda elaborar una disposición general que pueda afectarlos.

El Ministro de Educación es el representante judicial y extrajudicial del Consejo (artículo 18, inciso 1) Ley Orgánica que es agota directamente la vía administrativa (artículo 126, inciso c) Ley General de la Administración Pública).

De esta ley se le aplica también la disposición del silencio positivo.

VIII. *Análisis crítico del Consejo Superior de Educación*

Han pasado poco más de tres décadas desde que fue creado el Consejo Superior de Educación, período que es suficiente para acometer un balance crítico sobre la labor desempeñada y valorar su peso real en los destinos de la educación costarricense.

Opinamos decididamente que la labor de este órgano ha dejado mucho que desear y que no ha satisfecho las expectativas que sus creadores esperaban alcanzar con él.

En la realidad cotidiana este Consejo no desempeña el papel activo que le compete de "dirigir" la enseñanza oficial, puesto que ha asumido más bien un rol pasivo consistente en que se ha convertido de hecho en un órgano determinativo, en el sentido de que delibera y adopta sus acuerdos únicamente sobre los asuntos que son puestos a su conocimiento básicamente por el Ministerio de Educación. Todos sus acuerdos son producto de este tipo de iniciativa o de los administrados. En suma, no ha asumido la competencia rectora, que le asigna la Constitución que es la propia de un órgano activo.

Para corregir esta situación es menester que se le supriman las responsabilidades de carácter administrativo y concreto que le quita gran parte del tiempo, tanto al plenario como a sus comisiones. Con esto se puede lograr que concentre todos sus esfuerzos en su tarea medular: dirigir la enseñanza oficial.

La integración del Consejo debe revisarse integralmente ya que la que hasta la fecha ha tenido no es la más idónea.

Efectivamente, esta integración es de carácter representativo lo cual quiere decir que cada uno de sus miembros representa a algún sector del sistema educativo. Específicamente los miembros integrados son los siguientes: el Ministro de Educación quien lo preside, un representante de la Universidad, un representante de la Enseñanza Normal y Secundaria, un representante de la Enseñanza Primaria y un representante de las Asociaciones de Educadores.

Dicha integración no es la más adecuada ya que siendo un órgano eminentemente técnico y especializado lo lógico es que sus miembros sean especialistas o técnicos. En fin, su integración debe ser revisada con el propósito se pase a una estructura interdisciplinaria.

En él deben figurar especialistas no solo en pedagogía sino que también filósofos, sociólogos, juristas, etc.

Este órgano debe ser el cuerpo realmente pensante y visionario de la educación costarricense y no simplemente como ahora, un cuerpo colegiado que rinde aprobaciones o dictamina sobre iniciativas ajenas.

Pero no solo eso. Opinamos decididamente que en el seno del Consejo Superior de Educación debe existir el suficiente espacio con el propósito de que en él se estudie y defina también la educación políticamente. Los partidos políticos mayoritarios por su simple condición de tales deben estar representados en él, puesto que ahí se toma una de las más importantes decisiones políticas en cualquier sociedad: la educación.

La educación por su propia naturaleza es un proyecto educativo. Toda determinación educativa encierra tácitamente una dimensión política. Por ello la política debe formar parte, ahora desde el punto de vista institucional del quehacer educativo cotidiano nacional.

El pensamiento y la acción política nacionales deben tener por fin, representación en el órgano decisorio más importante de la educación costarricense.

Debemos recordar por ello que "La escuela es la institución social que, por su naturaleza, sus funciones y estructura, cumple como ninguna otra con objetivos políticos. El sistema escolar, de cualquier sociedad, es reflejo fiel de la política e ideología de los grupos gobernantes o de los partidos políticos en el poder".⁽⁹⁾

9. GUTIERREZ, Francisco. *Educación como praxis política*, México, Siglo XXI Editores, 1985, p. 17.

Pero, también de especial importancia debe indicarse que otra ineludible representación es la de los padres de familia puesto que son éstos los titulares naturales y primarios de la educación.

El derecho de educar, de enseñar y de escoger el tipo de educación corresponde a la familia no al Estado, de ahí la urgente necesidad de que los padres de familia tengan voz y voto en el Consejo Superior de Educación.

ORIGEN, FORMACION Y DESARROLLO DEL DERECHO AGRARIO EN LOS DERECHOS HUMANOS

(HIPOTESIS PARA UNA INVESTIGACION)(*)

Dr. Ricardo Zeledón Zeledón

Director del Postgrado en Derecho de la Universidad de Costa Rica.

(*) Conferencia dictada en acto inaugural del Congreso Internacional denominado "Derecho Agrario y Derechos Humanos", organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, celebrado en las ciudades de Lima y Cuzco, del 7 al 12 de setiembre de 1987.

1. La vinculación de dos disciplinas realmente novedosas, en permanente proceso de transformación evolutiva, de palpitante actualidad y vigencia, como son la de Derecho agrario y la de derechos humanos, puede ofrecer posibilidades ciertas para su mutuo enriquecimiento tanto en el plano normativo como en el ámbito científico, sobre todo si entre una y otra puede establecerse una cierta relación de complementariedad donde se suministren entre sí diferentes elementos constitutivos para su fortalecimiento independiente, al tiempo que encuentran áreas comunes para identificar un origen, una formación, un desarrollo susceptible de permitir concebirlas en función mutua.

El Derecho agrario y los derechos humanos, salta a la vista, tienen una serie de elementos comunes cuya racionalización y desarrollo científico permitirían encontrar coincidencias para poder superar los límites con los cuales han debido convivir, impidiendo muchas veces cristalizar su verdadera personalidad.

La tarea, aún cuando pueda ofrecer una serie de interesantes interrogantes, e incluso ofrezca un reto con visos de inaplazable, no deja de preocupar, sobre todo luego de constatar en la literatura jurídica de ambas disciplinas el silencio absoluto sobre el tema —tanto en forma directa relacionando una rama jurídica con otra, o indirecta encontrando explicación o justificación de alguna norma o instituto de una disciplina en la otra— por lo que el investigador, aún ilusionado por establecer una relación de fraternidad entre dos importantes ramas jurídicas, no debe descartar la posibilidad que la relación sea solo aparente, y no real.

Aún tomando conciencia de los posibles límites señalados, no escapa la inquietud sobre la importancia del descubrimiento de una veta de esta naturaleza, pues si existe, verdaderamente, las posibilidades de enriquecimiento deben impulsar necesariamente a trabajar sobre ella en forma inmediata.

El Derecho agrario moderno se asienta en dos fuertes pilares, uno de carácter económico y otro de carácter social, sobre esas bases se ha venido desarrollando su normativa, y sobre esos criterios se han orientado las reflexiones científicas, por ello su relación con los derechos humanos pueden ofrecerle una posibilidad cierta para encontrar una filosofía, así como nuevas y vivificantes fuentes jurídicas inspiradoras, y en concreto una explicación y razón de ser. Para decirlo en otros términos: un alma, cuya inexistencia casi habían aceptado sus cultores, según se puede deducir de su negativa a tratar el tema.

Por su parte los derechos humanos podrán encontrar en el agrario —quizá tanto, o más, que en otras ramas jurídicas— el cuerpo normativo

en virtud del cual sus postulados dejan de ser enunciativos, programáticos, el producto de una desiderata regional o universal sin elementos de obligatoriedad o cumplimiento inmediato, para cobrar vida dentro de complejas realidades, no solo como mecanismo para normatizar una normalidad determinada, sino, por el contrario, como estandarte portador de libertades en los ámbitos económico y social, para construir una Sociedad basada en el respeto a la dignidad humana y en la justicia social, sobre bases ciertas y definidas, en uno de los sectores de la población más complejos donde se hace más urgente el adecuado y eficiente cumplimiento de tan importantes derechos establecidos por la Humanidad.

La búsqueda del paralelismo entre ambas disciplinas —si es posible identificarlo, como parece colegirse de muchos lineamientos generales— necesariamente requerirá de una profundización histórica tendiente a determinar el origen de ellas con el objeto de señalar cuándo y con cuáles derechos humanos el Derecho agrario puede ser identificado, pues a partir de ahí el tratamiento de los institutos iusagrarios podrán conllevar una impronta, un sello, una identidad que ha de corresponder a los valores iushumanistas sobre los cuales cobraron vida, y en igual forma podrá señalarse la trascendencia normativa alcanzada por los principios consagrados en los Derechos humanos en cuanto se determine cómo y con qué grado de profundidad éstos han comenzado a cobrar vida por medio del Derecho agrario; con esta metodología será posible, también, fortalecer la teoría general de ambas disciplinas permitiendo un tratamiento científico más profundo, susceptible de dar explicación y filosofía institucional a todo el complejo normativo.

Por otra parte, y como etapa superior de una investigación como la pretendida, será fácil determinar, también, los ámbitos en los cuales una y otra disciplina deberán ocuparse en períodos futuros, pues la determinación del paralelismo señalará los vacíos sobre los cuales su contenido deberá cobrar interés, pues siendo éstas materias *in fieri*, difícilmente han alcanzado —y también será difícil que lo logren en un período relativamente corto— su máximo grado de desarrollo.

2. El paralelismo en la génesis histórica entre el Derecho agrario y los derechos humanos parece ofrecen lineamientos muy interesantes por donde iniciar una vinculación científica mutua.

El agrario, como disciplina jurídica, no ha existido siempre, aparece a partir del momento en que coinciden una serie de factores de carácter económico, social, político, cultural, cuya incidencia obliga a los ordenamientos a dictar primero normas excepcionales a las generales del Código Civil, y luego verdaderos institutos propios cuya agregación da fisonomía a la nueva rama cuyo desprendimiento del tronco común permite también señalar marcadas diferencias con el Derecho civil.

El agrario nace del civil, pero no es civil pues éste es más derecho de propiedad, mientras el agrario es derecho de actividad. Nace —como casi todas las ramas jurídicas— del tronco común civil, pero una vez que cobra vida propia y autónoma tiene su personalidad.

En su nacimiento el agrario va a identificarse con un conjunto de derechos humanos particulares y específicos: los económicos y sociales, cuya misión va a consistir en impregnarle personalidad a la nueva normativa, señalando sus fines últimos, y sobre todo calificándole con elementos suficientes para distinguirlo del Derecho civil. Este a su vez, también había tenido un origen paralelo con los derechos humanos, pero en otros diferentes, más individualistas y clásicos: los civiles y políticos.

Conviene precisar ahora el momento exacto de esa coincidencia histórica, y para ello nada mejor que profundizar en la forma como cobra vida la disciplina iusagraria.

Los factores que permiten el origen del moderno Derecho agrario son: el capitalismo, la ruptura de la unidad del Derecho privado, y, la evolución del esquema jurídico constitucional. Temporalmente se ubica entre finales del Siglo XIX y principios del Siglo XX.

El factor económico cuya aparición va a permitir luego la disciplina iusagraria va a ser el capitalismo, pues éste introduciendo nuevas tecnologías y una concepción diferente respecto de la producción va a provocar una verdadera revolución en la agricultura. Se industrializan los campos y se pasa de una economía de subsistencia a una economía de mercado. La tierra deja de ser vista desde la óptica civilista de la propiedad para convertirse en instrumento de producción. Desaparece la comunidad medieval para dar paso a nuevas y más modernas formas organizativas de producción. El agrario no es hijo del capitalismo, como sí lo es el Derecho Comercial, pero su gestación se da dentro del capitalismo pues en ese momento histórico se generan todas las condiciones necesarias para su aparición.

Cuando el capitalismo irrumpe en la historia, el Derecho vigente es el civil, por ello debe dictarse su propio derecho; el comercial, pues siendo precapitalista el civil no satisface las necesidades y aspiraciones del nuevo sistema económico. Pero el Derecho comercial es pensado, e ideologizado, para el comerciante, no para la agricultura, para quien se interpone entre el productor y el consumidor y obtiene de ello ganancia. Con el capitalismo y por medio del Derecho comercial se pasa de la sociedad de personas a la sociedad de capitales. La agricultura no encuentra una respuesta en el Derecho privado: ni en el civil ni en el comercial.

En esta primera coexistencia entre Derecho civil y Derecho comercial, el derecho de la tierra se resuelve en el primero, como derecho de propiedad. Mientras en el Derecho comercial aparecen las categorías de unidad y de actividad, la tierra se mantiene dentro de la órbita de la voluntad del individuo. La teoría objetiva de los actos de comercio impiden

el ingreso de la agricultura en el comercial. El fundo agrario no alcanza a ser la base territorial de una actividad, debe ser objeto del derecho de propiedad. Como no hay lugar para un derecho agrario referido a la actividad productiva desplegada en el fundo, y como la tierra se concibe bajo el ángulo visual de la propiedad, el Derecho agrario necesariamente debe resolverse en el Derecho civil, sobre todo porque para éste el *fundus* encuentra su explicación jurídica en el instituto de los inmuebles por destino.

Cuando el agrario exige su presencia normativa como derecho de la actividad agrícola opera la ruptura de la unidad del Derecho privado pues éste se muestra incapaz de resolver los problemas propios de la agricultura, y ello se hace más evidente cuando los ordenamientos jurídicos comienzan a asumir respuestas específicas para institutos agrarios, tales como la propiedad, la empresa, el contrato, denotando la necesidad de darles contenido diferente pues las realidades de la agricultura, tanto en el plano técnico, económico como social, así lo exigen.

Pero todo ello no sucede en forma aislada. Es el producto de la incorporación de nuevos derechos humanos —de carácter económico y social— cuya aparición van a permitir al agrario desligarse del civil, de su orientación primigenia por la cual le resultaba imposible aparecer, le negaba, manifestarse.

En efecto, el Código civil constituyó el receptáculo de un conjunto de derechos humanos civiles y políticos en cuanto consagró un mínimo de derechos frente a los cuales el Estado debía abstenerse de intervenir, debiendo no impedir y garantizar el libre y no discriminatorio goce de los mismos. Esto es así porque el *Code Civil* fue la consagración institucional de un profundo cambio social cuyo antecedente mediato fue el *Bill of Rigghs* norteamericano de 1677, y el inmediato la *Declaración de derechos del hombre y el ciudadano*, francesa, de 1789, vinculándose a la segunda en cuanto desarrolla una serie de derechos del hombre, por el hecho mismo de ser hombre. El *Code Napoleon* va a ser el instrumento para romper con el *ancien regime* pues consagra todo un programa político cuyo estandarte va a ser identificado luego con el movimiento de la codificación, primero de carácter constitucional al consagrar los principios en ellas luego en el plano estrictamente civil dictando códigos sobre el modelo francés.

Los derechos humanos consagrados a partir de 1789 en la Constitución francesa, y de 1804 en el *Code Napoleon*, fueron institucionalizados durante todo el Siglo XIX en la mayoría de los ordenamientos jurídicos —sobre todo en Europa y América Latina, por su tradición romano germánica— y corresponden a los denominados hoy día como derechos humanos de la primera generación. Son aquellos derechos individuales, clásicos, civiles o políticos de libertad, con los cuales se califica una Sociedad y una economía, y que podría identificarse como el *Estado liberal de Derecho*.

Los constitucionalistas y civilistas, con una formación ideológica liberal, y siguiendo el método de la exégesis, en esa época, identificaban a la propiedad como un derecho *sagrado e inviolable*, pues partiendo de las concepciones iusnaturalistas habían racionalizado la libertad como un derecho proveniente de Dios, y por ser la propiedad una manifestación económica de la libertad, entonces ambas debían recibir un calificativo sacro cuyo origen impedía su violación. Pero a la propiedad también los cultores de estas disciplinas sumaron otros muchos dogmas como aquellos de identificarla como derecho *absoluto, pleno, exclusivo elástico* e incluso *imprescriptible*.

Por ello el agrario era prisionero del civil, y la actividad no podía cobrar vida propia si no era vinculada con la propiedad con esa propiedad estática, toda titularidad, concebida por los clásicos.

El Derecho agrario cobra vida propia solo cuando aparecen también los derechos humanos económicos y sociales. Cuando opera la evolución del esquema jurídico constitucional pasando de un *Estado liberal de Derecho* a un *Estado social de Derecho*, cuando a la par de los derechos individuales, civiles o políticos, de libertad van a cobrar vida también los derechos económicos y sociales de libertad, denominados modernamente como derechos humanos de la segunda generación.

El origen de este movimiento en el plano constitucional se ubica en la Constitución mexicana dictada en Querétaro el 5 de febrero de 1917 y en la de Weimar del 14 de agosto de 1919, a partir de las cuales se difunde en todos los ordenamientos jurídicos la necesidad de elevar a rango constitucional una serie de derechos económicos y sociales sin los cuales difícilmente se podrían cumplir los de la primera generación.

En el ámbito de la propiedad, y como manifestación directa de la nueva concepción que valoriza el *trabajo humano*, aparece el concepto de la función social como elemento intrínseco de la productiva. El interés de la Sociedad en la producción, que se manifiesta en la influencia pública por la agricultura, hacen caer pronto los dogmas con que la doctrina civil identificaba el instituto propietario. Opera un divorcio con las tesis iusnaturalistas donde esta concepción tuvo su origen. Ahora la propiedad, y otros muchos institutos indispensables para el Derecho agrario como la empresa y el contrato, se independizan del tronco común y adquieren el calificativo de institutos típicos del Derecho agrario, estrictamente positivos. Cae también la *summa divisio* entre bienes muebles e inmuebles y va a primar la clasificación entre bienes productivos y no productivos, pues el derecho humano trabajo va a exigir un tratamiento jurídico diferente para los productivos.

Los ordenamientos jurídicos asumen los derechos humanos económicos y sociales, unas veces a nivel constitucional, otras veces en las demás jerarquías normativas del sistema, y así aparece el Derecho agrario como nueva disciplina jurídica, en y por medio de los derechos humanos.

Su aparición es el producto de un proceso económico: el capitalismo, cuya irrupción denotó un problema jurídico: la incapacidad del Derecho privado para resolver los problemas de la agricultura, pero solo cobra vida cuando afianzado en los derechos humanos económicos y sociales adquiere alma propia para exigir su autonomía.

3. En lo que va del siglo, si bien mostrando una interesante formación y posteriormente incluso un gran desarrollo tanto en la producción normativa como en la elaboración científica, el Derecho agrario y los derechos humanos cobraron vida propia e independiente. Olvidándose de su origen común se desvincularon, e incluso dejaron de lado su historia y compromisos afines.

Durante un buen período —ubicable como el Derecho agrario clásico, para distinguirlo del moderno— los agraristas comenzaron a conformar el contenido de la disciplina sobre bases muy distintas: unos lo identificaron con el derecho de la agricultura, otros con el de la reforma agraria, algunos con el de la empresa, unos pocos lo vieron como el derecho de los recursos naturales, también los hubo haciendo esfuerzos por calificarlo como el derecho de los contratos agrarios; se plantearon grandes discusiones para demostrar su autonomía científica y se invirtió mucho tiempo en descubrir —sin lograrlo a satisfacción— los principios generales sobre los cuales identificar la materia y diferenciar de todas las demás; las obras jurídicas y las revistas especializadas se difundieron por todo el mundo, mostrando gran profundidad en el tratamiento de muchos y variados temas; la enseñanza —tanto en las Facultades de Derecho, como a nivel de posgrado— cobró vida académica, y se logró tener un Derecho agrario con un contenido propio —diferente (en muchos casos muy diferente) entre un ordenamiento jurídico y otro— logrando tener un concepto más intuitivo que demostrado sobre bases ciertas.

En todo este período clásico ningún cultor del Derecho agrario retomó el origen histórico de la disciplina para obtener de él proyecciones, o para dar respuesta a las múltiples exigencias y dificultades atravesadas en la construcción científica.

Por su parte los derechos humanos económicos y sociales alcanzaron dimensiones incalculables. Su adopción en los diferentes ordenamientos jurídicos comenzó a ser una realidad, e incluso se les dio carácter universal en una época relativamente reciente con la promulgación del *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, lo mismo dentro del ámbito regional americano dentro del Capítulo III —identificado con el nombre de Derechos económicos, sociales y culturales— en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José* del 22 de noviembre de 1969.

Desde la adopción de estos derechos los internacionalistas viven preocupados por llenar de contenido real las enunciaciones formales contenidas en ellos, y, además, por buscar los mecanismos y procedimientos capaces de permitir el control y verificación de su cumplimiento por parte de los Estados. Esto ha sido así porque los derechos de la segunda generación prescriben un *deber hacer* de los Estados, una prestación positiva, cuya realización queda limitada a sus posibilidades, de donde el grado de incumplimiento les dejaría pura y simplemente como enunciaciones sin contenido; además, como son de carácter colectivo, en cuanto la acción del Estado se dirige a beneficiar a grupos de sujetos, a la población completa, en forma amplia, la capacidad de exigir su cumplimiento es más difícil, sobre todo porque no son reclamables inmediata y directamente.

Los internacionalistas, y en particular los cultores de los derechos humanos, también olvidando los grandes aportes de estos derechos al agrario no le han brindado la atención respectiva a la otra disciplina, la cual —posiblemente sin saberlo, actuando más por intuición que por contar con una filosofía clara— durante muchos años le han dado vida, en todas las jerarquías de las fuentes de los ordenamientos jurídicos, a los derechos económicos y sociales.

Hoy, más que nunca, deben ambas disciplinas iniciar esfuerzos conjuntos para retornar a las fuentes primigenias, y a partir de ahí consolidar el cumplimiento de los derechos humanos económicos y sociales a través del Derecho agrario.

Naturalmente, no puede negarse, en esta tarea histórica debe asumir un papel más beligerante la doctrina agrarista pues ha encontrado en los derechos humanos económicos y sociales toda una filosofía sobre la cual justificar su existencia.

La simple posibilidad hipotética de poder encontrar algún tipo de explicación filosófica respecto del fin inspirador de sus institutos ha de constituir todo un reto. El agrarista consciente en tener un cúmulo de disposiciones dispersa, habiendo identificado un contenido específico, y sobre él comenzar a buscar la organicidad y completez de la materia parece haber quedado satisfecho. Ello solo ha de ser una tarea ordenadora carente de sentido si no se identifica el *telos* del sistema, si desconoce el porqué del conjunto normativo con el cual trabaja, pues —aún cuando sobre ello no se ha pensado, y menos discutido con anterioridad— el agrario como cualquier otra de las disciplinas jurídicas también debe ser teleológico.

Aún cuando para la demostración de estos planteamientos se ha de requerir de mucho análisis, estudio y discusión, llevando el argumento a todos los posibles temas del Derecho agrario para corroborar si ello es cierto, a primera vista da la impresión que la coincidencia entre ambas disciplinas es solo en su origen, sino también va más allá, involucrándolas más profundamente.

Trayendo a análisis el instituto de la empresa agraria, sobre el cual se impulsa la consolidación del Derecho agrario moderno, no cabe duda que en su concepción se han tomado elementos similares, pese a haber llegado a ella por caminos diferentes. En efecto lo que le identifica es el trabajo humano, pues sin este elemento a lo sumo se estaría en presencia de un *instrumenta fundi* de los romanos, de una *azienda* como se denomina en el Derecho italiano, o de una *explotation* como es llamada en Francia. Ese elemento proviene, y se manifiesta, precisamente en función de los derechos económicos y sociales, así que hoy perfectamente podrían iniciarse trabajos científicos tendientes a humanizar la empresa sobre bases absolutamente sólidas.

Igual podría suceder con los demás institutos típicos del Derecho agrario tales como el contrato, el crédito, el seguro de cosechas, la posesión, y muchos otros más cuya diferencia con los no agrarios puede tener también una base en los derechos humanos.

Esta tesis puede tener fundamento si se logra extraer de los derechos humanos.

Esta tesis puede tener fundamento si se logra extraer de los derechos humanos económicos y sociales toda una concepción útil para el derecho agrario. Esto es posible. Si bien a ellos se les vinculó con los derechos de la clase trabajadora —pues fueron invocados en el artículo 427 del Tratado de Versalles de 1919, cuando se creó la Organización Internacional del Trabajo—, su situación no se limita a esa circunstancia histórica. Van más allá, son más amplios. En estos adquiere un carácter fundamental el derecho humano trabajo, por encima de cualquier otro. Por ello se abren posibilidades muy interesantes de investigación en cuanto figuras como el contrato agrario adquirirían tendencial de casi todos los ordenamientos jurídicos de otorgar tutela al empresario contratante no propietario frente al propietario no empresario, ello no como negación del derecho de propiedad sino como un planteamiento tendiente a valorar el trabajo humano protegiendo a quien lo realiza: esta tesis algunos la han criticado por manifestarse como antipropietaria, pero una explicación más acorde al planteamiento esbozado lo ha de calificar como humanista por tener fundamento en esta línea de pensamiento donde se tutela al trabajo humano. Igual explicación podría encontrar toda la argumentación agrarista de buscar tutela jurídica para la propiedad-trabajo, o propiedad-instrumento de producción, permitiendo sanciones como las de expropiación, extinción del dominio, e incluso la del arrendamiento forzoso cuando en el titular no coincida también la condición de trabajador y el bien se encuentre inculto, abandonado o deficientemente cultivado. Ningún fundamento diferente tendría la doctrina esforzada en concebir a la posesión agraria como instituto típico de la disciplina cuando la diferencia de la civil porque en aquella deben mediar actos posesorios agrarios generados con el trabajo del poseedor, señalando su existencia solo cuando medie el *corpus* y no meramente el *animus* como en materia civil. Y esta línea de interpretación podría proyectarse incluso hacia temas cuya apertura

apenas inicia el Derecho agrario, tal es el caso de los derechos reales agrarios, de usufructo y servidumbres agrarias, cuya existencia desde ahora podría vincularse al derecho humano trabajo como económico y social que es, o bien hacia el tema de las garantías agrarias (hipoteca, prenda, etc.) cuya ejecución no puede estar desvinculada de estos criterios.

Sin necesidad de ahondar más en las próximas tareas, donde puede vislumbrarse un futuro promisorio, resulta interesante constatar en los documentos universales y regionales la concepción que se ha venido esbozando de la propiedad, cuya calificación deja de ser un mero derecho humano civil o político para adquirir características también de derecho humano económico y social.

Al consagrarse como un derecho del hombre se le concibe como el derecho a la propiedad y no como el derecho de propiedad. En otras palabras, como lo dice la misma *Declaración Universal de los Derechos Humanos*: "Toda persona tiene derecho a la propiedad", de la cual se percibe un cambio profundo del principio. Tener derecho a la propiedad significa tener derecho al acceso de ella, no solo la posibilidad de gozar o disfrutarla como lo concibieron los clásicos.

Pero en esta materia los otros documentos son aún más explícitos. La *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* con mayor claridad y nitidez sostiene: "Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar", y, más tarde, la *Convención americana sobre derechos humanos o Pacto de San José* señaló en cuanto al derecho a la propiedad: "Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social".

La línea pensamiento —en cuanto al acceso— tiende a consagrar el principio de la función social de la propiedad. Objetivamente éste consiste en el derecho de todos aquellos que no tienen la propiedad, o la tienen en forma insuficiente —gozando de la capacidad de poder poner la misma en condiciones de producción— de ser dotados por el Estado de ella.

En la Declaración Americana se ha de tener acceso a la propiedad según las necesidades del hombre, con el objeto de satisfacer con ella una vida decorosa que contribuya a mantener la dignidad de la persona y su familia, con lo cual profundiza en el principio de la función social objetiva. Por el contrario en la Convención americana se orienta más a perfilar la función social desde el ángulo subjetivo, es decir la obligación del propietario de poner la misma en condiciones de producción, pues señala que la ley podrá subordinar la propiedad, en consecuencia, su uso y goce, al interés social.

Con toda esta concepción va aparejada la tutela a la propiedad. La Declaración universal mantiene como postulado que "nadie será arbi-

trariamente de su propiedad" y —aún cuando la Declaración americana no refiere a ello— la Convención americana establece: "ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos, y según las formas establecidas por la ley".

Con el derecho agrario, en su campo, los derechos económicos y sociales pueden dejar de ser meramente programáticos — o expectativas de derecho, como los ven algunos—, o el producto de la contradicción entre intereses económicos con los sociales, para ser institucionalizados dentro de un proceso que ha de requerir de la retroalimentación permanente entre las dos disciplinas, profundizando tanto en la concepción filosófica como en la normativización constante.

4. Pero si el Derecho Agrario debe iniciar toda una tarea re-constructiva en cuanto a los derechos humanos económicos y sociales, las perspectivas hacia el futuro que abren los derechos humanos de solidaridad, o de la tercera generación, son realmente impresionantes pues las posibilidades ciertas de acercamiento en temas en los cuales ya el agrario se ha aventurado podrían permitir impulsar labores conjuntas para el adecuado enriquecimiento de las disciplinas, reivindicando así el tiempo perdido mientras existieron en forma independiente y sin ninguna vinculación.

Los derechos humanos de solidaridad aún no han sido declarados en los términos de como lo fueron sus antecesores, a través de un documento único, pero sobre ellos ya se discute, se lanzan proyecciones, y en un futuro no muy lejano formarán parte de todo el conjunto. Son ellos el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, el derecho a la libre determinación de los pueblos, el derecho al medio ambiente, el derecho a la libre determinación de los pueblos, el derecho al medio ambiente, el derecho a la comunicación y el derecho al patrimonio común de la Humanidad. Así como los civiles y políticos se refieren a las personas, los económicos, sociales y culturales a los grupos de personas, los de solidaridad se dirigen a los pueblos, pero también a los grupos y a las personas individuales.

Ha sido fundamentalmente en los ámbitos del desarrollo agrario y de la protección al medio ambiente donde la disciplina iusagrarista ha estado trabajando en forma ardua desde hace varios años, pues tanto uno como el otro se encuentran directamente relacionados con la agricultura en sus diferentes formas de manifestarse.

Respecto del primero recientemente las Naciones Unidas han aprobado la *Declaración sobre el derecho al desarrollo*, del 4 de diciembre de 1986, en virtud de la cual se le declara como derecho humano. Así,

tanto los seres humanos como los pueblos deben participar del desarrollo en los ámbitos económico, social, cultural y político, como modo de lograr la plena realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Para su adecuado cumplimiento los Estados deben formular políticas de desarrollo nacional con el fin de mejorar constantemente el bienestar de toda la población y los individuos, sobre la base de su participación activa, libre y significativa, tanto en él como en la equitativa distribución de sus resultados. Para su adecuado cumplimiento, en el plano internacional, se plantea la necesaria cooperación entre los Estados, como forma, incluso, de colaborar en el establecimiento de un nuevo orden económico.

El criterio seguido por la Declaración es sumamente amplio —cuyo análisis escapa a estas breves pinceladas— y viene a constituir una verdadera síntesis de todos los demás derechos humanos, pues abarca temas como el derecho a la no discriminación, el derecho a la participación, las medidas para su ejercicio, la distribución justa de sus beneficios, los deberes del ser humano frente a la comunidad, el orden social e internacional, la soberanía plena sobre las riquezas y los recursos naturales, los obstáculos al desarrollo, la situación de la mujer, las injusticias sociales y los derechos a la educación, salud, alimentación, vivienda, empleo, la justa distribución de las riquezas, y otros más.

Dentro de lo que hasta la fecha el moderno derecho agrario ha venido planteando como desarrollo agrario conviene evaluar lo concebido, determinar sus límites y proyectarlo hacia horizontes más prometedores de carácter humanista; por su parte, los cultores de los derechos humanos conviene analicen cuidadosamente las dimensiones alcanzadas en el campo agrario, pues ya existen planteamientos orientados a lograr el desarrollo agrario tanto en el ámbito económico tratando de lograr una mejor regulación de la actividad productiva agraria en todas sus posibles facetas, y también de una serie de actividades conexas a ella como son la transformación, la industrialización y la comercialización de los productos agrarios, sobre la base de encontrar una mejor situación para el empresario o trabajador agrícola. Pero la dimensión no es solo económica, sino, principalmente social, en cuanto se busca lograr ese desarrollo sobre la base de la participación amplia y masiva de la población agrícola activa a través de empresas, individuales, asociativas, colectivas, cuya integración regional y nacional, permita un nivel de vida más decorosa, tanto en el mejoramiento de su ambiente como de sus condiciones elementales de carácter social y cultural.

Respecto de la concepción del desarrollo agrario la disciplina ha buscado mejorar sus institutos, orientados hacia el cumplimiento de sus fines económicos y sociales, sin embargo los nuevos conceptos iushumanistas abren toda una expectativa para acercar —como en sus orígenes— el Derecho agrario a los derechos humanos. Sobre todo porque las medidas y orientaciones no se hacen esperar: baste citar una de las últimas

resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la número 1987/17, del 10 de marzo de 1987, donde se observan los nuevos horizontes planteados sobre la materia propietaria, en ella se acuerda "el respeto del derecho de toda persona a la propiedad individual o colectiva, y su contribución al desarrollo económico y social de los Estados miembros", como forma de corroborar el mutuo auxilio que a partir de hoy deben brindarse estas disciplinas tan afines.

Por su parte, también, debe el Derecho agrario vincularse más estrechamente con el derecho humano al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Es cierto que en este ámbito mucho ha aportado la disciplina, sin embargo conviene profundizar mucho más.

Efectivamente el del medio ambiente no ha sido declarado como un verdadero derecho humano, sin embargo los esfuerzos internacionales sobre la materia son impresionantes, tanto antes como después de la *Conferencia de Estocolmo*, patrocinada por las Naciones Unidas, realizada entre el 5 y el 16 de junio de 1972. Se han comenzado a establecer los principios sobre los cuales deben asentarse las normas para la protección y mejoramiento de la naturaleza así como las del medio ambiente, pues solo protegiendo la tierra, el aire, el agua podrán salvarse la flora y la fauna para la adecuada coexistencia de la vida humana con el reino animal y vegetal: única alternativa para garantizar a las futuras generaciones su supervivencia.

Este no ha sido nunca un tema descuidado por el Derecho Agrario. Incluso existe una corriente —minoritaria, pero igualmente respetable— que ha calificado a la disciplina como el derecho de los recursos naturales. Precisamente el moderno Derecho agrario se orienta a individualizar la actividad agraria en cuanto en ella se encuentra presente un ciclo biológico, donde opera la cría de animales y el cultivo de vegetales, haciendo uso de los recursos naturales sea previa una o múltiple transformaciones. Por ello el ambiente, los recursos naturales, y el equilibrio ecológico, constituyen elementos intrínsecos del agrario.

Solo que este tema, como los otros, no puede seguir siendo analizado sin referencia a un contexto humano. Desde ahora conviene sea analizado, estudiado, y estructurado sobre bases nuevas, como única forma de ser consecuente con las recientes perspectivas que se abren para el Derecho agrario en los derechos humanos.

5. Pero —para completar la visión del tema de los derechos humanos— si bien el origen del Derecho agrario presenta un cierto antagonismo con el Derecho civil tradicional, y en concreto con su Código, ello no significa una postura similar en cuanto a los derechos humanos civiles o políticos.

No se ocupa directamente de ellos porque no son objeto de su ámbito de influencia y estudio. Pero no les niega. Por el contrario debe afirmarles pues sin su existencia tampoco tendría razón de ser el agrario. Su vinculación estrecha va a manifestarse con los económicos y sociales, cuya función es la de desarrollar aquellos, de donde no puede deducirse ninguna confrontación.

Esto queda más claro si se deja de lado el origen común del Derecho agrario y los derechos económicos y sociales, y se observa la formación y desarrollo que ambos han tenido en el devenir histórico.

En efecto, al iniciarse la segunda mitad del Siglo XX por el mutuo influjo ambas disciplinas van a presentar características más claras, y la coincidencia incluso con los derechos de la primera generación va a ser ahora más nítida.

En este nuevo período se encuentran la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* —aprobada en la IX Conferencia Internacional americana, en Bogotá— del 2 de mayo de 1948, la *Declaración universal de los derechos humanos* —aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en París— del 10 de diciembre de 1948, el *Protocolo facultativo del Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, del 16 de diciembre de 1966, y la *Convención americana sobre derechos humanos*, también denominada *Pacto de San José*, del 22 de noviembre de 1969, los cuales contienen un inmenso cúmulo de principios propios de los derechos humanos civiles y políticos. En verdad son el producto de la coronación del largo camino recorrido por estos derechos en todos los ordenamientos jurídicos antes de adquirir rango universal —dada su aprobación en sus Constituciones Políticas—, pero también tienen notas características de los derechos humanos económicos y sociales, de donde se deduce la imperiosa necesidad del agrario de ampliar sus horizontes a todo este importante cúmulo de normas.

Estos derechos tienen su explicación en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad entre hombres y mujeres —pues el término genérico refiere a ambos— y se han declarado porque los Estados consideran su establecimiento como una forma cierta para lograr el progreso social y elevar el nivel de vida, dentro de un concepto más amplio de libertad —según señala el Preámbulo de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*— de donde se percibe una dimensión más profunda de aquella impulsada por el liberalismo inspirador del Código Civil.

La orientación moderna de los derechos civiles y políticos debe ser seguida por el Derecho agrario en cuanto es el producto de una concepción humanista cuyos lineamientos filosóficos coinciden plenamente con los suyos. Ya se han divorciado de las tesis iusnaturalistas originarias, e incluso ha asumido una nueva dimensión el principio de la igualdad jurídica en cuanto se deja de lado aquella igualdad estática —propia de los postulados liberales— para asumir una igualdad dinámica, en gran me-

dida capaz de percibir las desigualdades reales y lograr la igualdad sobre esa base, criterio levantado como bandera por la disciplina iusagraria sobre todo cuanto ha querido ser calificado como derecho de equidad.

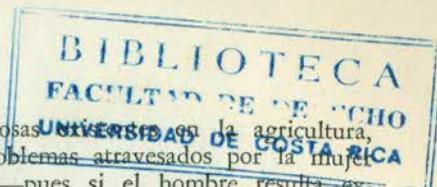
6. He aquí un inmenso cúmulo de hipótesis sobre las cuales bien convendría redoblar esfuerzos de iusagrarias y de iushumanistas, pues si se llega a su demostración, luego de una sistemática y concienzuda labor, muchos serían los logros con los que podrían beneficiarse estas nuevas y vigorosas disciplinas jurídicas.

Desde el punto de vista de la teoría general, para el Derecho agrario, encontrar en los derechos humanos su alma significa colaborar con la identificación de su objeto, pues si éste, como se sabe, puede desdoblarse en uno material y otro formal, encontrándose dentro del primero tanto el hecho como la norma, en el objeto formal se va a identificar el fin de la disciplina, el cual tiene un hondo sentido social y por ende susceptible de un tratamiento axiológico, y es ahí donde precisamente pueden —quizá— ubicarse los derechos humanos. Esta tarea es todo un desafío, precisamente porque en la identificación del objeto hoy se hacen los mayores esfuerzos por parte de la doctrina moderna del Derecho agrario. La determinación del objeto, por su parte, puede también colaborar en la identificación de un método: ahora sí tridimensional, capaz de analizar la disciplina como hecho, como norma, y como valor.

Si ésto es así podría redimensionarse el criterio tradicional de las fuentes del Derecho agrario (cuyo planteamiento hace mucho tiempo requiere un reestudio). No solo se podría afirmar que los humanos son una fuente innegable, sino que incluso podría iniciarse la afirmación, también, de la existencia de un cierto derecho agrario internacional, y porqué no, en igual forma, podrían identificarse algunos principios generales como parece también reporta el Derecho agrario constitucional.

Todos los institutos propios de la disciplina podrían tener una explicación distinta, o quizá, para decirlo mejor, más sólida, pues los contratos agroindustriales, el crédito agrario, la posesión agraria, la empresa agraria, el arrendamiento, y muchos más, tendrían una sobrada justificación en cuanto a los lineamientos hasta ahora impregnados.

Siendo ello tan importante desde el punto de vista científico, quizá lo sea en el campo de las realidades pues perfectamente la disciplina puede asumir un papel más dinámico, como verdadero instrumento para impulsar los cambios sociales y económicos requeridos por la Sociedad, convirtiéndose en verdadero protagonista y no mero espectador respecto de la titánica labor impulsada por los derechos humanos. Desde esta óptica quizá también debería ahondar con más, y mayor energía problemas tan álgidos como son los derechos agrarios humanos de los indígenas, la si-



tuación de las minorías étnicas y religiosas ^{en la agricultura,} y con nítida decisión respecto de los problemas ~~atravesados por la mujer~~ dentro del proceso productivo agrario —pues si el hombre resulta explotado, vejado, la mujer lo es en proporción geométrica: tanto en su trabajo como en su hogar e incluso por la Sociedad—, y en general vislumbrar con mayor claridad las violaciones —sean éstas directas o veladas— de los derechos humanos en el sector agrario.

Es cierto que las nuevas orientaciones de la justicia agraria ofrecen interesantes posibilidades para el sector, pero la justicia no es un problema solo, y estrictamente, procesal. Va más allá. Hoy la justicia agraria también requiere principios y lineamientos claros para orientar sus fallos jurisprudenciales, y en la filosofía de los derechos humanos podría encontrar mucho elemento para una verdadera Justicia real, y no meramente formal.

Toda esta nueva filosofía puede hacer cambiar mucho al Derecho agrario para enfrentar las realidades. Ahora además de aspirar a ser un derecho estrechamente vinculado con la justicia social y el desarrollo económico quizá pueda enrumbarse hacia la consecución de uno de los derechos humanos más importantes —que subyace en todos los demás— y que debe ser su aspiración máxima, convirtiéndose en verdadero instrumento, en soporte y estímulo para el logro de la paz entre los hombres.

Queda, pues, planteado un reto para hoy, no para mañana, lanzado a la doctrina moderna de la disciplina, tendiente a consolidar la concepción del Derecho Agrario en los derechos humanos.

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Los derechos públicos subjetivos y su concepción clásica
- III. La moderna concepción de los derechos públicos subjetivos
- IV. Regulación del amparo contra sujetos de derecho privado en el proyecto de la jurisdicción constitucional

I. *Introducción*

La Asamblea Legislativa tramita un proyecto denominado "Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional", que regula todo lo relativo a los recursos de Habeas Corpus, de Amparo y la demanda de inconstitucionalidad.

Dentro del capítulo del Amparo se incluye una sección dedicada al "Amparo contra Sujetos de Derecho Privado", que se regula de los artículos 61 al 71 inclusive.

Esta institución del amparo contra particulares es novedosa en la legislación costarricense, pues actualmente sólo existe contra actos u omisiones de los funcionarios públicos, conforme a la ley número 1161 de 2 de junio de 1950.

En el presente trabajo analizaré los fundamentos jurídicos del amparo contra particulares en la doctrina y el Derecho Comparado, al mismo tiempo que intentaré algunas críticas sobre el articulado del proyecto.

II. *Los derechos públicos subjetivos y su concepción clásica*

Desde Jellinek, en su clásica obra "El sistema de los derechos públicos subjetivos", la doctrina los conceptúa como aquellos derechos que tienen los administrados en forma mediata contra el poder estatal e inmediata contra los funcionarios públicos. Es decir, en esta concepción tradicional el ejercicio de los derechos públicos subjetivos implica un poder para los gobernados de exigirle al Estado y sus instituciones un deber de abstención, a fin de garantizarse áreas irreductibles de actividad en los diversos dominios de la vida social.

Conforme a Jellinek las relaciones de la vida adquieren el carácter de relaciones jurídicas cuando son reconocidas y reguladas por el Derecho; de manera que de estas relaciones jurídicas emergen los derechos subjetivos, los cuales suponen la existencia de un ordenamiento jurídico mediante el cual son creados, reconocidos y, en mayor o menor medida, protegidos. En resumen, todo poder, querer o tener del hombre es elevado a acción y situación jurídica desde la esfera de los derechos naturales de la vida, mediante el Derecho objetivo. En consecuencia, si todo derecho subjetivo supone la existencia de un orden jurídico objetivo, los derechos

públicos subjetivos exigirán como supuesto necesario la existencia de un orden jurídico público.⁽¹⁾

Las acciones jurídicamente relevantes, permitidas por el orden jurídico, forman en su unidad lo que es lícito a los individuos en el Derecho (das rechlitche Dürfen).

Pero el orden jurídico añade algo a la capacidad de acción del individuo, según Jellinek, algo que no tiene éste por naturaleza, que no cae dentro de la "libertad natural"; y esta segura función del orden jurídico, eminentemente positiva, es considerada por el autor como una concesión, una prestación (Gewahren) que se traduce para el individuo en un poder (Konnen). Para el orden jurídico hay, pues, dos órdenes de actividad: "permitir" y "conceder" (Erlauben y Gewahren); para la voluntad individual dos situaciones, la de "ser lícito" y "poder", en sentido de tener capacidad para la acción (Dürfen y Konnen). El derecho subjetivo privado contiene necesariamente tanto un acto de permisión del orden jurídico cuanto una concesión (esto es, tanto un Dürfen cuando un Konnen), mientras que los derechos públicos subjetivos sólo contienen una concesión de capacidad (Konnen); la capacidad que no corresponde a la "libertad natural" de poner en movimiento normas jurídicas en interés del individuo. Se trata, pues, en el derecho público subjetivo de un orden creado, de una ampliación de la libertad natural, y tiene por base una concesión de poder.

El poder se identifica con la capacidad jurídica; indica las direcciones particulares en que puede éste mostrarse. El poder, en su unidad, representa, pues, la personalidad; por esto todo derecho público subjetivo de los súbditos tiene como base cualificaciones de la personalidad, o lo que es lo mismo, considerados formalmente, son exigencias que resultan de cualificaciones concretas de la personalidad. El derecho privado subjetivo es separable de la persona de su titular, el derecho público subjetivo, no.⁽²⁾

Por ello los recursos procesales para proteger las amenazas de violación y la violación efectiva de los derechos públicos subjetivos tradicionalmente se han estructurado sólo para proteger a los administrados frente a los ataques del poder público.⁽³⁾ Es decir, no se concebía que los derechos públicos subjetivos pudieran ser también violados por los particulares.

(1) JELLINEK, G. "System der subjektiven öffentlichen Rechte" (2ª edición 1905), págs. 8 y 9.

(2) En este sentido DE LOS RIOS, FERNANDO. "Prólogo a la Teoría del Estado de JELLINEK, (Buenos Aires, 1978), págs. XXXVII.

(3) En América Latina esta doctrina tiene gran desarrollo doctrinal. Por todos, véase BURBOA, I., "Las Garantías Individuales" (México, 1977), especialmente págs. 174-191.

III. La moderna concepción de los derechos públicos subjetivos

La doctrina y jurisprudencia alemanas han elaborado la moderna teoría de la "Drittwirkung der Grundrechte" (es decir, efecto frente a terceros de los derechos fundamentales).

Dicha concepción se fundamentaba originalmente, en apretada síntesis, en los siguientes conceptos:

a) Es evidente que hoy día, dentro del Estado moderno, existen grupos, poderes y relaciones que, de una u otra forma, inciden en la libertad individual con una fuerza que está fuera del alcance del poder público. Piénsese, por ejemplo, en el poder que tienen los medios de comunicación privada en la moderna sociedad de masas, así como los diversos grupos de presión.⁽⁴⁾

b) El texto de la Constitución de Bonn está fundamentado en una antítesis superada de individuo-Estado, por lo que el ordenamiento jurídico no toma debida nota de la pluralidad de las estructuras y formas supraindividuales, simplificando las normas de comportamiento y el orden de las relaciones individuo-Estado.

c) La aceptación de los derechos constitucionales del status social enturbia la pureza metódica de los derechos de libertad clásicos, pero es dogmáticamente posible y sería de indudable utilidad.

d) La Sozialentscheidung des Grundgesetzes (artículo 20, art. 28) ha transformado el concepto de libertad clásico en una libertad "socialmente vinculada"⁽⁵⁾ Por tanto, cualquier acto proveniente de un particular que viole un derecho fundamental debe ser tutelado procesalmente. Esta tesis inicial, sin embargo, fue duramente combatida. Hoy día ha terminado aceptándose la posición de J. SCHWABE, denominada de la "Mittelbare Drittwirkung", según la cual cualquier derecho privado capaz de proyectarse sobre la esfera jurídica de otra persona descansa siempre en el orden estatal, al desarrollarse como todo derecho mediante un sistema de mandatos o prohibiciones. Por tanto, cualquier agresión a un derecho fundamental proviene, en última instancia, del Estado y debe desencadenar idénticos mecanismos protectores; todos los derechos privados están al menos en parte cubiertos por un derecho fundamental, y si cualquier poder jurídico del Estado define los derechos de los particulares contraviniendo el derecho fundamental que los protege, éste debe desarrollar su función defensiva propia en el campo del Derecho Público.⁽⁶⁾

(4) Véase MERLE, M. "Sociología de las relaciones internacionales" (Madrid, 1978) págs. 263 sigs.

(5) Véase GARCIA TORRES J. y JIMENEZ BLANCO A. "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares" (Madrid, 1986), págs. 24 y 25.

(6) *Ibidem*, pág. 36.

En Argentina desde los años cincuenta, en el célebre caso Kota la Corte Suprema de Justicia había reconocido la posibilidad de que el recurso de amparo también procedía contra actos de los particulares. En los aspectos que más interesan dijo la sentencia en comentario:

"Es verosímil presumir que en el ánimo de los constituyentes de 1853, las garantías constitucionales tuvieron como inmediata finalidad la protección de los derechos esenciales del individuo contra los excesos de la autoridad pública. En el tiempo en que la Constitución fue dictada, frente al individuo, solo e inerme, no había otra amenaza verosímil e inminente que la del Estado. Pero los constituyentes tuvieron la sagacidad y la prudencia de no fijar exclusivamente en los textos sus temores concretos e históricos, sino más bien, sus aspiraciones y sus designios permanentes y aún, eternos: la protección de la libertad. Esto último es lo que resulta de la ley suprema, aquello otro lo que se comprueba objetivamente en los textos constitucionales mismos. Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados "derechos humanos" —porque son los derechos esenciales del hombre— esté circunscrita a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, "lato sensu", carezca de la protección constitucional adecuada —que es, desde luego, la del habeas corpus y la del recurso de amparo, no la de los juicios ordinarios o la de los interdictos, con traslados, vistas, ofrecimientos de prueba, etc.—, por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos. Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distingo importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando, realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de esos derechos. Las circunstancias concretas de esta causa constituyen por sí solas un ejemplo significativo.

Aún menos admisible es el distingo a que antes se ha hecho referencia, considerando las condiciones en que se desenvuelve la vida social de estos últimos 50 años. Además de los individuos humanos y del Estado, hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan, junto con el progreso material de la sociedad, una nueva fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales.

Si, en presencia de estas condiciones de la sociedad contemporánea, los jueces tuvieran que declarar que no hay protección constitucional de los derechos humanos frente a tales organizaciones colectivas nadie puede engañarse de que tal declaración comportaría la de la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución y, con ella, la del orden jurídico fundamental del país. Evidentemente, eso no es así. La Constitución no de-

sampara a los ciudadanos ante tales peligros ni los impone necesariamente recurrir a la defensa lenta y costosa de los procedimientos ordinarios. Las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción: "Las leyes disponen para lo futuro", dice el art. 3, C.C., con un significado trascendente que no se agota, por cierto, en la consecuencia particular que el precepto extrae a continuación. Con mayor fundamento, la Constitución, que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución. Entre esos grandes objetivos, y que aún el primero entre todos, está el de "asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino". (Preámbulo)

Siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo. Todo lo que puede añadirse es que, en tales hipótesis, los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia —lo mismo que en muchas otras cuestiones propias de su alto ministerio— a fin de no decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponde resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios. Pero, guardadas la ponderación y la prudencia debidas, ningún obstáculo de hecho o de derecho debe impedir o retardar el amparo constitucional. De otro modo, habría que concluir que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho argentino de las garantías indispensables para su existencia y plenitud, y es obvio que esta conclusión no puede ser admitida sin serio menoscabo de la dignidad del orden jurídico de la Nación.

En el caso de autos, se trata de la ocupación material de una fábrica por parte del personal obrero, determinada exclusivamente por un conflicto de carácter laboral con la empresa. Los ocupantes no han invocado ni pretenden tener ningún derecho a la posesión o detención de la fábrica. Según sus manifestaciones expresas y concordantes, la ocupación obedece al conflicto existente con la empresa patronal y se mantienen en el inmueble "sin ejercer violencia alguna, y defendiendo de esa manera su trabajo y a la espera de una resolución definitiva".

"También es manifiesto el agravio serio e irreparable que resulta de esta situación para los propietarios de la fábrica y aún para los intereses generales. La ocupación de los obreros dura desde hace casi 3 meses, y desde entonces la fábrica está "totalmente paralizada", sin que pueda saberse qué tiempo tardará aún para que el conflicto sea resuelto por las autoridades competentes ni cuál es el estado de los procedimientos respectivos. La magnitud del agravio y su carácter irreparable son, así, patentes.

Que, como surge de las consideraciones que anteceden, se hallan reunidas en este caso las condiciones necesarias para la procedencia del recurso de amparo deducido. Los hechos de la causa revelan de modo indudable que existe una restricción ilegítima de los derechos constitucionales invocados por el recurrente: desde luego, el de propiedad; también y sobre todo, el de la libertad de trabajo, pues lo ocupado por los obreros no es un inmueble baldío o improductivo, sino una fábrica en funcionamiento y mediante la cual el propietario ejerce su actividad económica de fabricante.

En estas condiciones, no es juicioso pretender que el afectado reclame la devolución de su propiedad por los procedimientos ordinarios: si cada vez que, a raíz de un conflicto, muchas personas ocupan materialmente una fábrica, un instituto privado de enseñanza o cualquier otro establecimiento, los propietarios no tuvieran más recurso, para defender sus derechos constitucionales, que deducir un interdicto posesorio o de despojo, con múltiples citaciones a estar a derecho para todos y cada uno de los ocupantes, con la facultad de éstos de designar sus propios abogados, de contestar traslados y vistas, de ofrecer y producir pruebas, etc., cualquiera comprende a qué quedaría reducida la protección de los derechos que habrían concedido las leyes y de qué modo habría quedado subvertido el orden jurídico del país. En situaciones como las mencionadas, que es también la de estos autos, la protección judicial de los derechos constitucionales no tolera ni consiente semejantes dilaciones".⁽⁷⁾

De lo anterior se deduce que hoy día es pacíficamente aceptado que los derechos públicos subjetivos se ejercitan no sólo frente al Estado sino también frente a los particulares, especialmente los organizados en asociaciones, corporaciones empresariales o sindicatos. Por tanto, tales derechos fundamentales deben tutelarse mediante recursos procesales rápidos, tales como el *beschwerde* alemán, el amparo, etc.

Dentro de esta línea de pensamiento se inscribe el Proyecto de la Jurisdicción Constitucional Costarricense, al extender la tutela del amparo contra los actos de los particulares.

(7) Caso Samuel Kot (S.R.L.) Corte Suprema de Justicia, Buenos Aires, setiembre 5, 1958, citado en Bidart Campos "*Derecho de Amparo*", (Buenos Aires, 1960).

IV. *Regulación del amparo contra sujetos de derecho privado en el proyecto de ley de la Jurisdicción Constitucional*

En este acápite analizaré los aspectos más relevantes del proyecto.

1) *Los derechos fundamentales tutelados por el amparo contra sujetos de Derecho Privado*

a) *Extensión subjetiva pasiva del amparo*

El artículo 61 del Proyecto dispone en lo conducente que "La protección del Amparo también se concederá contra sujetos de Derecho Privado por los actos, acuerdos o resoluciones y, en general, por toda acción u omisión que viole o amenace violar cualquiera de los derechos constitucionales que se enumeran a continuación...".

Es claro, entonces, que la expresión "sujeto de Derecho Privado" comprende a todas las personas con capacidad jurídica conforme a la respectiva determinación del Derecho Privado. En consecuencia, el recurso podrá interponerse tanto contra personas físicas, como colectivas, Verbigracias, las cooperativas, asociaciones, sindicatos, partidos políticos, fundaciones privadas, etc., así como las personas jurídicas de hecho.

Se ha dicho, con algún género de razón, que la extensión pasiva del Amparo en forma discriminada a todo sujeto de Derecho Privado presenta, entre otras, los siguientes inconvenientes: 1) aún cuando la violación de los derechos fundamentales puede provenir tanto de personas físicas como jurídicas, son éstas últimas, por su organización eficiente y gran fuerza política, las que con más frecuencia amenazan dichos derechos; b) existe por otra parte, una imposibilidad de los tribunales para lograr la tutela efectiva de los derechos fundamentales así protegidos, si se consideran actos recurribles en la vía de Amparo los provenientes de sujetos del Derecho Privado, incluyendo tanto a las personas físicas como jurídicas (colectivas y c) la extensión subjetiva del amparo abriría la posibilidad de que se produjera un aumento extraordinario en el número de recursos interpuestos, los cuales en su mayoría podrían ser innecesarios (por la existencia de vías previas y paralelas eficientes) y en muchos casos irresponsables.⁽⁸⁾

b) *Legitimación activa*

Conforme al artículo 63 del Proyecto citado, están legitimados para interponer este tipo de amparo "el perjudicado o la persona que legalmente lo represente, con demostración de su personería".

(8) JIMENEZ SOTO, PRISCILLA. "*El recurso de amparo*" (Tesis de Grado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1986), págs. 217 y 218.

Aquí el proyecto hace una diferencia sustancial con la legitimación activa respecto del amparo contra actos u omisiones de funcionarios públicos. En efecto, en el artículo 38 ibídem se dice que "podrá interponer el recurso de amparo cualquier persona que fuere víctima de la violación, amenaza u omisión, por haber sufrido perjuicio o estar en inminente peligro de sufrirlo. El apoderado general o generalísimo en nombre de su mandante; y si se tratare de menores o incapaces, lo harán quienes tengan su representación legal. Si el agraviado estuviere imposibilitado para actuar, podrá plantear el recurso su cónyuge o cualquiera de sus parientes hasta el tercer grado inclusive, previa afirmación de esa imposibilidad, o en las mismas condiciones, cualquier persona mayor de edad, si aquél careciera de los expresados parientes. Las entidades corporativas podrán interponer recurso contra disposiciones generales, cuando éstas afecten intereses económicos comunes de sus afectados".

Es evidente, en primer término, que la norma transcrita consagra una auténtica acción popular en materia de amparo contra funcionarios públicos, pues le basta al recurrente con indicar que el perjudicado carece de familiares para adquirir legitimación procesal para interponer el recurso a su nombre.

En segundo término, no existe razón jurídica o práctica que justifique la discriminación en cuanto a la legitimación activa en los casos de amparo contra los particulares, pues, en numerosas ocasiones, el perjudicado está en imposibilidad material de plantearlo personalmente o por medio de su apoderado. En este sentido considero que el proyecto de ley restringe, sin fundamento jurídico ni práctico valedero, la legitimación activa del recurrente, lo cual, en última instancia, implica una clara violación al derecho de acción que la propia Constitución Política consagra en el artículo 27.

c) *La limitación del objeto del amparo*

Tal vez el aspecto más relevante del amparo contra sujetos de Derecho Privado, es la cobertura de los derechos fundamentales que tutela.

Aunque es evidente que hay derechos fundamentales que sólo pueden ser quebrantados por el Estado y sus funcionarios, también es cierto que el proyecto, en sus artículos 61 y 62, deja sin protección algunos otros derechos en que su amenaza de violación o su conculcación efectiva son obra casi exclusivamente de los particulares.

Conforme al artículo 61 del Proyecto son objeto de la tutela del amparo contra particulares los siguientes derechos fundamentales: a) derecho a que no se haga discriminación alguna contraria a la dignidad humana (art. 33 C.P.); b) derecho a no ser sometido a tratamientos crueles o degradantes (art. 40 C.P.); c) derecho de rectificación o respuesta (art. 29 C.P.); ch) derechos de autor o de invención a la propiedad de la

marca o del nombre comercial (art. 46 C.P.); d) libertad de asociarse o de no asociarse (art. 25 C.P.); e) libertad de reunión (art. 26 C.P.); f) derecho a la libre sindicalización (art. 60 C.P.); y g) derecho a la libertad de enseñanza (art. C.P.).

Esta numeración es taxativa, por lo que la protección del amparo contra sujetos privados no puede extenderse al dominio de otros derechos fundamentales por vía analógica o de interpretación.

Es conveniente referirse, aunque sea en forma sucinta, al derecho de rectificación o respuesta, pues esta es la primera vez que se regula legislativamente en Costa Rica.

El artículo 62 del mismo proyecto establece las principales regulaciones de ese derecho en los siguientes términos:

i) El interesado deberá formular la correspondiente solicitud, por escrito al dueño o director del órgano de difusión, dentro de los ocho días posteriores a la publicación que se propone rectificar o contestar, e incluirá o acompañará por separado su rectificación o respuesta, redactada en la forma más concisa posible y sin referirse a cuestiones ajenas a la publicación.

ii) La rectificación o respuesta deberá publicarse dentro de los cinco días siguientes, si se tratare de órganos de edición o difusión diaria o bien en la próxima edición o difusión que se hiciere después de ese plazo, en los demás casos.

iii) El órgano de difusión podrá suprimir los comentarios, afirmaciones o apreciaciones que no tengan relación directa con la publicación.

iv) Se entenderá que existe negativa del órgano de difusión cuando transcurridos los plazos señalados en el punto 2 anterior sin que la rectificación o respuesta haya sido publicada; y el interesado podrá acudir a la vía de amparo, para que el Tribunal resuelva lo que corresponda, previo el trámite de ley. Si se declarare procedente el recurso, en la misma sentencia el Tribunal, determinará en qué forma debe hacerse la publicación.

vi) Procederá también el amparo cuando el órgano de difusión, al publicar la rectificación o respuesta conforme al punto 2 anterior, suprimiere algún párrafo no comprendido en el punto 3 anterior, en cuyo supuesto el interesado podrá solicitar ante el Tribunal dentro de los tres días siguientes, que la rectificación o respuesta se publique completa.

vi) El Tribunal, luego de oír por veinticuatro horas al órgano de difusión, resolverá dentro de tercero día y sin recurso alguno, si mantiene, revoca o modifica lo suprimido por el órgano. En el caso de revocatoria o modificación deberá el órgano repetir la publicación de acuerdo con lo

resuelto, y si no lo hiciere sufrirá una sanción de diez a treinta días multa.⁽⁹⁾

La norma citada deja, sin embargo, dos aspectos delicados sin regular: la ubicación y el despliegue de la rectificación o respuesta y la importancia de que la respuesta sea difundida con prontitud.

En el primer caso se requiere que exista equidad, dado que la importancia que el medio informativo le reconozca a una noticia está en conexión directa con la gravedad del agravio sufrido. En esto influye tanto el contenido del material publicado como la forma de su presentación. Sobre el particular el proyecto es omiso, lo cual implica tácitamente otorgarle una gran discrecionalidad al director o editor del medio de comunicación para publicar la rectificación o respuesta donde le plazca. Verbigracia, la rectificación a una noticia publicada en primera página, podría ser insertada en una sección poco leída, como la de asuntos provinciales.

En cuanto al segundo aspecto nos parece que el plazo de cinco días que se establece entre la fecha de la entrega de la rectificación y el día de su publicación efectiva es muy amplio, dado que durante ese lapso perfectamente puede ocurrir que el efecto nocivo de la información inexacta se haya dejado de sentir, de manera que cuando se publique la rectificación ya el agravio sea irreparable.

2) *Los derechos fundamentales que no son objeto de tutela por el proyecto*

Estoy de acuerdo en que no se pueden tutelar indiscriminadamente todos los derechos fundamentales por lesiones de particulares, pues en algunos casos la medicina podría resultar más dañina que la enfermedad.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de que un padre de familia de una área rural, donde todavía prevalecen costumbres muy austeras, impidiera la salida nocturna de una hija mayor de edad. Un recurso de amparo en este caso podría obligar a ese padre de familia a permitir la salida irrestricta de su hija, lo que provocaría una profunda crisis en el seno familiar. En casos similares a este y en otras hipótesis que fácilmente podrían formularse y que son moneda de curso diario, no creo conveniente la posibilidad de plantear el recurso de amparo contra actos de los particulares.

No obstante, sí existe otra cantidad de derechos fundamentales que, en forma inexplicable, no está cubierto por el recurso de examen. Veamos algunos de ellos.

(9) Sobre el tema dentro de la realidad costarricense, véase VILLALOBOS, QUIROS, ENRIQUE. "El Derecho de rectificación o respuesta" (Tesis de grado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1983).

a) *Libertad empresarial*: Este derecho fundamental está garantizado por el artículo 46 de la Carta Política costarricense. En esta materia se producen constantes violaciones que dimanán directamente de los particulares.

Casos concretos de tales violaciones son la competencia desleal en sus diferentes modalidades, que entorpecen la libre competencia. Con los remedios procesales actuales el afectado tiene que plantear costosas y largas demandas ordinarias, que muchas veces resultan estériles, pues cuando se obtiene sentencia firme, ya el daño es irreparable, como lo es la pérdida de clientela por dumping, etc.

El amparo sería una vía procesal expedida para tutelar más efectivamente esta libertad fundamental.

b) *El derecho al trabajo*: En la realidad costarricense los poderosos sindicatos obligan, casi siempre contra la voluntad de la mayoría de los trabajadores, al mantenimiento de huelgas ilegales de carácter eminentemente político. Un ejemplo típico lo tuvimos en el año 1983 en que, en una huelga realizada en la zona Sur, el poderoso sindicato, dominado por el Partido Comunista paralizó las plantaciones por espacio de 3 meses. A pesar de que la huelga fue declarada ilegal por los tribunales de trabajo y que la mayoría de los trabajadores deseaba reintegrarse a sus labores, la coacción física y psicológica de los dirigentes sindicales impidió normalización de las actividades laborales. Como resultado final y debido a las pérdidas millonarias de las empresas productoras al podrirse la fruta y paralizarse la exportación por varias semanas, la principal productora decidió abandonar las plantaciones y marcharse del país, lo cual produjo una desocupación masiva inmediata en la zona. Si la gran mayoría de los trabajadores hubiera podido reintegrarse a sus puestos cuando la huelga fue declarada ilegal, en tal caso el problema hubiera quedado resuelto. Faltó un instrumento procesal ágil, como el amparo, a fin de tutelar efectivamente su derecho al trabajo.

c) *El derecho a la intimidad*: Este derecho fundamental no está expresamente consagrado en nuestro texto constitucional. No obstante, puede derivarse de la interpretación lógico-sistemática de los numerales 28 y 41 *ibídem*.

En efecto, conforme al primero de ellos, "nadie puede ser perseguido ni inquietado por acto alguno que no infrinja la ley" y "que las acciones públicas que no dañen la moral o el orden público, no perjudiquen a terceros están fuera de la ley". A contrario sensu, esta norma está declarando que la vida privada que no irrumpa en ninguno de tales límites les pertenece única y exclusivamente a cada gobernado. En otros términos, en la medida en que no infrinjamos los límites al ejercicio de los derechos fundamentales, sean la moral, el orden público y las buenas costumbres, el ordenamiento jurídico nos garantiza una área irreductible

de acción privada, donde están prohibidas las injerencias tanto públicas como privadas.

El artículo 41 *ibídem* dispone que: "Ocurriendo a las leyes todos han de encontrar reparación a las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad e intereses morales".

De la conjunción de ambas normas queda claro que el derecho a la intimidad protege a la vida personal y familiar de las personas, o sea un ámbito personal íntimo que excluye cualquier actividad que implique intromisión, imposición, injerencia sin el expreso consentimiento suyo.

Entre otros, las siguientes actividades estarían protegidas por el derecho fundamental a la intimidad: a) violación y registro de domicilio y otros locales; b) registro de personas; c) interpretación de correspondencia y comunicaciones privadas; d) divulgación de secretos; e) intrusión en la soledad, el retiro, o los asuntos privados de una persona, etc."⁽¹⁰⁾

ch) *Los derechos electorales*: Hoy día es pacíficamente aceptado que los partidos políticos tienen una naturaleza jurídica *sui generis*: son asociaciones privadas de marcado interés público, ya que se han convertido en los agentes indispensables en las democracias modernas entre el electorado y los órganos estatales. La mayoría de las legislaciones modernas los califica como entes públicos no estatales. En efecto, la democracia no sería posible sin los partidos políticos, pues su existencia se hace necesaria para organizar y activar la voluntad política de las masas, dado que aquellos constituyen el elemento de unión entre el electorado y los poderes políticos. Por ello puede afirmarse, sin temor a equivocaciones, que las democracias modernas son democracias de partidos. De ahí que sea conveniente establecer mecanismos procesales que tutelan los derechos de los miembros de los partidos políticos contra los eventuales actos arbitrarios de sus órganos internos.

d) *Los derechos de la personalidad*: Como es sabido, esta categoría de derechos subjetivos tutela la condición y dignidad de la persona: el derecho al nombre o la identidad de la persona; el derecho a disponer sobre su propio cuerpo; el derecho a la imagen, etc. Desgraciadamente en Costa Rica estos derechos sólo están consagrados a nivel legislativo, en el Título II, Capítulo I y II, artículos 26 a 41 inclusive del Código Civil. Por ello han quedado excluidos de la tutela del amparo contra particulares, que sólo cubre, como indiqué líneas arriba, a los derechos consagrados en la Constitución y a los derechos fundamentales incluidos dentro de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que sean aplicables en nuestro país.

(10) Véase ARAYA PEREZ, GUIDO. "El derecho a la intimidad: alcances y protección en la legislación costarricense" (Tesis de grado, San José, Costa Rica, 1985), págs. 86 y sigs.

En la práctica estos derechos de la personalidad han carecido de aplicación, por falta justamente de un medio procesal expedito e idóneo para su tutela efectiva. Creo que el amparo contra sujetos de derecho privado abriría un fértil campo de acción para la efectiva protección de esta importante categoría de derechos.

3) Aspectos procedimentales

a) Tramitación del Proyecto

Conforme al artículo 65 del Proyecto el proceso se inicia con la presentación de la demanda, la cual deberá interponerse dentro de los ocho días naturales posteriores a la fecha en que se produjo o cesó la violación o amenaza de violación del derecho.

Caso de que la demanda se planteara fuera de tal término se produce una caducidad de la acción en el caso concreto.

El artículo en comentario, sin embargo, abre la posibilidad de que la demanda de amparo pueda ser interpuesta tanto al momento de producirse la violación del derecho, o bien después de que haya cesado la actuación ilegítima. Lo anterior se fundamenta en la consideración de que lo que se está protegiendo es un derecho fundamental del administrado y no tratando de castigar al infractor.

La presentación de la demanda está exenta de todo formalismo, acorde con las características de la sumaridad y celeridad al recurso de amparo.

Los hechos en que se fundamenta el amparo deben ser claros y concisos, a fin de que el tribunal que conoce del caso pueda tener la información más veraz posible sobre ellos.

En el proyecto, al contrario de otros países, no existen vías paralelas que deban agotarse antes de intentar la acción de amparo. Es decir, en nuestro sistema la impugnación se hace directamente, sin necesidad de recurrir a vías paralelas obligatorias, por lo que la acción de amparo se puede catalogar como directa y no subsidiaria.⁽¹¹⁾

(11) Con BIDART CAMPOS entendemos por Vía paralela o concurrente en todo medio de defensa de que dispone el agraviado por el acto lesivo, al margen del amparo, para articular ante autoridad competente su pretensión jurídica. Comúnmente se designa con el nombre de vía paralela la acción que pueda establecerse por cualquiera de los procedimientos previstos en las leyes: juicios ordinarios, juicios especiales, etc... La vía paralela se distingue de la vía previa en que ésta última debe ser agotada antes de iniciarse el Amparo, mientras la primera no significa que deba acudir a ella antes del Amparo, sino que no puede optarse por éste cuando existe remedio concurrente". CAMPOS, BIDART, *supra* nota 7, pág. 80.

El recurso de amparo sólo puede ser rechazado ad- portas en dos hipótesis: a) cuando no se corrijan la falta de claridad y requisitos que señala el Tribunal dentro de tercero día y b) cuando de sus términos (de la demanda) se desprende que no es materia de amparo la amenaza o agravio que se acusa. Sería el caso de que se señalare como objeto litigioso alguno de los artículos de la Constitución no tutelados por el amparo contra particulares, conforme a la determinación que contiene el artículo 61.

Una vez recibido el recurso y si cumple con todos los requisitos formales correspondientes el tribunal le dará traslado a la persona o entidad que se indique como autora del agravio, amenaza u omisión por el término de tres días por la vía escrita más rápida, tales como telex, telegrama, etc. El plazo puede ampliarse en el caso de la persona acusada del agravio viviere alejada del asiento del tribunal.

Dentro del espíritu de celeridad que anima al proyecto, la notificación al presunto autor del agravio se tiene por realizada con la sola entrega de la comunicación del tribunal en su lugar de trabajo conocido o en su casa de habitación, sin importar la persona que la reciba.

El traslado se hace, como indicamos líneas arriba, por tres días naturales, salvo que el tribunal determinare un plazo mayor, en razón de la residencia del recurrido.

Si dentro del plazo citado el recurrido no contesta los cargos formulados se presumirán ciertos los hechos en que se fundamenta el recurso, sin perjuicio de que el tribunal ordene la evacuación de prueba para mejor resolver, a fin de determinar la veracidad de los hechos alegados en la demanda.

Si como resultado del informe enviado por el recurrido se entiende como cierto el cargo formulado, el recurso se declarará con lugar. En cambio, si el recurrido niega los hechos el tribunal podrá abrir el asunto a pruebas por tres días. En caso de ausencia de pruebas y si hubiere discrepancia entre las partes, el tribunal podrá oír verbalmente a ambas.

El proyecto no autoriza la posibilidad de suspender el acto recurrido, lo cual me parece una grave omisión, pues muchas veces de nada valdría obtener una sentencia favorable si ya el daño causado es irreversible. Creo imperativo establecer la posibilidad de que el tribunal no sólo pueda suspender el acto recurrido, sino además tomar las medidas cautelares necesarias para asegurar el efectivo disfrute del derecho fundamental que se ve amenazado de violación o cuya violación efectiva esté produciendo daños de imposible o difícil reparación.

b) *Los tribunales competentes*

El proyecto le confiere la competencia en esta materia a los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo. Dado que en Costa Rica no existe en la actualidad una jurisdicción constitucional especializada, pa-

reciera plausible la idea del proyecto de que sea un tribunal especializado en Derecho Público el que conozca de tales asuntos, pues en el sistema vigente el amparo es competencia, inexplicablemente, de los tribunales penales, salvo cuando se impugnan actuaciones u omisiones del Presidente y los Ministros, que le corresponde resolverlos a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

No obstante, conviene indicar que actualmente se discute, en primera legislatura, una reforma constitucional, mediante la cual se crea una Sala Constitucional especializada dentro del ámbito de la Corte, la cual sería la encargada de conocer exclusivamente de todos los recursos de amparo. En consecuencia, el proyecto deberá reformarse a fin de acomodarlo al texto constitucional en examen.

c) *Los efectos de la sentencia de amparo*

Si la sentencia acogiere la pretensión del recurrente declarará ilegítima la acción, por ser contraria al ordenamiento jurídico; al mismo tiempo se ordenará al recurrido cumplir, dentro de un término que fijará el propio tribunal, con lo que dispone la norma constitucional violada. El plazo para el cumplimiento de la resolución varía en cada caso, conforme al arbitrio del tribunal.

Cuando la sentencia se refiera a actos negativos, el recurrido deberá abstenerse, en lo sucesivo, de actuar en sentido contrario.

Cuando la sentencia no se cumple dentro del plazo señalado por el tribunal, se impondrá al recurrido una multa de diez a treinta días multa. Debe lógicamente entenderse, conforme las reglas respectivas del Código Penal, que si la multa no se paga dentro del plazo indicado por el tribunal, se convierte en prisión.

Esta norma sancionadora nos parece muy tímida, pues en realidad el incumplimiento a lo ordenado por el tribunal debería tipificarse como delito de desacato a la autoridad. Sólo de esa forma se logrará que efectivamente se cumpla lo ordenado por el tribunal y se protejan efectivamente los derechos constitucionales.

En la hipótesis de que al declararse con lugar el amparo ya hubieren cesado los efectos del acto recurrido, o si éstos fueren de la clase que no permite la restricción del perjudicado en el goce de su derecho, la sentencia del tribunal tendrá como objeto reprimir al agravante, a fin de que no vuelva a cometer esa violación, sin perjuicio, desde luego, de las demás responsabilidades civiles o penales en que hubiera incurrido.

Cuando haya reincidencia, la corrección aumenta los días multa, los cuales van de quince a cincuenta días multa, también convertibles en prisión, conforme se indicó supra. Las sentencias del tribunal son irrecurribles y contra las resoluciones interlocutorias cabe el recurso de revo-

catoria dentro del tercer día. Por consiguiente, si el amparo es rechazado, el recurrente puede acudir a la vía civil o penal para ventilar sus derechos. Dentro de esta misma óptica el artículo 71 del Proyecto señala que la interposición del recurso de amparo no excluye la posibilidad de que el agraviado haga valer sus derechos en cualquier otra vía procesal. Lo anterior se explica por el hecho de que el amparo pretende el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de medidas adecuadas para el pleno ejercicio y disfrute del derecho violado o amenazado de violación, sin entrar a discutir acerca de la eventual indemnización de daños y perjuicios o el dolo o la culpa con que hubiera actuado el recurrido, que son asuntos que deben ventilarse en otras jurisdicciones.⁽¹²⁾

ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO ANTE LA CRISIS

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Catedrático Universidad de Costa Rica
Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas
Profesor de Derecho Administrativo

El interés individual toma la forma de esfuerzos de las empresas para maximizar, sus ganancias y de los consumidores para elevar a un máximo su satisfacción. Juntos, estos esfuerzos para maximizar, que tienen una motivación *egoísta*, guían los muchos elementos inconexos de la economía como si fueran dirigidos por una mano *invisible*.

La *mano invisible* pertenece al economista escocés Adam Smith, y su comprensión está perfectamente a nuestro alcance. En su obra famosa *Investigación de la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones* (1776), Smith describió el funcionamiento milagroso del sistema de precios.

Maurice Levi^(*)

(12) Dispone el artículo 71 del Proyecto en cuestión: "Artículo 71: El rechazo del amparo contra sujetos de Derecho Privado no prejuzga sobre la responsabilidad civil o penal en que haya podido incurrir el autor del agravio, y el ofendido podrá ejercitar o promover las acciones respectivas".

(*) *La economía descifrada*, Buenos Aires, El Ateneo, 1982, pp. 174 y 175.

SUMARIO

Siglas más usuales

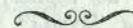
Resumen

Presentación

1. Deuda externa y desarrollo
 2. Consenso vs. represión
 3. La coyuntura actual
 - a) Ausencia de un proyecto político de dominación
 - b) Ante este vacío programático, hay inseguridad e inestabilidad
 - c) Inorganicidad política
 - d) Condiciones para la viabilidad de un nuevo proyecto
 - e) Crisis también de rearticulación hegemónica
 - f) "Estado totalitario" o "Estado liberal-reformista"
 - g) El problema del control
 - h) Pacto social
 4. Deuda externa y coyuntura actual
 5. Deuda externa y derechos humanos
 6. Papel del Estado
 7. Centralismo y democracia sustancial
 8. El neoliberalismo
 9. La situación presente
- Conclusión
- Referencias Bibliográficas

Siglas más usadas:

CFE	Editorial Fondo de Cultura Económica (México)
UCR	Universidad de Costa Rica
FMI	Fondo Monetario Internacional
CEPAL	Comisión Económica para la América Latina
FLACSO	Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales
CLACSO	Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales
ECR	Editorial Costa Rica
DEI	Departamento Ecuménico de Investigaciones
RCJ	Revista de Ciencias Jurídicas
CIDE	Centro de Investigación y Docencia Económicas (México)
ESC	Revista Estudios Sociales Centroamericanos



Resumen

El Estado social y democrático de Derecho que rige en nuestro país se está deteriorando velozmente con la crisis económica que deviene en una crisis política o de hegemonía. Si efectivamente la crisis política se da, todo el sistema de control social o de dominación global entra en un resquebrajamiento con efectos negativos en nuestra paz y estabilidad social. Todavía la crisis política se torna manejable, pero la crisis económica sigue su cruel marcha con desempleo, inflación, encarecimiento de la vida para los sectores mayoritarios de la población.

La ausencia de políticas estatales reales y efectivas contribuirá más al empobrecimiento del país, a la polarización social y a la debacle política.

El mayor problema de nuestra nación es que no hay un proyecto nacional, de consenso y con el esfuerzo de todos, para enfrentar la crisis. Con la hemorragia de decretos, reglamentos y circulares esa crisis no se va a detener, como tampoco con la pretendida anestesia publicitaria que pretende negar la gravísima situación de nuestra sociedad.

Presentación

La concepción de un Estado social y democrático de derecho, principalmente en lo que a nuestro país atañe corre el riesgo de quebrarse y de entrar en una crisis política sumamente peligrosa.

La crisis económica y en ella el problema de la deuda externa ha hecho más evidente la debilidad de nuestro sistema económico, social y político; y, ha desnudado la fragilidad de nuestra "estabilidad" al sacar a flote problemas estructurales, de todo orden, que se han venido acumulando (sin resolver) desde hace años.

Tenemos varios hechos relevantes en el problema de la deuda externa, entre ellos los siguientes:

- 1) El valor real del monto de esa deuda de América Latina es de un 50% de su valor nominal, es decir, \$ 200.000 millones.
- 2) De ese valor real o de mercado de la deuda citada, más de \$ 130.000 millones, los ha devuelto Latinoamérica a los países acreedores, convirtiéndose (irónica y contradictoriamente) en exportadora de capital.
- 3) Ese monto de exportación de capital, representa un plan Marshall y medio (es decir, toda la "ayuda" financiera que recibió Europa entre 1948 y 1951, más un 50%).
- 4) La deuda indicada sigue creciendo, porque los países acreedores cobran intereses sobre intereses, configurando el delito de usura. (Hinkelammert)
- 5) Más de \$ 100.000 adeudados por América Latina nunca llegó a ésta, porque solo el 8.7% (entre 1976 y 1981), fue realmente cobrado por Latinoamérica; el resto continuó en los bancos de los países acreedores bajo la técnica del cambio en las partidas contables de los libros comerciales de las entidades bancarias de los países ricos. (La República).

Así se explica, parcialmente, cómo el sistema financiero internacional contribuye a la situación de endeudamiento de los países pobres. (Juan Pablo II) (*)

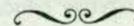
(*) Cf. Hinkelammert, Franz. La deuda externa de América Latina. El automatismo de la deuda (San José: DEI, 1988, pp. 11 a 39).

La República, 19 de abril de 1988: deuda latinoamericana, pág. 14. Juan Pablo II, Encíclica Solicitudo rei socialis, del 30 de diciembre de 1987.

En este cuadro de empobrecimiento acelerado y de injusticia económica internacional, el Estado social y democrático de derecho tiene poco que hacer. Desde afuera, los países acreedores le marcan la pauta al Estado costarricense para que transite por esta vía:

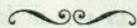
- a) Concentración de las funciones económicas del Estado, recesivo en la realización del llamado ajuste estructural, que nada tiene que ver con el cambio de estructuras, que los reformistas de América Latina plantearon en la década de los años 60. Tal mecanismo del ajuste estructural recesivo está montado para asegurar y facilitar la transferencia de capital a los países acreedores y así obligarlos a atender la deuda, sacrificando el nivel de vida de la población;
- b) Sustitución de subvenciones con objetivos sociales por subvenciones al sistema financiero. Así se explica la reforma a las leyes bancarias con el fin de darle crédito abundante a la banca privada con el aval del Estado costarricense, pues esos dineros foráneos se los dan a la Banca Central (Estado) y ésta a su vez se los traslada a los banqueros privados. En el caso de que quiebren éstos, el responsable es el Estado de nuestro país (véase los artículos 1 de la Ley orgánica del sistema bancario nacional, que manda que ese sistema está (también) formado por los bancos comerciales privados y los artículos 5 y 62 inciso 5 de la Ley Orgánica del Banco Central);
- c) Tendencia creciente a la privatización de funciones estatales (fortalecimiento de la empresa privada;)
- d) Debilitamiento de las funciones de asistencia social, educativa (el presupuesto del Ministerio de Educación Pública cada vez es menor; cerca de un 17% como en 1950, del total del Presupuesto Nacional), de desarrollo, etc.;
- e) Incremento de los funciones policiales y represivas.

En este panorama, la democracia jurídica (Estado de Derecho) y la democracia social y económica (Estado del Bienestar) y la democracia política (respeto a las garantías y libertades individuales y sociales; y, la sujeción del Estado a los Tribunales), está en peligro, sin duda alguna.



1. Deuda externa y desarrollo

El tema de la *deuda externa* está íntimamente relacionado con el *desarrollo económico y social del país*. Pero, para ponerlo en su dimensión correcta, habría que decir que tal y como se presentan las cosas, lo que se está dando es un retroceso macro social y macro económico. Es decir, la pobreza viene aumentando en forma marcada. La brecha social entre ricos y pobres se ha incrementado de modo muy peligroso para la *estabilidad política de Costa Rica*. (Cf. Adrián Rodríguez Vargas, *El endeudamiento público externo de Costa Rica: 1970-1985*; ESC. N° 45, 1987, pp. 121 a 140).



2. Consenso vs. Represión

El *esquema consenso versus represión*, que tiende a dar una explicación de la forma en que se controla una sociedad, ya sea mediante el *consenso ideológico* (llevado a cabo por los aparatos ideológicos de la sociedad civil y de la sociedad política⁽¹⁾: el Estado) o a través de la *represión militar*, la fuerza física del ejército o de las fracciones armadas del aparato estatal (*Fuerza Pública*), que ejercen esa fuerza de las armas de modo legítimo, en tanto el Estado tenga legitimidad y legalidad⁽²⁾ en su actuación de cara a los *administrados*, sigue prevaleciendo en nuestra nación privilegiando el consenso ideológico o la dominación-macro por la vía de la fabricación, producción y distribución de la ideología legitimante y oficial.

Aquí entendemos por *ideología*, el conjunto de ideas que tienen por objetivo consolidar y legitimar un sistema político. Se trata así de la *ideología dominante o legitimante*. Cuando la ideología tiene por objetivo atacar o impugnar ese sistema político oficial, estamos ante la *ideología insurgente* o de impugnación global al *establishment*.

En nuestro país una historiadora ha escrito un libro aplicando el *esquema consenso-represión* al sistema educativo. Teniendo presente que:

(1) Althusser, Louis. *Ideología y aparatos ideológicos del Estado* (Medellín: Eds. Pepe, 1979).

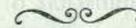
(2) Heller, Hermann. *Escritos políticos* (Madrid: Alianza, 1985) y *Teoría del Estado* (México: CFE, 1961), entre otros.

* La clase dirigente o dominante no es un grupo homogéneo sino todo lo contrario es muy heterogéneo.

* El ejercicio del poder del grupo que *manda*, se expresa mediante relaciones de todo orden (económicas, políticas, educativas, etc.).

* No se puede identificar el Estado como sinónimo de los grupos que mandan, ya que hay una *autonomía del Estado que es relativa*, no absoluta ni total. El Estado tiene su propio radio de acción tanto en su interior como en su exterior (de cara a la sociedad política y respecto de la sociedad civil).⁽³⁾

Específicamente respecto al esquema o par conceptual *consenso-represión* (o, *coacción*), señala Fischel que el consenso y la represión son instrumentos de control o dominación social que se dan o se ejecutan de modo complementario y de acuerdo a las circunstancias históricas; así, por ejemplo, en un país se hace más énfasis en la represión que en el consenso y en otro se hace al revés, porque lo condicionan las coordenadas tiempo-espaciales. Explicando que la pérdida de consenso en el sistema de dominación, obliga a que la represión se fortalezca como mecanismo de control social.⁽⁴⁾



3. La coyuntura actual

Dentro de un *análisis de coyuntura* se puede decir que el país se encuentra en una crisis en la cual ninguno de los grupos que están ubicados en la cúpula del Poder en Costa Rica tienen la cuota o la influencia necesaria para imponer su propio proyecto de control y fiscalización social. Ni los industriales ni los agricultores, por ejemplo, han copado y tomado la delantera en la cima del Poder. Hay una fuerte pugna entre ellos ("Los que mandan").⁽⁵⁾ Este conflicto al interior de "los que mandan" tiene una serie de implicaciones. Entre ellas, las siguientes:



(3) Fischel, Astrid. *Consenso y represión. Una interpretación sociopolítica de la educación costarricense* (San José: ECR, 1987, pp. 19 a 30).

(4) *Idem.*, p. 19.

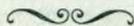
(5) Cf. Imaz, José Luis. *Los que mandan* (Buenos Aires: Eudeba, 1971).

a) *Ausencia de un proyecto político de dominación*

Los grupos y las fracciones de *los que mandan*, (tienen su sede en la cima del Poder, en nuestra nación), no han elaborado un proyecto, programa, guión o plan de trabajo para la global sociedad.

De ahí el lenguaje oscuro y oscurecedor que se emplea por las agencias de socialización y de difusión de la ideología predominante, en el sentido de que el "*proyecto político de 1948*" (o de los años 40) se encuentra agotado.⁽⁶⁾

Lo cierto del caso es que hay ausencia de un proyecto claro, coherente y preciso sobre la entera sociedad costarricense, en sus aspectos claves: agrarismo, industria, comercio exterior, política económica, etc.



b) *Ante ese vacío programático, hay inseguridad e inestabilidad*

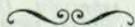
Al no existir ese programa o guión sobre lo esencial del país, los que mandan como los que obedecen, ni saben bien como mandar ni tampoco saben como obedecer... *a qué*. Eso es cabalmente: hay inseguridad e inestabilidad en la cúpula del poder como en su base amplia y mayoritaria.

Esto se ha venido dando hace años, y podemos precisar que ha hecho crisis desde el Gobierno de Carazo (1978-1982) al presente. Y no es que antes hubiera ese programa o proyecto de hegemonía en forma clara y contundente. Claro que no. Lo que ha ocurrido es que la crisis económica puso al desnudo la crisis de dominación o de control político, económico y social.

Pero, a pesar de la crisis económica, nada se ha hecho —(o, como suele suavizarse) se ha hecho muy poco— en el sentido de construir o elaborar un proyecto de hegemonía para los años que vienen.

Lo que es aún peor, ni siquiera la crisis económica ha obligado a los que mandan y los que obedecen a cuestionar o poner en duda lo establecido para proponer un nuevo proyecto a la colectividad costarricense.

Así, la estabilidad y la seguridad en el sistema de dominación sigue estando en el "orden del día" sin discutirse ni entrarle en profundidad.



(6) Cf. Contreras, Gerardo; y, Cerdas, José. *Los años 40* (San José: Ed. Porvenir. ICES. 1988).

c) *Inorganicidad política*

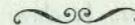
Existe, por lo tanto, una abierta y detectable inorganicidad política, en el amplio sentido del término. No hay un proyecto orgánico, estructurado sobre el presente y el futuro del país.

Ello se expresa en estos términos, por ejemplo:

- a) ambigüedad para postular un claro proyecto de hegemonía.
- b) incoherencia en el proyecto ideológico de control social.
- c) falta de claridad y de entendimiento de los sectores que mandan en el país para conocer las vías, los procedimientos y las metas del control social y de lo Económico y lo Político.

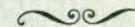
Todo ello conduce a que tampoco se dé consenso al interior de los que mandan. Hay incoherencia, contradicción, ambigüedad y diferendos en la cúpula del Poder.

También se explica así por qué los "modelos" económico, político, educativo y social no funcionan y no se pueden redefinir. No hay capacidad para reprogramar ni redefinir los rumbos del país.



d) *Condiciones para la viabilidad de un nuevo proyecto*

Se hace necesario un cauce para la formulación de un nuevo proyecto de control social o de hegemonía para la sociedad costarricense. El problema básico está en sus requisitos y condiciones bajo las exigencias de estabilizar el sistema global en las presentes circunstancias de crisis económica y de coyuntura interna y externa.

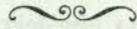


e) *Crisis también de rearticulación hegemónica*

En este cuadro crítico, en donde el *problema de la deuda externa* también ocupa un lugar relevante,⁽⁷⁾ sin duda la crisis pasa necesariamente por una coyuntura de *rearticulación* de hechos, datos y elementos sociales fundamentales que conducen a la ausencia de ese programa que debería tener la sociedad costarricense de cara al futuro.

(7) Cf. Nuestro estudio sobre este tema en RCJ N° 59, San José.

Por supuesto que los *actores de esta rearticulación* exigida y necesaria (los que mandan) tienen conciencia de este vicio programático y de lo difícil que se les hace elaborar un nuevo proyecto de hegemonía. Por ello, los *espacios de la coyuntura* (administración pública, partidos, cámaras, sindicatos, etc.) están *vacíos* (en lo que se refiere a los contenidos del proyecto nacional), pero preocupados (*los actores*, citados) porque saben que ese proyecto nacional urge, ya que de lo contrario la dominación se rompe y se quiebra la endeble estabilidad política del país.



f) "Estado totalitario" o "Estado liberal-reformista"

Las rearticulaciones en lo Económico y/o en lo Político (bien pueden conducir a una forma de expresión totalitaria o negadora de las libertades públicas (tanto a nivel individual como colectivo) como a manifestaciones propias de un Estado de corte liberal que ejecuta reformas.

Por supuesto que sigue presente el problema básico en la intervención del Estado (sociedad política) en la sociedad civil: *el mantener sometido el Estado al régimen de Derecho*; el cumplimiento del Principio de Legalidad y de reserva de ley para que la tiranía del Legislativo ni del Ejecutivo rompa con el Estado de Derecho, ya sea adjetivado como *social* o como *democrático*.⁽⁸⁾

Como bien lo expresa Nieto la clave de la disfunción del *Derecho Administrativo* y de la Legalidad consiste en que:

se viene entendiendo la legalidad como el sometimiento de la Administración Pública a una norma general no importa el rango que esta tenga (decreto, reglamento, circular, etc.).⁽⁹⁾

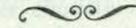
Este abuso y distorsión del Principio de Legalidad como si se tratara de que exista una norma previa a la actuación del Estado; y, no como debe ser la sujeción del Estado a la Ley, emanada del Poder Legislativo (y como subordinación del Poder Ejecutivo al Poder Legislativo), es parte de la crisis en que está el Estado desde hace rato y que se une y se confunde con nuevos elementos (y, otros, viejos) de la crisis actual.

(8) González Pérez, Jesús. *Administración Pública y Libertad* (México: UNAM, 1971, pp. 41 y 67).

(9) Nieto, Alejandro. *La organización del desgobierno* (Barcelona: Ariel, 1984, pp. 52 y 53).

El "Estado liberal-reformista" requiere para su *buen funcionamiento* y su legitimidad, a la vez, ser un *Estado de Derecho*, a nivel jurídico, y un *Estado de Bienestar*, a nivel socio-político y económico. Es decir, un Estado que garantice y respete las garantías y las libertades públicas; a la vez, que tenga como meta una actuación en favor de los sectores marginados de la sociedad, de los grupos económicamente débiles (de "los pobres").⁽¹⁰⁾

Pero, sin duda en la crisis económica presente y con el peso de la deuda externa, cómo y cuándo operará un *Estado del Bienestar* en nuestra nación, si las condiciones económicas y sociales dejan, cada vez, menos margen para invertir en las políticas sociales de la Administración Pública?



g) El problema del control

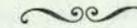
Con una situación económica positiva, las medidas del *Estado del Bienestar* pueden ejecutarse; pero cuando la economía del país está quebrada, ¿qué grado y clase de *bienestar* se le puede dar a la población?

Aquí surge el problema del control social o cómo mantener la hegemonía sobre los que deben obedecer; y, la seguridad y estabilidad al interior del bloque (de grupos y fracciones de ellos) en la cúpula del Poder.

La legitimidad del sistema político, en condiciones normales y de estabilidad social y económica, se puede mantener por la vía del consenso (control ideológico); pero cuando la sociedad se polariza entre los que mandan y tienen ("los ricos") frente a los que ni mandan ni tienen ("los pobres"), porque la brecha entre unos y otros es muy grande, ya la vía del convencimiento y el consenso (por las palabras, signos e ideas) ya no funciona y se tiene que recurrir a la otra vía: la *represión*.

En nuestro país, *el manejo del control social ha priorizado el acento en el consenso y el reformismo desde arriba*. Pero el actual proceso de polarización (por el empobrecimiento creciente y continuo de la sociedad global) entre los que tienen (poder económico y político) y aquellos que no tienen acceso al Poder, bien puede conducir a un brusco rompimiento de las reglas del juego entre los diversos grupos sociales.

Ello obviamente, podría manifestarse en el rol del Estado y del ejercicio de la represión oficial como de la violación del Principio de Legalidad y de las normas básicas del Estado de Derecho, social y democrático.



(10) Gordillo, Agustín. *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio* (Buenos Aires: Eds. Macchi, 1973, p. 233).

h) Pacto social

Aunque la *idea del pacto social* viene forjándose desde hace, al menos, diez años, ello no es gratuito ni superficial.

Efectivamente hace falta un nuevo proyecto global sobre la sociedad costarricense, nacido del consenso y de la negociación; y, no del enfrentamiento ni de la guerra civil.

Esperar a que la situación reviente en una guerra civil para luego sentarse a negociar, es un absurdo, cuando ese colapso se puede evitar.

Claro está que es cierto que cuando no se capta el sentido de los cambios sociales, no se puede actuar a tiempo y se va detrás de los hechos. La visión del movimiento orgánico de las estructuras sociales, del transfondo económico y social que condiciona la acción política jamás puede ser alcanzada por el mero análisis coyuntural de las opiniones, creencias, declaraciones u ocurrencias. Lo importante es la concepción global de la compleja situación en que se encuentran las tendencias, corrientes u orientaciones de las "fuerzas" económicas, sociales y políticas a nivel nacional e internacional (máxime en el cuadro explosivo de Centroamérica).⁽¹¹⁾

Hasta el momento el pacto social, diálogo nacional o compromiso social ha fallado. Parece que los diversos grupos carecen de consenso en cuanto a muchos aspectos del contenido apariencial y sustantivo del "pacto" y de las funciones latentes y manifiestas del "diálogo".

Ello confirma esa desarticulación e incoherencia a la que ya nos hemos referido *supra*.

Tampoco queremos enunciar que el pacto no es necesario. Por supuesto ese pacto es imprescindible. Pero cuando los actores obligados al diálogo y a la negociación así lo quieran y lo definan; y, asimismo cuando el espacio de reflexión y actuación esté bien delineado.

(11) García Trejivano, Antonio *La alternativa democrática* (Barcelona: Plaza & Janes, 1978, pp. 14 y 15).

4. Deuda externa y coyuntura actual

Ya Echandi había expresado algunas ideas respecto de una eventual propuesta al problema de la deuda externa bajo los criterios de una responsabilidad compartida entre los acreedores y los deudores, con el apoyo institucional de un organismo supranacional.⁽¹²⁾

Tales ideas han quedado como parte de las diversas propuestas para darle solución a ese problema.

Existe consenso en el sentido de que el problema más apremiante y difícil de resolver consiste en la relación antinómica entre deuda y crecimiento de la economía.⁽¹³⁾ Lo cual significa que la deuda solo se podría atender si se garantiza el crecimiento de las economías de los países deudores.⁽¹⁴⁾

Ya para abril de 1988, se anunció que el FMI aprobó el convenio con nuestro país, lo cual significa —entre otras cosas— que vendrán más dólares hacia nuestra nación (*República*, 5 de abril de 1988, p. 6). A la vez que se está elaborando una propuesta para el Club de París (*La Nación*, 4 de abril de 1988, p. 2).

Todos estos esfuerzos se encaminan hacia una normalización de las relaciones financieras internacionales de nuestro país que sin duda son importantes.

Sin embargo en la coyuntura actual, *la inflación* se perfila como el mayor problema económico tal y como lo manifestó el Ministro de Hacienda (*La Nación*, 30 de marzo de 1988, 5 A).

Tantos los problemas económicos (como el de la deuda y la inflación) gravitan pesadamente sobre la marcha del país; pero, podrían jugar (a la par de los problemas de Centroamérica, ligados con la paz y la guerra)⁽¹⁵⁾ como factores "cortinas de humo" respecto de la atención

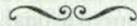
(12) Echandi Jiménez, Mario, Ex-Presidente de la República. Conferencia en el seminario sobre deuda externa organizado por CINDE en la Residencia Miravalles. San José, noviembre de 1985 (en adelante citado como seminario de CINDE).

(13) Exposición de Juan Manuel Villasuso, en el seminario de CINDE.

(14) Exposición de Ennio Rodríguez Céspedes, *idem*.

(15) Cf. Rojas, Francisco; y, Luis Solís. *Súbditos o aliados. La política exterior de Estados Unidos y Centroamérica* (San José: Flacso y Ed. Porvenir, 1988); y, Salazar, Mario, *Crisis centroamericana y política de las super-potencias* (San José: Ed. Porvenir, 1987).

de los aspectos esenciales que afectan nuestra sociedad, como los ya descritos de (por lo menos) diez años de atraso en la formulación de un proyecto nacional de crecimiento y desarrollo, a la vez que de hegemonía política de cara a los años venideros.

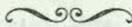


5. Deuda externa y derechos humanos

Sin duda los problemas del endeudamiento externo han significado en los países deudores una serie de lesiones a los servicios públicos en salud, educación, transporte público, etc. Ello dicho en otras palabras es aumentar la pobreza en los países ya empobrecidos. También significa que el FMI acentuó la pobreza en los países deudores, como lo expresó un funcionario de este organismo (Peter Heller) (*República*, 15 de marzo de 1988, p. 40).

Todo lo anterior implica una lesión a los derechos humanos, de acuerdo a los tratados y convenios internacionales firmados por países deudores y países acreedores.

Esta es una lesión a los derechos económicos, sociales y culturales de la población de las naciones deudoras. Lesión llevada a cabo por naciones acreedoras que han firmado (y, violado) esos pactos internacionales relativos a los derechos humanos.⁽¹⁶⁾



6. Papel del Estado

El papel del Estado en esta coyuntura es primordial y debe desempeñar su rol de timón del barco, ya que se ha constituido para realizar los fines de utilidad general que interesan a la nación.⁽¹⁷⁾

Sin embargo, la acción del Estado respecto al crecimiento económico y a las políticas sociales para enfrentar la crisis no puede significar la violación del Estado de Derecho ni la transgresión del principio de legalidad, que implica la sumisión de la Administración a la Ley, al Ordenamiento Jurídico entero y global, tanto en sus normas escritas como a los principios generales del Derecho. Con el pretexto de enfrentar una crisis

(16) Cf. Gross Espiell, Héctor. *Los derechos económicos, sociales y culturales* (San José: Ed. Libro Libre, 1986) y Nikken, Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos* (Madrid: Ed. Civitas, IIDH, 1987).

(17) Martín, Ernesto. *Principios de derecho administrativo* (San José: Imprenta Trejos, 1939, p. 29).

económica o una coyuntura difícil, los administradores no pueden (legal ni legítimamente) actuar contra el Ordenamiento Jurídico (el llamado *bloque de legalidad*: normas escritas y los citados principios generales).

Si así actuara el Estado (contra-*iure*), sumaría a la crisis económica, la crisis política e institucional de todo el sistema, del macro sistema.

Pero, el Estado de Derecho no es formal —meramente—; ya que de ser así estaríamos frente a un régimen totalitario, al estilo nazi, franquista, facha o socialista, que se desarrollan en el nivel de la *legalidad formal*, pero no de la *legalidad sustancial o material* (esencialmente, porque anulan, violan o irrespetan las garantías, derechos o libertades individuales y sociales).⁽¹⁸⁾

Lo anterior equivale a calificar el *Estado de Derecho* (sometimiento del Estado al bloque de legalidad) como sustancialmente *democrático* (respetuoso y garantizador de las libertades públicas) y *social* (impulsor, propulsor e incentivador del *bienestar* de sus ciudadanos, de los administrados, del pueblo, mediante políticas idóneas de carácter económico, social y cultural).

Aquí es donde está la clave de todo: el Estado justifica y legitima su existencia ante la sociedad civil, por la vía del *consenso*, del apoyo de los administrados a la Administración Pública dentro del marco del *bloque de legalidad*. Sólo así el Estado adquiere legalidad y legitimidad; de lo contrario se hace represivo, autoritario, ilegal e ilegítimo, viable por la vía de la *represión* y la *coacción* contra la sociedad civil.⁽¹⁹⁾

Ese enfrentamiento entre poder público y libertad; entre Administración Pública y administrado; entre el Estado y el atomizado ciudadano, debe y tiene que ceder en favor del interés público, en favor de la sociedad civil, del pueblo. Recordemos que el ciudadano se enfrenta al Poder bajo la máscara del poder administrativo.⁽²⁰⁾



(18) Vedel, Georges. *Derecho administrativo* (Madrid: Aguilar, 1980, pp. 219 y 220); y, Giannini, Massimo Severo. *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo* (Madrid: ENAP, 1980, pp. 50 y 51).

(19) Torné Jiménez, José. *El derecho administrativo entre la sociología y la dogmática*. (Granada: Universidad de Granada, 1978, pp. 103 a 108).

(20) Cf. García de Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder* (Madrid: Civitas, 1974, pp. 12 y 13).

7. Centralismo y democracia sustancial

Debido a la crisis económica, en parte, el Poder Legislativo ha emitido una serie de leyes que tienden a la centralización administrativa y a fortalecer el Poder Ejecutivo.⁽²¹⁾ Por ejemplo:

- * Eliminación de las instituciones autónomas (con excepción relativa de la UCR y las municipalidades*).
- * Ley de Presidencias ejecutivas.
- * Ley de la autoridad presupuestaria.
- * Ley de emergencia.
- * Ley sobre enriquecimiento ilícito de los agentes públicos.
- * Normas generales del Presupuesto Nacional, a lo largo de estos últimos diez años, etc.

Ha existido una fuerte presión de los organismos financieros internacionales para que esas leyes sean emitidas, por una serie de razones de diversa índole que no viene al caso aquí detallar.

El hecho importante es que el modelo de cierto grado de equilibrio entre los Poderes Públicos, (heredado de la Constituyente de 1949), ha cedido velozmente en favor de un *esquema presidencialista y centralista*.

Este resultado final del proceso que se inicia (por ejemplo, en 1968, cuando se eliminan las instituciones autónomas*) hace 20 años, deviene en un sistema político e institucional que presenta un Poder Ejecutivo fuerte, centralizador y con el necesario poder político y económico para no solo hacer sentir débil al Poder Legislativo, sino a la misma sociedad que, de modo atónito, presencia ese *presidencialismo* (dimensión política) de corte *centralista* (dimensión administrativa).

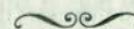
Esta situación no es nada positiva ni beneficiosa para el *Estado democrático y social de derecho*. De ninguna manera.

Lo que tenemos ahora es un Poder Ejecutivo centralizado y fuerte ante un Poder Legislativo cada día más débil, erosionado, municipalizado y en decadencia.

(21) Cf. nuestro estudio sobre el *Derecho administrativo y Estado costarricense* (San José: UCR, 1984). También, con un enfoque histórico: Claudio Véliz. *La tradición centralista de América Latina* (Barcelona: Ariel, 1984).

Esta situación es peligrosa para el sistema democrático costarricense.

Y, por supuesto que debe y tiene que corregirse a tiempo, ya que de lo contrario lo que podría darse sería una guerra civil.



8. El neoliberalismo

De acuerdo con Friedman la organización económica es importante como medio para el fin de la *libertad política*, por sus efectos sobre la concentración o dispersión del Poder. La clase de organización económica que produce *libertad económica* directamente, es decir, capitalismo competitivo, produce *libertad política* porque separa el poder económico del poder político y de esta forma permite que el uno contraste con el otro.⁽²²⁾

Precisamente este economista está refiriéndose a un capitalismo que históricamente no ha existido jamás. El tal sistema económico de competencia perfecta es un modelo estrictamente teórico, hipotético,⁽²³⁾ pero que en la realidad no se ha dado. Al contrario lo que sí se ha dado, y se da, es el capitalismo de clara tendencia monopólica, formas de organización del mercado de marcada competencia imperfecta; orientándose más a la concentración de capitales y de control de los mercados por monopolios y oligopolios.

Como es sabido la mayoría de los mercados no son el blanco y el negro de la competencia pura o del monopolio puro, sino que se encuentran en el área gris de la competencia imperfecta.⁽²⁴⁾ Los mercados de la competencia imperfecta son: el oligopolio y la competencia monopolística.

Se torna un absurdo la afirmación de Friedman de que la libertad económica produce libertad política. Ni desde el ángulo teórico la libertad en un campo o dimensión genera su homóloga en el otro. Menos en la realidad. Las grandes empresas transnacionales y las gigantescas firmas en los grandes mercados se reparten esos espacios económicos llamados "mercados".

Precisamente lo que Friedman y sus seguidores han aplicado en países como Chile, Argentina y Brasil (el primero con una dictadura militar y los otros dos, con ex-regímenes militares y dictatoriales) fueron

(22) Friedman, Milton. *Capitalismo y libertad* (Madrid: Rialp, 1966, p. 23).

(23) Hahn, Frank; Hollis, Martin. *Filosofía y teoría económica* (México: CFE, 1986).

(24) Cf. Leftwich, Richard. *Microeconomía* (México: Nueva Ed. Interamericana, 1972, p. 183).

recetas económicas neoliberales para (Argentina y Brasil) países con dictadura militar, en donde no había ni hay (Chile) libertad política. Miente Friedman cuando afirma que la evidencia histórica muestra una relación entre libertad económica y mercado libre.⁽²⁵⁾ Lo cierto del caso es que este economista, quien fue asesor directo de la dictadura militar en Chile, recomendó su tesis neoliberal, con políticas de corte *neoliberal* para que el Gobierno dictatorial las impusiera en este país (como se hizo en su oportunidad en Argentina y en Brasil), con formas monopólicas para favorecer las empresas transnacionales y con una ausencia de juego democrático, dentro del mercado de esa dictadura. Así se trató de combinar la economía neoliberal con gobiernos totalitarios. El fracaso fue la mejor demostración de la derrota de esta clase de neoliberalismo.

Los *postulados del neoliberalismo* tienen pretensiones teóricas, pues en la realidad no funcionan ni se conocen. Así las cosas la receta neoliberal está de espaldas a la realidad; y, en los países subdesarrollados, (cuando se ha tratado de implantar, mediante la dictadura), el formulario neoliberal, ha fracasado con evidente daño irreparable para las sociedades que lo han sufrido.

Tales *postulados* son, entre otros:

- * El mercado es de competencia perfecta.
- * Opera el principio de soberanía del consumidor.
- * El pleno empleo de los recursos se da y opera.
- * El bienestar se maximiza porque los actores del sistema económico actúan racionalmente.
- * El Estado debe interferir en la economía lo menos que le sea posible, porque la injerencia estatal se considera dañina para el funcionamiento del sistema de precios y de la economía como un todo.⁽²⁶⁾

A los citados postulados teóricos del neoliberalismo (anclados en la corriente del liberalismo de Adam Smith en adelante) se le debe agregar el *monetarismo*.

(25) Friedman, *Capitalismo y libertad*, op. cit., p. 23.

(26) Cf. Friedman, *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico* (Barcelona: Grijalbo, pp. 15 a 104). Fustfeld, Daniel, *La época del economista* (México: CFE, 1978, pp. 171 a 180).

Mediante el *monetarismo* se pretende hacer creer que los problemas económicos fundamentales son de carácter monetario y que las soluciones *estructurales* ceden su lugar a la receta *monetarista*.

Lo interesante de todo esto es que las recetas del liberalismo pasando por el monetarismo y desembocando en el neoliberalismo, *sólo pueden aplicarse bajo un régimen de fuerza*,⁽²⁷⁾ bajo el totalitarismo de Chile y los gobiernos militares de Argentina y Brasil. Pero, el fracaso fue la respuesta a tales recetas neoliberales. El costo social fue muy alto para los pueblos del cono sur; y, lo sigue siendo para Chile.

A los anteriores *postulados*, debe agregarse también la creencia liberal y neoliberal del(a):

- * *Egoísmo*: Cada ser humano es *egoísta, insaciable, hedonista*, (el placer y la satisfacción de las necesidades infinitas son la guía de la felicidad que en el mercado se encuentra).
- * *Agresividad*: El ser humano es un animal *competitivo, agresivo, destructor* para que se cumpla el
- * *Darwinismo social*: Solo triunfan y sobreviven en el *mercado* los más competitivos, los más aptos, los más destructivos en la competencia.
- * *Calculabilidad y maximización*: El ser humano es racional en su lucha por la existencia y en tratar de maximizar sus ganancias, deseos, objetivos, placeres y utilidades (el "*utilitarismo*" y el "*hedonismo*").

Por ello ese ser humano (*homo economicus*) quiere libertad en el *mercado económico*, porque es el soberano de ese espacio, allí prevalece el principio de la soberanía (no de la ley), sino del agente económico-*consumidor*, quien le dice a las otras categorías (meras abstracciones): inversionista, productor, rentista, productor cómo, adónde y cuándo debe actuar en el *mercado* para la satisfacción y el placer de cada uno, porque dándole placer y satisfacción a cada agente del mercado, se le dará a todos. Como la *mano invisible* de Adam Smith guía y orienta el mercado, es

(27) Cf. Bunge, Mario. *Economía y filosofía* (Madrid: Tecnos, 1985, p. 75), haciendo suyo lo expresado por Raúl Prebisch, *Capitalismo Periférico. Crisis y transformación* (México: CFE, 1981) y *Diálogo acerca de Friedman y Hakek* (Santiago de Chile: Revista de la CEPAL, N° 15, 1981).

preciso que se dé también la *libertad política en el sentido de que el Estado debe ser un guardián, un gendarme, un polizón que cuida porque las reglas del mercado se cumplan*, pero no debe interferir en el movimiento y comportamiento del mercado.⁽²⁸⁾

Y, por lo que respecta al sistema de precios de bienes y servicios, éste es fijado por las leyes de la oferta y la demanda. Como bien expresa BUNGE el *mercado libre*, objeto de las teorías clásicas y neoclásicas, *no existe*.⁽²⁹⁾ Así, la tesis de los liberales y neoliberales (en economía) para eliminar el *Estado del Bienestar (welfare state)* en nombre de la teoría neoclásica (*welfare economics*) causará sólo miseria, sino también descontento y eventualmente, la rebelión. La codicia es mala consejera.⁽³⁰⁾

No sólo los técnicos liberales y neoliberales utilizan la economía como un pretexto para hacer matemáticas (sus "famosos" modelos de econometría) sino que se sacan de la manga "modelos" sobre la conducta humana, introduciéndose en el campo de la psicología y de la psicología social con una temeridad y un irrespeto para los expertos en este terreno. Hacen también, además de (incluso) una *psicología vulgar*, una *filosofía vulgar* cuando afirman que el ser humano es insatisfecho, egoísta, individualista, agresivo, competitivo, hedonista, buscador de placeres y satisfacciones materiales. Estas calificaciones recuerdan a Thomas Hobbes (en su *Leviathan*), al decir que *el hombre es el lobo para el hombre (homo homini lupus)*.⁽³¹⁾

Por ello decía Juan Pablo II que todos somos testigos de los tristes efectos de esta ciega sumisión al mero consumo: en primer término, una forma de materialismo craso, y al mismo tiempo una radical insatisfacción, porque se comprende rápidamente que, —si no se está prevenido contra la inundación de mensajes publicitarios y la oferta incesante y tentadora de productos, cuanto más se posee más se desea, mientras las aspiraciones más profundas quedan sin satisfacer, y quizás incluso sofocadas.⁽³²⁾

Se trata de la antinomia entre el *ser* y el *tener* (la búsqueda exclusiva del *poseer* se convierte en un obstáculo para el crecimiento del *ser*, ya que

(28) Cf. Smith, Adam. *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* (Barcelona: Bosch, 1955, 3 tomos).

(29) Bunge, cit., pp. 90 y 91.

(30) Bunge, cit., p. 92.

(31) Cf. Hobbes, Thomas. *Leviathan* (Madrid: Tecnos, 1965). Cf. Lorenz, Konrad. *Sobre la agresión: El pretendido mal*. (Madrid: Siglo XXI, 1971).

(32) Juan Pablo II. *Solicitud rei socialis* (Roma: Encíclica del 30 de diciembre de 1987, pp. 50 y 51).

la avaricia es la forma más evidente de un subdesarrollo moral, Pablo VI, *Encíclica Popularum Progressio*).⁽³³⁾

Siendo una de las mayores injusticias del mundo contemporáneo el hecho de unos pocos poseen mucho y muchos son lo que casi no poseen casi nada. Es la injusticia de la mala distribución de los bienes y servicios destinados originalmente a todos.⁽³⁴⁾

En esta selva humana, el *mercado* aparece como el espacio en el cual los seres humanos son libres, los precios son libres, los consumidores son libres. En el mercado el escenario de la libertad y con él la felicidad se logra, en ese proceso mecánico de las escogencias de bienes y servicios y del movimiento de las leyes de la oferta y la demanda. Las crisis del mercado son pasajeras y patológicas, tendiéndose siempre hacia el *equilibrio del mercado*, donde los actores o agentes económicos logran sus placeres, deseos y aspiraciones. Se trata así, de un *mercado de competencia perfecta*.⁽³⁵⁾

Pero en la *realidad*, en los hechos, ese mercado no ha existido. Entonces, ¿cuál es su utilidad, su operatividad? Simplemente, para que en su nombre los que tienen el poder económico, político y social, conviertan la "*libertad del mercado*" en la *libertad de su poder* (un poder libre arbitrario y totalitario) para ejercer su dominación.

9. La situación presente

La situación que se viene arrastrando ya por varios años y que tiende a preservarse hacia el futuro es que nuestro país se está manteniendo en un punto precario de estabilidad social y política, aunque no en el terreno económico, a pesar de los dólares que vienen del exterior bajo la modalidad de préstamos, la crisis económica es una cruel realidad. Decir que se está viviendo de dinero prestado no es mentir ni adular la realidad; *como afirmar que vivimos una crisis económica que se endurece cada vez más*.

(33) Citado por Juan Pablo II, cit., p. 50.

(34) Juan Pablo II, cit., p. 51.

(35) Hinkelammert, Franz. *Crítica a la razón utópica* (San José: DEI, 1984, pp. 55 a 62); *Democracia y totalitarismo* (San José: DEI, 1987, pp. 167 a 191). *Dialéctica del desarrollo desigual* (San José: EDUCA, 1983).

La inflación sigue galopante y la pérdida de poder adquisitivo de nuestra moneda es cada vez más veloz. Esto significa pobreza creciente, desempleo y demás problemas sociales.

Frente a esta realidad: ¿qué se está haciendo *efectivamente*? Poco o casi nada. Se sigue administrando al país por cuenta y a nombre de los organismos financieros internacionales y de la banca foránea privada. Y, casi nada se hace para prevenir la desestabilización política que se avecina.

La responsabilidad es de los que tienen el poder, en todas sus dimensiones: social, religiosa, política y económica.

La verdad de todos los días es que los sueldos pierden velozmente su poder de compra y la pobreza de la mayoría de la población aumenta frente al enriquecimiento de un sector de la clase alta dedicado a la especulación y al dinero fácil.

Nuestro país se sigue "beneficiando" de la situación desastrosa por la que pasan los pueblos del resto de Centro América, ya que se le sigue sacando dividendos a lo de ser un "modelo democrático" en una zona volcánica. ("La Suiza Centroamericana" de Mario Sancho).

Pero ello, hasta ¿cuándo durará? ¿Qué se está haciendo al interior de nuestra nación para resolver los problemas de todo orden, anteriores (concomitantes y posteriores) al de la deuda externa y a la crisis económica?

La banca internacional, ya sea pública o privada, mantiene (como es natural) sus criterios comerciales y financieros en el tratamiento de la deuda externa y de los nuevos préstamos que "ofrece", a tal extremo que *oficialmente* se ha tenido que declarar públicamente (lo cual no era costumbre, porque se acataba en silencio) que los créditos obtenidos del FMI no se usarán porque son a corto plazo y muy caros.⁽³⁶⁾

(36) *República*, 24 de febrero de 1988, p. 2, Ministerio de Hacienda, Dr. Fernando Naranjo; y, *República* del 10 de abril de 1988, p. 2, declaración del Presidente del Banco Central, Dr. Eduardo Lizano.

(37) *República*, 17 de abril de 1988, p. 4, fuentes: *Tribuna Económica*, *Actualidad Económica* y revista *Visión*.

Bien se ha dicho que el país va mal por la vía de "más impuestos, más recesión, menos crédito o más devaluación. Las sociedades tienen sus límites de tolerancia y se impone una revisión de lo actuado en el campo económico".⁽³⁷⁾ Ya que de lo contrario 1988 "será un año dominado por la sombra inflexible del FMI".⁽³⁸⁾

Conclusión

Tanto la problemática bélica (el tema de la guerra y la paz) en Centro América, como el peso de la deuda externa para nuestro país, a la par de los demás aspectos de la crisis económica que sufre Costa Rica, han venido actuando como cortinas de humo que impiden ver con claridad los graves problemas estructurales y coyunturales que vienen actuando sobre nuestra nación de modo impactante.

El *Estado democrático y social de derecho* juega aquí y ahora como un valor supremo para los costarricenses, siendo el derecho administrativo la técnica y el instrumental necesario para que la acción política del Estado funcione adecuadamente para hacerle frente tanto a la *estructura* como a la *coyuntura*.

Este trabajo tiene ese rumbo: precisar algunos aspectos cruciales de las circunstancias actuales en las que está inmersa la Administración Pública y los administrados, como una totalidad.

Referencias Bibliográficas

ALTHUSSER, Louis. *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*. Montesquieu: la política y la historia (Barcelona: Ariel, 1974).

ANFE. *Estudio comparativo de los bancos comerciales de Costa Rica con otros bancos que operan bajo el sistema de banca privada* (San José: ANFE, 1966).

ARMAND, Pascal. *Estado y capitalismo en América Latina* (México: Siglo XXI, 1981).

ARREDONDO, Estela et al. *Sociedad, Política y Estado* (México: CIDE, 1982).

BARILE, Paolo. *Istituzioni di diritto pubblico* (Padova: Cedam, 1975).

BULMER, Thomas et al. *La crisis de la deuda en América Latina* (México: Siglo XXI, 1986).

Políticas de ajuste en Centro América (San José: FLACSO, 1987).

BUNGE, Mario. *Economía y filosofía* (Madrid: Tecnos, 1985).

(38) *Idem*.

CARMAGNANI, Marcello. *Estado y sociedad en América Latina (1850-1930)* (Barcelona: Grigalbo, 1984).

CONTRERAS, Gerardo y CERDAS, José. *Los años 40* (San José: Ed. Porvenir, 1988).

DEBBASCH, Charles. *Ciencias administrativas* (Madrid: INAP, 1981).

DROMI, José Roberto. *Introducción al derecho administrativo* (Madrid: Ed. Grouz, 1986).

ECHANDI JIMENEZ, Mario. *Sobre la deuda externa* (San José: CINDE-Miravallés, 1985).

ESKRIDGE, William. *Una danza por el precipicio: las dimensiones políticas y económicas del problema de la deuda internacional* (México: Prisma, 1987).

EVERS, Tilman. *El Estado en la periferia capitalista* (México: Siglo XXI, 1979).

FISCHEL, Astrid. *Consenso y represión: una interpretación sociopolítica de la educación costarricense* (San José: Ed. Costa Rica, 1987).

FORSTHOFF, Ernst. *El estado de la sociedad industrial* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975).

FRIEDMANN, Miton. *Ensayos sobre economía positiva* (Madrid: Gredos, 1987); *Capitalismo y libertad* (Madrid: RIALP, 1967).

y Rose:
Libertad de elegir (Barcelona: Grijalbo, 1980).
La tiranía del status quo (Barcelona: Ariel, 1984).

GALLARDO, María. *La iniciativa para la cuenca del Caribe: su impacto en Centroamérica* (San José: FLACSO, 1988).

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder* (Madrid: Civitas, 1974).

GARCIA TREJIVANO, Antonio. *La alternativa democrática* (Barcelona: Paza & Janés, 1978).

GONZALEZ PEREZ, Jesús. *Administración Pública y libertad* (México: UNAM, 1971).

GORDILLO, Agustín. *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio* (Buenos Aires: Macchi, 1973).

GREEN, Rosario. *México: crisis financiera y deuda externa* (México: revista Comercio Exterior, febrero de 1983).

GROSS ESPIELL, Héctor. *Los derechos económicos, sociales y culturales* (San José: Libro Libre, 1986).

HABA, Enrique. *Tratado básico de derechos humanos* (San José: IIDH - Friedrich Naumann Stiftung, Juricentro, 1986).

HAHN, Frank; y, HOLLIS, Martin. *Filosofía y teoría económica* (México: CFE, 1986).

HAYEK, Friedrich. *Camino de servidumbre* (San José: UACA, 1986).
Los fundamentos de la libertad (Madrid: Unión Editorial, 1975).

HELLER, Hermann. *Escritos políticos*. (Madrid: Alianza, 1985).
Teoría del Estado (México, CFE, 1961).

HINKELAMMERT, Franz. *Democracia y totalitarismo* (San José: DEI, 1987).

IMAZ, José Luis. *Los que mandan* (Buenos Aires: EUDEBA, 1971).

JUAN PABLO II. *Sollicitudo rei socialis* (Vaticano: Encíclica del 30 de diciembre de 1987).

KAPLAN, Marcos. *Formación del Estado nacional en América Latina* (Buenos Aires: Amorrortu, 1978).

KESSLMAN, Ricardo. *Las estrategias de desarrollo como ideologías* (Buenos Aires: Siglo XXI, 1979).

KEYNES, Joan Maynard. *Las consecuencias económicas de la paz* (Buenos Aires: Albatros, 1978).

LEACHNER, Norbert (Comp.). *Estado y política en América Latina* (México: Siglo XXI, 1981).

LEVER, Harold; HOHNE, Christopher. *El peligro de la deuda externa* (Buenos Aires: EMECE, 1986).

MARTIN, Ernesto. *Principios de Derecho administrativo* (San José: Impr. Trejos, 1939).

MERK, Adolfo. *Teoría general del Derecho administrativo* (México: Ed. Nacional, 1975).

MIDIPLAN. *Proyecciones sobre el papel de la administración pública costarricense en la década del 80* (San José: Midiplan, 1980).
Programa de corto plazo para la reactivación económica (San José: Midiplan, 1983).
Evolución económica y social de Costa Rica (San José: Midiplan, 1987).

MORSTEIN, Fritz. *El Estado administrativo* (Madrid: ENAP, 1975).

MYRDAL, Gunnar. *La pobreza de las naciones* (México: Siglo XXI, 1975).

NIETO, Alejandro. *La organización del desgobierno* (Barcelona: Ariel, 1984).
El mito de la administración prusiana (Sevilla: Instituto García Oviedo, 1962).

NIKKEN, Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos* (Madrid: Ed. Civitas, 1987).

OLIN WRIGTH, Erik. *Clase, crisis y Estado* (Madrid: Siglo XXI, 1983).

OLIVE, León. *Estado, legitimación y crisis* (Madrid: Siglo XXI, 1985).

POULANTZAS, Nicos. *Estado, poder y socialismo* (Madrid: Siglo XXI, 1979).
 et al. *La crisis del Estado* (Barcelona: Fontanella, 1977).

PREBISCH, Raúl. *Prebisch vs. Friedman* (San José: CSUCA, 1981).
La crisis del desarrollo argentino (Buenos Aires: Ateneo, 1986).

QUIJANO, Aníbal. *Clases sociales y crisis política en América Latina* (México: Siglo XXI-UNAM, 1977).

REY ROMAY, Benito. *La ofensiva empresarial contra la intervención del Estado* (México: Siglo XXI, 1984).

RODRIGUEZ CESPEDES, Ennio. *Sobre la deuda externa* (San José: CINDE-Miravalles, 1985).

RODRIGUEZ, Octavio. *La teoría del desarrollo de la CEPAL* (México: Siglo XXI, 1980).

ROJAS, Francisco; SOLIS, Luis. *¿Súbditos o aliados? La política exterior de Estados Unidos y Centroamérica* (San José: FLACSO-Porvenir, 1988).

ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *Derecho administrativo y Estado costarricense* San José: UCR, 1984).
La deuda externa: otra cara de la crisis (San José: RCJ N° 59, 1988).
Coyuntura y proyecto nacional (San José: inédito, 1988).

SACRISTAN, Antonio. *Inflación, desempleo, desequilibrio comercial exterior* (México: CIDE, 1986).

SALAZAR, Mario. *Crisis centroamericana y política de las superpotencias* (San José: Porvenir, 1987).

SALOMON, Jean. *Ciencia y política* (México: Siglo XXI, 1974).

SERULLE, José; BOIN, Jacqueline. *FMI, deuda externa y crisis* (Madrid: Iepala, 1984).

SMITH, Adam. *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* (Barcelona: Bosch, 1955).

STRACHEY, John. *Naturaleza de las crisis* (México: CFE, 1939).

VELIZ, Claudio. *La tradición centralista de América Latina* (Barcelona: Ariel, 1984).

VILLASUSO, Juan Manuel. *Sobre la deuda externa* (San José: CINDE-Miravalles, 1985).

THERBORN, Göran. *¿Cómo domina la clase dominante? (en el feudalismo, capitalismo y socialismo)* (México: Siglo XXI, 1979).
Ciencia, clase y sociedad (Madrid: Siglo XXI, 1980).

TORNE, José. *El derecho administrativo entre la sociología y la dogmática* (Granada: Universidad de Granada, 1978).

WHIMSTER, Sam; LASH, Scott. *Max Weber, rationality and modernity* (London: Allen & Unwin, 1987).

WALDHEIM, Kurt. *Justicia económica internacional* (México: CFE, 1976).

WOLFE, Alan. *Los límites de la legitimidad* (México: Siglo XXI, 1980).

ZOVATTO, Daniel (comp.). *Los derechos humanos en el sistema interamericano: recopilación de instrumentos básicos* (San José: Impr. Trejos, IIDH, 1987).

INDICE

	Pág.
Presentación	9
Mecanismos de protección de derechos humanos en Iberoamérica. <i>Dr. Rodolfo Piza Rocafort</i>	11
La criminalidad: forma de la exclusión y la censura en el discurso jurídico. <i>Prof. Alicia Ruiz</i>	53
El impacto de la criminalidad de cuello blanco. <i>Prof. Luis Marcó del Pont</i>	71
El pagaré sujeto a tractos sucesivos y su nulidad en el derecho positivo costarricense. <i>Dres. Carlos Gómez Rodas y Alfonso Gutiérrez Cerdas</i>	85
El Consejo Superior de Educación. <i>Lic. Celín Arce Gómez</i>	103
Origen, formación y desarrollo del derecho agrario en los derechos humanos. <i>Dr. Ricardo Zeledón Zeledón</i>	119

El amparo contra particulares en Costa Rica. / Pág.

Dr. Rubén Hernández Valle 137

Estado social y democrático de derecho ante la crisis. /

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez 155

