

Revista

340

R Revista de Ciencias Jurídicas / Universidad de Costa Rica. --
N° 1 (1963). -- San José, C. R.: Litografía e Imprenta
LIL, S.A., 2014.
184 p. ; 152 x 222 mm.

v.

ISSN: 0034-7787

1. Ciencias Jurídicas. Publicaciones periódicas.
2. Publicaciones periódicas costarricenses.

Revista fundada en 1963

Revista registrada en los siguientes *datbank*:

- Latindex directorio y catálogo
- Ulrich's Periodicals Directory
- Public Affairs Information Service Internacional
- Russian Academy of Sciences Bibliographies
- Index to Foreign Legal Periodicals

*Se agradece la colaboración de la Proferora M.L. Carmen
Carazo Coronado.*

CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

M.Sc. Eduardo Calderón Odio	Presidente
M.Sc. Eduardo Rojas Sánchez	Coordinador de Enlace y Prosecretario
M.Sc. Froylán Atilio Alvarado Zelada	Secretario
Licda. Ana Gabriela Badilla Zeledón	Vocal V

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Alfredo Chirino Sánchez	Decano
Dr. Minor E. Salas	Profesor
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez	Profesor

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL:

Dr. Jan-Michael Simon	Alemania
Dra. Marcela I. Basterra	Argentina
Dr. Agustín Gordillo	Argentina
Dr. Pedro Rubens David	Argentina
Dr. César Barros Leal	Brasil
Dr. Rodrigo Polanco Lazo	Chile
Dr. Jorge Witker Velásquez	Chile
Dr. Jaime Santofimio Gamboa	Colombia
Dr. Orlando Solano Bárcenas	Colombia
Dra. Josefina García García-Cervigón	España
Dr. Luciano Parejo Alfonso	España
Dra. María Paz Pous De la Flor	España
Dr. Juan Pérez Gálvez	España
Dr. Jaime Rodríguez Arana	España
Dr. Francois Collart-Dutilleul	Francia
Dr. Gabor Hamza	Hungría
Dr. Jorge Adame Goddard	México
Dr. Jorge Fernández Ruiz	México
Dr. Pedro López Elías	México
Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano	México
Dr. Karlos Navarro Medal	Nicaragua
Magister Carlos Gasnell Acuña	Panamá
Dra. Yoselyn Bermúdez Abreu	Venezuela
Dr. Allan Randolph Brewer Carías	Venezuela

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica por Litografía e Imprenta LIL, S.A.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 133, 2014, cuatrimestral.

ISSN: 0034-7787

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

Dirección de la revista digitalizada:

www.ijj.derecho.ucr.ac.cr

<http://cijul.ucr.ac.cr>

www.latindex.ucr.ac.cr

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

Impreso por: Litografía e Imprenta LIL, S.A.

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS**

134

51 AÑOS 1963-2014

SAN JOSE, COSTA RICA

2014

MAYO - AGOSTO

(Cuatrimestral)

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2014

Presidente:

M.Sc. Eduardo Calderón Odio

Vicepresidenta:

Licda. Rocío Leiva Trejos

Secretario:

M.Sc. Froylán Atilio Alvarado Zelada

Prosecretario:

M.Sc. Eduardo Rojas Sánchez

Tesorero:

M.Sc. Antonio Darcia Carranza

Vocal I:

Dra. Vilma Mayela Alpízar Matamoros

Voca II:

M.Sc. Edgar Castrillo Brenes

Vocal III:

Licda. Shirley González Quirós

Vocal IV:

Lic. John Jorge Tapia Salazar

Vocal V:

Licda. Ana Gabriela Badilla Zeledón

Fisca I:

Licda. Vilma Beatriz Mesén Madrigal

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Henning Jensen Pennington

Director Consejo Universitario:

M.Sc. Eliécer Ureña Prado

Vicerrector de Docencia:

Dr. Bernal Herrera Montero

Vicerrectora de Investigación:

Dra. Alice Pérez Sánchez

Vicerrector de Acción Social:

Dr. Roberto Salom Echeverría

Vicerrector de Administración:

Dr. Carlos Araya Leandro

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Ruth De la Asunción Romero

Decana Sistema de Estudios de Posgrado

Dra. Cecilia Díaz Oreiro

Decano de la Facultad de Derecho

Dr. Alfredo Chirino Sánchez

Antecedentes de la Revista de Ciencias Jurídicas

En marzo de 1956, la Universidad de Costa Rica, publica su No. 1 de la **Revista de Ciencias Jurídico-Sociales**; la No. 2 es de diciembre de 1957 y la No. 3 de diciembre de 1958. En setiembre de 1959, desaparece la publicación con el nombre de Revista de Ciencias Jurídico-Sociales, y aparece la **Revista de Ciencias Sociales** con el No. 4, como continuadora de la anterior. La No. 5 con este último nombre se publica en setiembre de 1960, manteniéndose la numeración sucesiva hasta el presente. Por lo que respecta a la **Revista de Ciencias Jurídicas** No. 1, se publica en mayo de 1963, indicando en la Presentación, el Decano de la Facultad de Derecho de ese entonces, el abogado Rogelio Sotela, que: “con anterioridad se había publicado la llamada **Revista de Ciencias Jurídico-Sociales**, de la cual tres números se dieron a la publicidad; y posteriormente, con el nombre de Revista de Ciencias Sociales aparecieron otros dos números” (p. 6).

*En este año del 2014 se cumplen
51 años de esta revista*

PRESENTACIÓN

Se publican artículos en los temas de:

Derecho Ambiental, Procesal Civil, de las Profesiones, Carcelario y Parlamentario.

Se imprimen las reseñas de obras jurídicas relevantes.

En el año del 2014, se cumplen 51 años de esta revista, cuyo primer número data de 1963.

Por esta razón, los números 133, 134 y 135 de esta revista, corresponden a esta importante celebración.

Son 51 años en los cuales, esta revista se ha publicado sin interrupción.

Tanto la Universidad de Costa Rica como el Colegio de abogados y abogadas, siempre le han dado el apoyo necesario y oportuno.

El director-editor
Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez
(Desde 1974 al presente)



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA



VICERRECTORÍA DE
INVESTIGACIÓN

14 de enero de 2014
VI-156-2014

Dr. Jorge Enrique Romero P.
Director Revista Ciencias Jurídicas
Facultad de Derecho

Estimado señor:

En la más reciente evaluación de las revistas científicas del país, realizada en la Vicerrectoría de Investigación de la Universidad de Costa Rica, la revista que usted dirige pasó satisfactoriamente la evaluación para formar parte del Catálogo de Latindex. Esto significa un reconocimiento a los esfuerzos realizados por usted y el respectivo Consejo Editorial en la mejora de su revista, tanto en los aspectos formales como en su contenido. Adicionalmente, implica un aval a la calidad de esta publicación.

Esperamos que estos esfuerzos se mantengan para que nuestras revistas alcancen cada vez mayor prestigio y visibilidad internacional.

Aprovecho la ocasión para felicitarles por el esfuerzo realizado y recordarles que en adelante deberá enviar los fascículos una vez publicados. Estamos implementando una política de reducción de uso de papel, por lo que enviaremos los detalles de su evaluación por medio de correo electrónico, solicitándolos al correo electrónico jorge.polanco@ucr.ac.cr



Alice L. Pérez, Ph. D.
Vicerrectora

INDICE

<i>Presentación</i>	9
A proteção da biodiversidade nas áreas naturais protegidas: uma breve análise dos sistemas da costa rica e do brasil <i>Marina Demaria Venâncio</i>	13
Posesion y tenencia en el nuevo proyecto de código procesal civil <i>Dr. Francisco Chacón Bravo</i>	45
El ejercicio ilegal de una profesión en Costa Rica <i>M.Sc. Frank Harbottle Quirós</i>	67
Consideraciones sobre las cárceles en Costa Rica <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	97
Ética en el parlamento: Transparencia y rendición de cuentas <i>Dr. Alex Solís Fallas</i>	137
Reseñas Bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	177

A PROTEÇÃO DA BIODIVERSIDADE NAS ÁREAS NATURAIS PROTEGIDAS: UMA BREVE ANÁLISE DOS SISTEMAS DA COSTA RICA E DO BRASIL

MARINA DEMARIA VENÂNCIO¹

(Recibido 23/01/13 • Aceptado 11/11/13)

¹ Doctoranda de la Universidad Federal de Santa Catarina. Graduanda da Quarta fase do Curso de Direito UFSC, bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica do CNPq e integrante do Grupo de Pesquisa de Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco (GPDA) da UFSC, certificado pela instituição e cadastrado no CNPq.
marinademariavenancio@gmail.com

Resumo: É possível afirmar que no contexto do século XXI a biodiversidade, em todos os seus níveis, encontra-se ameaçada. Para a sua proteção são desenvolvidas diversas alternativas, dentre as quais se encontra o mecanismo das áreas protegidas. Dessa forma, o presente artigo se propõe a analisar brevemente os sistemas de proteção de áreas naturais da Costa Rica e do Brasil, enaltecendo suas principais características, estruturas e divergências. Demonstrando assim, suas principais contribuições para a proteção da biodiversidade.

Palavras Chave: biodiversidade, áreas protegidas, Países Megadiversos Afins, Brasil, SNUC, Costa Rica, SINAC.

Abstract: It can be asserted that, in the 21st century, biodiversity is threatened in many levels. Thus, many alternatives have been developed to protect it, among which is the mechanism of the system of protected areas. Therefore, this paper aims to briefly analyze the systems of protected areas in Costa Rica and Brazil, focusing on their main characteristics, structures and variations and stressing their major contributions to biodiversity protection.

Keywords: Biodiversity, protected areas, related Mega diverse Countries, Brazil, SNUC, Costa Rica, SINAC.

Sumário:

Considerações Iniciais;

1. Proteção da biodiversidade;

2. Áreas naturais protegidas;

3. O estabelecimento de sistemas de áreas naturais protegidas: as experiências da Costa Rica e do Brasil;

3.1 Costa Rica;

3.1.1 O Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC);

3.1.1.1 Áreas Silvestres Protegidas;

3.2 Brasil;

3.2.1 As áreas protegidas no ordenamento jurídico brasileiro;

3.2.2 Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC);

4. Reflexões no âmbito da proteção da biodiversidade;

Considerações Finais;

Referências.

Considerações Iniciais

No contexto dos riscos incertos da atividade humana sobre o meio ambiente, das grandes queimadas, dos desmatamentos e da exploração predatória dos recursos naturais, a biodiversidade, em todos os seus níveis, encontra-se ameaçada. Para a sua proteção são desenvolvidas diversas alternativas, dentre as quais se encontra o mecanismo das áreas protegidas.

Dessa maneira, o presente artigo se propõe a analisar brevemente os sistemas de proteção de áreas naturais da Costa Rica e do Brasil, enaltecendo suas principais características, estruturas e divergências. Questionado, assim, quais suas principais contribuições para a biodiversidade.

Para isso, apresenta-se a questão em três momentos. Primeiramente, procura-se enquadrar as áreas protegidas na perspectiva da proteção da biodiversidade, ressaltando-se as importantes articulações em âmbito internacional das últimas décadas referentes ao tema. Em um segundo momento, procura-se expor os principais aspectos dos sistemas de proteção de áreas naturais da Costa Rica e do Brasil. Por fim, destacam-se suas principais qualidades, divergências e implicações na proteção da biodiversidade.

1 Proteção da biodiversidade

De acordo com a *Convenção Sobre Diversidade Biológica* (CDB), a biodiversidade pode ser definida como

A variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas (BRASIL, 1998).

É possível destacar três níveis, ou dimensões, da diversidade biológica, igualmente e essenciais para a espécie humana e “[...] necessários para a sobrevivência contínua das espécies e das comunidades naturais” (PRIMACK; RODRIGUES, 2001, p. 10). Trata-se, assim, da diversidade

genética², das espécies³ e dos ecossistemas e comunidades⁴ (PRIMACK; RODRIGUES, 2001, p. 10 - 25).

Esta percepção pluridimensional da biodiversidade evidencia a dependência humana da natureza. Dessa maneira, é possível afirmar que a necessidade de manutenção dos ecossistemas e dos serviços ecológicos essenciais, bem como a ampla rede de interações entre os seres vivos mostram claramente “que a perda da biodiversidade é um problema em si mesmo, já que todas as possibilidades futuras de bem estar humano dependem [...] da conservação deste patrimônio natural” (FREITAS, 2012, p. 8).

Há várias estratégias para a proteção da biodiversidade, dentre as quais se destaca a figura das *áreas protegidas*. Assim, com o intuito de contextualizar essa alternativa, torna-se necessário abordar algumas articulações em âmbito internacional das últimas décadas, que contribuíram para o desenvolvimento da questão.

Em 1992, foi realizada a *Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente*. Este encontro ficou conhecido como Cúpula da Terra, e chamou a atenção para a dimensão global dos perigos que ameaçam a vida no Planeta (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1995, p.7). Nesta ocasião foram assinados a Declaração do Rio⁵, a Agenda 21⁶, e a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB).

² A diversidade genética dentro de uma espécie pode ser compreendida como a variabilidade entre seus indivíduos (FREITAS, 2012, p. 3), indispensável para a manutenção da sua vitalidade reprodutiva, resistência a doenças e capacidade de adaptação (PRIMACK; RODRIGUES, 2001, p. 11).

³ Já a diversidade de espécies, indispensável para a manutenção dos serviços ecossistêmicos (FREITAS, 2012, p. 3), trata do alcance das adaptações das espécies em certos ambientes, fornecendo “recursos e alternativas de recursos às pessoas” (PRIMACK; RODRIGUES, 2001, p. 11).

⁴ Por fim, a “diversidade em nível de comunidade representa a resposta coletiva das espécies às diferentes condições ambientais” (PRIMACK; RODRIGUES, 2001, p. 11).

⁵ A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, relacionada à questão da sustentabilidade, estabelece que a proteção ambiental deve constituir parte integrante e indissociável do processo de desenvolvimento. Da mesma maneira, reforça as ideias de conservação e proteção dos ecossistemas terrestre e à adoção de legislações ambientais eficazes (ONU, 1992).

⁶ Por meio da Agenda 21, a comunidade das Nações Unidas buscou traçar metas para as próximas décadas, identificando os problemas ambientais

A CDB, adotada pelo Brasil e Pela Costa Rica, estipulou uma série de deveres no âmbito da biodiversidade a serem cumpridos pelos países signatários, dentre os quais se destacam o desenvolvimento de diretrizes para o estabelecimento, administração e seleção de áreas protegidas; a promoção de medidas educativas e de conscientização pública; e a recuperação e restauração de ecossistemas degradados (BRASIL, 1998). Da mesma maneira, estabeleceu em seu art. 8º que cada parte deve:

- a) Estabelecer um sistema de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica; [...]
- d) Promover a proteção de ecossistemas, habitats naturais e manutenção de populações viáveis de espécies em seu meio natural; [...]
- j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; [...]
- k) Elaborar ou manter em vigor a legislação necessária e/ou outras disposições regulamentares para a proteção de espécies e populações ameaçadas [...] (BRASIL, 1998).

Ainda, estabeleceu alguns princípios básicos tais como a consideração do valor intrínseco da biodiversidade e o dever dos Estados de conservar sua biodiversidade e de utilizar sustentavelmente seus recursos biológicos (AZEVEDO, 2005, p. 2).

Após a CDB, até o ano de 2000, várias convenções globais diretamente relevantes para a matéria de áreas protegidas foram adotadas e implementadas. Destacam-se, assim, a *Convention on Wetlands of International Importance especially as Waterfowl Habitat* (1971); a

prioritários e meio para enfrentá-los (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1995, p. 7).

Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (1972); *Convenção sobre Espécies Migratórias da Animais Selvagens* (1979); *Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar* (1982); *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima* (1992); e a *Convenção das Nações Unidas de Combate à Desertificação* (1994). (LAUSCHE, 2011, p. 3, tradução minha).

Nesse mesmo sentido, em 2002, representantes do Brasil, da Costa Rica e de mais dez países se reuniram em Cancun, no México, e criaram o Grupo dos Países⁷ *Megadiversos Afins*. Conforme Azevedo (2005, p. 4) o “termo “afins” justifica-se pelo fato de este grupo reunir não só os países ricos em biodiversidade, mas que também guardem afinidade quanto aos interesses sociais, econômicos, políticos e culturais”.

Já em 2010, as partes da CDB adotaram o *Plano Estratégico para a Biodiversidade 2011-2020*, cujo objetivo estratégico C trata da conservação de 17% das áreas continentais e 10% das costas e áreas marinhas do mundo, por meio de sistemas de áreas protegidas representativos, conectados e bem administrados; e outras medidas efetivas de conservação (ONU, 2010).

Ainda no que concerne às articulações de âmbito internacional em prol da biodiversidade, deve-se enaltecer que, em 2012, foi adotado o *IUCN Programme 2013-2016* durante o Congresso Mundial de Conservação realizado pela União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN)⁸.

Este programa procura integrar o trabalho das comunidades engajadas na conservação da biodiversidade e no desenvolvimento sustentável (IUCN, 2012, p. 3, tradução minha); bem como assegurar o uso das áreas terrestres e marinhas do planeta de modo a conservar a natureza e garantir a sustentabilidade, por meio de mecanismos como uma rede de áreas protegidas que compreenda as os espaços biodiversos mais importantes do mundo (IUCN, 2012, p. 5, tradução minha).

⁷ China, Colômbia, Equador, Índia, Indonésia, Quênia, México, Peru, África do Sul e Venezuela.

⁸ A IUCN é uma organização ambiental global, fundada em 1948, que conta atualmente com mais de 1.200 organizações membros em 160 países (IUCN, 2013).

Enfim, em meio a essas articulações, que enaltecem a importância que a proteção da biodiversidade adquiriu nos últimos anos e propõem diversos mecanismos para a sua proteção, a figura das áreas naturais protegidas surge como uma ferramenta indispensável.

2 Áreas naturais protegidas

As áreas naturais protegidas são essenciais à conservação da biodiversidade e da natureza, uma vez que possibilitam a manutenção dos serviços ecossistêmicos básicos e das funções ambientais essenciais (LAUSCHE, 2011, p. 1). A expressão *espaços protegidos* compreende a *preservação*, modalidade que visa à proteção integral da vida, e a *conservação*, modalidade mais flexível de proteção da natureza, que prevê a imposição de requisitos para exploração dos recursos (BENJAMIN, 2001, p. 5).

No âmbito da CDB (1992), são denominadas áreas protegidas àquelas, definidas geograficamente, destinadas e administradas para o fim de conservação (BRASIL, 1998).

Considera-se a criação do *Yellowstone National Park*⁹, nos Estados Unidos, o marco moderno da proteção de áreas naturais (MILANO, 2001, p. 4). A partir de então, a estratégia do estabelecimento de espaços protegidos evoluiu conceitualmente e se difundiu entre os países, encontrando-se incorporada hoje, conforme Benjamin (2001, p. 4), em grande parte de suas legislações.

Entretanto, deve-se ter em mente que as condições de existência e características das áreas naturais protegidas variam em cada país, de acordo com suas características específicas, sejam elas culturais, políticas, econômicas ou sociais. Alguns países da América Latina e o Brasil, ricos em biodiversidade, possuem um modelo próprio de proteção dos

⁹ O *Yellowstone National Park*, localizado nos estados norte-americanos de Idaho, Montana e Wyoming, foi o primeiro parque nacional estabelecido no mundo. Criou, assim, uma nova maneira de proteção e preservação do ambiente para as futuras gerações (NATIONAL PARK SERVICE, 2013), que se difundiu para outros países, os quais iniciaram a criação de Parques e outras espécies de áreas protegidas. Dentre eles, destacam-se o Canadá [1885] e a Nova Zelândia [1894] (MILANO, 2001, p. 7).

recursos naturais que se baseia em *unidades de conservação* (MILANO, 2001, p. 4).

Dessa maneira, destaca-se que, com a crescente preocupação com a proteção da natureza, o conceito de áreas protegidas transcendeu a ideia original de área *silvestre*, e passou a compreender outros objetivos, tais como a preservação do patrimônio histórico e cênico, a proteção dos recursos hídricos, o desenvolvimento de pesquisas científicas, preservação dos recursos genéticos e, recentemente, a conservação *in situ*¹⁰ da biodiversidade (MILANO, 2001, p. 9).

Esta pluralidade de objetivos ocasionou a necessidade de criação de distintas categorias de manejo, bem como de conjuntos ordenados de unidades de conservação de diferentes categorias, com o intuito de alcançar as metas nacionais de conservação de cada país, tendo em vista suas especificidades. Cria-se assim a necessidade de uma *sistematização dessas áreas* (MILANO, 2001, p. 9).

Nessa linha, o Brasil e a Costa Rica, países megadiversos afins, possuem panoramas diversos para a proteção da biodiversidade, com categorias de manejo, estratégias e sistemas diferentes, que serão tratados na sequência.

3 O estabelecimento de sistemas de áreas naturais protegidas: as experiências do Costa Rica e do Brasil.

3.1 Costa Rica

A ideia da modalidade de áreas de conservação, como um instrumento para facilitar administração das áreas silvestres e a proteção da biodiversidade, ganhou destaque no país em 1989, com um esforço para integrar as áreas silvestres protegidas em um sistema nacional de unidades de conservação. Seis anos depois, ocorreu a fusão entre o Serviço de Parques Nacionais, a Direção Geral Florestal e a Direção Geral

¹⁰ De acordo com a CDB, conservação *in situ* “significa a conservação de ecossistemas e habitats naturais e a manutenção e recuperação de populações viáveis de espécies em seus meios naturais e, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios onde tenham desenvolvido suas propriedades e características” (BRASIL, 1998).

da Vida Silvestre, instituições que possuem sob sua responsabilidade a administração e tutela do meio ambiente, possibilitando, mais tarde, a criação do *Sistema Nacional de Áreas de Conservação* (SINAC) em 1998 (IUCN; MINAE, 2005, p. 6).

É necessário ressaltar que o direito de todos a um meio ambiente sadio ecologicamente equilibrado somente foi incluído na Constituição Política da República da Costa Rica em 1994, em seu art. 50, que passou a estabelecer a competência do Estado para garanti-lo, defendê-lo e preservá-lo (COSTA RICA, 1949).

Já em 4 de outubro de 1995, foi promulgada a *Ley Orgánica Del Ambiente* n° 7.554 com o intuito de proporcionar instrumentos, ao Estado e à sociedade, para a busca de um meio ambiente sadio ecologicamente equilibrado (COSTA RICA, 1995).

Em seu art. 46 estipula a soberania estatal sobre a diversidade biológica, parte integrante do patrimônio natural do Estado. Define, assim, as atividades destinadas à conservação, melhoramento, recuperação e uso sustentável da diversidade biológica do território nacional como de interesse público (COSTA RICA, 1995).

Da mesma maneira, este documento estabelece a criação de novas estruturas voltadas à proteção ambiental, tais como os *Conselhos Regionais Ambientais*, máximas instâncias regionais descentralizadas, com a participação da sociedade civil¹¹, voltadas para a análise, debate e controle das atividades, programas e projetos em matéria ambiental; o Conselho Nacional Ambiental, órgão consultivo e deliberativo, com a atribuição de assessorar o Presidente da República; a *Secretaria Técnica Nacional Ambiental*, responsável pela aprovação das atividades, obras e projetos que envolvam atividades humanas degradadoras do meio ambiente, ou geradoras de resíduos perigosos, por meio da realização de estudos de impacto ambiental; e o Fundo Nacional Ambiental,

¹¹ Na Costa Rica não há uma política uniforme que permita definir claramente os alcances das diferentes modalidades de participação cidadã na gestão ambiental. A participação nos Conselhos Regionais e Locais enquadra-se no grupo daquelas contempladas pelo ordenamento jurídico, conhecida como modalidade formal. Deve-se ressaltar também que há modalidades informais de participação como, por exemplo, o Manejo Comunitário de Bosques (IUCN; MINAE, 2005, p. 20, tradução minha).

direcionado ao financiamento dos seus objetivos e dos programas da Secretaria Técnica Nacional Ambiental (COSTA RICA, 1995).

Três anos depois desta Lei, em 1998, foi promulgada a *Ley de Biodiversidad* nº 7.788 que instituiu o SINAC e estipulou a criação de Áreas de Conservação. Na perspectiva do ordenamento jurídico costarricense, as Áreas de Conservação são unidades territoriais, submetidas à jurisdição do *Ministerio de Ambiente y Energía* (MINAE)¹², e dizem respeito às áreas com alto grau de fragilidade, às áreas privadas de exploração econômica e às silvestres protegidas (COSTA RICA, 1998).

De acordo com a *Ley de Biodiversidad* (COSTA RICA, 1998),

Cada área de conservación es una unidad territorial del país, delimitada administrativamente, regida por una misma estrategia de desarrollo y administración, debidamente coordinada con el resto del sector público. En cada uno se interrelacionan actividades tanto privadas como estatales en materia de conservación sin menoscabo de las áreas protegidas¹³.

Deve-se enaltecer que esta definição de Áreas de Conservação exclui os territórios indígenas das categorias de áreas protegidas (MENA, 2000, p. 18).

¹² O Ministério de Ambiente e Energia (MINAE) se encontra em constante evolução, em decorrência do destaque adquirido pela área ambiental no plano de desenvolvimento da Costa Rica nos últimos anos. Seus contornos se delinearão em 1888, com a fundação do Serviço Meteorológico Nacional, e em 1980, com a criação do Ministério de Energia e Minas (MEM). Em 1988, após várias mudanças no Ministério, este passou a se denominar Ministério de Recursos Naturais, Energias e Minas (MIRENEM), adquirindo a competência em matéria de áreas silvestres protegidas. Já em 2013, após uma nova reestruturação, foi denominado Ministério de Ambiente e Energia (MINAE, 2013).

¹³ Minha livre tradução: “cada área de conservação é uma unidade territorial do país, delimitada administrativamente, regida por uma mesma estratégia de desenvolvimento e administração, devidamente coordenada com o resto do setor público. Em cada uma se interrelacionam atividades privadas e estatais em matéria de conservação, sem prejuízo das áreas protegidas”.

Cada uma dessas áreas, dentro de sua demarcação geográfica, deverá aplicar a legislação vigente em matéria de recursos naturais¹⁴, bem como executar as políticas, estratégias e programas aprovados pelo Conselho Nacional de Áreas de Conservação (COSTA RICA, 1998, tradução minha).

O SINAC, em sua totalidade, é dividido em onze áreas de conservação, nas quais se interrelacionam atividades estatais (SINAC, 2013).

3.1.1 O Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC)

A administração da biodiversidade, bem como das Áreas de Conservação na Costa Rica é de competência do SINAC, responsável pela conservação e promoção sustentável da biodiversidade no país, (INBIO, 2013, tradução minha), e da *Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad*¹⁵, integrantes do MINAE.

O SINAC, sistema de gestão e coordenação institucional, foi criado somente em 1998, pelo art. 22 da *Ley de Biodiversidad* n° 7.78. Possui personalidade jurídica própria, constituindo um sistema de gestão e coordenação institucional que atua de maneira descentralizada e participativa (SINAC, 2013), com o intuito de alcançar a sustentabilidade ecológica, social e econômica do manejo dos recursos naturais da Costa Rica (IUCN; MINAE, 2005, p. 6, tradução minha).

É formado pelo *Conselho Nacional de áreas de Conservación*, com funções diversas, dentre as quais se destacam a definição das estratégias e políticas voltadas à consolidação do sistema, a supervisão e fiscalização da gestão técnica e administrativa das Áreas de Conservação, a coordenação da estratégia nacional para a conservação e uso sustentável da biodiversidade e a realização de recomendações para a criação de

¹⁴ Tais como a *Ley de Conservación de la Vida Silvestre*, n° 7317; a *Ley Forestal*, n° 7575; a *Ley Orgánica del Ambiente*, n° 7554; e a *Ley de Creación de Servicio de Parques Nacionales*, n° 6084 (COSTA RICA, 1998).

¹⁵ A *Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad*, órgão descentralizado do MINAE, possui diversas atribuições, tais como a formulação de políticas nacionais referentes à conservação, uso sustentável e restauração da biodiversidade; o estabelecimento da estratégia nacional de biodiversidade; e a prestação de assessoria aos outros órgãos do Poder Executivo, instituições e entes privados, na matéria de sua competência (COSTA RICA, 1998, tradução minha)

novas áreas protegidas; pela *Secretaria Executiva*; pelas *estruturas administrativas das Áreas de Conservação*, ou seja, o Conselho Regional, a Direção Regional¹⁶, o comitê técnico-científico¹⁷ e o órgão de administração financeira de cada Área de Conservação; pelos *Conselhos Regionais das áreas de Conservação*, responsáveis pela administração das Áreas de Conservação em nível regional; e pelos conselhos locais, os quais são estabelecidos em algumas Áreas, em virtude de sua complexidade (COSTA RICA, 1998).

Os *Conselhos Regionais* são compostos por, no mínimo, cinco membros dos diversos setores presentes na Área, tais como organizações não governamentais e instituições públicas (COSTA RICA, 1998). Dentre suas funções, estabelecidas pelo art. 30 da Lei nº 7.788, destacam-se a definição de assuntos específicos para o manejo das suas áreas protegidas, que devem ser aprovados pelo Conselho Nacional; o fomento da participação desses diversos setores nos debates e na busca de soluções para os problemas regionais relacionados com os recursos naturais e o ambiente; e a elaboração de recomendações ao Conselho Nacional, sobre a modificação ou troca de categoria de suas áreas silvestres protegidas (COSTA RICA, 1998, tradução minha).

O SINAC, assim estruturado, possui a competência em matéria de florestas, vida silvestre, proteção das águas, e áreas silvestres protegidas (SINAC, 2013).

3.1.1.1 Áreas Silvestres Protegidas

A instituição de áreas silvestres protegidas (ASP) na Costa Rica teve início em 1945, com criação de um parque nacional ao sul da província de Cartago. Antes desse período, as iniciativas de proteção dos recursos naturais correspondiam a experiências de pequena abrangência (IUCN; MINAE, 2005, p. 5).

¹⁶ Cada Área de Conservação deverá contar com um Diretor, encarregado de aplicar as leis nacionais e regionais, implementar as políticas nacionais e executar as diretrizes do Conselho Regional de sua Área de Conservação e as do MINAE (COSTA RICA, 1998, tradução minha).

¹⁷ Este comitê técnico-científico, cujos membros são indicados pelo Diretor, deverá assessorar o Conselho Regional e o Diretor nas questões relacionadas aos aspectos técnicos do manejo da área (COSTA RICA, 1998).

Na sequência, em 1955, foi instituída a Lei nº 1917, a qual elevou à categoria de parque nacional as áreas compreendidas em um raio de dois quilômetros ao redor das crateras vulcânicas (IUCN; MINAE, 2005, p. 5) e, em 1969, foi promulgada a *Ley Forestal*¹⁸ nº 4.465 com o intuito de promover a proteção, conservação, industrialização e administração dos recursos naturais do país, bem como a geração de emprego e melhoria da qualidade de vida da população. Este documento também definiu os termos reserva florestal, zona protetora, parque nacional, refúgio nacional da vida silvestre e reserva biológica, caracterizando estas áreas como patrimônio florestal do Estado (COSTA RICA, 1969).

Já em 1977, com a promulgação da Ley del Servicio de Parques Nacionales nº6.084, foi criado o Serviço de Parques Nacionais (SPN), que fortaleceu a criação e consolidação de mais áreas silvestres protegidas (IUCN, MINAE, 2005, p. 6).

De acordo com o art. 58 da Ley de Biodiversidad (COSTA RICA, 1998), as áreas silvestres protegidas son zonas geográficas delimitadas, constituídas por terrenos, humedales y porciones de mar. Han sido declaradas como tales por representar significado especial por sus ecosistemas, la existencia de especies amenazadas, la repercusión en la reproducción y otras necesidades y por su significado histórico y cultural. Estas áreas estarán dedicadas a conservación y proteger la biodiversidad, el suelo, el recurso hídrico, los recursos culturales y los servicios de los ecosistemas en general¹⁹.

¹⁸ Posteriormente revogada pela *Ley Forestal* nº 7.575.

¹⁹ Minha livre tradução: “áreas silvestres protegidas são áreas geográficas delimitadas, constituídas por terrenos, *humedales* e porções de mar. São declaradas como tal por representarem um significado especial para seus ecosistemas, pela existência de espécies ameaçadas, sua repercussão na reprodução e outras necessidades, e por seu significado histórico e cultural. Estas áreas estarão dedicadas à conservação e proteção da biodiversidade, do solo, dos recursos hídricos, dos recursos culturais e dos serviços dos ecosistemas em geral”.

Destaca-se que podem ser estatais, municipais, mistas ou de propriedade privada [art. 60] e devem receber atenção prioritária do Estado, para sua proteção e consolidação [art. 61] (COSTA RICA, 1998). Assim, todos os entes públicos devem incentivar sua criação e apoiar sua gestão (COSTA RICA, 1998, tradução minha).

Dentre seus objetivos, destacam-se a proteção da diversidade genética das espécies silvestres, o uso sustentável dos ecossistemas e seus componentes, e a conservação dos ambientes naturais das diversas regiões do país (COSTA RICA, 1995).

No que concerne à classificação das Áreas Silvestres Protegidas, as principais categorias de manejo são estabelecidas pela *Lei Orgánica del Ambiente*, a qual as divide em reservas florestais, zonas protetoras, parques nacionais, reservas biológicas, refúgios nacionais da vida silvestre, *humedales*²⁰ e monumentos naturais²¹ (COSTA RICA, 1995).

Para a criação de novas ASP alguns requisitos devem ser cumpridos, como a realização de estudos preliminares; a definição dos seus objetivos e a delimitação da área; a aquisição do financiamento mínimo para adquirir a área, protegê-la e manejá-la; a elaboração de planos; e a emissão da lei, ou decreto, de instituição da ASP (COSTA RICA, 1995, tradução minha).

Ressalta-se que a integridade territorial e os recursos da biodiversidade das ASP sofrem grandes ameaças diariamente, decorrentes do aumento populacional, da exploração mineira e petrolífera, da urbanização, dos incêndios florestais, da mudança climática e a ausência de instrumentos de gestão em longo prazo (IUCN; MINAE, 2005, p. 10 – 13).

²⁰ *Humedales* são definidos pela *Ley de Biodiversidad* como aqueles ecossistemas com dependência de regimes aquáticos, incluindo as extensões marinhas até o limite dos recifes de coral ou, em sua ausência, seis metros de profundidade em maré baixa (COSTA RICA, 1995, tradução minha).

²¹ Já os monumentos naturais são áreas que contêm elementos naturais de importância nacional. Consistem em lugares ou objetos naturais que, por seu caráter único, sua beleza cênica ou valor científico, são incorporados a um regime de proteção (COSTA RICA, 1995, tradução minha).

3.2 Brasil

Já a tutela da natureza brasileira, por meio da introdução do modelo de áreas protegidas, é anterior ao surgimento do Direito Ambiental como disciplina autônoma. Ressalta-se assim que, em virtude dessa evolução histórica, as áreas protegidas brasileiras foram constantemente delimitadas e administradas de maneira desorganizada, resultando na frequente sobreposição de unidades e na ineficiência na consecução de seus objetivos (BENJAMIN, 2001, p. 4).

O primeiro passo formal para a proteção das áreas naturais brasileiras se deu com a instituição do Parque Nacional de Itatiaia, primeiro Parque Nacional do Brasil, em 14 de junho de 1937 por meio do Decreto nº 1.713 do presidente Getúlio Vargas (MMA, 2013).

Já no ano de 1940, o Brasil assinou a *Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América*, que foi promulgada apenas oito anos depois por Nereu Ramos, presidente do Senado na época. Essa convenção, com o intuito de evitar a extinção das espécies, bem como de “proteger e conservar as paisagens de grande beleza, as formações geológicas extraordinárias, as regiões e os objetos naturais de interesse estético ou valor histórico ou científico [...]” definiu os termos Parque Nacional, Reserva Nacional²², Monumento Natural e Reserva de Região Virgem e estabeleceu algumas diretrizes, tais como a proibição da livre caça de espécies da fauna nos parques nacionais (BRASIL, 1948).

Contudo, observa-se que apesar desses esforços, antes da década de 1960 a criação dessas áreas no Brasil não seguiu um planejamento amplo, resultando no seu estabelecimento de acordo com as vontades políticas (MERCADANTE, 2001, p. 190).

²² Conforme a Convenção se entende por Parques Nacionais as “regiões estabelecidas para a proteção e conservação das belezas cênicas naturais e da flora e fauna de importância nacional das quais o público pode aproveitar-se melhor ao serem postos sob a superintendência oficial” (BRASIL, 1948).

Em 1965, a Lei nº 4.771²³, que instituiu o Código Florestal²⁴, determinou [art. 5º] a criação pelo poder público de Parques Nacionais, Estaduais e Municipais; Reservas Biológicas; e Florestas Nacionais Estaduais e Municipais (BRASIL, 1965), positivando essas modalidades de áreas naturais protegidas no ordenamento jurídico brasileiro (THOMÉ, 2012, p. 389).

Já em 1981, com a instituição da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente²⁵ nº 6.938, foi criado o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), integrado pelos órgãos e entidades dos entes federados brasileiros e pelas fundações ambientais estabelecidas pelo Poder Público (BRASIL, 1981). Deve-se enaltecer que esta lei, de acordo com Sirvinskas (2011, p. 197) estabeleceu a “sistemática necessária para a aplicação da política ambiental” (SIRVINSKAS, 2011, p. 197), representando avanços significativos para a proteção do meio ambiente.

Entretanto, foi somente com a Constituição de 1988 que “a criação de espaços ambientalmente protegidos ganhou status constitucional, passando a constituir um dos principais instrumentos tanto da Política Nacional do Meio Ambiente quanto da implementação do direito constitucional ao meio ambiente equilibrado” (THOMÉ, 2012, p. 390).

Este documento representou um importante marco na consolidação da tutela jurídica do meio ambiente no Brasil. Como bem elucida Benjamin (2012, p. 110), a Carta Magna contemplou uma visão “holística e juridicamente autônoma do meio ambiente”, modificando consideravelmente seu tratamento jurídico.

²³ Revogada pela Lei nº 12.651 de 2012, que instituiu o Código Florestal brasileiro mais recente. Deve-se ressaltar que a Procuradoria-Geral da República ingressou com três ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), de nº 4.907, 4902 e 4903, questionando vários aspectos de seu conteúdo, tais como a possibilidade de redução e uso das áreas de preservação permanente e a redução da reserva legal.

²⁴ Esta lei revogou o Código Florestal de 1937, instituído pelo Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934. De acordo com Sirvinskas (2011, p. 515), apesar deste dispositivo não almejar a proteção integral do ecossistema, abriu o caminho para a criação de outros espaços protegidos importantes, tais como as florestas protetoras.

²⁵ Dentre os instrumentos dessa Política encontram-se a avaliação de impactos ambientais, o zoneamento ambiental e o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras (BRASIL, 1981).

Reconheceu a dimensão intergeracional e o valor intrínseco dos outros seres vivos e do equilíbrio ecológico (BENJAMIN, 2012, p. 155), concentrando os principais dispositivos para a proteção do meio ambiente em seu artigo 225²⁶ (BENJAMIN, 2012, p. 119), cujo §1º, inciso III, destaca como encargo do Poder Público a definição, em todas as unidades da Federação, de “*espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos*, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção” (BRASIL, 1988, grifo meu).

Ressalta-se, assim, que a competência para “definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos” no país enquadra-se, de acordo com a Lei Complementar nº140/11, entre as ações de cooperação entre a União, Estados Distrito Federal e Municípios. Assim, constitui parte das ações administrativas de cada ente federado, e deve ser exercida em regime de cooperação (BRASIL, 2011).

3.2.1 As áreas protegidas no ordenamento jurídico brasileiro

Tendo em vista a previsão constitucional do art. 225, referente aos espaços protegidos, é necessário salientar que há uma série de espaços, relevantes ao meio ambiente, que são protegidos pela legislação nacional. Encontram-se nessa perspectiva a Área de Preservação Permanente (APP), a *Reserva Legal, as Unidades de Conservação* (UC), entre outras.

A APP é regulamentada pelo Código Florestal, Lei nº12.651 de 2012, que a define [art. 3º] como a “área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas” (BRASIL, 2012).

²⁶ Conforme o art. 225, “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

Deve-se ressaltar que há duas categorias de APPs no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira diz respeito aos espaços territoriais expressamente definidos pelo Código Florestal²⁷ (FIGUEIREDO, 2012, p. 324), tais como as áreas de restinga, os manguezais e as encostas de morro (BRASIL, 2012). Já a segunda categoria se refere àquelas áreas que dependem de uma declaração emanada pelo poder público para ser caracterizada como APPs²⁸ (FIGUEIREDO, 2012, p. 334).

Da mesma maneira que a APP, a *Reserva Legal* também é regulamentada pela Lei nº 12.651/12. Pode ser definida como a [...] área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos

²⁷ Expressos no art. 4º da Lei nº 12.651/12. São eles: “I – as faixas marginais de qualquer curso d’água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular [...]; II – as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais [...]; III - as áreas no entorno dos reservatórios d’água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d’água naturais; IV – as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d’água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros; V - as encostas ou partes destas com declividade superior a 4º, equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive; VI – as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; VII – os manguezais, em toda a sua extensão; VIII – as bordas dos tabuleiros ou chapadas, até a linha de ruptura do relevo [...]; IX – no topo de morros, montes, montanhas e serras [...]; X – as áreas em altitude superior a 1.8000 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação; XI – em veredas, a faixa marginal [...] a partir do espaço permanentemente brejoso e encharcado” (BRASIL, 2012).

²⁸ De acordo com o art. 6º da Lei nº12.651/12, consideram-se, “ainda, de preservação permanente, quando declaradas de interesse social por ato do Chefe do Poder Executivo, as áreas cobertas com florestas ou outras formas de vegetação destinadas a uma ou mais das seguintes finalidades: I – conter a erosão do solo e mitigar riscos de enchentes e deslizamentos de terra e de rocha; II - proteger as restingas ou veredas; III- proteger várzeas; IV – abrigar exemplares da fauna ou da flora ameaçados de extinção; V – proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico, cultural ou histórico; VI – formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias; VII – assegurar condições de bem-estar público; VIII – auxiliar a defesa do território nacional, a critério das autoridades militares. [...] IX – proteger áreas úmidas, especialmente as de importância internacional” (BRASIL, 2012).

ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa (BRASIL, 2012).

É caracterizada como uma limitação ao direito de propriedade, em virtude da sua função socioambiental²⁹ (THOMÉ, 2012, p. 322). Conforme Machado (2012, p. 883), a Reserva Legal “tem sua razão de ser na virtude da prudência, que deve conduzir o Brasil a ter um estoque vegetal para conservar a biodiversidade”.

Destaca-se que essa modalidade de áreas protegidas admite a exploração econômica por meio do manejo sustentável dos recursos, desde que aprovado previamente pelo órgão competente do SISNAMA. Da mesma maneira, deve ser assegurada em todo imóvel rural (BRASIL, 2012), e seu percentual em cada propriedade varia em virtude da região geográfica³⁰ em que se localiza e da natureza da vegetação (THOMÉ, 2012, p. 323).

Ainda no âmbito dos espaços ambientalmente protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro se enquadram as UCs. Figueiredo (2012, p. 300), igualmente, enumera como áreas naturais protegidas os territórios indígenas, as terras remanescentes de quilombos e áreas tombadas em razão do seu valor ecológico.

As UCs são criadas por ato do Poder Público e reguladas pela Lei nº 9.985/00³¹. Toda “Unidade de Conservação é área especialmente protegida, mas a recíproca não é verdadeira pois a própria Constituição Federal [...] traz exemplos de biomas [como os enumerados] que recebem tutela especial [...] e, nem por isso, são na sua totalidade, Unidades de Conservação” (BENJAMIN, 2001, p. 6), Logo, é possível afirmar que *unidade de conservação é espécie do gênero espaço territorial especialmente protegido* (THOMÉ, 2012, p. 391).

²⁹ Igualmente, a APP também pode ser caracterizada como uma limitação ao direito de propriedade (THOMÉ, 2012, p. 322).

³⁰ O Brasil é composto por cinco regiões Geográficas: Nordeste, Norte, Sul, Centro-Oeste; e Sudeste.

³¹ Deve-se enaltecer, ainda, que há “espaços que as normas anteriores à Lei 9.985/00 definiam como espaços ambientalmente protegidos e que não foram abarcados pela lei do SNUC, tais como jardins botânicos e jardins zoológicos” (THOMÉ, 2012, p. 437).

A Lei nº 9.985/00 define [art. 2º] unidade de conservação como um espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção (BRASIL, 2000).

Assim, para uma área ser caracterizada como uma UC, espécie de espaço territorial protegido que se enquadra na perspectiva do art. 225, §1º, III, deve possuir características naturais relevantes; ser legalmente instituída, por meio de decreto do Chefe do Executivo ou de lei formal; possuir limites físicos definidos; e possuir um regime especial de proteção e administração (THOMÉ, 2012, p. 391).

De maneira geral, sua criação “deve ser precedida de estudos técnicos e de consulta pública que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade”³². Obedecidos estes critérios, depois da instituição da UC, deverá ser estabelecido um *Plano de Manejo* da unidade, que deverá abranger também sua zona de amortecimento e os corredores ecológicos (BRASIL, 2000).

No ano de 2007, de acordo com os dados do *Relatório Estatísticas do Meio Rural 2010 – 2011* (DIEESE; MMA, 2011, p. 51), as UCs no Brasil já ocupavam 99.850.454 hectares, o que correspondia a 11,7% da área continental brasileira.

As UCs se dividem em Unidades de Proteção Integral, as quais objetivam a preservação da natureza, admitindo somente o uso indireto dos recursos naturais; e as Unidades de Uso Sustentável, que “buscam compatibilizar a preservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais”³³ (BRASIL, 2000).

A categoria das Unidades de Proteção Integral é composta por cinco grupos de UC: Estação Ecológica, Reserva Biológica, Parque Nacional³⁴, Monumento Natural e Refúgio da Vida Silvestre (BRASIL, 2000).

³² A consulta pública é dispensada na criação de Estação Ecológica ou de Reserva Biológica (BRASIL, 2000).

³³ Em 2007, as Unidades de Uso Sustentável correspondiam a 58,3% do total de UCs, em contraposição às Unidades de Proteção Integral, que correspondiam a 41,7% (DIEESE; MMA, 2011, p. 52).

³⁴ A área ocupada pelos Parques Nacionais e Estaduais, em 2007, correspondia a 29% da área das UCs brasileiras (DIEESE; MMA, 2011, p. 51), representando a sua maior categoria em extensão de terra.

Já a classe das Unidades de Uso Sustentável se ramifica em sete grupos: Área de Proteção Ambiental (APA), Área de Relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento Sustentável e Reserva Particular do Patrimônio Natural (BRASIL, 2000).

É necessário se destacar que essas Unidades se diferenciam quanto o seu domínio. São de posse e domínio públicos³⁵ a *Estação Ecológica*, que só permite a visitação para fins educacionais; a *Reserva Biológica*, que também restringe as visitas, apenas permitindo aquelas com objetivo educacional; o *Parque Nacional*, cuja visitação está adstrita às normas do Plano de Manejo da Unidade, do órgão responsável por sua administração e do seu regulamento; a *Floresta Nacional*, que permite a permanência na unidade das populações tradicionais que a habitam e a visitação pública, de acordo com suas normas; e a *Reserva da Fauna*, que também permite a visitação, desde que esta seja compatível com o manejo da unidade (BRASIL, 2000).

Da mesma maneira, a *Reserva Extrativista e a Reserva de Desenvolvimento Sustentável* são de domínio público. Entretanto, seu uso é concedido às populações extrativistas tradicionais (BRASIL, 2000).

Já o *Monumento Natural* e o *Refúgio de Vida Silvestre*, podem ser constituídos por áreas particulares, desde que os objetivos da unidade sejam compatíveis com a utilização dos recursos do local pelos proprietários (BRASIL, 2000).

Por fim, a APA e a *Área de Relevante Interesse Ecológico* são constituídas por terras públicas ou privadas, na medida em que a *Reserva Particular do Patrimônio Natural* é constituída somente por áreas privadas.

Destaca-se também que essas categorias poderão ter um conselho consultivo ou deliberativo, que deverá ser presidido pelo chefe da UC (BRASIL, 2002). A representação da sociedade civil nesses conselhos, conforme o Decreto nº 4.340, deve contemplar, quando couber, a comunidade científica e organizações não-governamentais ambientalistas com atuação comprovada na região da unidade, população residente e do entorno, população tradicional, proprietários de imóveis no interior da unidade,

trabalhadores e setor privado atuantes na região e representantes dos Comitês de Bacia Hidrográfica (BRASIL, 2002).

As UCs, em sua totalidade, compõem o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, o SNUC.

3.2.2 Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC)

O Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), criado pela Lei nº 9.985/2000 é composto pelo conjunto das UCs da União, Estados, Municípios e Distrito Federal (THOMÉ, 2012, p. 391).

É gerido pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), órgão consultivo e deliberativo; pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA), órgão central de coordenação; e pelos órgãos executores³⁶ do SNUC, sendo eles o Instituto Chico Mendes, o IBAMA de maneira complementar, e os órgãos estaduais e municipais (BRASIL, 2000).

Dentre seus objetivos, destacam-se a manutenção da diversidade biológica no território nacional; a proteção das espécies ameaçadas de extinção; a preservação e restauração da diversidade dos ecossistemas; a recuperação e restauração de ecossistemas degradados; e a valorização econômica e social da diversidade biológica (BRASIL, 2000).

4 Reflexões no âmbito da proteção da biodiversidade

As principais estratégias de proteção da biodiversidade na América Latina e no Brasil são concentradas em técnicas de conservação dos ecossistemas e habitats naturais e de manutenção e recuperação de populações em seus meios naturais, por meio de unidades de conservação. Assim, os propósitos de conservação, que permeiam o estabelecimento de categorias de manejo e a formulação de sistemas de unidades de conservação, sempre almejam assegurar a manutenção da biodiversidade (MILANO, 2001, p. 21).

³⁵ As áreas particulares incluídas nos seus limites devem ser desapropriadas.

³⁶ Os órgãos executores são responsáveis pela implementação do SNUC, pela administração das UCs, em suas respectivas esferas de atuação, e pelo auxílio às propostas de criação de novas UCs (BRASIL, 2000).

É necessário ter em mente, contudo, que a legislação e a aquisição de terras não asseguram, por si só, a proteção dos habitats, apesar de representarem um relevante ponto de partida (PRIMACK; RODRIGUES, 2001, p. 200), e precisam vir acompanhadas de uma intensiva fiscalização e do manejo integrado dessas áreas.

Os dois países em estudo possuem características naturais diversas entre si. A área total da Costa Rica corresponde a, aproximadamente, 0,6 % do território brasileiro. Em seu espaço físico, de acordo com os dados da CDB (CDB, 2013b), foram identificadas mais de 87.000 espécies, correspondentes a 6,2 % das espécies conhecidas no mundo, um percentual relevante em virtude das dimensões do país.

Já o Brasil, país de dimensões continentais, encontra-se classificado entre os 17 países com a maior biodiversidade do mundo, contando com 70% das espécies conhecidas em seu território (CDB, 2013a).

Assim, observando-se essas diversidades bem como o desenvolvimento social, econômico e cultural distinto nos dois países, é possível destacar que os seus sistemas de proteção de áreas naturais possuem diferenças estruturais desde a sua criação.

A alternativa desenvolvida pela Costa Rica, de um sistema de gestão institucional de Áreas de Conservação baseado no SINAC, que compreende as mais variadas categorias de manejo, destaca-se ao proporcionar o gerenciamento dessas áreas em nível nacional, regional e local, de maneira integrada e adaptada às realidades das comunidades. O sistema e as políticas de governo assim configuradas possibilitaram, conforme os dados da CDB (CDB 2013b), a diminuição da taxa de desmatamento de 43.000 hectares em 1983 para 5.000 hectares nos últimos cinco anos.

Já o ordenamento jurídico brasileiro estipula diversas espécies de áreas protegidas, dentre as quais se destaca a figura das UCs, que integram o SNUC, o qual carece de mecanismos mais efetivos de fiscalização e acompanhamento dessas unidades. Entretanto, deve-se ressaltar que em virtude da dimensão do país e das disparidades entre suas regiões, surge a dificuldade da implementação de um modelo descentralizado uniforme, como o da Costa Rica.

Enfim, é necessário enaltecer que os dois países demonstraram efetivos avanços na tutela da biodiversidade nos últimos anos, com a adequação de parte de suas legislações e a implementação de sistemas de áreas protegidas. Contudo, para que o objetivo de proteção da diversidade biológica seja alcançado, esforços devem ser direcionados para a integração dessas áreas com as comunidades locais, para a valorização dos conhecimentos tradicionais e para a fiscalização e cuidado dessas áreas protegidas.

Considerações Finais

Embasando-se nos aspectos que permeiam a busca pela proteção da biodiversidade, é possível observar que as áreas naturais protegidas constituem um importante mecanismo na consecução deste objetivo.

Algumas articulações em âmbito internacional, com destaque à *Cúpula da Terra* (1992), à *Convenção Sobre Diversidade Biológica* (CDB) e à formação do *Grupo dos Países Megadiversos Afins*, enalteceram a urgência das questões referentes à perda da diversidade biológica, ao desmatamento e às práticas insustentáveis humanas, destacando a pertinência do estabelecimento de sistemas de áreas protegidas e de outros mecanismos de proteção desses espaços, como uma estratégia para a proteção da biodiversidade.

É preciso ter em mente, contudo, que cada país possui características culturais, naturais, econômicas e sociais muito específicas, e carece de um modelo de áreas naturais protegidas pertinente à sua realidade.

Nessa perspectiva, a Costa Rica e o Brasil, Países Megadiversos Afins, contam com sistemas interessantes de proteção de suas áreas naturais. A Costa Rica adota um modelo integrado de gestão das áreas protegidas, o qual conta com onze grandes áreas de conservação que compreendem todo seu território, bem delimitadas geograficamente, regidas cada por seu plano específico de desenvolvimento.

Já o Brasil, divide as suas áreas protegidas em uma série de categorias, regidas por diplomas legais específicos, sendo seu sistema de UCs responsável pela gestão de uma dessas espécies.

Enfim, com base nessas reflexões é possível observar que, em ambos os países, as áreas protegidas somente conseguirão alcançar seu objetivo de proteção da biodiversidade com a máxima eficiência, se efetivamente desenvolvidas de maneira coordenada e integrada, em sintonia com as comunidades da região. Torna-se necessário, assim, uma constante readequação e reavaliação desses sistemas, a fim de que possam acompanhar as mudanças naturais globais e a evolução do direito ambiental.

Referências

- AZEVEDO, Cristina M. A.. A convenção sobre diversidade biológica no Brasil. **Revista dos Tribunais Online**: Revista de Direito Ambiental, v. 37, p. 1 – p. 22, jan. 2005.
- BENJAMIN, Antônio Herman. O regime brasileiro de unidades de conservação. **Revista dos Tribunais Online**: Revista de Direito Ambiental, v. 21, p. 1 – p. 22, jan. 2001.
- _____. Constitucionalização do ambiente e ecológica da constituição brasileira. In: CANOTILHO, Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 83 – p. 156.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. Decreto nº 3, de 13 de fevereiro de 1948. Aprova a Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Ciências Naturais dos Países da América de 1940. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=283>>. Acesso em: 10 mar. 2013.
- _____. Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm>. Acesso em: 22 fev. 2013.
- _____. Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002. Regulamenta artigos da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4340.htm>. Acesso em: 06 mar. 2013.
- _____. **Lei nº 140, de 8 de dezembro de 2011**. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao

combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em: 04 mar. 2013.

_____. **Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965.** Institui o novo Código Florestal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4771.htm>. Acesso em: 01 mar. 2013.

_____. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 03 mar. 2013.

_____. **Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000.** Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III, VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm>. Acesso em: 10 jan. 2013

_____. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012.** Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>. Acesso em: 01 mar. 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Agenda 21.** Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1995. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>>. Acesso em: 02 Jan. 2012.

CDB. **Brazil – Main Details.** Disponível em: <<http://www.cbd.int/countries/profile/?country=br#status>>. Acesso em: 11 mar. 2013a.

_____. **Costa Rica – Main Details.** Disponível em: <<http://www.cbd.int/countries/profile/?country=cr#status>>. Acesso em: 11 mar. 2013b.

COSTA RICA. Constituição (1949). **Constitución Política de la República de Costa Rica**. Disponível em: <http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Documentos%20compartidos/Constituci%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica%20de%20Costa%20Rica.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2013.

_____. Lei nº 4.465, de 1969. **Ley Forestal**. Disponível em: <<http://www.mag.go.cr/legislacion/1969/ley-4465.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

_____. Lei nº 7.554, de 4 de outubro de 1995. **Ley Orgánica del Ambiente**. Disponível em: <<https://www.sinac.go.cr/normativa/Leyes/Ley%20Org%C3%A1nica%20del%20Ambiente%20N%C2%BA%207554.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

_____. Lei nº 7.788, de 30 de abril de 1998. **Ley de Biodiversidad**. Disponível em: <<https://www.sinac.go.cr/normativa/Leyes/Ley%20de%20Biodiversidad%20N%C2%BA%207788.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

DIEESE; MMA. **Estatísticas do meio rural 2010-2011**. 4. Ed. São Paulo: DIEESE; NEAD;MDA, 2011. 292 p. Disponível em: <http://www.fbes.org.br/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=1591&Itemid=216>. Acesso em: 01 mar. 2013.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de direito ambiental**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 541 p.

FREITAS, Marcio Luiz Coelho De. O valor da biodiversidade. **Revista dos Tribunais Online**: Revista de Direito Ambiental, v. 68, p. 1 – p. 16, out. 2012.

INBIO. **Biodiversidad**. Disponível em: < <http://www.inbio.ac.cr/conservacion.html> >. Acesso em: 20 fev. 2013.

IUCN. **Donnors & Partners**. Disponível em: <<http://www.iucn.org/about/union/donnors/>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

_____. **The IUCN Programme 2013-2016**. Gland, 2012. Relatório. 26 p. Disponível em: <<http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/WCC-5th-003.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

- IUCN; MINAE. **Estado de la gestión compartida de áreas protegidas en Costa Rica**: resumen. San José, Costa Rica: IUCN, 2005. 40p. Disponível em: <<http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/2006-010.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2013.
- LAUSCHE, Barbara. **Guidelines for Protected Areas Legislation**. Gland, Suíça: IUCN, 2011. 370 p. Disponível em: < <http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/EPLP-081.pdf> >. Acesso em: 28 fev. 2013.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 20 ed. rev. atu. amp. São Paulo: Malheiros, 2012. 1280 p.
- MERCADANTE, Maurício. Uma década de debate e negociação: a história da elaboração da lei do SNUC. In: In: VIO, Antonio Pereira de Avila. et al. **Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 190 – 247.
- MILANO, Miguel Serediuk. Unidades de conservação: Técnica, lei e ética para a conservação da biodiversidade. In: VIO, Antonio Pereira de Avila. et al. **Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 3 – 42.
- MINAE. **Historia**. Disponível em: <<http://www.minae.go.cr/index.php/2012-06-08-20-19-22/quienes-somos> >. Acesso em: 20 fev. 2013.
- MMA. **Parque Nacional do Itatiaia**. Disponível em: <<http://www.icmbio.gov.br/parnaitatiaia/quem-somos.html>>. Acesso em: 28 fev. 2013.
- NATIONAL PARK SERVICE. History & Culture. Acesso em: <<http://www.nps.gov/yell/index.htm>>. Disponível em: 01 mar. 2013.
- ONU. **Strategic Plan for Biodiversity 2011 – 2020**. Disponível em: <<https://www.cbd.int/decision/cop/?id=12268>>. Acesso em: 10 mar. 2013.
- _____. **Rio Declaration on Environment and Development**. 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/Rio-Declaration.pdf>>. Acesso em: 13 Out. 2012.
- PRIMACK, Richard B.; RODRIGUES, Efraim. **Biologia da Conservação**. Londrina: Planta, 2001. 328 p. (PRIMACK; Rodrigues, 2001, p.

SINAC. Sistema Nacional de Áreas de Conservación. Disponible em:
<<https://www.sinac.go.cr/conozcanos/Paginas/default.aspx>>.
Acesso em: 22 fev. 2013.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. Salvador: JusPODIVM,
2012. 896 p.

VARGAS, Emilio. **Educación ambiental y educación indígena en Costa Rica**. 1 ed. San Jose: Impresión Gráfica del Este, 2000. 40 p.
Disponible em: <<http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/2000-099.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2013.

POSESIÓN Y TENENCIA EN EL NUEVO PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Dr. Francisco Chacón Bravo *
Profesor Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

(Recibido 04/02/13 • Aceptado 11/11/13)

* e-mail: fchaconbravo@zurcherodioraven.com
Fax 24427662. Tel. 83833667

Resumen: La posesión y la tenencia son dos conceptos distintos. La posesión es un concepto sobre el cual se ha escrito mucho. Presenta graves dificultades. En Costa Rica se tiene la concepción de que la posesión es un hecho y no un derecho. El Código Procesal Civil, equipara la posesión y la tenencia como dos conceptos iguales que son protegidos por los interdictos. Este error no ha sido siempre interpretado correctamente, pero fue corregido en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil, lo que obliga a los jueces, en sus fallos, a examinar el concepto de posesión con más profundidad.

Palabras Claves: Posesión. Tenencia. Proyecto de Código Procesal Civil. Possessio ad interdicta. Possessio ad usucapionem. Código Civil. Ley de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos. Doctrina. Interpretación jurisprudencial.

Abstract: Possession and tenancy are two different concepts. A lot has been written on the concept of possession. However, it still presents some serious difficulties. In Costa Rica, possession is commonly thought as a fact, and not as a legal right. The current Code of Civil Procedure presents possession and tenancy as two equivalent concepts, which are protected by interdicts. This error has not always been correctly interpreted, but it was amended in the bill of the new Code of Civil Procedure, making the judges examine the concept of possession more thoroughly.

Keywords: Possession, Tenancy, Bill of the Code of Civil Procedure, Possessio ad interdicta. Possessio ad usucapione, Civil Code, Law of Urban and Suburban Leases, Doctrine, Jurisprudence Interpretation.

Sumario:

Introducción

1. El origen de la palabra posesión y como ha influido en la concepción costarricense.
2. La primera gran distinción que se hace, es entre *possessio ad interdicta* o posesion interdictal y *possessio ad usucapionem* o posesion que conduce a la adquisición de la propiedad.
3. La posesion interdictal en nuestro código civil.
4. Las dificultades que presenta el concepto de posesión
5. El concepto de posesión en el código procesal civil.
6. Diferencia sustancial entre posesión interdictal y tenencia.
7. Interpretación jurisprudencial
8. El concepto de posesión en el proyecto del nuevo código procesal civil

Conclusión.

Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

La tesis que deseo sostener es que en Costa Rica, tanto a nivel legislativo, como a nivel de los tribunales, se ha confundido la posesión y la tenencia. Esta confusión puede en algunos casos ser muy práctica, para resolver algunos problemas posesorios, ya que algunas veces resultan acertadas las resoluciones porque coinciden ambos conceptos, posesión y tenencia. Pero desde luego, son dos conceptos distintos que no se pueden ni se deben confundir.

Cabe destacar que en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil, se da una clara delimitación de la posesión interdicial, y que no se confunden ambos conceptos.

1. El origen de la palabra posesión y como ha influido en la concepción costarricense.

Dice HERNANDEZ GIL, que las preocupaciones por el uso etimológico de las palabras han caído en desuso, sobre todo porque la elaboración técnica de los conceptos tiende a crear significaciones propias.¹ Esto es verdad, pero no cabe duda, que al hombre le interesa averiguar el origen de las cosas, es parte de la investigación científica. Así, le interesa saber el origen de las especies, del universo, de las plantas y del perro mascota que tiene en su casa. Pero además, el origen de las palabras muchas veces influye en la concepción de los juristas.

La palabra possessio, dicen algunos autores, que viene de posse, poder², otros, cuyo significado lo atribuyen a un señorío verdadero, a una dominación real y efectiva sobre la cosa³. Algunos derivan la palabra de

¹ HERNANDEZ GIL, Antonio, La posesión. Editorial Civitas S. A. Madrid, 1980, pág.28.

² COLIN, Ambrosio CAPITAN, H. Curso Elemental de Derecho Civil, Traducción de la segunda edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas sobre el Derecho civil español por DEMOFILO DE BUEN, Editorial Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952, t. II, vol.II, p.566

³ BONFANTE, Pedro, Instituciones de Derecho Romano, Madrid, 1965, pág. 357, quinta edición, Madrid, Instituto Editorial Reus.

possitio sedium o sea insistencia, carácter esencial de la posesión, otros del verbo sedere⁴, otros de ese verbo con el sufijo pot, raíz de po (t) se, que viene de pot estas y de pat er, el actuar sobre una cosa como señor de ella⁵. Para las Partidas posesión significa “ponimiento de pies”⁶.

Como puede observarse la etimología que menos revela una relación física o material con la cosa es la de BONFANTE. Sin embargo, define la posesión diciendo: “*posesión, (possessio) significa entre los romanos una relación de hecho con la cosa que permita disponer de ella plenamente, unida a la intención efectiva de disponer de ella como dueño*”.⁷

Al examinar el origen de la palabra posesión, nos damos cuenta que nos revela una gran relación física con la cosa. Ahora bien, en Costa Rica,

⁴ PAULUS. Libro LIV. ad Edictum. Possesio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit; quam Graeci dicunt (D. 41, 2, 1). La traducción de la anterior definición, que encontramos en el Digesto, varía según los autores, así por ejemplo, en la traducción de BARTOLOME RODRIGUEZ DE FONSECA Y JOSE MARIA DE ORTEGA, Barcelona, 1874, leemos: “Se llama posesión, como dice Labeon, de estar sentado, como de estar en alguna parte; porque naturalmente la tiene el que está en ella, la cual llaman los griegos aprensión.” Mientras en la traducción de IDELFONSO GARCIA DEL CORRAL, Barcelona, 1897, leemos: “Se denominó la posesión, como dice Labeon, de sede, como si se dijera posición, porque naturalmente es tenida por el que está en ella; a la cual llaman los griegos retención”.

⁵ Esta, dice ARANGIO RUIZ, es la mejor etimología, citando a Bonfante, el punto di partenza nella teoría del possesso, en Scr.giur., III, ps. 516 y ss. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano. Pág. 299 Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1973.

⁶ Las Siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio, Part. III, tit. XXX, L. I. Ediciones, Madrid, 1972. La ley que tiene por título “Que cosa es posesión” expresa: “Posesión tanto quiere decir como ponimiento de pies: et segunt dixieron los sabios posesión es tenencia derecha que home ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo y del entendimiento; ca las cosas que no son corporales, así como las servidumbres que han las unas heredades en las otras, et los derechos por home demanda sus debidas et las otras cosas que no son corporales semejantes destas, propiamente no se puede poseder ni tener corporalmente; más usando deellas aquel a quien pertenece Atlas el uso, et consinténdolo aquel en cuya heredad lo ha, es como manera de posesión.”

⁷ Bonfante, ob cit.357

la concepción tradicional ha sido y es, que la posesión es un hecho y no un derecho. Don Alberto Brenes Córdoba, lo dice expresamente en su Tratado de los bienes, “*Como estado puramente de hecho, la posesión produce efectos de tal importancia, que llega a ser a veces, de mejor condición que el derecho de propiedad... En cambio la posesión es un hecho actual indudable, que trae consigo el goce inmediato de la cosa y la facultad de su defensa*”⁸. Esta doctrina tradicional fue la enseñada, por nosotros los profesores –me incluyo entre ellos- de la Facultad de derecho, desde los primeros años, junto con el Derecho romano. En efecto uno de los libros de texto fueron Nociones de Derecho Romano, de GEORGES BRAY, que sostiene que la posesión es la práctica de usar, gozar y disponer de la cosa, o sea el ejercicio de la propiedad⁹, Derecho Romano, de Arias Ramos, en que leemos: “*Las actividades que el propietario ejerce sobre la cosa están respaldadas por un título jurídico: son la práctica de un derecho. Pero tales actuaciones se pueden concebir haciendo abstracción de la circunstancia de que correspondan o no a un derecho. Que alguien tenga en su poder una cosa y se sirva de ella es una mera relación de hecho*”¹⁰ que la posesión reducida al “ponimiento de pies” de la Ley de las Partidas consiste en la realización de actos materiales sobre la cosa, lo cual tiene como resultado un examen simplista del problema. MESA, nos dice, citando la sentencia N° 82 de las ocho horas cinco minutos del quince de febrero del 2006, de Tribunal Primero Civil, que este Tribunal ha definido en múltiples ocasiones la posesión de hecho cuando dice:

*En este sentido, debemos aclarar que esta posesión de hecho, en su definición más usual, significa el señorío o poder de hecho sobre una cosa. Consiste esta posesión en el hecho mismo de ese poder; **omisión hecha de que se tenga o no derecho a él.** En tal sentido posee una cosa el que la tiene bajo su dominación.*

Y agrega este autor, “En primer lugar si la posesión de hecho es confundida con la mera tenencia, al partir de la premisa que en la

⁸ BRENES CORDOBA, Alberto. Tratado de los Bienes. Con notas y comentarios de Rogelio Sotela Montagné. Pág. 54. Ed. Juricentro S. A.

⁹ BRAY, Georges, Nociones de Derecho Romano, Imprenta Eléctrica, Bogotá 1912,

¹⁰ ARIAS RAMOS, José. T. I. Pág. 282. Ed. Revista de Derecho Privado, 1969.

posesión, al igual que en la tenencia, existe un simple contacto material directo de la cosa y el sujeto, se deja de lado la diferencia esencial entre ambas, la cual es sutil y se encuentra íntimamente relacionada con la intención”¹¹

2. La primera gran distinción que se hace, es entre possessio ad interdicta o posesion interdicial y possessio ad usucapionem o posesion que conduce a la adquisición de la propiedad.

Se debe hacer la distinción entre una posesión ad interdicta y una posesión ad usucapionem. Las denominaciones no son romanas sino de los comentaristas. Su origen histórico es distinto. La primera es aquella protección mínima protegida por los interdictos. La segunda es una posesión de mayor rango, que unida a otros requisitos, como es el tiempo, el justo título y la buena fe, constituyen un modo de adquirir la propiedad u otro derecho real. En la mayoría de los tratados de Derecho romano se estudia en capítulos diferentes. La posesión ad interdicta es un capítulo aparte que generalmente se denomina “La posesión”, mientras que la possessio ad usucapionem, se estudia como un modo de adquirir la propiedad. No negamos que esta posición sea acertada, pero pensamos que es mejor su estudio en forma unitaria, porque si bien es cierto que la posesión es un modo de adquisición, no es menos cierto que su contenido esencial es la posesión. Su mayor categoría al requerir determinados requisitos, no tiene consecuencias ni en favor ni en contra de la protección posesoria de que también goza. Se posee y simplemente por el mero hecho de poseer se tiene derecho a la protección posesoria. Se posee y porque se posee en determinadas condiciones se llega a ser propietario. Sin embargo, cuando se habla del mero hecho de poseer, no se está hablando de tenencia, la tenencia es parte del mero hecho de poseer, pero existe tenencia, que no encuadra en el mero hecho de poseer como veremos más adelante.

3. La posesion interdicial en nuestro código civil.

En el Código civil, es en donde debemos buscar las disposiciones de carácter sustantivo y no nos cabe duda de que es de carácter sustantivo,

¹¹ MESA LÁZARUZ, Álvaro. Tratado de la posesión. Editorial, ISOLMA. PAG.47.

¹² RUGGIERO, Roberto Instituciones de Derecho Civil. Traducción de la cuarta

la naturaleza de la posesión. El artículo 307 del Código Civil, define la posesión interdictal cuando dice:

“Para obtener la protección de la autoridad basta probar el hecho de ser poseedor, salvo que el reclamo sea contra el que inmediatamente y anteriormente poseyó como dueño; en este caso, debe quien solicite la protección, probar también, o que por un año a poseído pública y pacíficamente como dueño, o que tiene cualquier otro título legítimo para poseer.”

En la primera parte del artículo se encuentra la definición más sencilla de la posesión interdictal. Protección interdictal es “el hecho de ser poseedor”. En la segunda parte se exige título legítimo para poseer.

Es decir que cuando quien demanda o a quien se demanda tienen una posesión que no fue amparada por un título de propiedad, deben haber adquirido el derecho de poseer. Esta disposición fue trasladada a al interdicto de amparo de posesión. En el proyecto del nuevo Código Procesal Civil. Y así dice:

*107.2. Amparo de posesión. El interdicto de amparo de posesión será procedente, cuando el que se haya en **la posesión de un inmueble** es perturbado por actos que perjudiquen el libre goce del bien o que manifiesten intención de despojo; o bien cuando estos actos se realizan afectando el uso y disfrute de bienes públicos, en detrimento de la colectividad.*

*Si la demanda se dirigiere contra quién inmediata y anteriormente poseyó como dueño, quién solicite la protección deberá probar **que por más de un año ha poseído pública y pacíficamente como dueño, o que tiene otro cualquiera legítimo título para poseer; o bien que actúa en la defensa de intereses difusos cuando se trate de bienes públicos.***

El legislador no está tomando partido en la primera parte del artículo, sobre la naturaleza de la posesión o sea si la posesión es un hecho o un derecho. Simplemente está diciendo que lo que debe probarse, en el interdicto, es el hecho de la posesión, o sea el contenido fáctico de la posesión. La posesión es un derecho de contenido fáctico. Contenido

fáctico que no puede confundirse con una relación física, sino con una posibilidad de actuación.

Obsérvese que el artículo *ser* refiere también al *ser poseedor* o sea al sujeto con la calificación de poseedor. Poseedor es el que tiene posesión del objeto, no una simple tenencia del objeto, ni la realización *de hechos* como acontecimientos fenoménicos, que pueden ser efectuados por el tenedor, por ejemplo: limpiar el terreno, hacer cercas, coger frutos etc. pueden ser de actos realizados por el poseedor, por medio de sus trabajadores pero estos no son poseedores aunque algunos tengan una tenencia como el contratista en encargado de la limpieza del terreno o la hechura de las cercas. La posesión tanto la *ad interdicta* como la *ad usucapionem*, son algo más que la tenencia. Si dijéramos que los actos mencionados como limpiar un terreno son actos posesorios, todos los juristas estarían equivocados al decir que el tema de la posesión es un tema difícil. La dificultad está, para el juez, en calificar cuando esos hechos, deben tenerse como posesorios y cuando no se les puede dar ese calificativo, pese a ser exactamente los mismos acontecimientos fenoménicos.

4. Las dificultades que presenta el concepto de posesión.

Dice RUGGIERO, que el concepto de la posesión es de aquellos en torno *los cuales más han trabajado los juristas de todos los tiempos; que no hay materia que se halle más llena de dificultades que ésta, en lo que se refiere a su origen histórico, al fundamento racional de su protección, a su terminología, a su estructuración teórica, a los elementos que la integran, a su objeto, a sus efectos, a los modos de adquirirla y perderla*¹². No obstante es bueno recordar con HERNANDEZ oscuridad GIL, que no hay que confundir la dificultad

edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por RAMON SERRANO SUÑERA y JOSE SANTA CRUZ TEIJERO, Instituto Editorial Reus, Madrid, p.778. DE APAGALETI, Pedro, Quintus Mucius Scaevola. Código Civil. Editorial Reus, Madrid, 1948. t. VIII. p. 85. LAFAILLE, Hector. Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales. Editorial Editar. Buenos Aires, Argentina....Este autor expresa: "Diversas causas han contribuido a que la posesión sea uno de los sectores mas...

intrínseca con la oscuridad expositiva¹³. MESA, en su magnífico libro comienza diciendo que la posesión es uno de los institutos más enigmáticos y controvertidos¹⁴, ARTVIA y PICADO, también dicen: “*Los interdictos están vinculados con la posesión. Existe una suerte de unión o “matrimonio jurídico” entre ambos conceptos, que no pueden subsistir de manera separada, son como el alma y el cuerpo, el aire y la tierra. Objeto y causa del proceso se vinculan con el efecto posesorio. Por ello la dificultad que genera el concepto de posesión se reproduce en la sistemática de los interdictos.*”¹⁵ Cabe preguntarse porqué tratar un tema, sobre el cual tanto se ha escrito. La respuesta es la siguiente: Las sociedades evolucionan constantemente, no es lo mismo el problema posesorio en 1966 que el problema posesorio actual. La globalización, las comunicaciones, los tratados de libre comercio, las empresas agrícolas, las grandes urbanizaciones, los contratos agrarios, La construcción por algunos juristas de renombre como Ricardo Zeledón y Enrique Ulate, de una posesión agraria distinta de la posesión civil¹⁶, los nuevos códigos procesales, etc., todo esto hace que cambie el pensamiento de los juristas. Resulta fatal quedarnos anclados en el tiempo, como si el reloj de la historia se hubiere detenido. Decía ULPiano que la jurisprudencia o ciencia del Derecho es *el conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto*¹⁷. Esta definición ha sido muy criticada por algunos romanistas, entre ellos Arias Ramos, quien dijo: *que*

¹³ HERNANDEZ GIL, Antonio. La Función Social de la Posesión. Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Ed. Madrid, 1967, P. La posesión tiene ganada fama de difícil. Sería presuntuoso negar un fondo de certeza al asunto tradicionalmente repetido. Así y todo hay que deslindar terrenos y no confundir la dificultad intrínseca con la oscuridad expositiva. A veces ésta, que concierne a la posición del sujeto cognocente, contribuye a aquella. Por eso es preciso esforzarse en adoptar una actitud que cierre en lo posible el cauce al confusionismo. A tal fin conviene tener siempre presente la diferencia que hay entre el dato real insoslayable, el factor histórico positivo y el tratamiento científico.

¹⁴ Ob. Cit. Pág. 19.

¹⁵ ARTAVIA Sergio y PICADO Carlos. Los interdictos en materia civil, agraria y ambiental. Editorial DUPAS, premio Alberto Brenes a la mejor obra jurídica 2006-2007.

¹⁶ ZELEDÓN, Ricardo, Derecho Agrario Contemporáneo, Ed. JURUÁ, 2013. ULATE, Enrique, Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria, San José Costa Rica CABALSA, 2009 pág.200.

¹⁷ D. 1. 1. 10. 2

la frase inicial resulta muy extensa y vaga, extremadamente general y no muy feliz. Dice este autor además, que el jurisconsulto junto a sus conocimientos de especialista sobre lo iustum y lo iniustum, que deben ser firmes e intensos (scientia), habrá de reunir aunque en grado menos fuerte (notitia), aquellas nociones que hoy designamos como “cultura general”¹⁸. Nosotros pensamos, por el contrario, que dicha definición es de un clasicismo impresionante. Ningún jurista puede desentenderse de las creencias religiosas de las personas ni de los pueblos, esto es de las cosas divinas. No es lo mismo juzgar a un mahometano fanático religioso, a un indio con sus tradicionales creencias o un judío o cristiano dentro de determinadas circunstancias. Lo mismo cabe decir de las cosas humanas, como las pasiones, el odio, la cólera, el amor, las necesidades vitales de los pobres, etc. La ciencia de lo justo y de lo injusto es el estudio del derecho. Pero cabe preguntarse, como lo hace PEDRO HABA, en su magnífico artículo, CIENCIA JURÍDICA:¿QUÉ “CIENCIA”?. Porque si los juristas no podemos recurrir a métodos en sentido estricto, el vocablo, debemos entenderlo en sentido amplio, ya que las soluciones jurídicas responden a cambiantes constelaciones de interés, y también porque todo derecho es tributario de “ideologías”, que pueden ser más o menos contradictorias (en sí y entre sí), parece difícil que los protagonistas de dicha actividad logren jamás alcanzar a ceñir su razonamiento a criterios tan firmes como los de las ciencias propiamente dichas¹⁹.

En consecuencia, las soluciones de los problemas posesorios, deben cambiar, en la medida que evolucionó nuestra sociedad, si queremos que la justicia sea una realidad para el pueblo costarricense

5. El concepto de posesión en el código procesal civil.

El Código procesal nos da dos conceptos distintos de la posesión interdicial: El primero, lo encontramos en el artículo 459, cuando dice:

“La prueba versará sobre el mero hecho de poseer; o sea la posesión momentánea y actual”

y el segundo concepto, en el artículo 461 al decir que procederá el interdicto,

“Cuando el que se halle en la posesión o tenencia de una cosa es perturbado en ella por actos que le inquieten y que manifiesten la intención de despojarlo”.

El primer artículo define la posesión interdictal como una posesión actual y momentánea, como un mero hecho de poseer.

En este artículo encontramos una clara referencia a la posesión y al hecho de poseer o sea coincide con el Código Civil, de que lo que se protege es la posesión, no cualquier hecho que pueda pasar disfrazado de posesorio, sino al que realmente sea un hecho posesorio.

La confusión, proviene de la redacción del segundo artículo al decir: “el que se halle en posesión o tenencia de una cosa”, porque una lectura superficial, sin base doctrinaria, da la impresión de que o bien se protege tanto la posesión como la tenencia de una cosa o que el artículo equipara la posesión a la tenencia, poniéndolas como dos categorías que por igual merecen la protección interdictal. Ambas interpretaciones son equivocadas. El artículo protege la posesión interdictal y no la tenencia. Tampoco el artículo tiene como sinónimos a las dos expresiones. La interpretación correcta, es que el artículo se refiere únicamente a la protección interdictal y a la tenencia, como uno de los elementos de la posesión interdictal, y no a la tenencia como una categoría independiente de la protección interdictal que también es protegida por los interdictos.

6. Diferencia sustancial entre posesión interdictal y tenencia.

El artículo 461 del Código Procesal Civil corresponde al artículo 660 del Código de procedimientos civiles derogado, el que a su vez era una copia casi textual del artículo 1651 de la Ley de enjuiciamiento civil española de 1881 que dice:

El interdicto de retener o recobrar procederá cuando el que se halle en la posesión o la tenencia de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle, o cuando haya sido despojado de dicha posesión o tenencia.

Si observamos ese artículo pareciera que la ley de enjuiciamiento civil española de 1881, también confunde ambos conceptos porque habla del despojo de la posesión o tenencia. Empecemos por decir que el Código civil español, en su artículo 430, hace una distinción entre posesión natural y posesión civil y dice:

“Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa como suyos.”

Sin embargo, la doctrina española con toda claridad hace la diferencia entre posesión natural y tenencia. No confunde los conceptos. HERNÁNDEZ GIL, explica la diferencia así:

¿Qué consecuencias engendra en el Código civil la distinción establecida por el artículo 430 entre posesión natural y posesión civil? En orden a la protección interdictal, la distinción del artículo 430 no determina ninguna consecuencia jurídica diferenciadora, porque el artículo 446 dispensa protección a todo poseedor; por lo tanto, lo mismo al poseedor civil que al poseedor natural. El artículo 446 está redactado en términos amplísimos. Esa misma amplitud se refleja en el artículo 1651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1881, que atribuye la protección interdictal al que ostente la posesión o tenencia. Cabría preguntarse a la vista del artículo 1651 de la ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, si protegidos por los interdictos están no solo el poseedor civil, no solo el poseedor natural, sino también el que ostente la tenencia sin llegar a ser un poseedor natural. NO debe responderse afirmativamente: falta en nuestro ordenamiento jurídico un tercer grado posesorio. No parece que por debajo de la posesión natural, que está a su vez por debajo de la posesión civil, exista una tenencia, que, sin llegar a ser posesión natural, esté protegida por los interdictos. El artículo 1651 de la ley de Enjuiciamiento civil mencionada, que alude a la tenencia, es al fin y al cabo, un precepto contenido en una ley de naturaleza procesal y hay que estar a los conceptos del Código civil en problemas concernientes al ordenamiento material; luego si del Código civil no surge una categoría de tenencia como posesión inferior, aunque se la mencione en el artículo 1651 de la Ley de Enjuiciamiento civil, carece de entidad propia.”²⁰

La tenencia no es posesión interdictal. Si sostenemos que la tenencia debe ser protegida por los interdictos, estamos otorgándole a la tenencia una categoría que no tiene. Toda posesión interdictal tiene una tenencia, pero no toda tenencia es posesión interdictal.

Esta confusión entre tenencia y posesión interdictal, producida por la lectura gramatical del Código, aplicada no solo al interdicto de amparo

²⁰ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. La Posesión. Editorial Civitas, S. A. Madrid, 1980. Pág. 111.

de posesión sino a todos los otros interdictos, ha sido fuente de una gran cantidad de fallos equivocados y de manifiestas injusticias.

Todo ser, necesariamente, entra en relación con las cosas, porque está en un lugar, rodeado de cosas. Nos basta con observar el reino animal. En el derecho natural, que ULPIANO definía como “quod natura omnia animalia docuit”,²¹ aquel que la naturaleza enseña a todos los animales, observamos que todos tienen relación con las cosas que le rodean, y que en algunos casos reclaman su exclusividad: La marcación de su territorio, el animal cazado por ellos, las ramas del árbol, -siempre las mismas- en las cuales se posan las palomas, etc. Al hombre en sociedad, también le sucede lo mismo. Entramos en relación con las cosas, algunas simplemente están junto a nosotros, pero otras las *TENEMOS*. Muchas son las cosas con las cuales entramos en relación, las ocupamos pero no las tenemos, otras que tenemos pero que no poseemos y otras de las que somos dueños, que no ocupamos pero poseemos y otras de las que somos dueños pero que no poseemos. Así por ejemplo, el alumno entra en relación con el aula de su clase pero no TIENE la clase, simplemente la ocupa. La simple relación física no importa tenencia.

Otras cosas no sólo estamos en relación con ellas sino que las ocupamos y “tenemos”. Así vemos que el artículo 691 Código de procedimientos civiles, derogado, enumeraba una serie de cosas *TENIDAS* por las personas pero que no constituían posesión y así decía:

“No se entenderá que ejercen posesión precaria ni de ninguna especie los administradores, encargados, porteros, guardas, empleados públicos o particulares, peones, pensionistas o pasajeros en relación con las casas de habitación, departamentos, locales, oficinas o fincas que ocupen por razón de los servicios que prestan o que paguen”

La enumeración no era exhaustiva, por eso el mismo artículo decía “*En estos casos u otros de igual índole*”. Este artículo tenía la virtud de que claramente hacía la distinción entre tenencia y posesión y expresamente enumeraba los casos de tenencia que no constituían posesión “*precaria ni de ninguna especie*”

²¹ 14. D.,1,1,1,3

Éste artículos fue sustituido por el artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, pero no usó la frase “no constituyen posesión”, sino simplemente dijo que: “se excluyen del ámbito de aplicación de esta ley”.

A diferencia del artículo 691 del Código de Procedimientos Civiles, el artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, hizo una enumeración que corresponde, a los casos de tenencia, salvo el último párrafo, marcado h) que se refiere a los contratos de arrendamientos de predios rústicos y que constituyen posesión en nombre ajeno, Esto fue así, por tratarse de predios rústicos y no urbanos o suburbanos, que es lo que regula la Ley.

Dice el mencionado artículo 7 de la Ley:

Se excluyen del ámbito de aplicación de esta ley:

Los hoteles, las pensiones, las hospederías, los internados y los establecimientos similares, en cuanto a los usuarios de sus servicios.

Las viviendas y los locales con fines turísticos, ubicados en zonas aptas para ese destino, según los califique el Instituto Costarricense de Turismo, mediante resolución motivada, siempre que se alquilen por temporadas. Esa resolución se publicará en el diario oficial.

Las ocupaciones temporales de espacios y puestos en mercados y ferias o con ocasión de festividades.

La ocupación de espacios destinados al establecimiento o la guarda de vehículos, excepto si se vinculan con el arrendamiento de un local.

El arriendo de espacios publicitarios.

El comodato o la simple ocupación precaria o por pura tolerancia de un bien inmueble edificado. El comodatario u ocupante no modifica su calidad por el hecho de abonar los consumos de acueducto, alcantarillado, electricidad y otros que se deriven del uso del bien, aunque haya registrado a su nombre esos servicios.

El uso de viviendas, locales u oficinas asignados a administradores, encargados, porteros, guardas, peones, empleados y funcionarios por razón del cargo que desempeñan o del servicio que prestan, aunque deban abonar los consumos de acueducto, alcantarillado, electricidad u otros servicios derivados del uso del bien o porque se haya convenido el uso del bien como remuneración en especie.

Los contratos en que, al arrendarse una finca con casa de habitación, la finalidad primordial sea el aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal del predio. Estos contratos se registrarán por lo dispuesto en la legislación aplicable sobre arrendamientos rústicos.

Se debe apuntar como defecto de la Ley de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, que no contiene la frase del Código de procedimientos civiles, derogado, de: “*En estos casos u otros de igual índole*”, lo que puede llevar al juzgador a interpretar que se trata de *numerus clausus* y no de *numerus apertus* dejando el problema a la interpretación jurisprudencial. Una enumeración como la que hace el artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos mencionado, nunca puede prever todos los hechos y en consecuencia se debe interpretar como *numerus apertus*. Baste citar como ejemplo la propiedad de tiempos compartidos en la legislación norteamericana, que incluyen incluso una garantía hipotecaria. El artículo 279, inciso primero del Código civil, hace una clara distinción entre posesión y tenencia cuando expresa que “tampoco constituyen posesión los actos facultativos o de simple tolerancia”. Esta exclusión se refiere a la adquisición del derecho de posesión por consentimiento del propietario. No debe entenderse que este artículo 279 se refiere única y exclusivamente al derecho de posesión y no a la posesión interdicial. El artículo, hace expresa referencia al consentimiento del propietario, consentimiento derivado del poder de disposición que tiene el dueño de la cosa y que no puede ser sustituido por la voluntad del tenedor de la cosa quien ciertamente la tiene pero en nombre del propietario, por haberlo así dispuesto y consentido el propietario. Los actos facultativos y por tolerancia del propietario no están protegidos por los interdictos.

7. Interpretación jurisprudencial

La Audiencia de Pamplona, en sentencia del tres de abril de 1956, niega la protección posesoria a los actos ejercidos por el actor cuando estos son de simple tolerancia del demandado así expuso:

“Que aun cuando para los efectos de su protección jurídica sólo quepa referirse a la posesión como un estado de hecho, no puede olvidarse que dentro de la técnica de casi todos los ordenamientos legales, no basta el contacto más o menos pasajero con las cosas para constituir la relación posesoria protegible; y así, es el artículo 444 del Código Civil,

el que recogiendo aquella tendencia, dispone que los actos meramente tolerados no afectan la posesión”

En el mismo sentido la Audiencia de Burgos en sentencia del 9 de abril de 1959, expuso:

“Que la Sala, para enjuiciar el presente supuesto, entiende, como el Juzgado “a quo” que la pretendida posesión que el actor invoca para pedir su mantenimiento o reintegración, no es ni puede ser apta para obtener la tutela solicitada, a pesar de hallarse protegida la detención simple, en razón de que la citada posesión o tenencia responde a motivos de buena vecindad, por estar en realidad representada por servicios particulares que la cosa puede prestar a otro sin perjuicio excesivo para el propietario y que éste permite por amistad o cortesía, y porque el hecho de permitirlo, no implica una renuncia a denegarlo posteriormente.”

El Tribunal Primero Civil, ha resuelto el punto en cuanto a los autos facultativos o de mera tolerancia, en forma contradictoria, en sentencia número 12 E, de las 7:50 horas del 5 de febrero de 1997, se sostiene:

*Quiere decir entonces que para determinar si estamos en presencia de un derecho de posesión sí resulta importante aclarar si ha habido actos facultativos o de mera tolerancia, pues con toda claridad el mencionado numeral 279 en su inciso 1) así lo dispone. De manera que para determinar si existe o no posesión de hecho, momentánea o actual, importa poco si ha habido actos facultativos o de simple tolerancia, porque, aun en el supuesto de que la tenencia de la cosa lo haya sido en virtud de alguno de dichos actos, lo cierto es que en esa hipótesis sí existe una posesión de hecho, momentánea o actual, que es precisamente el grado de posesión protegido en el proceso **interdictal**.*

Distinto criterio es el que se expone en la resolución 748 E de las 8:10 horas del 28 de julio de 1995 en que se dijo:

*En esas condiciones la demanda no puede prosperar, aún cuando haya prueba testimonial que afirme que las actoras han hecho uso de dicha salida. De ser así se trata de una liberalidad del titular del inmueble, como una conducta de “buena vecindad”, y como liberalidad puede ser interrumpida sin secuelas discutibles en un **interdicto**.*

En realidad existe un enfoque distinto de lo que es la posesión y de lo que es la tenencia.

En la sentencia No. 1227-L- del TRIBUNAL PRIMERO CIVIL.- San José, a las siete horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de agosto del año dos mil.

Restituir la posesión se conceptúa, a estas alturas, como de imperiosa necesidad atendiendo a la perturbación que al de las cosas orden jurídico producen las vías de hecho contra la tenencia.

Nos parece totalmente innecesario citar la gran cantidad de fallos que equiparan el concepto de tenencia al de posesión.

8. El concepto de posesión en el proyecto del nuevo código procesal civil

En el nuevo proyecto de Código Procesal Civil, se elimina, como debe ser el concepto de tenencia y así se dice:

107.1. Procedencia y caducidad. *Los interdictos sólo procederán respecto de la posesión actual y momentánea de bienes inmuebles. De ninguna manera afectarán las cuestiones de propiedad o de posesión definitiva, sobre las cuales no se admitirá discusión alguna. Los interdictos son de amparo de posesión, de restitución y de reposición de linderos. Cuando se haya establecido equivocadamente un interdicto por otro, o todos a la vez, de acuerdo con la situación de hecho, se declarará con lugar el que proceda. No procede el interdicto cuando el acto de perturbación o despojo proviene de decisiones judiciales o administrativas. No podrá ser establecido un interdicto si han transcurrido tres meses desde el inicio de los hechos u obras contra las cuales se reclama.*

107.2. Amparo de posesión. *El interdicto de amparo de posesión será procedente, cuando el que se haya en la posesión de un inmueble es perturbado por actos que perjudiquen el libre goce del bien o que manifiesten intención de despojo. Si la demanda se dirigiere contra quien inmediata y anteriormente poseyó como dueño, o versare sobre servidumbres continuas no aparentes, o sobre discontinuas, se aplicará lo establecido en los artículos 307 y 308 del Código Civil, respectivamente.*

La sentencia estimatoria ordenará al demandado mantener en posesión al actor y abstenerse de realizar actos perturbatorios, bajo apercibimiento de ser juzgado por el delito de desobediencia a la autoridad, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones que corresponden ante el incumplimiento de las sentencias con condena de no hacer.

107.3. Restitución. *Es procedente el interdicto de restitución cuando el poseedor es despojado ilegítimamente del inmueble, total o parcialmente. La sentencia estimatoria ordenará al demandado restituir en la posesión al actor; bajo apercibimiento de ser juzgado por el delito de desobediencia a la autoridad, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones que corresponden ante el incumplimiento de las sentencias con condena de dar.*

Como puede observarse el artículo 107. 1, solo se refiere a la posesión actual y momentánea.

9. Conclusión.

En consecuencia, corresponde a los jueces y a los juristas, que no se dejen cautivar, por las equivocadas tradiciones y delimiten hasta donde sea posible, el concepto de posesión ad interdicta, definida en el Código como posesión actual y momentánea. Sé que es difícil. El caso concreto, presentará muchas dificultades, pero, como siempre los jueces deberán guiarse por la luz de la equidad y la justicia. Ella siempre iluminará el camino, al igual que los los grandes juristas romanos y sus enseñanzas, trascendieron a todo el mundo occidental, hasta nuestros días.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGIO RUIZ , Vicenzo. *Instituciones de Derecho Romano*. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1973.
- ARIAS RAMOS, José. *Derecho Romano*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- ARTAVIA Sergio y PICADO Carlos. *Los interdictos en materia civil, agraria y ambiental*. Editorial DUPAS. San José 2007.
- BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, 1965, quinta edición, Madrid, Instituto Editorial Reus.
- BRAY, Georges, *Nociones de Derecho Romano*, Imprenta Eléctrica, Bogotá 1912
- BRENES CORDOBA, Alberto. *Tratado de los Bienes*. Con notas y comentarios de Rogelio Sotela Montagné. Ed. Juricentro S. A.
- COLIN, Ambrosio CAPITAN, H. *Curso Elemental de Derecho Civil*, Traducción de la segunda edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas sobre el Derecho civil español por DEMOFILO DE BUEN, Editorial Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952,
- DE APAGALETI, Pedro, *Quintus Mucius Scaevola*. Código Civil. Editorial Reus, Madrid, 1948.
- Digesto, BARTOLOME RODRIGUEZ DE FONSECA Y JOSE MARIA DE ORTEGA, Barcelona, 1874, y traducción de IDELFONSO GARCIA DEL CORRAL, Barcelona, 1897
- HABA, Enrique P. *Ciencia Jurídica: ¿Qué ciencia?*, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 51, 1984.
- HERNANDEZ GIL, Antonio, *La posesión*. Editorial Civitas S. A. Madrid, 1980.
- HERNANDEZ GIL, Antonio. *La Función Social de la Posesión*. Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Ed. Madrid, 1967.
- LAS SIETE PARTIDAS del Rey don Alfonso el Sabio, Part. III, tit. XXX, L. I. Ediciones, Madrid, 1972.

MESA LÁZARUZ, Álvaro. *Tratado de la posesión*. Editorial, ISOLMA. San José, 2012.

RUGGIERO, Roberto *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción de la cuarta edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por RAMON SERRANO SUÑERA y JOSE SANTA CRUZ TEIJERO, Instituto Editorial Reus, Madrid,

ZELEDÓN, Ricardo, *Derecho Agrario Contemporáneo*, Ed. JURUÁ, 2013.

ULATE, Enrique, *Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria*, San José Costa Rica CABALSA, 2009.

EL EJERCICIO ILEGAL DE UNA PROFESIÓN EN COSTA RICA

M.Sc. Frank Harbottle Quirós (*)

(Recibido 30/01/13 • Aceptado 11/11/13)

(*) Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Máster en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia. Defensor Público, actualmente Letrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.
e-mail: fharbottle@costarricense.cr
Teléfono: 2295-3877.

Resumen: El ejercicio ilegal de una profesión es un delito polémico que mantiene vigencia en Costa Rica. En la doctrina y la jurisprudencia no existe consenso en cuanto al bien jurídico que se tutela, si la conducta se debe llevar a cabo de forma habitual, así como su relación concursal con otros delitos. Se trata de una norma penal en blanco, pues para determinar cuándo la persona ejerce ilegalmente la profesión es necesario remitirse a normativa extrapenal.

Palabras Claves: Bien jurídico, colegio profesional, delito, ejercicio, ilegal, profesión, universidad.

Abstract: The illegal practice of a profession is a controversial crime that is still current in Costa Rica. In doctrine and jurisprudence there is no consensus as to the legally protected right, if the conduct should be carried out on regular basis, and its relationship to other crimes. This is a criminal rule that needs to be complemented, as it necessary to refer to regulations beyond the criminal law to determine if a person is illegally exercising a profession.

Keywords: Legally protected right, professional association, crime, exercise, illegal, profession, university.

Sumario:

Introducción

1. Requisitos para ejercer una profesión en Costa Rica
2. Desarrollo histórico del delito de ejercicio ilegal de una profesión en la legislación patria
 - 2.1 Código General del Estado de 1841
 - 2.2 Código Penal de 1880
 - 2.3 Código Penal de 1924
 - 2.4 Código Penal y de Policía de 1941
 - 2.5 Código Penal de 1970
3. Regulación penal en otros ordenamientos jurídicos
 - 3.1 España
 - 3.2 Argentina
 - 3.3 Alemania
4. El ejercicio ilegal de una profesión a la luz de la teoría del delito

Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

En el presente artículo, se expondrá, en primer término, de manera general, los requisitos que debe cumplir una persona en nuestro país para ejercer una profesión. Posteriormente, se hace un recorrido sobre el desarrollo histórico del delito de ejercicio ilegal de una profesión en el ordenamiento jurídico costarricense. Luego, se da a conocer el tratamiento que le ha dado la legislación y doctrina extranjera a este ilícito penal. Finalmente, se analiza esta figura a nivel de la teoría del delito, haciéndose especial énfasis a los casos que han sido resueltos por la jurisprudencia patria.

1. REQUISITOS PARA EJERCER UNA PROFESIÓN EN COSTA RICA

El ejercicio de las profesiones se encuentra sometido a una especial autorización por parte del Estado. Se parte de la idea de que las y los profesionales deben poseer el conocimiento, la capacidad y la idoneidad suficiente para brindar sus servicios con excelencia y calidad, pues existe un interés público que se vería perjudicado por su mal desempeño, lo cual iría en detrimento de la sociedad.

En Costa Rica se ha reconocido la labor que desarrollan las instituciones involucradas en el proceso de formación integral de los futuros profesionales; así como la necesidad de un adecuado ejercicio de las profesiones liberales y, por ende, de los órganos que controlan la prestación de esos servicios.

La Sala Constitucional ha indicado que para concretar esta función de control existen tres órganos o niveles involucrados en el sistema costarricense. En primera instancia se ubican las propias universidades públicas y privadas, las cuales tienen la responsabilidad de dirigir la formación de sus estudiantes, correspondiéndoles emitir los títulos profesionales. En el caso de las universidades privadas existe un segundo nivel de control conformado por la obligación de cumplir con los requisitos establecidos por el Consejo Nacional de Enseñanza Superior Universitaria Privada, el cual debe expedir el respectivo refrendo. El tercer nivel está constituido por los colegios profesionales que cumplen funciones de regulación y de policía normalmente ejercidas por el mismo Estado (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2001-10527).

Las universidades estatales al poseer personalidad jurídica propia y ser órganos públicos descentralizados, constituyen entes autónomos prestadores de servicios asistenciales-educativos dentro de la modalidad de gestión administrativa de los servicios públicos personificados. Por el contrario, en cuanto a la enseñanza particular, al tratarse del ejercicio de una libertad fundamental, el Estado no goza de este grado de máxima intervención que caracteriza su acción respecto de la enseñanza oficial, sino que su función respecto de la primera se concreta exclusiva y efectivamente en el ejercicio de sus funciones especiales de policía (González, 1996, pp. 232-233).

Mediante Ley 6693, del 27 de noviembre de 1981 se creó el Consejo Nacional de Enseñanza Superior Universitaria Privada (CONESUP) como reacción del estado costarricense al nacimiento de la primera universidad privada en el país (Universidad Autónoma de Centro América) procurando con ello la conciliación entre el ejercicio de la libertad de enseñanza y el interés público (Aguilar et al., 2002, p. 104).

El CONESUP es un órgano con desconcentración máxima que se encuentra adscrito al Ministerio de Educación Pública. Se le han asignado funciones de inspección de la educación privada, siendo el encargado de reconocer como oficial un título emitido por una universidad privada por medio del refrendo (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencias 7494-97 y 2001-09049).

Cabe señalar que si una persona posee un grado o título universitario expedido en el extranjero que lo acredita como profesional en ese país para ejercer esa profesión en Costa Rica, debe llevar a cabo un procedimiento de reconocimiento y equiparación de su título ante el Consejo Nacional de Rectores (CONARE), ente al que se le concedió personalidad jurídica por medio de la Ley N° 6162, de 30 de noviembre de 1977 (<http://www.conare.ac.cr/index.php/servicios/leyes-convenios-y-decretos.html>, recuperado el 14 de junio de 2013).

Según se adelantó, los colegios profesionales se enmarcan dentro de un tercer nivel. Estos han sido definidos por la doctrina nacional como entes públicos no estatales cuya regulación administrativa corresponde en especial a la Ley General de la Administración Pública, los cuales colaboran en funciones propias del Estado, realizando una actividad pública cuando regulan el ejercicio profesional y aplican el régimen

disciplinario sancionatorio. Se dice que en las demás funciones se rige por el Derecho Privado (Arce, 2004, p. 13).

Se trata de entes públicos menores que forman parte de la Administración Descentralizada Corporativa constituidos para defender, por un lado, los intereses privados de sus miembros y, por otro, tutelar un interés público, a saber, el control y fiscalización de la actividad profesional (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencias 5483-95 y 2011-12250).

Ese interés público justifica que los colegios profesionales exijan el cumplimiento de ciertas obligaciones como el deber de colegiarse, el pago de las mensualidades correspondientes a esa colegiatura, el ejercer la profesión conforme a las reglas de ética y moral que la corporación dicte, entre otras (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2009-13138).

Los colegios profesionales pertenecen a la categoría de corporaciones por lo que tienen competencias por atribución legal tales como la potestad reglamentaria sobre el ejercicio de la profesión; la de gobierno y administración en cuanto al régimen interno; la de representación; la jurisdiccional, que se concreta en juzgar las infracciones del orden corporativo e imponer las sanciones disciplinarias correspondientes y la de fiscalización del ejercicio profesional; a su vez, existe una pertenencia obligatoria al colegio de los agremiados (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 5483-95).

Llegados a este punto, se procede a abordar el tema de la colegiatura obligatoria.

Actualmente en nuestro país existen plenamente conformados 35 Colegios Profesionales. De ellos, 28 pertenecen a la Federación de Colegios Profesionales Universitarios de Costa Rica, la cual se creó mediante Ley No 3662, del 10 de enero de 1966, conceptualizándose como una entidad no estatal de derecho público que busca estimular y defender el progreso de las agrupaciones profesionales representadas en la Federación (<http://www.fecoprou.or.cr>, recuperado el 14 de junio de 2013).

Al mes de junio del año 2013, forman parte de esta Federación los siguientes colegios profesionales: Colegio de Abogados, de

Arquitectos, de Bibliotecarios, de Biólogos, de Ciencias Económicas, de Cirujanos Dentistas, de Ciencias Políticas, de Contadores Públicos, de Enfermeras, de Farmacéuticos, de Físicos, de Geólogos, de Informática y Computación, de Ingenieros Agrónomos, de Ingenieros Civiles, de Ingenieros Electricistas, Mecánicos e Industriales, de Ingenieros Químicos, de Ingenieros Tecnólogos, de Ingenieros Topógrafos, de Licenciados y Profesores en Letras, Filosofía, Ciencias y Artes, de Médicos Veterinarios, de Médicos y Cirujanos, de Microbiólogos, de Optometristas, de Periodistas, de Psicólogos, de Químicos y de Trabajadores Sociales (http://www.fecoprou.or.cr/federacion2/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=13, recuperado el 14 de junio de 2013).

No pertenecen a esta Federación los Colegios Profesionales: en Nutrición, en Quiropráctica, en Criminología, en Orientación, en Sociología, el de Secretariado Profesional y el de Contadores Privados. La mera circunstancia de que estos colegios profesionales no formen parte de la Federación no les resta su naturaleza de colegio profesional.

La Ley Orgánica de la Federación establece que sus miembros deben ser Colegios Universitarios por lo que el de Secretariado Profesional y el de Contadores Privados no cumplen ese requisito básico. En todo caso, estas no son consideradas profesiones liberales en sentido estricto.

En nuestro ordenamiento, de conformidad con la ley orgánica de cada colegio, la colegiatura es obligatoria a fin de ejercer la profesión respectiva (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 0789-94). Sobre este punto se ha dicho: “...*Es verdad que esos Colegios también actúan en interés común y en defensa de sus miembros; pero nótese que, aparte de ese interés, hay otro de mayor jerarquía que justifica establecer la colegiación obligatoria en algunas profesiones (las que generalmente se denominan “liberales”), puesto que, además del título que asegure una preparación adecuada, también se exige la estricta observancia de normas de ética profesional, tanto por la índole de la actividad que realizan esos profesionales, como por la confianza que en ellos depositan las personas que requieren sus servicios*” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 5483-95).

La incorporación o afiliación al colegio profesional para ejercer la profesión respectiva es de carácter compulsivo. No obstante, debe

resaltarse que en la resolución recién mencionada se alude a la colegiatura obligatoria “en algunas profesiones”, quedando la inquietud de si en todas es necesario incorporarse al colegio profesional para ejercerla.

Ello encuentra su explicación en el hecho de que a principios de la década de los años ochenta en nuestro país se desató gran polémica con respecto a la compatibilidad de la colegiación obligatoria de los periodistas con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la cual se había establecido en la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas N° 4420, del 22 de setiembre de 1969.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ante una solicitud del gobierno costarricense en la opinión consultiva OC-5-85 afirmó: “72...El problema surge del hecho de que el artículo 13 expresamente protege la libertad de “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, ya sea ésta oralmente, por escrito o en forma impresa...” La profesión de periodista-lo que hacen los periodistas- implica precisamente el buscar, recibir, y por tanto requiere precisamente el buscar, recibir y difundir información. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención” (http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf, recuperado el 17 de junio de 2013).

A partir de estas consideraciones la Sala Constitucional dispuso: “... Modernamente, el tema se completó con la sentencia número 2313-95 de esta Sala, que declaró inconstitucional la colegiatura obligatoria en el ejercicio del periodismo, por ser la libertad de pensamiento un derecho fundamental. Así las cosas, hoy día, para ejercer el periodismo, no se requiere de título académico, ni de estar colegiado obligatoriamente. Consecuentemente, integran el Colegio los profesionales graduados en Ciencias de la Comunicación Colectiva, que quieran agremiarse y los miembros fundadores, según los términos de la normativa transitoria original, que quieran permanecer en el Colegio...” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2000-9919).

En síntesis, a la fecha, en Costa Rica la colegiatura obligatoria es la regla general, la excepción el periodismo como profesión.

2. DESARROLLO HISTÓRICO DEL DELITO DE EJERCICIO ILEGAL DE UNA PROFESIÓN EN LA LEGISLACIÓN PATRIA

De seguido, se dará a conocer la regulación histórica que se le ha dado al ejercicio ilegal de las profesiones en los diferentes Códigos Penales que han tenido vigencia en nuestro país.

2.1 Código General del Estado de 1841

La promulgación de este Código se dio durante la jefatura de Estado de Braulio Carrillo. En el Título V, llamado “De los delitos contra la Fe Pública”, Capítulo IX específicamente en los artículos 339 a 341 se sancionaba con prisión a quien fingiere un puesto (entre ellos empleado o agente del Gobierno, funcionario público, función militar o eclesiástica) o se arrogare tener un título, insignia, uniforme, hábito, condecoración, o distintivo que no se hubiese concedido (Código General del Estado, 1957, p. 69). Este es un primer intento por sancionar en una norma penal la usurpación de autoridad.

2.2 Código Penal de 1880

Este Código fue obra del Doctor Rafael Orozco, quien fue comisionado para su redacción, siendo Presidente del Estado Costarricense Tomás Guardia. Se copió casi de manera total del Código Penal chileno de 1875, el cual a su vez era prácticamente una copia del Código Penal español de 1870 (Guier, 1968, p. 1200).

En el Título IV bajo el nombre “De los crímenes y simples delitos contra la Fe Pública, de las falsificaciones, del falso testimonio y del perjurio” en el Capítulo octavo “De la Usurpación de Funciones o Nombres”, el artículo 236 de este Código regulaba una figura diferente a lo que se regula en la actualidad, sin embargo, es lo más cercano que se puede encontrar en este Código al delito que nos ocupa en este trabajo. Dicho numeral sancionaba con una pena de reclusión menor o una multa a la persona que se fingiere autoridad, empleado público o profesor de una facultad que requiera título y ejerciera actos propios de dichos cargos o profesiones (Código Penal de 1880, 1880, p. 85).

2.3 Código Penal de 1924

Este cuerpo legal entró en vigencia mediante Ley N° 11, del 23 de abril de 1924 basado en el Código argentino. En el Libro II, Título

Undécimo, “De los Delitos contra la Administración Pública”, Capítulo Primero, “Atentados contra el régimen de justicia y de la Autoridad”, incluyó en el artículo 469 una norma titulada “usurpación de autoridad, título y honores”, refiriéndose básicamente al supuesto de la persona que asume o ejerce funciones públicas sin contar con título o nombramiento expedido por autoridad competente.

Sin embargo, como novedad, en el Libro II, Título II de las Faltas Propiamente Dichas, “Capítulo II, Faltas contra la Seguridad o intereses públicos”, se regula el ejercicio ilegal de profesiones en el artículo 551. Dicho ordinal indicaba: “...*Se impondrá arresto o multa en sus grados primero a cuarto:...*3° *Al que habitualmente y después de apercibido, ejerciere sin título legal, ni permiso de autoridad competente, las –o profesiones de médico, cirujano, farmacéutico o cualquiera otra para cuyo ejercicio sean necesarios el título o la licencia*” (Código Penal de la República de Costa Rica de 1924, 1924, p. 103).

Este numeral constituye el origen del delito de ejercicio ilegal de una profesión dentro del ordenamiento jurídico costarricense. Evidentemente presenta diferencias con la regulación vigente; empezando por el hecho de que se reguló como una falta o contravención, sin embargo, en términos generales tiene bastantes similitudes con la redacción del actual Código Penal, resaltando como datos curiosos la exigencia de la habitualidad, así como la posibilidad de apercibir a quien esté cometiendo la falta.

2.4 Código Penal y de Policía de 1941

El Código Penal es la Ley N° 368 y el Código de Policía la N° 369. Ambos fueron aprobados en agosto de 1941 y entraron en vigencia el primero de enero de 1942.

En el Código Penal se regula la usurpación de autoridad en el artículo 365, no obstante, sucede la misma situación que con el Código anterior (se tipifica este delito para sancionar a quienes ejerzan cargos y oficios públicos sin título o autorización).

El Código de Policía, en cambio, contempla el ejercicio de las profesiones en el Libro II, Título VIII denominado: “*Faltas contra la seguridad pública*”, en el *Capítulo VII. Se establece: “Artículo 167.-Se penará con arresto de cinco a cien días o multa de diez a doscientos colones, al que habitualmente y*

después de apercibido, ejerciere sin título legal, ni permiso de autoridad competente, las profesiones de médico, cirujano, dentista, farmacéutico, abogado, ingeniero o cualquiera otra para cuyo ejercicio sean necesarios el título o la licencia, salvo en los casos de urgencia manifiesta” (Código Penal y Código de Policía de 1941, 1941, p. 143).

Este ordinal presenta una regulación muy similar a la del artículo 551 del Código Penal de 1924.

En el artículo 167 se contempla una pena de arresto o de multa al que ejerciere una profesión de las contempladas allí (se mencionan mayor cantidad de profesiones); se exige nuevamente la habitualidad y se da la posibilidad para quien ejerce de haber sido apercibido con anterioridad. Como novedad se contemplan los casos de urgencia manifiesta, constituyendo una excepción no punible.

Al estudiar un delito como el que nos ocupa no podemos dejar de lado que su regulación está directamente asociada al origen y la evolución histórica de las profesiones en el país. La creación de la Universidad de Costa Rica, es el eje sobre el cual gira el desarrollo de las profesiones para esta época.

Los inicios de la Universidad de Costa Rica se ubican en la Casa de Enseñanza de Santo Tomás, que fue fundada en 1814 y que a partir de 1843 se convirtió en la Universidad de Santo Tomás. Aunque después de 45 años de aportes, fue clausurada, su quehacer se perpetuó a través de las facultades de Derecho, Agronomía, Bellas Artes y Farmacia, que continuaron funcionando independientemente. Su creación se dio formalmente en agosto de 1940, mediante la Ley de la República No 362 (<http://www.ucr.ac.cr/acerca-u/u-en-breve/historia.html>).

2.5 Código Penal de 1970

El Código Penal que nos rige fue aprobado por la Asamblea Legislativa en abril de 1970 y entró en vigencia en 1971. Regula el delito de ejercicio ilegal de una profesión en el Libro II, Título XIII (Delitos contra la Autoridad Pública), actual artículo 322 a raíz de la promulgación de la Ley N° 9048, del 10 de julio de 2012, (originalmente bajo el ordinal 313 y, posteriormente con el número 315 al entrar en vigencia la Ley N° 7732, del 17 de diciembre de 1997).

Dicho numeral dispone: “...Será reprimido con prisión de tres meses a dos años, el que ejerciere una profesión para la que se requiere una habilitación especial sin haber obtenido la autorización correspondiente” (Código Penal, 2013, p. 97).

En el momento en que se promulgó el actual Código Penal, la única universidad existente en nuestro país era la Universidad de Costa Rica. Fue con posterioridad, pero siempre en la década de los setentas, que se crearon otras Universidades Estatales, entre ellas, el Instituto Tecnológico Costarricense (Ley N° 4777, del 10 de junio de 1971), la Universidad Nacional (Ley N° 5182, del 15 de febrero de 1973) y la Universidad Estatal a Distancia (Ley N° 6044 del 3 de marzo de 1977).

En el año de 1976 entró en funcionamiento la Universidad Autónoma de Centroamérica, constituyéndose en la primera universidad privada, momento a partir del cual se da inicio al surgimiento masivo de estas universidades en el país. Véase que al mes de mayo de 2013 el CONESUP ha aprobado 53 Universidades Privadas (<http://www.mep.go.cr/CentroDeInformacion/DOC/Universidades%20Aprobadas%20por%20el%20CONESUP-7520136241.pdf>, recuperado el 14 de junio de 2013).

Para la época en que se promulgó el Código Penal vigente no existían tantas profesiones como en la actualidad. Lo anterior obedece, según se ha dicho, a que fue con posterioridad a la promulgación de este cuerpo normativo que surgieron otras Universidades Estatales y las Universidades Privadas, las que vinieron a impartir también carreras novedosas.

3. REGULACIÓN PENAL EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

En aras de tener una visión más amplia, se procede a dar a conocer los tipos penales “análogos” a la figura del ejercicio ilegal de una profesión en la legislación de España, Argentina y Alemania.

3.1 España

El actual Código Penal de España entró en vigor el 25 de mayo de 1996. Este cuerpo legal en el artículo 403 contempla un tipo penal similar al costarricense denominado delito de intrusismo, el cual establece: *“...El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el*

correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses. Si el culpable además se atribuye públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.” (Valle, 2005, pp. 197-198).

Por su parte, el ordinal 637 de este mismo texto legal sanciona como falta con la pena de arresto de uno a cinco fines de semana o multa de diez a treinta días al que usare pública e indebidamente uniforme, traje, insignia o condecoración oficiales, o se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparada por un título académico que no posea.

En el intrusismo es delito el ejercer la profesión sin poseer el correspondiente título académico, y su agravación consiste en atribuirse públicamente, además, la cualidad profesional amparada por el título que no se posee. La falta en cambio, se comete cuando solamente existe la atribución de la cualidad académica no poseída, esto es, sin el ejercicio profesional (Vázquez, 1996, p. 752).

3.2 Argentina

En Argentina existe una figura penal denominada Usurpación de Grados, Títulos y Honores. Esta se regula en el artículo 247 (texto según ley 24.527/95), el cual indica: “...Será reprimido con prisión de quince días a un año el que ejerciere actos propios de una profesión para la que se requiere una habilitación especial, sin poseer el título o la autorización correspondiente. Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos, el que públicamente llevare insignias o distintivos de un cargo que no ejerciere o se arrogare grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondieren” (Donna, 2002, p. 150).

De este artículo se pueden extraer tres supuestos: 1) el ejercer actos propios de una profesión; 2) el llevar públicamente insignias o distintivos de un cargo que no se ejerce; y 3) arrogarse grados académicos, títulos profesionales u honores.

En el segundo se requiere no solamente la portación de la insignia o del distintivo, sino su ostentación, porque solamente así quedará cumplida la exigencia de publicidad (Soler, 1998, p. 177). De allí que queden fuera de la esfera punitiva la portación de insignias o de distintivos en la esfera privada (Donna, 2002, p. 152).

La tercera modalidad (arrogarse) se contempla con la titulación del autor de una calidad que no posee, la cual debe ser exteriorizada públicamente, no siendo necesario acto alguno que signifique el ejercicio de la profesión ni el efectivo goce de los grados u honores (Donna, 2002, p. 155). Para la atribución pública basta cualquier medio: anuncios, membretes, placas (Soler, 1998, p. 178).

El primer supuesto es el que presenta mayor relevancia para los efectos de nuestro estudio. Describe la conducta de quien no se limita a arrogarse título profesional alguno, sino que realiza actos inherentes a la profesión (Donna, 2002, p. 151).

3.3 Alemania

En el Código Penal alemán vigente se regula como delito un tipo penal que tutela el ejercicio de las profesiones; no obstante, como se verá su contenido es muy diferente a lo que establece nuestro Código Penal vigente. Se regula en el artículo 132 a., el cual se denomina: “Abuso de títulos, grados académicos, dignidades profesionales y emblemas” y establece en cuanto a lo que interesa: “*Artículo 132 a. 1. El que, sin acreditación,...*2. *porte los distintivos profesionales de médico, dentista, veterinario, farmacéutico, abogado, oficial de la propiedad industrial, interventor, censor jurado de cuentas, asesor o apoderado fiscal,...*será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa...” (Eiranova, 2000, p. 97).

Este artículo presenta la característica de que admite la posibilidad de sancionar sea con multa o con prisión; además se mencionan las profesiones que se buscan tutelar. Se sanciona al que porte los distintivos como si fuese profesional, no el ejercer ilegalmente las profesiones respectivas.

La regulación del Código Penal alemán; así como parte de la redacción del párrafo segundo del artículo 247 del Código Penal de Argentina presentan cierta similitud con la contravención regulada

en el Código Penal costarricense en el Título V, Sección II, artículo 396 inciso 8) denominada Portación falsa de distintivos, ubicada como una contravención contra el Orden Público, por desobediencia, desacato e irrespeto a la autoridad, la cual establece una pena de cinco a treinta días multa al que “*públicamente portare insignias o distintivos de un cargo que no tenga, o se fingiere revestido de una función, cargo o autoridad públicos, o autorizado para ejercerlo*” (Código Penal, 2013, p. 119).

4. EL EJERCICIO ILEGAL DE UNA PROFESIÓN A LA LUZ DE LA TEORÍA DEL DELITO

El verbo del artículo 322 del Código Penal de Costa Rica es “ejerciere”. El infinitivo ejercer significa: “Practicar los actos propios de un oficio, facultad o profesión (<http://ema.rae.es/drae/?val=ejercer>, recuperado el 17 de junio de 2013). Se dice que ejerce “...quien se consagra a su profesión, oficio o facultad” (Cabanelas, 2003, p.142).

El delito en estudio es sancionado de forma muy similar por el artículo 403 del Código Penal de España y el numeral 247 del Código Penal de Argentina (ambos en el párrafo primero).

En nuestro medio se sanciona el ejercer actos propios de una profesión, no la mera atribución de decirse profesional. En este sentido se ha indicado: “...*Para la realización del delito no basta hacerse llamar profesional en un campo, sino que deben realizarse los actos materiales que solamente pueden ser ejecutados por quien tiene autorización para ello...*” (Antiguo Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José, Sentencia 2007-859).

Ejercer importa desempeñar la actividad de una profesión. La previsión alcanza no solamente a quienes carecen de los conocimientos necesarios para ejercer una profesión, sino, también, al que teniendo un título que lo incapacita, no está autorizado para ese ejercicio, sea por falta de reválida del título en el país, sea por la falta de satisfacción de los requisitos administrativos que reglamentan el desempeño de una profesión (Fontán, 2002, pp. 832-833).

La conducta allí regulada es necesariamente una acción activa; no es posible pensar en ningún supuesto en una omisión. Se han sostenido dos posiciones en cuanto al infinitivo “ejercer”. Para la primera puede implicar un solo acto; la segunda, en cambio, exige la habitualidad.

El primer criterio se sostuvo en la sentencia 301-1989 de la Sala III de la Corte Suprema de Justicia, resolución utilizada por el antiguo Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José en el voto 93-F-96, en el que se dijo: *“No es el ilícito de Ejercicio Ilegítimo de la Profesión necesariamente plurisubsistente como lo entiende el interesado, pues para su integración podría bastar un sólo acto, como en forma certera lo hace ver el a-quo, apoyado en la jurisprudencia de la Sala Tercera (Voto N° 301 de 9:25 hrs. del 26 de diciembre de 1989). No exige el tipo penal la habitualidad en el comportamiento del sujeto activo. De manera que del verbo ejercer... no puede derivarse que sea necesario la repetición de actos inherentes a la profesión, pues con un sólo de ellos se ejerce, contra lo prohibido en la ley, la profesión que se requiere habilitación especial (Cfr. Maggiore, G. Derecho Penal. T. III p. 286). La opinión jurisprudencial tradicional se apoyaba, por analogía, en la derogada norma 269 del Código Penal (que pasó, variando su contenido, al 370 de la Ley General de Salud), que exigía la habitualidad como condición objetiva del tipo en el Ejercicio Ilegal de la Medicina... Desde luego que tales circunstancias normativas no son las mismas de las previstas en el artículo 313 ibídem...”*

Debe recordarse que el Código Penal costarricense regula el ejercicio ilegal de una profesión en su artículo 322 (originalmente 313 y, posteriormente bajo el numeral 315). Por su parte, en la Ley General de Salud se incluye el ejercicio ilegal de la medicina en el Libro III, Título I denominado “De la Sanciones”, Capítulo I “Delitos Contra la Salud”, específicamente en el artículo 370, castigando *“...con prisión de seis meses a tres años, el que de conformidad con esta ley, ejerciere ilegalmente la medicina, la odontología, la farmacia, la veterinaria, la microbiología-química clínica, la enfermería u otras profesiones o actividades afines o de colaboración, aunque lo hiciera a título gratuito. Igual pena sufrirá el que estando o no legalmente autorizado para el ejercicio de las profesiones anteriormente citadas, anunciare o permitiere la curación de enfermedades, a término fijo, por medios secretos o supuestamente infalibles, así como el que prestare su nombre a otro que no tuviere título o la autorización correspondiente, para que ejerza las profesiones señaladas, aunque lo hiciera a título gratuito”* (Ley General de Salud, 2010, p. 102).

A pesar de que esta ley entró en vigencia en el año 1973, sin exigir desde este momento la habitualidad, en el año 1991 la Sala de Casación Penal (Sala Tercera) se pronunció en cuanto al ejercicio ilegal de la medicina, señalando: “...*para que exista el delito de ejercicio ilegal de la medicina, se requiere de la habitualidad, es decir la continuidad y esta se presenta a través de la reiteración de actos en un plano objetivo...*” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 395-F-91).

La segunda posición se asumió en los votos 2006-258 y 2006-1149 del antiguo Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José, basándose ambos, extrañamente, en lo indicado en la sentencia 395-F-91 de la Sala Tercera referente a un caso de ejercicio ilegal de la medicina. En el primer fallo se consideró que no se configuró el ejercicio ilegal de la profesión (notariado) por cuanto fue un acto aislado y no una acción habitual, reiterada o con cierta permanencia. Por su parte, en el segundo pronunciamiento referente a un caso de ejercicio ilegal de la psicología se dijo que para que exista el delito de ejercicio ilegal de una profesión se requiere de la habitualidad o continuidad, tal y como ocurrió en el caso concreto.

En Argentina, Serrano (1998, p.706) ha dicho que al decirse actos propios de una profesión, pareciera que deben ser dos o más. Sin embargo, la doctrina normalmente se inclina porque un acto es suficiente, aunque la repetición de conductas no da lugar a un concurso de delitos.

De lo anterior se colige que no existe un criterio uniforme en nuestro país a nivel jurisprudencial en cuanto a la necesidad de la habitualidad en la conducta para que se configure el delito.

Podría argumentarse que para que se pueda exigir la habitualidad esta debe estar establecida expresamente en el tipo penal objetivo, tal y como lo regulaban el artículo 551 del Código Penal de 1924 y el 167 del Código de Policía patrios, sin embargo, hay que tomar en cuenta que “ejercer” implica practicar actos (repetición) propios de una profesión, por ende, implica habitualidad.

Evidentemente el verbo que se analiza presenta gran indeterminación. Ello lleva a pensar que podríamos estar en presencia de un tipo penal abierto, pues ¿qué debe entender el juez o la jueza como ejercer ilegalmente una profesión?

En el caso de Costa Rica, el sujeto activo es indeterminado, el delito lo puede cometer cualquier persona que cumpla con las condiciones del tipo penal. Es un *delicta communia*.

El objeto material lo constituye la profesión para la que se requiere la habilitación especial, debiendo ser una profesión liberal, entendida esta como: “...*aquella que constituye el ejercicio de una de las carreras seguidas en centros universitarios o en altas escuelas especiales, por lo general de actividad y trabajo tan sólo intelectual, aún cuando no excluya operaciones manuales; como las del cirujano y las de los arquitectos e ingenieros al trazar sus planos* (Cabanellas, 2003, p. 323).

El artículo 322 del Código Penal contiene dos términos que son elementos normativos jurídicos, a saber, “habilitación especial” y “autorización correspondiente”.

La habilitación debe ser entendida como concesión o reconocimiento de capacidad o atribuciones (Cabanellas, 2003, p. 183).

La Sala Constitucional, al analizar la constitucionalidad del delito de ejercicio ilegal de una profesión, específicamente en relación con el derecho al trabajo, se refirió al significado de dicho término. Al respecto indicó: “...*se exige una habilitación especial por parte del Estado para el ejercicio de ciertas profesiones -como es el caso de la abogacía y la medicina, entre otras-, a fin de proteger al ciudadano, de manera que la persona que no posee en el momento del hecho histórico, la autorización estatal originada en una corporación profesional, infringe la Ley Penal al incurrir en el ejercicio ilegal, dado que la profesión se encuentra reservada para sus agremiados, por el interés público inmerso en ello, que establece el ordenamiento jurídico... De tal forma que la exigencia del “deber estar habilitado” no impide ejercitar el derecho al trabajo o libertad de escogerlo, lo que persigue es establecer un mecanismo para hacer exigible la obligación de garantizar a la colectividad el ejercicio de las profesiones liberales...*”(Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 0789-94).

La expresión “sin haber obtenido la autorización correspondiente” a su vez constituye un elemento accesorio de modo pues califica la manera de ejercer. Se ha entendido que “...*para poder ejercer una profesión liberal es necesario estar incorporado al respectivo*

Colegio Profesional, lo cual no se logra sino se cuenta con un título universitario, el aspirante a incorporarse debe contar con un grado académico universitario que lo acredite como profesional..." (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 6847-98).

El delito de ejercicio ilegal de una profesión es un tipo penal en blanco porque se utiliza una terminología que obliga en alguna medida a integrar el derecho en general, porque sólo a través de ese mecanismo se puede determinar con precisión los vocablos que se emplean. Es necesario recurrir a otra normativa que determine quién, cómo y cuándo se da la habilitación especial y la autorización correspondiente. La norma penal que se analiza necesita ser completada por normativa como la que establece cuáles universidades se encuentran acreditadas para emitir títulos profesionales, las leyes orgánicas de los respectivos colegios profesionales, sus reglamentos, los acuerdos de la Junta Directiva, entre otras.

El artículo 322 del Código Penal costarricense exige que la conducta sea dolosa (dolo directo o eventual).

Se ha considerado que pueden ser autores del delito los profesionales que se encuentren suspendidos por el Colegio profesional y ejercen la profesión durante el plazo de la suspensión. Al resolverse un caso en el año 2007 en el que el imputado era abogado pero se demostró que se encontraba suspendido por un año en el ejercicio de sus funciones a raíz de un proceso disciplinario y durante el plazo de la suspensión ejerció como abogado; se concluyó que este sí ejerció ilegalmente la profesión, por lo que no se estaba ante un supuesto de una tentativa inidónea (Antiguo Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José, Sentencia 2007-1356).

En el ordenamiento jurídico nacional se contempla la posibilidad de que las y los profesionales puedan ser suspendidos ya sea por causas disciplinarias, por morosidad (no pago de cuotas) o por un acto voluntario, decisión que suele ser competencia de la Junta Directiva del colegio profesional respectivo.

Este supuesto del profesional suspendido resulta cuestionable. Habría que discutir si incluso cabría hacer una distinción entre si la causa es por evadir el pago de las cuotas (teniendo el profesional la capacidad

y los conocimientos para ejercer la profesión) o si obedece a una mala praxis debidamente dispuesta por la Junta Directiva del colegio.

Lo anterior adquiere relevancia, pues, dependiendo del criterio que se adopte, podría pensarse en la posibilidad de que se esté ante un error de tipo en relación con la autorización para ejercer. Por ejemplo, si un profesional es suspendido pero no se le notifica dicha situación y este ejerce la profesión durante el plazo de la suspensión.

Un análisis del ejercicio ilegal de una profesión sin considerar el tema del bien jurídico indudablemente estaría incompleto.

Debemos partir del hecho de que el Código Penal costarricense ubica a esta figura como un delito contra la Autoridad Pública.

El antiguo Tribunal de Casación Penal al referirse al bien jurídico en un voto de mayoría expresó: “...*En realidad, el ejercicio ilegal de una profesión tutela otros bienes jurídicos adicionales a la autoridad, que varían según la carrera de que se trate. Así, p.ej., el ejercicio ilegal del derecho pone en juego la libertad, el patrimonio, la personalidad, la familia, la economía, etc.; el ejercicio ilegal de la ingeniería civil pone en juego la vida y salud de las personas, el patrimonio, la economía, etc.; y el ejercicio ilegal de la agronomía arriesga la salud de las personas, el patrimonio, la economía, etc...*” (Antiguo Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José, Sentencia 2002-1021).

A nivel nacional autores reconocidos como el Dr. Francisco Castillo González han señalado que el ejercicio ilegal de una profesión es un ejemplo de un delito de peligro abstracto, definidos estos como aquellos en los que hay acciones o estados que son desvalorados por el legislador a causa de su general y abstracta peligrosidad (Castillo, 1999, p. 213). En este mismo sentido se ha dicho: “...*Este delito es de peligro abstracto. Se perfecciona con la sola realización de actos propios de la profesión sin estar autorizado para ello. Es decir, no se requiere ningún resultado dañoso, ni tampoco el peligro concreto de que este se produzca...*” (Zúñiga, 1990, p. 94).

La doctrina española ha desarrollado ampliamente el tema del bien jurídico tutelado en el tipo penal regulado en ese país (análogo al costarricense). Para Serrano (1998, p. 703) se protegen bienes jurídicos como

el derecho de la Administración de expedir títulos que garantizan la competencia profesional, los intereses de los ciudadanos de ser atendidos por profesionales capacitados y los intereses de los colegios profesionales Para Bustos (1991, p. 352), lo que se protege es la competencia limpia. Luzón (1987, p. 264) estima que se trata de un delito pluriofensivo, en el que resultan afectadas la sociedad, la fe pública y la profesión invadida.

Se ha planteado la posibilidad de que desde el punto de vista sancionatorio más que una respuesta penal, se recurra a la sanción administrativa (Rodríguez, 2002, p. 1484), siendo necesario un replanteamiento de este delito orientado de forma clara a la tutela de bienes individuales de la persona (Choclán, 1998, p. 79).

A nivel nacional el destacado jurista Dr. Javier Llobet asumió una posición similar a esta última al salvar el voto en la sentencia 2002-1021. En aquella oportunidad apuntó: “...*Lo ideal es que delitos como el ejercicio ilegal de la profesión dejen de existir y los supuestos contemplados en ellos se traten como ilícitos de carácter administrativo. Sin embargo, lo cierto es que desgraciadamente el legislador, dentro de su política legislativa, optó por criminalizar el ejercicio ilegal de la profesión...*” (Antiguo Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José, Sentencia 2002-1021).

De lo anterior se desprende que en la doctrina nacional y extranjera, así como en la jurisprudencia patria no existe consenso en cuanto al bien jurídico o los bienes jurídicos que se tutelan o buscan tutelar en el delito objeto de estudio, lo cual tiene una incidencia importante a la hora de que los operadores del derecho resuelven un caso concreto. Quien asuma la tesis de que para que este ilícito se configure no se requiere un determinado resultado o que la conducta lesione un bien jurídico, a fin de cuentas estaría afirmando que este delito es de mera actividad.

En otro orden de ideas, en relación con las causas de justificación, pareciera que en este ilícito penal la aplicación de alguna de ellas es sumamente difícil (legítima defensa, cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, estado de necesidad, consentimiento del derechohabiente).

La doctrina española ha admitido el estado de necesidad. Se menciona el caso de quien teniendo algunos conocimientos pone una inyección a quien por urgencia la necesita y resulta difícil encontrar a un profesional que la suministre (Serrano, 1998, p. 704). Sin embargo, como se expuso líneas atrás, en Costa Rica se regula el ejercicio ilegal de la medicina de forma independiente en el artículo 370 de la Ley General de Salud.

Se ha indicado que el delito subsiste aún cuando, refiriéndose la actuación a bienes renunciables, el titular de estos presta su consentimiento al intruso. Igualmente, el delito no deja de existir tampoco aunque el no titulado actúe con la plena aquiescencia de la correspondiente asociación profesional (Rodríguez, 2002, p. 1483).

Partiendo de su ubicación en el Código Penal costarricense como un delito en contra de la Autoridad Pública, es evidente que la persona particular no puede consentir un bien del que no es titular. La posibilidad de que en determinado caso se dé un error de prohibición indirecto por creer el sujeto activo que está amparado en una causa de justificación no debe descartarse.

Con respecto a la antijuricidad material, es importante hacer ver que en el año 2002 en un asunto por ejercicio ilegal de la odontología en donde la acusada era una persona de nacionalidad extranjera esta se llegó a aplicar. Al respecto se estableció: *“...el Tribunal de Casación Penal no deja de reconocer como ilícito, el ejercicio de cualquier profesión que requiera licencia del colegio profesional respectivo; pero en tanto no lesione o haga peligrar otros bienes jurídicos superiores a la mera autoridad de la corporación profesional (salud, patrimonio, libertad, economía, etc.), el hecho no llega a constituir delito; es decir, el ejercer sin autorización es ilegal, si además genera daños a las personas se convierte en delito...”* (Antiguo Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José, Sentencia 2002-1021).

En el caso de una persona extranjera, es viable pensar en un error de prohibición directo en la medida en que la persona desconozca los alcances de una prohibición dentro del ejercicio profesional. Sin embargo, debe admitirse que su demostración es una tarea fácil, sobretodo, en el mundo globalizado en que vivimos.

En el delito que se estudia, únicamente es autor quien no esté autorizado o habilitado para el ejercicio de una profesión y lo hace; participe quien actué como cómplice o instigador. Bajo la teoría del dominio del hecho, son autores no sólo quienes realizaran literalmente la conducta descrita en la norma, sino también aquellos que intervienen dando un aporte esencial para consumir el ilícito penal. La coautoría no debe descartarse del todo.

A nivel concursal, la doctrina suele relacionar el ejercicio ilegal de una profesión (llámese intrusismo o usurpación de títulos) con el delito de estafa y con el ejercicio ilegal de la medicina.

A modo ilustrativo, interesa resaltar el hecho de que la jurisprudencia costarricense ha sido vacilante en cuanto a la relación que se presenta entre la estafa y, concretamente, el ejercicio ilegal de la abogacía. En casos en que se ha acusado ambas figuras se ha llegado a considerar la existencia de: i) concurso material; ii) concurso aparente; iii) solamente estafa; iv) solamente el delito de ejercicio ilegal (Harbottle, 2009, pp. 35-36).

En un asunto por ejercicio ilegal de la psicología y estafa se asumió la tesis de la existencia de un concurso ideal entre ambos delitos, al estimarse que cuando la norma sanciona el primer ilícito no asume que necesariamente el sujeto activo deba cobrar por la actividad, pudiendo llevarse a cabo aún y cuando el autor lo haga gratuitamente (Antiguo Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José, Sentencia 2006-1149).

El artículo 322 del Código Penal sanciona el ejercicio ilegal de una profesión con una pena de prisión de tres meses a dos años. Curiosamente el legislador optó por castigar en el numeral 370 de la Ley General de Salud con una pena de prisión de seis meses a tres años (mayor en sus dos extremos), a quien ejerciere ilegalmente la medicina y otras profesiones o actividades afines. Dada la relación entre ambas normas, en un caso concreto por ejercicio ilegal de alguna de las profesiones de las Ciencias de la Salud debe aplicarse, el tipo penal contemplado en la ley especial (concurso aparente). En la práctica ello no suele ocurrir por desconocimiento de su existencia, ergo, este tipo de procesos suelen tramitarse por el delito de ejercicio ilegal de una profesión.

Recientemente se dio a conocer en los medios nacionales que el Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica denunció ante el Ministerio Público a 60 supuestos profesionales, en los últimos tres años (LA NACIÓN, 13 de junio de 2013). No se reportó que se haya denunciado de forma específica por el delito contemplado en la Ley General de Salud.

Como dato de interés dentro de la praxis judicial, destaca el que de acuerdo con los Anuarios de Estadísticas del Poder Judicial disponibles, durante el período 1977-2012 ingresaron 2497 causas por el delito de ejercicio ilegal de una profesión, de las cuales se condenaron a 125 personas por este ilícito, siendo que, de ellas, a 91 se les otorgó el beneficio de ejecución condicional de la pena (72.8%), mientras que a 34 no se les concedió (27.2%). Ello equivale a afirmar que en promedio durante este período por año se han presentado 69.36 denuncias y 3.47 sentencias condenatorias, debiendo cumplir una pena de prisión por este delito en total 34 personas.

CONCLUSIÓN

En Costa Rica, se exigen como requisitos básicos para ejercer una profesión liberal el poseer un título universitario y como regla general la incorporación al colegio profesional respectivo (a excepción del periodismo).

El ejercicio ilegal de una profesión ha generado gran discusión a nivel doctrinario y jurisprudencial, no sólo en nuestro país, sino en otros países como Argentina y España.

El actual Código Penal patrio establece que este es un delito contra la autoridad pública, a diferencia del Código Penal de 1924, el cual incluyó, por primera vez, una figura muy similar a la vigente, contemplándola como una falta contra la seguridad pública.

El ilícito que se ha estudiado es un tipo penal en blanco. Para determinar cuándo se da la habilitación especial y la autorización correspondiente para ejercer legalmente una profesión, necesariamente se debe recurrir a normativa extrapenal (legal, reglamentaria e incluso de rango inferior).

El verbo contenido en la redacción de este tipo penal presenta cierto grado de indeterminación, lo que genera dudas en cuanto a que estemos en presencia de un tipo penal abierto, siendo el juez o la jueza quienes en el caso concreto deben determinar si la persona ejerció ilegalmente la profesión respectiva, sin que exista una lista taxativa que pueda orientar en este sentido. Si bien este tipo penal no establece como un elemento accesorio que la conducta se lleve a cabo de forma habitual, debe concluirse que el “ejercer una profesión” implica en sí misma esa condición. No obstante, sobre este punto existe disparidad de criterios jurisprudenciales.

Tanto en la doctrina nacional y extranjera como en la jurisprudencia patria no existe consenso en cuanto al bien o los bienes jurídicos que se tutelan en este delito.

Se estima oportuno que las y los usuarios antes de contratar los servicios de un profesional consulten –como medida preventiva– si esta persona está debidamente incorporada al colegio profesional respectivo, así como que no se encuentra suspendida. A pesar de que esto no garantiza que quien ofrece el servicio realmente sea un profesional (podría presentar un carné o identificación falsa) en cierta forma puede evitar que una persona contrate los servicios de alguien que realmente no es profesional, lo cual incidirá en reducir la cantidad de denuncias que se lleguen a presentar por el delito de ejercicio ilegal de una profesión.

BIBLIOGRAFÍA

Libros, tesis y revistas

- AGUILAR RODRÍGUEZ, Ana; CALDERÓN FALLAS, Sandra; LÓPEZ BECERRA, Fanny; MAIRENA CRUZ, José; TENCIO PÉREZ, Blanca. *Análisis del Papel Regulador del Estado Costarricense Mediante el CONESUP en el funcionamiento de las Universidades Privadas*, San José, Seminario de Graduación de la Facultad de Ciencias Económicas de la Escuela de Administración Pública, Universidad de Costa Rica, 2002.
- ARCE UMAÑA, Iliana. *La Colegiatura obligatoria al Colegio de Abogados como requerimiento para ejercer el Derecho en Costa Rica*. Revista de Ciencias Jurídicas, San José, No 105, setiembre-diciembre de 2004, pp. 11-28.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1991.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires. Editorial Heliasta, 2003.
- CASTILLO GONZALEZ, Francisco. *El Dolo*, San José, Editorial JURITEXTO, 1999.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El Delito de Intrusismo*, Barcelona, Editorial Bosch, 1998.
- DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Editorial. Rubinzal-Culzoni, 2002.
- EIRANOVA ENCINAS, Emilio. *Código Penal Alemán StGB. Código Procesal Penal StPO*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 2000.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal, Parte Especial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- GONZÁLEZ RAMÍREZ, Danilo. *El CONESUP. Libertad de Enseñanza e Inspección Estatal. La Problemática Jurídica y Material Relativa a su Composición Legal*, San José, Tesis de Grado para optar por

el Título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1996.

GUIER, Jorge Enrique. *Historia del Derecho*. San José, Editorial Costa Rica, Tomo II, 2da. Edición, 1968.

HARBOTTLE QUIRÓS, Frank. *El Ejercicio ilegal de la Abogacía en Costa Rica*. Revista El Foro, San José, No 10, noviembre, 2009, pp. 32-37.

LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho Penal*. Parte Especial, Madrid, Editorial Dykinson, 1987.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. SIGLO. Algunas Consideraciones sobre el Delito de Intrusismo*, Madrid, Editorial TECNOS, 2002.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal. Parte Especial*. Editorial Dykinson. Madrid, España, 1998.

SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1988.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. *Código Penal y Leyes Penales Especiales*. España, Editorial Aranzadi, S.A, 2005.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Nuevo Código Penal Comentado*. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1996.

ZÚÑIGA MORALES, Ulises. *La tentativa: su configuración en los delitos de peligro*, San José, ILANUD: Escuela Judicial, 1990.

Leyes

Código General del Estado. Ley del 30 de julio de 1841, San José, anotada, adicionada, revisada y corregida conforme a las leyes vigentes posteriores hasta el 31 de diciembre de 1957.

Código Penal de 1880. Ley de 27 de abril de 1880. San José, Imprenta Nacional, 1880.

Código Penal de la República de Costa Rica de 1924. Ley N° 11 del 23 de abril de 1924, San José, Imprenta María V. de Lides, 1924.

M.SC. FRANK HARBOTTLE QUIRÓS: El ejercicio ilegal de una profesión en Costa Rica

Código Penal y Código de Policía de 1941. Ley N° 369 del 21 de agosto de 1941, San José, Imprenta Nacional, 5ª. Edición, 1941, p.135.

Código Penal. Ley N° 4573 de 4 de marzo de 1970. San José, Publicaciones Jurídicas, 2013.

Ley General de Salud N° 5395, del 30 de octubre de 1973, San José, Investigaciones Jurídicas S.A, 2010.

Ley de Creación del Consejo Nacional de Enseñanza Superior Universitaria Privada No. 6693, del 27 de noviembre de 1981.

Resoluciones Judiciales

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

0789-94, de las 15:27 hrs, del 8 de febrero de 1994.

5483-95, de las 9:33 hrs, del 6 de octubre de 1995.

7494-97, de las 15:45 hrs del 11 de noviembre de 1997.

6847-98, de las 15:57 hrs, del 24 de setiembre de 1998.

2000-9919, de las 15:30 hrs, del 7 de noviembre de 2000.

2001-9049, de las 10:29 hrs, del 7 de setiembre de 2001.

2001-10527, de las 14:40 hrs, del 17 de octubre de 2001.

2009-13138, de las 10:24 hrs, del 21 de agosto de 2009.

2011-12250, de las 10:51 hrs, del 9 de setiembre de 2011.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

301-F-89, de las 09:25 hrs, del 26 de diciembre de 1999.

395-F-91, de las 15:00 hrs, del 31 de julio de 1991.

Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José

093-F-96, de las 9:24 hrs, del 15 de febrero de 1996.

2002-1021, de las 11:00 hrs, del 19 de diciembre de 2002.

2006-258, de las 08:35 hrs, del 23 de marzo de 2006.

2006-1149, de las 9:30 hrs, del 27 de octubre de 2006.

2007-859, de las 15:40 hrs, del 8 de agosto de 2007.

2007-1356, de las 14:13 hrs, del 24 de octubre de 2007.

Otras fuentes

Departamento de Planificación del Poder Judicial. Anuarios de Estadísticas Judiciales del período 1977-2012.

LA NACIÓN, Colegio de Médicos presentó 60 denuncias por ejercicio ilegal de la profesión en tres años, 13 de junio de 2013.

<http://www.fecoprou.or.cr/>

<http://www.conare.ac.cr/index.php/servicios/leyes-convenios-y-decretos.html>

<http://www.ucr.ac.cr/acerca-u/u-en-breve/historia.html>

http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

CONSIDERACIONES SOBRE LAS CARCELES EN COSTA RICA

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Catedrático
Universidad de Costa Rica

(Recibido 21/04/13 • Aceptado 11/11/13)

(*) Coordinador del Doctorado en Derecho, Universidad de Costa Rica.
Jorgerp10@gmail.com; jorgerp9@yahoo.com
Apartado postal 1264 Y Griega 1011, San José, Costa Rica
Tels. 506- 22501160; 506- 22594844

Resumen: Se hará una presentación acerca de la situación del sistema carcelario en Costa Rica, utilizando un recuento de artículos publicados en la prensa nacional, dos sentencias relevantes de la Sala Constitucional y un informe que le presenta el Ministerio de Justicia a la Defensoría de los habitantes, complementado con una secuencia de datos históricos atinentes a esta materia.

Palabras Claves: Sistema carcelario, Ministerio de Justicia, sentencias judiciales, Defensoría de los Habitantes, derechos humanos.

Abstract: This essay will present the situation of the prison system in Costa Rica, using as a basis an account of articles published in the national press, two relevant decisions of the Constitutional Court, and a report by the Ministry of Justice to the Ombudsman, supplemented with a sequence of historical data regarding this subject.

Keywords: Prison System, Ministry of Justice, court decisions, Ombudsman, human rights.

SUMARIO

Introducción

- I. Información periodística seleccionada
- II. Sentencia de la Sala Constitucional N° 15656 del 2011
- III. Sentencia de la Sala Constitucional N° 17058 del 2013
- IV. Algunos datos históricos pertinentes
- V. Comunicación del Ministerio de Justicia a la Defensoría de los Habitantes

Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

En esta investigación se hará un tratamiento que consistirá en seleccionar alguna de la información periodística reciente sobre el tema de las cárceles en este país.

La información de los periódicos proporciona una visión cercana, práctica y útil, que conforma un perfil de las preocupaciones impactantes y sujetas al debate. De ahí su sentido estratégico. Esta información no permite quedar al margen de los acontecimientos, sino que nos inserta en la realidad y provoca reacciones de los destinatarios del mensaje, que incluso sus emisores pueden no adivinar.

Agregamos además, sentencias o votos de la Sala Constitucional, la **No. 15656 del 2011** y la **17058 del 2013**, relativas a aspectos relevantes del funcionamiento del sistema penitenciario, a las cuales les hago varios comentarios.

Se añade un conjunto de datos históricos muy ilustrativos de la evolución en el tiempo de hitos en el desarrollo de esta perspectiva relativa al sistema carcelario.

Finalmente, se cita una comunicación del 23 de diciembre del 2010, que remitió el Ministerio de justicia a la Defensoría de los Habitantes, que contiene una valiosa información en torno al objeto de la presente investigación.

Enunciar que el sistema carcelario en Costa Rica está en franca crisis, demostrándose en el hecho de que la realidad de la política criminal y penitenciaria es deficiente y no tiene prioridad para la cúpula política.

Esto es contradictorio cuando se invoca el hecho que la llamada “seguridad ciudadana”, es un elemento esencial en las encuestas que se realizan en el país. En el discurso oficial y en los programas de los partidos políticos tradicionales y dominantes, también insertan en el papel digital y físico este tema, pero no tiene prioridad política. A esto contribuye el hecho de que la cantidad de reos empadronados para votar en las elecciones del domingo 2 de febrero del 2014, fueron aproximadamente 8.000 y depositaron el voto cerca de 2.300. Como hay segunda ronda (ballotage, balotaje), el domingo 6 de abril del 2014, se espera que el abstencionismo, que se calculó en un 30% en la primera vuelta, se considera que aumentará debido a que de los dos candidatos a la presidencia, uno por el Partido Liberación Nacional, PLN, (obtuvo

un 29.6% de la votación) y el otro por el Partido Acción Ciudadana, PAC, (obtuvo un 30.6% de la votación), el del PLN renunció a la disputa electoral el día jueves 6 de marzo del 2014; lo cual pronostica fácilmente que ganará la presidencia del país, el candidato que va en solitario del PAC, no importando cuántos electores depositen su voto por este candidato, ya sea en números absolutos o porcentuales, para el día de las elecciones en segunda ronda: domingo 6 de abril del 2014.

I.- INFORMACION PERIODÍSTICA SELECCIONADA

La Nación , sábado 18 de mayo del 2013, Rafael Angel Rodríguez: *de la sobrepoblación penitenciaria:*

La dirección del Organismo de Investigación Judicial, interpone recurso de *hábeas corpus*, a favor de los privados de libertad, que se encuentran reclusos en las celdas judiciales, y que a la fecha no han recibido ingreso en alguna penitenciaría, de parte de Adaptación Social, perteneciente al Ministerio de Justicia, en razón de órdenes de jueces de ejecución de la pena y la Sala Constitucional, que han determinado el cierre de los “Centros de atención integral de adaptación social, por encontrarse éstos con una sobre población que no permite más ingresos de internos y que atenta contra las garantías mínimas carcelarias que regulan los tratados en derechos humanos.

La Nación , jueves 24 de octubre del 2013, las cárceles desbordadas (editorial):

es política de la del sistema penitenciario costarricense. En menos de 8 años, la población penitenciaria nacional creció un 80.4%. 8 de las 14 prisiones existentes han sido objeto de cierres técnicos decretados por la Judicatura.

La prisión de San Sebastián tiene un exceso de población de internos, cercano al 80%.

Diario Extra , jueves 24 de octubre del 2013, Alexander Méndez, hoy vence plazo para reubicar los 370 reos.

Este jueves vence el plazo que el juez Roy Murillo, dio de un mes al Ministerio de Justicia, para que reubique a reos.

La Nación , viernes 25 de octubre del 2013, p. 18-A, Hulda Miranda, juez avala salida de reos que cumplen su pena en el 2015:

Resolución del juez Murillo, cubría a 370 reos que iban a salir este año 2013 o el próximo, pero no se llenó el cupo. Filtros como no tener antecedentes, impedían llegar a esa cifra, según el Ministerio de Justicia.

Este juez, aprobó la salida de la cárcel, de reos que cumplan su sentencia en los próximos 24 meses.

La Nación, viernes 25 de octubre del 2013, p. 6-A, Esteban Mata, candidatos a la presidencia de la República, apoyan sacar a reos por hacinamiento

Alegan los candidatos que el país no debe violentar los derechos humanos de los privados de libertad.

Coinciden en la urgencia de ampliar las cárceles para evitar la sobrepoblación

(Nota: *La Nación, viernes 15 de noviembre del 2013*, Aarón Sequeira, Tribunal Supremo de Elecciones, TSE, llevará 30 juntas –mesas- de votación a las cárceles. 8.713 reos podrían votar en las elecciones presidenciales y para diputados, el domingo 2 de febrero del 2014. En cuanto a votantes ancianos, se instalarán 38 mesas de votación en los hogares para ancianos, para que 2.114 personas de la tercera edad puedan votar. También, habrán 94 mesas de votación, para los 31.559 indígenas votantes.- *La Nación, domingo 2 de febrero del 2014*, David Delgado, reos comienzan a emitir su voto en cárceles: 8.713 reos de un total de 13.754 a setiembre del 2013, podrán votar hoy y son el 63% de la población reclusa.- El resultado final, fue que aproximadamente 3.000 reos votaron. Cuando se escriben estas líneas, no se sabe que ocurrirá en la segunda ronda electoral del domingo 6 de abril del 2014, dado que los candidatos presidenciales respectivamente de los Partidos Liberación Nacional y Alianza Ciudadana, obtuvieron un 30% y un 31% de los votos).

Diario Extra, viernes 25 de octubre del 2013, p. 14, Alexander Méndez, *Ministerio de Justicia no pudo reubicar reos. Sobrepoblación pasó del 84% al 48%*.

El Ministerio de Justicia no pudo reubicar 370 privados de libertad, que se encontraban en la cárcel (nota: “unidad de admisión”- destinada para detenidos sin condena, pero que en la realidad, lo que hay es un grupo mixto: con condena y sin condena) de San Sebastián.

La Nación, sábado 26 de octubre del 2013, p. 18-A, David Delgado, cárceles llenas impiden ingreso de 33 detenidos:

El Organismo de Investigación Judicial, OIJ, presentó este viernes 25 de octubre del 2013, un recurso de hábeas corpus ante la Sala Constitucional, para que le ordene al Ministerio de Justicia recibir a los 33 detenidos, que están reclusos en celdas del OIJ.

La Nación, miércoles 30 de octubre del 2013, p. 15-A, Huilda Miranda, *Juez pide al Ministerio de Justicia verificar perfil de reos que deja salir*:

El juez de la ejecución de la pena, Roy Murillo, le pide al Ministerio de Justicia revisar cuidadosamente el perfil de los reos que están recibiendo el beneficio de excarcelación.

La resolución del juez Murillo, del 24 de setiembre del 2013, determinó que podrían pasar a un régimen semiinstitucional (de confianza), quienes carecieran de antecedentes, causas abiertas; estuvieran próximos a cumplir la pena y tuvieran opción laboral.

La Nación, miércoles 30 de octubre del 2013, p. 13-A, Huilda Miranda, *Corte (Poder Judicial) rechazó orden general de jueces contra el hacinamiento*:

En febrero del 2010, 13 jueces de ejecución de la pena, le ordenaron a la Dirección General de Adaptación Social y al Instituto Nacional de Criminología (del Ministerio de Justicia), “reducir en el plazo máximo de seis meses, la población penal institucionalizada a la capacidad real del sistema penitenciario nacional”.

En la sesión del 15 de febrero del 2010, la Corte Plena del poder Judicial, acordó que los jueces en forma colectiva no podían tomar ese acuerdo, aunque sí de modo individual, para cada caso concreto de acuerdo con el Código Procesal Penal. Esta decisión de los Magistrados, se le comunicó a los 13 jueces. Por esta razón, los jueces interpusieron un recurso de amparo ante la sala Constitucional, argumentando que lo dispuesto por los Magistrados violaba la independencia de los jueces.

El 15 de noviembre del 2010, la Sala Constitucional rechazó este recurso de amparo, con el argumento de que esa solicitud de los jueces sólo la podían hacer en forma individual y no colectiva. Sentencia del Tribunal Constitucional 15656 del 2011.

La Nación, domingo 3 de noviembre del 2013, p. 12-A, Huilda Miranda: *el juez del “hasta aquí” a la sobrepoblación en cárceles*:

En la resolución del juez de ejecución de la pena, Roy Murillo, del 24 de setiembre del 2013, ordenó no llevar más presos a la cárcel ("unidad de admisión") de San Sebastián, exclusiva para la población sin condena.

El juez Murillo determinó que 370 condenados que estaban en la cárcel de San Sebastián, fueran enviados a otros penales; y, que para hacerles espacio en esos recintos, otro grupo de 370 reclusos fueran beneficiados con un régimen de confianza. El Ministerio de Justicia, ya acató esta resolución del juez Murillo.

La Nación, lunes 4 de noviembre del 2013, p. 16-A, Carlos Arguedas, *Reos recién salidos de prisión mataron 32 personas en 2 años*: 14% de los reos liberados volvieron a delinquir; la mayoría cometió asaltos y robos.

También participaron en homicidios ocurridos entre el 2012 y los primeros 10 meses del 2013.

Gerardo Villalobos, exdirector de Adaptación Social del Ministerio de Justicia, sostuvo que las cárceles son absolutamente incapaces de cumplir con la resocialización. Es mentira que las cárceles readaptan.

La Nación, martes 5 de noviembre del 2013, David Delgado: *gobierno mantiene ocioso crédito para construir cárceles*:

El gobierno no ha utilizado hasta hoy, los \$50 millones que el banco Interamericano de Desarrollo, prestó al país desde hace 1 año y 10 meses. Esta suma está incluida en un crédito del BID para seguridad y nuevas prisiones, que el poder Legislativo aprobó en enero del 2012, para utilizar \$132 millones hasta el 2017.

De este dinero, el 38% sería usado para construir 2.700 espacios en 15 cárceles, pero todavía no se han publicado los carteles de la licitación, los cuales están siendo revisados por el BID.

El crédito del BID destina otros \$39 millones para la construcción de 5 centros cívicos, \$23 millones para fortalecer las delegaciones del Ministerio de Seguridad Pública y \$6 millones para crear una agencia de formación de policías, entre otros componentes.

Hasta agosto pasado (2013) el gobierno le había pagado al BID, \$565.000 en comisiones por el dinero no utilizado, más intereses.

La Ministra de Justicia afirmó que ese préstamo no va a solucionar el hacinamiento de los internos.

La Nación, viernes 8 de noviembre del 2013, p. 18-A, David Delgado, *40 excarcelados regresaron a prisión, según la Ministra de Justicia*:

La Ministra de justicia, Ana Isabel Garita, afirmó que este jueves 7 de noviembre del 2013, ya habían regresado a la cárcel, 40 reos de los pertenecientes a los 370 liberados entre el 21 y el 31 de octubre del 2013, como medida para disminuir el hacinamiento.

El financiero, semana del 11 al 17 de noviembre del 2013, p. 34, Gilda González, problema de prisiones no es de plata; es legal:

El colapso de las cárceles que tiene el país en jaque, principalmente desde hace 5 años, antes que una solución de dinero, requiere de una revisión integral de la política criminal vigente.

El sistema carcelario pasó de tener una población penal de 7.700 personas en el 2006, a casi el doble en la actualidad: 13.500, ubicadas en mismo espacio.

El exministro de justicia, Hernando París, afirma que la política criminal del país, hay que revisarla, para lograr un mejor manejo de la prisión preventiva.

La Nación, domingo 22 de diciembre del 2013, Hulda Miranda: aquí no cabe ni un preso más.

Antes de terminar sus condenas, 370 delincuentes salieron de prisión este año.

Esta liberación de reos nació de un juez de ejecución de la pena, Roy Murillo, que se hartó del hacinamiento en las prisiones.

Hay también, sentencias de la Sala Constitucional, que han ordenado disminuir la población carcelaria.

Hay un total de 13.000 internos en las cárceles. El 36% de ellos, han entrado a las celdas a empujones.

De ese grupo de reos, liberados por el juez, empezaron a ser detenidos por nuevos delitos, incluido el homicidio .

La Nación, martes 14 de enero del 2014, Hulda Miranda, *policías de cárceles, del Ministerio de Justicia exigen salario igual al de la Fuerza Pública, del Ministerio de Seguridad Pública:*

Estos policías exigen pago pendiente por trabajar horas extras.

Decenas de policías de la cárcel de San Sebastián (Ministerio de Justicia), se manifestaron enfrente de esta cárcel, reclamando igual salario que los que se pagan en el Ministerio de Seguridad Pública.

La Nación, martes 21 de enero del 2014, Huld Miranda, *700 policías de cárceles van a las calles por salarios:*

700 policías de cárceles, del Ministerio de Justicia, protestan en las calles por salarios.

También reclaman el pago de horas extras, lo cual habían ganado desde el 2009, cuando un policía de este cuerpo, hizo un reclamo laboral en el Poder judicial, y lo ganó.

Pero, el gobierno no ha pagado desde el año 2000, estas horas extras.

La Ministra de Justicia dijo que ese pago se hizo en el 2013, pero hay una deuda pendiente de arreglar del 2000 al 2012.

La Nación, viernes 31 de enero del 2014, Sofia Akepsimidis: *candidatos presidenciales urgen uso de préstamo para las cárceles*

El crédito del BID fue aprobado por el Poder Legislativo en el 2012.

Esos recursos financieros ascienden a \$132 millones, de los cuales \$110 millones son para cárceles.

La Nación, martes 4 de marzo del 2014, pp. 1primera y 12-A, David Delgado, *Estados Unidos desnuda graves abusos en cárceles ticas:*

Crítica condición de hacinamiento en que viven 14.000 reos. Misión imposible: habría que construir una cárcel cada dos meses para atender a estas personas dice Ministra de Justicia Ana Garita; y, que recibe con preocupación este informe de los Estados Unidos.

Un informe del Departamento de Estado de los Estados Unidos, desnuda graves abusos cometidos en perjuicio de los derechos humanos de los reos en las cárceles ticas, durante el 2013, causados por la sobrepoblación.

Según esta informe, para agosto del 2013, habían:

13.694 personas en el programa institucional,

14.942 en la comunidad,

2.125 en la modalidad de semiabierta,

739 personas en penal juvenil y

847 mujeres,

A junio del 2013, habían 3.184 indiciados, presos sin condena, ello implica un 23% del total de los encerrados.

En la cárcel de San Sebastián (en la capital, San José) estaban encerrados 1.159 personas, pero solo caben 664.

El Magistrado de la sala Constitucional, Gilbert Armijo afirmó que la situación en que se vive en las cárceles es el talón de Aquiles en materia de derechos humanos, lo cual es vergonzoso.

La Nación, miércoles 5 de marzo del 2014, p. 15-A, David Delgado, Estados Unidos, USA, pide a diputados (costarricenses) analizar con seriedad la situación de las cárceles:

Comunicado de la embajada de los Estados Unidos tras informe sobre derechos humanos: USA señala que se debe utilizar el préstamo por \$132 millones otorgados por el BID, Banco interamericano de Desarrollo. Costa Rica se debe concentrar en la construcción de prisiones y aprobar e implementar ese préstamo.

II. Sentencia de la Sala Constitucional, No. 15656 del 2011:

(Nota: se indicó que en La Nación, miércoles 30 de octubre del 2013, p. 13-A, Hilda Miranda, Corte -Poder Judicial- rechazó orden general de jueces contra el hacinamiento:

En febrero del 2010, 13 jueces de ejecución de la pena, le ordenaron a la Dirección General de Adaptación Social y al Instituto Nacional de Criminología (del Ministerio de Justicia), “reducir en el plazo máximo de seis meses, la población penal institucionalizada a la capacidad real del sistema penitenciario nacional “.

En la sesión del 15 de febrero del 2010, la Corte Plena del poder Judicial, acordó que los jueces en forma colectiva no podían tomar ese acuerdo, aunque

sí de modo individual, para cada caso concreto de acuerdo con el Código Procesal Penal. Esta decisión de los Magistrados, se le comunicó a los 13 jueces. Por esta razón, los jueces interpusieron un recurso de amparo ante la sala Constitucional, argumentando que lo dispuesto por los Magistrados violaba la independencia de los jueces.

El 15 de noviembre del 2010, la Sala Constitucional rechazó este recurso de amparo, mediante sentencia No. 15656 del 2011, con el argumento de que esa solicitud de los jueces sólo la podían hacer en forma individual y no colectiva.

Esta sentencia es muy relevante y novedosa, razón por la cual se cita a continuación)

Considerando I.- Objeto del recurso.

Los recurrentes cuestionan el acuerdo de Corte Plena tomado en la sesión número 05-10 del quince de febrero del dos mil diez, artículo XXIV, reiterado en la sesión número 08-2010 artículo XXVIII, celebrada el quince de marzo del dos mil diez donde se dispuso no comunicar al Ministro de Justicia y Paz, la medida correctiva dictada en la Reunión Nacional de Jueces de Ejecución de la Pena, donde se ordena al Director General de Adaptación Social y al Instituto Nacional de Criminología, reducir, en el plazo de seis meses, la población penal institucionalizada a la capacidad real del sistema penitenciario (100%). Estiman que dicho acuerdo infringe el principio de independencia judicial.

Considerando II.- Hechos probados.

De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos según lo prevenido en el auto inicial:

- 1.- Mediante oficio recibido en la Secretaría General de la Corte, en fecha nueve de febrero del dos mil diez, los jueces de ejecución de la pena, Carla Bonilla Ballester, Vanessa Castro Herrera, Leda Corrales Barboza, Pilar Gómez Marín, Hernán Ovarés Alvarado, Mario Rodríguez Arguedas, Astrid Rodríguez Rodríguez, y Michelle Vega Murillo; a través de Guillermo Fallas González, asistente judicial del Juzgado de Ejecución de la Pena del Primer Circuito Judicial de San José, remitieron medida correctiva dirigida al Director General de Adaptación Social y al Instituto Nacional de Criminología, con el fin de que esa Secretaría, la comunicara al Ministro de Justicia y Paz.

- 2.- Dicha medida ordena al Director General de Adaptación Social y al Director del Instituto Nacional de Criminología, reducir en el plazo máximo de seis meses, la población penal institucionalizada a la capacidad real del sistema penitenciario nacional (100%), debiendo comunicar dentro del primer mes a los jueces, a través del Juzgado de Ejecución de la Pena del Circuito Judicial de Puntarenas, la estrategia técnica y las medidas administrativas a través de las que se dará cumplimiento a lo ordenado en el plazo establecido.
- 3.- El señor Presidente de la Corte, Luis Paulino Mora Mora elevó la gestión a conocimiento de Corte Plena, por considerar que por razones de incompetencia de los jueces, no debía efectuar la comunicación, a fin de que éste Órgano decidiera al respecto.
- 4.- Corte Plena en sesión número 05-10 del quince de febrero del dos mil diez, artículo XXIV acordó comunicar al Consejo de Jueces de Ejecución de la Pena, que como cuerpo colegiado carecen de atribuciones legales para emitir órdenes de carácter general, pues con esas actuaciones exceden su competencia jurisdiccional e invaden las propiamente administrativas de Órganos de otro Poder de la República.
- 5.- En la sesión de Corte Plena número 08-2010 artículo XXVIII, celebrada el quince de marzo del dos mil diez, se reitera el acuerdo anterior, disponiéndose la comunicación del mismo al Ministro de Justicia y Paz.

Considerando III.- Sobre las funciones del juez de ejecución de la pena.

La figura del juez de ejecución de la pena, como se concibe hoy día, tuvo su origen en el Código Procesal Penal, ley número 7594. Se trata de una autoridad judicial, que actúa con plena independencia, unipersonal y ejerce sus funciones en un ámbito territorial determinado. Esa competencia territorial fue definida en la sesión de Corte Plena número 43-97, artículo XXI. Es el encargado del efectivo cumplimiento de la sanción penal y la medida de seguridad, así como de asegurar el respeto a los derechos de los internos y el principio de legalidad en la actividad de la Administración Penitenciaria. En los artículos 467 y siguientes del Código Procesal Penal se establecen las atribuciones encomendadas a este órgano. El artículo 468 dispone que lo relativo a las fijaciones, extinción, sustitución o modificación de la pena o medidas de seguridad, con posterioridad a la primera

fijación por parte del tribunal de sentencia, es competencia del juez de ejecución de la pena, para lo cual, el Ministerio Público, el querellante, el condenado y su defensor podrán plantear, los incidentes que correspondan (artículo 469). El artículo 473 señala:

Artículo 473.- Atribuciones de los jueces de ejecución de la pena. Los jueces de ejecución de la pena controlarán el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de las finalidades constitucionales y legales de la pena y de las medidas de seguridad. Podrán hacer comparecer ante sí a los condenados o a los funcionarios del sistema penitenciario, con fines de vigilancia y control.

Les corresponderá especialmente:

- a) Mantener, sustituir, modificar o hacer cesar la pena y las medidas de seguridad, así como las condiciones de su cumplimiento.
- b) Visitar los centros de reclusión, por lo menos una vez cada seis meses, con el fin de constatar el respeto de los derechos fundamentales y penitenciarios de los internos, y ordenar las medidas correctivas que estimen convenientes.
- c) Resolver, con aplicación del procedimiento previsto para los incidentes de ejecución, las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecten sus derechos.
- d) Resolver, por vía de recurso, las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.
- e) Aprobar las sanciones de aislamiento por más de cuarenta y ocho horas, en celdas.

De esta última norma se infiere que el juez de ejecución de la pena tiene la obligación de visitar los centros de reclusión, por lo menos una vez cada seis meses, con el fin de constatar el respeto de los derechos fundamentales y penitenciarios de los internos, y ordenar las medidas correctivas que estime convenientes. Según establece la ley, las medidas correctivas puede dictarlas de oficio, o bien, como resultado de una queja interpuesta por un privado de libertad.

Comentario:

Este Considerando III: Sobre las funciones del juez de ejecución de la pena, en el cual se delimitan las funciones que tiene a su cargo

el juez de la ejecución de la pena: se trata de una autoridad judicial, que actúa con plena independencia, unipersonal y ejerce sus funciones en un ámbito territorial determinado. Es el encargado del efectivo cumplimiento de la sanción penal y la medida de seguridad, así como de asegurar el respeto a los derechos de los internos y el principio de legalidad en la actividad de la Administración Penitenciaria.

El artículo 473 del Código Procesal Penal señala cuáles son las atribuciones de los jueces de ejecución de la pena. De este se conocen los alcances que proporciona el principio de legalidad, tanto en el plano general como en el específico.

Considerando IV- Sobre el contenido del principio de independencia judicial

El principio de independencia judicial, está contemplado en los artículos 14 inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el 8 inciso 1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También está regulado en los “Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura”, aprobados en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985. En estos se señala que la independencia de la judicatura, deberá garantizarse por el Estado y proclamarse por la Constitución o la legislación del país. Además se indica que los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y, en consonancia, con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo, y que toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los Tribunales de justicia ordinarios, con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. También se infiere de lo dispuesto en los artículos 9, 153 y 154 de la Constitución Política. La Sala Constitucional se ha referido a dicho principio en los siguientes términos:

“En cuanto al principio de independencia judicial, debemos señalar que constitucionalmente este principio deriva del artículo 153 de la Constitución Política que señala:

“Corresponde al Poder Judicial además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso-administrativas así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad

de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario.”

El artículo 154 constitucional, en este mismo sentido indica:

“El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos.”

El marco jurídico establecido constitucionalmente relacionado con la independencia judicial se ve complementado por los artículos 1 a 8 al de la Ley Orgánica del Poder Judicial que desarrollan los presupuestos constitucionales. Debemos hacer referencia además de los artículos 162 al 173 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que hacen mención de la jurisdicción y competencia de los jueces, en especial interesa citar los siguientes:

“Artículo 162. La facultad de administrar justicia se adquiere con el cargo al que está anexa y se pierde o suspende para todos los negocios cuando, por cualquier motivo, el juez deja de serlo o queda suspendido temporalmente en sus funciones.”

“Artículo 165. Todo juez tiene limitada su competencia al territorio y a la clase de asuntos que le estén señalados para ejercerla; las diligencias que los procesos de que conozca exijan se hagan en el territorio de otro juez, sólo podrán practicarlas por medio de éste, salvo autorización legal en contrario. El juez sólo podrá conocer de los asuntos no sometidos a su competencia, cuando le fuere legalmente prorrogada o delegada.”

Tomando en consideración el marco jurídico anterior, esta Sala considera que el principio de independencia del juzgador podría definirse como aquella potestad dada por la Constitución y la ley por medio de la cual el juez, cumpliendo en su ámbito competencial y jurisdiccional ejerce el poder que le ha sido delegado por el Estado de resolver un conflicto planteado por los particulares o por la misma Administración.

Este principio va ligado directamente a los principios de unidad y monopolio de la jurisdicción, así como de imparcialidad y competencia. La independencia judicial se manifiesta en diversos planos, en el plano externo, se traduce por la autonomía del Poder Judicial en materia económica y por la inamovilidad de su personal, así como, en lo funcional, por la posibilidad real de tomar sus decisiones de acuerdo con criterios propios y no como resultado de presiones procedentes de determinados grupos, instituciones o personas.

Ahora bien, en el plano interno, la independencia consiste en la autonomía de que deben gozar en sus decisiones las instancias judiciales inferiores con respecto a las de rango superior. Además, en un Estado Democrático y de Derecho como el nuestro, la otra cara de la independencia es la responsabilidad del personal judicial, así como el control sobre sus actividades. Sobre el contenido y naturaleza de la independencia judicial interna el aparato judicial supone, que los tribunales inferiores gozan de autonomía en sus decisiones jurisdiccionales con respecto a los de rango superior. Sin embargo, legalmente no constituye una violación a este principio la existencia de los recursos tradicionalmente previstos por la ley (apelación, revisión, casación y otros), a menos que sean utilizados en forma irregular.

“Esta Sala en la **Sentencia No. 2838-1998**, refiriéndose al *principio de independencia e imparcialidad* ha indicado: La independencia e imparcialidad del juez constituyen conceptos relacionados entre sí y son indudablemente principios constitucionales en un régimen político como el nuestro. La independencia determina que el juez esté solo sometido a la Constitución y a la Ley y la imparcialidad significa que para la resolución del caso el juez no se dejará llevar por ningún otro interés fuera del de la aplicación correcta de la ley y la solución justa del caso.” (**Sentencia 5493-2000**).

Comentario:

Este considerando IV, se refiere al contenido del principio de independencia judicial, que fue invocado por los jueces ejecutores de la pena, en su recurso de amparo.

La Sala Constitucional, en esta sentencia afirma que en la **Sentencia No. 2838-1998**, refiriéndose al principio de independencia e imparcialidad (de los jueces) ha indicado:

La independencia e imparcialidad del juez constituyen *conceptos relacionados entre sí y son indudablemente principios constitucionales en un régimen político como el nuestro. La independencia determina que el juez esté solo sometido a la Constitución y a la Ley y la imparcialidad significa que para la resolución del caso el juez no se dejará llevar por ningún otro interés fuera del de la aplicación correcta de la ley y la solución justa del caso.*” (**en igual sentido la sentencia 5493 del 2000**).

Conuerdo con el criterio de este Tribunal Constitucional.

Considerando V.- Incompetencia de los jueces de ejecución para dictar medidas correctivas en forma conjunta y general.

De conformidad con el principio de legalidad, que rige el Derecho Público

en general, toda actuación o conducta de los entes y órganos del Estado, debe estar autorizada por el ordenamiento jurídico de forma expresa o razonablemente implícita. En el caso que se analiza, si bien es cierto, los jueces de ejecución de la pena, en cada una de sus jurisdicciones, están legitimados para dictar medidas correctivas, ya sea de oficio o bien, ante la interposición de una queja; esto es, única y exclusivamente en su carácter de juez unipersonal y en el ejercicio de la competencia territorial que le hubiere sido asignada y no en forma conjunta y general, como si se tratase de un cuerpo colegiado de jueces nacionales. No existe legalmente constituido un cuerpo de jueces que pueda tomar decisiones jurisdiccionales colectivas.

El hecho de que el “acuerdo” se tomara por unanimidad no excluye el hecho de que los funcionarios no tenían posibilidad legal de actuar en forma colectiva y tomar decisiones vinculantes para toda la Administración Penitenciaria, pues no existe normativa que lo permita. Lo anterior no obsta para que los jueces de ejecución de la pena del país se reúnan, intercambien sus criterios sobre las problemáticas particulares de cada zona o circuito judicial y adopten acuerdos de tipo administrativo, pero eso no implica que sin respaldo legal alguno, puedan emitir medidas correctivas o decisiones jurisdiccionales colectivas. En ese sentido, es fundamental para la competencia del Órgano, que la misma esté asignada por ley, lo cual no sucede en este caso.

Comentario:

Este Considerando V se refiere a la Incompetencia de los jueces de ejecución para dictar medidas correctivas en forma conjunta y general.

Concuerdo con el criterio del Tribunal Constitucional, en el sentido de que no existe legalmente constituido un cuerpo de jueces que pueda tomar decisiones jurisdiccionales colectivas.

Por el principio de legalidad los funcionarios (jueces de la ejecución de la pena) no tenían posibilidad legal de actuar en forma colectiva y tomar decisiones vinculantes para toda la Administración Penitenciaria, pues no existe normativa que lo permita.

Se recuerda que el principio de legalidad, propio del Derecho Público, significa que el Estado y los funcionarios públicos pueden actuar (los jueces son funcionarios públicos), si hay una ley que habilita esa actuación (sentido positivo).

En el sentido negativo: El Estado y los funcionarios públicos NO pueden actuar si una ley NO los autoriza.

Cabalmente, *el principio de legalidad en el Derecho Público* tiene la importante función de evitar la arbitrariedad en la actuación del Estado y de los funcionarios públicos .

Considerando VI.- Inexistencia de lesión al principio de independencia judicial

Al analizar los acuerdos de Corte Plena, objeto de impugnación, se observa que en ningún momento revocan o dejan sin efecto las medidas dictadas por los jueces, sino que lo que se decide es no comunicarlas al Poder Ejecutivo, específicamente a la persona del Ministro de Justicia y Paz, por estimar que en este caso concreto, los jueces actuaban fuera de sus competencias. Como se señaló, en la estructura organizacional del Poder Judicial, no se prevé ningún cuerpo colegiado de jueces de ejecución, que pueda tomar decisiones en conjunto. Por otra parte, los jueces, cuando hacen uso de su poder jurisdiccional y emiten órdenes a los diferentes funcionarios, entes u órganos del Estado, lo comunican en forma directa, sin que ello deba realizarse a través de la Secretaría General de la Corte. Ejemplo clarísimo lo constituyen todas las órdenes que emite la jurisdicción contencioso administrativa a la Administración o incluso las que emite esta Sala a Ministros de las diferentes carteras. La decisión del Jefe de la Corte, de someter el asunto a Corte Plena, fue tomada al amparo de lo dispuesto en el artículo 60 incisos 9 y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y no incide en el ejercicio de la independencia y competencia jurisdiccional de los recurrentes. Con base en lo anteriormente expuesto, se declara sin lugar el recurso.

Comentario:

En este considerando VI, sobre la inexistencia de lesión al principio de independencia judicial, en la estructura organizacional del Poder Judicial, no se prevé ningún cuerpo colegiado de jueces de ejecución, que pueda tomar decisiones en conjunto. Por ello el principio de legalidad NO ampara esta actuación.

La decisión del Presidente del Poder Judicial, de someter el asunto a Corte Plena, fue tomada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 60 incisos 9 y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ; y, no incide en el ejercicio de la independencia y competencia jurisdiccional de los recurrentes. Y, por ello No viola esa independencia y competencia de los jueces de la ejecución de la pena que han interpuesto este recurso de amparo. Por esta razón, se declara sin lugar el recurso que han interpuesto.

III. Sentencia de la Sala Constitucional No. 17058 del 2013:

La siguiente *sentencia 17058 del 2013* el *Tribunal Constitucional* se refiere al tema de la sobrepoblación o hacinamiento en las cárceles, a la vez se citan otras sentencias sobre el mismo aspecto:

Sobrepoblación penal no puede ser mayor a un 20% .-Sentencia 17058-2013

“...El problema carcelario en nuestro país no es nuevo para la Sala, pues quejas en este sentido se le han expuesto también en relación con el Centro de Atención Institucional El Buen Pastor, la Comandancia de Golfito y hasta el Centro de Atención Institucional La Reforma, según se puede apreciar en las **sentencias número 5091-96, 4576-96, la 1774-97 y 1801-98**, entre otras. Lo que sucede ahora es que, ante la magnitud de la denuncia que presenta el Juez de Ejecución de la Pena en relación con el caso del Centro de Atención Institucional de San José, no puede la Sala Constitucional soslayar su deber como garante de los derechos fundamentales de los habitantes del país, permitiendo que un estado de flagrante violación a la dignidad humana continúe en el centro penal cuya situación es objeto de conocimiento en este amparo, con la consecuente transgresión a compromisos internacionales adquiridos por el país, por ejemplo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Y es que no se trata de una situación de simple sobrepoblación penal que provoca “incomodidad” a las personas privadas de libertad, sino de un franco hacinamiento, puesto que según datos aportados por el Juez de Ejecución de la Pena, en ese Centro Penal la sobrepoblación es alrededor del doscientos por ciento, sobrepasando lo que se ha denominado un “hacinamiento crítico”, es decir, cuando en un centro penitenciario hay una densidad superior o igual a ciento veinte detenidos por cien lugares realmente disponibles (Comité Europeo Para los Problemas Criminales “Reporte Final de Actividad”, 13 de julio de 1999, página 50), lo que aparte de poner al país en situación de incumplimiento con convenios internacionales, eventualmente podría también poner en peligro la salud física y mental de las personas privadas de libertad, así como convertirse en un medio propicio para acrecentar el clima de violencia, que de por sí es propio del medio carcelario, con las lamentables consecuencias que ello puede acarrear y que son de todos conocidas, como agresiones, violaciones y hasta muertes provocadas entre los mismos reclusos, incluyendo los suicidios. Sobre este particular, debe siempre tener presente la Administración Penitenciaria que la condición de persona y la dignidad inherente a ella acompañará al ser humano en todos y cada uno de los momentos de su vida, cualquiera que fuere la situación en que se encontrare, aunque hubiere traspasado las puertas de una institución penitenciaria, de forma tal que la actividad que en ella se efectúa debe ser ejercida respetando siempre la personalidad humana de los reclusos...” Sentencia 7484-2000 (Este criterio fue reiterado en las sentencias: 13912-2011, 14066-2011, 12883-2010, 1075-2012, 6018-2012, 13209-2013).

“...En lo medular lo que la recurrente denuncia es el problema de sobrepoblación penal en el Centro de Atención Institucional de San José y las malas condiciones en que los privados de libertad conviven, lo que atenta contra sus derechos fundamentales. Para la recurrente, lo más grave es el hecho de que el Juez de Ejecución de la Pena del Primer Circuito Judicial de San José constató ese incremento de la población penal, así como una cantidad de personas que no cuentan con camas para dormir sino que lo hacen en colchonetas, y las

autoridades penitenciarias lejos de reducir el número de ingresos más bien tratan de incrementarlo mediante solicitudes ante ese órgano judicial. En ese sentido, el Director del Centro de Atención Institucional de San José pidió el redimensionamiento de la resolución del Juez de Ejecución de la Pena del Primer Circuito Judicial de San José de las ocho horas treinta y cinco minutos del dieciséis de diciembre de dos mil dos, que ordenó a la autoridades penitenciarias no recibir más privados de libertad y disminuir en el plazo de tres meses la población penal hasta llegar a la capacidad real de ese centro carcelario (quinientos ochenta y ocho privados de libertad). El juzgador accedió a la petición de tener un veinte por ciento más de privados de libertad, por cada cien, siempre que no exceda de setecientos cuatro y no sobrepasen de más de dieciséis reclusos por sección. El pronunciamiento se redimensionó en el entendido de que el porcentaje de sobrepoblación es por seis meses, al vencer este plazo, el centro debe tener la capacidad real de quinientos ochenta y ocho personas, con el fin de que las autoridades penitenciarias busquen alternativas de ubicación pertinentes para las personas indiciadas. El juzgador trató con ello de paliar el grave problema de ubicación de personas privadas de libertad, teniendo en cuenta la capacidad del centro penal y lo resuelto por esta Sala en la **sentencia 7484 - 2000**, que le ordenó a la Ministra de Justicia, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la sentencia, poner el Centro de Atención Institucional de San José en condiciones de respeto a las *“Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”*, adoptadas por la Organización de las Naciones Unidas, pues se encontraba dentro del plazo establecido por aquel pronunciamiento.

Ahora bien, la Administración Penitenciaria no ha dado muestras de cumplir con los términos del fallo de esta Sala, es decir, reducir paulatinamente el número de internos que se tienen en el Centro Institucional de San José, de manera que se reconozca, a las personas que en él se encuentra privadas de libertad, condiciones que permitan una convivencia digna de todo ser humano, pues más bien acude a la autoridad judicial para sea esta la que le resuelva el problema, cuando se trata de una solución que debe venir de los funcionarios que se encuentran encargados de la custodia de los privados de libertad...” Sentencia 2116-2003.

“...El deterioro de las condiciones de vida de los internos, es un tema recurrente, que en este caso cobra relevancia porque en el centro carcelario sobre el que gravita este amparo, existe una sobrepoblación penitenciaria que excede el nivel constitucionalmente aceptable, situación que pervierte totalmente el sentido y la finalidad de la pena privativa de la libertad en un estado social y democrático de derecho, convirtiendo su ejecución en una sanción cruel e inhumana. La privación de libertad en esas condiciones pierde legitimidad constitucional, por este motivo estimo que en este caso se le debe conceder a la autoridad penitenciaria un plazo de sesenta días con el fin que formule un plan que permita reducir, a un veinte por ciento, la sobrepoblación penitenciaria en esa sección, que es el límite máximo admitido por la jurisprudencia de este tribunal. No deberá la autoridad recurrida ingresar más internos a la sección mencionada y de ser necesario, deberá establecer un plan que permita

planificar el ingreso de los internos al centro penitenciario, conforme a una fecha predeterminada, según la gravedad y naturaleza de la condena penal impuesta, todo con el propósito de mantener la población penitenciaria dentro de márgenes aceptables constitucionalmente, según la doctrina definida en los precedentes de esta Sala...” **Sentencia 17058-2013**.

Comentario:

Bien afirma esta sentencia que no se trata de una situación de simple sobrepoblación penal que provoca “incomodidad” a las personas privadas de libertad, sino de un franco hacinamiento, puesto que según datos aportados por el Juez de Ejecución de la Pena, en ese Centro Penal la sobrepoblación es alrededor del doscientos por ciento, sobrepasando lo que se ha denominado un “hacinamiento crítico”, es decir, cuando en un centro penitenciario hay una densidad superior o igual a ciento veinte detenidos por cien lugares realmente disponibles (Comité Europeo Para los Problemas Criminales “Reporte Final de Actividad”, 13 de julio de 1999, página 50), lo que aparte de poner al país en situación de incumplimiento con convenios internacionales, eventualmente podría también poner en peligro la salud física y mental de las personas privadas de libertad, así como convertirse en un medio propicio para acrecentar el clima de violencia, que de por sí es propio del medio carcelario, con las lamentables consecuencias que ello puede acarrear y que son de todos conocidas, como agresiones, violaciones y hasta muertes provocadas entre los mismos reclusos, incluyendo los suicidios.

Sin duda lleva razón el Tribunal Constitucional, al afirmar que la privación de libertad en esas condiciones pierde legitimidad constitucional (**sentencia17058-2013**).

Estas sentencias prueban que Costa Rica está violando convenios internacionales en materia de derechos humanos y a la vez transgrede la normativa local en esta materia.

IV.- ALGUNOS DATOS HISTÓRICOS PERTINENTES

- 1832** Lugar de Castigo para Mujeres en Matina
- 1841** Primer Código Penal
- 1874** Abolición de la Pena de Muerte por el Gobierno de Tomas Guardia.
- 1874-1991** Isla de San Lucas un centros penales de mayor abandono humano. *José León Sánchez, preso en este lugar escribió la novela La isla de los hombres solos.* Muchos años después el Poder Judicial declaró inocente a este escritor.
- 1880** Se promulga el Código Penal
- 1893** Código Penal suizo, que da lugar al Código de Procedimientos Penales
- 1906-1979** Penitenciaria Central . Esta cárcel tenía capacidad para 480 internos pero llego a tener 2000.
- 1941** Se promulga el Código Penal
- 1952** Apertura de la cárcel de mujeres del Buen Pastor, en San Rafael de Desamparados, San José. En **1985**, deja de estar en manos de monjas, religiosas, para quedar bajo la administración del Ministerio de Justicia, Adaptación Social.
- 1953** Se promulga la Ley de defensa social
- 1970** Se promulga el nuevo Código penal
- 1971** Se crea el Centro de Rehabilitación de la Reforma cárcel para personas de mayor peligrosidad con un récord de crímenes. Tiene capacidad para 1000 internos pero ha llegado tener 2200.
- 1971** Se crea la Dirección General de adaptación Social en sustitución del Consejo Superior de Defensa Social
- 1973** Se promulga el nuevo Código de Procedimientos Penales
- 1979** Se inaugura el Centro para mujeres menores Amparo Zeledón.

- 1981-2001** Unidad de Admisión de San Sebastián, San José. Se creó para recibir aquellas personas que son indicadas (presos sin condena), la cual duraría 30 días máximo. Tiene capacidad para 450 internos. Actualmente se le conoce como una bodega de seres humanos pues ha llegado a una sobre población del 300% hasta 1500 personas, esta cárcel carece de condiciones físicas, no tiene buena ventilación ni mobiliario; no cuenta con espacios ni de recreación ni de educación.
- 2000** La sala IV dicta sentencia judicial contra el penal de San Sebastián por la sobrepoblación y condición inhumana.

V.- Comunicación del Ministerio de Justicia a la Defensoría de los Habitantes

San José, 23 de diciembre de 2010 DMJ P-2848-12-1 O

Señora

Ofelia Taitelbaum Y.

Defensora de los Habitantes de la República

S. D.

Estimada señora:

Acuso recibo de su oficio DH-71 0-201 O, en el cual me solicita información sobre tres temas:

- a) La situación de sobrepoblación en el sistema penitenciario y el estado de avance del trámite para la obtención de un préstamo con el Banco Interamericano de Desarrollo para seguridad y prevención;
- b) La situación de infraestructura presentada en el Centro de Atención Institucional El Buen Pastor; y
- c) las respuestas del Gobierno en materia de seguridad ante el “incremento en la criminalidad y la violencia en el país”.

Paso a responder las interrogantes en las tres áreas mencionadas.

A). Sobrepoblación en el sistema penitenciario

Bien señala la Defensoría de los Habitantes que existe una grave situación de sobrepoblación en el sistema penitenciario, que ronda el 20%.

En realidad, Costa Rica tiene sus cárceles sobrepobladas . En los últimos tres años se han dado numerosas condenas por parte de la Sala Constitucional por la situación de hacinamiento, malas condiciones de salud y violación de derechos fundamentales. Existen además diversas órdenes sanitarias y judiciales de cierre de varios centros penitenciarios.

En los últimos tres años se ha incrementado vertiginosamente la población privada de libertad y se ha incrementado el uso de la prisión preventiva, por lo cual los presos sin condena representan hoy una cuarta parte de la población privada de libertad.

Todo lo anterior provoca que la infraestructura actual sea insuficiente para albergar a los privados de libertad que hoy ocupan las cárceles, genera dificultades presupuestarias en el renglón de avituallamientos y un grave deterioro de la relación numérica entre personas privadas de libertad y funcionarios (técnicos y de seguridad).

A estos temas me referí en una reciente entrevista dada a Diario Extra, publicada el pasado miércoles 8 de diciembre (del 2010).

A noviembre de 2010, esta era la situación:

~ Capacidad total del sistema: 8.536

- Población: 10.504

~ Sobrepoblación: 1968

~ Porcentaje de sobrepoblación: 23.6%

En el caso de la población penitenciaria que se encuentra en situación de indiciada o presos sin condena, la situación es la siguiente:

~ Capacidad Total: 2391

~ Población: 2710

~ Sobrepoblación: 13.3%

~ Porcentaje sobre población total:25.7%

1.- ¿Cuáles son las posibles causas del incremento en la población penitenciaria?

Desde luego, se ha dado un incremento en la criminalidad. Un ejemplo claro es la tasa de homicidios por cada 100 mil habitantes, que se triplicó de 1994 a 2009. Hoy ronda los 12 homicidios por cada 100 mil habitantes. Pero también en los últimos tres años se dieron mayores recursos a la policía y a los jueces, sin incrementar lo propio en materia penitenciaria. A ese tema hago referencia en el artículo que publiqué en el periódico La Nación, del lunes 6 de septiembre de 2010, titulado “¿Para qué construir más cárceles” .

En otros aspectos, se crearon los Tribunales de Flagrancia, se utiliza más el proceso abreviado, se incrementó el uso de la prisión preventiva a grado tal que hoy la cuarta parte de la población privada de libertad son presos sin condena, existe una mayor presencia policial, e incluso hoy se comienzan a reflejar en el tiempo las medidas legales adoptadas en 1994, cuando se incrementó el límite máximo de cumplimiento de las penas, de 25 a 50 años, se incrementaron las penas por los delitos contra la vida, contra la propiedad y los delitos sexuales y, finalmente, se suprimió el beneficio del cómputo de la pena desde el día cero.

2. Soluciones a implementar

Pese a que un período de cuatro años es realmente corto para resolver un problema que se acumula por veinte años, se ha preparado y ya se comenzó a ejecutar un plan remedial que comprende lo siguiente:

- a) 700 espacios 2010-2011. Se previó la construcción de 20 módulos de baja contención que habilitará al menos 700 nuevos espacios carcelarios en San Rafael (Alajuela), Puntarenas, Limón, Pérez Zeledón, San Carlos y Liberia, que son precisamente los centros penitenciarios que tienen mayores problemas de sobrepoblación.

Para esto, en junio pasado se pidió a la Contraloría General de la República autorización para acudir a un proceso de contratación directa concursada, lo cual permitió que en un plazo muy corto se cumpliera con todo el trámite necesario para la contratación de dichas obras. Las obras empezaron en octubre recién pasado y se espera estén concluidas entre enero y marzo de 2011.

- b) 700 espacios 2011-2012. Se prevén obras para ampliar la capacidad del sistema en otros 700 espacios, entre el 2011 y el 2012. En este

momento se está en la planeación de las obras para iniciar los procesos de contratación a la brevedad posible. Se prevé realizarlas con cargo al presupuesto nacional; para ello, es necesaria la autorización de un Presupuesto Extraordinario que estamos próximos a enviar al Ministerio de Hacienda.

- c) 2700 espacios 2012-2014. Como parte del préstamo solicitado al Banco Interamericano de Desarrollo, al cual hace referencia la nota de la señora Defensora de los Habitantes, se prevé la construcción de 2000 espacios carcelarios destinados a varones, así como 700 espacios para mujeres, en ambos casos bajo la modalidad de talleres productivos Y espacios para la atención de adicciones, Y en el caso de las mujeres, además, considerando el género.
- d) Plazas nuevas. Igualmente, como contrapartida nacional del préstamo solicitado al Banco Interamericano de Desarrollo, se prevé la creación de las plazas nuevas necesarias para solventar el grave deterioro en la relación numérica entre privados de libertad y personal penitenciario (técnico y de seguridad).

B. Situación de El Buen Pastor (cárcel para mujeres)

En el caso de El Buen Pastor, claramente se ha dado un deterioro del terreno, como producto de su mala calidad, así como de los problemas generados por el río Cañas y el incremento de las precipitaciones en el último período de lluvias.

En primer lugar, se ordenó una investigación administrativa para determinar las posibles responsabilidades por, aparentemente, haber construido y ampliado las edificaciones de ese centro penitenciario, sin los estudios técnicos necesarios para adecuar las obras a las condiciones del terreno y/o el haber omitido tomar las medidas remediales necesarias, una vez que se determinó la existencia del problema. Es decir, el terreno en el que se encuentra situada la cárcel de El Buen Pastor sí permite construir obras, pero bajo las técnicas y metodologías de construcción adecuadas para el terreno.

Lo que se echa de menos, al menos con la información disponible a este momento, es el haber tomado esas previsiones.

En segundo lugar, ante un problema antiguo que urge una solución inmediata, se procedió a solicitar el apoyo a diferentes instituciones públicas y al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos. Se integró un grupo de trabajo que se reunió en la oficina del Primer Vicepresidente de

la República, don Alfio Piva Tracy, y en la que participaron el Ministro de Justicia, la Ministra de Salud, la Ministra de Vivienda y la Presidenta de la Comisión Nacional de Emergencias (CNE), para analizar la situación de urgencia presentada.

Se pidió además el apoyo al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, para evaluar el estado de situación del problema, ante el incremento previsto para las precipitaciones en la pasada temporada lluviosa. Los resultados de dicho informe fueron recibidos el pasado 4 de agosto, entendiéndose de sus conclusiones, en términos generales, que el suelo donde está el Buen Pastor tenía una resistencia aceptable, pese a lo cual los deslizamientos seguirían ocurriendo. Recomendó un estudio geotécnico a la brevedad, que permitiera determinar cuáles obras remediales requieren ser realizadas en el verano (época Seca), antes del siguiente invierno.

Con base en esa recomendación del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos se solicitó a la Comisión Nacional de Emergencia la contratación de dicho estudio geotécnico.

La Comisión Nacional de Emergencia, (CNE) contrató a la Escuela Centroamericana de Geotecnología de la Universidad de Costa Rica, la cual entregó sus resultados al Ministro de Justicia y a la Presidenta de la CNE el 21 de octubre pasado.

Se concluye del estudio que por la calidad del terreno las obras a construir deben considerar sus condiciones para aplicar las técnicas constructivas adecuadas, consideración que aparentemente no se tuvo en el pasado. Indica que hay una condición de riesgo que puede ser abordada por una obra que debe realizarse en verano, que es un terraje, una obra de contención en la parte inferior del talud, así como una condición de anclaje.

Con base en los citados estudios, así como en la demás información recabada y reuniones sostenidas con las personas involucradas, se llegó a la conclusión de que la solución al problema requiere de lo siguiente, en orden cronológico:

1. La construcción de nuevos módulos para privadas de libertad y obras complementarias, en la zona del terreno que no tiene riesgo de deslizamiento, obras que deberán planear los ingenieros tomando en consideración las condiciones del terreno.

2. El traslado de las privadas de libertad, personal técnico, administrativo y de seguridad, del viejo edificio a las nuevas instalaciones.
3. La demolición parcial del edificio viejo, en riesgo.
4. La realización de obras de terráceo y contención en el talud, incluido su anclaje.

Para la construcción de parte de los nuevos módulos, se pidió la colaboración a la Comisión Nacional de Emergencia, en lo que se refiere a la ubicación de las privadas de libertad en zona de riesgo, ante la situación de crisis generada por la acción del río Cañas y las lluvias torrenciales del pasado invierno. Esto fue aprobado por la CNE.

Para la construcción de las obras adicionales, se reformuló el presupuesto del Patronato de Construcciones de Adaptación Social y se pidió autorización a la Contraloría General de la República para realizar las obras por medio de una contratación directa concursada.

Lo relacionado con la demolición quedó a cargo de la CNE, la que aprobó la realización de esos trabajos desde meses atrás.

Finalmente, el terracedo y obras de contención estarán también a cargo de la CNE, los cuales se realizarán una vez que se haga el traslado de las privadas de libertad y personal penitenciario, y que se hayan demolido las partes del edificio antiguo que así lo requieran.

Lo anterior, resume las acciones desplegadas para atender la situación de riesgo acumulada desde años atrás por El Buen Pastor. Se espera que, conforme a lo dicho por los ingenieros, esto le de una vida útil al centro penal de aproximadamente cincuenta años, inversión que resulta mucho más útil y razonable para el erario público, que desechar las obras existentes y construir una nueva cárcel, con los costos que ello implica. Lo anterior, sin perjuicio de que dentro del préstamo solicitado al BID, se prevé la creación de 700 espacios adicionales para mujeres, en módulos de talleres y atención de adicciones, sensibles a la problemática de género y en diferentes cárceles del país, a fin de que se pueda lograr la regionalización de esta población privada de libertad.

C. Préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo, BID

Menciona la señora Defensora de los Habitantes, en su consulta, que:

“Ante la grave situación de sobrepoblación en el sistema penitenciario, que en el último reporte se acerca peligrosamente al 20% de hacinamiento general, el Ministerio a su cargo había anunciado que gestionaría un préstamo con el Banco Interamericano de Desarrollo que comprendería infraestructura para resolver esa situación, así como la creación de plazas como contrapartida del país, para manejar una relación mínima entre personal técnico y de seguridad, versus población privada de libertad. Sin embargo, a la fecha no se sabe nada nuevo sobre esas gestiones ...”

Efectivamente el Ministerio de Justicia ha gestionado el préstamo que la señora Defensora cita. Se trata del Programa para la Prevención de la Violencia y la Reinserción Social, número CR-L 131.

El Programa se encuentra en trámite de aprobación final en el Ministerio de Hacienda.

Una vez que el señor Ministro de Hacienda lo apruebe, pasará a Directorio del BID y posteriormente sería firmado para su remisión a la Asamblea Legislativa. Depende de esos factores, en consecuencia, la respuesta a la pregunta de la señora Defensora de los Habitantes sobre el plazo en el que se prevé estarán aprobados esos recursos.

En todo caso, me complace reiterarle que el Préstamo comprende 2.700 nuevos espacios, de los cuales 700 serán para mujeres, edificados con consideraciones de género.

En la versión remitida por Justicia a Hacienda, se prevén recursos por US \$49.9 millones de dólares para el Sistema de Adaptación Social, con una contrapartida de US \$19.2 millones de dólares, que comprenden entre otras cosas las plazas nuevas solicitadas.

La construcción y equipamiento de las unidades productivas que generarán los 2.700 espacios, tendrá un costo estimado de US \$47.5 millones de dólares. Se prevé además el apoyo al Programa de Atención en Comunidad, para la rehabilitación y promoción de la inclusión social, el implemento de un proyecto piloto de monitoreo electrónico para 250 personas (brazaletes electrónicos), y la creación de un Programa de Atención Post-penitenciaria para beneficiar aproximadamente a 4.000 personas, procurando principalmente su adecuada reinserción en la comunidad.

D. Incremento de la criminalidad y acciones de prevención

Señala la señora Defensora de los Habitantes que el problema del hacinamiento penitenciario es reflejo de un problema mayor “que es el del incremento en la criminalidad y la violencia en el país”.

Por ello, afirma la señora Defensora, “... solución de espacios carcelarios no debe ser la única respuesta del Gobierno”.

En efecto, hemos dicho que “si construimos mil cárceles, mil cárceles vamos a llenar si no acompañamos la represión de políticas de prevención”.

En ese sentido, el programa de Préstamo con el BID comprende además acciones de prevención en las comunidades, que se materializa en la creación de siete centros cívicos, como proyectos piloto, en los que se unirán los esfuerzos del Ministerio de Justicia, el de Cultura, el de Deportes, la comunidad y las organizaciones de la sociedad civil, para emprender programas de formación musical, deportiva, artística y en general de prevención de la violencia. Todo lo anterior, en consonancia con el Capítulo 5 del Plan Nacional de Desarrollo “María Teresa Obregón Zamora” 2011-2014, referido a Seguridad Ciudadana y Paz Social.

Lo atinente a prevención, está en el acápite 5.3.3 “Fortalecimiento de la institucionalidad democrática, la gobernabilidad y la convivencia pacífica”. En lo que atañe al Ministerio de Justicia y Paz comprende el incremento en “la utilización de los métodos de Resolución Alternativa de Conflictos (RAC) como instrumentos pacíficos, participativos y extrajudiciales ...”, para lo cual se incluyen acciones tales como “la capacitación y certificación de mil personas en resolución pacífica de conflictos, con el fin de fortalecer la participación institucional en este ámbito. Igualmente se activará una Casa de Justicia en cada una de las comunidades: Desamparados, Alajuela, Cartago, Heredia, Santa Cruz, Pococí y Puntarenas (siete en total).

Se prevé también tener en operación al menos 20 Comités de Prevención de la Violencia ejecutando proyectos preventivos y tener al menos 85 proyectos de prevención integral de la violencia, ejecutados por la Red Nacional de Jóvenes para la Prevención de la Violencia. Estas y otras acciones, están a cargo del Viceministerio de Paz, creado en la presente Administración a partir de la Ley que le otorgó esa competencia a esta Cartera.

Compartimos con usted, señora Defensora de los Habitantes, el interés por encontrar soluciones a los problemas que cita en su nota. De hecho, buena parte de la dedicación en tiempo y esfuerzo de este Despacho se ha ocupado de esa tarea en estos primeros meses de Gobierno.

El reto no es fácil de afrontar, puesto que debemos solventar problemas que se arrastran desde muchos años atrás. Tenga la seguridad que en nosotros encontrará siempre a un aliado para mejorar las cosas y procurar hacer los emprendimientos necesarios para modernizar el sistema penitenciario, procurar la reinserción social de los privados de libertad, mejorar las condiciones de los y las privadas. de libertad, en éste último caso, además, con la visión de género que ha estado ausente del sistema.

De la señora Defensora, con las muestras de mi más alta consideración y aprecio, *Hernando París Ministro de Justicia y Paz*

Comentario:

Esta comunicación no es frecuente entre los espacios institucionales públicos citados. El emisor de la comunicación brinda información sobre el sistema penitenciario muy relevante e importante. Por esta razón, me pareció adecuado transcribirla completa.

CONCLUSION

En este apartado de conclusión, se puede indicar lo siguiente, de modo esquemático:

- En la actualidad, la sobrepoblación carcelaria es del 37.3%.
- Esto significa que hay 3.587 reos más en los 14 centros penitenciarios del país.
- Juez de la ejecución de la pena, ordena reubicar 370 reos por hacinamiento en el centro penitenciario de San Sebastián.
- Faltan por reubicar 215 reos los estudios los hace el Instituto de Criminología en San Sebastián hay 664 reos, con una sobrepoblación de 321 reos.
- En todo el país hay 13.7554 reos, de los cuales votarán en las elecciones para la presidencia y diputados del 2 de febrero 2014, 8.713 (empadronados); votaron sólo 2.300 internos.

- La política criminal no sirve, ya que para el 2013 la población de los reos crece un 30% anual, de acuerdo con lo indicado por el Ministerio de Justicia.
- Del presupuesto asignado para el 2014 al Ministerio de justicia de 100.000 millones de colones, el 86% se gasta en el renglón del personal.
- El BID hizo un préstamo de \$79 millones y otro de \$200.000 millones para construir obras (cárceles), pero no se hacen éstas ni se gastan esos dineros; son recursos financieros sin utilizar.
- Se ampliaron celdas- módulos en las cárceles existentes, pero no se construyen cárceles nuevas; el total de cárceles es de 15.
- Para el año 2002, habían internos:

mujeres		hombres	
604	8%	6.800	92%

- Se considera que a mayor tamaño de la cárcel, mayor reducción de la dimensión humana.
- Se recomienda NO construir cárceles alejadas de la ciudad, de los circuitos judiciales (y, ello no solo por los costos del transporte).
- Que el sector privado construya y administre las cárceles y se encargue de la ejecución de la pena, implica privatizar esta función gubernamental, y con ello introducirla en los circuitos comerciales del negocio y del lucro.
- Existen transnacionales de las cárceles, asumiendo las funciones represivas del Estado

Se esgrime que la cárcel debe ser para los delitos duros, fuertes, los que causan grave daño social, por el atiborramiento de las cárceles

- El Ministerio de Justicia, dejó salir 370 reos, pero no verificó que estos requisitos se cumplieran:
 - carecer de antecedentes,
 - carecer de causas abiertas ellas,
 - próximos a cumplir la pena y tener opción de trabajo

- Al no haber campo en las celdas del Ministerio de Justicia, se usan y se llenan las celdas del Poder Judicial, destinadas al Organismo de Investigación Judicial, OIJ, concebidas como cárceles temporales; pero de “temporales”, nada.
- Por esa razón, OIJ presenta recursos ante la Sala Constitucional, para que presione al gobierno a recibir los reos que están en las celdas de la OIJ; en octubre del 2013, estaban 33 presos en las celdas de la OIJ.
- 13 jueces de la ejecución de la pena le ordenaron al gobierno que redujera el hacinamiento; la Corte Plena (cúpula judicial) formada por 27 magistrados acordaron que esos jueces no pueden darle ordenes, de modo colectivo, al gobierno, lo cual fue afirmado por la sentencia 15656 del 2011 del Tribunal Constitucional.
- El juez de ejecución de la pena Roy Murillo en noviembre del 2012 ordenó que 370 reos de San Sebastián se reubicaran en otras cárceles.
- La Sala Constitucional ordenó al Poder Ejecutivo que la sobrepoblación en las cárceles, no podía ser mayor al 20% de lo admisible en cada centro penitenciario.
- En la carta del Ministerio de Justicia del 23 de diciembre del 2010, a la Defensoría de los Habitantes, se hace una informe detallado de la situación del sistema penitenciario, por ello se incluye en esta investigación.
- Se ha indicado que la sobrepoblación, que provoca hacinamiento, en las cárceles del rango del 20 al 25%.
- Los factores importantes de la sobrepoblación son:
 - No hay política criminal
 - Hay falta de financiamiento (aunque el gobierno reconoce que los fondos aportados por el BID están sin utilizar)
 - No hay planificación
- Hay hacinamiento; y, presos sin condenada por años
- Una solución propuesta- entre otras- por el gobierno, para el hacinamiento, sobre población, es insuficiente:

- Construir más cárceles
- Ampliar las cárceles
- Las políticas de la solución de política criminal, esgrimidas, entre otras, son: más cárceles y endurecimiento de las penas para determinados delitos
- Se sostiene que la prisión preventiva debe ser una medida de excepción y no regular o frecuente como lo es ahora .
- En la realidad, el sistema carcelario es escuela del crimen, por ello NO HAY:
 - Re- educación de los internos
 - Re- inserción de los internos en la sociedad
 - Re- socialización de los internos
 - Re- habilitación de los prisioneros
- Por lo anterior, se convierte en una falsedad el planteamiento de la justicia restaurativa.

BIBLIOGRAFIA

Abarca, Domingo (2001). *La cárcel de San Sebastián. Veinte años de ilusiones y realidades*. (San José: imprenta Zeta Servicios Gráficos).

(2003). *Algunos indicadores para entender el problema del hacinamiento en el Centro de Atención Institucional San José y su relación con el uso de la prisión preventiva en el proceso penal costarricense*. (San José: Ministerio de Justicia)

Acevedo, Mayra (2004)

El sistema penitenciario en el contexto de la política criminal actual

(San José: Universidad de Costa Rica, Revista de Ciencias Sociales, No. 105)

(2004). *La política criminal contemporánea y la práctica penitenciaria costarricense*. (San José: Universidad de Costa Rica- Colegio de Abogados, Revista de Ciencias Jurídicas N° 103).

Arroyo, José Manuel (1995). *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*.

(San José: Colegio de Abogados de Costa Rica)

Artavia, Pablo (1999). *Una reflexión sociológica de la problemática penal costarricense: ¿Ceder derechos a cambio de seguridad?*

(San José: Universidad de Costa Rica, tesis para optar al grado de *Magister Scientiae* en Sociología).

Beccaria, Cesare (1976). *De los delitos y de las penas*. (Madrid: Aguilar)

Benítez, Alma (1999). *¿Sistema penitenciario en Centroamérica o bodegas humanas?*

(San José: Comisión para la defensa de los derechos humanos en Centroamérica)

Bentham, Jeremías (1979) *El panóptico* (Madrid: La piqueta)

Baratta, Alessandro (1986) *Criminología crítica y crítica del derecho Penal*

(México: Siglo XXI)

Carranza, Elías et al. (1992).

Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe.

(Buenos Aires: Depalma. Buenos Aires)

(2001). *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles.*

(México: Siglo Veintiuno).

(2013, accesado) *Política criminal y penitenciaria en América Latina y el Caribe*

(www.pensamientopenal.com.ar; accesado: 4/II/13)

(1999) *Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con Europa* (San José: Revista de Ciencias Penales, No. 16)

Chinchilla, Rosaura; Hans Carranza *Una errática política criminal*

(San José: editorial Juricentro, 2009)

Del Olmo, Rosa *América Latina y su criminología* (México: 1987)

Foucault, Michel (1995). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión.*

(México: Siglo Veintiuno)

(1980) *Microfísica del poder* (Madrid: La piqueta)

(1980) *La verdad y las formas jurídicas* (Barcelona: Gedisa)

(1996) *El orden del discurso* (Madrid: La piqueta)

(1984) *La enfermedad mental y personalidad* (Buenos Aires, Paidós)

Larrauri, Elena (1992) *La herencia de la criminología crítica* (México: Siglo XXI)

Mcintosh, Mary (1981) *La organización del crimen* (México: Siglo XXI)

Melossi, Darío y Pavarini, Massimo (1980).

Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX). (México: Siglo Veintiuno)

Morris, Norval (1978). *El futuro de las prisiones.* (México: Siglo Veintiuno)

Murillo, Roy (2002). *Ejecución de la pena.*

(San José: Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia)

Palma, Claudia (2013) *La construcción cultural del delincuente sexuado: para una política criminal con enfoque de género*

(San José: ULACIT, Facultad de Derecho, Revista Derecho en Sociedad, No. 4)

Pavarini, Massimo (1983). *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico.* (México: Siglo Veintiuno)

Ramos, Patrick *Sobrepoblación y hacinamiento carcelarios: los casos de los Centros de atención institucional La Reforma, el Buen Pastor y San Sebastián*

(Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008)

Rico, José (1987) *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*

(México: Siglo XXI)

(1985) *Crimen y justicia en América Latina* (México: Siglo XXI)

Rivero, Juan Marco y Llobet, Javier (comp.) (2004). *Democracia, justicia y dignidad.*

(San José: Editorial Jurídica Continental)

Romero-Pérez, Jorge Enrique (1972)

Algunas notas acerca del Código Penal de Costa Rica

(Madrid: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos)

Sánchez Romero, Cecilia. Comp. (1997). *Sistemas penales y derechos humanos.*

(San José: Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia).

Sánchez, José León (1974). *La isla de los hombres solos*. (México: Novaro)

Szabo, Denis (1985) *Criminología y política criminal* (México: Siglo XXI)

Taylor, Ian et al (1985) *Criminología crítica* (México: siglo XXI)

Ulate Barrantes, Jacobo (2005).

Estudio sobre condenatorias penales e ingresos penitenciarios: una propuesta alternativa a la construcción social de la “reincidencia delictiva”.

(San José: Ministerio de Justicia y Gracia)

(2005). *Estudio sobre población, capacidad de alojamiento y sobrepoblación en el nivel institucional: respuesta de la Administración y otras respuestas posibles. 1986 – 2005.*

(San José: Ministerio de Justicia y Gracia)

Varga, William et al (1997). *Derecho a la información y cobertura de la noticia criminal.*

(San José: Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia)

Zúñiga, Ronald (2012) *Incidencia de las políticas públicas del Estado costarricense en el combate a la criminalidad y sus repercusiones en el sistema penitenciario nacional. El caso del Centro del programa Institucional San Rafael, durante el periodo 2006-2010.*

(San José: Instituto Centroamericano de Administración Pública, ICAP, tesis del Posgrado en Gerencia Pública para optar por el título de *Magister Scientiae*)

ÉTICA EN EL PARLAMENTO: TRANSPARENCIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS

Dr. Alex Solís Fallas(*)
Profesor Universidad de Costa Rica

(Recibido 14/02/13 • Aceptado 11/11/13)

(*) Profesor de la Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.

Abogado costarricense.

e-mail: solisalex58@gmail.com

Tel. : 2511-1537

Doctor en Derecho, especialista en Derecho Constitucional, Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, Universidad de Salamanca, y Universidad Castilla La Mancha; Máster en Políticas Públicas, por la Universidad de Duke, Estados Unidos; licenciado en Derecho y Notario Público por la Universidad de Costa Rica; consultor; profesor catedrático de Derecho Constitucional, Derecho Público, Derecho Parlamentario y Control Político, entre otros. Fue diputado y Contralor General de la República. Es autor de varios artículos monográficos y libros.: *Tráfico de drogas, consecuencias y soluciones* (1989); *El control parlamentario* (1995); *Guía práctica del control parlamentario* (1989); *El control político y el control jurisdiccional* (1990); *La dimensión política de la justicia constitucional* (2000), y *Reyes sin corona, rendición de cuentas y evaluación de resultados* (2002); *Entre Memoria y olvido* (2009); *Yo soy la autoridad política superior* (2009); *La Constitución es lo que los jueces dicen* (2010); *Política del miedo y desencanto ciudadano* (2012); *Apuntes para gobernar bien* (2012) y *El debido procedimiento legislativo* (2012). En 1995 recibió el Premio Nacional de Ensayo Aquileo J. Echeverría y en el 2000 el Premio Alberto Brenes Córdoba.

Resumen: Este ensayo ausculta sobre el problema de la transparencia, la honestidad y la rendición de cuentas de los diputados. Se plantea que es imposible mantener una democracia sólida y fuerte con unos parlamentarios irresponsables y débiles; que resulta incongruente demandar de otros lo que no se está dispuesto a dar: un compromiso con el trabajo, la eficiencia y la honestidad. La democracia es mucho más que unos cuantos procedimientos para la elección periódica de quienes gobiernan.

Palabras Claves: Democracia, diputados, ética, transparencia, rendición de cuentas

Abstract: This essay explores the issue of transparency, honesty and the accountability of congressmen. It argues that it is impossible to maintain a solid and strong democracy with irresponsible and weak congressmen; that it is not consistent to require others to accomplish what you are not willing to do, that is, commit to work, efficiency and honesty. Democracy is much more than a just a number of procedures for periodical elections of those who rule us.

Keywords: Democracy, congressmen, ethics, transparency, accountability.

Sumario:

INTRODUCCIÓN

- I. DEMOCRACIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS
 - A. Múltiples mecanismos de control
 - B. ¿Qué significa rendir cuentas?
 - C. ¿Requisitos de la rendición de cuentas?
- II. ÉTICA Y RENDICIÓN DE CUENTAS EN EL PARLAMENTO
 - A. Para pedir cuentas se debe predicar con el ejemplo
 - B. La rendición de cuentas en el caso de los diputados
- III. ÉTICA E INMUNIDADES PARLAMENTARIAS
 - A. La inviolabilidad o irresponsabilidad parlamentaria
 - B. La inmunidad parlamentaria
 - C. Abusos de las inmunidades parlamentarias
 - D. El mareo del poder
- IV. CÓDIGOS Y COMISIONES DE ÉTICA PARLAMENTARIA
 - A. Códigos de ética
 - B. Comisión de ética
 - C. ¿Son suficientes los códigos y las comisiones de ética?
- V. EL PROBLEMA ÉTICO Y OTROS ACTORES
 - A. Los ciudadanos
 - B. Medios de comunicación colectiva

REFLEXIÓN FINAL

BIBLIOGRAFÍA

“En la democracia, el Congreso debe tratar de satisfacer las necesidades y las demandas de los ciudadanos. La democracia se diferencia del totalitarismo justamente en eso: los gobiernos autoritarios de cualquier signo obedecen los designios de un grupo de elite que se supone inspirada por un dios, una ideología, o cualquier otra fuente de conocimiento esotérico. En la democracia son los ciudadanos comunes y corrientes los que mandan ya sea a través de su voto o de otros medios de participación que han aparecido en el mundo contemporáneo”.

Alex Solís

INTRODUCCIÓN

Todo poder público proviene del pueblo; por eso, Abraham Lincoln define la democracia como “el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”. Esta característica constituye la clave del gobierno democrático. De su plena comprensión y práctica cotidiana dependen el respaldo popular, la legitimidad de los gobernantes y -si se quiere- la supervivencia misma de la democracia.

Los funcionarios públicos, independientemente de su función y jerarquía, están obligados a trabajar a favor del bien común, la libertad, la igualdad, la justicia y la solidaridad social; a gestionar los asuntos públicos, orientados por los mandatos que emanan de la Constitución y las leyes, así como por los principios de eficiencia, eficacia, transparencia y honestidad.

De esa relación -un gobierno que sale del pueblo y un sistema político comprometido con ciertos ideales y objetivos éticos y políticos- se origina y fundamenta la obligación, para quienes gobiernan, de rendir cuentas y someter a evaluación los resultados de sus actos. El gobierno democrático debe ejercerse con responsabilidad. Es decir, quienes gobiernan deben responder por sus conductas ante sus electores desde el ámbito penal, civil, disciplinario y político.

A partir de ese marco de referencia, este ensayo ausculta sobre el problema de la transparencia, la honestidad y la rendición de cuentas de los diputados.

Se advierte que, en el nivel jurídico existen diferentes mecanismos para vigilar, supervisar, evaluar y controlar el ejercicio de las funciones propias del Poder Ejecutivo y la Administración Pública en general, pero, de manera lamentable, se ha descuidado el Poder Legislativo. Hoy, casi generalizadamente, ante la pregunta de ¿quién pide cuentas a los padres de la Patria?, habría que contestarse que nadie, lo cual constituye una grave deficiencia en el funcionamiento de nuestro sistema político.

Resulta hasta paradójico que en todas nuestras constituciones se asignen amplias facultades al Parlamento para controlar el ejercicio del poder de las otras ramas del poder público, y que, sin embargo, se carezca de normas y procedimientos claros y contundentes -y si existen no se cumplen- que obliguen a los diputados a actuar de conformidad con las disposiciones ético-políticas que les exige el sistema democrático constitucional. Estos y otros factores han determinado que nuestros parlamentarios, a la larga, hayan terminado actuando desvinculados del sentido de la obligación y la responsabilidad, como si fuesen pequeños reyes sin corona.

La honestidad, la transparencia y la rendición de cuentas constituyen una exigencia para todos los servidores públicos, incluidos los diputados. Así pues, es más que obvia la necesidad de enmendar esas deficiencias. Si realmente se pretende depurar el ejercicio del poder público y avanzar en serio en la lucha contra la corrupción, resulta imperativo extender los conceptos tradicionales de transparencia y rendición de cuentas también a los integrantes del Poder Legislativo.

En este ensayo se defiende la tesis de que resulta imposible mantener una democracia sólida y fuerte con unos parlamentarios irresponsables y débiles; que se carece de autoridad moral para pedir cuentas a otros, si no se tiene la casa en orden y; que resulta incongruente demandar de otros lo que no se está dispuesto a dar: un compromiso con el trabajo, la eficiencia y la honestidad. ¡La democracia es mucho más que unos cuantos procedimientos para la elección periódica de quienes gobiernan!

Así pues, en momentos en que el Parlamento sufre una fuerte crisis de credibilidad y legitimidad, es preciso preguntarse:

- a) ¿A quién rinde cuentas la institución del Parlamento y los parlamentarios en su condición personal?

- b) ¿Cómo se instrumentaliza la ética parlamentaria?
- c) ¿Se ha asignado importancia a los códigos de ética?
- d) ¿Cómo funcionan los comités de ética parlamentaria?
- e) ¿Constituyen los principios de inviolabilidad e inmunidad parlamentaria un obstáculo en la lucha contra la corrupción?
- f) ¿Cuál es el papel de las organizaciones no gubernamentales en la lucha contra la corrupción dentro del Parlamento?

Para desarrollar los temas aquí planteados, la exposición se ha dividido en cinco secciones: la primera se refiere al tema de la democracia y la rendición de cuentas; la segunda, al problema ético y la rendición de cuentas por el Parlamento; la tercera, al problema ético y las inmunidades parlamentarias; la cuarta, a los comités de ética y los códigos de ética parlamentaria y la última, al problema ético y otros actores como la sociedad civil y los medios de comunicación colectiva. El ensayo concluye con una corta reflexión sobre los temas examinados.

I. DEMOCRACIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS

El gobierno democrático ha de ejercerse de manera transparente y abierta hacia los ciudadanos. Esto implica la obligación de los gobernantes de dar cuentas por sus actos ante los gobernados, es decir, sobre quienes recaen las consecuencias de sus decisiones, ya sea que se beneficien o sufran por ellas.

La democracia es el único sistema de gobierno que permite el control ciudadano sobre el ejercicio del poder político. En América Latina, por mucho tiempo ha prevalecido la equivocada tesis “electoralista” de que las elecciones libres y periódicas de los cargos de representación popular constituyen el único instrumento de control ciudadano sobre la actuación de los gobernantes.

Aquí hemos de decir que el sufragio popular ciertamente constituye un requisito necesario, pero insuficiente, para el buen gobierno democrático. Las elecciones, por más libres que sean, no constituyen “*un cheque en blanco a favor de los gobernantes*”¹. El gobierno democrático

¹ Pochote.cgr.go.cr/public/documentos/libro_blanco cap6-pdf

no existe para cualquier propósito; su fin último es la persona humana y todo el andamiaje institucional que la soporta, incluida la elección periódica de los gobernantes, han sido construidos para su servicio.

De ahí nuestra predilección por el concepto de democracia legado por Abraham Lincoln. Declarar que “la democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”, no solo implica reconocer que el pueblo es forjador de su propio destino, como fuente originaria del poder público, sino también que los gobernantes o representantes populares tienen la obligación de rendir cuentas por sus actos y, en consecuencia, están compelidos, como diría Bobbio, a “*ser visibles en cada instante de su mandato*”.

La sabiduría del sistema republicano, advierte Madison en *El Federalista*, estriba tanto en el hecho de que el poder deriva del pueblo, como en que a quienes se les confiere se encuentran compelidos a seguir dependiendo y respondiendo ante el pueblo. En esa elemental relación se funda el derecho de los ciudadanos para pedir cuentas, evaluar y exigir responsabilidades a quienes gobiernan. A partir de este derecho, se origina la obligación de los representantes populares, los funcionarios y los servidores públicos de explicar en qué y cómo se ha invertido el dinero de los contribuyentes, las razones que justifican las diferentes políticas públicas, así como la eficiencia, la eficacia y la honestidad con que se manejan las políticas y los negocios públicos.

¿Por qué tales exigencias? En esta oportunidad interesa citar solo una. Se acepta, de manera generalizada, la existencia de un elemento patológico inherente a todo proceso de poder. En tal sentido, Lord Acton sostiene: “*El poder tiende a corromper y el poder absoluto a corromper absolutamente*”. Eso implica que el ejercicio del poder debe limitarse y controlarse porque, como dice Karl Loewenstein, “*rara vez, por no decir nunca, ha ejercido el hombre un poder ilimitado con moderación y comedimiento. El poder lleva en sí mismo un estigma, y sólo los santos entre los detentadores del poder (...) serían capaces de resistir la tentación de abusar de él*”.²

² Para un mayor desarrollo de este tema, puede consultarse el libro de este autor: *El Control Parlamentario*. San José, Costa Rica, Programa de Desarrollo Legislativo, 1995. Pp. 23 y ss.

A. Múltiples mecanismos de control

Por tal razón, la teoría constitucional ha elevado a la máxima categoría los temas de la fiscalización, la supervisión y el control del ejercicio del poder. Tanto es así, que resulta imposible concebir un sistema democrático constitucional si no se construye a partir de un amplio sistema de limitaciones y controles al ejercicio del poder político y administrativo.³

En congruencia con tal condición, en todas nuestras constituciones se establece de una u otra forma, por un lado, que la soberanía reside en la nación y que el poder proviene del pueblo. Por otro, se regula el principio de legalidad, que significa que todas las actuaciones de los funcionarios públicos deben estar autorizadas y reguladas por norma escrita, es decir, sometidas al ordenamiento jurídico. Por último, a rendir cuentas y someterse a la evaluación de resultados.

De este mandato democrático constitucional, se concluye que “*todos los aspectos de la administración pública deben ser transparentes y estar abiertos al escrutinio público*”.⁴ Por ello es que el ordenamiento jurídico dispone -según hemos dicho- de un amplio y variado espectro de mecanismos de fiscalización y control del ejercicio del poder político.

Tal diversidad se encuentra, por un lado, en los **objetos** susceptibles de control, verbigracia, las normas jurídicas, los actos políticos, la actividad de los poderes del Estado y de la Administración Pública; por otro, son varios los **sujetos** que pueden ejercer el control, como los tribunales de justicia, los tribunales constitucionales, los tribunales de cuentas, las auditorías, los parlamentos, las defensorías de los habitantes, los medios de comunicación colectiva, los grupos de presión o interés y los ciudadanos o más propiamente la opinión pública.

Además, el control posee muy variadas **modalidades**: control previo y posterior de constitucionalidad, legalidad, oportunidad, eficacia e, incluso, absoluta libertad en la apreciación de los medios, como sucede

³ Sobre este particular se puede consultar mi libro *Control político y jurisprudencia constitucional*. San José, Costa Rica, CONAMAJ, 2000. Pp. 89 y ss.

⁴ Declaración de principios y plan de acción aprobado por la Cumbre de las Américas, realizada en Miami en 1994.

con el control político o parlamentario. Por último, también son diversos los **efectos** que conllevan los diferentes mecanismos de exigencia de responsabilidad o control del ejercicio del poder: penales, disciplinarios, civiles, políticos, sociales y morales.⁵ En teoría, a pesar de sus diferencias, ningún medio de control es más importante que otro, puesto que todos tienen el propósito común de controlar y limitar el ejercicio del poder, garantizar la plena vigencia del derecho constitucional, asegurar el respeto por los derechos humanos y permitir la vigencia de la democracia real.

B. ¿Qué significa rendir cuentas?

El gobierno democrático debe desenvolverse de manera responsable; significa que quienes gobiernan tienen la obligación de rendir cuentas a los gobernados por todo lo que realizan en ejercicio de la función pública. Si el poder proviene del pueblo, quienes gobiernan poseen el imperativo de responder, de manera amplia, por el ejercicio de ese poder ante los gobernados.

Sin embargo, se enfatiza que para tal fin no basta con que los representantes populares y los funcionarios públicos cumplan la ley, pues esa es una condición necesaria pero no suficiente. Se requiere, además, que los gobernantes trabajen en función del compromiso ético político del sistema democrático por el bien común, la libertad, la igualdad, la justicia y la solidaridad social.

Pero todavía así no es suficiente. El gobernante democrático también está comprometido con la forma cómo se hacen las cosas. No se gobierna de cualquier manera. Esto lo obliga a ser eficiente, austero, eficaz, honesto y, como consecuencia, existe la obligación de rendir cuentas a los ciudadanos, fuente en la que se origina todo poder público.

Se concluye, que para poder hablar hoy en serio de democracia, no es suficiente conformarse con que los representantes populares y funcionarios públicos cumplan la ley; es imperativo, además, que el trabajo se desempeñe de cierta manera: con eficiencia y honestidad, de todo lo cual los servidores públicos deben rendir cuentas a los ciudadanos.

⁵ Sobre este particular, puede consultarse el libro de este autor: *Control político y jurisprudencia constitucional*. San José, Costa Rica, CONAMAJ, 2000. Pp. 147 y ss.

C. ¿Requisitos de la rendición de cuentas?

La respuesta a tal interrogante es amplia y compleja. Sin embargo, para efectos de claridad, de manera esquemática, este tema se podría abordar de la siguiente manera:

Requisitos:

- **Transparencia:** implica la existencia de medios eficaces para conocer y verificar de manera pronta y oportuna la autoría de las diferentes políticas públicas. En otras palabras, importa saber con exactitud quién hizo qué, para qué, cómo y a qué costo. Solo existe transparencia ahí donde el ciudadano tiene acceso fácil y oportuno a información fidedigna, comprensible y comparable.
- **Marco jurídico:** implica un amplio marco legal que otorgue vigorosas atribuciones a diversos órganos de control, con suficiente capacidad técnica y administrativa para imponer a los gobernantes las consecuencias de sus actos.
- **Cultura política:** implica el desarrollo de valores y creencias que estimulen entre los ciudadanos y quienes gobiernan conductas de solidaridad moral, social y política que, entre otros propósitos, se orienten hacia la vigilancia activa de la honestidad y la transparencia en la gestión de los asuntos de interés público.
- **Voluntad política:** implica la voluntad de los gobernantes, los funcionarios y los servidores públicos de asumir las consecuencias políticas, legales y administrativas correspondientes al incumplimiento de sus actuaciones. La voluntad política conlleva al deseo de cumplir, de la mejor manera, los deberes propios de los cargos públicos.

Estos requisitos, a su vez, justifican nueve preguntas básicas con respecto a la rendición de cuentas:

- ¿Cuáles son las necesidades y los problemas?
- ¿Cuáles son los objetivos propuestos?
- ¿Quiénes son los beneficiarios?

- ¿Qué programas se han definido para satisfacer esas necesidades?
- ¿Cuáles son las metas o los resultados que se pretende alcanzar?
- ¿Quiénes son las personas responsables de los programas?
- ¿Cuáles son los mecanismos para controlar la ejecución?
- ¿En qué plazo se prevé cumplir con las metas?
- ¿A qué costo?

Lamentablemente, de conformidad con la lógica política que inspiran estos fundamentos, sobre los cuales se debería construir todo el andamiaje de los gobiernos democrático-constitucionales, con tristeza se ha de reconocer que en nuestros países existe una gran distancia entre lo escrito en la teoría y lo regulado en las constituciones y, por otro lado, lo producido en la realidad. Aunque cabría establecer excepciones e importantes diferencias a partir del análisis particular de cada país, es posible generalizar que en Latinoamérica se sufre de grandes incongruencias entre la concepción y el ejercicio del poder político.

La *praxis* política demuestra que muchos de nuestros presidentes, diputados, magistrados, ministros y, de ahí para abajo como en cascada, los funcionarios públicos terminan comportándose como pequeños Luis XIV, como pequeños reyes sin corona, es decir, desvinculados de cualquier obligación de rendir cuentas y responder por sus fracasos, abusos de poder y corruptelas.⁶

En todos nuestros países existen acentuados niveles de ineficacia, corrupción pública, irresponsabilidad y falta de transparencia en el ejercicio del poder político, así como en el cumplimiento de las competencias asignadas a los funcionarios y servidores públicos. De hecho, una buena parte del discurso político en los últimos tiempos ha versado, principalmente, sobre esta temática y resulta fácil constatar el descontento ciudadano hacia quienes gobiernan y los partidos políticos.

⁶ Sobre este particular puede verse el libro de este autor: *Reyes sin corona, rendición de cuentas y evaluación de resultados*. San José, Costa Rica, Impresiones Gráficas del Este, S.A., 2002.

Esa desafección e impaciencia se han transformado, paulatinamente, en una creciente y generalizada desaprobación del electorado sobre el desempeño de los representantes populares, así como de las instituciones públicas, lo cual plantea serios desafíos, tanto para los países que han logrado por mucho tiempo vivir bajo el alero del sistema democrático, como para aquellos que apenas comienzan a construir los cimientos de ese sistema político.

II. ÉTICA Y RENDICIÓN DE CUENTAS EN EL PARLAMENTO

Lamentablemente, las cosas en el Parlamento no son diferentes de lo que ocurre en el Gobierno central. Los problemas antes citados, propios de la Administración Pública, también se encuentran en el Parlamento, incluso, en algunos casos, tienden a empeorarse.

Recientes diagnósticos, investigaciones, consultas, asesorías y seminarios relacionados con este tema muestran un consenso generalizado sobre la falta de representatividad, la insuficiente capacidad organizacional, la debilidad institucional, la ineficiencia y la corrupción del Parlamento, lo cual socava la credibilidad y la legitimidad del Primer Poder de la República⁷ para el cumplimiento de sus funciones.

Entre tales tareas, cabe citar la del control político o parlamentario. Se supone que, mediante esta competencia constitucional, el Parlamento asume la obligación de fiscalizar y vigilar que los otros poderes públicos, órganos, entes, así como sus titulares, cumplan los mandatos originados en el ordenamiento jurídico. Además, esa función permite a los diputados determinar si las políticas públicas satisfacen o no las aspiraciones del bien común, la libertad, la igualdad, la justicia, la solidaridad y el contenido ético-político del sistema democrático constitucional y, por último, si la administración de los negocios y las obras públicas se ha realizado de conformidad con los principios de eficiencia, eficacia, austeridad, transparencia y honestidad.

⁷ PERINA, Rubén. “El papel de la OEA en el fortalecimiento del Poder Legislativo”: en *Experiencias de Modernización Legislativa en América Central y República Dominicana*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, editado y compilado por Ronny Rodríguez. San José, Costa Rica, 1999. P. 15.

No obstante esa amplitud de propósitos, en la actualidad es común escuchar que la función del control político sufre una grave crisis, manifiesta de manera singular en la incapacidad del Poder Legislativo para cumplir sus cometidos, fiscalizar y evaluar resultados, así como para pedir cuentas y exigir responsabilidades a quienes las deben; incluso, se ha llegado a sostener que esta función constituye una “especie en extinción”⁸.

A. Para pedir cuentas se debe predicar con el ejemplo

Sin entrar en mayores detalles sobre las posibles causas que debilitan la función de control político a cargo del Parlamento, es más que obvio suponer que una de ellas se encuentra íntimamente relacionada con los altos niveles de corrupción, el abuso y los privilegios de que gozan algunos parlamentarios, así como con el incumplimiento de sus propias funciones. Para exigir transparencia, investigar, pedir cuentas y denunciar a otros, los mismos diputados tienen la obligación de encabezar el ejemplo de rectitud y corrección.

Así pues, ¿cómo los diputados van a criticar a los jefes de la Administración Pública por su “viajadera” al exterior, si los diputados son los primeros en hacer turismo legislativo? ¿Cómo van a fiscalizar el régimen de contratación pública en la Administración, si ellos mismos tienen a sus familiares y amigos en su cuerpo de asesores o, para camuflar sus faltas en este sentido, los han colocado, con la venia del presidente, en el Poder Ejecutivo o han constituido empresas por sí o por interpósitas personas para contratar con la Administración Pública? ¿Cómo van a revisar con lupa el presupuesto de la República, si ellos mismos han amputado programas, tal vez de contenido social, haciendo transferencias o disponiendo de partidas presupuestarias, solo con el propósito de satisfacer demandas “electoreras”, cuando no, para actos de corrupción? ¿Cómo se van a preocupar por regular el financiamiento de las campañas políticas, si los diputados también son sus beneficiarios? En fin ¿cómo van a preocuparse por los problemas que implica la falta de transparencia y los conflictos de intereses, si los diputados sacan provecho de los procedimientos oscuros y de los negocios incompatibles con la investidura de sus cargos?

⁸ Para una mayor explicación, véase SOLÍS, Alex. *Reyes sin corona, rendición de cuentas y evaluación de resultados*. Op. cit. Pp. 137 y ss.

La conclusión o respuesta a estas interrogantes es clara: si la casa de uno se encuentra sucia o si no se tiene la conciencia limpia, se carece de legitimidad moral para pedir a otros que limpien la suya o exigir lo que no se está dispuesto a dar.

Los problemas aquí citados, relativos a la falta de eficiencia y corrupción, implican dos consecuencias altamente perjudiciales para el sistema político: primero, el Parlamento pierde legitimación para controlar a otros, lo cual es grave en un sistema construido a partir de la independencia entre los Poderes, en el sistema de frenos y contrapesos, así como en una amplia gama de mecanismos de control de la más variada naturaleza. Segundo, los diputados tienden a no controlar y ser críticos de sus actuaciones, porque se saben culpables de muchos actos relacionados con abusos, privilegios, desperdicio y corrupción, pero, además, por una razón muy humana: no está en la mente de las personas constituirse en jueces de sus propios actos.

En estas condiciones, ¿qué tenemos? Diputados indiferentes y complacientes, pero, quizás, esperando de otros lo que no saben dar de sí: un comportamiento eficiente y comprometido con los grandes intereses del país. ¿A qué se reduce su papel de diputado? Exagerando un poco, se podría decir que muchas veces a votar en silencio y regodearse con sus privilegios y prerrogativas.⁹

B. La rendición de cuentas en el caso de los diputados

Dada la naturaleza política del Parlamento, sus tareas resultan difíciles de evaluar, aunque no es imposible. Sobre este particular, lamentablemente, se ha de reconocer –amén de aspectos culturales y de la voluntad política– que todavía no se han desarrollado técnicas apropiadas que permitan determinar la eficiencia y la eficacia de los legisladores en el desempeño de las diferentes funciones asignadas por la Constitución. Con el propósito de ilustrar las dificultades que implica evaluar las actividades parlamentarias, es preciso referirse a dos de sus competencias, por cierto, tradicionalmente no contempladas en las evaluaciones que se aplican al Parlamento.

⁹ Como es obvio, esta afirmación hay que tomarla con reserva. Existen muchos y muy buenos parlamentarios. El análisis de este ensayo está enfocado en las fallas del sistema, en lo que se debe mejorar.

Función de orientación y representación política. ¿Cómo podría evaluarse la función de orientación y representación política a cargo del Parlamento? ¿Por el número de visitas que realice el legislador a su comunidad o por la cantidad de personas que atienda en su despacho, por vía telefónica y correo electrónico? O más bien, ¿esa función tendría que evaluarse en función de si las diferentes tareas legislativas, incluyendo la elaboración de la ley, están en conexión o satisfacen las aspiraciones y expectativas ciudadanas? Y si es así, ¿cómo medirlo?

Función de control o fiscalización política. Sobre esta función, las dificultades son mayores. ¿Cómo se podría evaluar la función de control o fiscalización política, cuando existen criterios tan dispares sobre su significado y de lo que se podría esperar de ella? Contestar esta interrogante resulta aún más complejo, sobre todo si se considera que la mayoría de quienes escriben sobre esta materia la reducen a las interpelaciones, los votos de censura y las comisiones investigadoras, ignorando o desechando numerosos mecanismos de fiscalización, tales como el presupuesto de la República, la solicitud de informes escritos a la Administración y sus titulares, conferencias de prensa y discursos en el Pleno legislativo.

Pero aun reduciendo la función de control político a aquellos tres instrumentos clásicos –interpelaciones, votos de censura y comisiones especiales investigadoras- el éxito de su utilización no está determinado, necesariamente, por la caída de un ministro, como resultado de un voto de censura. Muchas veces, aunque no se produzca la caída de determinado ministro, la simple discusión de la propuesta permite conocer hechos, procedimientos o conductas indebidas por parte de los funcionarios públicos, que de otra manera habrían permanecido ocultas, en detrimento del bien común y la transparencia democrática.

Por el contrario, es posible encontrar una mayor variedad de parámetros para la evaluación de la función legislativa propiamente dicha, sin que en lo personal crea que la eficacia de esta función –la legislativa- deba centrarse de manera exclusiva en aspectos cuantitativos, por la sencilla razón de que el Parlamento no debería ser entendido como una “fábrica de leyes”. Se podría, por ejemplo, desarrollar criterios en función de la cantidad de leyes aprobadas por año versus las iniciativas de ley presentadas para su trámite a la corriente legislativa. En términos más sofisticados y tal vez más eficientes, sería posible también evaluar

el lapso transcurrido desde la presentación del proyecto de ley hasta su aprobación definitiva.¹⁰

En mi criterio, desde el ámbito de la evaluación, resulta de mayor provecho plantear otro tipo de preguntas en torno a los proyectos de ley. Recuérdese que los parlamentarios ostentan la categoría de representantes populares; igualmente, que actúan movidos por su ideología y sus compromisos políticos y sociales, pero también, por intereses que pueden ser claros y transparentes o bien oscuros y no coincidir con el interés general.

De ahí que, en el proceso de evaluación y rendición de cuentas de los congresistas convenga preguntarse cada vez que se tramita un proyecto de ley: ¿Es necesario dictar esa ley? ¿Qué se quiere lograr? ¿Cuál es la situación jurídica y fáctica? ¿Qué defectos existen en la legislación vigente? ¿Quién demanda la ley? ¿Qué razones se invocan? ¿Qué intereses políticos, sociales y económicos existen detrás? ¿Cuál es el número de afectados o beneficiados? Y ¿qué sucedería si no se aprobara el proyecto de ley en trámite?¹¹

En otro orden de elementos, pero no menos importantes, desde el ámbito personal o individual, los legisladores deberían presentar todos los años, ante el órgano director del Parlamento, un informe público que contenga al menos los siguientes aspectos:

- a) Las iniciativas legislativas de su autoría.
- b) Su participación en viajes al exterior en los que ha representado a la Asamblea Legislativa, con los objetivos y los resultados obtenidos para el país.
- c) El trabajo desarrollado en organismos gubernamentales, en representación de la Asamblea Legislativa.

¹⁰ Cf. Conferencia del Dr. Manuel Alcántara Sáez, “Una propuesta para evaluar la operatividad de los Congresos en América Central”. *Congreso Centroamericano de Ciencias Políticas*. San José, Costa Rica, 12 al 14 de agosto de 2003.

¹¹ MUÑOZ QUESADA, Hugo A. *La redacción de la ley. Técnica legislativa y negociación política*. Texto poligrafiado, 2003.

- d) La forma cómo han utilizado los bienes y los recursos públicos puestos a su disposición para el cumplimiento de sus funciones.
- e) El destino de los recursos otorgados en la región territorial que representa.
- f) El desempeño de sus labores, con indicación de las actividades públicas desarrolladas a favor de sus electores, los proyectos de ley presentados, los proyectos aprobados o rechazados, así como todos los actos relacionados con su función.

Al formular estos planteamientos, desde ningún punto de vista se ignora que la formulación de la ley, así como las otras funciones parlamentarias, constituyen decisiones políticas fundamentales que emite el Parlamento para solucionar un determinado problema de la sociedad. El Parlamento representa un punto de encuentro entre los valores, las necesidades y las aspiraciones políticas de la sociedad con el derecho. Pero ello, en modo alguno obsta –más bien obliga– a los legisladores a fundar sus decisiones en criterios técnicos y razones de oportunidad y necesidad política, de forma clara y transparente, para los ciudadanos.

En la democracia, el ciudadano común quiere saber qué pasa y por qué. Esta máxima, pese a ser tan obvia, no se cumple. En nuestros países, muchas veces, parece que en los parlamentos se discuten agendas que solo interesan a los propios parlamentarios o a grupos de presión invisibles. *“Hay que romper la campana de cristal y llegar a los ciudadanos comunes. El legislador ha sido elegido por ellos y es a ellos a quienes debe dar cuenta de sus acciones”*,¹² incluyendo, como es obvio, las razones que justifican la ley, de conformidad con la guía aquí sugerida.

Como resultado de lo anteriormente expuesto, se produce un fenómeno de lejanía de los diputados con sus comunidades y electores, de manera que este representante no rinde cuentas, no informa sobre sus tareas y no enfrenta a sus electores para, al menos, dialogar con ellos

¹² *Manual de relaciones legislativas con la prensa*. Unidad para la promoción de la democracia (UPD), Organización de los Estados Americanos. P. 13

de cuando en cuando.¹³ Con esas conductas se quebranta el mandato democrático más útil y necesario: la responsabilidad de los gobernantes y, en el caso particular que nos ocupa, la obligación de los diputados de rendir cuentas y responder por sus actos ante sus representados.

III. ÉTICA E INMUNIDADES PARLAMENTARIAS

Por inmunidades parlamentarias se entienden dos de las condiciones o prerrogativas tal vez más clásicas del parlamentarismo: el principio de inviolabilidad o irresponsabilidad parlamentaria y el principio de inmunidad parlamentaria. Dichas prerrogativas son concedidas a los miembros del Poder Legislativo, no a título personal, sino en su condición de diputados, es decir, en cuanto pertenecen al órgano legislativo y, por tanto, representan la voluntad popular.

Con las inmunidades no se persigue la protección de intereses personales, sino el correcto ejercicio de las funciones parlamentarias; la finalidad es proteger la labor de los diputados con respecto a la injerencia de otros poderes o cualquier otro interés espurio que pudiere entorpecer su ejercicio. Las inmunidades protegen a los diputados frente a las acciones represivas o judiciales, promovidas tanto por otros poderes como por particulares, con el propósito de amordazar o neutralizar su efectivo trabajo, por ejemplo, el relacionado con la función del control político.

En suma, la última ratio de las inmunidades parlamentarias pretende garantizar la autonomía e independencia de la función parlamentaria; por eso se acepta que el titular de dichas prerrogativas sea el Parlamento, pues sin ellas sería imposible garantizar su independencia y buen funcionamiento. Las inmunidades no son otorgadas como fines en sí mismas, sino como herramientas necesarias para que los diputados puedan cumplir de manera fiel y puntual sus funciones.

¹³ MUÑOZ, Hugo Alfonso. *“Relaciones parlamentarias con otros órganos del Estado”*. En: *El Poder Legislativo en la democracia y la integración*. Editado por Ronny Rodríguez y Marcelo Álvarez, auspiciado por la OEA y el Parlamento Centroamericano. San José, Costa Rica, Unidad para la promoción de la democracia de la OEA, 2001. P. 90.

A. La inviolabilidad o irresponsabilidad parlamentaria

Con la expresión inviolabilidad parlamentaria –“freedom of speech para los ingleses, “irresponsabilité parlementaire” para los franceses, “insinducibilità” para los italianos- se garantiza que los diputados no sean responsables, desde el ámbito penal, de lo que dicen, escriben o ejecutan en el ejercicio de sus funciones. Esta inmunidad cubre solo las manifestaciones y los actos propios del ejercicio de la función. Así pues, todo lo que se realice al margen de la función parlamentaria queda excluido de la inmunidad.

La inviolabilidad o irresponsabilidad parlamentaria se caracteriza por ser otorgada con carácter absoluto, perpetuo e irrenunciable. Es absoluta, porque todos los actos y opiniones de los diputados, vertidos en el ejercicio de su cargo, se encuentran cubiertos; perpetua, porque la cobertura o protección se extiende hacia el futuro, inclusive después de la expiración del mandato, e irrenunciable, porque la inviolabilidad protege un interés superior de la nación y no el interés de cada diputado.

Sin embargo, es importante enfatizar que este principio no exime a los diputados de responsabilidades civiles. De acuerdo con el artículo 9 de la Constitución Política, el Gobierno de la República es responsable, por lo que ningún funcionario público, incluidos los diputados, está exento de responder por los daños y los perjuicios causados a cualquier persona con sus actuaciones.

B. La inmunidad parlamentaria

La inmunidad parlamentaria garantiza que los diputados no puedan ser detenidos ni procesados, salvo que fueran sorprendidos *in fraganti* en la comisión de algún delito. La inmunidad constituye un privilegio de orden procesal, dado que introduce un elemento diferenciador con respecto a los demás sujetos del ordenamiento jurídico, en cuanto a la forma de requerir judicialmente a los diputados. Además, la inmunidad no es perpetua; nace y termina con el tiempo que transcurre desde que el diputado es declarado electo hasta la finalización de su periodo constitucional.¹⁴

¹⁴ Para una mayor explicación, véase HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Derecho parlamentario costarricense*. San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, S.A., 1991. Pp. 99 y ss.

C. Abuso de las inmunidades

No obstante su necesidad, las inmunidades parlamentarias se encuentran hoy, en el Derecho Comparado, seriamente cuestionadas, como resultado de los abusos producidos en la *praxis*, por parte de muchos diputados.

Lamentablemente, las inmunidades propias y necesarias para el ejercicio independiente de la función legislativa y la búsqueda del bien común son confundidas a menudo con la total inmunidad —que en la práctica se convierte en impunidad e indulgencia— del representante popular con respecto a la ley, las reglas morales que abriga la sociedad y otros deberes inherentes al cargo. Se podría afirmar que, dentro de un clima de absoluta inmunidad —impunidad— de vieja tradición, los parlamentarios nunca han sido fiscalizados y menos investigados y sancionados por sus conductas irregulares, lo cual constituye un contrasentido en un sistema político que demanda de sus gobernantes mantenerse visibles y ser responsables a cada instante.

Las inmunidades parlamentarias solo deben servir para proteger a los diputados en el fiel cumplimiento de sus labores, pero de ninguna manera como un manto protector para el incumplimiento de sus funciones, la indisciplina, el ausentismo, el abuso, la desviación de poder, la corrupción y de cualquier daño y perjuicio que pueda causar a terceros como resultado de sus actuaciones.

Sin embargo, en los ordenamientos jurídicos de América Latina, sobre este particular, se notan dos graves hechos. Por un lado, prácticamente no existen normas que regulen el régimen disciplinario de los diputados. En tal sentido, los reglamentos no disponen de un capítulo de prohibiciones y sanciones a los diputados, verbigracia, por sus ausencias al Parlamento, o bien, cuando invoquen su cargo de diputado para efectuar asuntos personales y privados, o acepten regalos, propinas, favores, donaciones, recompensas y cualquier otra clase de beneficios. Por otro lado, cuando existen esas normas, los diputados evaden con extrema facilidad sus responsabilidades, amparados en una concepción equivocada de las inmunidades parlamentarias o en el compañerismo y la amistad con quienes tienen la obligación de aplicar o valorar el régimen disciplinario.

Tal situación ha provocado que las prerrogativas de protección y garantía de la libertad e independencia, que se otorgan al Parlamento como institución y a los diputados para facilitar su correcto y eficiente funcionamiento, se hayan convertido en privilegios; privilegios, que resultan no solo contradictorios con principios constitucionales como el de la igualdad, sino también en fuente de crítica y desprestigio para la institución del Parlamento.

De manera muy lamentable, con alguna frecuencia, se puede constatar en la práctica, que el legislador *“no es tal para servir a su comunidad sino para disfrutar de los beneficios económicos y sociales que le depara tal función: los buenos salarios, las jugosas dietas, los privilegios sociales y políticos, los beneficios económicos de préstamos bancarios fáciles y exoneraciones de vehículos, los viajes y muchos otros más. El legislador no es tal para servir a su comunidad sino para servir a su partido, los intereses de su partido, los proyectos de su partido, al margen de los intereses nacionales y de los de las comunidades que los eligieron y que supuestamente representan”*.¹⁵ Lo citado mina en los ciudadanos su credibilidad, fe y confianza hacia los legisladores y el Parlamento.

D. El mareo del poder

No existe duda de que, en algunas personas, el ejercicio del poder político provoca sentimientos de gloria, una especie de *glamour*, más comúnmente conocido como “el mareo del poder”. Algunos políticos perciben el poder como una situación eterna y omnipotente. Esta situación es particularmente crítica entre algunos diputados, quienes de repente se ven privilegiados con las inmunidades parlamentarias, devengando altos salarios y con estilos de vida –vehículos, viajes, cenas, vinos e influencia política- inimaginables antes de asumir su cargo.

Este síndrome les induce a cometer muchos errores, como la prepotencia y la tentación de perseguir a sus adversarios políticos. Con ello maltratan no solo su propia imagen y legitimidad ante la comunidad, sino también el principio del pluralismo político, económico y social.

¹⁵ CASTELLANOS, Justo Pedro. “La moral en la función pública y la influencia de la política”, en *El Poder Legislativo en la democracia y la integración*. Op. cit. P. 155.

Ningún representante popular debería olvidar que, si bien es cierto en el sistema democrático impera la ley de las mayorías, no se puede prescindir de las minorías.

Así pues, los legisladores deberían evitar que el ejercicio del poder los abrume. Deberían pensar que el cargo es solo por unos pocos años y que serán ex legisladores por el resto de la vida. El parlamentario que se exhibe con muchos guardaespaldas, carros y poses mundanas provoca burlas, críticas entre los ciudadanos, reacción entre los reporteros y, como si fuera poco, se muestra mucho más indefenso cuando, al dejar sus funciones, aparece sin vestido entero caminando solo por las calles. En suma, una buena dosis de sencillez y humildad ayudarán siempre a la buena imagen del diputado y del Parlamento, tanto mientras dura el cargo que le permite ser legislador, como cuando deje de serlo.¹⁶

IV. CÓDIGOS Y COMISIONES DE ÉTICA PARLAMENTARIA

Como respuesta, primero al hecho de que el diputado no rinde cuentas ni es evaluado por el resultado de su trabajo y, segundo, al flagelo de la corrupción y la pérdida de la confianza ciudadana en la institución del Parlamento, en los últimos tiempos se ha venido promoviendo con insistencia la aprobación de códigos de ética y la creación de comités de ética para regular su conducta en el seno de ese Poder de la República. ¿Qué podemos decir al respecto?

A. Códigos de ética

El propósito de los códigos de ética es definir una serie de reglas de conducta dirigidas a instruir a los parlamentarios sobre la procedencia o no de una conducta, desde el punto de vista de lo que se considera correcto o incorrecto, es decir, desde el punto de vista moral. Con tal objeto, se establecen normas básicas para el ejercicio honesto y probo de la función parlamentaria, así como para salvaguardar el patrimonio del Estado, mediante la prevención, la investigación y la sanción a los legisladores que se valgan de sus cargos para enriquecerse ilícitamente o cometer otros actos de corrupción.

De acuerdo con lo anterior, los códigos de ética suelen establecer:

¹⁶ Manual de relaciones legislativas con la prensa. Op. Cit. Pág. 19.

Primero, un capítulo de disposiciones generales, en el que se define el ámbito de aplicación, la finalidad y los valores fundamentales que han de orientar la actividad parlamentaria. Por ejemplo, el bien común, la honestidad, la transparencia, la integridad, la objetividad, la responsabilidad, la justicia, la igualdad y la seguridad. La función básica de dichos principios tiende a generar la confianza y la credibilidad de la comunidad en sus legisladores y en la función parlamentaria.

También, en este capítulo se incluye la definición de varios términos, entre los que destaca la corrupción, definida como el abuso del poder público para la obtención de un beneficio económico o de otra índole, sea para sí o a favor de un tercero. De manera específica se establecen como actos de corrupción los siguientes:

- a) El requerimiento o la aceptación, directa o indirecta, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas, ventajas para sí mismo u otra persona o entidad, a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas. También, se considerará acto de corrupción el ofrecimiento u otorgamiento, directo o indirecto, de cualquier objeto a un legislador.
- b) El hecho de que, para obtener ventajas para sí o un tercero, adopte decisiones que afecten los intereses del Estado o alguna norma legal.
- c) La realización de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí o un tercero.
- d) El aprovechamiento doloso o la ocultación que se haga de bienes provenientes de esos ilícitos.
- e) El incremento excesivo del patrimonio respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no puedan ser razonablemente justificados.
- f) El aprovechamiento indebido de información reservada o privilegiada, en beneficio propio o de terceros.
- g) El uso o aprovechamiento indebido de bienes del Estado, en beneficio propio o de terceros.

Segundo, un capítulo relacionado con los deberes éticos de los diputados. Se pueden destacar los deberes de asistencia, cumplimiento, imparcialidad, eficiencia, objetividad, buena conducta, confidencialidad, conocimiento y aplicación de las normas establecidas en razón del cargo, denuncia y rendición de cuentas.

Tercero, un capítulo de prohibiciones en el ejercicio del cargo, por ejemplo, el aprovechamiento de las funciones o los bienes propiedad del Estado o la institución, tales como vehículos, material de oficina, papelería, viáticos y otros, para beneficio personal. También les está prohibido recibir obsequios o recompensas por el ejercicio de un acto propio de la función, el desperdicio de los recursos del Parlamento, el uso del poder o información que le confiere el cargo para beneficio propio o de terceros y disponer del personal subalterno para fines personales. Asimismo, los códigos de ética previenen otros problemas relacionados con los conflictos de intereses, la información financiera de los funcionarios, el problema de la relación entre el Gobierno y la empresa privada y el problema de la llamada “puerta giratoria”.¹⁷

Cuarto, un capítulo relacionado con la comisión de ética o el órgano encargado de aplicar el código de ética. Sobre este particular habrá una exposición posterior.

Quinto, un capítulo de consecuencias o sanciones por el incumplimiento de los deberes y las prohibiciones éticas. Por ejemplo, se suelen regular la amonestación escrita, la suspensión, la destitución y la censura pública.

B. Comisión de ética

Un código de ética sin una comisión o un comité que vele por su observancia no tiene mucho sentido, de ahí la necesidad de crear este órgano disciplinario.

¿Qué es la comisión o el comité de ética parlamentaria?

¹⁷ RAMÍREZ A. Marina. “Ética parlamentaria en Costa Rica”. En *Ética parlamentaria en Centroamérica y República Dominicana*. Editado por Ronny Rodríguez Chang. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2001. P. 77.

Es un órgano colegiado, encargado de aplicar y velar por la observancia del código de ética, así como de custodiar los principios y los deberes éticos propios del servicio público, en general, y el de los diputados, de manera particular.

¿Cuáles deberían ser las funciones de la comisión de ética?

Obviamente, cada Parlamento deberá resolver este problema de acuerdo con sus propias particularidades. Aquí solo sugerimos algunas funciones, tomadas del proyecto Ley Marco del Código de Ética Parlamentaria, elaborado por la Unidad para la Promoción de la Democracia de la Organización de Estados Americanos.

En dicho documento se establecen como funciones:

- a) Promover entre todos los parlamentarios la observancia del código de ética parlamentaria y custodiar los principios y deberes éticos propios de la actividad parlamentaria.
- b) Interpretar el sentido y el alcance de los principios y las normas que integran el código de ética.
- c) Capacitar, periódicamente, a los diputados sobre los contenidos del código, mediante seminarios, conferencias, reuniones o publicaciones escritas, así como resolver con celeridad las consultas que estos formulen.
- d) Iniciar, tramitar y resolver, de oficio o a gestión de parte, los procedimientos correspondientes contra el diputado o los diputados que hayan incurrido en la violación de los principios, los deberes y las prohibiciones contemplados en el código de ética o por cualquiera otra conducta contraria a la ética, el honor, el decoro y el respeto.

¿Quién debería integrar la comisión de ética?

Esta pregunta constituye un asunto sumamente serio. En la mayoría de los países, la aplicación de los códigos de ética o, en todo caso, del régimen disciplinario, cualquiera que sea, se encuentra en manos de los propios parlamentarios, lo cual representa un grave problema. Ya se ha advertido que el ser humano se encuentra en una posición muy precaria para ser juez de sus propios actos.

En virtud de lo anterior, “*la autoridad que aplicará las reglas de conducta parlamentaria y controlará su cumplimiento es una de las claves del éxito de esos códigos*”.¹⁸ Por ello, se ha dicho -opinión que compartimos- que la solución más acertada es la de dejar el control en manos de un órgano diferente o ajeno del controlado –principio elemental en materia de control y fiscalización. La identidad entre controlador y controlado significa en sí misma un conflicto de intereses que debería evitarse.

Idealmente, la opción podría ser una comisión de ética pública para toda la Administración Pública, creada por el Parlamento, pero con independencia y autonomía funcional. Esta comisión se encargaría, como mínimo, primero de elaborar una política de transparencia, honestidad y prevención de la corrupción y, segundo, de garantizar el cumplimiento del código de ética pública en la Administración Pública.

También, podría pensarse en una comisión con jurisdicción solo para la Asamblea Legislativa, pero integrada por personas ajenas al Parlamento. De aprobarse cualquiera de los dos modelos, la clave de su éxito estribará en la independencia de criterio y la probidad de las personas designadas, quienes mediante su acción deberán demostrar que no se encuentran en una posición de subordinación de ninguno de los poderes públicos.¹⁹

No obstante la conveniencia de dichas propuestas se debe ser realistas. En tal sentido, se reconoce que, en el ámbito latinoamericano, los parlamentarios se encuentran muy lejos de la posibilidad de permitir que estas comisiones sean integradas por personas diferentes de los mismos legisladores.

¹⁸ FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. “Marco Teórico”. *En Ética parlamentaria en Centroamérica y República Dominicana*. Op. cit. P. 28.

¹⁹ *Ibíd.* P. 54. En Estados Unidos la *Ethics in Government Act, de 1978*, creó la Oficina de Ética Gubernamental, cuyo director es designado por el presidente con acuerdo del Senado, por el término de cinco años, aunque la ética parlamentaria es supervisada por el *Select Committee on Ethics* del Senado y el *Committee on Official Standards of Conduct* en la Cámara de Representantes. La Comisión Nolan, para Gran Bretaña, incluyó entre sus recomendaciones la creación de un órgano independiente -*Commissioner for Standards*- encargado de la formulación de las reglas de conducta y la supervisión de su cumplimiento.

Ante esa verdad, entonces, sería altamente conveniente para la ética parlamentaria y la adecuada observancia del código de ética que, por lo menos, una persona de reconocida solvencia moral, nombrada por mayoría calificada y ajena al Parlamento, constituya parte de la mencionada comisión de ética parlamentaria. Ello garantizaría algún nivel de objetividad e imparcialidad en el trabajo de dicha comisión.

En estos momentos, se carece de información para determinar cuántos países de nuestro hemisferio han aprobado tales códigos y, menos aún, qué resultados prácticos se han obtenido de su aplicación.

No obstante, se podría especular –habría que comprobarlo empíricamente— que de existir, posiblemente la evaluación no sería muy halagüeña por una sencilla razón: la aplicación y la sanción de las conductas exigidas en los códigos de ética, en los proyectos de código, suelen ser encargadas a los propios parlamentarios.

Este simple hecho, al menos para la clase gobernante de los países latinoamericanos, tan acusada de corrupción, complacencia e indiferencia hacia el compromiso ético jurídico del sistema democrático, los deberes de honestidad, transparencia, eficiencia y rendición de cuentas, invita a creer que los diputados no serían muy diligentes a la hora de juzgar su propia conducta. Ya se ha advertido líneas atrás: no se encuentra entre las capacidades del ser humano, por lo menos de manera objetiva, la de ser juez de sus propios actos. Además, otros factores de índole política comprometen el trabajo de estas comisiones de ética, como la disciplina partidaria, el amiguismo, las componendas y los compromisos políticos.

Sin embargo, con tales observaciones, tal vez demasiado especulativas, no se pretende en modo alguno negar la importancia de los códigos y los comités de ética. Por mucho, son mejores estos esfuerzos codificadores en el campo de la ética parlamentaria, que la situación en que nos encontramos hoy, de vacío normativo y falta casi absoluta de conciencia ética.

Por ello, los códigos de ética resultan de importancia porque ofrecen alternativas prácticas frente a conflictos concretos, promueven la adopción de conductas deseables y el rechazo de comportamientos indeseables; asimismo, pueden cumplir una importante tarea en la orientación de la conducta de los parlamentarios acerca de sus deberes

elementales, así como de educación cívica para los ciudadanos en torno a lo que pueden esperar y exigir de sus representantes.

C. ¿Son suficientes los códigos y las comisiones de ética?

Aunque resulta incuestionable la necesidad de desarrollar todo un marco ético jurídico para combatir el problema de la corrupción, hemos de saber que los códigos, los comités y la represión penal no son suficientes. Estos instrumentos no constituyen varitas mágicas. La corrupción es un fenómeno multicausal para cuyo combate nunca serán suficientes los instrumentos aquí analizados: códigos y comités de ética. El problema es tan complejo que ni siquiera entre los especialistas existe acuerdo sobre qué hacer y cómo hacerlo.

Lo que sí resulta claro es que las leyes por sí solas no bastan para solucionar este grave flagelo, pues aunque la Asamblea Legislativa apruebe una legislación muy agresiva y se creen códigos de ética para el combate de la corrupción, si no existe una fuerte determinación por parte de los funcionarios públicos y otros actores de la vida privada, encauzada a erradicar ese problema, la ley y los códigos de ética pierden eficacia.²⁰

Debemos, entonces, pensar en otras medidas paralelas como la educación y la capacitación, la reforma del Estado, la disminución de la discrecionalidad administrativa y política, la eliminación y simplificación de trámites y procedimientos de toda clase y hasta en la eliminación de

²⁰ Delia M^o Ferreira Rubio, sobre este particular establece: “*Ningún conjunto de reglas puede obligar eficazmente a aquellos que no están dispuestos a observarlas, del mismo modo que las reglas jurídicas no pueden prever todas las eventualidades que pueden surgir o ser desarrolladas por el ingenio del hombre (...) La ética no se impone a través de las leyes, sino que se construye a través del ejemplo y la educación. La moral debe volver a orientar la conducta política. Para obtener este objetivo las sociedades deben generar una recreación valorativa y ello requerirá –más que leyes– reflexión, ejemplos y educación. Por eso la reconstrucción de un consenso ético básico en nuestras sociedades es un desafío cultural de primer orden, en cuyo centro está la persona*”. En “¿Cómo lograr parlamentos menos vulnerables a la corrupción?” Conferencia: Parlamentos y control de la corrupción, desafíos políticos en América Latina, San Pablo, 11, 13 de junio del año 2003.

la pobreza. Lo que no resulta aceptable es que se sigan posponiendo las soluciones que el sistema y la sociedad requieren.

V. EL PROBLEMA ÉTICO Y OTROS ACTORES

Así como el país no es responsabilidad exclusiva de los políticos, pues la política no abarca todas las dimensiones del ser humano ni debe intentarlo, de la misma manera hemos de coincidir con que *“la corrupción no es un problema solo del Estado, sino de la sociedad que se refleja en el Estado. Es un problema del cual los ciudadanos somos protagonistas y, además de protagonistas, víctimas.*

*Por tanto, es un problema del Estado y de la ciudadanía”.*²¹ Es un problema de todos. Como dice sabiamente Sor Juana Inés de la Cruz, *“tanto peca el que paga por la peca como el que recibe paga por pecar”.* Es peligroso reducir el problema de la corrupción únicamente a la clase política, al ciudadano le ha resultado muy cómoda esta posición.

También, para algunos políticos han resultado un gran negocio electoral los enfoques populistas del problema moral. Tiene razón López Calera al afirmar que no se debe caer en la simpleza de “satanizar” la política. *“La corrupción política, aunque tenga sus especificidades, no es consecuencia de que los políticos son un grupo de degenerados o que vienen de un planeta malvado”.*²² Los legisladores, en particular, y los gobernantes, en general, son parte y producto de la sociedad en que vivimos:

“Para un régimen de opinión pública, abierto y plural, que se construye a partir del diálogo y el consenso, es peligrosa la sacralización de la política. Se amenaza la salud de la democracia cuando se fomenta la intransigencia y la intolerancia; cuando se predica que ‘solo yo tengo la razón’ y que todos los que disienten se encuentran equivocados o son malos.

²¹ CASTELLANOS, Justo Pedro. *“Análisis del caso de República Dominicana”.* En *La lucha contra la corrupción, causas y efectos de un problema regional.* Editado por Ronny Rodríguez Ch. y Luis Vásquez C. San José, Costa Rica, Unidad para la Promoción de la Democracia, 2001. P. 421.

²² “Corrupción, ética y democracia. Nueve tesis sobre la corrupción política”. En LAPORTA, F. y ÁLVAREZ, S. *La corrupción política.* Madrid, Alianza Editorial, 1997. P. 129.

*Lo perfecto es enemigo de lo bueno y el político no debe aspirar a ser perfecto sino bueno nada más, esa es su condición humana. Todo el mundo se equivoca y un error no es una infamia, si quien lo comete no busca beneficios personales. Las actitudes sectarias y los dogmatismos políticos impiden el diálogo, la convivencia pacífica y, en consecuencia, la democracia”.*²³

La sociedad civil tiene una gran responsabilidad en la lucha contra la corrupción.

A. Los ciudadanos

Nuestras constituciones, invariablemente, casi de manera poética declaran que el poder proviene del pueblo. Esta hermosa declaración implica: primero, que el pueblo es forjador de su propio destino, como fuente originaria del poder público, y que los gobernantes o representantes populares tienen la obligación de rendir cuentas -al pueblo- de todas sus actuaciones públicas; segundo, que el pueblo, que los ciudadanos deberían participar activamente en la definición de las políticas públicas, los planes, los programas y los proyectos de desarrollo, en el nivel nacional, regional, departamental, municipal y comunitario, así como en la verificación, el control y la fiscalización de su ejecución.

Esta participación se recomienda, entre otras razones, a que los pueblos conocen mejor sus necesidades y son más cuidadosos, económicos, flexibles y creativos que la débil, despreocupada, cansada y derrochadora burocracia estatal. Resulta verificable que ahí, donde ha habido una mayor participación de las organizaciones de la sociedad civil y las poblaciones en la solución de los problemas públicos, siempre hubo mayor eficacia, eficiencia, transparencia, honestidad, rendición de cuentas y evaluación de resultados.

Se supone que cuando se produce una mayor participación de la sociedad en la definición, priorización y solución de los problemas existe mayor democracia y, por ende, un mejor gobierno. Así pues, la participación ciudadana en la planificación, la ejecución y la fiscalización integral de la gestión del Gobierno y los negocios públicos constituye

²³ SOLÍS FALLAS, Alex. *Periódico La Nación*, jueves 19 de setiembre del 2002. P 15.

una valiosa herramienta, asociada con la calidad de la democracia y, en última instancia, con el bien común, en otros términos, con la misma dignidad del ser humano.

A partir de tales planteamientos, cabe formularse dos preguntas:

¿Es posible la participación de la sociedad civil, las comunidades y los grupos organizados en la lucha contra la corrupción?

La respuesta es afirmativa. Los problemas del país, las regiones, los departamentos, los municipios y las comunidades no son responsabilidad exclusiva de quienes gobiernan o trabajan en la función pública. Ya hemos sostenido que lo público no abarca todas las dimensiones del ser humano ni debe intentarlo.

El control, la fiscalización y la rendición de cuentas, por parte de quienes nos representan, dependen en buena medida de ciudadanos responsables, de ciudadanos que participan, de ciudadanos preocupados por los problemas de su comunidad –nacional o local– en suma, de ciudadanos que se interesan por la transparencia de los negocios públicos y denuncian los actos de corrupción surgidos en su comunidad.

La democracia no debe entenderse solamente como un sistema que otorga derechos, también exige deberes y obligaciones a los ciudadanos. Parafraseando a Anthony Giddens, uno podría establecer como lema principal de cualquier ideal democrático: “*ningún derecho sin responsabilidad*”.²⁴ Solo así puede entenderse cabalmente la democracia, como “*el poder que proviene del pueblo*”.

¿Cómo puede el ciudadano participar en la lucha contra la corrupción?

Podría pensarse en varias vías:

En primera instancia, los ciudadanos, de manera individual o en grupo, podrían conversar personalmente con su diputado sobre los problemas que afectan su comunidad, o bien, por la vía telefónica, carta y correo electrónico.

²⁴ GIDDENS, Anthony. *La tercera vía. La renovación de la social democracia*. Madrid, Tauros, 1988. P. 81.

Segundo, también se podría invitar al diputado a su comunidad para que conozca, sin intermediarios, los problemas denunciados.

Tercero, si los ciudadanos no son escuchados por sus diputados podrían simplemente organizarse y amenazar a sus representantes con negarles el voto si no se escuchan los problemas que les aquejan.

Cuarto, los ciudadanos tienen la posibilidad de acudir a los medios de comunicación colectiva locales o nacionales, según corresponda, para denunciar el problema que les interesa, así como al diputado que no se ha interesado por su comunidad.

Quinto, se podría denunciar el desinterés del diputado ante las estructuras del partido y las bancadas parlamentarias.

Sexto, cabe ejercer el derecho de petición. Recuérdese que los actos de la Administración son públicos y que tanto los diputados como los ciudadanos tienen el derecho de obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y las certificaciones que soliciten, de conformidad con lo establecido por nuestras constituciones.

B. Medios de comunicación colectiva

Este es un tema apasionante, que de por sí permite incursionar en un campo muy poco explorado, al menos en el nivel teórico. No obstante las limitadas posibilidades conceptuales que permite este ensayo, resulta de interés poner de manifiesto la necesidad que tiene la función fiscalizadora del Parlamento y la lucha contra la corrupción de la participación y acción de los medios de comunicación colectiva.

La eficacia del control político y la lucha contra la deshonestidad en el ejercicio de la función pública y el gobierno, en última instancia, dependen del conocimiento que los ciudadanos alcancen de los hechos y los sujetos denunciados por el Parlamento. Esta institución requiere de los medios de comunicación, como cauce de expresión de su tarea de fiscalización y control de los otros poderes y sus titulares; es más, se puede sostener que sin la colaboración de la prensa no existen un control político, una rendición de cuentas o una evaluación de resultados efectivos.

Por tanto, en la práctica los medios de comunicación juegan un papel de cardinal importancia, para que la función de control político despliegue toda su fuerza y sus efectos en la opinión pública.

Dicho de otra forma, los “mass media” constituyen un vehículo, una herramienta, sin los cuales la función de control vería menguada, de manera significativa, la posibilidad de formar opinión pública, a partir de los hechos denunciados contra los parlamentarios y los funcionarios públicos que han actuado de forma incorrecta.

La importancia de los medios de comunicación no se agota con servir de vehículo para que la opinión pública conozca sobre los resultados de la función de control interno y externo que ejerce la Asamblea Legislativa o sobre la forma cómo se instrumentaliza la ética parlamentaria; por el contrario, hoy los medios de comunicación influyen de manera determinante en esas funciones en un doble sentido.

En primer término, muchas veces los medios de comunicación determinan y orientan el objeto de la investigación parlamentaria. Los escándalos, en la mayoría de las ocasiones, son descubiertos por los medios de comunicación, y solo cuando estos son del conocimiento público el Parlamento se interesa por investigarlos y ejercer la función de control político.

En segundo lugar, ante la inercia del Parlamento, los medios de comunicación son los que asumen la función de control de los gobernantes y los representantes populares. A manera de generalización, se puede sostener que *“la vida política, y, en concreto, la vida parlamentaria, hoy día es como es por los medios; unos medios que (...) se han apropiado –casi podríamos decir un poco dramáticamente han usurpado— algunos de los papeles clásicos del Parlamento”*.²⁵

En suma, los medios de comunicación representan una valiosa herramienta para la gobernabilidad y la transparencia democrática, en el tanto permite divulgar ante la opinión pública el resultado de la función de control político, a la vez que, en muchos casos, ponen en movimiento sus propios mecanismos investigativos y de control, con lo cual orientan al Parlamento o lo complementan en la difícil tarea de vigilar y supervisar la cosa pública, de manera particular en el caso que nos ocupa, de la honestidad de los parlamentarios.

²⁵ MUÑOZ ALONSO, Alejandro. *“Mesa redonda: el tratamiento informativo de la actualidad parlamentaria”*. En Parlamento y opinión pública. Publicado por la Asociación de Letrados del Parlamento, Barcelona, Editorial Tecnos, S.A., 1995. P. 83.

Esta conclusión reafirma la importancia de los medios de comunicación para el sistema democrático constitucional. Sin embargo, es oportuno advertir que los medios de comunicación deben ser neutrales, tomar distancia del poder político y económico, pues de lo contrario será una prensa comprometida. El sistema no puede amparar a periodistas y empresarios *“que utilizan sus medios de comunicación para proteger a sus amigos o para atacar a sus enemigos”*.²⁶

Consecuentes con lo anterior, también los medios de comunicación deben abstenerse de manipular la información, por respeto a la verdad. Se afirma, quizás con razón, que *“los periodistas están representando continuamente de manera incorrecta el estado de los asuntos públicos. Suprimen información en relación con cosas que están bien hechas y magnifican los errores que son inevitables en el curso de la vida”*.²⁷

Las advertencias que emitimos sobre los medios de comunicación no son banales. Recuérdese que los medios de comunicación no van a elecciones, no rinden cuentas a nadie y, en última instancia, solo responden a intereses empresariales. Se puede afirmar que, si bien es cierto dichos medios constituyen un elemento clave de la democracia, considerados en sí mismos –uno a uno— no son democráticos ni tienen finalidades democráticas. “Decir que una empresa de prensa o televisión son democráticas porque ejercen la libertad de expresión es como decir que también lo son una empresa de papel o de fabricación de televisores porque ejercen la no menos democrática libertad de empresa. Su finalidad es empresarial o partidista –ambas legítimas--.”²⁸

Como sea, lo cierto es que hoy, a los medios de comunicación, por su influencia en la opinión pública y su incidencia en la vida política, informalmente se les coloca en la categoría de un “cuarto poder”; esto los compromete aún más a contribuir con el mantenimiento del sistema de libertad y respeto por los derechos fundamentales que procura el constitucionalismo.

²⁶ SINOVA, Justino. El poder y la prensa. Barcelona, Ediciones Internacionales Universitarias, S.A., 1995. P.31.

²⁷ PÉREZ ROYO, Javier. “El Parlamento contemporáneo y los medios de comunicación”. En Parlamento y opinión pública. Op. cit. P. 21.

²⁸ PRATS CATALA, Joan. “Reforma del Estado y reforma parlamentaria en América Latina”. En Experiencias de modernización legislativa en América Central y República Dominicana. Op. cit. P. 113.

Solo existe libertad de prensa donde hay democracia, y solo existe democracia donde hay controles al ejercicio del poder político. Si esto es así, los medios de comunicación se encuentran consustancialmente comprometidos con la democracia, es decir, con la función de control al ejercicio del poder político.

REFLEXIÓN FINAL

Nuestras constituciones, casi invariablemente, han desarrollado mecanismos para vigilar, supervisar, evaluar y controlar la Administración Pública, pero no se encuentran normas —y si existen no se cumplen— lo suficientemente claras y contundentes que obliguen a los diputados a hacer lo propio con las obligaciones ético-políticas que les exige el sistema democrático constitucional.

Nos hemos preguntado: ¿A quién rinden cuentas los parlamentarios? o ¿quién les pide cuentas?, y no se han encontrado respuestas satisfactorias. Esa es una deficiencia grave para un sistema político que, por un lado, descansa en la idea de que el poder proviene del pueblo y, por el otro, que requiere de parlamentos sólidos, capaces de cumplir sus variadas competencias constitucionales. De manera particular, pensamos en aquellas funciones que obligan al Parlamento a representar los intereses y las aspiraciones de la ciudadanía y a luchar en contra del grave flagelo de la corrupción. Sobre este particular se enfatiza, hablamos de la corrupción que se produce tanto en los otros poderes como en el propio Parlamento.

Si se quiere depurar el ejercicio del poder público resulta imprescindible ampliar los conceptos tradicionales de transparencia y rendición de cuentas, limitados hasta hoy solo al Poder Ejecutivo y la Administración Pública en general. La transparencia y la rendición de cuentas constituyen una obligación para todos los servidores públicos, incluidos, como es obvio, los diputados.

Resulta imposible mantener una democracia sólida y fuerte con unos parlamentarios irresponsables y débiles; se carece de autoridad moral para pedir cuentas a otros, si quien las pide es otro corrupto. Es incongruente demandar de otros lo que no se está dispuesto a dar: un compromiso con el trabajo, la eficiencia y la honestidad.

La democracia es mucho más que unos cuantos procedimientos para la elección periódica de quienes gobiernan. Urge construir una nueva cultura política al interior de la institución del Parlamento. Para ello es urgente despojar de su corona a los parlamentarios, quienes no pueden seguir comportándose más como pequeños reyes sin corona. Si su poder proviene del pueblo, deben ir al pueblo a rendirle cuentas de sus actuaciones.

La modernización parlamentaria, desde cualquier ángulo que se mire, debe estar acompañada de la promoción de una nueva cultura parlamentaria verdaderamente democrática, que incluya una especial atención al fortalecimiento de valores y prácticas democráticas en el seno del parlamentario, como la probidad y la transparencia, el respeto por las minorías y el pluralismo político, la negociación y la solución política de los conflictos, la rendición de cuentas y la evaluación de resultados.

Dentro del amplio marco de medidas que se podría emprender no cabe duda de que los códigos de ética, con las limitaciones apuntadas, resultan valiosas herramientas en la lucha contra la corrupción. Se deben crear y, con ello, desarrollar programas de capacitación para que los parlamentarios, el personal legislativo y los periodistas que cubren el trabajo legislativo conozcan y con cierta frecuencia recuerden cuáles son los principios, los valores, los deberes y las prohibiciones que han de orientar el trabajo parlamentario. Insistir en la educación y en la capacitación permitiría reconstruir un consenso básico sobre lo que desde el ámbito ético y moral debería orientar la conducta de los gobernantes y los gobernados.

Sin embargo, resulta obligado recordar que la ética no se impone por medio de leyes ni códigos, su principal instrumento es el ejemplo y, en última instancia, la integridad y la conciencia de cada persona.

BIBLIOGRAFIA

ALCANTARA SÁEZ, Manuel. “*Una propuesta para evaluar la operatividad de los Congresos en América Central*”. Congreso Centroamericano de Ciencias Políticas. San José, Costa Rica, 12 al 14 de agosto de 2003.

CASTELLANOS, Justo Pedro. “*Análisis del caso de República Dominicana*”. En La lucha contra la corrupción, causas y efectos de un problema regional. Editado por Ronny Rodríguez Ch. y Luis Vásquez C. San José, Costa Rica, Unidad para la Promoción de la Democracia, 2001.

CASTELLANOS, Justo Pedro. “*La moral en la función pública y la influencia de la política*”, en El Poder Legislativo en la democracia y la integración. Editado por Ronny Rodríguez y Marcelo Álvarez, auspiciado por la OEA y el Parlamento Centroamericano. San José, Costa Rica, Unidad para la promoción de la democracia de la OEA, 2001.

Declaración de principios y plan de acción aprobado por la Cumbre de las Américas, realizada en Miami en 1994.

FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. “*Marco Teórico*”. En Ética parlamentaria en Centroamérica y República Dominicana. “¿Cómo lograr parlamentos menos vulnerables a la corrupción?” Conferencia: Parlamentos y control de la corrupción, desafíos políticos en América Latina, San Pablo, 11, 13 de junio del año 2003.

GIDDENS, Anthony. La tercera vía. La renovación de la social democracia. Madrid, Tauros, 1988.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Derecho parlamentario costarricense. San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, S.A., 1991.

LAPORTA, F. y ÁLVAREZ, S. “*Corrupción, ética y democracia. Nueve tesis sobre la corrupción política*”. En La corrupción política. Madrid, Alianza Editorial, 1997.

Manual de relaciones legislativas con la prensa. Unidad para la promoción de la democracia (UPD), Organización de los Estados Americanos.

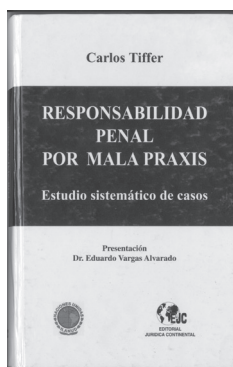
- MUÑOZ ALONSO, Alejandro. *“Mesa redonda: el tratamiento informativo de la actualidad parlamentaria”*. En Parlamento y opinión pública. Publicado por la Asociación de Letrados del Parlamento, Barcelona, Editorial Tecnos, S.A., 1995.
- MUÑOZ QUESADA, Hugo A. La redacción de la ley. Técnica legislativa y negociación política. Texto poligrafiado, 2003.
- MUÑOZ QUESADA, Hugo A. “Relaciones parlamentarias con otros órganos del Estado”. En: El Poder Legislativo en la democracia y la integración. Editado por Ronny Rodríguez y Marcelo Álvarez, auspiciado por la OEA y el Parlamento Centroamericano. San José, Costa Rica, Unidad para la promoción de la democracia de la OEA, 2001.
- PÉREZ ROYO, Javier. *“El Parlamento contemporáneo y los medios de comunicación”*. En Parlamento y opinión pública. Op. cit. P. 21.
- PERINA, Rubén. *“El papel de la OEA en el fortalecimiento del Poder Legislativo”*: en Experiencias de Modernización Legislativa en América Central y República Dominicana. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, editado y compilado por Ronny Rodríguez. San José, Costa Rica, 1999.
- PRATS CATALA, Joan. *“Reforma del Estado y reforma parlamentaria en América Latina”*. En Experiencias de modernización legislativa en América Central y República Dominicana.
- RAMÍREZ A. Marina. *“Ética parlamentaria en Costa Rica”*. En Ética parlamentaria en Centroamérica y República Dominicana. Editado por Ronny Rodríguez Chang. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2001.
- SINOVA, Justino. El poder y la prensa. Barcelona, Ediciones Internacionales Universitarias, S.A., 1995.
- SOLIS FALLAS, Alex. El Control Parlamentario. San José, Costa Rica, Programa de Desarrollo Legislativo, 1995.
- SOLIS FALLAS, Alex. Control político y jurisprudencia constitucional. San José, Costa Rica, CONAMAJ, 2000.

SOLÍS FALLAS, Alex. Reyes sin corona, rendición de cuentas y evaluación de resultados. San José, Costa Rica, Impresiones Gráficas del Este, S.A., 2002.

SOLÍS FALLAS, Alex. Periódico La Nación, jueves 19 de setiembre del 2002. P. 15.

DR. ALEX SOLÍS FALLAS: Ética en el parlamento:
transparencia y rendición de cuentas

Reseñas bibliográficas a cargo del Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez



Tiffer Sotomayor, Carlos **Responsabilidad penal por la mala praxis. Estudio sistemático de casos.** (San José: Editorial Jurídica Continental, 2008, 657 páginas).

En la *Presentación*, el Dr. Eduardo Vargas Alvarado, Catedrático Emérito de Medicina Legal de la Universidad de Costa Rica, afirma que este libro es un aporte original a la problemática de la mala praxis médica, con un enfoque útil para médicos y abogados en toda Hispanoamérica, escrito de una manera clara y amena. En mi criterio es el mejor libro que he tenido el placer de leer sobre este tema (p. 14).

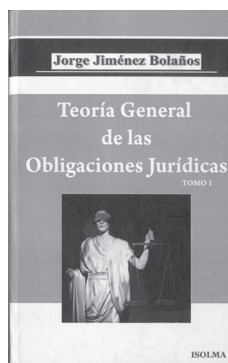
Este libro hace una exposición y análisis de 30 casos seleccionados cuidadosamente, por el autor. Entre ellos en el campo de la de medicina general, ginecología, emergencias, gastroenterología, microbiología.

En la *Introducción*, el Dr. Carlos Tiffer, indica que mediante esta obra espera aportar información que resulte de provecho para sus lectores, tanto en el ámbito de las ciencias jurídicas como en las ciencias de la salud (p. 19).



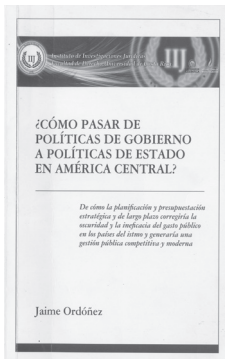
Jiménez Bolaños, **Jorge Teoría general de las obligaciones jurídicas.** *Hacia una sistematización del Derecho Civil Costarricense. Análisis del Libro tercero del Código Civil.* El derecho de las obligaciones civiles (San José: Isolma, 2014, 308 páginas).

En la *Presentación*, el autor nos indica que en esta obra el objetivo general es analizar el instituto de la relación jurídica obligatoria desde una perspectiva doctrinal y teórica, sin olvidar



el tratamiento que le ha dado nuestra jurisprudencia en un sentido práctico (p. 11).

El contenido de este libro está dividido en los siguientes temas:
Primero: Derecho Civil, concepto y desarrollo histórico
Segundo: análisis de la obligación civil moderna
Tercero: elementos constitutivos de la obligación jurídica
Cuarto: análisis especial del vínculo jurídico
Quinto: responsabilidad jurídica
Sexto: análisis de los créditos privilegiados y la *par conditio creditorum*
Sétimo: de las causas que originan las obligaciones
Octavo: análisis de los sujetos en la obligación jurídica obligatoria
Noveno: de los diferentes tipos de obligaciones en relación a los sujetos
Décimo: la prestación
Onceavo : obligaciones pecuniarias
Doceavo: obligaciones de valor
Treceavo: la causa
Catorceavo: extinción de las obligaciones



Ordóñez Chacón, Jaime ***¿Cómo pasar de políticas de gobierno a políticas de Estado en América Central?*** *De cómo la planificación y presupuestación estratégica y de largo plazo corregiría la oscuridad y la ineficacia del gasto público en los países del istmo y generaría una gestión competitiva y moderna* (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Costa Rica, 2013, 229 páginas).

En la *Introducción*, el autor nos afirma que en este libro se hace un análisis de los principales problemas que presentan los países de América Central en materia de eficacia, transparencia y control de los fondos públicos (p. 13). Además, desarrolla el tema de la planificación, presupuestación y evaluación como universo sistémico e imbricado (pp. 15 a 17).

Los países analizados son:

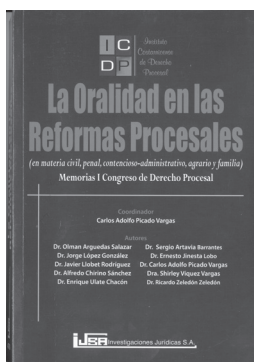
Guatemala

El salvador

Honduras

Nicaragua

Costa Rica



Picado Vargas, Carlos Adolfo (coordinador) et al. **La oralidad en las reformas procesales** (en materia civil, penal, contencioso administrativo, agrario y familia). *Memorias del I Congreso de Derecho Procesal*. (San José: Instituto Costarricense de Derecho procesal, editorial Investigaciones jurídicas S A, 2013, 432 páginas).

Esta obra presenta el siguiente contenido:

Principios de un proceso oral. *Dr. Olman Arguedas Salazar*

Principales innovaciones y evolución histórica del nuevo Código Procesal Civil. *Dr. Sergio Artavia Barrantes*

Las audiencias en el nuevo Código Procesal Civil de Costa Rica. *Dr. Jorge López González*

El proceso por audiencias orales en el monitoreo de desahucio. *Dr. Sergio Artavia Barrantes*

La oralidad en el nuevo proceso contencioso administrativo (Costa Rica). *Dr. Ernesto Jinesta Lobo*

Oralidad y apelación de la sentencia penal *Dr. Javier Llobet Rodríguez*

El juez y la producción de la prueba en el proceso penal acusatorio. *Dr. Carlos Adolfo Picado Vargas*

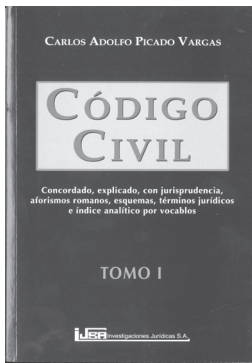
La oralidad en el proceso penal costarricense. Mitos y leyendas de un instituto moderno. *Dr. Alfredo Chirino Sánchez*

La oralidad en materia de familia, nuevas leyes y proyecto de reforma *Dra. Shirley Víquez Vargas*

La oralidad en el proceso agrario actual. El plan de moderna gestión y regulaciones en el proyecto del Código Procesal Agrario. (Entre mitos y leyendas). *Dr. Enrique Ulate Chacón*

La garantía de defensa en el juicio oral en el proyecto de Código Procesal Agrario. *Dr. Carlos Adolfo Picado Vargas*

El proceso oral por audiencias. *Dr. Ricardo Zeledón Zeledón*



Picado Vargas, Carlos Adolfo **Código Civil.** *Concordado consigo y con legislación especial, anotado, esquematizado, con jurisprudencia, con descriptores y restrictores de las Salas Primera, Segunda y Constitucional, Tribunales Civiles, Laborales, Contencioso Administrativos, de Familia, Agrario y Notarial, términos jurídicos y aforismos latinos en cada artículo e índice analítico por vocablos.* (San José: Investigaciones Jurídicas S A , 2014, I tomo: 651 páginas, II tomo 645 páginas).

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Definición de la revista

- La *Revista de Ciencias Jurídicas* es una publicación científica en el campo del Derecho.
- *Cobertura temática*: los artículos que publica pertenecen a las diversas ramas jurídicas.
- Se *publica* bajo los auspicios del convenio interinstitucional de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados de Costa Rica. Esta revista tiene *nivel científico*.
- Su *objetivo* es divulgar y difundir ensayos en las diferentes disciplinas del saber científico-jurídico, para la asesoría y apoyo logístico de estudiantes y operadores, en general, del Derecho.
- Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. América Central.
- Periodicidad: Cuatrimestral.
- Revista impresa y digitalizada.

REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Los artículos deben ser originales e inéditos.
2. El artículo no sobrepasará las 25 cuartillas tamaño carta y a doble espacio; y, se presentará con el tipo de letra *Times New Roman* en 14 puntos, las notas al pie de página en 12 puntos.
3. De cada artículo se presenta un original en papel y una versión electrónica.
4. El título responde de manera concreta y específica al contenido del artículo. No extenderlo a más de ocho palabras.
5. El artículo se acompaña con:
 - a) Un resumen de seis líneas en español y en otro idioma.
 - b) Cinco palabras clave en español y en otro idioma.El autor es responsable de este punto 5.
6. Las páginas del artículo deben numerarse.
7. Cada trabajo presentado debe incluir la bibliografía utilizada. Esta se consignará al final y por orden alfabético del autor.
8. La bibliografía incluye los siguientes datos:
 - a) De libro: autor, año de la primera edición si está consignado, título del libro (subrayado), edición utilizada, ciudad, editorial, año, páginas.
 - b) De publicaciones periódicas: autor, título del artículo (entre comillas). Nombre de la publicación (subrayado), año, volumen, número, páginas.
 - c) De textos electrónicos: "Responsable principal. Título [tipo de soporte]. Responsable(s) secundario(s). Edición. Lugar de publicación: editor, fecha de publicación, fecha de actualización/visión. Descripción física. (Colección). Notas. Disponibilidad y acceso [Fecha de consulta]. Número actualizado".
Ejemplo: "Library of Congress. *History and development of the Library of Congress machine-assisted realization of the virtual electronic library* [en lineal]. [Washington, D.C.: Library of Congress], 15 June 1993. <gopher://lcmrveloc.gov:70/00/about/history> [Consulta: 5 mayo 1997]". (Fragmentos: *Norma ISO690*).
9. El autor del artículo debe indicar brevemente sus datos personales, profesionales, académicos, adscripción laboral, e-mail, teléfono y fax.

Sistema de arbitraje: el Consejo Asesor o Comisión Editorial tiene, además, la función evaluadora o de arbitraje.

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
San José, Costa Rica
www.lilcr.com
Tel. (506)2235-0011
388031