

Revista de Ciencias Jurídicas. Revista Cuatrimestral.

Nº 107, mayo-agosto 2005. Universidad de Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. -- Litografía e Imprenta LIL, S.A., 2005. 232 p. ; 152 x 222 mm.

ISSN: 0034-7787

1. Derecho Revistas. Publicaciones periódicas.
2. Publicaciones periódicas costarricenses.

Revista fundada en 1963

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica

Revista de Ciencias Jurídicas Nº 107, 2005

ISSN: 0034-7787

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

www.ijj.derecho.ucr.ac.cr

www.ijj.cejul.ucr.ac.cr

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

CONSEJO ASESOR:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Gilberto Corella Quesada	Presidente
Lic. Ramiro Arauz Montero	Pro-secretario
MBA José Iván Salas Leitón, Coordinador de Enlace	Vocal I
Lic. Miguel Román Díaz	Vocal II
Licda. Iliana Arce Umaña	Colegiada

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Rafael González Ballar	Decano
Dr. Alfredo Chirino Sánchez	Profesor
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez	Profesor
Dr. Minor Salas Solís	Profesor

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

107

SAN JOSE, COSTA RICA
2005
MAYO - AGOSTO

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2005

Presidente:

Lic. Gilberto Corella Quesada

Vicepresidente:

Lic. Alejandro López McAdam

Secretaria:

Licda. Grettel Ortiz Alvarez

Prosecretario:

Lic. Ramiro Salvador Aráuz Montero

Tesorera:

Licda. Rocío Cerdas Quesada

Vocal 1:

MSc. José Iván Salas Leitón

Vocal 2:

Lic. Miguel Román Díaz

Vocal 3:

Licda. Cruz María Calvo Cuadra

Vocal 4:

Lic. José Daniel Alvarado Bonilla

Vocal 5:

Lic. Wilfred Arce Salas

Fiscal:

Licda. Sonia María Arias Gutiérrez

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rectora:

Dra. Yamileth González García

Director Consejo Universitario:

Dr. Alfonso Salazar Matarrita

Vicerrectora de Docencia:

Dra. Libia Herrero Uribe

Vicerrector de Investigación:

Dr. Henning Jensen Pennington

Vicerrectora de Acción Social:

Dra. María Pérez Yglesias

Vicerrector de Administración:

M.Sc. Herman Hess Araya

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Carlos Villalobos Villalobos

Decano Sistema de Estudios de Posgrado

Dr. Jorge Murillo Medrano

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. Fernando Durán Ayanegui

PRESENTACION

En este número se publican investigaciones en los campos del Derecho Electoral, Penal, Educativo, Comercial, Constitucional, Género.

Asimismo, se incluyen reseñas bibliográficas relevantes.

El director - editor

NOTA: Con la excepción del artículo del Dr. Sobrado González, en los demás ensayos –por lo que respecta al resumen, palabras clave, abstract y keywords– los elaboró el Director-Editor.

INDICE

<i>Presentación</i>	<i>Pág.</i> 9
Ensayos:	
Democratización interna de los partidos políticos en Costa Rica <i>Dr. Luis Antonio Sobrado González</i>	13
La imputación de resultados de lesión y/o peligro a supuestos de delitos de omisión en materia penal. Especial referencia a la hipótesis denominada “delitos de omisión impropia”. Un análisis a la luz de la legislación penal costarricense <i>Prof. Alonso Salazar Rodríguez</i>	37
Enseñanza de la lógica para sentencias judiciales <i>Dr. Max A. Freund</i>	71
El endoso <i>Lic. Héctor Chávez Carmona</i>	91
La reforma del Estado: perspectivas actuales <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	113
La mujer en la literatura jurídica romana: una aproximación De género a las “instituciones” de Gayo <i>Lic. Henry Campos Vargas</i>	147
A propósito de la aplicación de los artículos 169, incisos 1 y 2, 170 párrafo primero del Código de Familia, una mirada con los lentes del género <i>Licda. Laura Navarro Barahona</i>	163
La “defensa” de la Constitución Política <i>Lic. Gustavo González Solano</i>	173
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	225

DEMOCRATIZACIÓN INTERNA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN COSTA RICA

Dr. Luis Antonio Sobrado González⁽¹⁾

(Recibido 30/08/04; aceptado 13/06/05)

(1) Magistrado Propietario del Tribunal Supremo de Elecciones y profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Costa Rica.

RESUMEN:

Partiendo del carácter esencial que para el sistema democrático tiene la estructuración y funcionamiento también democráticos de los partidos políticos el artículo pretende hacer un balance de la situación que impera en Costa Rica, para lo cual revisa las normas vigentes, la discusión política y académica sobre esa temática y la perspectivas de la reforma electoral. Además, se analiza la línea que se observa en la jurisprudencia electoral, con referencia a las resoluciones que el Tribunal Supremo de Elecciones ha adoptado en los últimos años sobre los siguientes temas: la génesis del recurso de amparo electoral, la necesidad de renovar periódicamente las estructuras partidarias, la imposibilidad de dejar sin efecto candidaturas propuestas mediante consulta popular, proscripción de formas indirectas de afectación de la democracia partidaria y la revitalización de la cuota femenina.

Palabras clave: Costa Rica, derecho electoral, democracia, partidos políticos, participación política, recurso de amparo, cuota femenina, Tribunal Supremo de Elecciones, jurisprudencia, elecciones.

ABSTRACT:

Starting from the essential character that for the democratic system has the structuring and operation –also democratic– of the political parties, the article tries to make a balance of the situation that reigns in Costa Rica, for which reviews the effective norms, political and academic discussion on that thematic one and the perspective of the electoral reform. In addition, the article analyzes that line that is observed in the electoral jurisprudence, in reference to the resolutions that the Electoral Supreme Tribunal has adopted in the last years on the following subjects: the genesis of the writs of protection in electoral matter, the necessity to renovate the political structures periodically, the impossibility of leaving without effect candidacies by means of popular consultation, proscription in indirect ways of affectation to the parties democracy and the reinforcing of the feminine quota.

Key words: Costa Rica, Electoral Law, democracy, political parties, political participation, writs of protection, feminine quota, Electoral Supreme Tribunal Jurisprudence, elections.

SUMARIO:

Introducción

- A) Marco normativo vigente en Costa Rica
- B) Estado de la cuestión en el debate académico y político
- C) Aportes jurisprudenciales sobre el tema bajo análisis
 - c.1) El recurso de amparo electoral como garantía de la democracia interna en el seno de los partidos políticos
 - c.2) Sobre la necesidad de renovar periódicamente las estructuras partidarias
 - c.3) Sobre la imposibilidad de las asambleas de dejar sin efecto las candidaturas propuestas mediante consulta popular
 - c.4) Sobre algunas formas indirectas de afectación de la democracia interna en los partidos
 - c.5) Sobre la necesidad de darle efectividad al sistema de cuota femenina
- D) La reforma electoral y la democratización interna de los partidos

INTRODUCCIÓN

La democracia representativa supone que, no obstante que la soberanía reside en la nación (art. 2º de la Constitución), su voluntad se expresa a través de leyes elaboradas por sus representantes, cuyo respeto y acatamiento condicionará la validez del ejercicio de las funciones jurisdiccional y administrativa. El pueblo, a través del sufragio, delega en el cuerpo parlamentario el ejercicio de esa potestad legislativa (art. 105 constitucional), sin perjuicio de algunas modalidades de involucramiento directo de su parte en tal actividad (referendo e iniciativa popular en la formación de la ley, que en Costa Rica recientemente se les consagró mediante una reforma de varios numerales constitucionales, pero cuya eficacia se hizo depender de una ley de desarrollo que aún no ha sido promulgada).

La nominación de candidaturas a esos cargos representativos se hace recaer de modo prevalente, e incluso monopolístico, en los partidos políticos, razón por la cual se les considera los intermediarios indispensables entre el Gobierno y los gobernados. En tal sentido, en la sociedad democrática contemporánea, los partidos son organizaciones de masas de carácter asociativo, que articulan y racionalizan la participación política de los distintos ciudadanos, los cuales se incorporan (como militantes o simples simpatizantes) a las diferentes agrupaciones partidarias de acuerdo con sus distintas empatías políticas e ideológicas. Esta acción colectiva, que permite el acceso al poder de los candidatos que obtengan un favor electoral significativo, en principio garantiza que se traslade a la acción gubernamental —o al menos al debate parlamentario— la plataforma programática y el ideario respaldados por la base partidaria.

Para garantizar la fidelidad de los representantes populares, respecto de los anhelos políticos y la visión de los problemas nacionales o locales del grupo de personas que contribuyó a su elección, resulta esencial que su postulación haya sido el resultado de un proceso transparente en el seno de un partido organizado democráticamente; de lo contrario, el pueblo se encontraría secuestrado por aristocráticas dirigencias partidarias que impondrían arbitrariamente candidaturas.

Sin embargo, sigue teniendo vigencia sociológica la famosa “ley de hierro de la oligarquía”, propuesta hace casi un siglo por Michels, que pone en evidencia la tendencia oligárquica natural en todos los partidos políticos: “La organización es lo que da origen a la dominación de los elegidos sobre los electores, de los mandatarios sobre los

mandantes, de los delegados sobre los delegadores. Quien dice organización dice oligarquía”.⁽²⁾ “*La apatía de las masas y su necesidad de guía tienen como contraparte, en los líderes, un apetito natural por el poder. De esta manera el desarrollo de la oligarquía democrática se acelera por las características generales de la naturaleza humana. Lo que comenzó por la necesidad de la organización, administración y estrategia se completa por determinismo psicológico*”.⁽³⁾ Esta inclinación se traduce en relaciones internas de dominación en los partidos, que fomentan la permanencia de los liderazgos tradicionales: “*Quien tiene un cargo de delegado adquiere un derecho moral a ese cargo y los delegados lo conservan a menos que sean privados de éste en circunstancias extraordinarias o en cumplimiento de leyes observadas con estrictez excepcional. Una elección realizada para un propósito definido adquiere una trascendencia vitalicia. La costumbre se hace un derecho. Quien ha desempeñado durante cierto tiempo el carácter de delegado termina por considerar que ese cargo es propiedad suya*”.⁽⁴⁾

A la luz de lo anterior cobra especial importancia el contar con un marco legal adecuado que contrarreste esta tendencia oligárquica y garantice la vigencia de prácticas democráticas en el seno de los partidos, lo cual supone la necesidad de revisar permanentemente el régimen jurídico vigente. No obstante, como agudamente lo expresara hace pocos días la experta Flavio Freidenberg, los organismos electorales deben comprometerse a controlar eficazmente el respeto a dicho régimen: “*Al mismo tiempo que se da el marco institucional para generar los cambios, resulta fundamental que los tribunales electorales exijan a los partidos que respeten las normas. El incumplimiento de las mismas, debería imposibilitar la participación en los comicios. Por ejemplo, aquel partido que no respetase la cuota en la conformación de las listas de candidatos, que no empleara elecciones internas cerradas o que (no) institucionalice mecanismos de control internos; debería ser penalizado con la prohibición de participar en las elecciones. Esto tiene que ver con la **necesidad de generar un equilibrio entre el grado de autonomía partidista y el papel de las instituciones del***

(2) Robert Michels. *Los partidos políticos: Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*. Tomo 1, Argentina, Amorrortu Editores, 1973, pág. 13.

(3) *Ibid.*, tomo 2, pág. 9.

(4) *Ibid.*, tomo 1, pág. 90.

Estado en el control del funcionamiento partidista. *Un exceso de control del Estado sobre los partidos supondría una pérdida de autonomía de estos para tomar sus decisiones, aún cuando fuera en nombre de los derechos de los afiliados o de grupos internos”.*⁽⁵⁾

La exposición que se hace en las siguientes páginas pretende hacer un balance de la situación que impera en nuestro país, para lo cual revisaremos las normas vigentes, la discusión política y académica sobre la temática de la democracia interna de los partidos y las perspectivas de la reforma electoral. Además, se analiza la línea que se observa en la jurisprudencia electoral, con referencia a las resoluciones más importantes que se han adoptado en los últimos años.⁽⁶⁾

A) MARCO NORMATIVO VIGENTE EN COSTA RICA

El artículo 98 de la Constitución Política regula el fenómeno de los partidos políticos. Su redacción actual es fruto de una reforma introducida en el año 1997, cuyos términos aparecen inequívocamente inspirados en la Constitución española vigente:⁽⁷⁾

-
- (5) Las anteriores palabras están contenidas en la disertación que hizo la autora el día 24 de setiembre del 2004, en el marco de la XVIII Conferencia de la Asociación de Organismos Electorales de Centroamérica y el Caribe (Protocolo de Tikal), recientemente celebrada en República Dominicana.
- (6) Como se verá en su momento, se trata de pronunciamientos de gran relevancia en la promoción de esa democracia interna y que denotan el firme compromiso del Tribunal Supremo de Elecciones al respecto. En la citada Conferencia, la profesora Freidenberg alabó estos esfuerzos jurisprudenciales, así como el aporte del organismo electoral costarricense al poner en línea una amplísima gama de datos electorales relevantes, como un medio para lograr una mayor equidad en la competencia política.
- (7) “Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura y funcionamiento deberán ser democráticos” (art. 6º de la Constitución española de 1978).

“ARTÍCULO 98.- Los ciudadanos tendrán el derecho de agruparse en partidos para intervenir en la política nacional, siempre que los partidos se comprometan en sus programas a respetar el orden constitucional de la República.

Los partidos políticos expresarán el pluralismo político, concurrirán a la formación y manifestación de la voluntad popular y serán instrumentos fundamentales para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad serán libres dentro del respeto a la Constitución y la ley. Su estructura y funcionamiento deberán ser democráticos”.

Esta exigencia de estructuración democrática, se refuerza con lo dispuesto en el artículo 95 de la Constitución, según el cual *“La ley regulará el ejercicio del sufragio de acuerdo con los siguientes principios: ...8.- Garantías para la designación de autoridades y candidatos según los principios democráticos y sin discriminación por género”.*

El desarrollo legal de los partidos políticos aparece recogido en el Código Electoral (Ley Nº 1536 de 10 de diciembre de 1952 y sus reformas), cuyo título IV se refiere a aspectos tales como su constitución, registración, organización, designación de candidaturas e inscripción de las mismas.

En Costa Rica son de designación popular el Presidente y los Vicepresidentes de la República (que se eligen en circunscripción electoral nacional), los diputados a la Asamblea Legislativa (electos provincialmente aunque representan a la Nación) y diversos funcionarios municipales: regidores y alcaldes (a elegir en las distintas circunscripciones cantonales) y síndicos y concejales de distrito (designados por los vecinos de los distintos distritos administrativos).

Sólo los partidos políticos están legalmente habilitados para postular candidaturas a esos cargos:⁽⁸⁾ para todos ellos, si están inscritos

(8) “Sólo pueden participar en elecciones aisladamente o en coalición, los partidos inscritos en el Registro de Partidos, que llevará el Registro Civil” (art. 65 del Código Electoral).

a escala nacional; sólo para los diputados de la respectiva provincia, si son de carácter provincial; y únicamente para los funcionarios de una municipalidad en particular, si su inscripción lo es a escala cantonal.⁽⁹⁾

Por su parte, los artículos 60 y 61 del Código Electoral establecen la estructura mínima con que debe contar todo partido político inscrito a escala nacional, la cual se caracteriza por un régimen de asambleas estructuradas piramidalmente y que arranca con asambleas de los militantes de los distintos distritos del país; a partir de ellas, se estructuran las asambleas cantonales, las provinciales y la nacional, integradas por delegaciones de las asambleas de nivel inferior. Dicha estructura se adecua, tratándose de partidos provinciales y cantonales, de suerte que, en los primeros, la asamblea superior es la provincial y, tratándose de los segundos, lo es la cantonal. Corresponde a la asamblea nacional (o a la asamblea superior de los partidos que no estén inscritos a escala nacional) la dirección política de organización partidaria. Cada una de esas asambleas designa un comité ejecutivo, encargado de ejecutar los acuerdos de la respectiva asamblea e integrado, como mínimo, por un presidente, un secretario general y su tesorero.⁽¹⁰⁾

(9) “Los partidos tendrán carácter nacional cuando se formen para la elección de Presidente y Vicepresidentes de la República, Diputados a la Asamblea Legislativa o a una Asamblea Constituyente. Serán de carácter provincial cuando se propongan intervenir solo en la elección de Diputados y tendrán carácter cantonal cuando se funden únicamente para las elecciones de alcalde municipal, regidores, síndicos municipales y miembros del Consejo de Distrito” (art. 63 del Código Electoral).

(10) “Artículo 60.- Organización de los partidos políticos
En su organización, los partidos comprenderán:

- a) Una Asamblea de Distrito en cada distrito administrativo;
- b) Una Asamblea de Cantón en cada cantón
- c) Una Asamblea de Provincia en cada provincia;
- d) La Asamblea Nacional.

La Asamblea de Distrito estará formada por los electores de cada distrito afiliados al partido. La Asamblea de Cantón estará constituida por cinco delegados de cada distrito electos por las respectivas Asambleas de Distrito. La Asamblea de Provincia estará integrada por cinco delegados de cada cantón, electos por las respectivas asambleas cantonales. La Asamblea Nacional estará conformada por diez delegados de cada provincia, electos por las respectivas asambleas provinciales.

Como ha señalado el Tribunal Supremo de Elecciones en sus pronunciamientos, dicho modelo organizativo *“procura una estructura interna mínima y uniforme para todos los partidos políticos, que sirve de instrumento democrático para evitar o atenuar la oligarquización de tales formaciones, por constituir un cauce de participación de los afiliados en la toma de decisiones que atañen a la organización”* –resolución n.º 1669 de las 9:30 horas del 24 de agosto del 1999–.⁽¹¹⁾

Además, cada Asamblea estará integrada por los demás miembros que se establezcan en los respectivos estatutos, que se escogerán con base en principios democráticos y de representatividad. El número de miembros determinados por los estatutos siempre deberá ser menor que el de delegados de carácter territorial que se establecen, en este artículo, para cada Asamblea.

El quórum para cada Asamblea se integrará con la mayoría absoluta, mitad más uno, del total de sus integrantes; y sus acuerdos serán tomados por la mayoría, mitad más uno, de los presentes, salvo en los asuntos para los cuales los estatutos establezcan una votación mayor.

Las delegaciones de las asambleas distritales, cantonales y provinciales, deberán estar conformadas al menos, por un cuarenta por ciento (40%) de mujeres”.

Transitorio.- Cuando un partido haya alcanzado la participación política de la mujer en proporción a su número dentro del Padrón Electoral y a satisfacción del Tribunal Supremo de Elecciones, las medidas citadas en el último párrafo del artículo 60 del Código Electoral podrán cesar por resolución de ese Tribunal.

“Artículo 61.- Asamblea Nacional

La dirección política de los partidos estará a cargo de la Asamblea de mayor rango. Para los organismos y las asambleas inferiores, serán obligatorios los acuerdos que adopten en uso de las atribuciones conferidas por los estatutos y la ley. La ejecución de los acuerdos de cada Asamblea corresponderá a su Comité Ejecutivo Superior, que estará formado, como mínimo, por su Presidente, su Secretario General y su Tesorero. Para cada miembro del Comité Ejecutivo Superior, la Asamblea Nacional designará un suplente, quien actuará en las ausencias temporales del propietario respectivo.

Si el partido no fuere de carácter nacional, la dirección política estará a cargo de su Asamblea Superior”.

(11) Este pronunciamiento invoca como antecedente las consideraciones que hacía la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en su voto

La designación de los candidatos se efectúa de acuerdo con lo que prescriban los estatutos partidarios. Sin embargo, dichas designaciones deben ser ratificadas por la asamblea superior de cada partido (salvo las candidaturas municipales, cuya ratificación corre a cargo de las distintas asambleas cantonales), según los prescribe el artículo 74 del Código Electoral.⁽¹²⁾ En general, compete al Tribunal Supremo de Elecciones vigilar los procesos internos de designación de candidaturas, como garantía de respeto al ordenamiento electoral (art. 19 inciso h).

n.º 2881-95. En esa oportunidad se apuntaba que "... la regulación que se hizo de los partidos, primero en la Constitución y después en el Código Electoral, determinó la importancia que para el sistema político y electoral tendrían en adelante esas organizaciones como sujetos esenciales en el funcionamiento de un Estado estructurado con base en el principio democrático. Esa competencia reguladora ha sido empleada, dadas las circunstancias históricas, en tratar de fomentar la democratización interna de los partidos y esa finalidad que concuerda con lo dispuesto en la Constitución es su única justificación, por la limitación que impone a la propia potestad reguladora de los asociados del partido. El establecimiento de requisitos para la formación y el funcionamiento de los partidos, creó una organización mínima necesaria para el cumplimiento de los requerimientos del principio democrático que pretendió superar el fenómeno de la oligarquización que se presenta cuando la organización se convierte en un aparato destinado a mantener concentrado el control y el poder de decisión en las edites políticas o la cúpula del partido. En esta etapa que puede calificarse de transición entre la desregulación y la regulación mínima hay que situar la emisión de las normas impugnadas. El legislador, coincidiendo con el escepticismo de que los propios adherentes sean capaces de proveer a la democratización interna de sus agrupaciones, dotó al sistema de partidos de una organización mínima que pretende fomentar el carácter democrático de la formación de la voluntad política. Lo anterior resulta primordial para el sistema electoral porque debe recordarse que por disposición del artículo 65 del Código Electoral ningún ciudadano puede elegir y ser electo si no es por medio de un partido político inscrito en el registro estatal. A estas organizaciones les corresponde la designación de candidatos para los puestos de elección popular. A la Asamblea Nacional del partido le corresponde designar los candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, a la Asamblea Legislativa y a la Asamblea Constituyente... y a la Asamblea de Cantón le corresponde la designación de los candidatos a Regidores y Síndicos Municipales ...".

(12) "Los partidos políticos inscritos designarán a sus candidatos a la Presidencia y las Vicepresidencias de la República, a la Asamblea Legislativa,

Ese afán democratizador que inspira el reseñado marco regulatorio de los partidos políticos, ha sido objeto de un fecundo desarrollo por parte de la jurisprudencia electoral en los años recientes. Como tendremos oportunidad de analizarlo más adelante, el Tribunal Supremo de Elecciones ha echado mano de su facultad constitucional para interpretar la normativa electoral en forma exclusiva y obligatoria (art. 102 inc. 3º), y dar concreción a dicho afán, corrigiendo una serie de prácticas y prejuicios tradicionales de la realidad político-electoral que, respetando en apariencia las formas jurídicas, traicionaban por el fondo el imperativo constitucional de una praxis partidaria bajo estándares democráticos.

B) ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DEBATE ACADÉMICO Y POLÍTICO

Resulta sorprendente la ausencia de toda preocupación por debatir en el ámbito político la temática que nos ocupa. Incluso en el plano académico la misma es escasa.

En efecto, es a partir de la “Auditoria ciudadana sobre la calidad de la democracia”, informe elaborado por el Proyecto Estado de la Nación en Desarrollo Sostenible en el año 2001, que se propicia y pretende un primer diagnóstico sobre el tema, a pesar de que el propio informe reconoce su carácter exploratorio dada la escasa información disponible.

El capítulo 9 de la Auditoria ciudadana (“Vida interna en los partidos políticos”) planteó, como aspiración, el que los partidos políticos conduzcan sus asuntos mediante reglas democráticas, calificando tal

a una asamblea constituyente y a cargos municipales, según lo prescriban sus propios estatutos. Estas designaciones deberán ser ratificadas por la asamblea correspondiente de los partidos, según el caso.

Las convenciones nacionales o cualquier otra forma de designación o elección de candidatos a la Presidencia, no podrán celebrarse antes del 31 de mayo inmediato anterior a las elecciones nacionales.

El Comité Ejecutivo Superior será el órgano del partido responsable de organizar y dirigir las convenciones nacionales. Sin embargo, podrá delegar esta función en un tribunal de elección interna ...”.

aspiración como de “cumplimiento medio”. En el panel de evaluación respectivo y sobre cinco puntos considerados medulares para esa democratización, no existió acuerdo en cuanto al grado de respeto de la libertad de expresión dentro de los partidos políticos ni sobre el nivel de transparencia de sus elecciones internas. Evaluadas como de “cumplimiento medio”, se concluyó que dichas elecciones internas son libres; existe una libre escogencia del programa partidario; y, finalmente, hay sanción por incumplimiento de normas democráticas a lo interno de los partidos políticos:

“No existe evidencia de que las amenazas a la integridad o el patrimonio de las y los afiliados a los partidos políticos durante los procesos de escogencia de los líderes de sus partidos sea una práctica generalizada o frecuente. No obstante, en ciertas elecciones locales existen prácticas aisladas para coaccionar la preferencia electoral de las y los electores.

Los partidos mayoritarios realizan convenciones abiertas para escoger a sus candidatos presidenciales. Las elecciones abiertas y directas de candidatos a diputados, regidores y síndicos no constituyen una práctica generalizada, ni frecuente. En años recientes uno de los partidos mayoritarios experimentó parcialmente con la selección de candidatos a diputados mediante procesos electorales abiertos.

Las garantías jurídicas para la realización de procesos limpios en la escogencia de candidatos a cargos públicos dentro de los partidos son pocas. El TSE no ejerce supervisión sobre estos procesos; los órganos de organización y supervisión internos, como los tribunales internos de elecciones, cuentan con pocos recursos técnicos y financieros y su autonomía frente a la conducción política del partido no está garantizada; los registros de afiliados, cuando existen, están desactualizados.

En la década de los noventa se registró al menos un fraude en las elecciones internas para la escogencia del candidato presidencial en uno de los partidos mayoritarios. Sin embargo, el panel discrepó sobre la importancia de este hecho para la

evaluación. La mayoría consideró que la magnitud del fraude fue pequeña y no se conoce de fraudes en otros partidos. Para una minoría del panel este fraude representa un incumplimiento de la aspiración de elecciones limpias, pues ocurrió en un partido mayoritario, la respuesta del TSE fue ineficaz y ello abona el camino para la comisión impune de irregularidades en el futuro.

Los estatutos de los partidos en general no contemplan explícitamente la libre participación en la definición de sus programas. Sin embargo, en la práctica los partidos políticos realizan congresos en los que definen sus programas. El panel consideró que existe una escasa participación de los afiliados, desinterés de los dirigentes por difundir el programa en sus bases y falta de eficacia para aplicarlo.

El panel discrepó sobre el ejercicio de la libertad de expresión dentro de los partidos. Una mayoría consideró que hay un balance de logros e incumplimientos; existe normativa que garantiza la libertad de expresión y está regulada por los estatutos internos del partido. El principal problema no es la falta de garantías, sino el escaso interés de los miembros por ejercitar esta libertad. Una minoría del panel estimó que se incumple en general con la libertad de expresión en los partidos. La forma de aplicar el reglamento en las sesiones de los órganos internos, las prácticas “clientelistas” y el poder del grupo dirigente limitan la posibilidad de que los afiliados se expresen libremente.

Los afiliados tienen acceso a instancias internas para denunciar violaciones a la normativa partidaria y aplicar las sanciones respectivas, pero estas instancias son débiles. La tutela de los derechos de las y los afiliados ha sido ejercida por la Sala Constitucional debido a la renuencia del TSE a intervenir en la vida interna de los partidos políticos.”⁽¹³⁾

(13) *Proyecto Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible. Informe de la auditoría ciudadana sobre la calidad de la democracia en Costa Rica.* San José, 2001, pág. 273.

Como veremos en el siguiente apartado, este juicio negativo sobre el compromiso del Tribunal Supremo de Elecciones en pro de la democratización partidaria, debe entenderse superado con el cambio radical de actitud que revela su reciente orientación jurisprudencial.

No obstante este importante punto de partida, extraña que los Informes del Estado de la Nación relativos a los años 2002 y 2003 (octavo y noveno informe, respectivamente), únicamente planteen el tema a modo de aspiración para el fortalecimiento de la democracia y haciendo referencia muy puntual en cuanto a la realidad y logros de la participación femenina. Si bien el acalorado debate sobre el financiamiento de los partidos políticos puede explicar por qué se ha desplazado el relativo a su democratización, no pareciera ello justificación suficiente.

En punto a la señalada apatía académica, resulta ilustrativo que sea hasta el 2003 que, dentro de los trabajos de graduación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, se encuentra una tesis de grado sobre la “Organización y funcionamiento democráticos de los partidos políticos en Costa Rica”,⁽¹⁴⁾ siendo precisamente una de sus conclusiones y advertencias el que la democracia interna constituye uno de los caminos sobre el que no se ha recorrido lo suficiente.

Por esta razón, loable y bienvenido resulta el muy reciente trabajo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y CAPEL “Democratización interna de los partidos políticos en Centroamérica: Avances y tareas pendientes”, que construye un valioso aporte y un punto de referencia admirable para retomar una discusión académica aplazada en Costa Rica.

C) APORTES JURISPRUDENCIALES SOBRE EL TEMA BAJO ANÁLISIS

Conforme se adelantaba, en el último quinquenio el Tribunal Supremo de Elecciones ha ejercido agresivamente su facultad constitucional de interpretar –de modo exclusivo y obligatorio– la normativa electoral en orden a concretar la máxima constitucional que ordena a los partidos tener una vivencia democrática en su orden

(14) Sus autoras son Nikole Amerling Quesada y Ana Marcela Bonilla Castro.

interno, dándole a la misma un papel central como herramienta para poder leer adecuadamente el régimen legal respectivo.

En los siguientes apartados, abordaremos las resoluciones más emblemáticas a este respecto.

c.1) El recurso de amparo electoral como garantía de la democracia interna en el seno de los partidos políticos

El Código Electoral, vigente desde hace cincuenta años, ha proporcionado a los costarricenses un marco adecuado para la competencia electoral y para canalizar y resolver adecuadamente las disputas interpartidarias que la misma genere.

Sin embargo, el mismo se preocupa de un modo apenas marginal por ofrecer cauces de solución a los conflictos intrapartidarios, limitándose a establecer un engorroso e ineficiente mecanismo recursivo que permite a los miembros de las asambleas partidarias atacar las decisiones de éstas que contravengan el régimen jurídico vigente. Dentro de sus múltiples limitaciones pueden citarse el circunscribir la legitimación recursiva a los miembros de las asambleas (incluso en un principio requería que el recurso fuera apoyado por un número de asambleístas no menor al 10% del total de la asamblea, exigencia que empero fue recientemente declarada inconstitucional), impide recurrir contra actos dictados por otras autoridades partidarias, impone plazos verdaderamente angustiosos para el recurrente y le obliga a recorrer dos instancias previas antes de que el Tribunal examine la cuestión.⁽¹⁵⁾

(15) Me refiero a su artículo 64, que *in fine* estipula: “(Cuando algún grupo no menor del diez por ciento (10%) de los participantes en cada una de las asambleas mencionadas, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la celebración, impugnare la validez de los acuerdos tomados en ella), servirá como plena prueba, el informe de los delegados del Tribunal Supremo de Elecciones. Corresponderá al Comité Ejecutivo Superior resolver esta impugnación dentro del tercer día. Lo resuelto por dicha instancia del partido, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación, podrá apelarse ante el Director General del Registro Civil, quien resolverá dentro del plazo de tres días. Contra lo que resuelva este funcionario, podrá recurrirse ante el Tribunal Supremo de Elecciones, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes para que, dentro del término de tres días, resuelva en definitiva lo procedente” (La frase encerrada entre paréntesis del párrafo último del presente artículo ha sido declarada inconstitucional mediante voto No. 11036-00 a la acción No. 5861-96. BJ# 17 de 24 de enero del 2001).

Así las cosas, eran remotas las posibilidades de una tutela jurisdiccional efectiva frente a los vicios legales en que las cúpulas partidarias incurrieran, incluso cuando resultaran abiertamente arbitrarias o lesivas del derecho fundamental de participación política de la militancia partidaria. Ciertamente la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, desde 1992, había entendido que conflictos de esa naturaleza caen bajo la órbita competencial del Tribunal Supremo de Elecciones, y que la vía del amparo ante tal Sala sólo quedaba abierta en caso de que el Tribunal hubiera declinado previamente su competencia para conocer de un caso de esa naturaleza. Sin embargo, el Tribunal no goza de una vía legalmente diseñada para el adecuado abordaje jurisdiccional de esta suerte de conflictos y, dado que tienden a surgir durante el proceso electoral y su resolución pierde interés pasado el mismo, solía ocurrir que el militante finalmente no recibiera oportuna atención a sus demandas de justicia electoral (que ambas jurisdicciones se reenviaban) y, con desaliento, terminaba resignándose a su suerte.

Esta situación cambia radicalmente a partir del dictado de la sentencia del Tribunal Supremo de Elecciones n.º 303-E-2000, de las 9:30 horas del 15 de febrero del 2000.⁽¹⁶⁾

En esa oportunidad, el órgano electoral determinó la necesidad de reconocer vías alternativas de impugnación para la membresía partidaria que, dado el monopolio de los partidos en la nominación de candidaturas y la comentada exigencia constitucional relativa a su accionar democrático, no podía quedar en indefensión frente a actos irregulares de las dirigencias, cuando los mismos lesionaran su derecho fundamental de participación política en los procesos internos de designación de candidaturas y de cargos de autoridad dentro del partido.

En tal hipótesis, la situación no podía ser tolerada por el Tribunal y se imponía su lógica fiscalización. Y, visto que su competencia para resolver esta suerte de conflictos internos, por su obvia electoralidad, descendía de la misma Constitución, no podía rehuirse por la circunstancia de que no existiera previsión legal o procedimiento adecuado al efecto, a la luz del principio de plenitud hermética del ordenamiento jurídico. Persuadida de lo anterior, la resolución citada

(16) Esta resolución, así como las que se citan a lo largo de este artículo, pueden ser consultadas en el sitio web del Tribunal Supremo de Elecciones (www.tse.go.cr).

dispuso colmar la laguna legal detectada mediante las reglas usuales de integración normativa, que en la especie suponían aplicar analógicamente las reglas vigentes del recurso de amparo, pero bajo el entendido que su conocimiento y resolución estarían en lo sucesivo a cargo del propio Tribunal Supremo de Elecciones.

Es ésta la génesis jurisprudencial del recurso de amparo electoral, que ha cobrado plena vigencia durante los últimos cuatro años y ha permitido resolver una gran cantidad de conflictos intrapartidarios, sirviendo entonces como garantía del funcionamiento democrático de los partidos políticos, toda vez que ha permitido combatir a través de sus decisiones que antes hubieran resultado impunes.

c.2) Sobre la necesidad de renovar periódicamente las estructuras partidarias

En Costa Rica, buena parte de los partidos políticos omitían en sus estatutos hacer referencia al plazo de nombramiento de sus autoridades, incluyendo el de los delegados a las distintas asambleas, así como al procedimiento de renovación de las mismas, con la consecuencia práctica de entender que se trataba de designaciones vitalicias de una elite dirigente que, de este modo, se constituía en una casta inamovible que llegaba a sentirse propietaria de la organización. La desconexión que esa situación provocaba entre la militancia y la cúpula partidaria, hacía a ésta perder todo rasgo representativo y negaba, de modo rotundo y esencial, la praxis democrática a lo interior de los partidos.

Esta situación se modificó a partir del dictado de la resolución n.º 1536-E-2001 de las 8 horas del 24 de julio del 2001, mediante la cual se determinó que los partidos en general y *“acorde con el principio de democratización interna, deben renovar periódicamente sus estructuras internas. No puede aceptarse como válido, que las designaciones de los asambleístas tengan carácter vitalicio o indefinido. En este caso deberá el partido ajustar su estatuto, en el sentido de establecer un plazo y mecanismo que satisfaga sus propios intereses, siempre y cuando no supere el plazo máximo de cuatro años que marca el ciclo del período electoral costarricense”*.

Aunado a esa invocación del principio de democratización interna de las formaciones partidarias, el Tribunal recordó en esa oportunidad

que el fortalecimiento del sistema democrático del país está sustentado en la participación política de los ciudadanos, la cual sólo puede resultar efectiva si las decisiones partidarias son el resultado de un proceso que vaya “de abajo hacia arriba” y que propicie la “circulación” de las elites dirigentes para evitar la creación de círculos oligárquicos que monopolicen la toma de decisiones al margen de la base partidaria. Y se agrega: *“Cuando los partidos políticos no establecen la renovación periódica de los delegados ante las respectivas asambleas, sufren un desgaste, consecuencia de la fosilización de sus estructuras... Impiden también la participación activa de los ciudadanos dentro de la agrupación política, negándoles la posibilidad de ser parte integrante de la organización partidaria, conduciendo esto a la pérdida del entusiasmo de los electores, pues desaparece el incentivo de llegar a ocupar cargos o tener protagonismo político”*.

Para que el pronunciamiento anterior pudiera resultar eficaz de cara a las elecciones del 2006, se estipuló que durante el 2005 todas las agrupaciones deberán haber cumplido con la renovación integral de sus estructuras internas, previa reforma estatutaria si fuere necesario, bajo la advertencia de que en caso contrario el Tribunal y el Registro Civil –que tiene a su cargo la inscripción de candidaturas en nuestro medio– no darán curso a ninguna gestión que tenga incidencia en ese proceso electoral.

c.3) Sobre la imposibilidad de las asambleas de dejar sin efecto las candidaturas propuestas mediante consulta popular

Conforme se explicaba con anterioridad, el Código Electoral impone una estructura mínima para los partidos políticos que, pretendiendo con ello garantizar la democracia interna de esas asociaciones políticas, se caracteriza por una articulación piramidal de asambleas, a partir de la asamblea de base distrital –de carácter abierto para todos los militantes del partido en cada uno de los distritos administrativos del país– y que concluye en una asamblea superior integrada por representaciones de las asambleas inferiores.

A esa asamblea superior le corresponde la dirección política de los partidos y sus acuerdos son obligatorios para sus restantes organismos; asimismo, le compete ratificar las candidaturas a todos los cargos de elección popular, salvo los municipales, que habrán de ser ratificadas por las respectivas asambleas cantonales (art. 61 y 74).

Sin embargo, a partir del dictado de la resolución n.º 1671-E-2001 de las 15 horas del 10 de agosto del 2001, el Tribunal precisó que dicha ratificación no resulta necesaria cuando las designaciones se hagan con base en convenciones u otros procedimientos de consulta popular, previstos en los respectivos estatutos. Este tipo de procedimientos de postulación popular resultan expresivos de la voluntad de las bases partidarias, la cual no puede ser ignorada por los órganos partidarios representativos, incluida la asamblea superior.

Con tal pronunciamiento, la jurisprudencia electoral dispuso el mito de la supuesta “soberanía” de las asambleas partidarias. Precisamente comentando este punto y atendiendo a la naturaleza asociativa de los partidos, la resolución n.º 0046-E-2002 de las 15:20 horas del 16 de enero del 2002 apuntaba que la autoridad primaria de un partido es la colectividad de sus miembros, la que se manifiesta de modo directo a través de las consultas populares, por ejemplo. Las distintas asambleas de representantes no deben atribuirse esa “soberanía”, por lo que precisamente la asamblea superior no puede enervar la decisión de la base partidaria, sin menoscabar groseramente la regla del funcionamiento democrático interno que la Constitución impone a los partidos.

c.4) Sobre algunas formas indirectas de afectación de la democracia interna en los partidos

Algunas resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones han calificado como irrazonables ciertas normas y prácticas restrictivas de la participación política, tomando en cuenta su efecto antidemocrático en la práctica política interna de los partidos.

Así, por ejemplo, consideró el cobro de sumas altas como requisito de inscripción de precandidaturas a cargos de elección popular (resolución n.º 303-E-2000) y la exigencia de plazos de militancia arbitrarios o desproporcionados como condición para poder aspirar a candidaturas de elección popular en el seno de los partidos. Así lo entendió la resolución n.º 0859-E-2001 de las 15:30 horas del 17 de abril del 2001, al establecer que la exigencia estatutaria de un partido de contar con una militancia previa de al menos nueve años, vulnera el derecho fundamental de participación política y los más elementales principios de la democracia representativa.

Por otro lado, la jurisprudencia electoral determinó la inadmisibilidad de la intervención en asamblea mediante el uso de poderes

especiales otorgados al efecto, por su impacto restrictivo en una participación real y efectiva de los miembros de la organización y por propiciar prácticas antidemocráticas. Así, la sentencia n.º 919 de las 9 horas del 22 de abril de 1999, señalaba que si los partidos deben responder a valores democráticos y participativos, “...necesariamente se debe garantizar desde las bases, la legitimidad de quienes potencialmente puedan asumir la titularidad de los órganos estatales, como depositarios de la soberanía de la comunidad política. Para lograr ese cometido, la estructura y organización de las diferentes Asambleas, deben forzosamente facilitar la deliberación, el pluralismo y la participación, lo que evidentemente se logra a través de la concentración de sus adherentes, en el caso de las distritales y de sus delegados en las subsiguientes y no a través de un poder, que sin duda, contravendría lo expuesto”.

c.5) Sobre la necesidad de darle efectividad al sistema de cuota femenina

El Código Electoral regula de manera específica la participación política de la mujer. De sus artículos 58, inciso n)⁽¹⁷⁾, y 60⁽¹⁸⁾, reformados al efecto en 1996, se deriva la obligación que tienen los partidos políticos de incluir en sus estatutos el mecanismo que asegure esa participación en un porcentaje del 40% en la estructura partidaria, en las listas para los puestos de elección popular y en las delegaciones de las asambleas distritales, cantonales y provinciales.

En lo que respecta a ese sistema de cuota femenina en las listas y sin entrar a valorar la justificación de este mecanismo compensatorio a favor de un sector social tradicionalmente excluido de la participación política, al haber sido consagrado legislativamente a mediados de la década pasada, su eficacia debía ser asegurada por el organismo electoral.

(17) “Los estatutos de los partidos deberán contener: ... n) El mecanismo que asegure la participación de las mujeres en el porcentaje establecido en el artículo 60 de este Código, tanto en la estructura partidaria como en las papeletas para los puestos de elección popular; ...”.

(18) “...Las delegaciones de las asambleas distritales, cantonales y provinciales, deberán estar conformadas al menos, por un cuarenta por ciento (40%) de mujeres...”.

En el proceso electoral de 1998, los partidos políticos respetaron ese porcentaje del 40% de participación femenina mínima en las nóminas globalmente consideradas. Sin embargo, la tendencia fue colocar a las candidatas en el “piso” de las listas, demostrándose así una gran resistencia al propósito democratizador que subyace a este deseo de abrir la participación femenina en la política; práctica que condujo a que en la Asamblea Legislativa y los Consejos Municipales resultantes de esa elección en particular, las mujeres estuvieran presentes en una proporción muy inferior a la señalada, con lo cual el efecto transformador querido por el legislador no se produjo y la reforma legal quedó reducida a un simbolismo inocuo.

Mediante la célebre sentencia n.º 1863 de las 9:40 horas del 23 de setiembre de 1999, el Tribunal Supremo de Elecciones produjo un cambio de rumbo de la más alta magnitud imaginable. En esa resolución, aclarada y adicionada por otras posteriores, se dispuso que ese 40% no sólo debía aparecer reflejado en la lista partidaria globalmente considerada, sino también en los “puestos elegibles” de la misma. Correspondería a los propios partidos diseñar fórmulas estatutarias que así lo garantizaran y el Registro Civil sólo inscribiría aquellas listas que respetaran el mecanismo respectivo. Se agregó que, en caso de inercia en proceder a tal rediseño estatutario, el Registro revisaría las nóminas utilizando el “criterio histórico”, es decir, determinando los “puestos elegibles” de cada partido según el promedio resultante de su historial electoral.

Dicho pronunciamiento, sumado al celo con que la Dirección General del Registro Civil hizo las revisiones del caso, permitió que luego del proceso electoral del 2002 Costa Rica tenga en la cámara de diputados una participación femenina de un 35,08% (que contrasta con el 19,30% que existía en la Asamblea Legislativa durante el período 1998-2002), lo que coloca a nuestro país en el primer lugar de América Latina y dentro de los primeros diez del mundo a este respecto.⁽¹⁹⁾

(19) Karen Olsen de Figueres. “El camino hacia la igualdad: las mujeres costarricenses en el parlamento”, en: *Mujeres en el parlamento: más allá de los números*. Iternational IDEA, Suecia, 2002, pág. 149.

d) La reforma electoral y la democratización interna de los partidos

En el ambiente político nacional, no pareciera existir una voluntad real de reforma electoral. La cercanía del año preelectoral limita adicionalmente la construcción del consenso mínimo necesario para emprender una modificación tan sensible del sistema político nacional, por lo que en el corto plazo a lo sumo podrían gestarse cambios en las normas relativas al financiamiento de los partidos políticos, por haber dominado esta temática el debate parlamentario en los últimos años.

No obstante lo anterior, resulta alentador que en la Asamblea Legislativa se haya instalado una comisión que, a lo largo de los últimos meses, se encuentra estudiando el proyecto de Código Electoral sugerido por el Tribunal Supremo de Elecciones a principios del 2001 y en cuya elaboración contó con la asesoría de CAPEL.⁽²⁰⁾ Dicho documento fue asumido por ese organismo parlamentario como base de discusión de una reforma electoral de mayor alcance y, a lo largo de sus trabajos, ha ido conquistando el favor de sus integrantes en sus aspectos centrales.

Aún y cuando no albergamos mucho optimismo por el futuro inmediato del proyecto en el plenario legislativo, el fervor con que han asumido los miembros de la comisión su encargo abre posibilidades de que pueda concretarse una reforma electoral en la que el tema de la democratización está muy presente, porque los redactores del proyecto le dimos la importancia que merece y pretendimos que por su medio se elevara a rango legal la comentada orientación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Elecciones.

(20) El proyecto también puede consultarse en el sitio web del Tribunal Supremo de Elecciones (www.tse.go.cr).

**LA IMPUTACIÓN DE RESULTADOS DE LESIÓN
Y/O PELIGRO A SUPUESTOS DE DELITOS DE OMISIÓN
EN MATERIA PENAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA
HIPÓTESIS DENOMINADA “DELITOS DE OMISIÓN
IMPROPIA”. UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA
LEGISLACIÓN PENAL COSTARRICENSE**

Prof. Alonso Salazar Rodríguez
Abogado costarricense

(Recibido 18/01/05; aceptado 13/06/05)

RESUMEN:

El Derecho Penal reconoce que la falta de acción puede ser sancionable cuando puede y debe actuar el sujeto. Se trata de la comisión por omisión.

Palabras clave: Derecho penal, tipicidad, delito, conducta.

ABSTRACT:

The Criminal Law recognizes that the lack of action can be punishable when a person can and should act. It is call commission by omission.

Key words: Criminal Law, tipify, crime, behavior.

SUMARIO:

- a) Planteamiento del problema
- b) Introducción
- c) Delitos de resultado
- d) Delitos de Peligro
- e) Delitos de Omisión
 - 1) Excurso: De la denominación de delitos de omisión propia e impropia
 - 2) De la posición de garante
- f) Imputación de resultados de lesión o peligro a falsos delitos de omisión
- g) Posición personal
- h) Conclusión
- i) Bibliografía

A) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El derecho penal de un estado democrático de derecho parte como una de sus premisas fundamentales del principio de igualdad ante la ley,⁽¹⁾ que es un principio derivado del principio de dignidad de la personal humana, el cual llega a prohibir todo tipo de discriminación;⁽²⁾ y del principio de derecho penal de hecho y no de autor. El principio de responsabilidad por el hecho que exige un “derecho penal del hecho”, se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser. Enlaza este principio con el de legalidad y su exigencia de “tipicidad” de los delitos: el “mandato de determinación” de la ley penal reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva. Ello se negó por el “derecho penal de autor” y la teoría de los “tipos penales de autor” que propusieron los penalistas nacionalsocialistas: en lugar de castigar el homicidio, el hurto, las falsedades, etc. (tipos de conductas), el Derecho penal debía castigar al “homicida”, al “ladrón”, al “falsificador”, etc... (tipos de autor).⁽³⁾ En principio, los tipos penales que son consecuencia de una norma general no contienen ninguna referencia al autor, se limitan a establecer con una fórmula neutra que autor es todo aquel que realiza la acción.⁽⁴⁾ Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

La norma jurídica penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta humana que se propone regular. Para ello tiene que partir de la conducta humana tal y como aparece en la realidad.⁽⁵⁾ A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito

(1) También contenido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que estipula: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

(2) Llobet Rodríguez, J. *Garantías y Sistema Penal*. Releyendo hoy a Cesare Beccaria, San José, 1999, p. 109.

(3) Así Mir Puig, *op. cit.*, pp. 3-130.

(4) Bacigalupo Zapater, E. *Manual de Derecho Penal*. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, p. 91.

(5) Así Muñoz Conde, F. y García Arán, M. *Derecho Penal*. Parte General, 5ª ed., Valencia, 2002, p. 210.

o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. Los anteriores son preceptos fundamentales contenidos en la Constitución Política de la República de Costa Rica como parte del elenco de Derechos y Garantías Individuales, enunciados en los artículos 33, 39 y 28.

Esos dos baluartes o pilares fundamentales, como tesis de principio son pacíficamente aceptados e incluso, en primera instancia, muy pocos estarían de acuerdo en tener como cierta la afirmación de que hoy en día la doctrina y la legislación aceptan premisas jurídicas en las que, de manera abierta, se violan ambos principios. Desde una perspectiva naturalista se ha dicho que la omisión, como puro no hacer, no puede originar por sí ninguna consecuencia adicional. *“Ex nihilo nihil fit”*: de la nada que, desde el punto de vista óptico, es la omisión, no puede derivarse resultado ulterior alguno.⁽⁶⁾ Pues bien, pretendo demostrar en este trabajo, que los principios de igualdad ante la ley y de derecho penal de hecho y no de autor, encuentran una importante excepción cuando nos encontramos ante hipótesis de falta de acción u omisión y más propiamente, cuando nos encontramos ante la hipótesis de comisión por omisión.

B) INTRODUCCIÓN

En derecho penal podría afirmarse como tesis de principio, que los tribunales de justicia hacen una valoración *ex post* de un fenómeno acaecido previamente, el cual reviste como característica fundamental, la afectación a un determinado valor de relevancia jurídica, afectación que por demás le es imputable a un determinado sujeto a partir de un hacer, o bien, un no hacer, en el supuesto de que se encuentre legalmente vinculado a una obligación jurídica de actuar, ello con el propósito de evitar un resultado lesivo a ese valor jurídico o al menos la puesta en peligro de dicho valor.

(6) Así, Cobo/Vives, *op. cit.*, pp. 9-391.

La fórmula básica es por consiguiente la valoración de una acción humana, se presenta así el comportamiento humano como un rasgo característico del delito,⁽⁷⁾ que produce la afectación de un determinado bien jurídico o al menos su puesta en peligro. Se llama acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad implica siempre una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin.⁽⁸⁾ La pregunta acerca de si concurre o no un comportamiento humano debe hacerse en relación con un determinado tipo penal. Sólo si importa decidir la concurrencia o ausencia de un determinado tipo penal tiene sentido preguntar si ha habido alguna conducta humana que lo haya podido realizar.⁽⁹⁾

No obstante lo anterior, el derecho penal reconoce trascendencia jurídica a supuestos en donde sin mediar una acción en sentido óntico, ontológicamente la falta de acción resulta ser sancionable, y en tales supuestos la falta consiste en la no realización de una acción por parte del sujeto pudiendo y debiendo realizarla.⁽¹⁰⁾ En otros casos la no acción es equiparable a la acción y por consiguiente la puesta en peligro del bien jurídico o su afectación, reviste de importancia para el ordenamiento jurídico y se imputa a un sujeto determinado, la puesta en peligro o afectación al bien jurídico, por su falta de acción, supuesto teórico que en doctrina se denomina “comisión por omisión”.⁽¹¹⁾

(7) Cfr. Mir Puig, S. *Derecho Penal*. Parte General, 6ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2002, p. 177.

(8) Muñoz Conde/García Arán, *op. cit.*, pp. 5-211.

(9) Así, Mir Puig, *op. cit.*, pp. 7-202.

(10) Cerezo Mir, J. *Curso de Derecho Penal Español*. Parte General, III Teoría Jurídica del delito/2, Tecnos, Madrid, 2003, p. 257.

(11) También se le ha denominado omisión impura o impropia, no obstante como veremos *infra*, prefiero no utilizar la denominación propia o impropia, pues de tal uso derivan algunos inconvenientes prácticos y conceptuales. Al respecto puede consultarse Cobo del Rosal, M/Vives Antón, T.S., *Derecho Penal Parte General*, 5ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 390. En adelante citado como Cobo/Vives, y número de página.

No parte el presente análisis, de la tendencia generalizada a considerar que el derecho penal y sus concepciones básicas se encuentran en crisis,⁽¹²⁾ sino que se plantea como tal, el cuestionamiento de ciertas categorías dogmáticas y pretende una reformulación de ellas, para una mejor comprensión de la mismas. En concreto, se pretende un cuestionamiento de la problemática de la denominación delitos propios e impropios de omisión, o delitos de omisión propia e impropia, como también se les conoce, así como la problemática de la imputación de omisiones en delitos de peligro o resultado, a categorías como la omisión.

C) DELITOS DE RESULTADO. CONCEPTO

La característica fundamental de los delitos de resultado, es la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta que tiene trascendencia, desde un punto de vista práctico, para la exigencia o no de la relación de causalidad entre conducta y resultado y para la determinación del tiempo y lugar de comisión del delito.⁽¹³⁾ Estos delitos están integrados básicamente por la acción, la imputación objetiva y el resultado. El resultado consiste, ante todo, en la lesión de un determinado objeto el cual se denomina objeto de la acción y no se debe de confundir con el objeto de protección o bien jurídico que puede tener también una naturaleza ideal. En otras palabras, todos los delitos importan –en principio- una lesión inmaterial (la del bien jurídico), solo un número determinado de ellos requiere una lesión material (la del objeto de la acción).⁽¹⁴⁾

Señalan Muñoz Conde y García Arán que al realizarse en el mundo exterior, la acción siempre modifica algo, produciendo un resultado, pero este resultado ya no es parte integrante de la acción. Existe una tendencia doctrinal a considerar ya la acción misma manifestada como resultado, pero con ello se confunde la manifestación de la voluntad con las modificaciones que se producen en el mundo exterior a consecuencia de esa manifestación. No es lo mismo “el

(12) Cfr., Silva Sánchez J, M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992, p. 13 ss.

(13) Cfr. Mir Puig. S., *op. cit.*, pp. 7-219.

(14) Cfr. Bacigalupo, *op. cit.*, pp. 4-5.

producir” que “lo producido”. La distinción entre acción, como simple manifestación de la voluntad, y resultado, como consecuencia externa derivada de la manifestación de la voluntad, tiene gran importancia para el Derecho penal.⁽¹⁵⁾ Nuestro Código Penal prevé delitos de mera actividad, por ejemplo el *falso testimonio*⁽¹⁶⁾ y delitos de resultado, vgr. las *lesiones*,⁽¹⁷⁾ que se consuman en diversos momentos, e incluso con-

(15) Así Muñoz Conde/García Arán, *op. cit.*, pp. 5-225.

(16) Artículo 316.- Falso testimonio.

Será reprimido con prisión de uno a cinco años, el testigo, perito, intérprete o traductor que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, interpretación o traducción, hecha ante autoridad competente.

Si el falso testimonio fuere cometido en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de dos a ocho años de prisión.

Las penas precedentes se aumentarán en un tercio cuando el falso testimonio sea cometido mediante soborno.

(17) Artículo 123.- Lesiones gravísimas. (*)

Se impondrá prisión de tres a diez años a quien produzca una lesión que cause una disfunción intelectual, sensorial o física o un trastorno emocional severo que produzca incapacidad permanente para el trabajo, pérdida de sentido, de un órgano, de un miembro, imposibilidad de usar un órgano o un miembro, pérdida de la palabra o pérdida de la capacidad de engendrar o concebir.

(*) El presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 7600 de 2 de mayo de 1996. LG N° 102 de 29 de mayo de 1996.

Artículo 124.- Lesiones graves.

Se impondrá prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación persistente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o de una función o si hubiere incapacitado al ofendido para dedicarse a sus ocupaciones habituales por más de un mes o le hubiere dejado una marca indeleble en el rostro.

Artículo 125.- Lesiones leves (*)

Se impondrá prisión de tres meses a un año a quien causare a otro un daño en el cuerpo o la salud, que determine incapacidad para sus ocupaciones habituales por más de cinco días y hasta por un mes.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 6726 de 10 de marzo de 1982.

templa delitos en los cuales es posible distinguir entre la consumación formal y la consumación material (p. ej. la *estafa*).⁽¹⁸⁾

Por su parte, Jakobs señala que en todo autor deben concurrir siempre, junto a los elementos generales de la autoría, los que caracterizan el tipo (v. gr. la causación dolosa del resultado en los delitos de

-
- (*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 8250 de 2 de mayo del 2002. Alcance No. 37, LG N° 89 de 10 de mayo del 2002

Artículo 128.- Lesiones culposas (*)

Se impondrá prisión de hasta un año, o hasta cien días multa, al que por culpa cause a otro lesiones de las definidas en los artículos 123, 124 y 125. Para la adecuación de la pena al responsable, el Tribunal deberá tener en cuenta el grado de culpa, el número de víctimas y la magnitud de los daños causados.

En todo caso, al autor de las lesiones se le impondrá también inhabilitación de seis meses a dos años para el ejercicio de la profesión, oficio, arte o actividad en que se produjo el hecho.

Al conductor reincidente se le impondrá, además, la cancelación de la licencia para conducir vehículos, por un período de uno a dos años.

Si el hecho fuere cometido bajo los efectos de bebidas alcohólicas o de drogas enervantes, la cancelación de la licencia será de dos a cinco años.

- (*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 6726 de 10 de marzo de 1982.

(18) Artículo 216.- Estafa. (*)

Quien induciendo a error a otra persona o manteniéndola en él, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos, utilizándolos para obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí o para un tercero, lesione el patrimonio ajeno, será sancionado en la siguiente forma:

- 1) Con prisión de dos meses a tres años, si el monto de lo defraudado no excediere de diez veces el salario base.
- 2) Con prisión de seis meses a diez años, si el monto de lo defraudado excediere de diez veces el salario base.

Las penas precedentes se elevarán en un tercio cuando los hechos señalados los realice quien sea apoderado o administrador de una empresa que obtenga, total o parcialmente, sus recursos del ahorro del público, o por quien, personalmente o por medio de una entidad inscrita o no inscrita, de cualquier naturaleza, haya obtenido sus recursos, total o parcialmente, del ahorro del público. (*)

- (*) El párrafo segundo del presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 7107 de 4 de noviembre de 1988.

- (*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 7337 publicada en La Gaceta No. 92 del 14 de mayo de 1993.

resultado⁽¹⁹⁾ o la ejecución de un movimiento corporal) y concluye que deberán aparecer: “1. Los elementos de la autoría de los delitos especiales... 2. El dolo (propósito) fundamentador del tipo... 3. Ejecutar el hecho de propia mano en los delitos comisibles sólo de propia mano... 4. Tipificaciones de acción y del autor... 5. Todos los especiales elementos subjetivos del delito...”⁽²⁰⁾

La categoría de delitos de resultado, cobra especial relevancia jurídica en los supuestos de falta de acción u omisión, pues es a partir de la producción o no evitación de un resultado lesivo para el bien jurídico, que se fundamenta o pretende legitimar, la fundamentación de la imputación de ese resultado a un determinado sujeto.

D) DELITOS DE PELIGRO. CONCEPTO

Los delitos de peligro, a diferencia de los delitos de resultado, no requieren de la causación de un resultado concreto y separable espacio-temporalmente de la acción, sino que para tener por configurada la infracción, basta con la puesta en peligro del bien jurídico. Dogmáticamente se distingue entre delito de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, dependiendo del grado de afectación del bien jurídico y más aún, de la naturaleza concreta o abstracta de la puesta en peligro del bien jurídico protegido en el tipo. En estos tipos penales no se requiere que la acción haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir una lesión que se quiere evitar. Cuando nos encontramos frente a una posibilidad real de lesión, decimos que estamos frente a un delito de peligro concreto y cuando el tipo se limita a describir una forma de comportamiento que según la experiencia general representa en sí misma un peligro para un objeto protegido, decimos que nos encontramos frente a un delito de peligro abstracto.⁽²¹⁾

(19) En los delitos de resultado o de consecuencias dañosas (homicidio, daños, lesiones, etc.), debe mediar una relación de causalidad entre la acción y el resultado, es decir, una relación que permita, ya en el ámbito mismo objetivo, la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado. Ello naturalmente sin perjuicio de exigir después la presencia de otros elementos a efectos de deducir la responsabilidad penal. Así Muñoz Conde/García Arán, *op. cit.*, pp. 5-226.

(20) Jakobs, G. *La autoría, en Estudios de Derecho Penal General*. Editorial Jurídica Bolivariana, 1997, pp. 31-32.

(21) Cfr. Bacigalupo, *op. cit.*, pp. 4-85.

Moreno Alcázar define el peligro penalmente relevante como un resultado objetivo sobre el que, realizado un juicio de previsibilidad, se llega a la conclusión de que la posibilidad de lesionar el bien jurídico que se pretende proteger adquiere relevancia típica y justifica la naturaleza cuasimaterial de ese resultado objetivo que es el peligro y de ahí hace derivar el juicio de previsibilidad *ex post facto* que requiere efectuarse para la valoración de dichos delitos.⁽²²⁾

De la misma manera que como sucede en delitos de resultado, la puesta en peligro del bien jurídico por falta de acción u omisión, cuando existe un deber jurídico de evitar esa puesta en peligro –supuesto de imputabilidad–, hace que esa falta de acción se equipare con una acción, aunque ontológicamente nos encontremos frente a supuestos diametralmente opuestos y a partir de tal equiparación, fundamentar un desvalor de la no acción que acarrea una sanción jurídica penal.

E) DELITOS DE OMISIÓN. CONCEPTO

El comportamiento humano que interesa al derecho penal no se agota en el ejercicio activo de una finalidad, sino también en la omisión de conductas debidas, en la no realización de conductas mandadas por la norma.⁽²³⁾

Las normas penales no son sólo aquellas que incluyen prohibiciones, sino también aquellas que contienen deberes, es decir, aquellas a las que les interesa imponer un especial deber en relación con el bien jurídico penalmente tutelado.⁽²⁴⁾ Tratándose de delitos de omisión, el ordenamiento jurídico sanciona no una acción, sino precisamente lo contrario una falta de acción, la omisión es una especie del género, no hacer, especie que viene caracterizada por que, de entre todos los

(22) Vid. por todos, Moreno Alcázar, M.A. *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos* (Una perspectiva sistémica de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y de su causalidad), Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 418 ss, 425.

(23) Así Schöne, *op. cit.*, pp. 32-65 y ss).

(24) Zaffaroni, E. R. *Manual de Derecho Penal*. Parte General, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1992, pp. 481 y ss.

posibles comportamientos pasivos, se seleccionan (normativamente) sólo aquellos que merecen un juicio axiológico negativo: la omisión es un no hacer que se debería hacer, o con otras palabras, la diferencia específica de la omisión frente al género no hacer, al que pertenece, es la de que consiste en un no hacer desvalorado.⁽²⁵⁾ En el derecho penal costarricense existe el artículo 18 el cual establece:

Forma del hecho punible

ARTÍCULO 18.- El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión.

Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo.

Esta disposición contiene una especial vinculación con el resultado, pero en modo alguno faculta a interpretar que únicamente pueden considerarse como punibles aquellas omisiones especialmente tipificadas como tales, ya que dicho precepto contempla también la posibilidad de producción de un resultado a partir de la omisión de un deber establecido en la norma, pero no expresamente tipificado.⁽²⁶⁾ Es aquí en donde dogmáticamente confluyen los supuestos *ut supra* analizados de delitos de resultado y peligro, con el supuesto de la falta de acción penalmente relevante.

En otras legislaciones, como por ejemplo la española y la alemana, se establecen los supuestos en los cuales se definen los requisitos de la comisión por omisión:

“Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. Al efecto se equiparará la omisión a la acción:

(25) Así Gimbernat Ordeig, E. *Estudios de Derecho Penal*. Editorial Tecnos-Madrid, 3ª edición 1990, p. 182-183.

(26) Cfr. Bacigalupo Zapater, E. *Lineamientos de la Teoría del Delito*. San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1985, pp. 140-141.

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.⁽²⁷⁾

Se trata de una vinculación a partir de un resultado que se produce cuando un sujeto realiza una actividad distinta a la mandada o simplemente omita cualquier tipo de acción que no detiene la causalidad –que puede voluntariamente interrumpir– y que generará el resultado antijurídico.⁽²⁸⁾ La respuesta que da el artículo 11 del Código Penal español al problema de la equiparación entre acción y omisión, a los efectos de imputar a la omisión la producción de un determinado resultado, se basa, por un lado, en la equivalencia entre la omisión y la causación de un resultado, “según el sentido del texto de la ley”, y, por otro, en la existencia de un “especial deber jurídico del autor” de evitar el resultado, basado en la ley, el contrato o el riesgo para el bien jurídico protegido creado por el omitente.⁽²⁹⁾

En estos delitos lo que se castiga es la simple infracción de un deber de actuar, sin más. Estos delitos de omisión equivalen a delitos de simple actividad.⁽³⁰⁾ Un primer cuestionamiento que salta a la vista es ¿y por qué estoy obligado a la evitación de un resultado, cuál es el fundamento de dicha obligación, o bien, por qué los sujetos A, B o C, no se encuentran igualmente obligados a evitar un resultado, que me resulta obligatorio a mí?. Pareciera que existen diferencias importantes

(27) Art. 11 del Código Penal español. El texto del artículo 13 del StGB, Strafgesetzbuch, Código Penal alemán, reza: Wer es unterlässt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht. Así Lackner, K, Kühl, K., Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Deutschland, 1999, p. 92. Cfr. Cobo/Vives, *op. cit.*, pp. 11-393.

(28) Bacigalupo, *op. cit.*, pp. 26-141.

(29) Así Muñoz Conde/García Arán, *op. cit.*, pp. 5-243.

(30) Así Muñoz Conde/García Arán, *op. cit.*, pp. 5-240.

a partir del juicio de culpabilidad en relación con los delitos omisivos y comisivos, pues en la teoría prevalece el criterio de que la gravedad de la culpabilidad de una comisión por omisión es menor que la realización activa del tipo y esto tiene incidencia en la graduación de la pena.⁽³¹⁾

Schöne ubica la producción del resultado como una parte concreta del tipo omisivo.⁽³²⁾ Es por ello que la vinculación que hace el artículo 18 del Código Penal con el resultado es en el ámbito de la imputación, a fin de vincular la causación del resultado a partir del incumplimiento del deber, en este caso por la omisión de un comportamiento mandado por la norma penal. Es a esto a lo que se refiere este artículo de la ley represiva, cuando menciona la posibilidad “en consideración al resultado producido”, se trata ni más ni menos de la causación de un resultado en los casos en que una persona no impida (omita un hacer o haga distinto a lo mandado) un resultado, si tiene la posibilidad física de hacerlo, de acuerdo a las circunstancias y si tenía el deber jurídico de hacerlo.

El problema desde el punto de vista de la imputación de la conducta u omisión a un determinado sujeto, no debe ser analizado a partir de su exigencia normativa, pues es claro, que si una determinada norma vincula al sujeto con un hacer o no hacer, la inobservancia de esa obligación fundamenta la imposición de la sanción prevista en el tipo penal correspondiente, a partir de la inobservancia de dicha norma. El *quit* del asunto, pienso, radica en la legitimación de la imputación introducida por medio de la norma, esto es, en la validez de la norma misma, pues según lo aprecio, la norma es la que da un tratamiento desigual a ciertos sujetos a partir de condiciones personales que no confluyen en todas las personas por igual, y es aquí en donde sostengo, se da una atribución de conductas a personas por lo que son y no por lo que hacen –o bien omiten hacer–, es decir, se transgreden dos de los principios que sostienen el sistema jurídico sobre el cual operan nuestras sociedades: el principio de igualdad ante la ley y el principio del derecho penal de hecho y no de autor.

(31) Bacigalupo, *op. cit.*, pp. 4-235.

(32) Cfr. Schöne, W. *Acerca del Orden Jurídico Penal*. San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1992, p. 62.

Gimbernat Ordeig citando a Armin Kauffman, señala que éste último tiene razón cuando afirma que la omisión exige conceptualmente la capacidad (posibilidad) de ejecutar una determinada acción; pero esto solo no basta: es necesario además, para que se pueda hablar de omisión –si es que no se quiere tergiversar el sentido de las palabras–, que esa acción que se podía realizar (aspecto ontológico) se hubiera debido también ejecutar (aspecto normativo de la omisión).⁽³³⁾ El juicio *ex-ante* de la posibilidad de realización de un determinado comportamiento, resulta al sujeto en ocasiones posible y conscientemente asume una determinada acción, a partir del conocimiento de la propia capacidad personal, *vg.* el médico, quien frente a un paciente que así lo requiere, realiza un procedimiento y le salva la vida; o bien, *ex-post* cuando el sujeto, quien actúa en principio en forma instintiva, como reacción a un peligro, frente a un estado de necesidad o en forma irreflexiva, cae en conciencia de la acción realizada y si el resultado de su accionar es conforme a derecho, su conducta ajusta a lo preceptuado por la norma jurídica. Mi cuestionamiento se centra no en este aspecto, sino más bien, en el fundamento dogmático de la obligación de actuar a la que se refiere Gimbernat. Esto es, ¿qué determina cuándo existe para un sujeto en particular una obligación de evitar un resultado o puesta en peligro del bien jurídico en supuestos de falta de acción?

El deber que las normas preceptivas imponen, y que se castiga mediante la omisión impropia o “comisión por omisión” –como también se le conoce en doctrina–, no es un deber que brota del devenir social o de las costumbres de un pueblo o de su moralidad, sino que es el deber legal, la acción mandada por el ordenamiento jurídico. En este tipo de delitos, el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que sólo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalentes desde el punto de vista valorativo y a incluir, por tanto, en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos que también contribuyen a la producción del resultado prohibido.⁽³⁴⁾

La jurisprudencia costarricense, en relación con el fundamento de la imputación a supuestos de falta de acción, ha sostenido que no se

(33) Gimbernat Ordeig E., *op. cit.*, pp. 25-184.

(34) Así Muñoz Conde/García Arán, *op. cit.*, pp. 5-41-242.

trata de una analogía desfavorable al reo o de la imposición de una condena por una acción no tipificada, sino que la tipicidad omisiva impropia siempre implica el análisis de una tipicidad activa dolosa correlativa o paralela, la relación de antinormatividad de la conducta omitida o distinta al mandato, y, por supuesto, la producción reprochable (atribuible desde el punto de vista de la culpabilidad) de un resultado desaprobado.⁽³⁵⁾ El fundamento de la comisión por omisión es una equivalencia de significado con las conductas “prima facie” positivas,⁽³⁶⁾ descritas por los verbos típicos activos de la Parte Especial.⁽³⁷⁾ No obstante, dicho planteamiento –el de la tipicidad activa dolosa correlativa o paralela– no resiste el más mínimo análisis lógico. Veamos:

- a) No es la existencia de una tipicidad correlativa la que fundamenta la imputación de la conducta omisiva, pues en los delitos omisivos propiamente dichos, como se verá infra, la tipicidad omisiva se encuentra en el tipo mismo, por lo que no requiere de una correlación con tipo doloso alguno. Eso crea dos categorías distintas de delito omisivo, lo que sugeriría por consiguiente un tratamiento distinto a cada categoría o bien una adecuada diferenciación dogmática.
- b) Si el supuesto de imputación de la falta de acción es una correlación típica dolosa, ello haría desaparecer toda posibilidad de imputar por omisión todo comportamiento culposo. Tratándose de delitos dolosos, la producción culposa de un resultado lesivo o puesta en peligro del bien jurídico, resulta constitutiva de delito y por consiguiente, debería serlo en todos los casos la correlativa falta de acción.
- c) El fundamento de la tipicidad correlativa es la base de legitimación, como se analiza infra, de la justificación dogmática de

(35) Cfr. al respecto Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las diez horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve.

(36) Sin embargo, no siempre hay unanimidad a la hora de equiparar la omisión la acción respecto a un resultado prohibido, y, por eso mismo, sigue siendo una de las cuestiones más discutidas en la Dogmática jurídico-penal descubrir el fundamento de esta equiparación y los límites de la misma. Así Muñoz Conde/García Arán, *op. cit.*, pp. 5-242.

(37) Así, Cobo/Vives, *op. cit.*, pp. 11-391.

la existencia del supuesto de comisión por omisión únicamente, y técnicamente esta es una hipótesis que pretende equiparar un no actuar con un actuar, por lo que lejos de fundamentar la imputación de conductas omisivas, lo que sugiere es la equiparación de una falta de acción con una acción típica a partir de la afectación o puesta en peligro de un determinado bien jurídico, que como se indicó ut supra, no se cuestiona desde la perspectiva de la existencia de un tipo penal que sugiere la existencia de una norma jurídica que dota de protección a ese bien jurídico, sino que lo que se cuestiona aquí, es la legitimación de la existencia de dicha norma, sobre la base de la supuesta violación a principios como el de igualdad ante la ley y derecho penal de acto y no de actor.

De acuerdo a este orden de ideas, es posible distinguir al menos tres tipos de omisión que interesan al Derecho Penal:

- a) Por un lado, la omisión pura o propia que se produce cuando la Ley Penal castiga la simple infracción del deber de actuar (verbigracia, omisión de auxilio –artículo 144⁽³⁸⁾ del Código Penal, omisión de dar alimentos– artículo 185⁽³⁹⁾ ibídem).
- b) Otro caso de omisión relevante sería aquella que va ligada a un determinado resultado, como ocurre cuando el legislador castiga la producción de un específico resultado, producido por omisión,

(38) Artículo 144.- Omisión de auxilio. (*)

Quien encuentre perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o amenazada de un peligro cualquiera y omita prestarle el auxilio necesario según las circunstancias, cuando pueda hacerlo sin riesgo personal, será reprimido con una multa igual a la mitad del salario mínimo establecido por la Ley No. 7337, del 5 de mayo de 1993. El juez podrá aumentar esta sanción hasta en el doble, considerando las condiciones personales del autor, sus posibilidades económicas, los efectos y la gravedad de la acción.

(*) El presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 7600 de 2 de mayo de 1996. LG N° 102 de 29 de mayo de 1996.

(39) Artículo 185.- Incumplimiento del deber alimentario. (*)

Se impondrá prisión de un mes a dos años o una multa igual a la mitad del salario mínimo establecido por la Ley No. 7337, del 5 de mayo de 1993, al padre, adoptante, tutor o guardador de un menor de dieciocho

y que representa por sí una lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado.

- c) El tercer caso, es el de la omisión impropia, en donde se establece una relación entre un tipo penal activo doloso, que no contempla directamente en su descripción típica su realización a nivel omisivo, pero que se vincula a la realización de una omisión cuando ésta produzca el resultado que el tipo activo doloso contempla. Un ejemplo de este caso ocurre cuando teniéndose el deber jurídico de evitar un resultado, se realiza una conducta que se desvía del mandato y se produce el resultado desaprobado. El salvavidas observa ahogarse a su enemigo en la piscina que tiene el deber de vigilar, y se dedica a contemplar su muerte sin realizar ningún esfuerzo para salvarle, sin haber peligro para su vida, y existiendo posibilidad física para realizar el rescate. La conducta del salvavidas sería entonces equivalente a la conducta activa dolosa de homicidio simple, pero en el caso del ejemplo se produce este resultado de muerte por omisión (comisión por omisión).

1) **Excurso: De la denominación de delitos de omisión propia e impropia**

En doctrina, los supuestos de delitos de comisión por omisión se conocen como delitos de omisión impropia. También se le ha denominado omisión impura,⁽⁴⁰⁾ a diferencia los supuestos *ut supra* citados

años o de una persona que no pueda valerse por sí misma, que deliberadamente, mediando o no sentencia civil, omite prestar los medios indispensables de subsistencia a los que está obligado.

El juez podrá aumentar esa pena hasta en el doble, considerando las condiciones personales del autor, sus posibilidades económicas, los efectos y gravedad de la acción.

La misma pena se les impondrá a los obligados a brindar alimentos. La responsabilidad del autor no queda excluida por el hecho de que otras personas hayan proveído medios de subsistencia.

Igual pena se impondrá al hijo respecto de los padres desvalidos y al cónyuge respecto del otro cónyuge, separado o no, o divorciado cuando esté obligado, y al hermano respecto del hermano incapaz.

(*) El presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 7600 de 2 de mayo de 1996. LG N° 102 de 29 de mayo de 1996.

(40) Cfr. Cobo del Rosal, M/Vives Antón, *op. cit.*, pp. 11-390.

en los apartes a y b del epígrafe anterior, que se conocen como delitos de omisión propia.⁽⁴¹⁾ De la misma forma que los tipos penales de acción se dividen en tipos de mera actividad y de resultado, los de omisión pueden contentarse con el solo hecho de no hacer algo determinado, o requerir además la no evitación de un resultado. Los primeros, contrapartida de los delitos de mera actividad en la omisión, constituyen tipos de omisión pura, en tanto que los segundos, equivalentes a los delitos de resultado, reciben el nombre de comisión por omisión. Esta terminología, explica Mir Puig, es preferible a la de delitos de omisión propia e impropia pues indica, que aunque un importante sector doctrinal la considera equivalente, otra dirección reserva el nombre de omisión impropia para los casos que no se hallan expresamente previstos por la ley, incluyendo en la omisión propia las figuras legales, sean de pura omisión, sean de comisión por omisión.⁽⁴²⁾

En realidad, se trata de una mala traducción del alemán al castellano, pues en la lengua germana, tales supuestos se conocen como verdaderos o falsos delitos de omisión, *echte Unterlassungsdelikte* y *unechte Unterlassungsdelikte*. Una simple traducción literal de los términos del idioma alemán al castellano, permite una mayor y mejor comprensión del concepto pues *echt* es un adjetivo que significa “verdadero”, *un* es un prefijo de negación por lo que *unecht* significa “falso”, *Unterlassung* es un sustantivo que significa “omisión”, y finalmente *Delikt* es otro sustantivo que significa “delito”, que hace plural con la “e” final y la “s” intermedia entre *Unterlassung* y *Delikt* es un elemento de unión entre las dos palabras, es lo a lo que se denomina un infijo sin significado semántico alguno. De tal manera, que *echte Unterlassungsdelikte* no es otra cosa más que “verdaderos delitos de omisión”, en contraposición a *unechte Unterlassungsdelikte*, “falsos delitos de omisión”.

Esta problemática en torno a la denominación en castellano de los delitos de omisión, hace que en cierta medida se confunda a menudo lo que se quiere identificar con término, pues en castellano “propio” puede cumplir varias funciones gramaticales, a saber: a) adjetivo de refuerzo de posesivo vgr. yo tengo mis propios problemas,

(41) Cfr. Castillo González, F. *Tentativa y desistimiento voluntario*. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2003, p. 67.

(42) Cfr. Mir Puig, *op. cit.*, pp. 7-306.

b) adjetivo de pertenencia como propio de suyo, vgr. se le concede licencia por asuntos propios, c) adjetivo calificativo, equivalente a adecuado, conveniente, vgr. su comportamiento es el propio de un loco, d) como adjetivo demostrativo de identidad, calidad, con valor enfático o de refuerzo, vgr. el propio Andrés se llevó una sorpresa, y e) como construcción gramatical, vgr. propio para el caso, propio para convencer.⁽⁴³⁾

Con base en lo expuesto, en castellano la denominación adecuada de este tipo de delitos sería la sugerida: verdaderos y/o falsos delitos de omisión, o bien, gramaticalmente correcta aunque no del todo apropiada a mi saber y entender, la forma adverbial del adjetivo propio en su acepción de adjetivo calificativo y en tal caso diríamos los “propiamente denominados delitos de omisión” y los “impropiamente denominados delitos de omisión” o bien, delitos omisivos. No obstante, tal y como se indica, me inclino por simplicidad y por ser la forma más correcta, con la denominación verdaderos y/o falsos delitos de omisión.

Ahora bien, ¿cuándo estamos frente a un verdadero delito omisivo, cuando el legislador sanciona la simple omisión de la conducta y esta omisión es un elemento constitutivo de la infracción penal vgr. la omisión de auxilio, en tal caso los verdaderos delitos de omisión son un *numerus clausus*. Estaríamos frente a un falso delito omisivo, cuando lo que se sanciona no es la omisión por la omisión misma y por consiguiente la omisión no es un elemento constitutivo de la infracción, sino que por el contrario, la conducta omisiva o falta de acción se equipara a una acción en los supuestos en que el sujeto se encuentre en una posición de garante del bien jurídico y la afectación de aquel, le pueda ser atribuida en equivalencia con una acción atentatoria en contra de ese bien jurídico, aun y cuando no ha realizado conducta alguna, sino que por el contrario se abstiene de realizar la conducta esperada, por consiguiente, estaríamos frente a un *numerus apertus*. Esta hipótesis no se encuentra reservada a supuestos dolosos, sino que por el contrario, resulta aplicable a aquellos delitos en donde la base de la imputación culposa, encuentra fundamento en un no actuar del sujeto obligado a observar el deber de cuidado contemplado en la norma, con respecto

(43) Cfr. Seco, M. *Diccionario de dudas de Manuel Seco de la Real Academia Española*. Espasa, Madrid, España, 1999. Voz: propio, p. 308. Die Grammatik. Unentbehrlich für richtiges Deutsch, DUDEN, Mannheim, 1998, p. 411.

al bien jurídico tutelado, por ejemplo, el controlador de vías que se presenta al trabajo sin haber descansado lo suficiente lo cual hace que se duerma durante el trabajo y al no cambiar las líneas en forma oportuna provoca un accidente ferroviario.

2) De la posición de garante

El fundamento de la imputación de conductas omisivas a determinados sujetos, a partir de la correlación de la conducta omisiva con una equivalente conducta activa, tipificada como delito y transgresora de una norma jurídica, que adquiere relevancia ante la afectación y puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, se basa en la denominada posición de garante, de tal manera que nuestro Código Penal contempla la posibilidad de construir una así llamada “situación típica” cuando alguien se encuentra en posición de garante de los bienes jurídicos de otro, es decir, cuando por alguna circunstancia que pertenece al ámbito del mandato de la norma deba esta persona actuar para proteger este bien jurídico de otro y no lo hace generando el resultado antijurídico.⁽⁴⁴⁾ La principal dificultad con que tropezamos a la hora de establecer la posición de garante, es la no mención expresa de los deberes que la fundamentan en el tipo legal del delito comisivo, que sólo describe expresamente una acción positiva. De ahí que se formulen reparos de orden constitucional (infracción del principio de legalidad de los delitos) contra la figura de los delitos de comisión por omisión.⁽⁴⁵⁾

La omisión impropia, tal y como está contemplada en el artículo 18 del Código Penal, puede llamar a confusión, ya que no es necesario que haya una expresa tipicidad de la omisión impropia para que pueda ser castigada. Este numeral de nuestro Código Penal lo único que hace es establecer algunos requisitos de legalidad para considerar la relevancia de aquellas conductas que interesan a nivel normativo como productoras del resultado, y eliminar del ámbito de relevancia aquellas que no deben ser consideradas a efectos del injusto. Esta tipicidad, acorde con el artículo 18 del Código Penal, se genera a partir de la constatación de que una conducta negativa (no hacer, o hacer distinto) produce un resultado que coincide con un tipo activo doloso.

(44) Cfr. Bacigalupo, *op. cit.*, pp. 26-147.

(45) Así Muñoz Conde/García Arán, *op. cit.*, pp. 5-240.

Esta posición de garante del bien jurídico, que es a su vez un complemento adicional delimitador de la tipicidad omisiva impropia,⁽⁴⁶⁾ se produce, a partir de diversos supuestos:

- a) En una primera hipótesis, en aquellos casos que surgen a partir de una situación anterior entre las partes, de donde puede deducirse que uno de los sujetos asume el deber de protección y el otro actúa confiado en la expectativa de que el otro cumplirá con el deber de protección.⁽⁴⁷⁾
- b) La posición de garante también surge cuando uno de los sujetos de la relación o situación típica tiene un especial deber de control o vigilancia de una fuente de peligro.
- c) Un contrato o relación jurídica entre las partes también puede generar obligaciones de actuar y de vigilar que no produzcan los resultados desaprobados por la norma.⁽⁴⁸⁾

La omisión impropia que se genera al encontrarse alguien en posición de garante, obliga, entonces, a que el análisis judicial se concentre en detectar primero si existe un deber de actuar conforme a la norma preceptiva en juego.

Constatado el deber de actuar, tiene el juez que proseguir en el análisis típico de la omisión impropia con el análisis de si existe un nexo de evitación. En este supuesto, tendrá el juez que observar si una conducta acorde con el precepto normativo evitaría que el resultado lesivo se genere. Es decir, es necesario concluir que un comportamiento debido hubiera evitado el resultado.⁽⁴⁹⁾

(46) Ver, Zaffaroni, *op. cit.*, pp. 24-485 y ss.

(47) En cuanto al deber de actuar conforme a la expectativa, cfr. Sánchez Vera y Gómez-Trelles, Javier. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*. Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho, Primera Edición, 1995, pp. 23-25; 30 y ss.

(48) Véanse los ejemplos sobre estas hipótesis en Bacigalupo, *op. cit.*, pp. 26-147 y ss.

(49) Cfr. Issa El Khoury Jacob, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo. *Metodología de la Resolución de Conflictos Jurídicos en materia Penal*. San José, Costa Rica, ILANUD, 1991, pasim. Cfr. al respecto Sala Tercera de la

Es por los anteriores razonamientos, que es posible concluir que el artículo 18 del Código Penal contiene una fórmula que incorpora en el ordenamiento jurídico costarricense los delitos de comisión por omisión (omisión impropia). Esta fórmula funciona como una cláusula general que permite realizar un juicio ex-post, en vía judicial, acerca de la existencia de un autor que está en el deber de protección de un bien jurídico, que está obligado por una norma a actuar dentro de los límites de la posibilidad física, para evitar la causalidad que va dirigida a producir un resultado antijurídico. Así también se debe proceder a establecer el nexo de evitación, es decir, observar si la persona que hubiera actuado de acuerdo al mandato de la norma, hubiera podido evitar el resultado que se produjo en la hipótesis en examen.

F) IMPUTACIÓN DE RESULTADOS DE LESIÓN O PELIGRO A FALSOS DELITOS DE OMISIÓN

Una vez precisado conceptualmente el término “verdaderos y falsos delitos de omisión”, pretendo ahora demostrar, que en la hipótesis del falso delito de omisión, existe un tratamiento desigual de la falta de acción del sujeto a quien se le atribuye la producción de un resultado lesivo o de puesta en peligro del bien jurídico, la cual no encuentra fundamento en su no actuar, sino que se pretende legitimar a partir de las especiales condiciones del agente, porque lo que toma en cuenta el legislador no es el hecho en sí –desde una perspectiva óptica–, sino el sujeto como tal y ontológicamente –la finalidad del sujeto actuante–, puede ser un elemento sujeto de valoración jurídica, para efectos de dosimetría penal, pero carece de importancia como punto de partida para la imputación del resultado de lesión o puesta en peligro el bien jurídico. La comisión por omisión sigue siendo en el plano del sustrato conductual, una omisión. Afirman Cobo y Vives, que la comisión por omisión, esa omisión –lo que no se hizo- comporta un significado de acción positivo (matar, lesionar, etc.) que se expresa en los distintos verbos activos conjugados por omisión y que por eso no puede compartirse la opinión mayoritaria que, apriorísticamente, considera que la subsunción de la comisión por omisión en los tipos activos de la Parte Especial infringe el principio de legalidad, pues la ley se expresa con palabras y los verbos activos incluyen en su sentido propio las referencia a ciertas omisiones.⁽⁵⁰⁾

Corte Suprema de Justicia. San José, a las diez horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve.

(50) Cfr. Cobo/Vives, *op. cit.*, pp. 11-390-391.

Analizados cada uno de los supuestos expuestos en el epígrafe anterior, que dan surgimiento a la denominada posición de garante, caemos en cuenta, que el fundamento de la imputación del resultado o puesta en peligro del bien jurídico, se encuentra fuera de la omisión misma que da sustento a esa imputación y que ésta se diferencia sustancialmente de los supuestos que dan fundamento a la supuesta “situación típica correlativa” de la cual se deriva aquella imputación. Veamos:

- a) Casos que surgen a partir de una situación anterior entre las partes, de donde puede deducirse que uno de los sujetos asume el deber de protección y el otro actúa confiado en la expectativa de que el otro cumplirá con el deber de protección.

En tal supuesto, previo a la “omisión de acción” en sentido estricto, existe una situación particular que obliga al sujeto a evitar un resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Dicha imputación opera independientemente de la “finalidad” del agente, esto es, que objetivamente se analiza ex-post, si el agente ha realizado la acción deseada para evitar la producción del resultado o la puesta en peligro del bien jurídico, independientemente de la voluntad o intención del agente.

Por ejemplo, el médico que frente a un paciente al que no le ve mayores expectativas de vida, en virtud de un mal crónico e incurable, y por lo tanto seguro de su inminente fallecimiento, deseando incluso su muerte para evitar mayores sufrimientos, aplica el procedimiento clínico adecuado y requerido por el paciente, para aliviar el dolor y la producción acelerada del inevitable resultado muerte.

En la hipótesis sub-exámene, nos encontramos frente a una posición de garante del médico frente a su paciente, en virtud de que el paciente ha confiado su salud física a ese médico. Es por consiguiente ese médico y no otro –incluso mejor calificado o en mejores condiciones de atender al paciente–, quien se encuentra vinculado jurídicamente con el bien jurídico y por tanto, el no actuar conforme a la expectativa del paciente, hace que el resultado muerte o puesta en peligro de la vida del paciente, más allá de lo previsto, por falta de acción, haga que el ordenamiento jurídico le impute una conducta a él –el médico–, con exclusión incluso de otros galenos que se encuentran en idéntica o incluso mayor capacidad de actuar frente al ataque al bien jurídico tutelado.

En estos casos, podría suceder incluso y sucede, que el paciente no reciba un adecuado tratamiento y esa sea la causa de la muerte, por cuanto el médico tratante omite prescribir el procedimiento adecuado, y que la prohibición de regreso no abarque a colegas que han estado en capacidad plena de actuar, toda vez que no reúnen la condición de médico tratante y por tanto no ha surgido en relación con el bien jurídico tutelado con respecto a dichos médicos –la posición de garante– y por consiguiente, no se funda un deber jurídico de actuar, que dé fundamento a la imputación del resultado muerte por su falta de acción.

Analizado el supuesto de marras, tenemos que la imputación del resultado muerte al médico tratante, encuentra fundamento no en el presupuesto de la falta de acción como tal, –pues todos los médicos próximos al paciente tampoco han actuado, además de que todos reúnen condiciones personales especiales que les obligarían en principio a actuar–, sino que por el contrario, la imputación del resultado muerte al médico tratante, encuentra fundamento en la condición de médico tratante en relación con ese paciente y por tanto le hace responsable del mismo, asumiendo la obligación jurídica de velar por el bien jurídico tutelado en la norma.

De lo expuesto se colige, que no es la condición personal del agente en sentido estricto, ni su conocimiento lo que da fundamento a la imputación del resultado como conducta antijurídica, sino la especial sujeción del agente en relación con el bien jurídico en un momento determinado. Piénsese por ejemplo que el médico tratante –ante la ausencia de monitores que den aviso de cualquier cambio repentino en los signos vitales del paciente–, pide a un familiar cercano que le de aviso inmediato en caso de notar algún cambio en la situación del paciente retirándose el médico a la sala contigua para dar atención a otros pacientes. Ante el cambio repentino y visible en los signos vitales del paciente, el familiar quien tiene especial interés en que su pariente fallezca, omite dar aviso al médico y el paciente fallece. Ya no será la conducta atribuible al médico a título de homicidio por comisión por omisión, sino que será el familiar quien omitió dar aviso al médico, el responsable de la muerte de su pariente por no realizar la acción deseada. De igual forma, en ese mismo ejemplo, habiendo incluso más parientes en la sala, pensemos hasta en la posibilidad de que se trate de parientes de grado más próximo a la víctima, la imputación del resultado muerte se hará a quien asumió el deber jurídico de actuar y no a ningún otro pariente, pues ellos no se encuentran en concreto frente a un deber jurídico de actuar en sentido estricto, aunque se pretenda por el nexo de parentesco dar fundamento a tal obligación, ya

que en estos supuestos deben de tomarse en cuenta las especiales condiciones de sujeto, para poder legitimar una imputación por falta de acción lo que me lleva a concluir, como lo hago, que no es el hecho en sí, o más bien, la falta de acción en sí la que da fundamento a esta imputación, sino las condiciones personales del agente las que toma en cuenta el juzgador para dar cabida a la atribución del resultado muerte a determinados sujetos en hipótesis de falta de acción. De suerte que resulta evidente que estamos frente a una discriminación negativa frente a la ley, en la cual el fundamento de la imputación de conductas desvaloradas jurídicamente, encuentra fundamento en las condiciones personales de la persona –derecho penal de autor– y no de hecho, pues precisamente nos encontramos frente a hipótesis de falta de acción.

- b) La posición de garante también surge cuando uno de los sujetos de la relación o situación típica tiene un especial deber de control o vigilancia de una fuente de peligro.

En otros supuestos, el sujeto asume en abstracto una obligación jurídica de actuar, ante eventuales fuentes de peligro del bien jurídico. Aquí, como en el caso analizado anteriormente, lo interesante es que podemos encontrarnos frente a supuestos en donde, el ordenamiento jurídico discrimina en forma negativa frente a un sujeto determinado, dando cabida a la atribución de una conducta delictiva por su no accionar, en el caso de que el bien jurídico frente al que asumió una posición de garante, corra al menos peligro y sufra alguna lesión y el fundamento de la imputación como tal, más que su falta de acción o evitación del peligro, lo constituye la asunción de vigilante frente a posibles fuentes de peligro y no tanto su falta de acción.

El ejemplo aquí es el del salvavidas en una piscina pública. Quien asume este rol, es responsable de estar alerta y actuar, en caso de que acontezca una emergencia de algún bañista. Pensemos en el caso del salvavidas que se encuentra en su día libre y no se percató de que alguien sufre una congestión estomacal mientras se baña y muere de asfixia por inmersión.

Si se trata del salvavidas en su día libre, que en lugar de estar atento a lo que sucede en el agua, se encuentra casualmente en los alrededores de la piscina flirteando con alguna que otra dama, no le será imputado el resultado muerte, pues a pesar de contar con la capacidad de actuar, conocer los procedimientos estar en proximidad

con el bien jurídico tutelado, no se encuentra en posición de garante de dicho bien. Lo mismo acontece con el nadador profesional que casualmente se encontraba en la piscina en ese momento. Sin embargo, el ordenamiento jurídico obliga al salvavidas de turno a actuar frente a la fuente de peligro y por tanto, debía estar atento a lo que acontecía en la piscina para determinar la existencia de fuentes de peligro para los bañistas. En este caso, si se determina que el salvavidas no actuó pues consideró que su compañero “el casanova” se encontraba más próximo a la emergencia y estaba en capacidad de eliminar la fuente de peligro, esa no acción hace que se le impute el resultado muerte a título de culpa, por falta de acción cuando tenía el deber jurídico de actuar. De lo expuesto tenemos que en este caso, no es la situación personal del agente y/o sus capacidades físicas, las que dan cabida a la imputación del resultado, ni tampoco en sentido estricto su condición de salvavidas, sino que por el contrario, lo que da cabida a la atribución del resultado a él y a nadie más, es el hecho de encontrarse de turno y por consiguiente estar obligado eliminar las fuentes de peligro del bien jurídico, a diferencia del “salvavidas casanova” o “el nadador profesional”, quienes igualmente pudieron actuar sin riesgo alguno y no lo hicieron al igual que quien sí tenía una obligación jurídica de actuar y no actuó conforme se esperaba.

- c) Un contrato o relación jurídica entre las partes también puede generar obligaciones de actuar y de vigilar que no se produzcan los resultados desaprobados por la norma.

Cuando se está frente a un contrato o bien, frente a una relación jurídica de actuar y de vigilar que no se produzcan ciertos resultados, al igual que en los dos supuestos anteriores, no se imputa el resultado no deseado o valorado negativamente en la norma a un sujeto “no actuante” por la no actuación, sino por el contenido del contrato suscrito con la otra parte o bien por la relación que lo vincula con la obligación de evitar el resultado desfavorable. En tales supuestos, la obligación de terceros llega a tener un contenido diferente del que tiene frente a aquel que se encuentra en posición de garante del bien jurídico.

Ejemplo, es la madre que omite dar alimentos a su hijo y este muere por inanición.⁽⁵¹⁾

(51) La muerte del niño se atribuye a su conducta, cual si fuese un resultado de ella, aunque desde el punto de vista naturalístico, evidentemente ello no es así. Cfr. Cobo/Vives, op, cit. n.p. 11, p. 390.

En tal caso, a la madre se le atribuye una conducta de homicidio por comisión por omisión, al producir la muerte de su hijo omitiendo alimentarlo conforme se espera de ella. Si otra madre, incluso en capacidad de alimentar al bebé de aquella, no lo hace, a tal mujer no se le imputará la conducta homicida, pues frente a un tercero, no tiene un deber jurídico de actuar. En este caso, reúne jurídica y físicamente las mismas condiciones de aquella madre a la que se le imputa el resultado, no obstante, a esta mujer el ordenamiento jurídico, a pesar de que objetivamente se trata de dos personas en idénticas condiciones, le exige nada más dar parte a la Autoridad, de que la madre biológica del niño no lo alimenta conforme se espera de ella y con esto habrá cumplido con la obligación jurídica de procurar el auxilio debido al niño. Esto mientras éste se encuentre bajo la tutela de su madre biológica, pues el ordenamiento jurídico no espera de aquella mujer, que despoje a la madre biológica del menor y lo alimente. Distinto es el caso, si el menor es hallado en desamparo en cuyo caso, surge la obligación jurídica de quien lo encontró, de brindarle ayuda y eso incluye en su caso, la obligación de alimentarlo, independientemente de que quien lo halló se trate de un hombre o una mujer.

Como puede apreciarse, la posición de garante y el contenido de la obligación jurídica de actuar, no surge aquí de esa no actuación, sino más bien de un acto previo, sea este un contrato o una especial situación del sujeto con el bien jurídico tutelado. En virtud del contrato y su contenido o del contenido de la relación, se le imputa a un sujeto determinado la producción del resultado y por ello, es ese sujeto y no otro, el obligado. Resulta interesante que la nulidad del contrato o bien, la inexistencia de la relación, no hace desaparecer la obligación jurídica de actuar, sino que lo que interesa, es que el agente en el momento de surgir el peligro para el bien jurídico, se considere vinculado con el bien jurídico y tenga conciencia de su posición de garante, vgr. que una mujer crea que al que tiene en sus brazos es a su hijo recién nacido, y luego descubra que es otro bebé y no el suyo, pues aquí lo que interesa es que la mujer asumió frente a ese bebé en particular el rol de madre con las obligaciones del caso y no que en verdad lo sea.

Con base en lo expuesto, resulta claro que no es el no actuar el que da fundamento a la imputación, pues en realidad, lo que existe es una obligación específica de actuar de determinados sujetos, frente a ciertos bienes jurídicos tutelados y no frente a todos los bienes jurídicos en general. Por ello, el ordenamiento jurídico discrimina en forma negativa, cuando un sujeto con un vínculo jurídico particular frente a un

determinado bien jurídico, no hace lo que de él se espera, sea porque naturalmente, voluntariamente o bien jurídicamente, asumió la obligación jurídica de actuar.

G) POSICIÓN PERSONAL

Al analizar la hipótesis de atribución de supuestos de falta de acción en general, debemos diferenciar por una parte los verdaderos delitos omisivos, en donde el legislador típicamente contempla la omisión como un elemento constitutivo de la infracción y por tanto el supuesto omisivo típico, al igual que la conducta activa, encuentra fundamento en el tipo mismo y es de aplicación general a todos aquellos individuos que realicen la conducta prevista en el tipo penal y sancionada por la norma.

Por otra parte, el supuesto de un falso delito de omisión, tal y como ha quedado expuesto, lo que sanciona no es el acto omisivo en sentido estricto, sino más bien, imputa la denominada situación típica correlativa, a quien por su falta de acción, no evita la producción de un resultado lesivo al bien jurídico o al menos la puesta en peligro de ese bien jurídico.

El problema en cuestión por tanto, no se centra en la no acción del sujeto, que en principio no debiera dar fundamento a una imputación de ningún resultado, a partir del principio de que se juzgan hechos o acciones humanas, sino que por el contrario, al centrar el fundamento de la imputación en la producción de resultados desvalorados, el ordenamiento jurídico abandona –en los supuestos omisivos–, el principio del derecho penal de acto, para centrarse en el resultado o puesta en peligro del bien jurídico y a partir de ahí, atribuir ese resultado o puesta en peligro a un determinado sujeto –imputación–, por vía de la determinación de una obligación jurídica de evitar ese resultado o su puesta en peligro.

Por otra parte, he evidenciado que la imputación del resultado o puesta en peligro del bien jurídico, no se hace en términos generales frente a todos los sujetos en idéntica forma, sino frente a determinados sujetos en particular, considerando sus especiales condiciones, su sujeción frente al bien jurídico, o relaciones jurídicas con respecto a ese bien jurídico, imputación que incluso discrimina frente a sujetos que en principio se encuentran objetivamente en idéntica condición –en

abstracto-, frente al bien jurídico, pero que en concreto el vínculo del uno con respecto al otro, resulta desplazar la obligación de éste, dejando subsistente por consiguiente la de aquel y por tanto, dando pie a la imputación del resultado o puesta en peligro del bien jurídico.

Ahora bien, la posición de garante surge de una acción y no de una omisión. Es un hecho que da cabida al fundamento de la imputación, pero siempre es un hecho que precede a la relación existente entre el resultado o puesta en peligro del bien jurídico y la falta de acción del sujeto, por lo que podría afirmarse que estamos frente a una acción mediata del sujeto a quien se le imputa el resultado y por tanto, no es cierto que la imputación discrimine en forma negativa a ciertos sujetos con respecto a otros, ante la producción de un determinado resultado o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Sin embargo, si se parte del hecho de que la situación previa es un acto conforme a derecho –pues los actos contrarios a derecho no pueden fundar relaciones jurídicas válidas–, no podremos fundamentar la imputación de un resultado valorado desfavorablemente, retrotrayendo los efectos de esa imputación, a un hecho realizado conforme a un acto jurídico valorado favorablemente, pues ello implicaría desconocer como tal, la posición de garante del bien jurídico ya que el acto que da origen a la misma, no sería un acto conforme a derecho y por tanto, debería imputarse una responsabilidad jurídica a tal acto independientemente de la producción de un resultado desfavorable posterior o puesta en peligro de un determinado bien jurídico.

Me declaro partidario de discriminar negativamente y atribuir la producción de ciertos resultados lesivos del bien jurídico o al menos su puesta en peligro, a partir del hecho de que si bien no se puede pedir peras al olmo, lo cierto es que todos los sujetos somos diferentes y por consiguiente, debemos responder de acuerdo con nuestra situación personal frente a determinados hechos en concreto. Lo expuesto no es ningún descubrimiento sino más bien la puesta en evidencia de un hecho cierto. De ahí que si aceptamos como tal, que en algunos supuestos resulta imperativo que determinados sujetos eviten resultados lesivos a bienes jurídicos fundamentales, para posibilitar la vida en sociedad, y que se les impone un deber jurídico de actuar en procura de eliminar los peligros al bien jurídico, no veo mayor problema en ello, incluso cuando lo que sanciona no es un actuar, sino más bien un no actuar conforme a derecho. En lo que si hallo un problema, es en sostener a ultranza que en el derecho penal moderno, hemos superado el principio del derecho penal de sujeto por el derecho penal de acto y de que todos somos iguales ante la ley.

H) CONCLUSIÓN

Al llegar al final de estas notas, estoy convencido de que independientemente se comparta o no mi punto de vista, el análisis formulado invita a la reflexión sobre la vigencia de ciertos paradigmas jurídicos. Creo firmemente que se puede estar equivocado o tener la razón y ello no resulta tan determinante ni significativo como la parálisis paradigmática que obstruye el desarrollo del pensamiento y si en alguna medida he contribuido a la reflexión, con ello me doy por satisfecho. Con una anécdota explico lo que entiendo por parálisis paradigmática.

Un día una señora, que para ese entonces rondaba los ochenta años, salió como siempre a dar una paseo por la campiña en su viejo automóvil, un Ford, modelo 48. De igual forma, ese día, un joven de la ciudad, decidió irse al pueblo, para probar su nuevo auto de carreras, convertible, último modelo. Al salir de una curva, el joven se topó de frente con la señora, quien manejaba un tanto descontrolada, en zigzag... El joven de inmediato aplicó los frenos y pensó.. qué le pasa a esta vieja, manejando en forma tan alocada y por el carril contrario... Al encontrarse ambos vehículos, la señora aún descontrolada pero de nuevo en su carril, le grita al joven: cerdo!!, y él a como puede pregunta ¿qué dijo?...la señora responde: cerdo!!!.. Ante tal insulto, el joven molesto sintiéndose ofendido, acelera al fondo su vehículo, levanta una polvareda y piensa...quien iba a imaginar que en un pueblo, me vengán a insultar de esa manera, manejan como les da la gana, no respetan la ley y además me llaman cerdo...! Continúa el joven su viaje a gran velocidad, toma la siguiente curva topándose con un gran cerdo en la vía, el cual por el exceso de velocidad no logra esquivar y cae al barranco perdiendo la vida.

Por lo general, el ser humano ve las cosas que le rodean desde su propia perspectiva y olvida que a veces, la prudencia indica que debe tratar de analizar el mundo que le rodea desde la perspectiva de los demás.

BIBLIOGRAFÍA

- Arboleda Vallejo, M. y Ruiz Salazar, J.A. *Manual de Derecho Penal*. Partes General y Especial, 4ª ed., Bogotá, 2002.
- Así Lackner, K, Köhl, K., *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Deutschland, 1999.
- Bacigalupo Zapater, E. *Lineamientos de la Teoría del Delito*. San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1985.
- Bacigalupo Zapater, E. *Manual de Derecho Penal*. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994.
- Carbonell Mateu, J.C. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3ª ed., Valencia, 1999.
- Cerezo Mir, J. *Curso de derecho penal español*. Parte General, I, 5ª ed., Madrid, 2003.
- Cobo del Rosal, M/Vives Antón, T.S. *Derecho Penal*. Parte General, 5ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- Die Grammatik. *Unentbehrlich für richtiges Deutsch*. DUDEN, Mannheim, 1998.
- Gimbernat Ordeig, E. *Estudios de Derecho Penal*. Editorial Tecnos- Madrid, 3ª edición, 1990.
- Issa El Khoury Jacob, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo. *Metodología de la Resolución de Conflictos Jurídicos en materia Penal*. San José, Costa Rica, ILANUD, 1991.
- Jakobs, G. *La autoría, en Estudios de Derecho Penal General*. Editorial Jurídica Bolivariana, 1997.
- León Mendoza, V. *Derecho Penal General*. 4ª ed., Cartagena, 2001.
- Llobet Rodríguez, J. *Garantías y Sistema Penal*. Releyendo hoy a Cesare Beccaria, San José, 1999.
- Mir Puig, S. *Derecho Penal*. Parte General, 6ª ed., Editorial Reppertor, Bcelona, 2002.
- Moreno Alcázar, M.A. *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos (Una perspectiva sistémica de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y de su causalidad)*. Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

Muñoz Conde, F. y García Arán, M. *Derecho Penal*. Parte General. 5ª ed., Valencia, 2002.

Sánchez, Vera y Gómez-Trelles, Javier. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*. Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho, Primera Edición, 1995.

Schöne, W. *Acerca del Orden Jurídico Penal*. San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1992.

Seco, M. *Diccionario de dudas de Manuel Seco de la Real Academia Española*. Espasa, Madrid, España, 1999.

Silva Sánchez J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992.

Zaffaroni, E. R. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1992.

FREUND: Enseñanza de la lógica para sentencias judiciales

ENSEÑANZA DE LA LÓGICA PARA SENTENCIAS JUDICIALES

Dr. Max A. Freund
Especialidad de Postgrado
en Administración de Justicia
y Dpto. de Filosofía
Universidad Nacional de Costa Rica

(Recibido 14/02/04; aceptado 13/06/05)

Dirección electrónica: mfreund@una.ac.cr
Teléfonos: 283-3006 (casa)
846-9069 (celular)

RESUMEN:

La idea general de un curso de lógica para el ámbito legal es la de presentar tanto lo que está consolidado como lo que está en proceso.

Palabras clave: Argumentación, razonamiento, lógica, jurisprudencia.

ABSTRACT:

The general idea of a course in logic for legal ambit it is to present what is consolidated as well as what is in process.

Key words: Argumentation, reasoning, logic, case law.

SUMARIO:

Introducción

1. Conceptos básicos
2. Argumentaciones y sentencias judiciales
3. Consideraciones finales

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Como parte del acervo del sentido común, se encuentra la idea de que nosotros efectuamos inferencias que, bajo ciertos cánones lógicos implícitos, resultan ser incorrectas o inaceptables. Ya Aristóteles y algunos de sus contemporáneos habían clasificados varios de esos tipos de razonamiento⁽¹⁾ y, más recientemente, la psicología cognitiva ha hecho estudios experimentales sobre el mismo tema.⁽²⁾ Cómo es que el ser humano de hecho razona y por qué no siempre se apega a los cánones de inferencia correcta es una problemática que suscita, actualmente, mucha atención por parte de psicólogos, lingüistas, pedagogos y filósofos (entre otros) y para lo cual se han construido varias teorías cognitivas que, a la vez, podrían fundamentar una teoría cognitiva del error en la argumentación.

Es claro que los diversos experimentos llevados a cabo y las posibles teorías cognitivas que habrán de ser desarrolladas sobre los procesos mismos de inferencia (así como las diversas teorías y técnicas de enseñanza-aprendizaje) orientarán, en el futuro, los métodos de instrucción de cómo mejorar nuestra capacidad para llevar a cabo razonamientos correctos. Estos métodos nos guiarán en el desarrollo de esas capacidades, pero es claro que no determinarán, por si solos, los cánones que han de guiar el control de nuestras argumentaciones. La encargada de suministrar estos cánones es la Lógica, disciplina que ha orientado a las teorías cognitivas mismas y a los experimentos que tratan con los procesos de razonamiento. La Lógica proporciona los conceptos, los criterios, las técnicas y las teorías que buscan capturar y desarrollar, en forma exacta y completa, los criterios lógicos implícitos en nuestras evaluaciones de inferencias o que plantean cánones lógicos alternativos, a esos mismos (supuestos) criterios.

Ahora bien, de los diversos ámbitos en donde es posible efectuar inferencias, queremos dirigir nuestra atención al de la práctica del Derecho. Cuales de los elementos de la Lógica contemporánea tienen que ser incorporados en cualquier actividad docente, cuyo objetivo es el de mejorar la argumentación en la praxis jurídica, así como que métodos y prácticas didácticas son las más adecuadas para lograr la

(1) Cf. los tratados de Lógica de Aristóteles.

(2) Para ejemplos de teorías cognitivas y experimentos sobre los procesos de inferencia cf. Rips (1994), Holland et al. (1986), Jonson-Laird (1983) y (1991).

apropiación de esos mismos elementos son problemas de importancia teórica y social; esto último porque las decisiones en el ámbito jurídico afectan el estado material y existencial de muchas personas. Y el problema reviste más importancia cuando se evidencia, a partir de los mismos libros de texto existentes, que los elementos tomados en cuenta hasta el momento no parecieran partir de un análisis de la totalidad de la práctica misma del Derecho. Muchos de esos textos lo que hacen es proyectar al Derecho el contenido de un curso aristotélico-tomista de introducción a la lógica y con ello hacer aparecer la argumentación en el derecho como el ejercicio de puros silogismos. Otros textos, los menos, incorporan algunos elementos de la Lógica Simbólica, pero dejan por fuera, aún así, tipos de inferencias muy importantes usadas en la práctica del Derecho.⁽³⁾ Y esto a pesar de la existencia de investigaciones rigurosas en donde se ha efectuado un análisis previo de la estructura argumentativa de la *praxis* jurídica. Los resultados de estas investigaciones deben, claramente, ser tomadas en cuenta en la enseñanza de la Lógica (en el Derecho) así como el desarrollo reciente de ciertos sistemas de Lógica, cuya temática podría ser relevante para la argumentación jurídica.

En suma, es necesario discutir cómo y cuales de los desarrollos en la Lógica contemporánea tendrían que formar parte de la didáctica de la Lógica para la *praxis* jurídica y justificar cualquier decisión sobre la base de un análisis previo de tal acción. Por lo extenso de este ámbito de prácticas, nuestro interés, en el presente artículo, es el de considerar estas cuestiones en el contexto de las sentencias judiciales. Aquí encontramos el resultado de una actividad que tiene como objetivo, fundamentalmente, motivar o justificar una decisión judicial. En este proceso se intenta, entre otras cosas, argumentar que ciertos hechos están probados y que ciertas normas legales son aplicables a esos hechos. De este modo, la sentencia judicial involucra importantes procesos de inferencia, para cuyo desarrollo y posterior evaluación la Lógica proporciona elementos necesarios. Cuales deben ser estos elementos y el por qué de éstos es el tema que nos interesa tratar en el presente artículo. Con este fin, haremos una breve exposición de ciertos conceptos lógicos básicos y, sobre esta base, presentaremos problemas lógico-filosóficos asociados al ámbito de las sentencias judiciales así como aspectos lógico-estructurales de éstas. Tanto estos aspectos como los problemas darán la pauta para señalar los elementos buscados, los

(3) Por ejemplo, Rodes y Pospesil (1997), y Tammelo (1978).

cuales deberán integrar, necesariamente, los correspondientes cursos y unidades didácticas. Cómo es que los jueces podrán implementar de *facto* esos mismos elementos y cuales de los métodos de enseñanza-aprendizaje serán los más adecuados para lograr su mejor incorporación en la práctica tendrá que esperar los resultados experimentales y teorías de los psicólogos cognitivos.

1. CONCEPTOS BÁSICOS

Una de las nociones lógicas básicas necesarias para conceptualizar la praxis jurídica de las sentencias judiciales constituye la noción de *argumentación*, esto es, el concepto de una cadena o red de razonamientos.⁽⁴⁾ Así, en concordancia con esta caracterización, la expresión:

Todos los animales son mortales y todos los gatos son animales. Por consiguiente, todos los gatos son mortales y, de ahí que Félix sea mortal, pues es un gato.

debería constituir un caso bastante simple (y de un estilo no muy coloquial) de lo que es una argumentación, compuesta por dos razonamientos, a saber:

Razonamiento 1

Todos los animales son mortales y todos los gatos son animales. Por consiguiente, todos los gatos son mortales.

Razonamiento 2

Todos los gatos son mortales y Félix es un gato. Por consiguiente, Félix es mortal.

(4) Muchos libros de texto no diferencian lo que es una argumentación de un razonamiento. Como es obvio por la caracterización del primer concepto, no estamos siguiendo esta práctica, sino supeditando el primer concepto al segundo.

Al igual que éstos, los razonamientos se expresan a través de secuencias lingüísticas en las que se afirma que un cierto enunciado de una de esas secuencias es una consecuencia lógica de otros enunciados de la misma secuencia y de sólo ellos.⁽⁵⁾ El enunciado del cual se afirma que es consecuencia lógica de los otros enunciados se le llama *la conclusión del razonamiento* y aquellos enunciados de los cuales se afirma que la conclusión es una consecuencia lógica *las premisas del razonamiento*.⁽⁶⁾ Además de las premisas y la conclusión, en las secuencias que expresan razonamientos debe haber una expresión cuya función es la de expresar la relación de consecuencia lógica afirmada en el razonamiento. Este es el caso de la palabra *por lo tanto* y de muchos otros términos como *por ende*, *por consiguiente* y *en consecuencia*.

La caracterización anterior de lo que es un razonamiento asume el enfoque clásico, según el cual un razonamiento debe ser entendido como una relación entre enunciados. Pero ¿es ésta la concepción adecuada para el contexto jurídico? Sabemos que en este contexto se llevan a cabo inferencias que involucran oraciones normativas, como en el siguiente caso (adaptado de una sentencia):

La prueba testimonial y confesional demostró que el Sr. X cultivó y distribuyó droga, pero a quien se le demuestre que ha cultivado o distribuido droga deberá imponérsele pena de prisión de cinco a quince años. Por lo tanto, al Sr. X se le deberá imponer de cinco a quince años de prisión.

El enfoque clásico es problemático para este caso y, en general, para el ámbito jurídico, por el uso de expresiones normativas como

(5) Queda abierto, de este modo, la posibilidad de efectuar razonamientos y argumentaciones sin que medie el lenguaje. Serían entidades puramente mentales efectuados en algo que no llamaríamos un lenguaje, algo así como lo que J. Fodor ha llamado “mentalese”, por ejemplo, en Fodor (1975).

(6) Quiero aclarar aquí con la expresión “enunciado” me refiero a una expresión lingüística que puede ser falsa o verdadera. Entre los enunciados incluyo a muchas de las llamadas oraciones declarativas así como oraciones normativas tal como aparecen en las sentencias judiciales. Estas últimas las interpretaremos como expresando proposiciones normativas y no normas.

“deberá imponérsele pena de prisión de cinco a quince años”. La naturaleza semántica de éstas (en el contexto de tales razonamientos) es objeto de amplia discusión debido al modo como se interpreta la validez o corrección lógica de un razonamiento, pues esta interpretación presupone que tanto las premisas como la conclusión sean enunciados, esto es, expresiones que pueden ser falsas o verdaderas y las normas, claramente, no son enunciados. Así, si las oraciones normativas que aparecen en razonamientos jurídicos expresaran normas, entonces tendríamos que modificar nuestra concepción intuitiva de validez lógica o asumir que no hay tales razonamientos y que es sólo producto de un espejismo el creer que estamos razonando con normas. A este dilema, llamado “el dilema de Jorgensen”,⁽⁷⁾ se puede escapar distinguiendo entre los diversos papeles semánticos que juegan las oraciones normativas en contextos lingüísticos diferentes. La idea es de considerar tales oraciones dentro de contextos de razonamientos como que expresaran cierto tipo de proposiciones, a saber, las proposiciones normativas, y presentarlas, de este modo, como expresiones falsas o verdaderas.⁽⁸⁾ Esas proposiciones afirmarían la existencia de ciertas normas en determinado sistema o realidad jurídica.

Es importante señalar que todo curso sobre enseñanza de la Lógica para la *praxis* jurídica deberá tomar en cuenta la problemática caracterizada en el párrafo anterior. Aunque priva la orientación clásica de validez lógica y se interpreta los oraciones normativas como proposiciones normativas, se deberá plantear la posibilidad de un desarrollo de una lógica que involucre normas y, por ende, una lógica cuyo concepto de validez no presuponga la idea de que los componentes de los razonamientos normativos sean enunciados.

Retomemos ahora el tema de las argumentaciones. De acuerdo con nuestra caracterización anterior, una argumentación constituye una cadena o red de razonamientos.⁽⁹⁾ En esta red se establecen ciertas

(7) Cf. el artículo de Jorgensen en Alarcón (2000).

(8) Cf. Achourrón y Bulygin (1991), para un desarrollo y discusión de los razonamientos jurídicos involucrando proposiciones normativas.

(9) Es posible distinguir entre argumentaciones complejas y básicas, pues se puede identificar tres tipos de argumentaciones básicas, a saber: divergentes, convergentes y secuenciales. Mediante la combinación de estas formas básicas de argumentaciones construimos estructuras de argumentaciones más complejas.

nexos lógicos explícitos, entre las diferentes premisas y conclusiones que constituyen los diferentes razonamientos componentes, y tales nexos es lo que usaremos para determinar cuando un conjunto de razonamientos se constituye en una argumentación. Por ejemplo, un conjunto de razonamientos ligados entre sí por tener en común los mismos enunciados como premisas o por tener la misma conclusión lo asumiremos como una argumentación. Hay otros elementos, tal como la unidad temática, que no son, necesariamente, de orden lógico y que podría determinar que un conjunto de razonamientos se convierta en una argumentación. Sin embargo, no sabemos, como el caso de la unidad temática, si pueden ser caracterizados en forma exacta y clara como son los nexos lógicos. Por otra parte, por el tema de interés es suficiente concentrarse en estas relaciones lógicas.

Ahora bien, las argumentaciones puede ser evaluados desde, por lo menos, tres perspectivas, a saber: la lógica, la retórica y la material. Estas deben ser tomadas en cuenta al analizar una sentencia judicial, aunque en un curso de lógica la primera y, en mucho menor grado, la segunda son las que tendrían que considerarse, pues la material tiene que ver más con la epistemología del Derecho. En esta perspectiva, el interés se centra en la verdad o falsedad de las premisas y la conclusión o en los fundamentos que poseemos para sostener la aceptación de las premisas (de los razonamientos componentes de una argumentación). En el caso de las sentencias jurídicas, podemos preguntarnos, por ejemplo, si los hechos expresados en las premisas constituyen información admisible desde el punto de vista legal.

Para la perspectiva retórica de evaluación lo que interesa determinar es cuan convincente y persuasivo es una argumentación; lo importante aquí es el impacto en la emocionalidad que tiene la argumentación sobre nosotros. Y aunque esto no es una tema que, propiamente, pertenece a la Lógica, su importancia estriba en la existencia de razonamientos que son incorrectos desde el punto de vista lógico, pero sumamente persuasivos. Como es bien conocido, estos razonamientos han sido denominados “falacias” o “sofismas” y sus diversos tipos sistemáticamente clasificados. Históricamente, las diversas sistematizaciones han formado parte de los libros de texto de Lógica y podemos decir que están en la frontera entre lo que es la Lógica y la Retórica. Aparte de esto, la enseñanza de una clasificación de falacias puede ofrecer la motivación para incursionar en la Lógica misma: se motiva la necesidad de aprender los parámetros de corrección lógica para así comprender por que las falacias no son aceptables, a pesar de

dar la impresión de ser razonamientos correctos. Dentro del contexto del Derecho, la existencia de falacias refuerzan la importancia de la Lógica, pues muestran que la persuasión, por sí sola, no es un parámetro adecuado para justificar una decisión judicial. De este modo, es sumamente importante considerar el tema de las falacias en la didáctica de la Lógica en el Derecho. Es también importante ofrecer un panorama sobre las diversas teorías concernientes a la naturaleza de las falacias, pues generará independencia en el juez para descubrir sofismas no incluidos en una de las posibles taxonomías.⁽¹⁰⁾

En la perspectiva de evaluación lógica nos preguntamos si las argumentaciones son sólidas desde el punto de vista lógico. Y esto requiere evaluar si, en cada uno de los razonamientos componentes de las argumentaciones, la conclusión es una consecuencia lógica de los enunciados de las premisas. Ahora bien, hay dos posibles criterios a disposición para evaluar, lógicamente, un razonamiento, a saber:⁽¹¹⁾ el deductivo y el inductivo, los cuales, con miras al siguiente apartado, explicaremos a continuación, muy brevemente.⁽¹²⁾

Cuando nosotros efectuamos una inferencia, es decir, cuando procedemos a extraer cierta conclusión a partir de ciertos enunciados, vemos a estos enunciados como una justificación o fundamentación de la conclusión, en el sentido de que la verdad de ellos ofrecen cierto grado de justificación para creer en la verdad de la conclusión. El

(10) Cf. Hansen, y Pinto (1995), en donde se reúnen varios trabajos exponiendo diversas teorías de las falacias.

(11) Algunas veces se habla de un tercer criterio, el abductivo o sea, los criterios de evaluación lógica para el argumento a la mejor explicación de un hecho.

(12) Pero antes queremos hacer notar que nuestra idea de hablar de dos tipos de evaluación difiere del tratamiento que se hace de este tema en la mayoría de los libros de texto de lógica. En éstos, generalmente, se habla de razonamientos deductivos e inductivos y no de criterios deductivos e inductivos, como lo hacemos aquí. Una discusión de nuestra distinción versus la estandar iría más allá de los propósitos de este artículo y, por ello, no profundizamos más en este tema. El lector puede consultar varias de las introducciones a la lógica y contrastarlas con nuestra distinción. Si hemos de decir que la posición estandar sería equivalente a la nuestra y, por esto, no afecta lo anotado en los siguientes párrafos.

máximo grado de esta justificación lo encontramos en ciertos tipos de razonamientos que llamaremos *deductivamente válidos*. Estos son aquellos razonamientos que garantizan que la conclusión, necesariamente, será verdadera cuando quiera que las premisas sean verdaderas. En otros términos, los razonamientos deductivamente válidos son aquellos en donde es *imposible que las premisas sean verdaderas y la conclusión falsa*.

Debe quedar claro que cuando decimos que es imposible que las premisas sean verdaderas y la conclusión falsa, el concepto de *posibilidad* aquí involucrado debe ser entendido de la forma más amplia posible, de tal modo que todo lo que es concebible es posible en este sentido. Por la amplitud de esta interpretación, se le denomina el *sentido lógico de posibilidad*. Para que se tenga más claro este sentido, tómese en cuenta que existen varias nociones de posibilidad, tales como posibilidad tecnológica, física, biológica, moral, jurídica, epistémica y matemática. El sentido lógico de posibilidad incluye estos otros sentidos y, a la vez, los rebasa.

La evaluación lógica de un razonamiento no se agota en una evaluación deductiva. Al obtener como resultado, de una evaluación de este tipo, que determinado razonamiento es deductivamente inválido, todavía podemos proceder a efectuar una evaluación lógica desde el otro criterio: el inductivo. Y en éste lo que interesa es la probabilidad que dan la verdad de las premisas a la verdad de la conclusión. Hemos de notar que existe una fuerte discusión filosófica sobre la forma como se ha de interpretar el concepto de probabilidad y que, hasta el momento, el desarrollo de sistemas de lógica inductiva no tiene el mismo nivel de desarrollo o consenso que los desarrollados para la lógica deductiva.

Los dos criterios de evaluación lógica tendrán que ser utilizados en el análisis de sentencias judiciales y, por ende, tienen que formar parte del plan de estudios de un curso de Lógica para este ámbito. Por ejemplo, en tales sentencias se infieren hechos a partir de hechos (como en la llamada prueba indiciaria),⁽¹³⁾ se argumentan interpretaciones de normas, se razona la calificación de hechos y se subsumen hechos calificados bajo normas en silogismos judiciales. En todas estas inferencias, ya sean los criterios inductivos o los deductivos o ambos tienen

(13) Cf. Arroyo y Rodríguez (2002).

que ser utilizados, si el interés es el de evaluar desde un punto de vista lógico una sentencia judicial. Las teorías desarrolladas por la Lógica para capturar, formalmente, esos criterios y que pueden formar parte de la materia docente (para el contexto jurídico) es el tema del próximo apartado.

2. ARGUMENTACIONES Y SENTENCIAS JUDICIALES

En el apartado anterior, hemos expuesto varios conceptos básicos que nos permiten analizar, lógicamente, muchos ámbitos del discurso jurídico. Ya hemos relacionado, de algún modo, esos conceptos con la enseñanza de la Lógica en el contexto de las sentencias judiciales y ahora vamos a mostrar mediante ellos cuales de los elementos de la Lógica Formal contemporánea tendrían que o podrían ser incluidos en tal enseñanza.

Una vez comprendido el concepto de argumentación, la idea de que una parte importante de una sentencia judicial la constituye una argumentación compleja conducente a una decisión judicial aparecerá como evidente. Es decir, no debería haber controversia de que una parte de la sentencia judicial constituye una gran red o entramado de razonamientos en donde unos apoyan a otros hasta llegar a motivar una decisión judicial y cuyos componentes están basados en cierta información fáctica inicial (como por ejemplo las llamadas pruebas periciales, documentales, indiciarias, confesionales o testimoniales) y ciertas proposiciones normativas (leyes jurídicas), presunciones o definiciones. Por supuesto, una sentencia judicial involucra otros aspectos que podrían ser mejor capturados si la vemos como una especie de diálogo. Por ejemplo, en sentencias de derecho penal, el diálogo se daría entre el juez, el fiscal y el defensor. Estos dos últimos presentan tesis incompatibles, desde el punto lógico, y el juez tiene que decidir cual de ellas es la que irá a aceptar y sobre esa base condenar o absolver. La llamada lógica de argumentaciones derrotables sirve perfectamente para estos propósitos.⁽¹⁴⁾ Pero es claro que, al final, la decisión a la que tiene que llegar el juez debe ser motivada mediante toda una argumentación que se nutre, en parte, de lo que los otros integrantes del diálogo han proporcionado. Por eso queremos concentrarnos en el papel que juega las argumentaciones en una sentencia judicial.

(14) Para una descripción completa de los diversos sistemas formales de esta lógica y de cómo pueden éstos representar las situaciones que se dan en la práctica jurídica, vease Prakken y Vreeswijk (2001).

Las redes o entramados de razonamientos que constituye la argumentación en una sentencia judicial pueden subdividirse en subargumentaciones, las cuales pueden ser ubicadas en, al menos, cuatro posibles sectores, a saber: *en la justificación de la relevancia de una norma a un caso particular tratado en la sentencia, en la interpretación de una norma, en la calificación de un hecho y en la prueba de hechos*. Es decir, en una sentencia judicial podríamos encontrar redes de razonamientos que nos llevan a mostrar que ciertos hechos están probados, ciertas normas deben ser interpretados de determinada manera, ciertos hechos deben ser calificados de una forma y no de otra, o de que cierta norma o normas judiciales son aplicables a un hecho. Estas redes todas juntas se estructuran, lógicamente, de tal modo que lleven a una decisión judicial.

Es importante hacer notar que en algunas de las posibles redes de razonamientos que integran una sentencia judicial, podemos identificar razonamientos que han sido clasificados como, estrictamente, jurídicos. Nos referimos, por ejemplo, a aquellos razonamientos llamados *por analogía, a fortiori, a pari, a contrario, a maiore ad minus, y a minore ad maius*.⁽¹⁵⁾ Estos constituyen el eje alrededor del cual gira la controversia sobre la posibilidad o no de formalizar la argumentación jurídica en su totalidad. La existencia de razonamientos propios de la práctica jurídica ha suministrado el material para hacer pensar a unos que no es posible construir una lógica formal que capture los aspectos esenciales de esos razonamientos. Este enfoque no formalista está representado, en su mayoría, por autores que se adhieren a la llamada "Teoría de la argumentación" o a la Lógica Informal⁽¹⁶⁾ y a la posible teoría de esos razonamientos se le ha llamado también Lógica Jurídica, distinguiéndola de la Lógica Formal aplicada al Derecho. Este enfoque no ha sido, hasta el momento, es más exitoso posible y, por los resultados, pareciera ser que el enfoque formalista lleva la pauta. Inclusive, los formalistas han mostrado como formalizar algunos de esos mismos razonamientos⁽¹⁷⁾ y el desarrollo de programas de Inteligencia

(15) Para una discusión de estas formas Cf. Klug (1961) y Horowitz (1972).

(16) Para una descripción de los diversos enfoques a esta problemática, cf. Feteris (1999).

(17) Por ejemplo, en Klug (1961), Alchurrón & Bulygin (1971). Véase también, para una discusión de lo adecuado de esas formalizaciones y sobre la posibilidad misma de formalizar los argumentos jurídicos, Horowitz (1972).

Artificial aplicadas al Derecho han motivado mucho más la creación de lenguajes formales y lógicas asociadas que lograran formalizar la argumentación jurídica.⁽¹⁸⁾ Por la falta de consenso en este momento sobre la posición correcta, una discusión sobre las dos posiciones tendría que formar parte del material didáctico en un curso de Lógica para Derecho, con ciertas alusiones a los desarrollos recientes en modelación computacional de la *praxis* jurídica.

Ahora bien, las argumentaciones que se encuentran en cualquiera de cuatro sectores antes mencionados pueden ser evaluados, lógicamente, mediante los criterios deductivos, inductivos o ambos. Así, en la valoración de la prueba tratamos tanto con razonamientos que son deductivamente válidos como con una gran cantidad de razonamientos deductivamente inválidos, sumamente, importantes y que deben ser, por ello, evaluados con criterios inductivos. Es muy difícil que las diferentes pruebas den una probabilidad de un 100% a la conclusión de que cierto hecho ocurrió. Este el caso, por ejemplo, de la llamada prueba indiciaria, en donde a partir de cierto hechos particulares o descripción de ellos, el juez llega a construir cierta hipótesis, la cual tendrá cierto grado de probabilidad en relación con los hechos descritos inicialmente y a los cuales se refieren los jueces como indicios.

La cuestión central en cuanto al uso de criterios inductivos en el Derecho es el cómo y el qué debe ser introducido de las teorías lógicas relevantes para esos criterios, en el contexto de las sentencias judiciales. Hay discusiones importantes sobre el uso de la teoría de la probabilidad en las decisiones judiciales, las cuales junto con el problema de la interpretación del concepto de probabilidad y las bases filosóficas de la teoría de la decisión en relación con el Derecho tendrían que formar los fundamentos sobre los cuales se habría que definir las teorías inductivas a tratar en el curso de Lógica para la acción jurídica.⁽¹⁹⁾ Desde el punto de vista de la evaluación deductiva, la lógica matemática contemporánea proporciona diversos sistemas que permitirían llevar a cabo un análisis de ciertos razonamientos como posibles componentes de una argumentación en una sentencia judicial. Entre estos sistemas, el llamado sistema de lógica de primer orden con identidad constituye el sistema clásico con el que es posible evaluar la validez deductiva de

(18) A manera de ejemplo, véase el lenguaje en Gabbay y Woods (2003).

(19) Cf. Cohen (1998), Tribe (1998).

porciones importantes de esas argumentaciones. Claro, que por el uso de oraciones normativas en este contexto, es imprescindible usar sistemas de lógica deóntica (específicos para el derecho), junto a la lógica de primer orden. Y, por cierto, aquí no encontramos un solo sistema. Existe una pluralidad debido a que diversos principios pueden ser adoptados como axiomas deónticos que tienen su razón de ser en diferentes doctrinas filosóficas del Derecho.⁽²⁰⁾

Ahora bien, hay aspectos lógicos interesantes ligados al proceso mismo que lleva al juez a emitir y redactar una sentencia. Estos son ciertos fenómenos, algunos de ellos lingüísticos, que dificultan la labor del juez, a saber: la vaguedad de los términos, la ambigüedad en las normas, posibles contradicciones entre normas o carencias de normas. Varios sistemas de lógica simbólica o matemática han sido desarrollados en los últimos años que podrían ayudar a los jueces a lidiar con los fenómenos mencionados. Podemos mencionar aquí la Lógica difusa, la Lógica de la relevancia y la Lógica para-consistente. La primera ofrece teorías formales para razonar con términos vagos, la segunda toma el cuenta el concepto de relevancia de una información con respecto a otra y, finalmente, la segunda y la tercera permite razonar con contradicciones.

Debido a lo extenso de su correspondiente campo, no habría espacio aquí para caracterizar los diferentes sistemas formales de lógica de la relevancia, difusa o paraconsistente y discutir la aplicación de tales sistemas a contextos jurídicos. Dejamos esta labor al lector.⁽²¹⁾

3. CONSIDERACIONES FINALES

De los aspectos que tienen que ser tomados en cuenta en un curso y unidad didáctica de Lógica para las prácticas asociadas a las sentencias judiciales, hemos distinguido desde el inicio los aspectos

(20) Para sistemas lógicos deónticos para Derecho, cf. Royakkers (1998) y Puga et al. (1991).

(21) La bibliografía para cada una de las Lógicas es bastante extensa. Para iniciarse, el lector puede consultar los artículos introductorios que se encuentran en Gabbay y Guenther (1984) y Alchourrón, Méndez y Orayen (1995).

psico-cognitivos de los temáticos. Los primeros dependen de las teorías cognitivas y de los estudios experimentales sobre los procesos de inferencia y, como éstos son de desarrollo (relativamente) reciente, tendremos que esperar para tener elementos más sólidos sobre los cuales poder diseñar, de la mejor manera, los métodos para incorporar subjetivamente las temáticas mencionadas y modificar prácticas inferenciales incorrectas desde el punto de vista lógico. Así las cosas, en este sector tendremos que manejarnos por ahora de una forma, puramente intuitiva, a como se ha hecho hasta el momento.

En la parte temática, nos encontramos con una situación diferente. Podemos caracterizar, como hemos visto, en forma mucho más segura muchos de los elementos de la Lógica que tendrían que formar parte del curso o unidades didácticas mencionadas. Estos o éstas, como ya lo hemos mostrado, no pueden ser una mera proyección de un curso o un manual de introducción a la Lógica o a la Lógica simbólica. Hemos expuesto varios de los problemas lógico-filosóficos que se presentan en relación con las sentencias judiciales, los cuales muestran que tenemos que ir más allá de los temas convencionales expuestos en una iniciación a la Lógica. Por ejemplo, hemos mostrado que uno de los problemas que aleja de los temas convencionales lo constituye la cuestión de si es o no posible, en principio, formalizar todas las inferencias en el ámbito jurídico. Si no es, se tendrá que construir una Lógica no formal en donde se catalogarán de forma sistemática aquellas inferencias no formalizables y de gran importancia en la práctica del Derecho así como aquellas teorías que las fundamentan. Hicimos referencia a algunas formas de inferencia que podrían calificar para ese estatus y, por ello, tendrían que ser tratadas en el curso de Lógica jurídica.

Por otra parte, si se pudiera formalizar, en principio, todos los argumentos de la *praxis* jurídica, cabría el problema de escoger, entre los diversos sistemas de Lógica formal que existen, los más adecuados. Esto también nos alejaría de la temática convencional. Hay que tomar en cuenta la vaguedad, la inconsistencia y la modalidad del discurso jurídico y presentar los posibles sistemas de Lógica formal que lidian con esos aspectos así como mostrar el modo como pueden ser aplicados a los procesos inferenciales del ámbito jurídico.

La idea general de un curso o unidad didáctica de Lógica para el ámbito legal es la de presentar tanto lo que está consolidado como lo que está en proceso, lo que ya no es campo de debate con lo que es problemático y que constituye, obviamente, un estímulo para la

investigación en Lógica jurídica. Sólo así podremos alejarnos de la exposiciones simplistas dadas hasta en el momento en libros de texto y en muchos cursos de enseñanza de la Lógica para Derecho, las cuales presentan una imagen tergiversada de lo que son los procesos inferenciales en el campo jurídico y, en particular, en las sentencias judiciales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN, Carlos (2000). *Lecciones de lógica jurídica*. Editorial MAD, Sevilla.
- ALCHOURRÓN, Carlos & Bulygin Eugenio (1971). *Normative Systems*, Springer Verlag, New York-Viena.
- ALCHOURRÓN, Carlos & Bulygin Eugenio (1991). *Análisis lógico y Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ALCHOURRÓN, C., Méndez, J., Orayen R.(compiladores) (1995). *Lógica*. Vol. 7, *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Editorial Trotta, Madrid.
- ARROYO J.M. y RODRÍGUEZ A. (2002). *Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal*. Editorial Jurídica Continental.
- BOBBIO, Norberto (1965). *Derecho y Lógica*. Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México.
- BREWER, S. (compilador) (1998). *The Philosophy of Legal Reasoning, A Collection of Essays by Philosophers and Legal Scholars*. Garland Publishing, Inc., New York-Londres.
- FETERIS, Eveline (1999). *Fundamentals of Legal Argumentation, A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht.
- FODOR, J. (1975). *The Language of Thought*. Crowell.
- GABBAY, D. y WOODS, J. (2003). "The Law of Evidence and Labelled Deduction: a position paper", en F-News, *the newsletter for Philosophical Logic and its applications*, Vol. 4.
- GABBAY D. y GUENTHNER F. (1984). *Handbook of Philosophical Logic, Vol. II-IV*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht.
- HANSEN, H. y PINTO, R. (compiladores) (1995). *Fallacies*. Penn State P., Pennsylvania.

- HOLLAND, J.; HOLYOAK, K.; NISBETT, R.; Thagard, P. (1986). *Induction, Processes of Inference, Learning and Discovery*. MIT Press, Cambridge, Mass.
- HOROWITZ, J. (1972). *Law and Logic*. Springer Verlag, New York-Viena.
- JOHNSON-LAIRD (1983). *Mental Models*. Harvard U.P., Cambridge, Mass.
- JOHNSON-LAIRD (1991). *Deduction*. Erlbaum.
- KLUG, U. (1961). *Lógica Jurídica*. Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela.
- PERELMAN, Ch. (1979). *La Lógica jurídica y la nueva retórica*. Editorial Civitas, Madrid.
- PRAKKEN, H.; VREESWIJK, G (2001). "Logics for defeasible argumentation", en D. Gabbay y F.Guenther (comps.), *Handbook of Philosophical Logic*. 2da. Edición, Vol. 4, págs. 219-318, Kluwer Academic Publishers, Holanda.
- PUGA, L, NEWTON, C.A. da Costa, Vernengo R. (1991). "Lógicas normativas, moral y derecho". *Crítica*. Vol. XXIII, No. 69.
- RIPS, Lance (1994). *The Psychology of Proof*. MIT Press, Cambridge Mass.
- RODES, R. y POSPESEL, H. (1997). *Premises and Conclusions, Symbolic Logic for Legal Analysis*. Prentice Hall, New Jersey.
- ROYAKKERS, L.M. (1998). *Extending Deontic Logic for the Formalisation of Legal Rules*. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht-Londres-Boston.
- TAMMELO, Ilmar (1978). *Modern Logic in the Service of Law*. Springer Verlag, New York-Viena.

CHÁVEZ: El Endoso

EL ENDOSO

Lic. Héctor Chávez Carmona
Abogado costarricense

(Recibido 14/01/04; aceptado 13/06/05)

RESUMEN:

Nuestra legislación es imperfecta a la hora de regular el endoso.

Se hacen diferencias entre el endoso y la cesión.

Palabras clave: Endoso, título de crédito, letra de cambio, cesión.

ABSTRACT:

Our legislation is imperfect when regulating the endorsement.

They are differences made between endorsement and cession.

Key words: Endorsement, credit instrument, sight bill of exchange, cession.

SUMARIO:

Introducción

1. Historia
2. Función económica del endoso, y su ligamen con los títulos nominativos y títulos a la orden
3. Diferencias entre la cesión y el endoso
4. Concepto y características del endoso
5. Diferentes tipos de endosos

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo arranca con un estudio histórico de la figura del endoso, seguido del análisis de la figura dentro del ámbito económico y jurídico. Con relación a este último punto, se tocará su manera de funcionamiento en los títulos nominativos y a la orden fundamentalmente.

Como aspecto importante, se toca una sección relativa a las diferencias que tiene el endoso con otra figura usual de transmisión de derechos; sea la cesión ordinaria de origen civil. De allí se pasará al concepto y características que presenta el instituto en estudio.

Por último, se analizarán los distintos tipos de endosos con particular énfasis, en el endoso en garantía.

1. HISTORIA

La institución del endoso se remonta a fines del siglo XVI, discutiéndose si tuvo su origen en Francia o en Italia.⁽¹⁾ Y se llamó así, porque es una constancia que debe hacerse constar al dorso del documento (*in dorsum*). He ahí su etimología también.

La primera regulación del endoso de orden legislativo aparece en la ordenanza francesa de 1673, y a partir de entonces se va incorporando a otros ordenamientos jurídicos positivos.⁽²⁾

Se considera que el acontecimiento más importante en la historia de la Letra de Cambio fue la invención del endoso. Hasta el siglo XVII la letra se libraba solamente a favor de una persona nominativamente designada. Más las necesidades del tráfico exigían que la letra fuese empleada como medio de pago, no sólo entre los mismos contratantes, sino, además, entre los extraños al primitivo contrato. La letra pasa a convertirse en instrumento de crédito más allá de su originaria función

(1) Malagarriga, Carlos. *Tratado Elemental de Deecho Comercial*. Buenos Aires, Argentina, 1963. Tomo II, pág. 590.

(2) Legón, Fernando A. *Letra de Cambio y Pagaré*. Buenos Aires, Argentina, 1995, 430 págs.

de pago en el contrato de cambio, gracias a la posibilidad de sustitución del acreedor primitivo. El valor que representa la letra se pone en circulación mediante el **endoso**. La letra deja entonces de ser medio de pago entre los contratantes y se convierte en medio de pago entre los extraños al primitivo contrato. La cláusula de endoso nace en la historia de los títulos a la orden para facilitar el empleo de los títulos nominativos por medio de representantes y sucesores.⁽³⁾ endoso permite al remitente ceder el crédito cambiario o nombrar un mandatario para su cobranza (art. 700 y 701 del Código de Comercio). Este nombramiento se realiza mediante una cláusula en la letra, que se escribe primero en el anverso y después al dorso (endoso). Originariamente, la cláusula de transmisión se limitaba a crear una presunción de mandato a favor del poseedor del título con facultades para comparecer en juicio (*procurator*, en sentido romano). Por tanto, en representación ajena y expuesta a todas las excepciones oponibles al poderdante. De esta forma el endoso aparece como una nueva delegación en la cual el beneficiario juega, a su turno, el rol de delegante y el nuevo portador asume el carácter de delegado. Se complementaba esta doctrina señalando que el librado habría aceptado de antemano al nuevo acreedor.⁽⁴⁾ Así pues, para que la letra de cambio pudiera cumplir sus fines era necesario dotar al adquirente (endosatario) de una posición independiente, haciendo su crédito autónomo e invulnerable a las excepciones oponibles a los poseedores precedentes, con lo cual –tal y como lo profundizaremos más adelante– la cesión de créditos como la idea del endoso como una nueva delegación, fueron reemplazadas en el proceso de circulación de los bienes y derechos por los títulos de crédito.

Con la posibilidad del endoso, la letra escapa de las ferias y, consiguientemente, de la dominación de los banqueros. De aquí la oposición de éstos a la multiplicidad de los endosos. Primeramente se permite sólo un único endoso y se restringe, además, por la exigencia de forma notarial. Para eludir esta traba, los comerciantes inventan el endoso en blanco, que permite la circulación de la letra como un título al portador. Después se permite un número limitado de endosos y, finalmente, siguiendo el ejemplo de Francia, se admite el número ilimitado de endosos. Esta libre transmisibilidad de la letra por consecuencia

(3) Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa, S.A. México, pág. 767.

(4) Sandoval López, Ricardo. *Manual de Derecho Comercial*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, pág. 94.

de endosos múltiples completa su carácter escriturario, principalmente el de la aceptación, ya que una aceptación oral no podría ser suficiente para la seguridad de los terceros adquirentes de la letra.

La historia del Derecho Cambiario, según nos enseña el profesor Garrigues, puede dividirse en dos grandes períodos: **en el primero** que llega hasta el año 1848, la letra no es más que el documento relativo a un contrato (originariamente de cambio), al cual se incorpora una relación de delegación o de mandato; **en el segundo**, al admitirse el endoso y reconocerse el derecho autónomo del endosatario, la letra se configura como un título de crédito a la orden de carácter especialísimo, dotado de un extraordinario rigor, que refuerza la posición autónoma del acreedor cambiario frente al suscriptor de la letra.⁽⁵⁾

2. FUNCIÓN ECONÓMICA DEL ENDOSO, Y SU LIGAMEN CON LOS TÍTULOS NOMINATIVOS Y TÍTULOS A LA ORDEN

El endoso, según veíamos, produjo profundos efectos en la estructura económico-jurídica de la letra de cambio, permitiendo la llamada internacionalización de la letra de cambio. No ha de olvidarse que fue el ingenio del comerciante, el que inventó esta figura.

Es también importante destacar, la función económica que cumple el endoso en los títulos de crédito a la orden. En efecto, el beneficiario o portador de una letra de cambio puede hacer circular la orden o promesa de pago contenida o incorporada al documento mediante el endoso.⁽⁶⁾ De esta suerte, como la letra se adquiere por su valor nominal, hoy incluso reajutable y con intereses, en razón de las garantías que recubren su pago, un comerciante puede, en consecuencia, pagar a sus acreedores endosando el documento sin necesidad de recurrir al dinero efectivo o a otros títulos de crédito. Puede también, gracias a la circulación del título por el endoso, transferir la promesa de pago que el documento contiene, generalmente librada a una fecha futura, a un Banco, que estará dispuesto a cambiar ese valor diferido por uno presente, aplicando un interés o cobrando una remuneración por esta operación llamada descuento.

Como se aprecia, el endoso, junto con permitir jurídicamente la transferencia del título, facilita la circulación del crédito incorporado en

(5) Garrigues, Joaquín. *Op. cit.*, pág. 769.

él, lo que en definitiva acelera la circulación evitando la repetición de los pagos. Otro tanto ocurre cuando el título contiene una prestación consistente en la entrega de determinadas mercaderías: carta de porte, conocimiento de embarque, certificados warrants, etc., y es emitido a la orden: el endoso permite al portador legítimo reclamar las mercaderías, o continuar haciéndolas circular sin desplazamiento físico de las mismas con un nuevo endoso.⁽⁷⁾

El endoso permite la transmisibilidad tanto de los títulos nominativos, como de los títulos a la orden. En los primeros, el art. 688 determina que éstos serán “transmisibles por endoso nominativo e inscripción en el registro del emisor”. Como se observa, solo en estos títulos está perfectamente separado los momentos de la circulación del título, y el ejercicio del derecho contenido en él. Así pues, si no se registra ese traspaso, un endosatario legítimo no estará legitimado para ejercitar el derecho contenido en el título. Incluso es posible que se den muchos traspasos sucesivos y no se cambie el Registro (lo cual suele ocurrir en los mercados altamente especulativos como los bursátiles).

En los otros títulos aludidos, el endoso funciona mediante la cláusula “a la orden”, por la cual el girado debe pagar la suma consignada en la letra de cambio, cheque o el título que sea, no al tomador como tal, sino a su orden. En otras palabras debe pagar al tomador, o a la persona designada por éste en vez suyo.^{(8), (9)}. Esta

(6) Tal y como veíamos en las clases de Títulos Valores en el mismo Posgrado de Derecho Comercial que origina este Trabajo, una vez que la Letra de Cambio es aceptada pasa de ser una Orden a una Promesa de pago.

(7) Sandoval López, Ricardo, *op. cit.*, pág. 96.

(8) Legón, Fernando. *Op. cit.*, pág. 76.

(9) Resulta importante aquí rescatar la definición de títulos a la orden que establecen los autores Hueck y Canaris, al respecto dicen: “Estamos en presencia de un título a la orden cuando el librador del mismo promete una prestación a una persona determinada o a la que ésta designe como acreedor por medio de endoso. Prometer la prestación –al señor A– o –a la orden de A– significa que la prestación ha de efectuarse a A, pero que A puede designar a otro, B, como titular (dar orden de que la prestación se efectúe a B) al cual transmite todos los derechos”. Para empatar lo anterior con el endoso, continúan dichos autores

premisa la recoge nuestro Código de Comercio en sus artículos 693 y 738; mediante los cuales se establece no solo la presunción que la letra de cambio y el cheque son títulos a la orden, sino adicionalmente, que el mecanismo normal de transmisión del derecho contenido en el título es a través del endoso.⁽¹⁰⁾ El primero de ellos define a los títulos a la orden como: "...aquellos que se expiden a favor de una persona o a su orden". El art. 694 del mismo Cuerpo legal, **impone** que los títulos a la orden sean transmisibles por endoso, y de no ser así, el art. 703 elimina la posibilidad de que la transmisión efectuada se haya hecho bajo los efectos de éste; sino más bien por los de una cesión.⁽¹¹⁾ En el mismo sentido, la norma específica relativa a las Letras de Cambio (art. 738 párrafo segundo) establece una regulación igual pero con otras palabras, al expresar que sí el librador escribe en la Letra las palabras "no a la orden", el título se transmitirá con los efectos de una cesión ordinaria, con lo cual se refuerza la interpretación del art. 694 en el sentido que la circulación propia de los títulos a la orden es el endoso⁽¹²⁾, ⁽¹³⁾. Veamos a continuación cuáles son las diferencias entre la transmisión por endoso y la transmisión por cesión.

mencionando: "Por endoso se entiende una anotación en el título que realiza el titular del mismo mediante la cual declara que la prestación ha de efectuarse a otra persona. El librador promete realizar la prestación -a A o a la orden de A-. A pone sobre el título, cuando desee transmitirlo, la anotación -páguese a la orden de B-. Con ello y la entrega del título, se transmite a B el derecho incorporado".- Hueck, Alfred; Canaris, Claus-Wilhelm). *Derechos de los Títulos Valor*. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1988, p. 30.

- (10) Lo expuesto resulta prudente concordarlo con los arts. 803 y 805 del Código de Comercio, relativos a normas específicas del cheque.
- (11) Interesante ver como el artículo aludido establece de manera indirecta una salvaguarda al Principio de la Libertad Contractual
- (12) Pareciera lo correcto interpretar que cuando se está, en presencia de una cláusula de "no a la orden", no existe la intención de emitir un título valor que sea a la orden, por lo que sus efectos son los de la cesión ordinaria al no existir claramente una intención de obligarse cartularmente. De allí que simplemente deberá el título considerarse documento mercantil cobrable en la vía monitoria y no ejecutiva. Certad Maroto, Gastón. *Apuntes de lecciones impartidas por el Doctor en la U.C.R.*, 1994. Puntualmente la jurisprudencia ha dicho al respecto "No existe la Letra al Portador en nuestro ordenamiento jurídico. La cláusula no a la orden desnaturaliza el documento como título valor convirtiéndolo en un

3. DIFERENCIAS ENTRE LA CESIÓN Y EL ENDOSO

Nos enseña el profesor mexicano Roberto Mantilla,⁽¹⁴⁾ que los inconvenientes de la cesión de derechos fueron superados en una etapa temprana de la evolución del derecho cambiario, por una institución propia, creada por los usos de los comerciantes, y recogida en la actualidad en todas las legislaciones mundiales.

Puntualmente encontramos las siguientes diferencias entre ambos institutos:

- 1) En el endoso la transferencia del documento a la orden opera por el simple hecho del escrito puesto al dorso y firmado por el endosante. No requiere como la cesión ordinaria de la notificación o de la aceptación del deudor cedido (art 1104 del Código Civil);
- 2) La segunda diferencia es en cuanto a la responsabilidad de los endosantes, y resulta menester detenerse un tanto por cuanto existe una parcial disparidad entre lo que señala la doctrina y lo que al respecto tiene regulado nuestro Código de Comercio. Así las cosas, la doctrina señala que quien transfiere un documento cambiario a la orden, por endoso, queda obligado solidariamente a su pago con lo cual se logra mitigar la eventual insolvencia del deudor, sin embargo, esta disposición encuentra freno en nuestra legislación, al disponer como regla el art. 699 del Código de Comercio que *“Salvo disposición legal o cláusula en contrario, el endosante no garantiza el pago...”*. Sin embargo, es justo acotar

documento de origen civil”. *Tribunal Superior Primero Civil*, No. 931, 7:45 del 19 de junio de 1984.

- (13) Es prudente aquí hacer una cita de la jurisprudencia en donde no se establece una cláusula “no a la orden”, ni tampoco se puede considerar una equivalente a ésta, siguiendo el enunciado del párrafo 2 del art. 738, nos referimos a la cláusula “no transferible”, según la cual no solo se desnaturalizaría el carácter cambiario de la letra, sino que además coarta completamente cualquier posibilidad de transmisión del documento que se trate. Al respecto Tribunal Superior Primero Civil No. 917 - R. de las 7:30 horas del 27 de septiembre de 1996.
- (14) Mantilla Molina, Roberto L. *Títulos de Crédito Cambiarios*. Editorial Porrúa, S.A. 1ª edición, 1977, México, pág. 55.

que tal norma es invertida para el caso concreto de las letras de cambio, las cuales cuentan con su propia normativa especial, y al respecto el art. 742, párrafo primero, indica que “*Salvo cláusula en contraño, el endosante garantiza la aceptación y el pago.*” (en igual sentido el art. 787 del Código de Comercio). De la anterior comparación, salta la duda si con relación a la norma genérica para los títulos a la orden ya transcrita del artículo 699, el endosante garantiza o no la aceptación (que no se menciona en el texto del artículo) para los demás títulos a la orden que no sean la Letra de Cambio. Claro está, la aclaración viene dada en el sentido que al ser la “aceptación” una figura propia de la relación tripartita existente en la Letra de Cambio, no se puede hablar que el endosante la garantice en otros tipos de títulos a la orden. Adicionalmente, en cuanto al tema del pago, nótese cómo el mismo Código aparta también mediante normas específicas, al Pagaré (artículo 802, incisos a y c), y al Cheque (artículo 815) de la norma genérica del artículo 699.

Sin embargo, sí resulta importante cuestionarse, qué pasaría en el caso de una Letra de Cambio que acoja parcialmente el enunciado a la regla establecida en el párrafo primero del artículo 742. Tal caso nos llevaría a dos hipótesis, la **primera** en donde se garantizaría sólo el pago y no la aceptación, en cuyo caso no tendría importancia el que no se haya garantizado la aceptación puesto que ésta es sólo un instrumento que busca el tenedor (y el librador) del título para alcanzar un objetivo, cual es la satisfacción pecuniaria que ya se ha respaldado directamente con la garantía de pago. En la **segunda** hipótesis, tendríamos con que se garantiza sólo la aceptación pero no el pago. Así pues, si el librado acepta la letra pero no la paga, el endosante quedaría librado de un pago que él nunca garantizó, pero si el librado no acepta ni paga la Letra que ha sido garantizada sólo en su aceptación, pues entonces la responsabilidad del endosante sería total con relación al pago de la misma, por cuanto no podría éste argüir que él no garantizó el pago sino sólo la aceptación y quedar así burdamente fuera de responsabilidad.

Para el caso de la sesión ordinaria, la regla es que el cedente de un crédito solo responde de la simple existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la cesión, sin garantizar de modo alguno que el deudor vaya a contar con la suficiente solvencia para hacerle frente al crédito cedido. Lo anterior viene claramente regulado por los artículos 1113 y 1114 del Código Civil.

- 3) La cesión ordinaria es una forma de tradición del título, y el cedente no puede transferir más derechos que los que tiene. Siendo esto así, el deudor cedido puede oponer al cesionario las excepciones personales que tenía contra el cedente, todo lo anterior de conformidad con el art. 1111 del Código Civil. En la transferencia de un título de crédito a la orden mediante el endoso, el adquirente obtiene un derecho nuevo, que nace en él mismo, porque la tradición es originaria y no derivativa, desvinculado de la relación fundamental y de la persona que se lo transfirió. En consecuencia, el deudor cedido de un crédito por endoso no puede oponer al endosatario las defensas o excepciones que tenía contra el endosante (salvo en el caso de la *exceptio doti*, regulada en el artículo 668 del Código de Comercio). Esta característica de los títulos transmitidos por endoso, pone de manifiesto el principio de la Autonomía de los Títulos Valores, claramente regulado en el 668 de nuestro Código de Comercio, y que también de alguna manera se materializa en el artículo 705 del mismo Código al impedirle la facultad, al que paga un título a la orden, de poder exigir a su acreedor la autenticidad de los endosos constantes en el título, y más bien imponerle la obligación de verificar la identidad de la persona que presenta el título como último tenedor, más la cadena sucesiva ininterrumpida de endosos. Es este el principio de legitimación activa en materia de títulos a la orden. Una vez más, con esto se palpa el carácter originario y no derivado de los títulos transmitidos por endoso.

Los anteriores apuntes relativos a las diferencias entre el endoso y la cesión, tienen efectos prácticos al aplicar los artículos 704 y 745 del Código de Comercio, según los cuales “el endoso” posterior al vencimiento del título, o posterior al protesto por falta de pago, sea para los títulos a la orden o la letra de cambio en particular, respectivamente, se tiene como una cesión. Nótese en ambos casos la escasa técnica utilizada en la redacción de esos artículos, al referirse al hecho que al endosar bajo las circunstancias descritas no será un endoso lo producido.

Cabría preguntarse con relación al primer párrafo del art. 745 qué ocurre cuando se ha renunciado al protesto por falta de pago y aparece en el título un endoso sin fecha. La misma norma mencionada en su párrafo segundo, dice que un endoso sin fecha se presume hecho antes de terminar el plazo fijado para hacer el protesto (plazo fijado en el párrafo 4to del artículo 776), con lo cual se enuncia un principio a favor *creditoris*.

IV. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL ENDOSO

Con lo visto hasta ahora, se puede ensayar ya una definición del endoso. Siguiendo a De Semo Giorgio⁽¹⁵⁾ poríamos decir que es una “declaración cambiaria unilateral y accesoria que se perfecciona con la entrega del título, incondicionada, integral, asimilable a una nueva letra de cambio, que tiene por objeto transmitir la posesión del título, de la cual el adquirente obtiene sus propios derechos autónomos; y que vincula solidariamente con los demás deudores al endosante, respecto de la aceptación y del pago”. Si nos apegamos a Messineo⁽¹⁶⁾ la definición deberá ser “negocio jurídico unilateral, que contiene una orden de pago dirigida al deudor cambiario; y una orden abstracta (porque no alude ni enuncia la razón de la orden misma), de la cual se beneficia el endosatario inmediato o un endosatario ulterior. Más recientemente, Zavala Rodríguez Carlos Juan, nos dice que el endoso es “una cláusula accesoria inserta en la letra de cambio inseparable de ella, por la cual el acreedor cambiario designa otro acreedor en su lugar”, y por último Fernández Raymundo establece que es aquel “acto jurídico unilateral de naturaleza cambiaria que transfiere al endosatario la propiedad del título y con él el crédito que que menciona, confiriéndose un derecho abstracto, literal, original y autónomo, y convirtiendo en deudor al endosante al constituirlo en garante de la aceptación y el pago”.⁽¹⁷⁾

Las principales características del endoso son las siguientes:

- a) *Es accesorio*: en cuanto a que está supeditado a la existencia de la letra de cambio o de cualquier otro título de crédito a la orden. El endoso no existe por sí solo sino cuando se ha creado un título (acto principal) al cual sirve como vehículo de transferencia (acto accesorio); esto de conformidad con el art. 695 del Código de Comercio, el cual establece: “*El endoso debe constar en el título o en hoja adberida a él de manera fija*”.

(15) De Semo, Giorgio. *Diritto cambiario*. Milán, 1953, pág. 394, citado por Legón, Fernando A., *op. cit.*, pág. 77.

(16) Messineo, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Sentís Melendo, 1955. Buenos Aires. Tomo VI, págs. 242 y ss., citado por Legón, Fernando A., *op. cit.*, pág. 77.

(17) Los dos últimos autores mencionados son citados por Legón, Fernando A., *op. cit.*, p. 77.

- b) *Es solemne*: toda vez que se trata de un acto escrito, que lleva la firma o impresión digital del endosante, puesta al dorso del documento en apego al Principio de literalidad.
- c) *No condicionado*: porque su existencia no puede sujetarse a condición pero sí en cuanto a alguno de sus efectos. Así por ejemplo, el endosante puede exonerarse de la garantía de aceptación o de pago o bien de ambas⁽¹⁸⁾ art. 699 y 742 del Código de Comercio); puede asimismo agregar a su endoso la mención “no endosable” (art. 742 párrafo segundo).⁽¹⁹⁾ El carácter no condicional del endoso en lo relativo a su existencia, es la esencia de este acto jurídico que facilita la circulación de los créditos. Al respecto el artículo 698 del Código de Comercio dicta que el “*endoso traslativo de dominio debe ser puro y simple. Toda condición a la cual se subordine, se tendrá por no escrita*”.
- d) *Debe ser total*: por cuanto el endoso parcial no produce efecto alguno. Así lo expresa la última parte del artículo 698 del Código de Comercio.
- e) *No aplica la confusión*: –técnicamente hablando– que se podría generar en materia de obligaciones tanto civiles como mercantiles. Lo anterior con relación al tercer párrafo del artículo 738 del Código de Comercio, en donde encontramos una excepción a la regla que determina la extinción de las obligaciones cuando en un solo sujeto se reúnen las mismas condiciones de acreedor y deudor a la vez. Así pues, por ejemplo el librado puede llegar a ser el beneficiario de un endoso, o mejor dicho, el endosatario, y ello no necesariamente implicará que la obligación se extinguirá, ya que la misma ley da la posibilidad que se vuelva a endosar el título, aunque si quiere también lo destruye; claro está. Otra hipótesis que refleja lo expuesto, es cuando el librado

(18) Sandoval López, Ricardo, *op. cit.*, pág. 77.

(19) Ante el segundo párrafo del art. 742 surge la pregunta hasta qué punto pueden los particulares limitar la circulación del título valor, si se pone una leyenda en el título relativa a la prohibición de su endoso. En todo caso, ello debería interpretarse como endosado sin responsabilidad para el endosante, pero no obsta para que el que reciba pueda volver a endosar sin que la leyenda puesta por el anterior tenedor haya tenido algún efecto en la circulación del título.

—siendo una persona distinta del librador al momento de la emisión del título —no acepta la obligación, aquí el obligado directo pasaría a ser el librador, a quien también puede llegarle por endoso la letra, y éste a su vez la puede volver a endosar.

No estaría de más mencionar en esta sección, relativa al concepto y a las características del endoso, tres circunstancias que nuestra jurisprudencia ha señalado como necesarias para la eficacia de éste: a) que exista un tráfico en sentido económico, es decir que el transmitente y el adquirente sean personas distintas y autónomas en el orden material de sus intereses,⁽²⁰⁾ lo cual implica pertenecer a distintos grupos de interés económico; b) que ese tráfico sea cambiario, es decir que se haga conforme a las reglas de tradición de estos títulos; y c) que ese tráfico sea oneroso, es decir, que sea producto de una transferencia que proporciona el transmitente al adquirente, una utilidad o ventaja patrimonial...”.⁽²¹⁾

V. DIFERENTES TIPOS DE ENDOSOS

La doctrina distingue básicamente dos tipos de endosos los cuales acogemos en este ensayo. Los primeros son: a) los traslativos de dominio, y los otros son: b) los no traslativos de dominio.

- a) *Endosos traslativos de dominio*: El efecto principal producido por este tipo de endosos, es el cambio en la legitimación o titularidad del documento. En nuestra legislación se hace alusión directa a este tipo de endosos en los artículos 673, 698 y 741, de los cuales resulta importante destacar el hecho que el endoso se presume de este tipo, es decir traslativo del dominio (tanto de la

(20) Este punto se puede complementar a su vez con otra jurisprudencia patria en el sentido que cuando el endosatario recibe el título bajo la condición o calidad de ser representante del endosante también, allí ha existido una circulación con simulación (dolosa) en perjuicio del deudor sancionada por el artículo 668 del Código de Comercio (“exceptio doli”), por lo que son oponibles al endosatario las excepciones que cabían contra acreedor original, rompiéndose con ello el principio de autonomía cambiaria. Tribunal Primero Civil No. 782-M de las 7.40 hrs del 11 de junio de 1999.

(21) Tribunal Primero Civil No. 1212-M de las 7.40 hrs del 23 de agosto del 2000.

obligación principal como de los accesorios), siempre; salvo pacto en contrario. Otra característica importante que recogen los títulos que contienen este tipo de endoso es el de su no condicionalidad, tal y como ya lo viéramos en sus características generales. Lo mismo ocurre con la figura de la “aceptación” de la cambial, la cual no puede ser condicionada. Interpretamos que ello le restaría de alguna manera la circulación deseada al título; por su pérdida de atractivo. Sin embargo, es justo acotar con relación a lo expresado por la doctrina,⁽²²⁾ que en nuestro sistema cambiario, no se alcanza toda la magnitud que se quisiera al transmitir el dominio de una letra de cambio, aún y cuando dicha transmisión no deba ser condicionada. Ese alcance no se logra por el impedimento que implican las ya citadas normas 699 y 742 de nuestro Código de Comercio, ya que de alguna manera se permite legalmente el debilitamiento del crédito al autorizar al endosante no garantizar el pago; contrario a lo que la mayoría de la doctrina señala al respecto. Seguidamente hacemos una subclasificación de los endosos traslativos de dominio, la cual obedece sobre todo a razones formales:

- a.i) *Endoso nominativo*: en este tipo de endoso aparte de la firma del endosante debe aparecer la firma del endosatario también.
- a.ii) *Endoso en blanco*: en este no aparece firma del endosatario y solo aparece firma del endosante. Nuestros artículos 696 y 741 párrafo segundo, regulan las distintas posibilidades que puede hacer el tenedor de un título cuando este le llega endosado en blanco. Veamos cuáles serían, según el artículo 741: **a-** llenar el blanco, sea con su nombre o con el de otra persona, **b-** endosar nuevamente la letra en blanco o a otra persona, y **c-** entregar la letra a un tercero, sin llenar el blanco y sin endosarla. A nuestro entender la diferencia entre el **b** y **c**, es que en la primera conlleva la responsabilidad del endosante (en caso que no se haya hecho la salvedad referida en el 742), y en el segundo caso, no tendrá responsabilidad frente al ulterior tenedor quien ha adquirido la cambial sin el valor agregado del endoso del último tenedor del título. Así pues, el endoso en blanco tiene la virtud de que a decisión del

(22) Guyenot, Jean. *Curso de Derecho Comercial*. Volumen II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1975, p. 54.

tenedor del documento se convertirá la ley de circulación del título de endoso a entrega. Se puede transmitir (entre otras formas) por simple entrega lo cual hace que el título circula como al portador hasta que se le ponga un endoso nominativo, sin embargo, siempre conserva su naturaleza de ser a la orden. A manera de conclusión las alternativas **a** y **b** del endoso en blanco representan la circulación propia del endoso, siendo impropia la **c**.

b) *Endosos no traslativos de dominio*: Son figuras a la transmisión del dominio, también conocidos como endosos con efectos limitados. Encontramos dos tipos:

b.1) *Endoso en procuración o por poder*: Es el endoso por el cual el portador de una letra transfiere la posesión de su título a una persona denominada, con mandato (procuración) de percibir el pago de la misma en su nombre y por su cuenta (es decir actúa a nombre y por cuenta ajena). Dicho de otro modo, el endosatario actúa en calidad de mandatario del endosante, el cual conserva todos los derechos sobre el título respecto del librado o de los garantes del pago, en caso de incumplimiento de estos últimos.⁽²³⁾ Importante es señalar también como bajo esta figura, el endosatario puede bajo título de mandato, ejercer “*todos los derechos inherentes al título*” (art. 700 párrafo I), de modo que puede pedir el pago al librado o accionar contra los garantes del pago. Mas en su calidad de mandatario debe rendir cuentas al endosante de lo que ha cobrado por él, en caso de que no hubiese accionado en pago dentro de los plazos, queda comprometida su responsabilidad. Sin embargo, la amplitud de facultades otorgadas por la primera parte del art. 700 y del art. 701, son restringidas por la segunda parte de este último artículo en cuanto desautoriza al endosatario-mandatario a endosar, gravar o de cualquier forma traspasar el documento; con una única excepción que veremos más adelante para los endosos para el cobro. Se logra distinguir dentro de nuestra legislación, dos tipos de endoso en procuración:

(23) Guyenot, Jean. *Op. cit.*, pág. 56.

- b.i.i) *Para el cobro extra-judicial*: identificable sus regulaciones en el primer, tercer y cuarto párrafo del art. 700 ya mencionado. Así pues, se autoriza a este endosatario para el cobro extra-judicial, realizar un único endoso adicional para el cobro judicial. La muerte e incapacidad sobreviniente del endosante no serán causales para extinguir el crédito, ni las facultades cobratorias del endosatario. La interpretación correcta del párrafo tercero del artículo mencionado es que al no haber transmisión en el documento, el endosatario es como si fuera el endosante. Para esta modalidad son aplicables los artículos del mandato mercantil, que al no ser uno típico, debemos remitimos a la normativa sobre los factores, en donde se regula analógicamente lo relativo al contrato de mandato mercantil, y particularmente nos interesa aquí concordar el art. 321 con el párrafo 4 del art. 700.
- b.i.ii) *Para el cobro judicial*: El párrafo 2 del art 700 impone como requisito personal, *sine qua non*, para el endosatario de esta modalidad que sea un profesional en derecho. La jurisprudencia ha equiparado esta modalidad de endoso al poder especial judicial.⁽²⁴⁾
- b.ii) *Endoso en garantía*: Primero que todo es importante distinguir la función de garantía que cumple en algunas ocasiones el endosante frente al endosatario y subsiguientes tenedores (art. 742), de la figura propiamente dicha del endoso en garantía. El endoso en garantía tiene como particularidad que no sirve para transmitir la letra, sino que únicamente se recoge en el título con la finalidad de crear la responsabilidad del endosante y aumentar así el crédito de la letra. En este caso, y según la voluntad de las partes, el endoso no pretende tener función de transporte, sino únicamente la función de garantía. Así cumple en amplia medida, la misma función que el aval. Sin embargo, es importante hacer la diferencia aquí que el avalista responde frente a endosantes tantos posteriores como anteriores a él, es decir responde en los mismos términos que el librado una vez que éste ha aceptado;

(24) Tribunal Superior Primero Civil No. 515-E, de las 8.10 hrs del 21 de marzo del 2000.

claro está.⁽²⁵⁾ Mientras que el endosante en garantía no responde frente a los endosantes anteriores a él. Así pues, el endoso en garantía es aquel por el cual el portador de una letra la entrega en garantía para procurarse un adelanto de fondos, conservando los derechos incorporados al título. Es menester tener presente, cómo los títulos valores son susceptibles de ser pignorados, por ser bienes muebles, y porque son embargables ya que la ley no dispone otra cosa (art. 532 del Código de Comercio). El art. 533 inc. i) marca esta posibilidad en refuerzo de las reglas sobre el endoso en garantía contempladas al final del art. 700. Nótese como es requisito de validez según el art. 533 la entrega del título pignorado al acreedor pignoraticio para que se constituya válidamente la garantía. En cuanto a los vencimientos, si el título a la orden vence antes que la obligación gaantizada, el endosatario (acreedor pignoraticio) podrá percibir principal e intereses, de común acuerdo con el deudor pignoraticio, y liquidar con éste la cuenta respectiva. Eso sí el librado paga, y sino lo hace, nos enfrentaremos al problema que para ejecutar el título (en un juicio ejecutivo simple) el endosante en garantía necesitará el título original para presentarlo ante los juzgados respectivos, y el mismo se encontrará priorvisionalmente en “posición” del acreedor pignoraticio, quien a su vez lo necesitará si el endosante o garante no cumple con el pago previsto, al que se comprometió hacer en un momento posterior al vencimiento propio del título valor. La solución a este problema estaría dada si previa demostración de la situación fáctica aludida, el juez de turno aceptará una copia certificada del título valor para ejecutar el mismo, la cual obligada a facilitar el endosatario en garantía; al endosante.⁽²⁶⁾ Ahora bien, el otro supuesto se daría cuando los títulos dados en prenda tuvieran una fecha de vencimiento posterior a la fecha en que es exigible la obligación garantizada. Por lo tanto, cuando no se cubre esta última habrá de procederse a la realización o

(25) Hueck, Alfred; Canaris, Claus-Wilhelm, *op. cit.*, pág. 121.

(26) Disposiciones similares ya fueron previstas por nuestro legislador en los casos de pago parcial de una Letra de Cambio (art. 791 C. Com.), y de un cheque (art. 816 C. Com.).

remate de la prenda, conforme a las reglas respectivas. Quedaría salvado también en este caso el derecho que le subsistiría al endosante ejecutado prendariamente, de obtener en el momento de vencimiento del título valor una copia certificada de éste para efecto de permitirle sus acciones en contra del librado aceptante que no le hizo frente a la obligación; si ese fuera el caso. Así pues, el principio a seguir es que el portador entrega el título en garantía al prestamista, reservándose los derechos sobre la letra: la recuperará en el momento del reembolso por él efectuado oportunamente. Por último, pareciera que el último párrafo del art. 700 que aplica el principio de autonomía activa, en concordancia con la regla general en materias de excepciones establecida en el art. 668, según la cual el deudor solo puede oponer excepciones que quepan directamente contra el poseedor del título, es equivocado, por cuanto en la modalidad de endoso bajo estudio, no opera la transmisión del dominio para lo cual fue creada la regla general contenida en el art. 668.

Nos planteamos ahora el problema práctico de si un cheque bancario certificado puede o no ser endosado en garantía, no existe disposición contraria al efecto en el Código de Comercio. Más bien el art. 701 autoriza de manera genérica en todos los endosos no traslativos del dominio, para que el endosatario realice todas las gestiones cobratorias que sean necesarias. Claro está, por remisión al art. 742 el emisor podría prohibir un endoso previamente, lo cual habría que respetar en virtud del principio de literalidad.

CONCLUSIONES

Una particularidad de los títulos valores, desde sus orígenes, fue que estos debían circular. Con ello se evitaba, por un lado un engorroso e innecesario tránsito de dinero, y por otro lo mismo en cuanto a las mercaderías-. Dicha circulación no podría concebirse en toda su magnitud, sino fuera por la figura del endoso, la cual representa por excelencia el mecanismo de transmisión idóneo de los títulos cambiarios.

Es tal el ligamen de la figura en estudio con los títulos aludidos (especialmente con los nominativos, y en especial con los títulos a la orden), que al ponerse en práctica tal mecanismo de transmisión, se van

poniendo de manifiesto –además de la circulación– los demás principios que caracterizan a estos documentos: la autonomía, la abstracción, literalidad, etc.

Aunque no se haya mencionado en el desarrollo del presente trabajo, sí es importante señalar –sin perjuicio de la tremenda importancia de la figura en estudio para la circulación de títulos– que la aparición de la tecnología en varios ámbitos (sobre todo el bursátil), de alguna manera le ha ido restando ámbito de aplicación a la figura en estudio, tal y como la misma se lo quitara en su momento a la cesión ordinaria.

No está de más señalar, cuan imperfecta resulta nuestra legislación a la hora de regular el endoso; tal y como lo fuimos señalando a lo largo del trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- MALAGARRIGA (Carlos). *Tratado Elemental de Derecho Comercial*. Buenos Aires, Argentina, 1963, Tomo II.
- LEGÓN (Fernando A). *Letra de Cambio y Pagaré*. Buenos Aires, Argentina, 1995.
- GARRIGUES (Joaquín). *Curso de Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa, S.A, México, 1984.
- SANDOVAL LÓPEZ (Ricardo). *Manual de Derecho Comercial*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- HUECK (Alfred); CANARIS (Claus-Wilhelm). *Derechos de los Títulos Valor*. Editorial Ariel, S.A, Barcelona, 1988.
- MANTILLA MOLINA (Roberto L.). *Títulos de Crédito Cambiarios*. Editorial Porrúa, S.A. 1era. Edición, 1977, México.
- DE SEMO (Giorgio). *Diritto cambiario*. Milán, 1953, p. 394, citado por LEGÓN (Fernando A.), *op. cit.*
- MESSINEO (Francesco). *Manual de derecho civil y comercial*. Sentís Melendo, 1955, Buenos Aires, Tomo VI.
- GUYENOT (Jean). *Curso de Derecho Comercial*. Volumen II. Ediciones Jurídicas Europa - América. Buenos Aires, 1975.
- CÓDIGO DE COMERCIO. Concordado, con historia y jurisprudencia. Editorial Juntexto. 2002. Gastón Certad Maroto.
- CÓDIGO DE COMERCIO DE COSTA RICA Y JURISPRUDENCL. Biblioteca Jurídica Dike. 2001. Evelyn Salas Murillo, y Jaime Edo. Barrantes Gamboa.

LA REFORMA DEL ESTADO: PERSPECTIVAS ACTUALES^(*)

*Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^(**)*

Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas
Catedrático de Reforma del Estado
Maestría de Derecho Público
Máster en Sociología
Universidad de Costa Rica

(Recibido 25/08/04; aceptado 13/06/05)

(*) Ponencia al X Congreso Latinoamericano de Ciencias Políticas, San José, Costa Rica, 16 al 20 de agosto del 2004.

Este documento sirvió de base a la exposición para el curso Transformaciones del Estado en América Central, del programa de Posgrado Centroamericano en Ciencias Políticas de la Universidad de Costa Rica, del día miércoles 1 de setiembre del 2004, bajo el título de Orientaciones en la modernización del Estado en América Central. Versión de colaboración al IX Congreso Internacional del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, CLAD, sobre reforma del Estado y de la Administración Pública, celebrado en Madrid, España, del 2 al 5 de noviembre del 2004.

(**) e-mail: jorgerp@hotmail.com; y, jorgerp9@yahoo.com.
Telfax (506) 250-1160; y, (506) 259-4844
Apartado postal 1264 Y Griega 1011, San José Costa Rica

RESUMEN:

La reforma del Estado debe estar orientada hacia el logro de niveles de justicia social, equidad, democracia y sustentabilidad del sistema político.

Palabras clave: Estado, administración pública, Gobierno, ideología, política pública.

ABSTRACT:

The State reformation should be oriented towards the achievement of levels of social justice, justness, democracy and the maintenance of the political system.

Key words: State, public administration, government, ideology, public politics.

SUMARIO:

Introducción

Delimitación

- Reforma del Estado
 - La metáfora de la reforma del Estado
 - Reforma del Estado: vía para mejorar la democracia
- Clases de Reforma Estado
- Reformas en sentido amplio
- Estado
 - Perspectivas diversas, pero complementarias
 - Elementos tradicionales
 - Tipología
 - Rasgos configurativos
 - La interrelación del Estado y el Derecho
 - Funciones del Estado
- Gobierno
 - Mal gobierno
 - Buen gobierno
- Ideología
 - Consenso de Washington
 - Supuestos del neoliberalismo
 - Económicos
 - Psicológicos
 - Postulados neoliberales del Estado

Efectos de la crisis de la deuda externa

Ajustes estructurales

Después de los ajustes y las reformas del Estado, ¿qué?

Ahora le toca el turno a los tratados de libre comercio

Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Los procesos de reforma del Estado, modernización de la administración pública o el ajuste de las estructuras gubernamentales a los cambios que se dan en la sociedad, como un todo (concepción holística).

La excusa de estos proyectos o propuestas de reforma del Estado la dio la crisis de la deuda externa

Estas propuestas han sido diseñadas e instrumentalizadas por los países acreedores y ricos del planeta y sus 500 transnacionales. Lo cual ha obstaculizado e impedido que los países subdesarrollados y deudores logren construir proyectos nacionales viables. Es decir, elaboración de estrategias nacionales de desarrollo, como desafío interno, frente al desafío externo de la globalización

En general, se puede decir que las instituciones democráticas son precarias en Centroamérica, con excepción de Costa Rica. Los partidos políticos está sufriendo un proceso de debilitamiento, en parte , porque las camarillas partidarias se apoderaron de los cargos dirigentes y dificultan la participación ciudadana.

A pesar de las dificultades, el Estado sigue siendo una instancia clave para las iniciativas de desarrollo en Centro América (Bulmer-Thomas; Kincaid, 2001, pp. 9 y 81).

DELIMITACIÓN

Reforma del Estado

La *reforma del Estado* puede ser definida como un proceso integral que incluye lo político, económico, social, administrativo y jurídico.

El sujeto sobre el cual versa esa reforma o modernización es el Estado, que para los efectos de este documento lo haremos equivalente a Administración Pública.

Las medidas o las acciones bautizadas como *reforma del Estado*, están vinculadas a prescripciones de los organismos financieros internacionales. Las políticas referidas a este tema, están elaboradas para reorganizar el aparato institucional público.

En este terreno las medidas que se proponen son:

- Reducción de la planilla del Estado
- Fijación de límites al gasto público
- Control de endeudamiento de las instituciones públicas
- Racionalización del gasto Público
- Políticas de privatización.-

La metáfora de la reforma del Estado

Rivera (1995) considera que se trata de una *metáfora* pues al proceso de *reforma del Estado* se le ha despojado de los contenidos democráticos. Esta metáfora tiene que ver:

no con la calidad del Estado y las bondades del sistema político institucional que puede regir, sino con las dimensiones, con el tamaño y los niveles de rendimiento. A nuestro juicio, la significación de reformar que alude a la corrección positiva de un sistema es transmutada por otra que se aproxima más al sentido repetitivo del verbo, es decir re-formar, que quiere decir desba-cer para volver a formar; lo cual en términos políticos puede significar colapsar un sistema y una cultura política.

La misma argumentación puede realizarse respecto de la *reforma económica*, expresa Sojo, inducida por la comprensión neoliberal de las exigencias de la inserción internacional. Lejos de tratarse de una “corrección” hacia formas de producción y distribución que garanticen una mayor integración social, la “*reforma*” se presenta como la disolución de un modelo previo (definido como estatista y cerrado) para la formación de un nuevo esquema de crecimiento basado en la apertura y el mercado.

Esta visión de la reforma económica se complementa con la metáfora instrumental de la *reforma del Estado*.

El cambio del Estado se produce para propiciar la formación de una nueva economía.

En otros términos, *el eje de la reforma económica es la reforma del Estado*.

Entenderemos entonces que el propósito integral de las políticas de *reforma económica* se relaciona tan estrechamente con ámbitos de la competencia del Estado, que puede bien considerarse como un paquete integral de *reforma del Estado*. La combinación de medidas de estabilización macroeconómica, ajuste estructural y readecuación de actividades del Estado corresponde a un paquete general de “*reforma del Estado*”.

Tal *reforma* sería el resultado de las transformaciones generadas en las capacidades del Estado. El cambio va en la dirección de un Estado organizado por el activismo económico del sector público, a uno en que la intervención económica se orienta al estímulo del sector privado.

El cambio no se refiere al establecimiento de límites a la intervención económica del Estado sino a la reorientación de los propósitos de esa intervención.

Es por ello que la *reforma del Estado* se presenta con una *contradicción* de origen difícilmente superable:

El reinado del mercado, que es la superación de las distorsiones extraeconómicas (políticas y sociales) en el juego de la oferta y la demanda, se procura por medio de una integral y profunda *reforma política*. Contrario a lo que propugna la reforma económica inducida a favor del Estado, responde a una comprensión “estato-céntrica” de la realidad social.

El “*leitmotiv*” de la reforma así entendida es de contenido fiscal en primer término y mercantil en segundo.

Esto significa que el proceso de cambio del Estado se induce primero por razones de equilibrio fiscal:

Es necesario reducir los gastos y aumentar los ingresos para mitigar y eventualmente eliminar el déficit fiscal, fenómeno al que se atribuyen todos los males del funcionamiento económico.

La *segunda razón*, es de origen mercantil. El cambio del Estado se promueve para favorecer el funcionamiento del mercado.

Este propósito se logra al reducir el nivel de intervención económica del Estado desregulando actividades, eliminando monopo-

lios, desactivando subsidios y bajando el grado de participación del Estado en actividades productivas.

Ambas razones responden a una *comprensión economicista del Estado y sus funciones*. El Estado es interpretado como un ente subsidiario de la gestión económica que le es autónoma. Deteriorado en sus capacidades, hipertrofiado en sus dimensiones, la prescripción señala la necesidad del achicamiento como terapia correctiva.

En contraposición a esta propuesta, puede argumentarse que el cambio del Estado trasciende el ámbito estrictamente económico, tanto en lo relativo al diagnóstico como a los efectos de su intervención o retiro.

Por ejemplo, en los años ochenta, *Honduras* y *Nicaragua* iniciaron procesos de democratización que condujeron a transformaciones institucionales en el perfil del Estado.

En *Nicaragua*, primero como resultado de la experiencia colectivista durante la gestión del Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN) y después como producto del proceso de recomposición postrevolucionaria a partir de 1990.

En *Honduras*, desde la restauración del poder civil y el retiro paulatino de los militares del ámbito institucional de toma de decisiones políticas.

Aunque en *Costa Rica* es donde el *cambio del Estado* parece relacionarse más cercanamente con sus funciones económicas, dado que no se mezcla con una “transición” de orden político, aquí también se produce un cambio que trastoca otros ámbitos de intermediación.

Nuestra *hipótesis* es que el *Estado costarricense* reorienta sus prioridades desde el estímulo de funciones destinadas a la redistribución hacia el favorecimiento de actividades relacionadas con la producción privada. En este sentido, el más “económico” de los cambios estatales tiene connotaciones políticas de corto, mediano y largo plazo.

No solamente por la reacción de los afectados y porque toda decisión política comprende beneficios para algunos y perjuicios para otros. También porque cambia el marco institucional dentro del cual en el futuro se tomarán las decisiones políticas.

La temporalidad de los cambios es desigual y este aspecto parece de suma importancia para la administración de los efectos y las eventuales resistencias. El momento en que se adoptan las medidas de reforma es crucial en el desenvolvimiento futuro de estas, dado que de ello depende la organización de las resistencias y el desarrollo de espacios de acción alternativa para los funcionarios encargados de su ejecución (Sojo, págs. 19 a 22, 1998).

Reforma del Estado: vía para mejorar la democracia

Una *reforma del Estado* deberá poner atención no sólo a la creación de nuevas oportunidades de inversión empresarial e instituciones públicas más eficientes, sino crear más y mejor democracia. Ello implica considerar temas como estos:

- Crear un Estado más amigable, más respetuoso de los derechos y la dignidad de las personas en las interacciones cotidianas,
- El fortalecimiento de los sistemas participativos de rendición de cuentas oportunas, y eficaces y comprensivas de la gestión pública,
- El mejoramiento de la transparencia y el escrutinio público sobre los procesos de selección y formación del empleado público y el
- Desarrollo de mecanismos más eficaces para la detección y sanción de prácticas corruptas en la administración pública (auditoría ciudadana sobre la calidad de la democracia, vol.1, pág. 66, 2001).

La reforma o modernización del Estado alude a mejoramiento, restauración o eliminación de prácticas consideradas como “viejas”. Implica un juicio negativo acerca del pasado, pues se moderniza lo antiguo y esto en sí mismo es un juicio positivo. La reforma es el medio de la modernización que es el fin (Sojo: 2000, p. 8).

De este modo, se tiene:

Estado moderno: eficiente, centrado en la regulación (regulado y regulador) pequeño en dimensión y facilitador de la gestión del mercado.

Estado premoderno: interventor, ocupado en estimular el consumo y no la producción, hipertrofiado e ineficaz, precario, de reciente formación institucional.

El lema oficial fue: tanto mercado como sea posible
tanto Estado como sea necesario.

En este sentido, lo esencial no es el tamaño sino el rendimiento sociopolítico, medido como la capacidad del Estado para inducir crecimiento económico con integración social (Sojo: 2000, pp. 8-30, 31, 32).

El Estado del modelo anterior fue militarizado y centralizado.

Si la democracia, como forma de organización política de las sociedades en América Central, con raras excepciones, no ha sido la modalidad predominante, menos lo ha sido de las localidades (regiones y zonas locales).

El Estado del año 2020 debe ser descentralizado y civil. Debe ser social o no será. Debe lograr una articulación plena del crecimiento con el bienestar social (Sojo: idem, pp. 10, 13 a 15, 30).

Clases de reformas del Estado

En lo que concierne específicamente al terreno de las *reformas del Estado*, apuntaré dos:

- 1) *Nacionalista*, con un proyecto nacional de desarrollo.

Esta visión se puede encontrar en el libro de la primera comisión de reforma del Estado (1990), bautizada como Comisión Consultiva para la Reforma Integral del Estado Costarricense (COREC).

Esta propuesta no le gustó a la empresa privada anclada en el país ni a la empresa extranjera. Tampoco a la cúpula política.

En los círculos oficiales y empresariales esta propuesta fue desechada.

Fue un grupo de trabajo oficial, cuya labor fue financiada por el Banco Mundial.

Realizó un estudio y análisis de cara a la realidad nacional con una orientación de proyecto nacional evidente.

Por esta razón, en un clima neoliberal y neoconservador, este estudio fue rechazado por la cúpula empresarial y política del país, para dar lugar a propuestas que estuvieran y están subordinadas y acordes con el neoliberalismo y la globalización capitalista.

- 2) *Extranjerizante*, diseñada, impulsada y puesta en ejecución bajo presión de los países acreedores y más ricos del mundo y sus organismos financieros internacionales. Esta es la que está vigente y en desarrollo. Este tipo de reforma o rediseño del Estado es de corte neoliberal.

Reformas en sentido amplio

En el campo de las reformas en Centroamérica, se puede indicar que se han dado varias, en general:

Políticas: referidas al establecimiento de bases jurídicas e institucionales que regulan los derechos y deberes de funcionarios y ciudadanos (de personas, ya sea que se ubiquen en el sector público o en el privado). Hacia la consolidación de la democracia.

Económicas: regulan los mecanismos de acumulación y distribución de los recursos materiales generados por la sociedad. Hacia la liberalización de los mercados.

Estas reformas, se vinculan con:

- El nivel de intervención económica del Estado
- El desarrollo del aparato productivo privado en el contexto de la apertura comercial, y
- El tema de la pobreza y la exclusión social. (Sojo, 1999, pp. 2-3; y, 2000, p. 7).

Estado

Perspectivas diversas, pero complementarias

Un acercamiento específico sobre el Estado (que es un concepto jurídico y político indeterminado), podría hacerse de este modo:

- * *Desde la perspectiva jurídica:* la persona que tiene el ejercicio del poder de modo legítimo en el ordenamiento jurídico del país.
- * *Desde la perspectiva política:* espacio en donde actúan los actores (clases, grupos, individuos).
- * *Desde la perspectiva sociológica:* instrumento usado por los grupos dominantes, o el bloque en el poder, para ejercerlo.
- * *Desde la perspectiva económica:* el que define y ordena la política macroeconómica en el sistema capitalista.

Elementos tradicionales del Estado

- Territorio
- Pueblo, políticamente organizado
- Poder público

Principios que ayudan a explicar la legitimación del Estado

- * La soberanía popular, mediante el pacto o contrato social
- * La separación de los poderes públicos.

Tipología del Estado

A lo largo del proceso histórico se han desarrollados estas formas o tipos de Estado:

- * Monárquico, absolutista Poder y derecho de origen divino
- * Liberal Poder y derecho de origen social
- * Totalitario (fascismo, nacionalsocialismo, franquismo, comunismo)
- * Intervencionista (del bienestar, desarrollista, benefactor, asistencial, paternalista, planificador, providencial).
- * Neoliberal (desregulador, rector, subsidiario, mínimo).

Rasgos para configurar al Estado

- * Estado-aparato: organización o estructuración de la Administración Pública.
- * Estado-persona: la persona jurídica en el entero Ordenamiento legal de mayor rango.
- * Estado-comunidad: referido al pueblo o a la nación.

La interrelación del Estado y el Derecho

- * *Estado de Derecho*

Tanto el Estado y la sociedad están bajo el gobierno de la Ley, es decir del Derecho. Se trata de un gobierno de leyes, no de seres humanos.

Los ideólogos de la Revolución Francesa expresaron que se trataba de un Estado de leyes (Jean Jacques Rousseau, 1712-1778, *Du contrat social*, 1762). Todo el fin del Estado se concreta en el Derecho y en un Derecho cuyo objeto se reduce a asegurar la coexistencia de las libertades (García de Enterría, 1972, págs. 16 a 20). Y, en el mismo sentido, la Declaración del Estado de Massachussets, 1780: *Government of Laws and not of Men*; el imperio del derecho: *The Rule of Law ; Supremacy of Law*.

Sus notas características son:

- División del Estado en tres Poderes Públicos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Poder Central y Poder Descentralizado.
- Sujeción del Estado al bloque de legalidad (derecho escrito y no escrito): principio de legalidad.
- Posibilidad de llevar al Estado y a los agentes públicos (funcionarios y empleados) a los Tribunales (Poder Judicial).
- Mecanismos de fiscalización, control, y rendición de cuentas.
- Respeto a las libertades públicas (derechos humanos, garantías fundamentales).

- *Principio de reserva de ley*: materias en las el Poder Legislativo es el que tiene exclusiva función para regularlas: propiedad privada, lo penal, lo económico, libertades públicas, impuestos, ambiente, educación, servicios públicos, planificación.

Estado social y democrático de Derecho

Se considera que los principios orientadores del Estado son la paz, la democracia y la prestación de los servicios públicos esenciales.

A esta caracterización, los ecologistas, se le agregado su materia, para calificar al Estado de hoy como *Estado social, democrático y ambiental de Derecho*.

Funciones del Estado

(Voto 1148-90 de la Sala Constitucional)

- *Públicas*: árbitro, juez (Poder Judicial) y la seguridad pública.
- *Servicios públicos*: hospitales, asistencia social, correos, educación.
- *Económicas*: fomento, planificación, producción, distribución. Contribuir decididamente en la reproducción del capital.
- *De regulación*: paz social, estabilidad y equilibrio, promoción y orientación del desarrollo económico y social, protección de la propiedad privada y de la materia contractual.
- *Sociales*: amortiguar y neutralizar los conflictos sociales (de clases y de grupos), controlar el *continuum* rural-urbano, ejercer el rol de rector, arbitrador, orientador en la sociedad.
- *Políticas*: en el nivel *real* o *práctico*, mantener la estructura de poder en manos del bloque dominante; en el nivel teórico o ideológico: fomentar la democracia, la participación ciudadana, la distribución del poder en la sociedad y cumplir el lema de un Gobierno del, para, por y con el pueblo.

Gobierno

A los efectos de este estudio, entenderemos por gobierno, *government*, un régimen político y alude a la estructura general e institucional de toma de decisiones en un Estado.

Esquemáticamente, indicaremos elementos que definen un mal y un buen gobierno.

Mal Gobierno	Buen Gobierno
<p>Separación defectuosa y confusa entre que es público y lo que es privado.</p> <p>Aplicación arbitraria del Estado de Derecho.</p> <p>Exceso de reglas, regulaciones, requisitos que impiden el funcionamiento del mercado.</p> <p>Prioridades inconsistentes con el desarrollo, resultado de una inadecuada asignación de recursos.</p> <p>Las decisiones no son transparentes (BM, 1992, p. 9).</p>	<p>Efectivo y transparente manejo de los recursos públicos.</p> <p>Aplicación legítima del Estado Derecho.</p> <p>Razonable uso de regulaciones del mercado.</p> <p>Asignación de recursos orientada al desarrollo.</p> <p>Las decisiones no son transparentes.</p>

En lo que atañe a la metáfora del *buen gobierno*, Torres-Rivas (en Steichen, 1993, p. 86) nos informa que *Charles Dupin*, politécnico francés, escribió en 1827 que las dos terceras partes de la población francesa había nacido después de la Revolución Francesa y que esas generaciones querían un país distinto, una sociedad amable, *un buen gobierno*.

IDEOLOGÍA

En este documento usaremos el concepto de ideología como un conjunto de ideas que pueden ser utilizadas para justificar el sistema de dominación (*ideología dominante o justificantes del status quo*) o para deslegitimar esa dominación (*ideología erosionante o deslegitimante*).

Los aspectos ideológicos de que parte la tesis de la reforma del Estado están vinculados con el neoconservadurismo en lo político y neoliberalismo en lo económico. Por ello la calificaremos operativamente de *ideología legitimante*. Esta visión puede ser condensada en lo que se ha dado en llamar la agenda del *consenso de Washington*.

Consenso de Washington

Estas ideas surgen en el *Institute for International Economics*, (www.iie.com) con sede en Washington D.C.

Un primer acercamiento a este consenso, se encuentra expresado en *Balassa* (1986), en donde indica que las reformas estratégicas son imperativas en América latina, comenzando por una redefinición del rol o papel del Estado en la vida económica, en donde se de una racionalización y modernización de la economía, que incluya una disminución del sofocante papel del Estado que contribuya a despertar al sector privado. Esto requiere una revisión de los tres principales funciones asignadas al Estado: regulador, productor; y, proveedor de bienes y servicios. (pp. 19, 27, 30 a 33).

Los temas que incluye esta agenda del *consenso*, que constituye el catecismo neoliberal para América Latina, son:

- Déficit fiscal
- Reforma tributaria
- Apertura al comercio internacional
- Abolición a las barreras que impiden la entrada de inversión directa extranjera
- Privatización de las empresas estatales
- Abolición de las regulaciones que impiden la competencia (desregulación)
- Otorgar derechos de propiedad, especialmente al sector informal
- Gasto público redireccionado hacia áreas sensitivas como la educación primaria, salud e infraestructura.
- Liberalización financiera, para que sea –finalmente– el mercado el que determine las tasas de interés
- Generar un nivel suficiente de competencia para inducir un rápido crecimiento de la exportaciones no tradicionales (Kuczynski y Williamson, 2003, p. 324).

En este terreno de la ideología dominante o legitimante del status quo, indicaremos los supuestos del neoliberalismo.

Supuestos del neoliberalismo

Económicos

- * La economía es la de mercado o de libre competencia
- * En el sistema económico el soberano es el consumidor
- * Libertad de concurrencia en el mercado
- * El sistema económico funciona homeostáticamente (la “*mano invisible*” sistémica)
- * En el sistema económico capitalista se da el pleno empleo
- * En la economía funciona la falacia de la composición
- * En el sistema económico capitalista el Estado debe actuar supletoriamente, de modo mínimo (Estado mínimo, máximo mercado)
- * El monetarismo debe ser la política económica prioritaria
- * Debe prevalecer el mercado y la privatización, sobre el Estado (privado/público; individual/colectivo; particular/social)

Psicológicos

- El egoísmo y el utilitarismo
- La agresividad, como un pretendido mal
- Ecuación de mínimo costo - máxima ganancia (costo-beneficio).

Postulados neoliberales sobre el Estado

- Se requiere un Estado mínimo.
- El Estado intervencionista en la economía debe dar paso a un Estado rector.
- Debe ser superado el Estado del bienestar o providencia por un Estado regulador.
- El mercado jugar un rol principal en la economía y el Estado un papel secundario o subsidiario.
- El Estado ha venido sufriendo un crecimiento desmedido.
- Así, el Estado ha provocado un desequilibrio que ha roto la relación equilibrada de Estado-sociedad, Estado-individuo.
- El Estado es ineficiente, corrupto y distorsionador de la economía
- Los agentes públicos son ineficientes y corruptos.

En este contexto, se tiene lo siguiente:

La propaganda: el Estado, como los agentes públicos, son ineficientes y corruptos, por tanto deben venderse las empresas públicas al sector privado, ya que éste es eficiente y honesto.

La realidad, los hechos: el Estado debe vender las empresas públicas eficientes y productoras de ganancias, porque no debe competir con el sector privado en actividades económicas que le pertenecen a éste.

El argumento falaz: que el Estado es ineficiente y corrupto. Esto se focaliza en aquellas empresas públicas que funcionan con superávit, demostrando la eficiencia de los agentes públicos.

Un aspecto real en la sociedad es la corrupción en el sector público y en el privado. Sin embargo, no debe generalizarse, sino que esta patología se encuentra focalizada, ya que no todos son corruptos ni la corrupción es total y completa.

Intención real de los empresarios: apropiarse, privatizando, aquellas empresas públicas altamente rentables del Estado. En Costa Rica: seguros, telecomunicaciones, Internet. Por tanto, cuando los ideólogos de la privatización y del neoliberalismo, dicen que el “Estado y los agentes públicos son corruptos”, mienten, si pretenden que la afirmación sea total y para todos, tanto personas como instituciones.

Argumento viabilizador de la privatización: el Estado no debe ser empresario, sino que debe quedar confinado a sus roles esenciales y propios: seguridad, regulación, arbitraje, servicios públicos no rentables, aseguramiento de la reproducción del capital.

EFFECTOS DE LA CRISIS DE LA DEUDA EXTERNA

La crisis de la deuda externa en América Latina y el mundo subdesarrollado y deudor, provocó de parte de los países y bancos acreedores tomaran, mediante sus brazos ejecutores los organismos financieros internacionales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional), algunas medidas como respuesta a las posiciones tomadas de parte de México, Argentina y Brasil.

En principio, los acreedores, creyeron que la crisis de los pagos de los deudores, era provisional, pasajera o de corto plazo.

Posteriormente, se percataron los acreedores, que esa crisis no era temporal y provisoria, sino que no había una solución en un cercano plazo. Ante esto, el bloque de acreedores, decidió no dar más préstamos a los deudores, como primera medida. La cual flexibilizaron, aplicando condicionalidades específicas a pocos y nuevos préstamos.

En 1985, se da un parteaguas, ya que los acreedores (países y bancos) habían sostenido que el problema era financiero, pero después de este año, concluyeron en que también era un problema político, según lo definió así la Casa Blanca, con las propuestas de James Baker y Nicolás Brady, en las Administraciones de Reagan y Bush padre.

Ajustes estructurales

A partir de 1985, empiezan a ejecutar los programas y préstamos de *ajuste estructural*, en sus fases I, II y III, establecidos por los organismos financieros internacionales.

Estos *ajustes estructurales* se inician con dos temas: privatización de empresas públicas y movilidad laboral. En nuestro país, ambas fallaron.

En la Administración de Calderón Fournier (1990-1994) se trató de imponer una movilidad laboral obligatoria, la cual falló; y, posteriormente, se ejecutó una de carácter voluntaria, que no fue exitosa.

Tales ajustes, elaborados y presionados por los organismos financieros internacionales, abarcaron campos como lo financiero, tributario, privatizaciones, control y reducción del gasto público, etc.

En la década de los noventa se consolida la banca privada y se termina el monopolio de los depósitos en la banca estatal, con lo que finaliza lo que dio en llamar la "*banca nacionalizada*". Asimismo, se da la producción privada de energía eléctrica, comprada por el ente estatal Instituto Costarricense de Electricidad. En lo que respecta, a la estatal Caja Costarricense de Seguro Social, se sumerge en un proceso de privatización de la medicina mediante pagos a la empresa privada de servicios médicos de diverso tipo.

De esta manera, instituciones estatales se dimensionan en procesos de privatización, de acuerdo a los lineamientos neoliberales de los organismos financieros internacionales y de la parte acreedora de la deuda externa.

En otros países como México y Argentina, la venta de empresas públicas al sector estatal fue un gran negocio para los políticos que participaron ella y para los empresarios privados que se beneficiaron de ella directamente. Aquí corrupción política tuvo una presencia fuerte.

A partir de la Administración Arias (1986-1990) se estructura lo que se llamó un “Estado paralelo” al Estado oficial y visible, anclado y desarrollado en fundaciones, asociaciones y otras formas de organización jurídica administradora de una cantidad de fondos públicos, pero de hecho, sin fiscalización ni responsabilidad alguna para sus “manejadores”.

Esta práctica y costumbre de los sectores dominantes de la sociedad y de la política (para evadir los poco eficientes controles formales, configurando así una inmunidad e impunidad aplastante de la cúpula política nacional) se ha mantenido y puesto al día en su capacidad de maniobra y acción ilegítima y de abuso del Poder.

Es una dimensión de dominación, de convertir la política en empresa o negocio y de transmutar el negocio en política.

La política como negocio y el negocio de la política. En este terreno la *corrupción* implica lo relativo a las tácticas y estrategias para la consolidación y ampliación del Poder.

Así, como se ha dicho que el mercado nada sabe del honor, tampoco la política sabe de ética. Un mafioso político latinoamericano, dijo que *un político pobre era un pobre político*.

¿DESPUÉS DE LOS AJUSTES Y DE LAS REFORMAS AL ESTADO, ¿QUÉ?

Después de 20 años de ajustes estructurales y de intentos de reforma del Estado, se puede indicar que existe un proceso de enriquecimiento cada vez mayor de la oligarquía radicada en este país y de las transnacionales que operan aquí.

Algunas características de nuestro país:

- Turismo, zonas francas y la informática transnacional se benefician de un país donde no pagan impuestos.
- Los tributos siguen siendo mayoritariamente recesivos.
- El déficit fiscal y el comercial sigue creciendo.
- La deuda interna y la externa aumentan.
- La pobreza crece y el oficialismo trata de ocultarla desglosándola en diversas clases y metodologías.
- La brecha social se amplía más.

Los Gobiernos se deslegitiman y pierden representatividad, dando lugar a significativos problemas de gobernabilidad y administración. Los gobernantes llegan al poder público con apenas una tercera parte de los electores. Ya, en la pasada elección se tuvo que ir a una segunda ronda para el cambio de timoneles en la pésima conducción de la cosa pública.

AHORA, LE TOCA EL TURNO A LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

Dada la complejidad del capitalismo actual y de la nueva división del mundo, los siete países más ricos han establecido un nuevo orden mundial.

Para dividirse el mundo en mercados, porque los países ni los pueblos subdesarrollados no cuentan, las naciones desarrolladas han puesto en marcha una serie de instrumentos de control y dominación de mercados (es decir, de países y de sociedades). Entre ellos, los bautizados como *tratados de libre comercio*, que para los países ricos no son tratados, no son solo de comercio ni son libres.

Son acuerdos de países ricos sobre países pobres respecto de comercio, inversiones, control de la propiedad intelectual, servicios, etc.

Tales acuerdos de comercio o negocios en sentido amplio, son administrados, regulados y dominados por los países desarrollados en una relación asimétrica con las naciones subdesarrolladas.

Por ello, en el lenguaje de sus ideólogos, técnicos y profesionales se trata de acuerdos administrados.

El sistema capitalista está controlado por los monopolios, duopolios, oligopolios, carteles, monopsonios, duopsonios, oligopsonios. Lo de la libre competencia o competencia perfecta y el mercado libre es un sueño para ciertos novelistas. La propaganda no puede ocultar la realidad de la férrea dominación de las 500 transnacionales sobre el mundo.

CONCLUSIÓN

Las propuestas de reforma del Estado han sido diseñadas y promovidas por los países desarrollados, utilizando a los organismos financieros internacionales.

Tales propuestas han sido parte de las respuestas de los acreedores a los deudores de la gigantesca deuda externa.

La otra parte, se explica por la intención de las empresas transnacionales, de apoderarse de los espacios empresariales que han estado en poder de los Estados nacionales.

Asimismo, un aspecto clave es la modernización del Estado, su reingeniería o rediseño para que cumpla en mejor forma con la *reproducción del capital*. Por ello, es un Estado capitalista.

Así por ejemplo, se puede indicar que el ajuste estructural en Costa Rica, ha sido formulado de manera inconsulta por gobierno y organismos multilaterales en un acuerdo tácito, sobre dos componentes claves de la reforma: reforma del Estado y reorganización productiva (*Franco y Sojo*, 1992, p. 138).

Un tema que requiere más estudio a cargo de personas independientes, es el relativo a la privatización de la materia que tiene a su cargo el Poder Judicial: *juzgar y hace ejecutar lo juzgado*. Precisamente, a esto atañe lo que han dado en llamar *resolución alterna de conflictos*, en manos de particulares, bajo el argumento de que el citado poder está burocratizado, es lento e ineficaz.

BIBLIOGRAFÍA

- Abend, Gabriel. *El Estado, ese eterno revenant* (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 170, 2000).
- Abercromie, Nicholas; Bryan Turner. *La tesis de la ideología dominante* (Madrid: Siglo XXI, 1987).
- Acosta, Adrián. *Entre Weber y Marx. Capitalismo, Estado y poder social* (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 170, 2000).
- Aguilera, Gabriel et al. *Centroamérica: de Reagan a Bush* (San José: Flacso, 1991).
- Ariño, Gaspar. *Economía y Estado* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993).
- Albi, Emilio. *Público y privado* (Barcelona: Ariel, 2000).
- Ayala Espino y José Mercado. *Elección pública e instituciones* (México: UNAM, Porrúa, 1996).
- Badie, Bertrand; Pierre Birnbaum. *The Sociology of the State* (Chicago: The University of Chicago Press, 1983).
- Balassa, Bela et al. *Toward Renewed Economic Growth in Latin America* (Washington DC: Institute for International Economics, 1986).
- Teoría de la integración económica* (México: Uteha, 1964).
- Banco Mundial. *El Estado en un mundo en transformación* (Washington DC: Banco Mundial, 1997).
- BID. *América Latina, tras una década de reformas* (Washington DC: BID, 1997).
- Progreso económico y social en América Latina* (Washington DC: BID, 1996).
- El Estado en un mundo en transformación* (Washington DC: BID, 1997).
- Borón, Atilio; Kirk Mann. *Privatización del bienestar* (San José: Flacso, cuadernos de ciencias sociales, No. 48, 1992).
- Bourdelaís, Patrice et al. *Etat-providence* (Paris: Gallimard, 1996).
- Braud, Philippe. *La Démocratie* (Paris: Eds. du Seuil, 1997).
- L'Etat* (Paris: Eds. du Seuil, 1997).

- Bulmer-Thomas, Víctor; Douglas Kincaid. *Centroamérica 2020: hacia un nuevo modelo de desarrollo regional* (San José: Flacso, cuadernos de ciencias sociales, No. 121, 2001).
- Bunge, Mario. *Seudociencia e ideología* (Madrid: Alianza, 1986).
- Buschiazzo, Liliana. *El Estado precario* (Buenos Aires: Longseller, 2003).
- Bourdelaís, Patrice et al. *Etat-providence* (Paris: Gallimard, 1996).
- Burdeau, Georges. *El Estado* (Madrid: Seminarios y eds. 1975).
- Calderón, Fernando. *El nuevo Estado y la integración social* (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 159, 1999).
- Calderón, Fernando; Mario Dos Santos. *Hacia un nuevo orden estatal en América Latina* (Santiago: Fondo de Cultura Económica- Clacso, 1991).
- Camacho, Daniel et al. *El fracaso social de la integración centroamericana* (San José: EDUCA, 1979).
- Camou, Antonio. *Saber técnico y política en los procesos de reforma económica en América Latina* (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 152, 1997).
- Cansino, César; Víctor Alarcón. *América Latina: ¿renacimiento o decadencia?* (San José: Flacso, 1994).
- Castro, Carlos. *Estado y sectores medios en Costa Rica: redimensionamiento de un pacto social* (San José: Flacso, cuadernos de ciencias sociales, No. 81, 1995).
- CEPAL. *Modernización del Estado: resúmenes de documentos* (Santiago: CEPAL, 1995).
- Documentos sobre privatización con énfasis en América Latina* (Santiago: CEPAL, 1991).
- Cerdas, Rodolfo. *América Latina, globalización y democracia* (San José: Flacso, cuadernos de ciencias sociales, No. 97, 1997).
- Chevallier, Jacques. *L'Etat du Droit* (Paris: Montchrestien, 1992).
- Colomer, Antonio. *Economía, sociedad y Estado en América Latina* (México: Fondo de Cultura Económica, 1995).
- Comblin, José. *El neoliberalismo* (Santiago: Chileamérica, 2000).

- Cotarelo, Ramón. *Del Estado del bienestar al Estado del malestar* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990).
- Crozier, Michel. *¿Cómo reformar el Estado?* (México: Fondo de Cultura económica, 1992).
- Estado modesto. Estado moderno* (México: Fondo de Cultura económica, 1992).
- Cunill, Nuria. *¿Reconstrucción de la Administración Pública?* (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 160, 1999).
- Dabène, Olivier. *Costa Rica: juicio a la democracia* (San José: FLACSO, 1992).
- Dabin, Jean. *Doctrina General del Estado* (México: UNAM, 2003).
- De Jouvenel, Bertrand. *Los orígenes del Estado moderno* (Toledo: Magisterio Español, 1977).
- Devlin, Robert. *Las privatizaciones y el bienestar social en América Latina* (San José: Flacso, cuadernos de ciencias sociales, No. 85, 1995).
- Diamond, Larry; Marc Plattner, compiladores. *El resurgimiento global de la democracia* (México: UNAM, 1996).
- Evans, Peter. *Alternativas al Estado desarrollista* (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 155, 1998).
- Evans, Trevor. *La transformación neoliberal del sector público* (Managua: Cries, 1995).
- Fernández, Janina. *Inestabilidad económica y estabilidad política* (San José: Universidad de Costa Rica, 1988).
- Fleury, Sonia. *Reforma del Estado en América Latina* (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 160, 1999).
- FLACSO-IICA. *Centroamérica en cifras* (San José: FLACSO-IICA, 1990).
- Franco, Eliana; Carlos Sojo. *Gobierno, empresarios y políticas de ajuste* (San José: FLACSO-IICA, 1990).
- Funkhouser, Edward, Juan Pablo Pérez. *Mercado laboral y pobreza en Centroamérica* (San José: FLACSO, 1998).
- García, Arturo. *La refundación del Estado mexicano a inicios del siglo XXI* (México: Porrúa, 2001).

- Gámir, Luis. *La economía del bienestar* (Madrid: Biblioteca Nueva, 1997).
- García, Randall. *Reforma del Estado* (San José: tesis de licenciatura en Ciencias Políticas, Universidad de Costa Rica, 1997).
- García de Enterría, Eduardo. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa* (Madrid: Alianza, 1994).
- La lucha contra las inmunidades del poder* (Madrid: Cívitas, 1983).
- Revolución Francesa y Administración contemporánea* (Madrid: Taurus, 1972).
- Genoux, Charles et al. *L'Etat et les institutions* (Paris: Larousse, 1976).
- Gilabert, Juan (coordinador). *La otra globalización* (Madrid: Biblioteca Nueva, 2002).
- Gómez, María. *El Estado del bienestar* (Madrid: Fundación Universitaria Española, 2002).
- González, Pablo et al. *Estado, nuevo orden económico y democracia en América Latina* (Caracas: Nueva Sociedad, 1992).
- Grzybowski, Cándido. *Desmantelar, desmontar, refundar. Contradicciones e impases en las reformas del Estado* (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 160, 1999).
- Hall, John; John Ikenberry. *El Estado* (Madrid: Alianza, 1993).
- Hirst, Paul. *On Law and Ideology* (London: The Macmillan Press, 1979).
- Jiménez, Gerardo; Daniel Villalobos, compiladores. *Costa Rica en el mundo: los próximos 50 años* (Heredia: Universidad Nacional, 2000).
- Jiménez, Wilburg Préstamos y programas de ajuste estructural (San José: Ed. Universidad Estatal a Distancia, 1993).
- La reforma administrativa, la reforma del Estado y la privatización de instituciones, empresas y programas públicos* (San José: Ed. Universidad Estatal a Distancia, 2000).
- Kammerman, Sheila; Alfred Kahn (compiladores). *La privatización y el Estado benefactor* (México: Fondo de Cultura económica, 1994).

Kaplan, Marcos. *Estado y globalización* (México: UNAM, 2003).

Estado y sociedad en América Latina (México: Oasis, 1984).

Formación del estado nacional en América Latina (Buenos Aires: Amorrortu, 1969).

El Estado latinoamericano (México: UNAM, 1996).

Kliskberg, Bernardo. *El rediseño del Estado* (México: Fondo de Cultura Económica, 1994).

La reforma administrativa de la administración pública en América Latina (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1984).

¿Cómo transformar al Estado? (México: Fondo de Cultura Económica, 1989).

Repensando el Estado (San José: Universidad de Costa Rica, 1998).

Kuczynski, Pedro-Pablo; John Williamson. *After the Washington Consensus* (Washington DC: Institute for International Economics, 2003).

Lechner, Norbert. *Apuntes sobre las transformaciones del Estado* (Bogotá: Revista Foro, No. 21, 1993).

Lenk, Kart. *El concepto de ideología* (Buenos Aires: Amorrortu, 1971).

Lizano, Eduardo. *Tres ensayos sobre Centroamérica* (San José: FLACSO, 1990).

López, Nicolás. *Yo, el Estado* (Madrid: Trotta, 1992).

Luhmann, Niklas. *Poder* (México: Anthropos, 1995).

McLellan, David. *Ideología* (México: Nueva Imagen, 1994).

Meoño, Johnny. *Crisis nacional, Estado y burocracia* (Cartago: Ed. Tecnológica de Costa Rica, 2001).

Menjívar, Rafael; Juan Diego Trejos. *La pobreza en América Central* (San José: FLACSO, 1990).

Mesa, Carlos. *Bolivia frente a un nuevo Estado* (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 149, 1997).

Messner, Dirk. *La transformación del Estado y la política en el proceso de globalización* (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 163, 1999).

Ministerio de la Presidencia. *Programa de reforma del Estado* (San José: Mideplan, 1991).

La transformación del Estado costarricense, 1990-1994 (San José: Mideplan, 1994).

Transformación del Estado. Diagnóstico y metas. (San José: Mideplan, 1995).

Ministerio de Planificación Nacional, Mideplan. *Gobernando en tiempos de cambio. La administración Figueres Olsen* (San José: Mideplan, 1998).

El ajuste estructural en marcha (San José: Mideplan, 1988).

Miranda, Roberto. *El resurgimiento de la política interestatal en una época de transnacionalización* (San José: Universidad de Costa Rica, Revista de Ciencias Sociales, No. 100, 2003).

Morales, Abelardo, coordinador. *Unión Europea-Centroamérica: cambio de escenarios* (San José: FLACSO, 1996).

Muñoz, Irene et al. *La reforma del Estado argentino* (Buenos Aires: Fundación de Investigaciones sociales y políticas, 1988).

Muñoz, Oscar. *Hacia el Estado regulador* (Santiago de Chile: Cieplan, 1992).

Muñoz, Rafael. *El Estado de bienestar en el cambio de siglo* (Madrid: Alianza, 2000).

Navarro, Sonia, directora. *La justicia constitucional: una promesa de la democracia* (San José: Varitec, ILANUD, 1992).

Negretto, Gabriel. *Repensando los poderes del Ejecutivo en América Latina* (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 170, 2000).

Ochando, Carlos. *El Estado de bienestar* (Barcelona: Ariel, 1999).

O'Donnell, Guillermo. *Rendición de cuentas horizontal y nuevas poliarquías* (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 152, 1997).

Offe, Claus. *Contradicciones en el Estado del bienestar* (México: Alianza, 1990).

Et al. *La crisis del Estado de bienestar y otros ensayos* (San José: Flacso, cuadernos de ciencias sociales, No. 19, 1989).

Oliás de Lima, Blanca, coordinadora. *La nueva gestión pública* (Madrid: Prentice Hall, 2001).

- ONU. *Estudio económico y social mundial* (New York: ONU, 1998).
- Oszlak, Oscar. *El desafío de la segunda reforma del Estado* (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 160, 1999).
- Ozer, Atila. *L'Etat* (Paris: Flammarion, 1998).
- Parejo Alfonso, Luciano. *Estudios sobre el Gobierno* (Madrid: Universidad Carlos III, BOE, 1996).
- Parrado, Salvador. *Sistemas administrativos comparados* (Madrid: Tecnos, 2002).
- Pérez, Juan Pablo et al. *La estructura social ante la globalización* (San José: FLACSO- CEPAL, 2004).
- Planas, Pedro. *El Estado moderno* (Lima: Desco, 1993).
- Perben, Dominique et al. *Repenser L' Etat?* (Paris: Revue Politique et Parlementaire, mars-avril, 1996).
- Poli, María; Roberto de Michele et al. *Corrupción en la Administración de Justicia* (Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1998).
- Poulantzas, Nicos, director. *La crisis del Estado* (Barcelona: Fontanella, 1977).
- Prats, Joan. *Reforma del Estado y cooperación para la reforma del Estado en América Latina* (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 160, 1999).
- Proyecto Estado de la Nación. *Estado de la Nación* (San José: proyecto Estado de la Nación, informes Nos. 6, 7, 8, 9; 1999, 2000, 2001, 2002, 2003).
- Auditoría ciudadana sobre la calidad de la democracia* (San José: proyecto Estado de la Nación, 2 tomos, 2001).
- Proyecto Estado de la Región. *Estado de la región* (San José: informes Nos. 1 y 2, proyecto Estado de la Región; 1999, 2003).
- Ramírez, Mario. *Notas para el estudio de las políticas estatales en Costa Rica* (San José: Universidad de Costa Rica, Revista de Ciencias Sociales, No. 31, 1986).
- Raventós, Ciska. *El agro costarricense y el programa de ajuste estructural* (San José: Universidad de Costa Rica, Instituto de Investigaciones Sociales, 1989).
- Reboul, Olivier. *Lenguaje e ideología* (México: Fondo de Cultura económica, 1993).

- Reuben, Sergio. *Estado y ajuste estructural en Centroamérica* (San José: CSUCA, 1990).
- Reyes, Román, director. *Terminología científico-social* (Barcelona: Universidad Complutense de Madrid, anexo, 1991).
- Rivera, Roy. *Descentralización y gestión local en América Latina* (San José: FLACSO, 1996).
- Descentralización y la metáfora de la reforma del Estado* (San José: FLACSO, 1995).
- Cultura y política, gobierno local y descentralización*. Costa Rica (San Salvador: FLACSO, 2001).
- Rosa, Jean-Jacques. *El Estado o el mercado, un falso dilema* (Uruguay: Cuadernos de Actualidad Internacional, No. 2, 1989).
- Rebolledo, Juan. *La reforma del Estado en México* (México: Fondo de Cultura Económica, 1993).
- Rodríguez, Carlos. *Estado contra Mercado* (Madrid: Taurus, 2000).
- Rodríguez, Jaime. *Nuevas claves del Estado del bienestar* (Granada: Comares, 1998).
- Rojas, Manuel. *Ajuste, sectores populares y gobernabilidad* (San José: FLACSO, 1995).
- Et al. *Globalización, política y partidos* (San José: Flacso, cuadernos de ciencias sociales, No. 87, 1996).
- Rojas, Manuel; Carlos Sojo. *El malestar con la política* (San José: FLACSO, 1995).
- Romero, Marco. *Los límites del ajuste y de las reformas en los países andinos* (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 173, 2001).
- Romero-Peréz, Jorge Enrique. *La reforma del Estado* (San José: Ed. Universidad Estatal a Distancia, 1993).
- Reflexiones actuales sobre los cambios de la Administración Pública* (San José: Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 81, 1995).
- Modernización del Estado, democracia y derecho* (San José: Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados Revista de Ciencias Jurídicas, No. 94, 2001).

La crisis de la deuda externa en América Latina (San José: Ed. Universidad de Costa Rica, 1993).

Aspectos jurídicos de la deuda interna (San José: Ed. Universidad Estatal a Distancia, 1998).

Good Governance (Utrecht: School of Law, University of Utrecht, 2002).

Estado y Derecho (San José: Universidad de Costa Rica, 2000, en Simposio interinstitucional sobre legislación educativa).

La sociología jurídica en Max Weber (San José: Ed. Universidad de Costa Rica, 1980).

El Tratado de Libre Comercio. CAFTA (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 2005).

Rosa, Jean-Jacques. *El Estado o el mercado, un falso dilema* (Uruguay: Cuadernos de Actualidad Internacional, No. 2, 1989).

Rosanvallon, Pierre. *La crise de l'Etat-providence* (Paris: Eds. Seuil, 1992).

Rouquié, Alain. *El Estado militar en América Latina* (México: siglo XXI, 1984).

Rovira, Jorge. *Costa Rica: bibliografía comentada sobre su crisis* (San José: Universidad de Costa Rica, Instituto de Investigaciones Sociales, 1987).

La democracia de Costa Rica ante el siglo XXI (San José: Universidad de Costa Rica, Instituto de Investigaciones Sociales, 2001).

Estado y política económica en Costa Rica (San José: Universidad de Costa Rica, 2000).

Salom, Roberto. *El papel del Estado nacional en el proceso de globalización* (San José: Universidad de Costa Rica, Revista de Ciencias Sociales, Nos. 78-79, 1998).

Costa Rica. El nuevo gobierno y la concertación (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 159, 1999).

Sanabria, Juan. *Antología de la teoría de la Administración Pública* (México: UNAM, 1998).

Sánchez, José. *Razón de Estado, razón de mercado* (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 159, 1999).

Saxe-Fernández, John. *La presidencia imperial en México* (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 188, 2003).

Solano, Rodolfo et al. *Reforma del Estado en Costa Rica* (San José: Edicosta, 1990).

Solís, Manuel. Costa Rica: ¿reformismo o socialdemócrata o liberal? (San José: FLACSO, 1992).

Sojo, Ana. *Estado empresario y lucha política en Costa Rica* (San José: EDUCA, 1984).

Sojo, Carlos. *La utopía del Estado mínimo* (Managua: Cries, 1991).

La gobernabilidad en Centroamérica: la sociedad después del ajuste (San José: FLACSO, 1995).

El traje nuevo del emperador: la modernización del Estado en Centroamérica (Hamburgo: Instituto de Estudios Iberoamericanos, documento de trabajo, Centroamérica 2020, No. 6, 2000).

Reforma económica, Estado y sociedad en Centroamérica (San José: FLACSO, 1998).

Democracias con fracturas, gobernabilidad, reforma económica y transición en Centroamérica (San José: FLACSO, 1999).

Reforma económica y cambio estatal en Centroamérica (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 156, 1998).

Al arbitrio del mercado (San José: FLACSO, 1995).

Compilador. *Centroamérica: la integración que no cesa* (San José: Flasco, cuadernos de ciencias sociales, No. 1013, 1997).

Steichen, Régine, compiladora. *Democracia y democratización en Centroamérica* (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 1993).

Tangemann, Klaus, compilador. *Ilusiones y dilemas. La democracia en Centroamérica* (San José: FLACSO, 1998).

Torres-Rivas, Edelberto. *Centroamérica: la democracia posible* (San José: EDUCA, 1987).

La democracia y la metáfora del buen gobierno (en: Steichen, Régine, compiladora. *Democracia y democratización en Centroamérica*, San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 1993).

Touraine, Alain *¿Qué es la democracia?* (México: Fondo de Cultura Económica, 1993)

- Van Creveld, Martin. *The Rise and Decline of the State* (London: Cambridge University Press, 1999).
- Vargas, José. *Del Estado-nación al Estado cosmopolita* (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 191, 2004).
- La reforma del Estado en Latinoamérica* (San José: Universidad de Costa Rica, Revista Reflexiones, agosto 2002).
- Véliz, Claudio. *La tradición centralista en América Latina* (Barcelona: Ariel, 1984).
- Villarreal, René. *Liberalismo social y reforma del Estado* (México: Fondo de Cultura económica, 1993).
- Villasuso, Juan Manuel, editor. *El nuevo rostro de Costa Rica* (San José: Cedal, 1992).
- Editor. *Procesos de cambio en Costa Rica* (San José: Cedal, 2003).
- Et al. *Corrupción en Costa Rica* (San José: Cedal, 2003).
- Villoro, Luis. *El concepto de ideología* (México: Fondo de Cultura Económica, 1985).
- Vincueria, Maite, editora. *Teoría y práctica de las privatizaciones* (Madrid: McGraw-Hill, 1997).
- Volio, Claudio et al. *Estado empresario* (San José: imprenta Trejos, s.f.e.)
- Weffort, Francisco. *¿Cuál democracia?* (San José: FLACSO, 1993).
- Williamson, John, editor. *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?* (Washington DC: Institute for International Economics, 1990).
- World Bank. *Governance and Development* (Washington DC: World Bank, 1992).
- Zippelius, Reinhold. *Teoría general del Estado* (México: Porrúa-Unam, 1989).
- Zovatto, Daniel. *Dinero y política en América Latina* (San José: Flacso, cuadernos de ciencias sociales, No. 1013, 1997).

Zúñiga, César. *Reforma del Estado y poder político en Costa Rica. 1986-1992* (San José: tesis de licenciatura en Ciencias Políticas, Universidad de Costa Rica, 1994)

Reforma del Estado en Costa Rica y transformaciones institucionales durante la Administración Arias Sánchez (1986-1990) (San José: Universidad de Costa Rica, Revista de Ciencias Sociales, No. 81, 1998).

La reforma del Estado durante la Administración Calderón Fournier (1990-1994): el caso de la reforma institucional (San José: Universidad de Costa Rica, Revista de Ciencias Sociales, No. 70, 1995).

CAMPOS: La mujer en la literatura jurídica romana...

**LA MUJER EN LA LITERATURA JURÍDICA ROMANA:
UNA APROXIMACIÓN DE GÉNERO A LAS
“INSTITUCIONES” DE GAYO**

Lic. Henry Campos Vargas

Abogado costarricense

(Recibido 10/04/04; aceptado 13/06/05)

RESUMEN:

La mujer, en el Derecho Romano, fue sometido a objeto de cambio.

Palabras clave: Mujer, Derecho Romano, estructura de poder.

ABSTRACT:

Women, in the Roman Law, were subject of change.

Key words: Women, Roman Law, structure of power.

SUMARIO:

Sección I. El silencio de la mujer

Sección II. Maternidad - matrimonio - mujer

Sección III. El encierro legal de la mujer

Sección IV. La mujer *sui iuris*

Conclusiones

Anexo - Generalidades sobre el derecho romano y la mujer

Bibliografía

SECCIÓN I. EL SILENCIO DE LA MUJER

Entre más de medio centenar de nombres de famosos jurisconsultos romanos, no figura ni siquiera uno sólo femenino.

Razones de orden jurídico, político y social permiten comprender con claridad esta ausencia de testimonios de autoría femenina escrita: la mujer resultaba excluida del ámbito de la interpretación y creación del derecho, ya que su participación en la formación del derecho quedó reducida a instar, a través de los mecanismos legales y con las limitantes que el sistema establecía en muchos casos, en pronunciamientos legales de los juristas, el pretor o el mismo emperador. Sería a través de la formulación de consultas sobre casos concretos, ya fuera a través de su representante o, en ocasiones personalmente, que podría relacionarse con el proceso de elaboración legal.

La naturaleza lógica del discurso forense, su vinculación con la palabra, así como el papel central del derecho en la configuración jurídico-política de la comunidad, permiten comprender como la sociedad romana vería con extrañeza la presencia femenina en dicho ámbito.

La estructura del poder de la palabra, tanto en su relación con la trascendencia, la sociedad como con la historia, permiten colegir que la mujer debía ser condenada al silencio en el mundo del derecho romano.

Aunque la mujer es un tema constante en el derecho, en una obra didáctica como la de Gayo –con un manejo de ilustraciones bastante prolijo– sólo en una oportunidad, con ocasión de la tutela, se emplean nombres femeninos para mostrar relaciones jurídicas. La tutela, como se verá más adelante, formó parte del *encierro legal* que restringía la actuación femenina.

Los ejemplos de Gayo son:

Doy como tutor de mis descendientes a Lucio Ticio; doy a mi mujer como tutor a Lucio Ticio. Pero también si aparece escrito así: sea tutor de mis descendientes o de mi mujer.

y, seguidamente,

a mi mujer Ticia doy la opción de tutor y doy a Ticia mi mujer opción de tutor por una sola vez, o bien por sólo dos veces. (I, 149-152, el carácter romano se refiere al número de comentario, mientras que los arábigos expresan los párrafos de la cita).

En este aspecto, se puede apreciar que la posición gramatical y sustantiva de la mujer es pasiva, ella se convierte en objeto de la acción del varón –esto resulta en perfecta coherencia con la óptica del pensamiento binario-machista–.

A pesar de ser admisibles numerosos actos jurídicos vinculados con ella, sólo la designación testamentaria de su tutor mereció ilustrarse.

SECCIÓN II. MATERNIDAD - MATRIMONIO - MUJER

“Fatherhood is a legal fiction”, la paternidad es una ficción legal, nos dice Joyce (citado por CIXOUS, p. 101).

La preocupación por determinar la sucesión legítima dentro del *clan* en una sociedad patriarcal como la romana, ocupó en su doctrina y legislación sendos apartados. En el Digesto, obra posterior a la de Gayo y principal legado a los estudios romanísticos, son numerosas las páginas en las cuales se trata a la mujer, siempre en función de la definición de ciudadanía o no de sus hijos –no considerada en sí misma–, en una palabra: en cuanto madre.

Igual situación, aunque a menor escala, se presenta en Gayo: el primer problema en torno a la mujer la subordina a la reproducción.

Ya no sólo nos encontramos en el orden simbólico paterno individual, sino que éste se ve extrapolado a nivel de la comunidad, del Estado. La pregunta originaria tendiente a determinar quiénes son los hijos del padre, se ha convertido ahora en quiénes son los hijos del Estado, los ciudadanos.

Desde la perspectiva de género, se tiene clara conciencia de este planteamiento. Julia Kristeva, por ejemplo, reconoce que la imagen de la feminidad ha sido absorbida por la figura de la maternidad.

A esta figura, aparece estrechamente vinculada una institución del derecho, el matrimonio. Ambas caminan paralelamente a lo largo del comentario primero de las *Instituciones de Gayo*. Para el derecho romano, el matrimonio revistió tal importancia que llevó al establecimiento de un derecho particular, el *ius conubii*, o capacidad para contraer matrimonio legítimo. Este derecho fue extremadamente reglamentado y limitado, constituyendo su concesión un verdadero favor por parte del Estado.

De esta forma, maternidad y matrimonio configuraron en aquella época –y por qué no, en algunas sociedades actuales– un fenómeno inseparable frente a la sociedad, el derecho y la política. Abrieron un círculo simbólico en torno a la mujer, con numerosas implicaciones en el campo del derecho romano.

SECCIÓN III. EL ENCIERRO LEGAL DE LA MUJER

En la mente del romano, no era conveniente que la mujer se encontrara fuera de la subordinación al hombre.

Tal situación se vislumbra al inicio de la obra de Gayo:

La gran división referente al Derecho de las personas estriba en que de todos los hombres unos son libres y otros son esclavos. Y a su vez, dentro de los hombres libres, unos son ingenuos y otros libertos. Son ingenuos los que han nacido libres; son libertos los que han sido manumitidos de una esclavitud ajustada a Derecho (I, 9-11).

En esta primera separación, cuya traducción ha sido fiel al léxico empleado en la versión en latín que he tenido a la mano, no encontramos la presencia de la mujer. Tampoco figura en esta otra clasificación:

En efecto, hay personas que son independientes y hay otras que están sujetas a un poder ajeno. Y, a su vez, aquellas personas sujetas al poder de otro unas están in potestate, otras in manu y otras in mancipio (I, 48, 49).

No obstante, la lógica empieza a funcionar y es en los esquemas de dependencia, de sujeción, donde encontraremos a la mujer:

Pasemos ahora a otra división. Pues las personas que no están bajo potestas, ni bajo manus, ni bajo mancipio, unas están bajo tutela o bajo curatela y otras no están sometidas a ninguno de esos dos poderes (I, 142).

Patria potestas, mancipio, manus y tutela, configuran la red que encerró legalmente a la mujer. No he incluido la curatela –en virtud de referirse a situaciones de perturbación mental, a patologías–, sin embargo, *patria potestas, manus* y *tutela* son los verdaderos vértices de un *iter* estructurado para imposibilitar la salida de la mujer de la autoridad del varón. El tránsito entre cada uno de esos tres estados implicaba, a nivel simbólico, la asunción de la mujer como objeto de cambio, tal como señalaré más adelante. Sin embargo, debemos tener presente que Gayo cierra nuestra última cita con una enigmática idea, inofensiva a primera vista, pero con un potencial aún no explotado en la romanística tradicional: *otras no están sometidas a ninguno de esos dos poderes*, es decir, son mujeres *sui iuris*, concepto cuyo desarrollo, como era de esperarse, no tuvo lugar en la obra.

La *patria potestas* consistía en la subordinación al ascendiente masculino de mayor edad dentro del grupo. Aunque afectaba tanto a varones como mujeres, los primeros disfrutaban de una expectativa de liberación, ya fuera ante la eventual muerte del *pater* o una emancipación, entre otras *hipótesis*. Sin embargo, la mujer en esas mismas hipótesis no accedía a la independencia, en el mejor de los casos, le esperaba la *tutela*.

Si tratáramos de liberar en Roma a una mujer en vida del *pater*, tendríamos que recurrir a una *mancipatio* o a la *manus*.

De la *mancipatio*, Gayo nos dice que es una especie de venta, (I, 132) es realmente un venta formal y solemne, que era común al traspaso de esclavos y animales como bueyes, caballos, mulos, ciertas personas libres y otros bienes. (I, 120) Esta venta tenía por efecto reducir a la mujer a una forma de “quasi esclavitud”, (I, 123) de la cual sólo se liberaría a través de la manumisión, lo que la llevaría directamente a la *tutela*.

La *manus*, a diferencia de la *patria potestas*, sólo podía recaer sobre una mujer. (I, 109) Consistió en la subordinación de la mujer al poder de un varón, quien podía ser o no su esposo, su objeto era, entre otros, evitar la *tutela*, de la cual hablaremos más adelante.

Para entrar bajo la *manus* de un hombre, la mujer debía celebrar un acto llamado *coemptio*, una especie de ceremonia de venta. (I, 113)

Sin entrar a profundizar ninguno de los actos jurídicos mencionados, salta a la vista que en ellos se equipara en todo momento a la mujer con una mercancía, lo cual tiene lugar a nivel simbólico legal.

La antropología ya ha detectado este proceso en numerosas ocasiones, particularmente en función del matrimonio (al respecto puede verse el pensamiento de LEVI-STRAUSS, citado por CIXOUS, p. 28, también puede consultarse a LUCE IRIGARAY), el cual descubrimos proyectado a lo largo de una estructura de dominación dentro del derecho romano.

Al final de esta cadena jurídica se encontraba, como se ha indicado, la tutela, esa especie de administración, sin cuya intervención no podía actuar la persona afectada. Estaba prevista

... para los de sexo masculino que sean impúberos y para las de sexo femenino de cualquier edad que sean y aunque estén casadas. (I, 144).

El motivo argüido para estas últimas se encontraba en que

los antiguos quisieron que las mujeres, aunque fueran de edad adulta, estuvieran bajo tutela a causa de la ligereza de su espíritu. (ibid)

En este sentido, por largo tiempo se equiparó en la cultura romana a la mujer con un incapaz, con alguien que no podía valerse por sí mismo.

Al respecto, el discurso gayano puede ser rescatado, ya que combate abiertamente este pensamiento.

Por un lado, Gayo acusó el carácter artificioso de la tutela sobre la mujer en los siguientes términos:

Entre los extranjeros no hay similitud con lo que ocurre entre nosotros, pues las mujeres no están bajo tutela, aunque en muchos casos vienen a estar como bajo tutela, y así, por ejemplo, una ley de los Bitinios determina que si una mujer contrata debe contar con la autorización del marido o con la de un hijo suyo púber. (I, 193)

Esto significa que para nuestro jurista la tutela no es una institución natural.

Por otro lado, la cataloga expresamente como absurda al expresar:

Pero, en cambio, apenas hay alguna razón de peso que persuada para que las mujeres en edad adulta estén bajo tutela: pues lo que vulgarmente se cree de que en general son engañadas por la ligereza de su espíritu, y por eso resultaba justo que fueran dirigidas por la autoridad de sus tutores, es más una razón aparente que verdadera, pues las mujeres adultas tratan de sus negocios por sí mismas y hay casos en que el tutor interpone su autoridad por mero formalismo, y con frecuencia también autoriza actos contra su voluntad forzado por el pretor. (I, 190)

Creo que nos encontramos ante una reivindicación directa de la capacidad de la mujer en la sociedad romana desde el pensamiento lógico masculino, defensa que, no obstante, resultó parcial dentro de todo el contexto de la obra de Gayo y la cultura romana.

Cabe preguntarnos aquí si las palabras de nuestro autor tuvieron alguna repercusión en su momento, la respuesta parece ser afirmativa. Una obra posterior, las Instituciones de Justiniano –siglo VI– demuestra que la tutela sobre la mujer adulta desapareció por completo, aunque no las otras instituciones mencionadas (puede consultarse el Libro I, Título XXII de esta última obra).

Esta evolución era de esperarse, pues el propio Gayo señala pequeños espacios de autonomía jurídica de la mujer, por ejemplo, cuando ella solicitaba personalmente un cambio de su tutor –así en I, 73

y I, 180–; y cuando se obligaba al tutor a consentir ciertos actos, en contradicción con el origen de la figura de la tutela –por ejemplo, II, 122–.

Parece que determinados procesos sociales venían sucediéndose al interior del Imperio, y crearon paulatinamente algunas esferas de protección y reivindicación a favor de la mujer, en este sentido figuró la prohibición al marido de vender la dote de su esposa sin consentimiento de ella (II, 63).

SECCIÓN IV. LA MUJER *SUI IURIS*

Lo que antecede nos lleva a una última situación: la mujer *sui iuris*.

El concepto *sui iuris* expresó en el pensamiento jurídico romano la mayor y real capacidad frente al derecho. Dicha terminología, aplicada a la mujer romana, parecía reflejar una *contradictio in terminis*.

Sólo en una ocasión, en los cuatro libros que componen sus Instituciones, Gayo menciona expresamente este concepto: *sui iuris feminis*, a las mujeres de propio derecho, las mujeres independientes (II, 112). En este punto, el editor de la obra estudiada menciona que en el texto falta, justo aquí, una hoja y media, el discurso se encuentra cortado, la realidad se ocultó tras un velo.

Para las Teorías del Género, no sólo deben rescatarse estas dos situaciones, sino una tercera: la causa de esta independencia, la maternidad.

Los juristas romanos acuñaron en este aspecto lo que se denomina *ius liberorum*, derecho por maternidad. De acuerdo con él,

las que nunca han sido esclavas se liberan de la tutela a causa del derecho por maternidad al tener tres hijos ... (I, 194, en el mismo sentido puede verse I, 145, y III, 49, 50).

Con esto se cierra el círculo simbólico en torno a la mujer, quien aparece asociada indisolublemente a la imagen de la maternidad.

Al salir de la *patria potestas*, la mujer caía en la *manus* del varón, caso contrario, tenía reservada para sí la tutela. Sólo a través de la maternidad y como premio a su fecundidad –tres hijos para el Estado– alcanzaba la plena capacidad en el derecho.

Hasta dónde llegará este poder no lo sabemos con precisión, dado que el silencio es considerable.

Tenemos indicios que se vinculó con la capacidad para hacer testamento, la llamada *testamenti facio*, disciplina extremadamente regulada en el derecho romano y sumamente limitada. Su empleo por las mujeres parece haber tenido una considerable difusión, al punto de requerir la intervención del emperador Adriano a través de un senadoconsulto.

A pesar de no explicarse en el texto el conjunto de poderes de que gozaron estas mujeres, el empleo de una expresión técnica como la de *sui iuris* es un claro indicio de las facultades que se les pudieron haber concedido.

CONCLUSIONES

De las anteriores palabras, podemos concluir que, sin llegar a constituir literatura femenina o literatura feminista, Gayo denunció el absurdo del sometimiento de la mujer a la institución de la tutela. Aunque esto no representó una transformación medular de la cultura romana frente a la dignidad de la mujer, sí constituyó un ligero avance. Tampoco significó para dicho autor la superación del logocentrismo, puesto que, frente a instituciones como la *manus* o el *pater familias*, guardó completo silencio.

Testimonia cómo la dignidad femenina fue reducida, a nivel simbólico, a simple objeto de cambio, lo cual tuvo lugar en contratos como la *mancipio* y la *coemptio*.

Cabe mencionar, lo cual será objeto de ulteriores análisis, que a nivel estilístico, la prosa de Gayo distinguió constantemente entre ambos géneros. En más de dieciocho ocasiones se marca la diferencia entre varones y mujeres en un mismo contexto, lo cual coincide con algunas corrientes feministas contemporáneas, aunque los móviles habrían sido otros.

La obra examinada es un claro reflejo de la institucionalización en el mundo del derecho de las representaciones asociadas a la figura femenina. Traduce abiertamente el pensamiento binario patriarcal y muestra como el mismo pensamiento científico no es ajeno a los procesos y realidades culturales de los que se ocupan las Teorías del Género.

ANEXO

GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO ROMANO Y LA MUJER

Henry Campos Vargas

El primer aporte de la mujer al sistema jurídico romano lo encontramos en el ámbito educativo. Allí se revela una función esencial de la mujer como transmisora y reproductora del *mos maiorum* –las costumbres de los antepasados– y del derecho. Sin embargo, su actividad en la producción institucional del derecho parece haber sido reducida.

Vedado o limitado su desempeño en la vida pública dentro de un esquema eminentemente patriarcal, la mujer no parece haber tenido acceso a la práctica forense. No se encuentra nombre femenino alguno revestido del *ius publice respondendi*, ni se menciona la existencia de jurisprudencias.

A este respecto, una fábula *togata* –siglo II a. C., período de la literatura cómica latina arcaica– lleva el nombre de *iusperita*, en una cruel alusión a la transgresora idea de concebir a una mujer en el desempeño del derecho.

Dentro de la propedéutica del derecho romano encontramos que en las Instituciones de Gayo o de Justiniano, no figuran muchos nombres femeninos entre los ejemplos de situaciones o conflictos jurídicos –al respecto puede consultarse las Instituciones de Gayo I, 149-152-, a pesar de ser cuantiosos los temas atinentes que le podían afectar.

No obstante, me resisto a pensar en una mujer silente en materia legal. En disputas sobre dotes, derechos hereditarios, conflictos patrimoniales, divorcios, etc., numerosas mujeres –cuyos nombres nos son desconocidos– deben haber intervenido activamente.

Discusiones entre vecinos, disputas sobre linderos: sin duda alguna gozaron de la activa presencia de las mujeres, quienes arrearían en torno a sus tesis para conquistar la victoria en unos casos, o aceptar la derrota en otros.

La mujer en estrados judiciales debió dar instrucciones –verdaderas órdenes– a sus abogados, tutores y acompañantes, formularía sendos interrogatorios, instaría pruebas, impugnaría decisiones, etcétera.

En igual sentido, su participación en los numerosos movimientos populares y políticos ha de tenerse por un hecho. Además, en el *domus* –el hogar– discutiría en familia las decisiones y los temas que constituían el orden del día, donde su peso no debe considerarse despreciable.

El paulatino proceso de dignificación y protección de las mujeres, manifestado en la introducción de nuevas leyes, no solamente fue producto de hombres, sino de hombres que respondieron al clamor –la voz– femenina que reivindicaba su espacio, en unas ocasiones sola, en otras junto al hombre, en otras, en oposición a él.

El propio Gayo –aunque reproductor en gran medida de la cultura de su época– se muestra rebelde ante leyes que considera ridículas, en particular, aquéllas que someten la mujer a la tutela (sobre el particular puede consultarse las *Instituta* de este autor I, 190).

Aunque no hay datos, seguramente la mujer poseyó y dispuso independientemente de su propio patrimonio –¿acaso una especie de peculio?–, pues si el esclavo y el hijo sometido al padre gozaban de tal esfera –aunque limitada– con mayor razón y derecho una *mater familias*.

La epistolografía familiar de Cicerón, muestra a Terencia –su esposa– en su hogar luego del destierro de su cónyuge, mas no sometida a varón. Ella se encargó de la administración de la hacienda familiar y la misma correspondencia muestra un Cicerón que aconseja y sugiere cuidados, no dicta órdenes. Esta situación ha de haber sido muy común en Roma, particularmente con ocasión del continuo desplazamiento –lejos del hogar– de los varones comprometidos en movimientos militares. Así como Terencia, muchas otras debieron –en ausencia y aún con la presencia de sus maridos– dirigir sendos negocios.

Una muestra clara de lo anterior lo es la figura de Lesbia-Clodia, contemporánea de Cicerón: una mujer intelectual con amplia participación política y una vida pública que fue criticada severamente por algunos varones.

Otra gran mujer se encuentra en la persona de Teodora, esposa del emperador Justiniano. Ella conquistó para sí los más altos reconocimientos (a pesar de su procedencia cuestionable, de acuerdo

con la moralidad y legislación romana –había servido en el Circo y sido hornamento de teatro, además, vivió en el pórtico de prostitución–). Ella detentó el cetro imperial, dictó leyes y mereció el ser citada en constituciones imperiales (al respecto puede consultarse un ejemplo en las *Instituta* de Justiniano II, 6, 14).

El carácter general de estas observaciones –apoyadas en algunos ejemplos concretos– no busca otra cosa sino despertar la inquietud de los lectores sobre un campo sumamente profundo y poco explorado en el derecho romano, el cual, asistido por el estudio de las fuentes –no exclusivamente legales– podrá contribuir en el futuro a una mejor comprensión de la forma real en que se vivió el derecho romano femenino en los distintos momentos de su evolución.

BIBLIOGRAFÍA

- CIXOUS, Hélène y otra, (1986). *The Newly Born Woman*. Theory and History of Literature, Volumen 24, University of Minnesota Press, Minneapolis.
- JUSTINIANO, (1976). *Instituciones de Justiniano*. Edición bilingüe, (traducción por M. Ortolán), Editorial Heliasta S. R. L., Buenos Aires.
- GAYO, (1990). *Instituciones*. Edición bilingüe, (traducción por Manuel Abellán Velasco y otro), reimpresión, Editorial Civitas, S. A., Madrid.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino, (1981). *Diccionario de Derecho Romano*. 3a. Edición, Reus, S. A., Madrid.
- MOI, Toril, (1988). *Teoría Literaria Feminista*. Ediciones Cátedra, S. A., Madrid.

NAVARRO: A propósito de la aplicación de los artículos...

**A PROPÓSITO DE LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS
169, INCISOS 1 Y 2, 170 PÁRRAFO PRIMERO
DEL CÓDIGO DE FAMILIA, UNA MIRADA CON LOS
LENTES DEL GÉNERO**

Licda. Laura Navarro Barabona
Docente Cátedra Derecho y Género
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

RESUMEN:

El Código de Familia, en materia de obligaciones alimentarias requiere una lectura con perspectiva de género.

Palabras clave: Sexismo, poder, relaciones asimétricas, sistema patriarcal, análisis de género.

ABSTRACT:

The Family Law, regarding alimentary obligations, requires a gender perspective.

Key words: Sexism, power, asymmetric relations, patriarchal system, gender analysis.

SUMARIO:

- I. Introducción
2. Desarrollo
3. Conclusión
4. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

En materia de pensiones alimentarias el Código de Familia, en su artículo 169, incisos 1 y 2, indica que se deben alimentos los cónyuges entre sí, los padres a sus hijos menores o incapaces y los hijos a sus padres. Por su parte el artículo 170 párrafo primero, indica que los cónyuges pueden solicitar alimentos para sí y sus hijos comunes, aunque no estén separados.

Este artículo pretende hacer un pequeño aporte al análisis de dos normas con perspectiva de género, considerando los estereotipos sexistas y como éstos han creado a través de la historia ventajas o desventajas para los diferentes sexos. Así mismo, se analiza si los roles tradicionales impuestos a hombre y mujeres fueron considerados al momento de crearse esas normas, o si por el contrario, al no considerarse debiera en este momento histórico interpretarlas y aplicarlas con otra perspectiva más humana y equitativa.

2. DESARROLLO

Es necesario hacer un análisis a la luz del género y del poder en nuestra sociedad costarricense y una crítica a la normativa mencionada, así como su aplicación por parte de los administradores de justicia. Para este efecto partiremos de que el género es una condición social y cultural construída históricamente, por tanto el deber ser de los hombres y el deber ser las mujeres están predeterminados por su cultura, y el momento en que nazcan y se desarrollen. El género está compuesto por un conjunto de características, roles y actitudes que conforman ese deber ser de hombre y mujer. Por otro lado, la categoría género es en muchas ocasiones, y por muchas personas, confundida con sexo, siendo que ese último se refiere a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, y no como en el primer caso a diferencias por construcción cultural o social.

Para efectos de la lectura de este artículo se debe además definir algunos términos como el sexismo, poder y relaciones asimétricas. El sexismo es la creencia de la superioridad del sexo masculino, por tanto conlleva a una serie de privilegios para los hombres en detrimento del sexo femenino. El Poder es un concepto clave debido a que está presente en todas las relaciones humanas, y está referido a la posibilidad que tienen unas personas para que otras cumplan sus mandatos,

esto con el fin de ejercer control sobre recursos o personas, para tener influencia sobre algunas y determinadas situaciones o personas. Si las relaciones de poder son desiguales entre hombres y mujeres se habla de relaciones asimétricas de poder, aquí los mandatos, el control y la influencia la ejercen los hombres sobre las mujeres.

Nuestra sociedad se rige por su sistema patriarcal, en el cual el parámetro de lo humano lo constituye el hombre, y es quien actúa y realiza sus acciones en el ámbito público, que es aquel en que se ubica el trabajo fuera del hogar, dentro de este la política, la economía y la producción humana. La mujer es vista dentro del sistema patriarcal como “el otro” de los seres humanos, su accionar se encuentra dentro del ámbito privado y es reservado para ella por el hecho de ser “mujer” y “el otro” de la humanidad. De acuerdo con este sistema es quien estará a cargo de los quehaceres domésticos y del hogar, cuidado de los hijos, hermanos, padres, adultos mayores y enfermos, además su rol debe siempre entenderse como reproductora y responsable de la procreación, labores y tareas vistas y entendidas como “naturales” y por algunas personas percibidas como “asignadas por Dios”.

Al ser el hombre ubicado dentro del ámbito público, éste por su trabajo fuera del hogar, ha sido considerado como el “proveedor”, y la mujer en el ámbito privado como “hacedora” de los servicios necesarios para que el hombre, ser dominante y con el poder, pueda desenvolverse fuera de la casa, y cumplir su rol de proveedor, excluyéndolo de la distribución equitativa del trabajo doméstico y de su paternidad responsable.

Al cuestionarnos ¿qué relación tiene el derecho con este sistema y por qué se habla dentro del estudio del derecho del género?, debemos hacer mención de que existen varios instrumentos para mantener cualquier sistema que sea base de una sociedad. Es así como en una sociedad patriarcal, como la nuestra, se encuentran como medios para perpetuar este sistema, entre otros, la educación, la religión, el lenguaje, la familia, el Estado, y para nuestro interés en este artículo las ciencias, y dentro de éstas el derecho.

El derecho como ciencia, estudia, transmite conocimiento y formas de entender, desde una perspectiva jurídica, al mundo. Como función social el derecho debe regular la convivencia entre las personas, y dentro de estas la “convivencia entre los hombres y las mujeres en una sociedad determinada con el fin de promover la

realización personal y colectiva de quienes hacen parte de una comunidad, en paz y armonía”.⁽¹⁾ Debe a su vez regular las relaciones de poder entre las personas, y otra vez entre hombres y mujeres. Es aquí precisamente, en donde se genera la desigualdad e inequidad, por ser esas relaciones de poder desiguales, y conforme a nuestro sistema patriarcal, el poder lo ostentan los hombres.

Debemos considerar que las normas no siempre son objetivas, aunque se hable de imparcialidad a la hora de aplicar el derecho, su aplicación e interpretación tampoco pueden ser totalmente objetivas. Tanto la creación, la aplicación e interpretación del derecho son actividades realizadas por personas, por lo que nos encontramos teñidos por el sistema, pensamiento, valores y formas de concebir el mundo, además, por el pensamiento de lo que deben ser y hacer las mujeres y los hombres; por esta razón al momento de producir, reproducir y aplicar el derecho no podemos desprendernos de ellos.

Al estar la mujer a través de la historia asignada al ámbito privado, se produce hacia ella discriminación e inequidad de trato, ya que su acceso paulatino al ámbito público ha sido tortuoso y por tanto difícil. Aunque se han logrado cambios importantes, las mujeres han tenido que multiplicar esfuerzos ocasionando falta de reconocimiento de sus méritos y capacidad, pues éstos van asociados “al otro” del ser humano que descuida su deber ser y su rol esencial para la humanidad, reproducir y mantener la raza humana, cuidar y servir a los otros seres humanos, para lograr que los hombres produzcan eficientemente, y preparar a las niñas para que se encarguen en el futuro de su rol de cuidadoras en forma también eficiente.

Este mismo sistema patriarcal asigna privilegios tradicionales para los hombres y desventajas tradicionales para las mujeres,⁽²⁾ para lograr la verdadera equidad e igualdad de género se deben eliminar estas desventajas y privilegios que han sido tradicionalmente vinculadas con el sexo, y no con el género.

(1) Facio, Alda y Fries, Lorena. *Género y derecho*. LOM Ediciones, La Morada, primera edición, 1999, págs. 84, 85.

(2) *Idem*.

Los artículos 169 y 170, el primero en sus incisos 1 y 2, y el segundo en su párrafo primero, indica que los cónyuges pueden solicitar alimentos para sí y sus hijos comunes, aunque estén separados; ha pesar de parecer no ser discriminatorio, y por el contrario, una norma que logra la igualdad entre hombres y mujeres, o simplemente ser neutral, se aprovecha de los privilegios tradicionales de los hombres, ubicados, como lo mencionamos anteriormente, en el ámbito público, y las desventajas tradicionales de la mujer, ubicada en el ámbito privado con su rol asignado en el quehacer doméstico, servicios y reproducción de la humanidad. Partiendo de un análisis, como el que estamos haciendo en este artículo, de género, derecho y poder, para lograr que la norma no discrimine por resultado, ya que no se deja ver esta discriminación a través de la lectura de la norma, se debe primero eliminar estas desventajas y privilegios. La norma en cuestión y sujeta de análisis no puede ser aplicada “por igual”, porque iguales no han sido los roles asignados, ni lo son actualmente, y aunque quienes defienden que el avance hacia el acceso real de la mujer al ámbito público, ya se logró, o falta muy poco, lo cierto es que las mismas convenciones a nivel internacional dicen lo contrario. La CEDAW acepta que la discriminación en contra de la Mujeres existe, la Convención de Belén Do Pará, acepta y manifiesta que la violencia hacia la mujer existe, y se da hacia la mujer por el solo hecho de ser mujer, y se ha aceptado que las mujeres al realizar los mismos trabajos que los hombres, la remuneración siempre es más baja.

Pretender aplicar la normativa en análisis del Código de Familia tiende a ser discriminatorio y desvirtúa el espíritu mismo de la norma, que pretendió desde un principio un aporte económico a aquellas mujeres adultas, que bajo su rol dentro del ámbito privado, de servicio y cuidado a su esposo o pareja, e hijos, no pudo ingresar al ámbito público y ser una persona también proveedora en el hogar, o que aún habiendo ingresado al sector remunerado, no alcanzó un ingreso económico de acuerdo a sus labores, o no tuvo la oportunidad de ser más eficiente y estudiar más, porque debía, aparte de esta jornada, cumplir su segunda y tercera jornada en labores domésticas del hogar, de cuidado de terceras personas y reproductivas. Además por su rol debió, durante la relación con su pareja, proveerle todos los servicios y condiciones necesarias para que él pudiera realizarse como profesional y/o trabajador ideal y eficiente.

Extinguida la relación, o al decidir ambos que el compañero o esposo quedará con alguno, algunos o todos los hijos o hijas de la

relación, se ha tomado como práctica que este compañero, excompañero, esposo o exesposo solicite pensión alimentaria para sí o para sus hijos, con la consiguiente orden de apremio corporal por no poder esa mujer proveer el monto correspondiente. En este caso deben considerarse esas desventajas tradicionales de las mujeres, y esos privilegios tradicionales de los hombres, ubicar y no olvidar que se trata de mujeres con roles asignados en los cuales han aportado un trabajo familiar, y que han sido vulnerabilizadas por la sociedad, y por tanto no han tenido el mismo trato, de acuerdo a su condición de seres humanas, no como “el otro”, sino como parte de la humanidad, y la que la equidad ha estado ausente desde el momento mismo en que se supo que sería mujer. En este caso no puede regirse la resolución por el hecho de ser mujer en el sentido biológico, sino que debe aplicarse la norma de acuerdo al género y por tanto considerar lo siguiente: a) el rol que se le ha asignado y que ha tenido que cumplir; b) las oportunidades que ha tenido o ha dejado de tener por el hecho de ser mujer; c) si realmente puede llegar a ser proveedora, siendo que se le asignó ser cuidadora-reproductora y no proveedora; d) si se le asignó y en algunos casos obligó, por parte de su compañero, sea este de derecho o de hecho, a ocupar su sitio únicamente en el ámbito privado. Por otro lado, valorar el rol asignado al hombre, y desde la perspectiva del género analizar las ventajas tradicionales asignadas por el hecho de ser hombre, creado para ser proveedor, para ubicarse dentro del ámbito público, a no encargarse de asuntos domésticos, sociales, sentimentales o de sus hijos o hijas.

3. CONCLUSIÓN

El análisis realizado es una alternativa propuesta para leer las normas, aplicarlas e interpretarlas, usar los lentes del género y así lograr la equidad de género que requerimos en el mundo. Se lograría además, que el derecho pueda cumplir su función social, y se convertiría en un agente transformador de la sociedad, por tanto, consecuentemente podríamos emprender un camino para vivir en una sociedad más justa y equitativa. No omito indicar que a pesar de ser este el momento histórico para aplicar la norma de acuerdo a este análisis, en el futuro de acuerdo a la misma equidad de género podría aplicarse diferente, en el momento en que las mujeres logremos ingresar de lleno al ámbito público, y los hombres logren ingresar de lleno al ámbito privado. Se lograría entonces la corresponsabilidad en el manejo de los asuntos

públicos, políticos, religiosos, etc., por parte de las mujeres, y por otro lado la corresponsabilidad en asuntos familiares, paternales, domésticos, de cuidado de los otros seres humanos, por parte de los hombres.

4. BIBLIOGRAFÍA

Código de Familia. Editec, Editores. San José, Costa Rica. Tercera Edición, 1997.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Recopilación de instrumentos internacionales. Naciones Unidas. Nueva Cork, 1988.

Facio, Alda y Fries, Lorena. *Género y derecho*. LOM Ediciones, La Morada, Primera Edición, 1999, págs. 84, 85.

Instituto Interamericano de Derecho Humanos. Acercándonos a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres. San José, Costa Rica, 2003.

LA “DEFENSA” DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Lic. Gustavo González Solano

Profesor de Lógica Jurídica

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

(Recibido 20/05/04; aceptado 13/06/05)

RESUMEN:

Los artículos 195 y 196 son normas superiores a la Constitución Política, dado que la regulan. La modificación de estos artículos le corresponde a la Asamblea Nacional Constituyente, no a la Asamblea Legislativa.

Palabras clave: Legalidad, norma, Estado, Constitución Política.

ABSTRACT:

The constitutional articles 195 and 196 are superior norms to the Constitution, since they regulate it. The modification of those articles corresponds to the Constituent National Assembly, not to the Legislative Assembly.

Key words: Legality, rule, Estate, Constitution.

SUMARIO:

- I. Las declaraciones de inconstitucionalidad de la Sala Constitucional, son inconstitucionales [¡a pesar de ser inconstitucionales!]

Introducción

- a) Apreciación contradictoria: el problema de “legalidad”
 - 1) ¿Pretensión deducida de una ley?
 - 2) ¿Acto de la Administración Pública?
 - 3) Derecho Administrativo o Derecho Constitucional?
- b) Conclusión y recomendaciones absurdas

- II. Inconstitucionalidad de la reforma de los incisos 1) y 9) del artículo 195 de la Constitución Política

Introducción

- a) Naturaleza jurídica del artículo 195
- b) Normas Superiores a la Constitución Política
- c) Incoherencias a la hora de reformar el artículo 195
 - 1) Imposibilidad de corroborar jurídicamente el cumplimiento de requisitos de la reforma
 - 2) Violación de la voluntad originaria de la Asamblea Constituyente
 - 3) Solución del dilema
 - 4) Reforma del artículo 195 mediante el artículo 195
- d) Pronunciamiento de la Procuraduría General de la República
- e) Respuesta al Pronunciamiento de la Procuraduría General de la República
 - 1) Los límites del Poder Reformador
 - 2) Distinguir diferentes tipos de normas
 - 3) Que no hay contradicción lógica al reformar el artículo 195 de la Constitución Política

Bibliografía

I. LAS DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA SALA CONSTITUCIONAL, SON CONSTITUCIONALES [¡A PESAR DE SER INCONSTITUCIONALES!]

Introducción

En un artículo anterior⁽¹⁾ se explicó la curiosa situación que se presenta entre la *Ley de la Jurisdicción Constitucional* (LJC) y el *Código Procesal Civil* (CPC), donde, según nuestro parecer, el CPC derogó los artículos 86 a 95 de la LJC. Lo cual provoca que la Sala Constitucional no pueda declarar la inconstitucionalidad de una norma, ya que no puede utilizar una normativa no vigente. Lo que ocasiona que sus declaraciones de inconstitucionalidad fueran *inconstitucionales*, dado que se apoyaban en una normativa no vigente, lo cual era contrario a la Constitución Política.

La misma Sala Constitucional se pronunció al respecto mediante el voto **N. 9079-2002** donde básicamente dijo que el CPC era ANTERIOR a la LJC, por lo cual no se había producido ninguna derogatoria de los artículos 86 a 95 de la LJC.

En un escrito de aclaración y adición que presenté ante la misma Sala el 25 de noviembre de 2002, expliqué a los señores magistrados que dicho fallo presentaba una serie de contradicciones, entre las cuales, destacaba la más importante que era que habían considerado que *“el 19 de OCTUBRE de 1989” era una fecha POSTERIOR al 3 de NOVIEMBRE de 1989*”, *dado las fechas de vigencias de ambas leyes:*

-La LJC entró en vigencia el 19 de octubre de 1989, mientras que -el CPC entró en vigencia el 3 de noviembre de 1989, y -el 3 de noviembre de 1989 es POSTERIOR al 19 de octubre de 1989, - esto quiere decir que el CPC es posterior a la LJC, y por ende, el CPC derogó a [parte] de la LJC, ya que las leyes posteriores derogan las anteriores (Art. 129 Const. Pol.).

(1) *“La lógica de la constitucionalidad”* en **Revista de Ciencias Jurídicas**, San José, N. 102, setiembre-diciembre 2003, pp. 61-70.

Obsérvese que el asunto es muy sencillo, es un problema de vigencia de normas contemplado en el párrafo quinto del artículo 129 de la Constitución Política: “La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior”.

Presentado dicho escrito, espere que así fuera “comprendido” por dicha Sala. Lo cual extrañamente no pasó. Al respecto, ella emitió el voto 11716-2003, donde manifiesta que:

“...SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas con treinta y nueve minutos del quince de octubre del dos mil tres. I....

II. En relación con la sentencia N. 2002-9079.

Este Tribunal estima que la sentencia que se solicita se adicione y aclare, no contiene, ni en su parte considerativa ni dispositiva, omisiones o imprecisiones que justifiquen acoger la gestión presentada. En este sentido, el accionante debe tomar en consideración que la Sala “rechazó de plano” la acción interpuesta. **Esto significa que estimó que la acción era inadmisibile, porque lo planteado -vigencia de leyes en el tiempo-, es un problema de legalidad, no de constitucionalidad;** tiene por tanto, una sede jurisdiccional y un procedimiento específico. En tales casos, el Tribunal no puede analizar ni valorar el fondo de los argumentos presentados. La Sala no tiene obligación de pronunciarse sobre un problema que no es de constitucionalidad, pues no solo su competencia la limita para ello de conformidad con la Constitución Política y la ley de la Jurisdicción Constitucional, sino que de hacerlo de hecho, interferiría con la competencia de los Juzgados Contencioso-Administrativos-, los que de conformidad con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, **son los competentes para conocer y resolver sobre las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativos** (Art. 1). Por tal motivo, se impone rechazar la solicitud formulada...”

Inmediatamente surgieron dos grandes inquietudes:

-¿NO ES UN PROBLEMA DE CONSTITUCIONALIDAD la vigencia de las leyes en el tiempo? ¿Pero acaso el artículo 129 de la Constitución Política no regula la vigencia de las leyes en el tiempo? Si dicho artículo sí regula eso y además está en la Constitución Política, por ende sí es un problema de CONSTITUCIONALIDAD, ¿o me equivoco?

-La Sala Constitucional me manda a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para que allí presente mis PRETENSIONES que surjan de la aplicación [legalidad] de los actos y disposiciones de la **Administración Pública** sujetos al **Derecho Administrativo**, pero... hay tres objeciones a ello:

1. No se pretendía la aplicación de ninguna de las leyes, sino que se impugna LA LEY MISMA, no se impugnó ni se demandó ninguna pretensión que se deduzca de la ley, sino que es la VALIDEZ de la ley misma.
2. Igualmente ¿cómo se va a ir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa? si el acto [creación/derogación de una ley] no lo hizo la Administración Pública sino la ASAMBLEA LEGISLATIVA.
3. Por la misma razón, ¿cómo voy a ir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa?, si el acto [creación/derogación de una ley] NO ES materia de DERECHO ADMINISTRATIVO, sino de DERECHO CONSTITUCIONAL.⁽²⁾

Por lo anterior me propuse a estudiar seriamente el tema, lo que originó, estas consideraciones que a continuación expongo.

(2) Además de los elementales artículos 1, 2 y 3 de la misma ley: “Artículo 1. La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar **LA SUPREMACÍA DE LAS NORMAS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES...**” ¿acaso el Art. 129 de la Constitución Política, no es de la Constitución Política?

a) Apreciación contradictoria: el problema de “legalidad”

Afirma la Sala Constitucional que:

“...Esto significa que estimó que la acción era inadmisibile, porque lo planteado-vigencia de leyes en el tiempo-, es un problema de legalidad, no de constitucionalidad; tiene por tanto, una sede jurisdiccional y un procedimiento específico. En tales casos, el Tribunal no puede analizar ni valorar el fondo de los argumentos presentados. La Sala no tiene obligación de pronunciarse sobre un problema que no es de constitucionalidad, pues no solo su competencia la limita para ello de conformidad con la Constitución Política y la ley de la Jurisdicción Constitucional...”

En realidad, bien estudiado el asunto, la vigencia de las leyes no es un problema de legalidad sino de constitucionalidad. Probemos esta afirmación, mediante la prueba de reducción al absurdo.⁽³⁾

1) ¿Pretensión deducida de una ley?

La Sala Constitucional afirma que es un problema de legalidad y que hay una sede jurisdiccional y un procedimiento específico. Efectivamente señala el Art. 1., inciso 1 de la *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* que:

“...Artículo 1.1. Por la presente ley se regula la Jurisdicción contenciosa-administrativa establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, encargada de

(3) Ver CAMACHO NARANJO (Luis Angel). *Introducción a la Lógica*. San José. Editorial de la Universidad de Costa Rica, Segunda Edición, 2003, pp. 98-124. Este es un procedimiento lógico muy utilizado para probar los razonamientos inválidos. Para verificar la invalidez de un razonamiento se empieza primeramente por darle la razón al oponente, a ver si efectivamente la posición y conclusión de él (ellos) es correcta. Si es correcto efectivamente no se encontrará ninguna contradicción, pero si surge alguna contradicción, la opinión del oponente cae, y por consiguiente es errada e inválida.

conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo...”

Muy bien, supongamos efectivamente que mi pretensión es un problema de legalidad y no de constitucionalidad. Eso quiere decir que mi pretensión, para que sea ADMISIBLE, debe deducirse de la aplicación de alguna LEY donde se pueda verificar la LEGALIDAD del acto.

Pero aquí es donde encontramos el primer problema, primero porque no hay UNA LEY de la cual pueda deducirse mi pretensión; y segundo, porque no se pretende verificar la legalidad de un [algún] acto.

Efectivamente los Juzgados y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa son los competentes para conocer y resolver las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de una ley, pero no así de LEGALIDAD DE LA LEY MISMA.

Se pretende que se tenga por derogados los artículos 86 al 95 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, y el acto es la creación/derogación de una ley, no se revisa con otra [ninguna] ley, sino con la Constitución Política.

No se pretende la aplicación de ninguna de las dos leyes en particular, ni ningún derecho o pretensión que se deduzcan de ellas, sino que se pretende la aplicación del artículo 129 de la Constitución Política.

Por ello, no hay manera de verificar “la legalidad de una ley”, dado que su verificación no corresponde a una ley, ni corresponde tampoco a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino que corresponde a una norma superior, como lo es la Constitución Política, que de conformidad con el artículo 10 de la Constitución Política y 73 inciso a) de la *Ley de la Jurisdicción Constitucional* le corresponde a la Sala Constitucional:

“...Artículo 73. Cabrá la acción de inconstitucionalidad: a) Contra las **leyes** y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional...”

Si todo lo anterior es así de cierto, NINGUN JUEZ CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO VA A ADMITIR ESTA ACCIÓN, dado que NO se cumple el inciso 1.1. de la *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, es decir no existe una ley que ampare la pretensión, sino que es una “acción” para impugnar las leyes mismas.

Por lo que, se produce, en realidad, una imposibilidad de acudir a una sede jurisdiccional e inexistencia de procedimiento específico para dilucidar dicha pretensión, con lo cual se viola el **debido proceso** constitucionalmente establecido y hasta se está realizando una **dene-gación de justicia**, es decir, violación de los artículos 27, 39 y 41 de la Constitución Política.

2) ¿Acto de la Administración Pública?

La creación/derogación de una ley de conformidad con el artículo 121 inciso 1) de la Constitución Política es competencia absoluta, exclusiva y propia de la Asamblea Legislativa.⁽⁴⁾ El Poder Ejecutivo, ni la Administración Pública, en el sentido más amplio de la expresión, NO crean ni derogan leyes. Ello solamente lo puede hacer la Asamblea Legislativa.

Motivo por el cual, nuevamente extraña la afirmación de la Sala Constitucional, al decir que la discusión de la vigencia o no de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, es decir, de una Ley creada por la Asamblea Legislativa, deba de ir a dilucidarse a la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, porque es un acto de la Administración Pública.

En este caso, la Sala Constitucional afirma que la Asamblea Legislativa forma parte de la Administración Pública, y que la revisión de sus actos le corresponde al juez contencioso-administrativo. Ello no es así dado que primeramente, en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa no se expresa que los actos normales, tradicionales, propios y hasta debidos de la Asamblea Legislativa sean competencia de dichos jueces, sino más bien, **todo lo contrario**:

(4) HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). *El Derecho de la Constitución*. San José. Editorial Juricentro, 1994, p. 36.

“...Artículo 1.4. Para los efectos del párrafo 1 se entenderá por Administración Pública: a) El Poder Ejecutivo; b) Los Poderes Legislativo y Judicial en cuanto realizan, EXCEPCIONALMENTE, función administrativa...” (énfasis no es del original)

¿Acaso la función legisladora consagrada en el artículo 121 inciso 1) de la Constitución Política, es la función *excepcional* de la Asamblea Legislativa?⁽⁵⁾

Por lo que si bien, la Asamblea Legislativa puede ejercer excepcionalmente *función administrativa*, lo indicado por dicha norma precisamente aclara dos puntos: i) Que la Asamblea Legislativa no es parte de la Administración Pública; y ii) Que la función principal de la Asamblea se encuentra fuera de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. La Asamblea Legislativa no es la Administración Pública, ni siquiera en el más amplio de los sentidos o conceptos que pueda atribuírsele a esta última expresión, ni está sujeta al procedimiento ni a la jurisdicción indicada por la Sala Constitucional.

La Sala Constitucional no tendría competencia para conocer no solo de la vigencia de las leyes, sino también de la violación de todas las leyes de la Asamblea Legislativa, simplemente porque dicha Asamblea es parte de la Administración Pública, lo cual es absurdo.

Si así fuera, todos los actos de la Asamblea Legislativa deben ir a verificarse al juez contencioso-administrativo y no al juez constitucional. Lo cual amplifica indebida, ilegal y hasta inconstitucionalmente la competencia del primero, y reduce, disminuye y hasta desvía (también indebida, ilegal e inconstitucionalmente) la competencia del segundo.

(5) Dentro de este orden de ideas, la Asamblea constituye el supremo órgano estatal, tanto por ser el cuerpo representativo del titular de la soberanía (artículos 2 y 105 C.P.) como porque sus decisiones fundamentales (leyes) se imponen no sólo a los ciudadanos sino también a los demás órganos y entes estatales (Art. 129 CP). Su única limitación, en este sentido, **es el sometimiento de sus actos al contralor de constitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 y 48 de la Constitución y eventualmente al contralor de legalidad, cuando ejerza excepcionalmente actividad administrativa (Art. 49 de la C.P.)...** (énfasis no es del original) Idem.

3) **¿Derecho Administrativo o Derecho Constitucional?**

Lo indicado anteriormente aclara llanamente el tipo de Derecho aplicable a este caso: las funciones principales de la Asamblea Legislativa, como lo es la creación/derogación de leyes no corresponden evidentemente al Derecho Administrativo, ni a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino que son propias del Derecho Constitucional, ya que devienen del ejercicio y aplicación del Art. 121 inciso 1) de la Constitución Política; y son competencia exclusiva de la Sala Constitucional.⁽⁶⁾

b) **Conclusión y recomendaciones absurdas**

Pero por todo lo anteriormente dicho, no es cierto que exista una sede jurisdiccional capaz de conocer de este caso, ni tampoco es cierto que exista un procedimiento específico para ello.

Por lo anterior, no se entiende como la Sala Constitucional puede afirmar que:

“...En tales casos, EL TRIBUNAL NO PUEDE ANALIZAR NI VALORAR EL FONDO DE LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS. La Sala no tiene obligación de pronunciarse sobre un problema que no es de constitucionalidad, pues no solo su competencia la limita para ello de conformidad con la Constitución Política y la ley de la Jurisdicción Constitucional, **SINO QUE DE HACERLO DE HECHO, INTERFERIRÍA CON LA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS**, los que de conformidad con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, son los competentes para conocer y resolver sobre las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativos (Art. 1)...” (énfasis es nuestro).

(6) Ver Art. 10 de la *Constitución Política*.

Igualmente tampoco es correcto afirmar que “*el tribunal no puede analizar ni valorar el fondo de los argumentos presentados*” como señaló en este voto si así lo manifestó en el voto anterior # 9079-2002, donde trató [¡incorrectamente, pero trató!] de analizar y valoró el fondo de los argumentos presentados, como lo hace al final de primer párrafo del considerando primero “*Presupuestos y formalidades para la admisión de la acción de inconstitucionalidad*”:

“...En el caso en estudio, si bien la Sala ha indicado que los problemas de vigencia de la ley no suponen vicios de naturaleza constitucional y son de resorte exclusivo del juez ordinario. **EN ESTE CASO, POR TRATARSE DE LA IMPUGNACIÓN DE NORMAS DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ES LA PROPIA SALA LA LLAMADA A RESOLVER EL DIFERENDO...**” (énfasis no es del original).

Por lo que la Sala Constitucional tiene la obligación de pronunciarse sobre este problema, dado que es un problema de constitucionalidad, el cual sí está dentro de la competencia señalada por la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Por lo que pregunto, ¿acaso no está la Sala dictando una resolución contraria a las leyes y fundada en hechos falsos?⁽⁷⁾

(7) Art. 350 del *Código Penal*. Pero ver igualmente el Art. 199 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “...Será rechazada de plano toda queja que se refiera exclusivamente a problemas de interpretación de normas jurídicas...” Pero todas las normas se interpretan ¿o no? [Ver GONZALEZ SOLANO (Gustavo), *Semiótica Jurídica*. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 57], o es que ¿acaso la contradicción es un tipo de interpretación? [Ver GONZÁLEZ SOLANO (Gustavo), *Lógica Jurídica*, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2003, p. 39].

II. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA DE LOS INCISOS 1) Y 9) DEL ARTÍCULO 195 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Introducción

Considero que la Reforma Constitucional de los incisos 1) y 9) del artículo 195 de la Constitución Política [publicada en *La Gaceta N. 118 de 20 de junio de 2002 (Ley N. 8281)*, y versa sobre la creación del mecanismo democrático del referéndum] **contradice el artículo 195** de nuestra Constitución Política porque dicho artículo no puede ser reformado por el trámite establecido para él mismo [art. 195 reformando el art. 195?], dado que ello viola el más elemental **principio de jerarquía de normas jurídicas**, y **el procedimiento de reforma de la Constitución Política**, consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, como a continuación se demuestra:

a) Naturaleza jurídica del artículo 195

En todo sistema jurídico, las normas jurídicas se organizan en un sistema de jerarquías, donde hay normas jurídicas que regulan otras normas jurídicas (sea en su modo de creación, interpretación, modificación o derogación). Para que no haya desórdenes ni contradicciones, *las normas* que regulan a las otras normas deben ser de un *rango jerárquico superior* a las normas reguladas y éstas, a su vez, por ende, deben ser de un rango jerárquico inferior, es decir que *las normas superiores regulan las normas inferiores*.

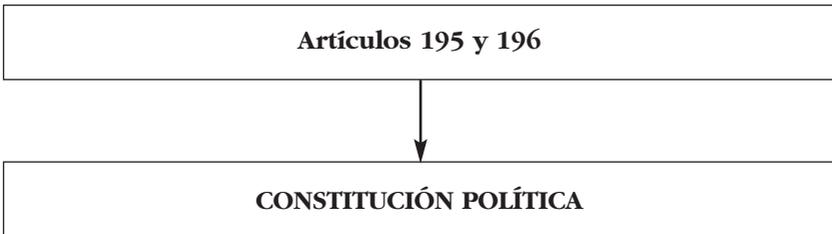
Así, para regular un reglamento se requiere de una ley o una norma superior que regule su existencia, no de otro reglamento. Igualmente para regular una ley se requiere de una norma superior -tratado internacional o Constitución-, y no de un reglamento o de otra ley.

No tiene sentido que una norma inferior regule a otra norma de rango superior, ya que ello sería un absurdo y, de la misma forma, es contradictorio que una norma regule a otra norma de su mismo rango, ya que ello va en contra del mismo sistema de jerarquías, y además en contra de la misma norma. Por lo que deben plantearse tres principios básicos:

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none">1) Normas superiores sí regulan normas inferiores2) Normas inferiores no regulan normas superiores3) Normas de un mismo rango no regulan normas del mismo rango |
|---|

b) Normas Superiores a la Constitución Política

Estas expresiones jurídicas tienen por OBJETO DE REGULACIÓN otras normas jurídicas. La expresión jurídica que regula a otra (u otras) expresión (s) jurídica (s), se denomina META-NORMA. En Lógica Jurídica, dichas expresiones reciben el nombre de “meta-normas” (meta: más allá). Son expresiones jurídicas que tienen como objeto de regulación otras expresiones y se debe entender que están en un plano conceptual mayor, más alto o “por encima” de las normas que regulan.



Los artículos 195 y 196 de la Constitución Política son en realidad META-NORMAS, con un rango lógico y jurídico superior a las normas de la Constitución que regulan, dado que tiene por OBJETO DE REGULACIÓN a la misma Constitución Política.

Las Meta-normas, como tales, deben ubicarse en un plano conceptual mayor o más “alto” (rango jerárquico mayor) que las normas que regula, para que no existan contradicciones NI eventuales paradojas en el sistema normativo.

El artículo 195 es una norma superior a la Constitución, que regula a todas las normas de la Constitución. El art. 195 regula **a la** Constitución, pero no es **de la** Constitución Política.

Una norma constitucional que contradice otra norma constitucional, no podría ser declarada lógicamente inconstitucional, a menos que se considere que dicho art. 195 tiene un rango jerárquico superior a la misma constitución. Y de hecho, los artículos 195 y 196 de la Constitución tienen ese rango SUPRA-constitucional.

De no ser así, ¿cómo sería posible declarar la inconstitucionalidad de una norma constitucional por violar otra norma constitucional, si no

es porque alguna de las dos, tiene alguna relevancia o rango jerárquico mayor? Y en este caso, se está afirmando que es precisamente las normas constitucionales de procedimiento de reforma de la Constitución.

La práctica jurídica real ha mostrado el interés en eliminar las normas de la Constitución que contradigan el art. 195, justamente porque se le estipula al artículo 195 una superioridad mayor que las demás normas de la misma Constitución.

Si no fuera así, ¿cómo sería posible que una norma de la Constitución contradiga el art. 195, si ambas son del mismo rango? Si se pensara que el art. 195 es una norma de la Constitución, ¿cómo sería posible hacer estudio de una norma de la Constitución con otra norma de la misma Constitución? Ello es un sinsentido, dado que supuestamente ambas tienen el mismo rango jerárquico. Como esta última opción es absurda, la única manera es pensar que dicho artículo tiene una relevancia mayor [¿rango jerárquico superior?] a las demás normas de la Constitución.

Por lo que se debe deducir lógica y jurídicamente que existen dos META-NORMAS CONSTITUCIONALES, es decir, dos normas jurídicas que regulan toda la CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Y son las referidas a la posibilidad de REFORMARLA, sea de manera GENERAL, o de manera PARCIAL.

Si imaginamos la posibilidad que pretendió llevar a cabo la Sala Constitucional como que la “autorregulación”, es decir que cualquier expresión jurídica dicte sus propios procedimientos de creación, modificación, interpretación, aplicación y derogación, permitiríamos la validez de expresiones jurídicas que anulen su propia función reguladora. Convierte en imposible la sola posibilidad que otra norma, distinta de ella misma, la regule. Puede auto dictarse una norma que ninguna otra norma la regule. Lo cual viene a contradecir, la idea, finalidad y función de la misma norma. Tal autorregulación va en contra de la idea misma de normas jerárquicamente “superiores” y normas jerárquicamente “inferiores”.

Si supuestamente se pretendiera reformar el artículo 195 de la Constitución Política supuestamente se debería seguir el procedimiento de *reforma parcial* de la Constitución, dado que dicho artículo ESTÁ EN LA Constitución. ¿Pero dicho procedimiento de reforma es justamente el estipulado en el mismo artículo 195, que estamos precisamente reformando? Ello conllevaría a las siguientes incongruencias.

c) Incoherencias a la hora de reformar el artículo 195

1) Imposibilidad de corroborar jurídicamente el cumplimiento de requisitos de la reforma

Si se pretendiera reformar artículo 195, él mismo “caería” dentro de sus propias regulaciones, y obviamente se crea un dilema que es la *imposibilidad de verificar su propia auto-reforma*; ya que al ser reformado, deja de existir, la norma, que se usó para aprobar la reforma, con lo cual, no es posible [a posterior] COMPROBAR el cumplimiento de dichos requisitos.

De igual manera, al ser reformada no será posible utilizar la nueva norma para verificar dichos requisitos, ya que esa norma no fue la que se usó en la reforma. Lo lógico es que dicho artículo no se regule a sí mismo.

A la hora de seguir ese procedimiento, se deroga la normativa que precisamente se aplicó para establecer los nuevos requisitos. Y al acontecer esto, ya no es posible posteriormente VERIFICAR la validez o no de dicha reforma, ya que la norma [original] que tenía los requisitos para corroborar ese cambio no existe como norma jurídica válida y vigente; no hay una norma jurídica que sirva para corroborar el cumplimiento de esas directrices, ya que fue eliminada.

De igual manera, la nueva norma no puede servir de criterio para establecer la validez de esa nueva reforma, precisamente porque nunca se ha aplicado. Por lo que prácticamente cualquier estudio de esa reforma -que paradójicamente es la norma que estipula la forma de reformar las normas constitucionales- nunca se podría llevar a cabo debidamente. Por lo que nunca se podría invalidar esa reforma en caso de que esté mal reformada, dado que no existe [jurídicamente] el criterio jurídico con el cual compararla; por lo que indefectiblemente se tendrá por “validada” y vigente.

Si el artículo 195 regula normas jurídicas de su mismo rango, ella misma debe “caer” dentro de sus propias directrices, por ser del mismo rango, y dado que no puede excluirse de su propia regulación (¡a menos que sea otro tipo de norma, pero entonces no serían del mismo rango!) no se puede aplicar y pierde su función de norma.

El artículo 195 establece un procedimiento de reforma PARA LA CONSTITUCIÓN, no para el procedimiento mismo, ya que si se aplica a sí misma, lleva a la contradicción anteriormente indicada.

2) **Violación de la voluntad originaria de la Asamblea Constituyente**

Si no se observa esta incongruencia, y por el contrario afirmamos simplonamente que los artículos 195 y 196 son de la Constitución, y que por ello también se regularían a ellos mismos, ello necesariamente nos lleva a la siguiente contradicción:

Puede acontecer que, si la Asamblea Nacional Constituyente quiso que solamente ella reformara totalmente la Constitución Política, tal situación podría modificarse sin acudir la Asamblea Nacional Constituyente para que se exprese lo opuesto, por ejemplo, reformar el art. 196 para que diga: *“Que no se requiere de una Asamblea Nacional Constituyente para reformar totalmente la Constitución”*, dado que supuestamente serían normas constitucionales y como tales ellas mismas pueden reformarse siguiendo sus propios procedimientos.

El solo hecho de permitir la posibilidad de reformar estos artículos de esa manera (sin acudir a la Asamblea Nacional Constituyente), contradice las indicaciones de los mismos artículos. Con lo cual, la voluntad originaria de los asambleístas constituyentes queda cancelada. Lo cual es una evidente irregularidad en el sistema jurídico. Este es un caso típico del problema que presenta la norma “Prohibido prohibir”. Si es prohibido prohibir, ella misma se está prohibiendo a sí misma. Por lo que realmente, NO se está prohibiendo el prohibir, lo que quiere decir, que SÍ se puede prohibir...con lo que la regulación inicial (“Prohibido Prohibir”) se pierde y AUTO-CANCELA su propio significado. Igualmente está abierta la posibilidad para contradecir las indicaciones que señalaron los legisladores constitucionales.

La contradicción puede, tal vez, salvarse diciendo que este artículo tiene un ámbito autónomo de regulación. Pero de la misma manera, salta la siguiente pregunta a la mente: ¿Para qué, entonces, una autoridad superior a la Constitución, si la norma tiene su ámbito propio y la Asamblea Nacional Constituyente no va a tener ningún efecto sobre ella? Con lo cual, se niega de antemano la misma autoridad de la Asamblea y se niega también la necesidad del mismo sistema de jerarquía. Lo cual claramente no se desea ni se quiere hacer. Todos estos recovecos surge del error de confundir el *objeto regulado -que es la Constitución Política-*, con *la norma que regula ese objeto- que es otra norma distinta a la Constitución Política.*

Al existir esta confusión, se cae inmediatamente en las paradojas como las anteriores: Las normas que se regulan a sí mismas, se contradicen a sí mismas. Bueno, igual situación, les acontece a los artículos 195 y 196 de la Constitución Política. Ellas son las dos únicas normas jurídicas que se regulan a sí mismas; por ende deben contradecirse entre sí mismas.

En razón de lo anterior, se puede llegar a la absurda conclusión de que precisamente, el artículo que regula las reformas constitucionales nunca se va a poder aplicar a ella misma y prácticamente se eliminó la función de esa norma que era justamente regular las reformas de la Constitución.

De procederse de esa manera, evidentemente se olvida la idea, voluntad y finalidad de los asambleístas constituyentes que era establecer un procedimiento formal, estricto, tedioso y riguroso de reforma constitucional, el cual, a su vez, pudiera ser utilizado como parámetro para verificar la validez o no de todas las reformas constitucionales.

En breve: la norma que regula las reformas constitucionales no podría regularse a sí misma, y es que precisamente, lo lógico es que NO SE REGULE A SÍ MISMA.

3) Solución del dilema

Para desenredar estas paradojas se debe concebir que esos dos artículos (art. 195 y 196), en realidad no son normas CONSTITUCIONALES sino, NORMAS SUPERIORES A LA CONSTITUCIÓN, dado que regulan A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. ¿Normas jurídicas superiores a la Constitución Política? ¿Eso existe? A oídos de expertos y hasta de legos, tal idea parece absurda. Pero la realidad y la lógica nos dicen que no lo es.

Si el art. 195 no se puede (ni debe) regular a sí mismo, no es una norma del rango de las demás normas que pretende regular, sino que debe ser de un rango superior, superior a la Constitución Política. De otra manera no podrían tener un correcto y real efecto normativo.

Dicho artículo, no se puede considerar una norma constitucional, a pesar de estar en la misma Constitución sino que tiene un rango SUPERIOR a la Constitución Política. Son normas jurídicas SUPRA-

Constitucionales y a quien le corresponde un control o una modificación de esos artículos es a la Asamblea Nacional Constituyente, no a la Asamblea Legislativa ni a la Sala Constitucional.

Ello es así dado que las normas jurídicas en general, cuando regulan normas jurídicas (pueden obviamente regular otros objetos, como personas, instituciones, derechos, obligaciones, etc.), ellas solamente pueden regular otras normas jurídicas pero de inferior rango. No pueden regular normas del mismo rango, ni mucho menos regular normas de rangos superiores. Por ello es muy elemental y básico el principio que reza que en un sistema jerárquico “Una norma superior solamente puede regular a norma (s) de inferior rango”.

Para regular un Reglamento se requiere de una ley o una norma constitucional que regule su existencia. Igualmente para regular una ley se requiere de una norma superior -de tipo usualmente constitucional- para estipular su procedimiento, órgano encargado y materias a tratar. No es posible concebir una norma que regule las demás normas del mismo tipo, dado que si lo hiciera, ella misma entraría en contradicción consigo misma y además, entra en contradicción con otras normas de rango superior.

Sí hay normas jurídicas superiores a la Constitución Política y justamente son los artículos 195 y 196 *erróneamente ubicados* en la misma Constitución Política. El error parece estar en considerar que el artículo 195 por estar EN LA CONSTITUCIÓN, sea DE LA CONSTITUCIÓN.

4) Reforma del artículo 195 mediante el artículo 195

Por lo que volviendo a nuestro caso de estudio, la reforma constitucional (Ley 8281), que modifica los incisos 1) y 9) del artículo 195 de la Constitución Política, aunque bien intencionada, no es posible llevarla a cabo de la manera como se efectuó, dado que:

- i) El art. 195 no es una norma de la Constitución Política.
- ii) Por lo que dicho artículo no puede someterse al procedimiento de reforma de la Constitución, precisamente porque no es de la Constitución.
- iii) Someter dicho artículo al procedimiento de reforma de la Constitución genera las incongruencias, contradicciones y paradojas anteriormente señaladas.

- iv) Someter una norma que no es de la Constitución al procedimiento de reforma de la Constitución es inconstitucional.
- v) Por lo que de conformidad con el art. 10 de la Constitución tal reforma procede declararla inconstitucional.

Ante las anteriores consideraciones procedí a interponer una acción de inconstitucionalidad el 9 de abril de 2003, la cual fue tramitada bajo el expediente N° 03-004630-0007-CO- y a la cual se le dio audiencia a la Procuraduría General de la República la que expresó textualmente lo siguiente:

d) Pronunciamiento de la Procuraduría General de la República

“...El suscrito, Farid Beirute Brenes, mayor, casado, abogado, vecino de San José, portador de la cédula de identidad n.º 1-394-673, actuando en mi condición de PROCURADOR GENERAL ADJUNTO, según acuerdo del Ministerio de Justicia n.º 18 del 3 de mayo de 1989, publicado en “La Gaceta” n.º 92 del 15 de mayo de 1989, atento manifiesto:

En el carácter expresado, y dentro del plazo conferido mediante la resolución de las 15: 50 horas del 23 de octubre del 2003, notificada el día 27 de este mes, comparezco a contestar la audiencia concedida a la Procuraduría General de la República en la acción de inconstitucionalidad n.º 03-004630-0007-CO- planteada por GUSTAVO GONZÁLEZ SOLANO.

Según informa dicha resolución, este proceso es promovido a fin de que se declare inconstitucional “...la ley número 8281 que reformó los incisos 1) y 8) del artículo 195 de la Constitución Política publicada en La Gaceta N.º 118 del veinte de junio del dos mil dos.” “Manifiesta el accionante que por Ley 8281 se reformó parcialmente el artículo 195 constitucional, reforma que introdujo la figura del referéndum en la Constitución Política. Estima que esa reforma es inconstitucional, pues ese artículo no puede ser reformado por el trámite

establecido por él mismo, ya que ello violaría el principio de jerarquía de normas jurídicas y el procedimiento de reforma de la Constitución Política. Si se pretendía reformar el artículo 195 Constitucional, debió haberse hecho por el trámite de reforma parcial [debe ser reforma general]; de lo contrario, la reforma 'caería' dentro de sus propias regulaciones y obviamente se crea un dilema cual es la imposibilidad de verificar su propia auto-reforma, pues al ser reformado, deja de existir la norma que se utilizó para aprobar la reforma lo que hace imposible comprobar el cumplimiento de los requisitos. A la hora de seguir ese procedimiento, se deroga la normativa que se aplicó para establecer los nuevos requisitos, lo que hace imposible verificar la validez o no de esa reforma. La nueva norma no puede servir de criterio para establecer la validez de la nueva reforma, porque nunca se ha aplicado. Así, el artículo 195 establece un procedimiento de reforma para la Constitución Política, que no se puede aplicar a él mismo, pues de hacerlo, se provocaría la contradicción expuesta. Si se considera que los artículos 195 y 196 son constitucionales y que el procedimiento que contienen se les aplica también a ellos, ello permitiría que se puede reformar sin necesidad de acudir a una Asamblea Nacional Constituyente, con lo cual la voluntad originaria de los asambleístas constituyentes queda cancelada. Lo anterior permite concluir que lo lógico es que la norma que regula las reformas constitucionales no pueda regularse a sí misma. Para ello es necesario considerar que los artículos 195 y 196 no son normas constitucionales, sino normas superiores a la Constitución Política, cuya modificación corresponde a la Asamblea Nacional Constituyente; de lo contrario, no podrían tener un correcto y real efecto normativo. El error se deriva entonces de considerar que tales normas son constitucionales por el solo hecho de estar en la Constitución Política."

I.- SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL ACCIONANTE

La legitimación del actor proviene de los artículos 73 a 79 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en especial del precepto que indica que cuando, dada la naturaleza del asunto, no existe lesión individual o directa no es necesario la existencia de un caso previo para incoar la acción de inconstitucionalidad.

De acuerdo con nuestro punto de vista, la tesis de la Presidencia es correcta y, por consiguiente, el accionante tiene legitimación para plantear la acción.

II.- SOBRE EL FONDO

Los argumentos del accionante nos obligan a reflexionar sobre los límites del poder constituyente en una de sus modalidades: el Poder Reformador. Como es bien sabido, éste es ejercido por la Asamblea Legislativa, que es un órgano constituido. Tiene como propósito fundamental modificar, parcialmente, la Carta Magna, siguiendo para ello los trámites que se encuentran previstos en ésta. En el caso de las constituciones rígidas, es necesario seguir un procedimiento especial agravado, que en Costa Rica se encuentra contemplado en los artículos 195 y 184 de la Constitución Política y del Reglamento de la Asamblea Legislativa, respectivamente. Este poder, por su naturaleza, tiene una serie de límites orgánicos, temporales y sustanciales.

Sin ánimo de profundizar mucho en el ámbito doctrinal, PIZZORUSSO nos recuerda que un límite lo constituyen los principios cuya modificación podría llevar a una transformación del régimen vigente, es decir, de la forma de Estado que asegura la constitución material. Nos indica este autor que los límites de la revisión constitucional pueden ser explícitos o implícitos. En cuanto a los primeros tenemos el que se deriva de la proclamación de la

inviolabilidad de los derechos individuales y colectivos de la persona. El segundo, proviene de la prohibición de llegar a una parcelación de las regiones, que conllevaría a una abolición práctica de la estructura regional, como elemento cualificante de la forma de Estado. El tercer límite hace referencia a que no puede ser objeto de revisión constitucional la forma republicana. En cuanto a los segundos, nos señala el maestro italiano, que no es posible dar una relación de los mismos, aunque, puede indicarse, con todo, que podrían ser de tal carácter, verosímelmente, los derivados de los principios fundamentales. (Véase PIZZORUSSO, ALESSANDRO. Lecciones de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid-España, volumen II, 1984, páginas 222-225).

Por su parte, LOEWENSTEIN, cuando aborda el tema de las disposiciones intangibles y los límites inmanentes a la reforma constitucional, nos expresa que las posturas más radicales, en el sentido de pregonar la inconstitucionalidad de aquellas reformas que los afecten, tuvieron que ceder antes las exigencias de la vida en comunidad, la cual, día a día, se ha vuelto más compleja y requiere de finos y cambiantes equilibrios.

En ámbito nacional, el tema que nos ocupa no es nuevo. Tanto la doctrina como la jurisprudencia lo han abordado. El caso más reciente fue el voto del Tribunal Constitucional que anuló la reforma parcial a la Carta Fundamental que prohibía la reelección presidencial, en una votación dividida (5 contra 2). Es importante mencionar que el argumento principal de la sentencia (n.º 2771-03) se encuentra en los considerandos VIII y IX, aunque se inicia en el considerando VI, A), cuando se afirma que las dos decisiones más importantes a las que se enfrenta una sociedad son la elección de un modelo económico y la de su sistema político. Posteriormente, en el considerando VII, se esboza que el pueblo de Costa Rica, tal y como lo demuestra la

historia (afirmación que no es del todo correcta), no ha querido, desde su independencia, dejar a la voluntad de una o varias instituciones, ni el núcleo de derechos fundamentales, ni el sistema político y económico, sino que cualquier cambio en ellos debe ser producto de un acuerdo que abarque un espectro político mucho mayor y mucho más independiente de los avatares político-electorales, de tal forma que su extensa aceptación social no sólo sea perdurable en el tiempo, sino que sea efectivamente una manifestación de la voluntad popular.

Posteriormente, en el considerando VIII, se expresa que el principio de rigidez constitucional es una garantía que el pueblo decidió darse. *“La ‘rigidez’ significa que el pueblo costarricense, mediante sus múltiples asambleas constituyentes acontecidas en nuestra historia, ha estimado necesario establecer ciertas cautelas en el trámite de la reforma constitucional con el propósito de que sus normas no solamente mantengan estabilidad, sino que, en caso de encontrarse necesaria una reforma, para llevarla a cabo deban superarse escenarios políticos electorales de naturaleza circunstancial y transitoria.”* También en este considerando, el Tribunal Constitucional menciona el propósito de las cláusulas pétreas, aunque no nos indica en qué consiste.

Por último, en el considerando IX, se nos dice que la Asamblea Legislativa carece de competencia para hacer una reforma parcial que afecte los derechos fundamentales, por el procedimiento establecido en el artículo 195 de la Constitución Política. Para concluir que, la reforma parcial impugnada, al prohibir en forma total la reelección presidencial, afectando negativamente derechos políticos de los ciudadanos, provoca que la Asamblea Legislativa, en el ejercicio del poder constituyente, haya excedido los límites de su competencia. *“La Asamblea Legislativa como poder reformador derivado, está limitada por el Poder Constituyente en su capacidad para reformar la Constitución: no puede reducir,*

amputar, eliminar, ni limitar derechos y garantías fundamentales, ni derechos políticos de los ciudadanos, ni los aspectos esenciales de la organización política y económica del país. Únicamente mediante e procedimiento de reforma general, regulado en el artículo 196 de la Constitución Política y en estricto apego a lo allí dispuesto, se podrá intentar una reforma de tal naturaleza.” En vista de lo anterior, la reforma parcial impugnada contiene un vicio de procedimiento y, por consiguiente, es nula.

Adoptando como marco de referencia lo anterior, la pregunta que debemos hacernos a esta altura de la exposición, es si el artículo 195, dada su naturaleza, constituye en sí mismo un límite para el Poder Reformador, de tal forma que, cualquier modificación a él sólo es posible a través de una Asamblea Constituyente convocada al efecto.

El asunto tampoco es nuevo en nuestro medio; en su oportunidad, el maestro ORTIZ ORTIZ lo había planteado en la Academia en relación con el numeral 196 constitucional. Según HERNÁNDEZ VALLE, la tesis de ORTIZ se podía resumir de la siguiente forma:

“Y en el caso de las reformas generales éstas son imposibles desde un punto de vista lógico-jurídico, por cuanto la Constitución no puede consagrar medios jurídicos para su propia autodestrucción. En el fondo, las reformas generales a la Constitución implican una revolución, por cuanto por medio de ellas se pueden reformar cláusulas pétreas que, por su propia naturaleza, son inmodificables. Es decir, la reforma general a la Constitución no puede darse, dado que aunque teóricamente estaría sujeto a todos los límites impuestos tanto por la Constitución (principalmente por sus cláusulas pétreas) y la ley de convocatoria, la Asamblea Constituyente que se convocare al efecto, en la práctica, no sería un Poder Constituyente derivado, sino más bien fundacional u originario, toda vez

que de hecho no estaría sujeto a límites índole. Por ello, la reforma general es un contrasentido jurídico, dado que implicaría una autorización del ordenamiento jurídico para su propia autodestrucción.” (La cursiva no corresponde al original. Véase a HERNÁNDEZ VALLE, RUBÉN. “La Constitución”. En Derecho Constitucional Costarricense. Ensayos. Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1983, página 129.

En el caso que tenemos entre manos, el ejercicio del poder constituyente por parte de la Asamblea Legislativa, cuando se trata del numeral 195, de aceptarse la postura del accionante, implicaría caer en una contradicción lógica-jurídica, de cuya constatación se derivarían necesariamente dos consecuencias. La primera, la sustracción de este numeral de la competencia del Poder Reformador. La segunda, la exclusividad en la competencia del Poder Constituyente originario o del Poder Constituyente derivado de reforma general sobre la materia que regula ese artículo constitucional.

De acuerdo con nuestro modo de ver las cosas, no existe la contradicción lógica que expone el accionante. En primer término, porque resulta evidente, lógico y justo que el parámetro constitucional de la reforma introducida al numeral 195 siempre estará constituido por normas que, al momento de realizarla, estaban vigentes, y no las nuevas. Desde esta perspectiva, lo que no resulta lógico-jurídico sería adoptar como punto de referencia la nueva normativa, para arribar a la conclusión de que siempre la reforma constitucional sería inconstitucional, toda vez que no se ajusta a las normas vigentes. Esta forma de aplicar el Derecho no tendría solidez lógica. Así las cosas, lo relevante, desde la óptica del Derecho de la Constitución, es cumplir con las normas constitucionales y reglamentarias que están vigentes al momento de la reforma.

En segundo lugar, porque en el hipotético caso de que aceptáramos que el parámetro de constitucional tiene que ser la nueva normativa, y no el texto vigente al momento de la reforma, al aplicárselo a la Ley n.º 8281 tenemos que no la afecta, es decir, que el iter reformativo que se siguió, en el supuesto que estamos comentando, no vulneró ni quebranto el texto actual constitucional. Dicho en forma positiva, la reforma introducida a la Carta Fundamental se ajusta, en un todo, al texto actual y vigente. El error de la posición del accionante está en que parte de una premisa falsa, en el sentido de que basta con reformar el numeral 195 para que el texto afectado desaparezca, cuando en realidad la norma continúa vigente, pero con las modificaciones introducidas.

En tercer término, el planteamiento de normas superiores a la Constitución versus normas constitucionales, no corresponde a la realidad, toda vez que lo subyacente en el Derecho de la Constitución, es un asunto de distribución de competencia por materia, y no de jerarquía. Como se habrá podido deducir de lo que llevamos dicho hasta aquí, existen materias que están reservadas al Poder Constituyente originario; otras, al Poder Constituyente derivado en su modalidad de reforma general y; por último, otras, en las cuales tiene competencia el Poder Reformador. Es por tal razón, que resulta impropio hablar de normas superiores y normas constitucionales, ya que el asunto no es de jerarquía, sino de asignación de competencias. Desde esta perspectiva, el enfoque correcto estaría en demostrar que la materia que contenía el numeral 195 no es competencia del Poder Reformador, sino de las otras modalidades del Poder Constituyente. Empero, del análisis que hace el accionante, no existe un argumento suficiente que compruebe que la materia de la reforma parcial no es competencia del Poder Reformador. Todo lo contrario, la materia no se engarza dentro de un elemento esencial del sistema político o económico, no es un núcleo duro

de la Carta Fundamental, tampoco constituye un límite implícito del Poder Reformador, por lo que puede ser normada por él a través de la técnica de la reforma parcial.

En cuarto lugar, tanto de la lectura de las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente como del texto constitucional y la jurisprudencia, no hemos podido comprobar que al numeral 195 el Constituyente le hubiese dado un tratamiento especial, en el sentido de que constituye una “norma superior” a la Constitución. Tampoco hemos podido constatar, que lo referente a su reforma haya sido atribuido a al Poder Constituyente originario o derivado en su modalidad de reforma general. Con base en lo anterior, resulta peligroso seguir la tesis del accionante, ya que, eventualmente, lejos de interpretar la Carta Fundamental en su recto sentido, estaríamos creando una regla constitucional no consagrada ni avalada por quienes, en un momento histórico determinado, tuvieron competencia para ello. Es decir, estaríamos invadiendo las competencias propias y exclusivas de Poder Constituyente.

Por último, y dada la trascendencia que tienen las sentencias de la Sala Constitucional sobre todo el ordenamiento jurídico –no en vano el numeral 13 de la Ley de la Ley de la Jurisdicción Constitucional señala que su jurisprudencia y precedentes son vinculante erga omnes-, lo que impone que todo juicio de constitucional posea una visión integral, y no parcial, queremos llamar la atención de los señores Magistrados acerca de los efectos negativos que tendría la tesis del accionante sobre el Derecho parlamentario. Como bien saben los integrantes del Honorable Tribunal, el Derecho Parlamentario es un Derecho instrumental y sustantivo. Del primer aspecto, se deriva de que es flexible, dinámico, expedito y circunscrito al ámbito interno (regula la organización, el funcionamiento y los procedimientos parlamentarios). De la segunda característica, se infiere que es un derecho subordinado a la

Constitución, equilibrado y responde a los principios democrático y del pluralismo político. Ahora bien, dadas sus características y su naturaleza, las normas procedimentales constantemente están siendo reformadas (del 10 de diciembre del 2001 a la fecha, se ha realizado seis reformas, las cuales ha modificado una cantidad importante de artículos). Con base en la tesis del accionante, sería inconstitucionales (recuérdese que el Reglamento de la Asamblea Legislativa es parámetro de constitucional, artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) o antirreglamentarias, cuando tales reformas no se ajusten al texto vigente al momento de su impugnación. Si esto fuera cierto (la mayor parte de las normas, dada su naturaleza procesal, serían meta normas reglamentarias), estaríamos destruyendo, ni más ni menos, esa disciplina jurídica. De acuerdo con nuestra postura, la tesis del accionante no sólo resulta peligrosa en el ámbito del Derecho constitucional, sino también dentro de otras disciplinas jurídicas, en especial en el Derecho parlamentario.

III.- CONCLUSIÓN

De conformidad con lo expuesto, la Procuraduría General de la República, con todo respeto, recomienda el rechazo por el fondo de la acción incoada...”.

e) Respuesta al Pronunciamiento de la Procuraduría General de la República

Al respecto he de manifestar que interpusé la presente acción de inconstitucionalidad, ya que la Asamblea Legislativa pretendió reformar el artículo 195 de la Constitución Política, siguiendo el procedimiento establecido en el mismo artículo 195 de la Constitución Política, lo cual considero ilógico, incorrecto e inconstitucional, por las razones ya expuestas anteriormente.

Consultada la Procuraduría General de la República solicita que esta acción de inconstitucionalidad sea rechazada, ya que considera que

la reforma del artículo 195 de la Constitución Política, sí puede llevarla a cabo la Asamblea Legislativa siguiendo el procedimiento establecido por el mismo Art 195. Para ello, señala básicamente tres consideraciones, a saber:

Que el Art. 195 NO es un límite del Poder Reformador conferido a la Asamblea Legislativa.

Que no hay contradicción lógica al reformar el Art. 195 de la Constitución Política, y

Que aceptar la acción de inconstitucionalidad generaría efectos negativos para el Derecho Constitucional y el Derecho Parlamentario.

En razón de que estimo que dichas consideraciones son incorrectas, me referiré a cada una de ellas de la siguiente manera:

1) Los límites del Poder Reformador

Señala la Procuraduría General de la República que si bien el Poder Reformador otorgado por la Constitución Política a la Asamblea Legislativa, tiene una serie de límites explícitos e implícitos señalados por diversos autores como Pizzorusso, Loewenstein y el mismo voto N. 2771-03 de la misma Sala Constitucional, **EL PROCEDIMIENTO DE REFORMA PARCIAL DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA NO ES UNO DE ESOS LÍMITES DEL PODER REFORMADOR.**

Afirma que la Asamblea Legislativa SÍ PUEDE REFORMAR a su real saber y entender, el Art. 195 de la Constitución Política, ya que “no se ha demostrado” que la materia de la Reforma Parcial de la Constitución NO ES COMPETENCIA del Poder Reformador, lo que quiere decir que sí es de su competencia. *La Procuraduría General de la República afirma que el procedimiento de reforma parcial de la Constitución NO es un límite, ni expreso, ni implícito del Poder Reformador otorgado a la Asamblea Legislativa, por lo cual, ésta puede REFORMARLO.*

Al respecto he de manifestar, ni total oposición a dicha afirmación por las siguientes razones.

Toda la Doctrina Constitucionalista y la misma jurisprudencia constitucional nacional e internacional han reconocido evidentemente

(inclusive como bien señala el mismo autor citado por la Procuraduría [HERNÁNDEZ VALLE]⁽⁸⁾ que el PODER REFORMADOR es aquella actividad dirigida a modificar parcialmente una Constitución rígida, utilizando para ello **un PROCEDIMIENTO especial preestablecido al efecto por el ORDENAMIENTO JURÍDICO.**

Dicho procedimiento es una autorización otorgada por el Poder Constituyente Originario y plasmado en la misma Constitución Política. Así bien lo expresa bien ORTIZ ORTIZ (Eduardo):⁽⁹⁾

“...El argumento capital radica en la indiscutible distinción entre potestad constituyente originaria, propia de una Constituyente, y potestad de revisión constitucional, propia de un órgano constituido y regido por la misma Constitución... Cuando una convención o constituyente en tales condiciones dicta una Constitución lo hace sin otros límites que los culturales o políticos que sus componentes quieran observar, no hay límites jurídicos que pesen sobre esa Constituyente, precisamente porque todavía no hay Constitución. Cuando ésta se promulgue será la norma fundamental y suprema, por venir de quien viene y porque así lo quiere la constituyente, soberana hasta el momento en que la dicta. El poder llamado a revisar la misma Constitución, así como el procedimiento al respecto no son otra cosa que PRODUCTOS de la Constitución misma y, como tales, instrumentos de la Constituyente originaria para la realización de la ideología y de los valores cristalizados en la Constitución. El órgano creado por la Constituyente y la Constitución para revisarla, vive de esa misma Constitución y puede tener solo los poderes que éste le dé, con las limitaciones y fines que le imponga...”

(8) HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). *El Derecho de la Constitución*. San José, editorial Juricentro, 1993, tomo I, pp. 234-235 y siguientes.

(9) ORTIZ ORTIZ (Eduardo). *De las reformas constitucionales inconstitucionales*. San José, Instituto Costarricense de la Empresa Privada (INCOSEP), 1977, p. 21 y 22 (se adjunta fotocopia).

Como tal, el Poder Reformador tiene su FUNDAMENTO en la misma Constitución Política. De lo anterior se desprende que el órgano encargado de reformar parcialmente la Constitución [en nuestro caso la Asamblea Legislativa] al igual que cualquier órgano estatal, se encuentra condicionado y limitado por las normas constitucionales y legales que lo consagran y regulan su ejercicio.

“...el factor que dificulta comprender la subordinación del órgano y del procedimiento previstos por la Constitución para su propia revisión, es el hecho evidente de que el mismo puede derogar normas constitucionales, como si tuviera poder igual que la Constituyente que originalmente las dictó. *Se trata de un grave error de óptica jurídica.* Un poder creador de normas jurídicas puede delegar o conferir a otro la potestad (competencia) para reformar las normas que ese mismo poder ha dictado, pero como esa potestad de reforma proviene de él, él es libre o bien para no limitarla, o bien para condicionarla y limitarla como él quiera, sin límites jurídicos de ninguna especie cuando él es el poder constituyente originario y soberano, es decir; la Constituyente primera... Igualmente, cuando la Constituyente originaria impone límites al poder de revisión de la Constitución, circundando así la potestad conferida al órgano previsto al efecto, éste actuará válidamente y podrá reformar la Constitución, SÓLO SI RESPETA ESOS LÍMITES Y DENTRO DE ELLOS...” (mayúsculas no son del original).⁽¹⁰⁾

Así, la validez de la Constitución consiste en que la Asamblea Legislativa respete los PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS para la formación válida de las reformas constitucionales. Procedimiento que fue creado por el Poder Constituyente Originario. La validez misma de la Constitución Política se pone en tela de duda cuando no se respeta ese procedimiento.

(10) *Ibidem.*

El Poder Reformador NO ES JURÍDICAMENTE ILIMITADO, sino parcial y reglamentado, debiendo desenvolverse dentro del procedimiento establecido que fija la propia Constitución en el Art. 195.

La Procuraduría General de la República solicita que se demuestre que hay una PROHIBICIÓN EXPRESA que afirme que dicho procedimiento no puede ser objeto del Poder Reformador. Pero, más bien el argumento hay que revertirlo en el sentido de que NO existe una HABILITACIÓN CONSTITUCIONAL PREVIA Y EXPRESA que permita reformar los artículos 195 y 196; tal que AUTORICE las acciones de la Asamblea Legislativa.

De no considerarse lo anteriormente indicado y de admitir la tesis de la Procuraduría General de la República, tal proceder acarrearía las absurdas potestades e ilógicas consecuencias ya reseñadas anteriormente, que básicamente son:

El Poder Reformador (la Asamblea Legislativa) estaría en plena capacidad de reformar a su antojo dichos artículos con lo que la Sala Constitucional tendría que admitir que el Poder Reformador prácticamente puede MODIFICAR su propia competencia, violando flagrantemente los Art. 9 (DIVISIÓN DE PODERES) y 11 (PRINCIPIO DE LEGALIDAD-CONSTITUCIONALIDAD) de la misma Constitución Política.

Significaría también que la Asamblea Legislativa (órgano en el cual se delegó la reforma de la Constitución) puede ALTERAR su propia DELEGACIÓN y hasta podría MODIFICAR Y CANCELAR, por ejemplo, la posibilidad jurídica de convocar a una constituyente o “alivianar” o “endurecer” ilegítimamente los requisitos de la reforma parcial de la Constitución.

Bien señala PEREZ ROYO⁽¹¹⁾ al señalar que una garantía de la misma Constitución es salvaguardar el principio de “paralelismo de las formas”:

“...El paralelismo de las formas es lo que hace que el Derecho sea Derecho. Sin el paralelismo de las formas no podría existir el ordenamiento jurídico”

(11) PÉREZ ROYO (Javier). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1996. Tercera edición, p. 168-170.

dico. Si la ley no tuviera que ser modificada o derogada de la misma manera en que fue creada, no sería ley. La ley es ley en primer lugar, porque sólo puede ser creada por el legislador siguiendo el procedimiento legislativo. La ley se caracteriza por su autor, el Parlamento, y por la forma en que es aprobada, a través de un procedimiento público y solemne. Pero la ley es ley en segundo lugar, porque una vez creada, sólo puede ser modificada o derogada por el mismo autor, el Parlamento, y de la misma forma, a través del procedimiento legislativo. A esto se le llama en el mundo del derecho el paralelismo de las formas. Las normas sólo pueden ser modificadas de la misma forma en que ha sido producidas. Sin él no hay derecho posible...”

Por ello, los procedimientos de reforma parcial o general de la Constitución Política no son, ni pueden ser competencia del Poder Reformador, sino que son materia del Poder Constituyente Originario, ya que de lo contrario, el Poder Reformador estaría tomando atribuciones únicamente dadas al Poder Constituyente Originario, entre las cuales está la creación de los procedimientos de reforma (parcial y general) de la Constitución Política.

“...en consecuencia, tiene que prever un mecanismo de adaptación de la propia Constitución al cambio, sin el cual quedaría o podría quedar pronto como un instrumento inservible para la autodirección política de la sociedad. En la propia idea de que la Constitución se puede hacer, se puede crear, está ya la idea de la reforma. De la misma manera que se crea, se reforma. Pero de la misma manera. El principio de paralelismo de las formas esencial en el mundo del derecho tiene que hacerse valer también aquí. Por eso la reforma es un elemento esencial del concepto de Constitución y de su existencia real y efectiva. Cuando desaparece la reforma, desaparece la Constitución como norma jurídica...”⁽¹²⁾

(12) Ibídem.

En razón de lo anterior el Poder Reformador no puede crear, ni modificar, ni mucho menos derogar tal procedimiento ya que de hacerlo estaría ALTERANDO e irrespetando el FUNDAMENTO MISMO DE SU PROPIA COMPETENCIA, que es la misma CONSTITUCIÓN POLÍTICA. La Asamblea Legislativa al reformar el Art. 195 está desconociendo el Poder Reformador otorgado por la misma Constitución y la Asamblea Nacional Constituyente.

En razón de lo anterior, efectivamente sostengo, a diferencia de la Procuraduría General de la República, que hay una **SUSTRACCIÓN DE ESTE NUMERAL DE LA COMPETENCIA DEL PODER REFORMADOR Y UNA EXCLUSIVIDAD EN LA COMPETENCIA DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO** en esta materia (procedimientos de reforma de la Constitución) y queda demostrado suficientemente que la materia de la reforma parcial de la Constitución NO ES, ni puede ser competencia del Poder Reformador, Lo anterior, evidentemente sustenta la inexistencia de una HABILITACIÓN CONSTITUCIONAL PREVIA Y EXPRESA para permita reformar dichos artículos, precisamente porque ya iría en contra de la misma Constitución y en contra de la misma voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente. Dicha reforma excede la competencia del Poder Reformador y legitimaría una conversión ilegítima del Poder Reformador en Poder Constituyente Original.

2) Distinguir diferentes tipos de normas

La Procuraduría General de la República sostiene que *“...el planteamiento de normas superiores a la Constitución versus normas constitucionales, no corresponde a la realidad, toda vez que lo que subyacente en el Derecho de la Constitución, es un asunto de distribución de competencia por materia, y no de jerarquía...”*.

Lamentablemente dicha afirmación se sustenta en la falsa creencia de que la Constitución Política y los Procedimientos de Reforma de la Constitución son “la misma cosa”, cuando en realidad son “objetos” o normas completamente distintas y absolutamente diferentes entre sí.

Como bien se lee de los artículos 194 y 195 hay una AUTORIZACIÓN para reformar LA CONSTITUCIÓN:

“...Artículo 195. La Asamblea Legislativa podrá reformar parcialmente esta CONSTITUCIÓN CON ABSOLUTO ARREGLO A LAS SIGUIENTES DISPOSICIONES...

“...Artículo 196. La reforma general de esta CONSTITUCIÓN, sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto...”

Estos artículos hacen referencia a la existencia de un documento DISTINTO a ellos que es la Constitución Política.

Una cosa es la CONSTITUCIÓN POLÍTICA, y otra muy distinta son LOS PROCEDIMIENTOS DE REFORMA de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Son dos cosas completamente distintas, y no son ni pueden ser lo mismo [a pesar de que equivocada y erróneamente los hallan colocado en el mismo documento!]

Pensar lo anterior es como afirmar que una SILLA es igual a los PROCEDIMIENTOS PARA REPARAR UNA SILLA. Y obviamente eso no es así. La primera es un objeto, los segundos un conjunto de instrucciones, que NO SON, NI FORMAN PARTE DE LA SILLA.

“...Ya sabemos que lo que se persigue con la reforma de la Constitución es ‘institucionalizar’ el poder constituyente, a fin de poder modificar la norma jurídica en que la Constitución consiste. La reforma tiene que prever, en consecuencia, lo que se tiene que prever siempre que se quiere modificar una norma jurídica: qué órgano puede modificarla y a través de qué procedimiento puede hacerlo. Órgano y Procedimiento son, pues, los dos elementos de los que tiene que ocuparse la reforma de la Constitución...”⁽¹³⁾

Igual sucede con la Constitución y los Procedimientos de Reforma. La Constitución es un documento. Los segundos [los procedimientos] son una serie de instrucciones para reformar [agregar o quitar palabras] de ese documento.

¡Confundir la Constitución con los procedimientos para reformarla, es tan erróneo como confundir el MANUAL DE ELABORACIÓN DE UNA BICICLETA CON LA BICICLETA MISMA! Son cosas completamente distintas. Una cosa es el Cabello y otra es el Champú

(13) Ibídem.

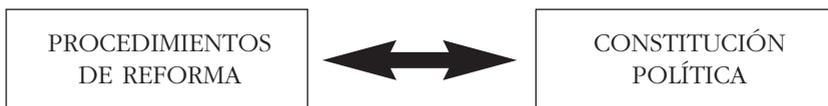
para el Cabello. El champú no es el cabello, ni el cabello obviamente es el champú; son cosas completamente distintas, una es una tejido muerto y otra un líquido.

Admitir la tesis de la Procuraduría sería admitir que el cabello y el champú son lo mismo, lo cual es absurdo. Por estar juntos, no quiere decir que estén revueltos, a tal punto que se confundan y formen una sola unidad. Si fuera así:

- Llamáramos al líquido cabello y al cabello champú...
- No sería necesario distinguir un champú PARA el cabello.

Pero en la realidad no confundimos el cabello con el champú, ni compramos un litro de cabello, ni cortamos un champú, y por ello nos enfrentamos irremediamente a la VERDADERA DISTINCIÓN entre estos dos objetos. Por alguna razón reconocemos que hay champú PARA otra cosa, precisamente para el PELO. Champú y cabello son objetos distintos. De igual manera debemos reconocer que hay Procedimientos de Reforma PARA ALGO, ese algo es otra cosa distinta a los procedimientos mismos, el cual es precisamente la Constitución Política.

Si no fueran diferentes, es decir, si fueran “la misma cosa”, no tendría sentido la frase “el procedimiento de reforma parcial DE LA Constitución”, la cual precisamente distingue dos objetos (Constitución y Procedimientos) y los vincula entre sí. Precisamente se requiere de la existencia de una cosa (la Constitución), para hablar de la existencia de la otra (los procedimientos). Pero jamás podrían ser lo mismo.



Esta aclaración es IMPORTANTÍSIMA, ya que ella también va a decidir a qué Poder (Original o Reformador) le corresponde crearlo o modificarlo.

El Poder Reformador tiene competencia para reformar LA CONSTITUCIÓN. Pero no tiene competencia para reformar otra cosa distinta a la Constitución. El Poder Reformador no tiene competencia para reformar LOS PROCEDIMIENTOS de reforma de la Constitución. Son cosas completamente distintas. El Poder Reformador no tiene la

capacidad, ni la potestad, ni la competencia de ALTERAR en modo alguno, un objeto DISTINTO a la Constitución Política, como son los PROCEDIMIENTOS DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN. Solamente puede modificar a la CONSTITUCIÓN, y ello aún con los límites (expresos o implícitos) que quiera reconocer el contralor de constitucionalidad.

Aceptar la tesis de la Procuraduría llevaría a la conclusión de admitir que LOS PROCEDIMIENTOS SON LA CONSTITUCIÓN MISMA, y aparte de que ya se ejemplificó que ello, realista y lógica y jurídicamente hablando, no es posible, también genera las contradicciones que tampoco reconoce la Procuraduría y se explican a continuación.

3) Que no hay contradicción lógica al reformar el Art. 195 de la Constitución Política

La Procuraduría General de la República sostiene que NO HAY CONTRADICCIÓN LÓGICA al reformar el Art. 195 por parte del Poder Reformador. Para ello afirma que si se hiciera eso, siempre se podría verificar la nueva reforma, ya que el Art. 195 siempre seguirá existiendo (sic), y aún en un caso extremo, podría irse a buscar el Art. 195 derogado para ver si el nuevo Art. 195 fue bien o mal reformado. Este es otra falsa creencia jurídica.

Expliquémonos con un ejemplo. Digamos que tenemos el diseño de un carro (con todos sus componentes esenciales). Esa figura es el MODELO o PATRÓN con el cual comparamos los demás vehículos reales. Cada vez que queremos ver si un carro está bien o mal construido contamos sus componentes de acuerdo a los señalados por el DISEÑO. Evidentemente si hacen falta elementos en el vehículo decimos que está mal construido y no pasa la “revisión técnica”. Si cuenta con todos los elementos, sí pasa la revisión y es un carro “válido”.

Igual situación acontece con las normas jurídicas de la Constitución. Hay una NORMA MODELO que es el Art. 195, con la cual comparamos todas las DEMÁS NORMAS de la Constitución Política.

Si hay una reforma constitucional y queremos ver si se hizo bien o mal, tomamos el MODELO y lo comparamos con la reforma. La norma MODELO señala todos los requisitos necesarios que debe cumplir la

reforma. Sí la reforma cumple los requisitos es una norma válida y si no lo cumple es inválida.

En ambos casos, contamos con dos elementos: UN MODELO y UN OBJETO REAL. Obviamente ambos elementos son distintos entre sí: una cosa es el modelo y otra el objeto real. Nunca se confunden. No se confunde un vehículo con el diseño del vehículo. Ni tampoco se confunde el Art. 195 con el Art. 5 o 15 o 68 o 73 de la Constitución Política.

Pero la situación cambia cuando se quiere modificar el modelo mismo. Veamos.

Si se toma el MODELO del carro y le agregamos uno o dos elementos más, ya cambiamos el MODELO, deja de existir el diseño viejo, precisamente porque lo hemos cambiado. Ahora existe el MODELO NUEVO. Y en el sistema jurídico (a diferencia de los vehículos donde si circulan modelos 2001, 2002, 2003 o 2004), solamente puede existir un ÚNICO MODELO VÁLIDO, el más reciente.

Ahora bien, con el nuevo modelo, vamos a comparar las REFORMAS NUEVAS que cumplan ese modelo. Así los vehículos posteriores al MODELO NUEVO, deben contar con los nuevos elementos para ser válidos. Igualmente las reformas constitucionales posteriores deberán cumplir con las nuevas pautas y requisitos. En este caso, como en los anteriores, siempre se mantiene la misma situación: EXISTEN dos elementos, para hacer el análisis:

- Un MODELO (NUEVO) y
- Un OBJETO que verificar.
- Pero qué pasaría si yo quiero verificar la validez del MODELO MISMO?

¿Con base en qué lo hago? A mí me dieron el modelo y yo solamente lo aplico y comparo los objetos (vehículos o normas) no comparo modelos con otros modelos, ya que no soy el creador de modelos y tengo un solo y único modelo vigente y válido. No hay dos elementos, sino solamente un modelo y punto. Si me pongo a modificar modelos, mis funciones cambian.

¿Qué pasa en el caso del Art. 195? Precisamente vean el enredo y la contradicción que se crea.

Se parte de que el Art. 195 es la norma MODELO de las demás normas de la Constitución, lo cual es correcto, ya que contiene las pautas de reforma de las DEMÁS normas.

Pero como (erróneamente) el mismo Art. 195 está EN LA Constitución, se cree que es DE LA Constitución. (¡Lo mismo, por creer que el champú está EN LA cabeza, se cree que es DE LA CABEZA, o peor aún, que es la cabeza misma!)

Por lo anterior, también se cree (erróneamente también) que se puede reformar dicho artículo siguiendo el mismo procedimiento para las DEMÁS normas.

Es decir, que para reformar LA NORMA MODELO debo seguir LA “NORMA” MODELO. Muy bien, hagámoslo. Digamos que se reforma el Art. 195 y tenemos un nuevo Art. 195. Evidentemente deja de existir la norma vieja el viejo porque fue sustituida. Solo hay una NUEVA NORMA MODELO. La anterior es historia, no es norma jurídica, no puede servir de modelo válido y jurídicamente no tiene relevancia alguna, ya que NO ES NORMA JURÍDICA VÁLIDA.

La única norma jurídica válida y que sirve de modelo para comparar las reformas y que me obliga es la NUEVA, no la VIEJA.

¿Qué pasa si yo quiero verificar la reforma del Art. 195?

Pareciera que lo “lógico” es que yo tome el VIEJO MODELO y compare el procedimiento seguido, los requisitos, las pautas o cuente los elementos. Pero esto aunque pareciera factible, jurídicamente es imposible. ¿Por qué? Porque el MODELO VIEJO NO EXISTE, no es una NORMA JURÍDICA VÁLIDA que me obligue a aplicarla. Ya no existe, es historia. No puedo usar normas inexistentes para hacer análisis jurídicos (de validez) o estudios de la correcta “existencia” de una norma. No estoy “jurídicamente” obligado a seguir una norma derogada y por el contrario, no puedo ni debo aplicar normas derogadas dado que ello es inconstitucional. Yo debo COMPARAR la validez de una norma con NORMAS JURÍDICAS VÁLIDAS, y el MODELO VIEJO no lo es.

De igual manera, si bien puedo remontarme “históricamente”, y recordar el modelo viejo, la aplicación y examen jurídico lo estoy haciendo el día de hoy, y para el día de hoy, la norma que quiero usar de MODELO no es jurídica. No existe, es irreal jurídicamente hablando.

Y aunque la Procuraduría afirme que se debe verificar la reforma con base en la norma MODELO vigente al momento de la reforma, (es decir, como hacer el examen en el pasado) ello no es posible por sus consecuencias. Veamos.

Supongamos que hacemos lo señalado por la Procuraduría y tomo el Art. 195 viejo y la comparo con las actuaciones hechas para crear el Art. 195 nuevo y verifico el cumplimiento de requisitos. Puede suceder que se cumplan todos los requisitos y diga: “Está bien. La reforma es correcta, no hay problema alguno”.

Pero qué sucede si se descubre que no se cumplió algún requisito. Eso quiere decir que ¿está mal reformada?, ¿es inválida?. Muy bien, digamos que sí, ¿qué norma JURÍDICAMENTE VÁLIDA Y VIGENTE cito para afirmar que dicha reforma es inconstitucional? El Art. 195 viejo no es norma jurídica existente hoy, como ya anteriormente expliqué, por lo que mi fundamento “jurídico”, NO SERÍA JURÍDICO sería una oración, pero no una norma jurídica válida y vigente.

Pero supongamos que me arriesgo y digo que a la época de la reforma no se siguió el Art. 195 viejo. Lo anterior quiere decir, que el Art. 195 nuevo no es válido, y como tal nunca existió. Si nunca existió, curiosamente caigo en la siguiente paradoja:

Por un lado, quiero y debo ELIMINARLA pero no puedo eliminar el Art. 195 nuevo, porque nunca existió esa norma, no es ni nunca existió una reforma válida.

Por otro lado, quiero y debo “resucitar” el Art. 195 viejo pero no puedo porque realista y válidamente, nunca “murió”. El Art. 195 viejo siempre estuvo “vivo” es válido, siempre ha estado válido y vigente.

Lo cual va a dar el curioso resultado que NUNCA se podrá alcanzar la consecuencia deseada que era restaurar el Art. 195 (viejo) ya que no requiere ser restaurado, ni nunca podré eliminar la reforma dado que nunca existió. Si hago eso, las paradojas anteriores, saltan a la vista como ya desde los años 60 del siglo pasado fueron vistas por BACHOF (Alemania).⁽¹⁴⁾

(14) Referencia brindada por GARCÍA DE ENTERRIA (Eduardo). *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Editorial Civitas S.A.

¿Pero por qué debo hacer tanto “malabares” jurídicos para este tipo de análisis, si en realidad, inicialmente era muy simple y sencillo verificar el cumplimiento de requisitos de una reforma? Porque no tengo dos elementos con los cuales pueda hacer esa verificación.

La paradoja surge primera y nuevamente porque se cree (falsamente) que los MODELOS (sean fotos o Art. 195) pueden ser revisadas como las DEMÁS normas, lo cual NO es cierto.

Las normas MODELO son guías para verificar otras normas distintas a ellas mismas.

Como en el caso de los vehículos, el modelo verifica los vehículos reales. No los modelos mismos. Igual sucede con el Art. 195 que la norma MODELO de las demás reformas (normas) de la Constitución Política.

Por lo que llama mucho la atención que la Procuraduría General de la República afirme que NO existe contradicción lógica si el Poder Reformador reforma el Art. 195, dada las evidentes contradicciones señaladas. Si como bien señala GARCIA DE ENTERRÍA:

“...la interpretación conforme a la Constitución de toda y cualquier norma del ordenamiento tiene una correlación lógica en la prohibición, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directo o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales...”⁽¹⁵⁾

Y aquí se refuerzan más las consideraciones anteriormente efectuadas: ¿quién es o sería el órgano encargado de instaurar las normas MODELOS?

Primera reimpresión de la tercera edición, 1991, p. 99 y 180, al hablar de “verfassungswidrige Verfassungsnormen” (normas constitucionales inconstitucionales), retomada por mi parte también en GONZÁLEZ SOLANO (Gustavo), *Lógica Jurídica*. San José. Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2003, p. 169-194.

(15) *Ibíd.*

¿Puede el órgano que sigue y aplica el modelo modificar el MODELO MISMO? Parece que no. Debe ser alguien superior, ya que el COMPARADOR solamente hace el trabajo de crear las otras normas de acuerdo a la norma MODELO. No de cambiar el modelo mismo.

Aceptar la acción de inconstitucionalidad generaría efectos negativos para el Derecho Constitucional y el Derecho Parlamentario.

Me llamó poderosamente la atención la afirmación de la Procuraduría General de la República, relativa a que “aceptar la posición del recurrente conllevaría a una serie de efectos negativos para el Derecho de la Constitución y el Derecho Parlamentario.”

Lo anterior, en razón, de que el motivo que provocó la interposición de esta acción de inconstitucionalidad no fue ningún motivo “litigantileril” de “estorbar” las funciones parlamentarias de la Asamblea Legislativa o hacer perder el tiempo a los señores Magistrados.

Nótese que en realidad, los fines que me movieron para interponer esta acción han sido absolutamente “científico-jurídicos”, en el sentido de aclarar, toda una serie de situaciones que presenta las reformas constitucionales. Las cuales también he estudiado y tengo mis propios criterios académicos al respecto.⁽¹⁶⁾

“...la lógica del derecho es no sólo un campo fecundo de investigación de los fundamentos del derecho, sino que las leyes de la lógica del derecho son elementos constitucionales del orden jurídico. Una proposición jurídica que viole las leyes de la lógica del derecho es inconstitucional...”⁽¹⁷⁾

Razón por la cual, mi intención fue promover un examen más realista, lógico e integral del Derecho de la Constitución y de la Ciencia Jurídica el cual, como sabrán muchos de ustedes señores Magistrados,

(16) Como pueden atestiguar mis publicaciones en la **Revista de Ciencias Jurídicas**, San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Nos. 101 y 102 , 2003 (de las cuales adjunto un ejemplar).

(17) SCHREIBER (Rupert). *Lógica del Derecho*. Buenos Aires, 1967, p. 124. (traducción de Ernesto Garzón Valdés del original en alemán Logik des Rechts, Berlin, Springer-Verlag, 1962).

que también son profesores y estudiosos del Derecho, requiere estudios serios, sesudos y concienzudos de nuestro sistema jurídico.

La defensa de nuestra Constitución y de nuestra Estado Constitucional de Derecho necesita de la defensa, revisión y protección de los MECANISMOS ESENCIALES que sustentan estos valores y pueden afectar esos fines. Y que mayor interés se puede evidenciar que mostrando las alteraciones que sufren esos mecanismos por el desconocimiento o manipulación indebida de estos medio por parte de algunos órganos estatales.

La “peligrosidad” que alude la Procuraduría de mis “observaciones” surge, en concreto por la FALSA GENERALIZACIÓN de creer que ninguna reforma constitucional podría ser analizada, lo cual acarrearía indefectiblemente la "destrucción" total del Derecho Parlamentario o hasta del Derecho Constitucional. Nada más alejado de la realidad. Una cosa es discutir las reformas de las normas constitucionales, y otra muy distinta es discutir la norma que permite LAS REFORMAS MISMAS. Que como se habrá observado genera situaciones distintas y consecuencias diferentes; y que además requieren de un estudio más precavido y pormenorizado.

Generalizar falsamente esta problemática, como hace la Procuraduría, y proponer las soluciones por ella aludidas, por el contrario, obstaculiza el estudio serio de nuestro sistema jurídico, que no creo que con advertencias y precauciones se puedan científicamente resolver, sino por el contrario, son las agudas observaciones y fundamentados razonamientos los que deben construir o, si es del caso, re-construir los conocimientos jurídicos y distinguan esta problemática.

A diferencia de lo afirmado por la Procuraduría, considero mucho más peligroso aferrarse a antiguas e infundados dogmas jurídicos o a falsos mitos de nuestro sistema jurídico, que obnubilan el desarrollo científico en nuestro campo de estudio y reconocer que no creo que unas simples observaciones, como efectuadas por mí, sean capaces de destruir toda una disciplina o varias disciplinas jurídicas consolidadas durante muchísimas décadas y deudoras de grandes aportes y esfuerzos intelectuales de innumerables y grandes pensadores tanto de nuestro país, como del mundo entero.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERT (Hans). *Tratado de la Razón Crítica*. Buenos Aires, Editorial SUR S.A., Primera edición en español, 1973, 261 p. (Traducción de Rafael Gutiérrez Girardot de la edición en alemán “Traktat über Kritische Vernunft”, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1968).
- AARNIO (AULIS). *Lo racional como razonable*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Primera edición en español, 1991, 313 p. (Traducción de Ernesto Garzón Valdés de la edición original en inglés “The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification”, D. Reidel Publishing Company, 1987).
- ACERO (Juan José), BUSTOS (Eduardo) y QUESADA (Daniel). *Introducción a la Filosofía del Lenguaje*. Madrid, Ediciones Cátedra S.A., Tercera edición, 1989, 283 p.
- AJDUKIEWICZ (Kazimierz). *Introducción a la Filosofía. Epistemología y Metafísica*. Madrid, Ediciones Cátedra S.A., Segunda edición, 1990, 175 p. (Traducción de Alina Długobaska de la edición “Zagadnienia i Kierunki Filozofii. Teoria Poznania Metafizyka.”, no indica ni lugar de publicación ni año de la misma).
- ALEMAN PARDO (Anastasio). *Teoría de las Categorías en la filosofía analítica*. Madrid, Tecnos S.A., 1985, 319 p.
- ATIENZA (Manuel). *Las Razones del Derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. Primera reimpresión de la primera edición, 1993, 268 p.
- BERGER (Peter L.) y LUCKMANN (Thomas). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires, Amorrortu editores. Cuarta edición en español, 1976, 233 p. (Traducción de Silvia Zuleta de la edición en inglés “The Social Construction of Reality”. New York, Doubleday & Company Inc., no indica año de publicación).
- BERGER (Peter L.) y LUCKMANN (Thomas). *Modernidad, pluralismo y crisis de sentido*. Barcelona. Ediciones Piados Ibérica S.A. Primera edición, 1997, 125 p. (Traducción del Centro de Estudios Públicos, revisión técnica de Joan-Carles Melich del original en alemán “Modernität, Pluralismus und Sinnkrise, Die Orientierung des modernen Menschen” 1995).
- BERGMANN (Gustav). *Filosofía de la Ciencia*. Barcelona, Editorial TECNOS S.A., 1961, 215 p. (Traducción de Manuel Medina Ortega de la edición en inglés “Philosophy of Science”, University of Winconsin Press, 1955).
- BOBBIO (Norberto). *Contribución a la Teoría del Derecho*. Madrid, Editorial Debate S.A., 1990. Primera Edición, p. 406. (Recopilación y traducción de Alfonso Ruiz Miguel).

- BOBBIO (Norberto). *Teoría General del Derecho*. San Fe de Bogotá. Editorial Temis S.A., Primera Reimpresión de la Segunda edición en español, 1994, 269 p. (Traducción de Jorge Guerrero R. de la edición en italiano de "Teoria della norma giuridica", Torino, G. Giappichelli-Editore, 1958 y de "Teoría dell'ordinamento giuridico", Torino, G. Giappichelli-Editore, 1960.).
- BRAITHWAITE (Richard B.) *La Explicación Científica*. Madrid. Editorial TECNOS S.A. Primera edición en español, 1965, 410 p. (Traducción de Víctor Sánchez de Zavala de la edición en inglés "Scientific Explanation (A study of the function of the theory, probability and law in science)", England, Cambridge University Press, 1959).
- CAMACHO NARANJO (Luis). *Introducción a la Lógica*. San José. Editorial Tecnológica de Costa Rica. Primera reimpresión de la Segunda Edición, 1993. 252 p.
- CAMACHO NARANJO (Luis). *Lógica Simbólica Básica*. San José. Editorial de la Universidad de Costa Rica. Primera edición, 1987, 204 p.
- CARNAP (Rudolf). *Filosofía y sintaxis lógica*. México. Centro de Estudios filosóficos de la Universidad Nacional Autónoma de México. Primera edición en español, 1963, 59 p. (Traducción de César N. Molina de la edición en inglés "Philosophy and Logic Syntax", Londres, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., 1935)
- COPI (Irving M.) *Introducción a la Lógica*. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Quinta Edición en español, 1967, 455 p. (Traducción de Néstor Míguez de la edición en inglés "Introduction to Logic", New York, The Macmillan Company, 1953).
- DANCY (Jonathan). *Introducción a la epistemología contemporánea*. Madrid, Editorial TECNOS S.A. Primera edición en español, 1993, 291 p. (Traducción de José Luis Prades Celma de la edición en inglés "An Introduction to Contemporary Epistemology", no indica lugar de publicación ni editorial, 1985).
- ECO (Umberto). *Los Límites de la Interpretación*. Barcelona. Editorial Lumen. Primera edición, 1992, 405 p. (Traducción de Helena Lozano de la edición en italiano "I limiti dell'interpretazione", Milán, Gruppo Editoriale Fabbri, Bompiani, Sonzogno, Etas S.p.A., 1990).
- ECO (Umberto). *Semántica y Filosofía del Lenguaje*. Barcelona. Editorial Lumen, Primera edición en español, 1990, 355 p. (Traducción de R.P. de la edición en italiano "Semiotica e filosofia del linguaggio", Turín, Giulio Einaudi editore s.p.a., 1984).

- ECO (Umberto). *Tratado de Semiótica General*. Barcelona. Editorial Lumen, Quinta edición, 1991, 461 p. (Traducción de Carlos Manzano de la edición en inglés “A Theory of Semiotics”, 1976).
- ECO (Umberto). *Los Límites de la Interpretación*. Barcelona. Editorial Lumen. Primera edición, 1992, 405 p. (Traducción de Helena Lozano del original en italiano “I limiti dell’interpretazione”, 1990.)
- FEYERABEND (Paul). *Adiós a la razón*. Madrid. Editorial TECNOS S.A. Segunda edición, 1992, 195 p. (Traducción de José R. de Rivera).
- FREUD (Sigmund). *El malestar en la cultura*. México. Alianza Editorial Mexicana S.A. Cuarta reimpresión en México, 1992, 240 p. (Traducción de Ramón Rey Ardid de la edición en alemán “Das Unbehagen in der Kultur”, no indica editorial, ni año de publicación).
- GARRIDO (Manuel). *Lógica Simbólica*. Madrid. Editorial Tecnos S.A., Segunda edición, 1991, 441 p.
- GONZÁLEZ SOLANO (Gustavo). *Semiótica jurídica*. San José. Investigaciones jurídicas S.A., 2002, 202 pp.
- GONZÁLEZ SOLANO (Gustavo). *Lógica Jurídica*. San José. Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2003, 253 p.
- GONZÁLEZ SOLANO (Gustavo). *La racionalidad jurídica*. San José, pendiente de publicación, 2003, 199 p.
- GONZÁLEZ SOLANO (Gustavo). *La racionalidad jurídica en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en preparación, 2003.
- GONZÁLEZ SOLANO (Gustavo). “¿Por qué la práctica racional del Derecho por parte del juez es absolutamente irrealizable?” en la **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, N. 6, 2002-2003, en la siguiente dirección: www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero6.html
- GRANGER (Gilles Gastón). *La Razón*. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Cuarta edición en español , 1972, 45 p, (Traducción de Nannina Rivaroba de la segunda edición francesa “La raison”, Presses Universitaires de France, 1958, primera edición es de 1955).
- GRANGER (Gilles Gastón). *Formalismo y ciencias humanas*. Barcelona. Editorial Ariel. Primera edición en español, 1965, 255 p. (Traducción de Manuel Sacristán de la edición original en francés “Pensee Formelle et Science de l’homme”, París, Éditions Montaigne, 1960).

- GUIBOURG (Ricardo A), GHIGLIANI (Alejandro M) y GUARINONI (Ricardo V.) *Introducción al conocimiento jurídico*. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., no indica número de edición, 1984, 224 p.
- HEMPEL (Carl G.) *La Explicación Científica*. Estudios sobre la filosofía de la ciencia. Buenos Aires. Editorial Paidós S.A. Primera edición en español, 1979, 485 p. (Traducción de N. MIGUEZ de la edición en inglés “Aspects of Scientific Explanation and other Essays in the Philosophy of Science”, New York, The Free Press, 1965).
- HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). *El Derecho de la Constitución*. San José, Editorial Juricentro, 1994.
- KOLAKOWSKI (Leszek). *El racionalismo como ideología*. Barcelona. Ediciones Ariel. Primera edición en español, 1970, 171 p. (Traducción de Jacobo Muñoz de la edición alemana editada por R. Piper Verlag, München, 1967).
- KOLAKOWSKI (Leszek). *La presencia del mito*. Madrid, Ediciones Cátedra S.A., 1990, 135 p. (Traducción de Gerardo Bolado de la edición en alemán “Die Gegenwärtigkeit des Mythos”, 1972.).
- LUCKMANN (Thomas). *Teoría de la acción social*. Editorial Paidós, 1996, 159 pp. (Traducción de Fracesc Ballesteros de la edición en alemán “Theorie des sozialen Handelns”, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1992).
- MANS PUIGARNAU (Jaime). *Lógica para Juristas*. Barcelona. Editorial BOSCH S.A., no indica edición, 1978, 242 p.
- MENDEZ DE SMITH (Elisa). *Las ideologías y el derecho*. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Primera edición, 1982, 155 p.
- MORRIS (Charles). *Fundamentos de la teoría de los signos*. Barcelona. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Primera edición en español, 1985, 122 p. (Traducción de Rafael Grasa de la edición en inglés “Foundations of the Theory of Signs”, publicado como la Parte Segunda de Writings on the General Theory of Signs, Mouton, La Haya-París, 1971).
- NOZICK (Robert). *La naturaleza de la racionalidad*. Barcelona. Ediciones Paidós Iberoamérica S.A. Primera edición en castellano, 1995, 286 p. (Traducción de Antoni Domènech de la edición en inglés “The nature of rationality”, New Jersey, Princeton University Press, 1993).
- PEIRCE (Charles Sanders). *La ciencia de la semiótica*. Buenos Aires. Ediciones Nueva Visión, 1974, 116 p. (Traducción de Beatriz Bugni de textos seleccionados de Collected Papers of Charles Sanders Peirce,

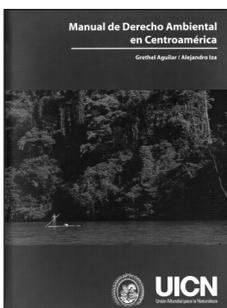
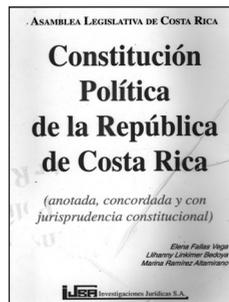
- Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 1965, volumen II, *Element of Logic*, libro II, "Speculative Grammar"; *ibid.*, volumen IV, *The Simplest Mathematics*, libro II, "Existential Graphs"; *Charles S. Peirce: Selected Writings (Values in Universe of Change)*, New York, Dover Publications Inc., 1958, capítulo 24, "Letters to Lady Welby").
- PERELMAN (Chaim). *De la Justicia*. México. Centro de Estudios Filosóficos de la Universidad Nacional Autónoma de México. Primera edición en español, 1964, 79 p. (Traducción de Ricardo Guerra de la edición en francés "De la Justice", Université Libre de Bruxelles, 1945).
- PERELMAN (Chaim). *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Madrid, Editorial CIVITAS S.A., Reimpresión de la Primera edición, 1988, 255 p. (Traducción de Luis Diez-Picazo de la edición en francés "Logique Juridique. Nouvelle rhétorique, París, Jurisprudence Generale Dalloz, 1976).
- POPPER (Karl). *La Lógica de la Investigación Científica*. Madrid, Editorial TECNOS S.A. Sétima reimpresión de la Primera edición en español, 1985, 451 p. (Traducción de Víctor Sánchez de Zavala de la edición en inglés "The Logic of Scientific Discovery", Londres, Hutchinson & Co. Ltd., 1959).
- POPPER (Karl). *Post Scriptum a La Lógica de la investigación científica: Realismo y el objetivo de la ciencia*. Madrid. Editorial TECNOS S.A. Primera edición en español, Volumen I, 1985, 462 p. (Traducción de Marta Sansigre Vidal de la edición en inglés "Realism and the aim of science from the Postscript to the Logic of Scientific Discovery", Edited by W.W. Bartley III, 1983).
- QUINTANILLA (Miguel A.), *director de Diccionario de Filosofía Contemporánea*, Salamanca, Ediciones Sígueme, Primera edición, 1976, 481 p.
- REICHENBACH (Hans). *La filosofía científica*. México. Fondo de Cultura Económica. Segunda reimpresión de la Segunda edición en español, 1975, 334 p. (Traducción de Horacio Flores Sánchez de la edición en inglés "The Rise of Scientific Philosophy", Berkeley, California, University of California Press, 1951).
- RESCHER (Nicolas). *La Racionalidad*. Madrid. Editorial TECNOS S.A. Primera Edición en español, 1993, 253 p. (Traducción de Susana Nuccetelli de la edición en inglés "Rationality. A Philosophical Inquiry into the Nature and the Rationale of Reason", Oxford University Press, 1988).
- SCHREIBER (Rupert). *Lógica del Derecho*. Buenos Aires. Editorial SUR S.A. Primera edición en español, 1967, 131 p. (Traducción de Ernesto Garzón Valdés de la edición en alemán "Logik des Rechts", Berlin, Springer-Verlag, 1962).

- STEVENSON (Charles L.) *Ética y Lenguaje*. Buenos Aires. Editorial Paidós, Primera edición en español, no indica año de publicación, 308 p. (Traducción de Eduardo Rabossi de la edición en inglés “Ethics and Language”, New Haven, Yale University Press, no indica año de publicación.)
- STOVE (David). *El culto a Platón y otras locuras filosóficas*. Madrid. Ediciones Cátedra S.A., Primera edición en español, 1993, 255 p. (Traducción de Eugenia Martín de la edición en inglés “The Plato Cult and Other Philosophical Follies”, no indica lugar de publicación, Basil Blackwell Ltd, no indica año).
- TOULMIN (Stephen), RIEKE (Richard) y JANIK (Allan). *An Introduction to reasoning*. New York, Macmillan Publishing Co, 1979, pp.3-191.
- VAZ FERREIRA (Carlos). *Lógica viva*. Buenos Aires, Editorial Losada S.A. Segunda edición, 1952, 228 pp.
- WITTGENSTEIN (Ludwig). *Tractatus Logico-Philosophicus*. Madrid. Editorial Alianza Universidad. Quinta reimpresión de la Primera edición de 1973, 1994, (Traducción de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera de “Tractatus Logico Philosophicus”, Londres, Routledge & Kegan Paul, Ltd.
- WITTGENSTEIN (Ludwing). *Los Cuadernos Azul y Marrón*. Madrid. Editorial TECNOS S.A. Segunda edición en español, 1993, 230 p. (Traducción de Francisco Gracia Guillén de la segunda edición en inglés “The Blue and Brown Books”, Oxford. Basil Blackwell & Mott Ltd.)

Reseñas bibliográficas a cargo de Jorge Enrique Romero Pérez

Fallas Vega, Elena et al ***Constitución Política de Costa Rica***. Anotada, concordada y con jurisprudencia constitucional (San José: Asamblea Legislativa de Costa Rica. Investigaciones Jurídicas S.A., 2005, 963 páginas).

Aguilar, Grethel; Alejandro Iza. ***Manual de derecho ambiental en Centroamérica*** (San José: Unión Mundial para la naturaleza, UICN – Universidad de Costa Rica, 2005, 626 páginas).



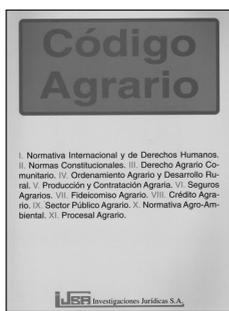
En la ***Presentación***, se señala que la realidad dentro de la cual opera el Derecho Ambiental en Centroamérica es necesario comprenderla y ponderarla adecuadamente para poder incidir en los procesos de diseño, elaboración y aplicación de las leyes que, en términos de contenido y eficiencia, respondan acertadamente a los retos que enfrenta la región (Dr. Rafael González Ballar, Decano Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica y Profesor Nicholas Robinson, Presidente, Comisión de Derecho Ambiental y de la Academia de Derecho Ambiental de la UICN).

Capítulos de esta obra:

- I. Introducción al Derecho ambiental
- II. Derecho ambiental en Centroamérica
- III. La defensa legal del ambiente
- IV. Evaluación de impacto ambiental
- V. La conservación y utilización sostenible de la biodiversidad
- VI. Los bosques en el contexto regional
- VII. Agua
- VIII. Derecho del mar y protección del mundo marino
- IX. Protección de la atmósfera y cambio climático
- X. Vulnerabilidad ambiental

- XI. Desechos
- XII. Participación pública
- XIII. Pago por servicios ambientales en Centroamérica
- XIV. Comercio y ambiente
- XV. Comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres

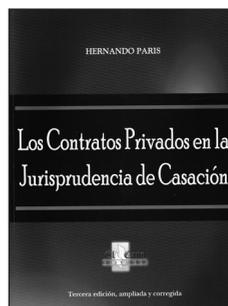
Se hace constar el agradecimiento a los estudiantes de la Maestría de Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica, del 2004, que con su trabajo y esfuerzo en cada capítulo del libro, hicieron posible esta publicación.



Bolaños Céspedes, Carlos. **Código Agrario**. Normativa internacional y de derechos humanos, normas constitucionales, derecho agrario comunitario, ordenamiento agrario y desarrollo rural, producción y contratación agraria, seguros agrarios, fideicomiso agrario, crédito agrario, sector público agrario, normativa agro-ambiental y procesal agrario (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2005, 944 páginas).

Paris Rodríguez, Hernando. **Los contratos privados en la jurisprudencia de Casación** (San José: El cano, 2003, 288 páginas).

En el **prólogo** de la tercera edición ampliada y corregida, los editores nos expresan que los contratos de compraventa, cesión, fideicomiso, distribución y transporte terrestre de cosas, son abordados con sentido práctico, con lenguaje fluido y con una evidente intención didáctica que testimonia el origen de la obra a inicios de los noventa: el contribuir a la formación académica de los futuros juristas y servir, al propio tiempo, de material de consulta diaria para jueces y abogados.

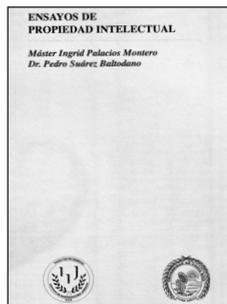


Los contratos que se estudian en esta obra son:

- compraventa,
- cesión
- fideicomiso
- suministro
- transporte terrestre de cosas

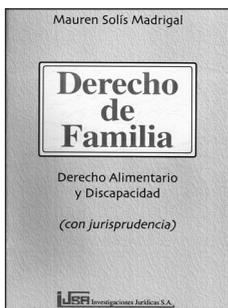
Palacios Montero, Ingrid; y, Pedro Suárez Baltodano. ***Ensayos de propiedad intelectual*** (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2005, 68 páginas).

La Profesora Palacios Montero desarrolla el ensayo *Marcas olfativas, auditivas y animadas*; y, el Profesor Suárez Baltodano el escrito sobre la *Evolución histórica del sistema de patentes y sus implicaciones en el Derecho costarricense*.



— o —

Solís Madrigal, Mauren. ***Derecho de familia. Derecho alimentario y discapacidad***, con jurisprudencia; y, *cumplimiento de la obligación alimentaria* con jurisprudencia (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2005, 58 y 47 páginas, respectivamente).



*Derecho alimentario
y discapacidad*

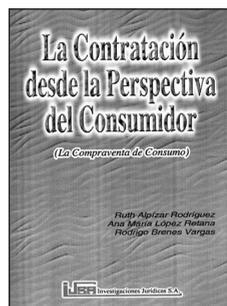
Discapacidad o minusvalía
Interpretación de las normas
jurídicas sobre discapacidad
Acreedores alimentarios con discapacidad
Deudores alimentarios con discapacidad

*Cumplimiento de la obligación
alimentaria*

Autorización para buscar trabajo
Pago en tractos

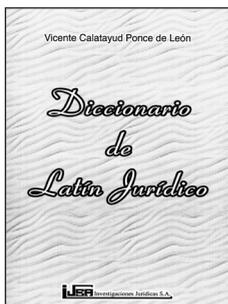
Alpízar, Ruth *et al.* **La contratación desde la perspectiva del consumidor.** *La compra-venta de consumo* (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2005, 498 páginas).

En el **Prólogo** el Dr. José Rodolfo León Díaz, nos afirma que lo más importante es determinar las formas abusivas o lesivas que puedan afectar a los compradores o usuarios, y brindar respuestas ágiles y proporcionadas para su tutela.



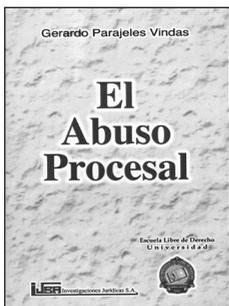
Los temas que este libro analiza son:

- I. Aspectos generales del derecho del consumidor
- II. El consumidor en el ámbito socio-jurídico costarricense
- III. La contratación desde la perspectiva del consumidor
- IV. Modalidades y clases de ventas en materia del consumidor
- V. Responsabilidad en la contratación de consumo y régimen de garantías
- VI. Patología del contrato
- VII. Vías para la tutela del consumidor por problemas derivados de las relaciones contractuales de consumo.



Calatayud Ponce de León, Vicente. **Diccionario de latín jurídico** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2005, 247 páginas).

Parajeles Vindas, Gerardo. ***El abuso procesal***. Tesis para el Doctorado en Derecho (San José: Universidad Escuela libre de Derecho - Investigaciones Jurídicas S.A., 2005, 397 páginas).



El Dr. Parajeles expresa en la ***Introducción*** que en el ámbito general no hay resistencia en la lucha de combatir el abuso en el proceso y del proceso. Ese sentimiento no se refleja en resoluciones judiciales ni en textos de consulta.

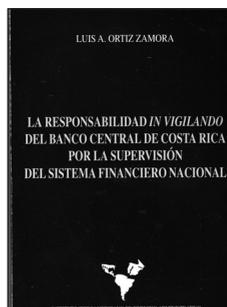
Los títulos de esta obra son:

- I. Del abuso en general
- II. La conducta procesal
- III. Sanción del abuso procesal

– o –

Ortiz Zamora, Luis. ***La responsabilidad in vigilando del Banco Central de Costa Rica por la supervisión del sistema financiero nacional*** (San José: Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Profesor Jesús González Pérez, 2005, 176 páginas).

El Dr. Enrique Rojas Franco, en el **Prólogo** indica que el Banco Central de Costa Rica, por medio de sus órganos de desconcentración máxima, está obligado a cumplir con sus cometidos públicos de supervisión y fiscalización.



Este libro se divide en dos partes:

Primera: el sistema financiero nacional

Segunda: la responsabilidad in vigilando del Banco Central de Costa Rica

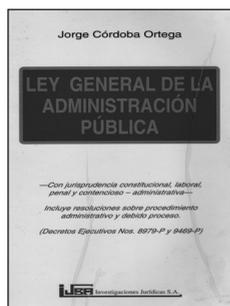
– o –

Arroyo Alvarez, Wilbert. ***Temas de Derecho sucesorio costarricense*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2005, 344 páginas).

En el ***Prólogo*** su autor, nos expresa que la materia sucesoria no está en nada terminada, siendo bueno cambiar hacia una legislación más armónica y que le facilite al juzgador resolver los conflictos que se le van presentando.

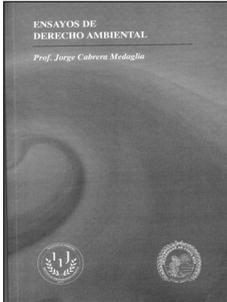
Esta obra presenta esta temática:

- Libre testamentificio, la querrela inofficiosi, testamenti y legitima hereditaria en el Derecho Romano
- Legítima hereditaria y Derecho Sucesorio costarricense: necesidad de una reforma sustancial a nuestro Código Civil
- Esbozo conceptual sobre la posesión civilísima en el Derecho Hereditario comparado
- Causas de “caducidad” del testamento
- La sucesión mortis causa en sede agraria
- Derechos de autos y derechos conexos en la sucesión *mortis causa*
- El artículo 595 del código Civil de Costa Rica: ¿limitación a la libertad de testar?
- Participación de la herencia y pago de acreedores en el proceso sucesorio costarricense
- El nuevo proceso sucesorio extrajudicial



Córdoba Ortega, Jorge. ***Ley general de la administración pública***. Con jurisprudencia constitucional, laboral, penal y contencioso-administrativa. Incluye resoluciones sobre procedimiento administrativo y debido proceso. Decretos ejecutivos Nos. 8979-P y 9469-P (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2005, 705 páginas).

Cabrera Medaglia, Jorge. ***Ensayos de Derecho Ambiental*** (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2005, 59 páginas).



El autor nos presenta dos ensayos en esta materia:

Aspectos jurídicos relacionados con el manejo de las áreas silvestres protegidas; y,

La protección de las inversiones en los Tratados de Libre Comercio y el principio de quien contamina paga.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

- Los artículos deben ser inéditos.
- Los artículos deben ser entregados en CD, diskette e impresos.
- La impresión debe ser en Arial 12 el texto, las notas en Arial 10.
- El artículo no sobrepasará las 30 cuartillas tamaño carta y a doble espacio e impreso en una sola cara.
- El artículo debe contener un resumen en español, y otro en idioma extranjero; y debe incluir varias palabras clave en español y en idioma extranjero.
- Las notas se pondrán al pie de página.
- La páginas del artículo se deben numerar.
- Cada artículo incluirá la bibliografía respectiva al final del mismo por orden alfabético de autor.
- El autor del artículo incluirá sus datos académicos, e-mail, tel.
- De conformidad con el convenio de derecho público inter-institucional entre la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados, le corresponde al Consejo Asesor o Editorial la aceptación de los artículos para su publicación.

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
Apartado 75-1100
San José, Costa Rica
379795