

ISSN
00347787

2006

ISSN
00347787

125 años de fundación del
Colegio de Abogados

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS
109

SEPARATAS

SAN JOSE, COSTA RICA
ENERO- ABRIL
2006



Revista

340

R Revista de Ciencias Jurídicas / Universidad de Costa Rica. --
 Nº 1 (1963). -- San José, C. R.: Litografía e Imprenta
 LIL, S.A., 1963.
 272 p. ; 152 x 222 mm.

v.

ISSN: 0034-7787

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

Revista fundada en 1963

Revista registrada en los siguientes databank:

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

CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Marcos Castro Alvarado	Presidente
Lic. Ramiro Arauz Montero	Pro-secretario
Lic. Miguel Román Díaz, Coordinador de Enlace	Vocal 2
M.Sc. Gustavo Solís Vega	Secretario

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

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica

Revista de Ciencias Jurídicas N° 109, 2006, cuatrimestral.

ISSN: 0034-7787

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

www.ijj.derecho.ucr.ac.cr

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

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

*125 años de fundación
del Colegio de Abogados*

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS**

109

SAN JOSE, COSTA RICA
ENERO - ABRIL
2006

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2006

Presidente:

Lic. Marco Castro Alvarado

Vicepresidente:

Dra. Alejandra Castro Bonilla

Secretario:

M.Sc. Gustavo Solís Vega

Prosecretario:

Lic. Ramiro Salvador Arauz Montero

Tesorero:

Lic. Adolfo Durán Abarca

Vocal 1:

Licda. Luz María Bolaños Arias

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:

Dra. Ericka Hernández Sandoval

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rectora:

Dra. Yamileth González García

Director Consejo Universitario:

M.Sc. 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

125 AÑOS DEL COLEGIO
DE ABOGADOS

Dra. Alejandra Castro Bonilla

Vicepresidenta

Junta Directiva del Colegio de Abogados

El Colegio de Abogados con ocasión de la celebración de su 125 aniversario, presenta este número especial de la Revista de Ciencias Jurídicas dedicada a esta insigne institución que durante muchos años se ha distinguido por sus aportes al fortalecimiento de la democracia y su codyuvancia en la construcción el Estado costarricense.

El Colegio de Abogados, ente público no estatal, posee funciones públicas de gran proyección social, constituido para defender los intereses del gremio y para garantizar a la sociedad costarricense que los profesionales que representa les sirvan de forma digna y eficiente.

La creación del Colegio de Abogados de Costa Rica se fundamentó en el ánimo de proporcionar una sólida instrucción, vigilar la conducta y la moral de los abogados así como consolidar la práctica del Derecho bajo estándares de excelencia.

Desde su creación, los objetivos y finalidad del Colegio se han consolidado y han crecido de tal forma que hoy es una de las instituciones más representativas de la institucionalidad y el respecto de los valores cívicos y democráticos de Costa Rica pero, sobre todo del respeto a nuestro ordenamiento jurídico y de la vigilancia por la calidad profesional, académica y humana de sus agremiados.

Hoy, el Colegio de Abogados se distingue también por su presencia en los grandes debates nacionales, por su colaboración en diversos proyectos de relevancia política y por supuesto en el fortalecimiento de la calidad profesional facilitando educación continua con cursos de actualización, foros de discusión nacional y aportes académicos que construyan la calidad de la formación del abogado.

La actual Junta Directiva, dentro de su proyecto de integrar a nuestro gremio a un trabajo continuo y colectivo para su mejoramiento, ha constituido diversas comisiones de trabajo que contribuyen arduamente en el fortalecimiento de nuestras funciones profesionales, jurídicas, académicas y políticas. Precisamente, contamos actualmente con destacados grupos de trabajo conformados por abogados especialistas en su campo, dentro de los que resalto la Comisión de Gestores de Opinión Pública, la Comisión de Nuevas Tecnologías, la Comisión Académica, la Comisión de Género, la Comisión de Notariado, la Comisión de Aranceles, la Defensoría del Abogado, la Comisión de Comercio Exterior y la Comisión de Resolución Alternativa de Conflictos; ésta última, constituida también por la Comisión de Propiedad Intelectual y la de Laboral.

Precisamente, el presente proyecto es un esfuerzo de la Comisión Académica del Colegio de Abogados, para lo cual convocamos a distinguidos colegas que a nivel nacional e internacional, atendieron a nuestro llamado para ofrecer esta edición especial como un encuentro de diálogo en torno a la actividad propia de nuestra corporación y una reflexión sobre el ideario que pretendemos construir para el fortalecimiento de la profesión.

En nombre de la Junta Directiva, agradecemos a los destacados juristas que participan en este número especial de la Revista de Ciencias Jurídicas, por su voluntad y dedicación, y por haberse identificado en nuestra misión de formar un debate para fortalecer la identidad del gremio, a través de la investigación académica continua que debe prevalecer en nuestra gestión, por medio de la calidad profesional y al amparo de los altos valores éticos que distinguen nuestra profesión.

PROEMIO

Este número de la revista conmemora los 125 de fundación del Colegio de Abogados en nuestro país.

La vida de nuestra nación, está íntimamente ligada con la presencia de los profesionales en Derecho. Por diversas razones y desde perspectivas diferentes (pero, complementarias) estos profesionales han colaborado directamente en la construcción nacional. Por ejemplo, Presidentes, Magistrados, Diputados, etc., han sido y son profesionales en este campo.

Se ha venido afirmando, como un lugar común, que educadores y miembros del foro, han sido los motores nacionales. Obviamente, como todo acercamiento rápido a la realidad, requiere de un estudio más profundo y más riguroso. Esta tarea ya la han emprendido, una gama de historiadores, sociólogos y politólogos, que con su trabajo profesional y académico han ayudado y colaboran en el conocimiento y comprensión de nuestra historia.

En lo que respecta al rol que los profesionales en derecho han jugado en nuestra comunidad pueden recordarse las palabras del maestro español Eduardo García de Enterría:

Que la sociedad destaque a los abogados a su cabeza es algo impuesto por la propia lógica del sistema.

En primer lugar, la simple situación del abogado como instrumento del encaje social, le asegura ya una insoslayable posición de preeminencia.

En segundo lugar, la política es, en la concepción liberal, un ámbito singular donde la ley de la concurrencia entre las fuerzas sigue rigiendo; tanto para el ejercicio positivo del poder, ordenado específicamente a un fin jurídico, el abogado sigue siendo, también en este plano, un instrumento capital para el desenvolvimiento de las fuerzas sociales, tanto más cuanto que su profesión garantiza el dominio de las técnicas propias: la dialéctica, la retórica, las tácticas de lucha y maniobra (Reflexiones sobre los estudios de derecho, Madrid: Ministerio de Educación, Revista de Educación, No. 5, 1952, p. 144).

Indicaremos algunas fechas iniciales relevantes en el itinerario de la vida de este Colegio:

6 de agosto de 1881: se crea el Colegio de Abogados, durante la Administración (1870-1882) de Tomás Guardia Gutiérrez (1831-1882).

Eusebio Figueroa Oreamuno (1827-1883) es el primer Presidente del Colegio en 1881.

1882: se funda la revista del Colegio llamada El Foro.

1888: se cierra la Universidad de Santo Tomás.

1891: el Colegio asume la regencia oficial de la escuela de Derecho. De hecho, desde su creación en 1881, este colegio había empezado a tutelar dicha escuela.

1910: se autoriza al Colegio para conferir el título de Procurador Judicial (De la Cruz, Vladimir, *El Colegio de Abogados de Costa Rica, orígenes y particularidades histórica de su desarrollo*, San José: Colegio de Abogados, 1995, inédito; Fumero, Patricia *Colegio de Abogados de Costa Rica: ciento veinte años de historia, 1881-2001*, San José: Colegio de Abogados, 2001).

Debe indicarse que tanto la Junta Directiva actual, Presidida por el abogado Marcos Castro Alvarado como la Comisión Académica, coordinada por la Vice-Presidenta Dra. Alejandra Castro Bonilla, han impulsado esta importante celebración.

Esta revista presenta una variedad de artículos en diversos campos del saber jurídico y con ellos se da realce a los 125 años de fundado este Colegio.

Se hace la observación que los artículos de esta revista fueron indicados por la Comisión Académica del Colegio de Abogados.

Se indica que el artículo *Enseñanza Lógica para Sentencias Judiciales* fue escrito por el Dr. Max A. Freund (publicado en la Revista de Ciencias Jurídicas N° 107, 2005).

El director - editor

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	9
<i>Proemio</i>	11
Ensayos:	
Jueces y reforma judicial en Costa Rica <i>Dr. Luis Paulino Mora Mora</i>	15
El abogado: entre el derecho y la política <i>M.Sc. Celín Arce Gómez</i>	33
El abogado y la capacitación en materia de agresión y psicopatología forense <i>Dr. Álvaro Burgos M.</i>	59
La participación del garante en el proceso hipotecario: un litis consorcio innecesario <i>Prof. Laura María León Orozco</i>	79
<i>Underwriting</i> : Contrato financiero moderno <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	91
Causales de fondo del recurso de casación civil <i>Magistrado Luis Guillermo Rivas Loáiciga</i>	119
La defensa de la defensa <i>Lic. César Pérez Novaro</i>	129
El cambio cualitativo en el ejercicio profesional de la abogacía: “CJUL en línea” <i>Licda. Iliana Arce Umaña</i>	141

	<i>Pág.</i>
Tendencias de la justicia electoral: Latinoamérica y sus desafíos democráticos <i>Dr. Antonio Sobrado González</i>	155
El papel del abogado en el desarrollo de las audiencias penales. El problema de la inasistencia injustificada <i>Dr. Gary Amador B. / Dra. Erika Hernández S.</i>	185
El abogado ante la moral, la ética y la deontología jurídica <i>Dr. Carlos Chinchilla Sandí</i>	205
Deber de probidad y el ejercicio de la abogacía en la función pública <i>Lic. Christian E. Campos Monge</i>	235

MORA MORA: Jueces y reforma judicial en Costa Rica

**JUECES Y REFORMA JUDICIAL
EN COSTA RICA**

Dr. Luis Paulino Mora Mora

Presidente de la
Corte Suprema de Justicia
de Costa Rica

(Recibido 30/04/06; aceptado 28/06/06)

Tel. 295-3000

e-mail: relac_publicas@poder_judicial.co.cr

RESUMEN

La reforma Judicial busca un cambio en la forma en que se administra justicia en Costa Rica. Ese cambio incluye, pasar de un sistema de administración de justicia con estructura y conceptos autoritarios a otro democrático y abierto, lo cual conlleva a su vez la variación sustancial en el perfil del abogado-juez que lo convierta en un agente activo del sistema democrático.

Palabras clave: Abogado, juez, derecho, justicia, oralidad, democracia.

ABSTRACT

The reformation judicial search a change in the form in that administers himself justice in Costa Rica. That change includes, to pass of a system of administration of justice with structure and authoritarian concepts to other democratic and open, that which bears the substantial variation in turn in the lawyer - judge profile that transforms in into an active agent of the democratic system.

Key words: Lawyer, judge, law, justice, oral argument, democracy.

SUMARIO

Introducción

1. La labor del sistema formal de administración de justicia
2. La Reforma Judicial: un cambio exigido
3. El papel del juez en la solución del conflicto
4. El juez como pieza clave de un sistema de administración de justicia democrático
5. El nuevo concepto de juez y la independencia judicial

Conclusión

INTRODUCCIÓN

Agradezco la oportunidad que me brinda la Junta Directiva del Colegio de Abogados para participar en esta edición especial de la Revista de Ciencias Jurídicas, ello con ocasión del ciento veinticinco aniversario de nuestro siempre querido Colegio. Muy grato es para mí la participación en estas actividades, en las que procuro involucrarme a pesar del escaso tiempo que deja la Presidencia de un órgano como el Poder Judicial, que ha entrado en una interesantísima dinámica de transformación y modernización que obliga a un estado de constante vigilia intelectual muy saludable, tanto para los involucrados en ese cambio como para el país. Estamos en la organización que presido sumergidos de lleno en un amplio esfuerzo de reforma y modernización, labor ésta dentro de la que el papel de los jueces es clave en más de un aspecto.

No pretendo en este artículo más que hacer un breve repaso por algunos temas que me parecen claves respecto del binomio conceptual reforma judicial-jueces, con el fin identificar algunos puntos alrededor de los que pueda promoverse un intercambio de ideas serias al respecto.

1. LA LABOR DEL SISTEMA FORMAL DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Empecemos por reconocer que una vida en sociedad es fuente permanente de conflictos que deben ser solucionados de alguna forma; precisamente una de las tareas del Estado Moderno es la puesta en funcionamiento de medios y métodos para su resolución, dado que, por un lado, tenemos necesidad de respetar el obligado monopolio estatal para el uso de la fuerza y por otra parte, no parece conveniente para el desarrollo social, dejar que las desavenencias transcurran libremente y terminen de cualquier manera. Esta regulación es –precisamente– lo que se busca con el establecimiento de reglas de convivencia social. Tenemos que administrar la libertad de cada miembro de la comunidad por medio de la fijación de normas de actuación y la resolución de las fricciones que se generen cuando cada persona ejerce su libertad y sus derechos.

Uno de los muchos mecanismos concebidos por la sociedad para la administración y resolución de cierta clase de conflictos es el sistema formal de administración de justicia, pero no debemos perder de vista

que este sistema es únicamente un estadio dentro de una evolución, ya que la resolución de las diferencias ha sufrido una gran evolución desde los tiempos antiguos en los que el conflicto era concluido según el arbitrio de quien tuviera mayor fuerza para hacer valer sus decisiones. Posteriormente, con el transcurso del tiempo y conforme las sociedades se hicieron mucho más complejas, se concibieron y pusieron en práctica medios cada vez más elaborados para resolver diferencias, hasta llegar a una clara definición del llamado poder de jurisdicción, es decir, la capacidad de “dictar el derecho” con la que el Estado inviste algunos de sus “oficiales” para que –auxiliados de diversos mecanismos –como por ejemplo, reglas de derecho de fondo, reglas procesales, reglas consuetudinarias, etc– conozcan de las diferencias entre las partes y decidan sobre tales cuestiones, con poder de coerción puesto a su disposición por el Estado, para el cumplimiento de las decisiones que tomen.

En un segundo estadio histórico se comienza a delinear la labor de administrar la justicia como elemento integrante de lo que se viene a concebir como el poder de imperio de los Estados, históricamente, reconocido primero como una unidad concentrada –junto con las demás funciones estatales– en el soberano (príncipe, rey o emperador), para luego derivar, a finales del siglo XVIII hacia un sistema de repartición de las labores estatales en distintos órganos diferentes e interrelacionados.⁽¹⁾

No obstante, cabe sin embargo prestar atención a una –en aquel entonces– leve diferenciación que, tal y como han resultado las cosas, adquiere ahora la mayor importancia. Me refiero a la diferencia en la concepción del funcionario que administra justicia que se da en los estados europeos continentales frente a la concepción inglesa. En este último país, la relevancia del derecho consuetudinario, de las normas inveteradas, del apego por el derecho vinculado a la tradición, al cual –como ustedes saben– se le denomina Derecho Común o Derecho de la tierra, produce que los jueces, encargados de la aplicación de tal derecho, sean vistos como valedores o defensores de dichas normas, aún en ocasiones frente a la autoridad constituida, la cual obviamente no puede renegar de ellas. Esto produce sin duda, que en términos generales los jueces del sistema de Derecho Común, sean vistos por los ciudadanos como los encargados de brindar protección y garantía que

(1) V. MATTEUCCI Nicola. *Organización del Poder y Libertad. Historia del Constitucionalismo Moderno*. Editorial Trotta. 1998.

el derecho de la tierra regirá no solamente frente a sus iguales, sino también frente a quienes ejercen el poder, y todos por tanto han de atenerse a las decisiones de tales funcionarios, justamente por ser los intérpretes autorizados de esa tradición convertida en derecho.

En la Europa continental en cambio, el fenómeno se plantea de manera distinta. Los soberanos absolutistas de esa región, menos atados que sus colegas de las islas británicas, no tienen problema en sustituir el derecho consuetudinario o común por un derecho promulgado, cuyo valor está no en que haya superado la prueba del tiempo y de su acatamiento inveterado y tradicional, sino que su respeto se hace necesario por cuanto lo ha emitido quien tiene el poder para ello, incluso otorgado por Dios, según llegó a afirmarse en ciertos casos.

De esa forma, los jueces continentales europeos –también a diferencia de sus colegas ingleses– no podían acudir a ninguna autoridad superior que les permitiera cuestionar los deseos y decisiones que el monarca, había positivizado en normas jurídicas. Por ello mismo, la autoridad monárquica tenía derechos pero no deberes que pudieran serle exigidos. Como pueden comprender, esto produce en los integrantes de tales sociedades una natural desconfianza –muchas veces justificada agregó yo– hacia la función de juzgar y hacia las personas que realizaban esa labor que –además– eran formalmente nombrados y mantenidos por el soberano, según su placer.

Para que esta situación cambiara en la Europa continental, hizo falta un resurgimiento o renacimiento de las ideas que hablaban de un conjunto de normas de valor superior: se comenzó, al principio tímidamente a esbozar una teoría de la existencia de una inherente dignidad humana, que da base a la noción de ciertos derechos naturales que le pertenecían al ser humano por el hecho de ser tal, avanzando luego para reconocer un derecho de resistencia para su defensa, pero solamente frente a los reyes verdaderamente malos, hasta llegar a las teorías de los derechos inalienables, que están en la raíz del constitucionalismo moderno, con su establecimiento de normas de obligado acatamiento para todos, inclusive para los gobernantes.

En cuanto a la situación en América Latina, recordemos que si bien aparentemente se impone la idea de una Constitución Política que incluye una declaración de los derechos y un diseño orgánico para el Estado, lo cierto es que, tanto a nivel administrativo general como, por supuesto en la forma en que se administra la justicia, nuestra influencia

viene de Europa continental, que incluso, en ese momento estaba encandilada por el proceso napoleónico de sistematización del derecho y la consiguiente concepción de la forma de administrar justicia. Esto hace que al momento de concretarse un esquema de administración de justicia en los países latinoamericanos, se acojan todas esas ideas con lo que se da –en principio– una desnaturalización de los conceptos que podrían haber servido para desarrollar en los hechos la teoría de los frenos y contrapesos y la división de los distintos poderes. Esa distorsión, se origina como dije en la influencia napoleónica que recibimos a través de España, bajo la cual diseña el sistema de administración de justicia con el fin de que sirva como medio para legitimar el ejercicio del poder y no como fundamental función de mecanismo de solución de conflictos; de igual forma, se le elimina o disminuye sustancialmente su función de control del poderes.

Estas son las ideas que figuran en la base de nuestros ordenamientos jurídicos y han sido tenidas como correctas, de manera que por muchas décadas quienes hemos integrado el Poder Judicial hemos actuado con gran celo, reserva y autocontrol –muchas veces desapegándose de la realidad– precisamente para no exceder las funciones asignadas y cumplir a cabalidad su función –no de contrapeso y balance del quehacer del Estado, sino de órgano legitimador del Poder– evitando la interferencia con los otros poderes. Me atrevo a definir esa época como una etapa pasiva donde el Poder Judicial como organización se aisló para esperar los acontecimientos sin involucrarse en la suerte de las sociedades.

Un honrado examen de conciencia me hace concluir que no solo ese ha sido nuestra forma de pensar en la labor del judicial, sino que igualmente hemos aprendido a que ello debería continuar siendo así. Los jueces latinoamericanos llevamos ya tantísimo tiempo cumpliendo y exigiendo el cumplimiento de formalidades que ya perdimos de vista su razón de ser y objetivo. Las formalidades han cobrado vida propia, se han erigido frente a nosotros en entidades que son fines en si mismas y pretenden sobrevivir a toda costa en los procesos de modo que se nos imponen aún cuando no cumplan ninguna finalidad válida para lo que es, a mi juicio, el único objetivo para su establecimiento, es decir, servir de guía para la solución del conflicto planteado con imparcialidad y de forma justa.

Como lo indiqué, lamentablemente en este tema, son muchos y muy pesados los lastres con los que nuestra tradición legal nos ha

cargado. Un sistema escrito y codificado del derecho sustantivo ha dado lugar, de forma natural, a un sistema procesal también predominante escrito que –como dije en otra ocasión– significó en la práctica dejar de impartir justicia frente a personas de carne y hueso para hacerlo en reserva, dentro expedientes de papel, que son inertes y pésimos emisarios de las angustias y problemas humanos, con las cuales el juzgador en muchos casos no toma contacto nunca. Aún hoy estamos lejos de podernos deshacer del paradigma de la justicia de estirpe napoleónica en el que la solución al caso concreto es un producto y una emanación natural de la codificación, como los frutos lo son del árbol y el juez como “boca de la ley” se limita a “anunciar” a las partes lo que la ley tiene dispuesto para ellas.

Al sistema actual, no le interesa la calidad personal del juez, o si conoce a las partes o si tiene vocación de servicio y más bien, hacemos gala del alejamiento y aislamiento del juez, de la urgencia del menor contacto posible con las partes, porque ello deberá redundar en un sistema de justicia más respetable por objetivo y alejado de las presiones. Pero una revisión de los estudios de la opinión ciudadana al alcance de cualquiera nos señala que a pesar de semejante esfuerzo de “objetivación de las actuaciones judiciales” y en “favor de la seguridad jurídica” y de “tranquilidad y la confianza ciudadana” nuestras sociedades no confían en nosotros, consideran que somos poco seguros y estiman que el sistema comprende amplias posibilidades de corrupción. Más aún, ni siquiera hemos podido salvar siquiera lo que hemos tratado de privilegiar más por tanto tiempo, a saber la imagen de independencia, objetividad y honestidad del juez.

2. LA REFORMA JUDICIAL: UN CAMBIO EXIGIDO

Frente a este panorama, las agendas de muchos de los Poderes Judiciales de nuestra región, y los organismos internacionales de ayuda y crédito se ha orientado hacia la búsqueda de diversas soluciones para el mejoramiento de la labor de administrar justicia y para atacar los aspectos considerados deficientes del funcionamiento de las organizaciones de administración de justicia. La gama de causas de esa problemática es amplísima, pero, es nuestro criterio que no podemos avanzar en cambios meramente cosméticos si no llegamos a replantearnos a fondo y desde una perspectiva integral las funciones del Poder Judicial en la sociedad actual. De importancia para el impulso hacia este cambio necesario es el importante cambio ideológico producto de la evolución

democrática de nuestras sociedades, a partir del cual se admite a la justicia como un servicio público, con la persona *–el ser humano que acude al juez y no el juez en sí mismo–*, como eje central de su actuación. Ahora menos que nunca el órgano judicial puede aislarse de su medio social; estamos en una época en que las sociedades han llegado a convertirse en complicadas telarañas donde todos los factores pueden llegar a desempeñar un papel relevante en el desarrollo, de modo que una justicia que tome en cuenta y procure adaptarse a las necesidades sociales es un imperativo para los administradores de justicia.

Esta nueva concepción sobre la que pienso debería erigirse cualquier intento de reforma judicial, sostiene que el ejercicio de la función judicial no se diferencia de las demás en cuanto a que se deriva de la Constitución Política. El juez, en tanto funcionario, es un simple depositario de la ley, no está por encima de ella y además existe un claro mandato constitucional para cumplir con su cometido de una manera muy concreta: debe hacer justicia de forma pronta y cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes. El principio es bastante simple: en una democracia, no debe existir ningún funcionario público, ni Poder que esté exento de control. En conclusión, el servicio de la justicia no está exento del deber de rendir cuentas, sino todo lo contrario.

El cumplimiento cabal del concepto de servicio público de justicia, nos lleva a estimular una concepción de la judicatura y en general del profesional en Derecho que se oriente siempre bajo los principios relacionados con un amplio acceso a un bajo costo, dentro del marco constitucional de respeto a los principios de acceso a la justicia, juez natural y debido proceso, lo cual requiere en primer término:

- a) Convertir a nuestros jueces, de burócratas formalistas, en jueces de garantías con iniciativa *–especialmente en materia de derechos fundamentales o de temas con relevancia social–*;
- b) Asimismo que nuestros códigos procesales dejen de ser una carrera de obstáculos que mitifica la escritura y la forma y desconoce el fondo. Deben constituirse en verdaderos medios para lograr acercar al juez a la verdad real sobre lo acontecido, para que pueda resolver de la mejor manera el conflicto social que le es planteado;
- c) Una desjudicialización de materias y servicios para que la administración de justicia pueda dedicarse con mayores recursos a los

temas de mayor importancia social en los que median conflictos, sin que ello conlleve el desprendimiento de la justicia de los casos de “bagatela” o de poco valor, propios de los sujetos de bajo interés social por carecer de valor económico. La justicia debe constituir un medio eficaz de solución de conflicto social, aún de ese, pues sólo de esa forma podrá hacer el aporte que le corresponde a la vida en sociedad. El principio al que me refiere conlleva a que siempre que se encuentre otro medio eficaz, más económico y respetuoso de los derechos del individuo para resolver el conflicto, a él debe recurrirse, para encargar al sistema de administración de justicia la solución de los conflictos que sólo él puede resolver;

- d) La indexación o actualización de las deudas para desincentivar el litigio de mala fe, a efecto de evitar que el transcurso del tiempo se constituya en fin rentable para el que pone obstáculos para que la justicia sea eficiente y oportuna;
- e) El patrocinio letrado gratuito dentro o fuera del Poder Judicial, para aquellas materias esenciales desde el punto de vista social, en los casos en donde no se opte por el acceso directo e informal del ciudadano, y por último
- f) La promoción de la resolución alternativa de conflictos.

Estas ideas, ya se han ido perfilando en requerimientos para la existencia de poderes judiciales eficientes y confiables y existe en ellos un claro consenso: la independencia económica y funcional; la accesibilidad; la necesidad de actualización de los códigos procesales, fundamentados en la oralidad como medio de realización del proceso; carrera judicial; capacitación judicial; un régimen disciplinario eficiente; fijación de parámetros de rendimiento de los jueces; separación de la mayor cantidad de funciones administrativas para que los jueces puedan dedicar todo el tiempo posible a la administración de justicia que resulta ser su tarea principal. Debemos tener claro que las deficiencias se deben en mucho a diseños que responden a ideologías procesales que han reinado en nuestro país durante mucho tiempo, caracterizadas, en su arraigo a la escritura y a los formalismos innecesarios, en la necesidad de apegarse al expediente como si este fuera un fin en sí mismo, por encima de la persona o la verdadera solución del conflicto. Estos mismos principios han ensombrecido la materia laboral, de familia, contenciosa administrativa y agraria con algunos grados de matiz y

actualmente sólo el proceso penal tiene la oralidad en una forma más desarrollada, aunque, debemos reconocer la insatisfacción que produce ver la interpretación, cargada de contenido inquisitivo o escrito, que muchos le dan a un Código de corte acusatorio y oral.

La reforma judicial busca cambiar eso radicalmente, planteando un sistema de administración de justicia eficaz y a la vez confiable. Para ello es indiscutiblemente necesario, simplificar y humanizar la relación entre el juez y las partes. En particular, la oralidad permite el contacto directo con las partes y la prueba, y le permite al juez intentar fórmulas de conciliación para encontrar una adecuada, justa y concertada solución a la contienda judicial. En síntesis, le da mayores posibilidades de acercarse a la vida real y de dictar sentencias en forma más ajustada a la equidad y el derecho.

3. EL PAPEL DEL JUEZ EN LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO

Como posiblemente pueda adivinarse, este empeño por la implantación de la oralidad conlleva la necesidad de abordar y plantearse el tema de la manera en que realizan sus funciones nuestros jueces. Indudablemente, que el sistema escrito, favorece, la exacerbación del formalismo, lentitud, el juez autista y los demás defectos que hemos señalado, pero, el problema es más un problema de mentalidad, un problema ideológico, que un problema de escritura, ello me lleva a señalar que una reforma judicial incluye necesariamente, un cambio de mentalidad del juez.

Lo que el sistema necesita promover es un nuevo tipo de juez, uno con una mentalidad abierta, consciente de su función en la sociedad y con espíritu de servicio. El perfil de un juez en un sistema judicial que busque calidad en su justicia y se constituya en defensor del sistema democrático, que exige que los jueces sean personas honestas, independientes, pero a la vez con la apertura mental necesaria para discernir en armonía y con respeto sobre los derechos de sus conciudadanos. No tiene ningún sentido promover una reforma procesal y judicial para dejarla en manos de jueces autoritarios, prepotentes con las partes y hasta con sus mismos compañeros, individualistas y prejuiciados, cuando pretendemos lograr una sociedad fundada en los principios de tolerancia y respeto. Esto debemos tenerlo claro, porque de lo contrario los cambios están destinados a fracasar. Queremos entronizar la idea de que el tipo de juez que la administración de justicia

demanda es aquel que siente que su deber es estar más cerca del caso y las partes, especialmente cuando de la recepción de la prueba se trata. Necesitamos culturizarnos a que el respeto al principio de inmediación es necesario para remozar nuestro sistema de justicia.

Este cambio de actitud y mentalidad en el juez resulta además indispensable si –como lo hemos señalado–, se opta por la oralidad como instrumento apropiado para la administración de justicia, ello porque los sistemas orales hacen prácticamente imposible cualquier intento de control institucional sobre la actividad que realiza el juez. Con esto quiero decir que con los sistemas escritos, toda o casi todas las actuaciones (y si se quiere también las omisiones) del juez dejan un rastro en el expediente y además éste debía responder en forma apegada a la regla procesal que lo regulaba, todo bajo la mirada del “superior” que vigila por la “propiedad” de las actuaciones. Pero al dejarse de lado este tipo de control, en favor de la oralidad, ello implica conceder mayor poder de decisión al juez. Lo anterior resulta más cierto aún, cuando sumamos además el hecho de que dentro del cambio de conducta que se propugna está la promoción de una actitud crítica hacia las formalidades para que se apliquen a reserva y con conciencia de su necesidad.

4. EL JUEZ COMO PIEZA CLAVE DE UN SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DEMOCRÁTICO

Indudablemente, como dije, la parte central de nuestro servicio, es la respuesta del juez, frente al ciudadano y por eso es indispensable orientar la cultura organizacional hacia un concepto del juez como aliado de la sociedad, como garante de los derechos ciudadanos, que busque la solución del conflicto por encima de excusas burocráticas, consciente de que su rol en la sociedad es determinante para las relaciones familiares, económicas, sociales, comerciales, con el Estado, en fin, para la convivencia pacífica en general. Me parece que para estar a la altura de las circunstancias, la administración de justicia debe mostrar un dinamismo especial en este sentido y a quien corresponde la mayor carga en esa tarea es a los propios jueces y jerarcas de los Poderes Judiciales.

Resulta evidente que no podemos simplemente entregar un nuevo sistema procesal o nuevos sistemas de administración de despachos y sentarnos a esperar el cumplimiento de esa responsabilidad por parte de jueces permeados por la forma actual de pensar, sino que

–bien puede apreciarse– es necesario un cambio de mentalidad en los administradores de justicia, *pero no solo o no tanto* en la manera de hacer las cosas, sino *en la concepción misma de la labor de administrar justicia*. Este nuevo rumbo, producto de la evolución democrática que vengo describiendo, define la justicia como un servicio público, con la persona, no el juez, como eje central de su actuación. El principio es bastante simple: debemos esforzarnos al máximo para el logro de un mejor servicio a la sociedad que requiere nuestro aporte y lo paga con sus impuestos. No podemos seguir siendo un sistema donde los papeles van y vienen y la gente no se siente amparada, estamos en deuda con la sociedad costarricense, que ha invertido enormes recursos en la justicia, y merece un mejor servicio. En el sistema escrito el expediente es el fin de la actuación de la judicatura, lo que en él existe es la verdad, aunque en la realidad sólo sea una mala fotografía de lo acontecido, en el que la fuente de la prueba pasa por múltiples filtros antes de estar a disposición del juez que resolverá el caso, sin que pueda oír a las partes en la propuesta de sus intereses, a los testigos en su dicho sobre su versión de lo ocurrido, a los peritos sobre su criterio respecto de criterios técnicos no conocidos por el juzgador, a los abogados en sus alegatos. Todo ello consta en papeles que desempeñan el mismo sentido de las cartas, comunicar un determinado tema, pero como la escritura no siempre es fiel expresión de lo que se piensa, el contenido del expediente no siempre es fiel representación del conflicto y las pretensiones de los interesados.

Aún a riesgo de equivocarme en algunos rasgos, me atrevo a señalar incluso algunas características del nuevo tipo de administrador de justicia que buscamos:

- 1.- Valiente
- 2.- Estudioso
- 3.- Dedicado
- 4.- Recatado
- 5.- Probo

Naturalmente que este nuevo juez, con vocación de servicio, atento a los requerimientos de su comunidad y ansioso de retroalimentarse para mejorar su trabajo, no lo puede construir el Poder Judicial por sí mismo, con los escasos recursos que se le autorizan para cursos formación en la Escuela Judicial. Requiere, como todo cambio educativo, del apoyo de la comunidad académica, de las universidades, que deben matricularse en el proceso para que este cambio sea posible.

Parece lógico y necesario que la sociedad concentre su atención en las condiciones personales y profesionales para el acceso a la función de juez, con el fin de asegurarse de la mejor forma la idoneidad de aquellos que van a resolver los conflictos, y esto incluye definir quien ha de realizar la labor de producir ese juez con esa nueva mentalidad. Nos corresponde a nosotros, concomitantemente orientar el sistema de carrera judicial para que pueda evaluar las exigencias no académicas que debe reunir un juez de la República, dentro de este nuevo esquema.

5. EL NUEVO CONCEPTO DE JUEZ Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Finalmente, existe un tema que espero no haya pasado desapercibido para los interesados en la reforma y es lo que he llamado control de la labor de los jueces dentro de los sistemas de administración de justicia. Este se relaciona con el tema de la independencia del juez, de modo que creo útil dedicar algún espacio para ocuparme de ese tema y como la concibo interactuando con la rendición de cuentas dentro del marco de una justicia democrática.

Durante años, como ya lo he señalado con reiteración, el eje de la justicia ha girado alrededor del juez y no del ciudadano. Hasta hace pocos años, no se podía ni preguntar por un expediente porque si el juez lo tenía, no había ni derecho a verlo, mucho menos pedir una cita o reclamar un mal trato o servicio. Es decir, no estábamos acostumbrados a rendir cuentas de nuestra actuación, escudados en lo que considero un falso concepto de independencia judicial, que se estiró para cubrir luchas gremiales y justificar la ausencia de transparencia en el servicio.

Ahora estamos claros en que la independencia del juez no es un derecho que le pertenezca a él, sino que se trata de un derecho humano reconocido a los ciudadanos, pues son ellos los que tienen derecho a que sus diferencias sean resueltas por jueces independientes, jueces que sólo tengan en la Constitución y la ley el norte de su actuación; así por ejemplo lo señala la Convención Americana sobre Derechos Humanos al referirse a la independencia del juez como un derecho humano, al disponer en el artículo 8.1 que:

“1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o

tribunal competente, *independiente* e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter.

2.- ...”

Nos hemos acostumbrado a visualizar esa independencia como una condición establecida en favor del juez, cuando en realidad se trata de un derecho de las partes para separar al juez natural del caso cuando no constituya garantía suficiente de trato igual, sea cuando no tenga independencia para conocer del caso.

También he sostenido en diferentes ocasiones que –en mi concepto– esta independencia en cuanto derecho, no es un fin en sí mismo, sino que existe con el sólo objetivo de proveer las condiciones necesarias para que el Juez sea imparcial y actúe en un ambiente de esa condición en el caso concreto sometido a su conocimiento; se trata entonces de una garantía ciudadana, y por ende de una herramienta democrática.

El tema de la independencia judicial, es *instrumental* e interesa en la medida en que permite una “buena justicia”; de modo que hay que tener cuidado en pretender que solo éste principio sea vital para la calidad de la justicia y la democracia.

Erróneamente la judicatura, especialmente en América Latina, se ha escudado en un falso concepto de independencia. con fines gremiales, como consecuencia de ello, poco piensan los jueces en el ciudadano de a pie, común y corriente que acude a ellos clamando por justicia, con frecuencia nos hemos encontrado con una hipersensibilidad o “alergia” a medidas de transparencia, control, disciplina, que buscan lograr un mejor servicio, y no una influencia en el caso concreto. Asimismo es notoria la ausencia de ideas y participación que con muy pocas excepciones, ha tenido la judicatura en el proceso de reforma judicial. Las discusiones sobre más o menos poder de este o aquél, más salario, y reformas académicas son lo que ha prevalecido en las iniciativas en los últimos tiempos.

Estimo como un error anteponer la independencia para ensombrecer la transparencia, pues ésta debe ser siempre instrumental

para posibilitar una buena justicia. No debe quedar ninguna duda de que con el tránsito hacia la oralidad buscamos, una buena justicia, una que sea más accesible, eficiente y rápida en la resolución de los procesos, con un juez que se reencuentre con su verdadero rol en una sociedad democrática. Son estos los temas que hemos percibido como relevantes para los ciudadanos, por encima incluso muchas veces de la cuestión de la independencia. La independencia por sí sola no ofrece ninguna garantía para una justicia concebida como servicio público, adecuada y satisfactoria para todos.

CONCLUSIÓN

Podemos intentar entonces una conclusión en cuanto a la necesidad de comprender claramente lo que está en juego cuando hablamos de Reforma Judicial. Debemos entender que no estamos hablando simplemente de cambios instrumentales como los que pueden hacerse en el sistema procesal o en la administración del órgano judicial o bien en lo que se ha dado en apoyo administrativo para la decisión. Más bien, la reforma judicial tiene un sustrato ideológico que precisamente transita por la necesidad de un cambio en la concepción del profesional en derecho en general y de aquel que, en particular, se dedica a administrar justicia.

En ese sentido, el cambio aparece tan difícil como necesario en vista de la amplia tradición autoritaria que ostentan los sistemas Judiciales latinoamericanos, fruto de su impronta napoleónica. Sin embargo, el esfuerzo debe hacerse, de tal manera que la llamada reforma judicial emprendida busque implantar mecanismos, como la oralidad, que de alguna manera sirvan de catalizadores de ese cambio necesario en la mentalidad de los jueces. Está claro entonces que buscamos realmente una redefinición del juez, ya no como representante del Estado sino como actor y protagonista del sistema democrático; ello le exige un cambio de concepción de lo que significa su labor y su papel en la sociedad, meta ambiciosa sin duda y que no podremos cumplir sin la aquiescencia y colaboración de Universidades y corporaciones profesionales.

La reforma conlleva un compromiso de los otros Poderes del Estado, el judicial es poco lo que sólo puede hacer, pues se necesita cambiar el molde autoritario que aparece en nuestro marco constitucional, para distribuir en otros centros de responsabilidad la administración

del Poder Judicial. Es necesario modificar la legislación orgánica del sistema, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la del Ministerio Público, la Defensa y el Organismo de Investigación Judicial deben ser actualizadas. La carrera judicial, es sistema de acceso, ascenso y finalización de la función judicial, debe ser revisada. Es conveniente fijar los derechos del ciudadano frente a la justicia y los deberes de ésta en relación con aquéllos. En toda esa labor es conveniente lograr sintonía en las miras, para acertar en el fin deseado.

Por último, las universidades y el Colegio de Abogados deben desempeñar un papel protagónico en el proceso, pues a ellos corresponde preparar al abogado del futuro, quién también debe tener claro cuál es su función en una democracia y al Colegio velar porque el ideal de dar a cada uno lo suyo, se cumpla por los colegas que lo conforman y nuestro Poder Judicial.

ARCE GÓMEZ: El abogado entre el derecho y la política

**EL ABOGADO: ENTRE EL DERECHO
Y LA POLÍTICA**

Msc. Celín Arce Gómez

(Recibido 30/04/06; aceptado 28/06/06)

Tel. 527-2000, ext. 2416
e-mail: c.arce@uned.oc.cr

RESUMEN

El abogado a lo largo de nuestra historia ha sido un protagonista de primer orden en la construcción de las instituciones de nuestro régimen político y, por supuesto, de las instituciones jurídicas. La formación jurídica le ha permitido a presidentes de la República y a muchas otras personas que han ocupado puestos relevantes, tener la visión y la sabiduría para adoptar decisiones que le han cambiado el rumbo al país. El cultivo de la Ciencia Jurídica deberá seguir acompañando el desarrollo democrático de Costa Rica.

Palabras clave: Abogado, política, puestos relevantes, régimen político, instituciones sociales.

ABSTRACT

Throughout our history the lawyer has been a main actor in the construction of the institutions of the political regime and, of course, of the legal institutions themselves.

Their legal background, on the other hand, have permitted our Presidents and to many more people, who have accomplished relevant positions, to have the vision and the wisdom to undertake the decisions that have changed the course of our history in many ways.

The cultivation of the Legal Science must be part of the democratic development of Costa Rica.

Key words: Lawyer; politics, landmark positions, political regime, social institutions.

SUMARIO

1. Introducción
2. El Lic. Braulio Carrillo Colina
3. El Lic. Mauro Fernández Acuña y la gran reforma educativa de 1886
4. El Lic. Pedro Pérez Zeledón: un apoyo fundamental
5. La Constitución Política de 1917: sus redactores
6. El Lic. Luis Demetrio Tinoco Castro: el Código de Educación y la creación de la Universidad de Costa Rica
7. El Lic. Oscar Barahona Streber: redactor del Código de Trabajo
8. El Lic. Guillermo Padilla Castro: la creación de los seguros sociales
9. El Lic. Teodoro Picado Michalski y la gran reforma electoral
10. El Lic. Rodrigo Facio: el jurista ideólogo
11. El Lic. Fernando Volio Jiménez: el desarrollo de la educación superior universitaria privada.
12. A modo de conclusión

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La conformación de cualquier sistema político es producto de un largo y complejo proceso normalmente de muchos años y hasta de centurias en el cual interactúan toda una serie abigarrada de fenómenos sociales, económicos y políticos.

Pero, al igual que todo fenómeno histórico, en la formación de cualquier institución social y política participan un número de personas más o menos identificables, que en el devenir de la historia, les ha correspondido estar en un lugar y momento determinados y ser protagonistas de dichos sucesos.

Las instituciones jurídicas y políticas que identifican al sistema político costarricense se comenzaron a forjar poco después de nuestra independencia en 1821 y, gracias a tales antecedentes, poco a poco fuimos construyendo nuestra identidad como Nación y, lo más importante, continuamos perfeccionando dichas instituciones.

El Derecho por definición es el medio por el cual se logra materializar las instituciones sociales y políticas una vez que se ha alcanzado el consenso social mínimo requerido para su aceptación y consolidación.

Dicho de otra manera, no se puede concebir una sociedad moderna sin ese amplio y complejo sistema de instituciones jurídicas y políticas, lo cual tampoco se puede lograr sin el Derecho, que es una especie de ingeniería social, esto es, el sustento que permite darle forma a las distintas instituciones sociales que formalmente son materializadas en normas jurídicas generales que legitiman, además, a dichas instituciones.

La Constitución Política es el ejemplo más representativo de lo anterior, porque es formalmente un simple documento relativamente pequeño que, sin embargo, recoge y define las instituciones políticas y jurídicas más importantes del régimen, siendo además el producto de un proceso largo y complejo entorno al cual la sociedad ha alcanzado un consenso mínimo que les permite regirse por las mismas.

El Derecho no crea dichas instituciones, sino que más bien las “formaliza”, pero una vez juridizadas, adquieren vida propia por lo que se van transformando, inciden en la sociedad y estas en ella, de manera

tal que en una especie de relación simbiótica se van transformando mutuamente.

El desarrollo de la sociedad ha estado acompañado del crecimiento del Derecho mismo, de tal suerte que conforme las sociedades se tornan más complejas, de igual manera el Derecho se torna más complejo, se ensancha e interactúa con todo el tejido social.

En definitiva todos esos complejos procesos se suceden con la participación en muchos casos decisiva de personas conocedoras del Derecho, cuya sabiduría las ponen al servicio de tal desarrollo.

La historia costarricense está llena de ejemplos de personas doctas en el Derecho que pusieron su sabiduría al servicio de la sociedad ya sea dando inicio, desarrollando o consolidando instituciones políticas y jurídicas que han permitido el desarrollo de la sociedad en muy variadas formas.

A continuación se hace un repaso de lo anterior, lo cual nos permite valorar el aporte que la Ciencia Jurídica ha hecho a lo largo de nuestra historia, lo cual se ha logrado gracias a personas concretas dotadas de un conocimiento y visión jurídicas realmente providenciales.

2. EL LIC. BRAULIO CARRILLO COLINA

Don Braulio Carrillo fue el tercer Jefe de Estado que tuvo Costa Rica y gobernó del año 1838 al año 1842, es decir, que le correspondió ser protagonista en la historia nacional pocos años después de nuestra independencia y se le tiene como el Arquitecto del Estado costarricense, por cuanto fue quien sentó las bases de las instituciones más importantes para que el Estado en el concepto moderno pudiese despegar en nuestro país y se pudiera consolidar como tal.

Estudió leyes en la Universidad de León, donde se graduó de abogado, llegó a ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y luego Presidente de la misma en 1834 y al año siguiente fue nombrado tercer jefe de Estado.

Parte de ese legado y visión jurídica es el código general emitido el 30 de julio de 1841 que es la primera codificación hecha después de la independencia, por cuanto a esa fecha estuvieron vigentes las leyes de España.

Su formación jurídica le permitió conocer y admirar el sistema jurídico inglés el cual le sirvió incluso de inspiración.

Nos refiere Obregón⁽¹⁾ que cuando Carrillo inició su segunda administración estaba decidido a reformar la administración de la justicia por lo que en nota de 13 de julio de 1838 le solicitó a don Luz Blanco, que aunque no era abogado, era una persona versada en leyes y muy reconocida, que organizara una Comisión de individuos miembros de la Corte con el objeto de reformar la Administración de la Justicia en todas las instancias.

Blanco contestó que sería una ventaja reformarla con: "...presencia de los códigos de otras naciones por lo que necesitaría la Ley de Livingston, Santa Cruz y de otras donde puedan extraerse materias útiles".

"El primero había sido conocido en Guatemala y aplicado en parte durante la administración de Gálvez en que se emitió el Sistema de Legislación Penal, decretado por la Asamblea y sancionado por el Consejo Representativo en 1836 (...). El otro, el del General de Santa Cruz, Presidente de la Confederación peruano- boliviana, está inspirado en las leyes bolivarianas y fue de gran renombre en su época".⁽²⁾

Concluye Obregón indicando sobre la labor de Carrillo que:

"Los Códigos fueron fundamentales en Costa Rica y estuvieron en vigencia hasta que se hizo una nueva modificación a finales del siglo pasado, 1888, fue de las pocas obras de Carrillo que no fueron derogadas o destruidas después de su caída. Así cuando se condenó al General Vicente Villaseñor en setiembre de 1842, es probable que quienes decidieron su muerte tuvieran presente todo lo señalado en el artículo 157 que establecía que todo lo referente a los costarricenses que incurrieran en el delito de traición era aplicado en igual forma a los: ... extranjeros que se hallaren al servicio del Estado, aunque no hubieren obtenido carta de naturalización".⁽³⁾

(1) Obregón, Clotilde. *Carrillo: una época y un hombre 1835-1842*. San José, Editorial Costa Rica. 1989, pág. 78 y ss.

(2) *Ibid.*, pág. 78.

(3) *Ibid.*, pág. 80.

Si Carrillo ha sido calificado como el Arquitecto del Estado, como ciertamente lo fue, ello fue posible gracias a su formación de jurista lo que le permitió conocer otros ordenamientos como el inglés lo que a su vez le dio la visión de dar a la sociedad costarricense una codificación jurídica mínima que le permitiese a los costarricenses regirse por una normativa moderna y que le daría mayor cohesión social.

No solo eso, si no hubiese sido abogado dicha codificación no se hubiera materializado en su Administración porque a las personas que le encargó la tarea le fallaron, por lo que tuvo personalmente que abocarse a su elaboración.

Su formación jurídica le permitió valorar la urgencia que tenía el país de contar con una serie de instituciones básicas para ir conformando el Estado y un gobierno como única vía para avanzar como país.

En fin, Carrillo sentó las bases de nuestro sistema jurídico gracias a esa gran obra de la codificación todo lo cual fue posible por su formación y conciencia jurídicas.

En palabras de León Pacheco “Tuvo que convertirse en el primer dictador de Costa Rica. Su dictadura, si nos colocamos en la época, tenía ya muchas de las características de nuestra nacionalidad, entre las cuales predominaban el legalismo”.⁽⁴⁾

Si Don Braulio Carrillo no hubiese sido abogado ¿quien y hasta cuando hubiésemos podido contar con la codificación dicha y quien hubiese sentado las bases del legalismo, elemento constitutivo de nuestro Estado de Derecho?

3. EL LIC. MAURO FERNÁNDEZ ACUÑA Y LA GRAN REFORMA EDUCATIVA DE 1886

Don Mauro nació en 1843; se graduó de abogado en la Universidad de Santo Tomás en 1869, un año después lleva a cabo su primer viaje a Europa y se establece un tiempo en Londres donde ejerce su profesión de abogado en el bufete de Mr. Frederick Weston.

(4) Pacheco, León. *Mauro Fernández*. San José, Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, 1972, pág. 10.

En 1871 regresa a Costa Rica, abre su primer bufete de abogado en San José y se le nombra Conjuez de la Corte Suprema de Justicia. En 1874 es nombrado por el Presidente de la República, general Tomás Guardia, Magistrado Fiscal de la Corte Superior de Justicia.

En 1880 funge como Constituyente para las reformas y enmiendas de la Constitución de 1871, actuando como Primer Secretario. En 1882 fue miembro del Consejo de Instrucción Pública, que se había restablecido el año anterior. Luego en 1883 se desempeña como miembro de la Comisión Codificadora para el establecimiento de un Código Fiscal, abogado y simultáneamente apoderado del Banco Nacional.

De esta manera don Mauro no solo se graduó de abogado sino que practicó activamente su profesión por lo que vivió intensamente el Derecho tanto en la teoría como en su práctica.

La Constitución de 1869 estableció la enseñanza pública obligatoria, gratuita y costeadada por el Estado, con lo cual el Presidente don Jesús Jiménez creaba la educación costarricense y las bases para la labor futura de don Mauro Fernández.

El 8 de mayo de 1885 se le nombra Ministro de Hacienda y Comercio e Instrucción Pública de Don Bernardo Soto, oportunidad en la cual se hizo acompañar de hombres de mucho conocimiento, como don Pedro Pérez Zeledón, quien había sido subsecretario de Instrucción Pública, y fue el enlace directo entre su pensamiento y el europeo. También recurrió al profesor Miguel Obregón, su asistente más inmediato en la elaboración de la Ley General de Educación Común, y de don Buenaventura Corrales ambos connotados pedagogos.

Así como Don Braulio Carrillo sentó las bases de las primeras instituciones jurídicas del Estrado costarricense, a don Mauro le correspondió darle forma jurídica a la gran reforma educativa que él impulsó y que no es otra cosa que darle forma institucional al modelo educativo nacional.

Dicha reforma se caracteriza por la promulgación de dos grandes leyes básicas y claves a saber: la Ley Fundamental de Instrucción Pública, cuyo principal contenido es el de establecer la centralización de la educación en el Estado correspondiéndole al Ministerio de Instrucción Pública su dirección e inspección, y restablecimiento de la figura del Consejo de Instrucción Pública.

La Ley General de Educación Común, fue aprobada por el Congreso el 26 de febrero de 1886 y junto con su reglamento definen todo lo relativo a la enseñanza primaria, y la división territorial del país en circunscripciones escolares. Es la piedra angular de la reforma, y estuvo inspirada en la Ley No. 1420 de 1884 de la República de Argentina, que impulsó Domingo Faustino Sarmiento.

Los lineamientos fundamentales de la Ley General de Educación Común son los siguientes:⁽⁵⁾

- 1.- Centraliza la función de la educación en el Estado, al declarar que la dirección y la inspección suprema, corresponde al Ministerio de Instrucción Pública, asistido por un Consejo de la misma materia, estableciendo las atribuciones de las autoridades ministeriales en materia de enseñanza.
- 2.- Democratiza la educación común la que se declara gratuita, obligatoria y democratiza en su organización, contenido y metodología. Atiende a la educación de adultos e impulsa una reforma de la segunda enseñanza.
- 3.- Preserva la libertad de enseñanza que proviene de la Constitución de 1871.
- 4.- Instauro la enseñanza laica, lo que se manifiesta en la supresión de la enseñanza de la religión en el currículo, producto además del enfrentamiento de la Iglesia con los gobiernos liberales.
- 5.- Eleva a nivel profesional la formación del personal docente por medio de la Escuela Normal que se funda en 1886, con su escuela modelo que son absorbidas al año siguiente por el Liceo de Costa Rica.
- 6.- Logra combinar con acierto dentro del currículo de la educación primaria y secundaria, los elementos de la cultura universal con las condiciones de la realidad nacional.

(5) Dengo, María Eugenia. *Educación costarricense*. San José, EUNED, 1995, pág. 102.

En suma, las bases de lo que sería nuestro sistema educativo se debe a la gran reforma educativa de don Mauro Fernández, reforma que solo que se puede atribuir a él en su condición de Secretario de Instrucción Pública, puesto que no se recoge en nuestra historia evidencia de que el Presidente Bernardo Soto hubiese tenido siquiera una participación digna de ser resaltada.

Tal reforma se debe en gran parte a la amplia cultura que le asistía, pero tal y como fue expuesto fue un versado en la ciencia jurídica teórica como práctica por lo que conocía la organización y deficiencias de la organización del Estado costarricense las que pudo contrastar con las instituciones europeas.

Por ello además de las convicciones ideológicas que Don Mauro puso al servicio de la gran reforma educativa, no cabe duda que su formación y sabiduría jurídicas fueron un factor de primer orden para crear ni mas ni menos que el sistema educativo costarricense que nos rige a la fecha con las modificaciones que, por supuesto, se han tenido que introducir a lo largo de los años para perfeccionar esa gran obra institucional.

Así lo sentencia de manera concreta Pacheco: “Poseía una formación jurídica sólida en la cual se basó para orientar sus acciones de hombre público y de Reformador”.⁽⁶⁾

4. EL LIC. PEDRO PÉREZ ZELEDÓN: UN APOYO FUNDAMENTAL

El 26 de diciembre de 1873 obtiene el título de Bachiller en Leyes en la Universidad de Santo Tomás y el 3 de diciembre de 1877 recibe el título de abogado, en 1886 el gobierno de don Bernardo Soto le envía a Europa y los Estados Unidos con el fin de que aprenda las nuevas técnicas de la educación. El 3 de noviembre de 1888, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, España, le hace académico y le otorga el título respectivo.

Como se consignó, don Pedro fue el principal colaborador de don Mauro Fernández en el Ministerio y como tal, brindó sus muy

(6) *Ibíd.*, pág. 52.

importantes servicios en la elaboración de la Ley General de Educación Común o, dicho en otras palabras, dos abogados de amplia cultura, Don Mauro y don Pedro actuaron conjuntamente en la definición de la reforma educativa la que tenía que llevarse a cabo mediante una ley, o sea, recurriendo al Derecho para cuyo éxito la preparación de ambos y su visión jurídicas fueron de valor innegable.

Así como Carrillo fue el arquitecto del Estado costarricense, Don Mauro con la ayuda del Pérez Zeledón lograron sentar las bases del sistema educativo costarricense en el sentido moderno del término.

5. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1917: SUS REDACTORES

Esta Constitución tuvo una vida muy efímera por cuanto al haber sido promulgado por el régimen de los Tinoco es obvio que habría de correr la misma suerte del régimen de manera tal que el Presidente Federico Tinoco renunció en agosto de 1919.

Sin embargo del punto de vista jurídico se considera como una de las mejores constituciones que han sido redactadas, preparación que estuvo a cargo de una comisión integrada por los Ex presidentes Don Bernardo Soto, Don Rafael Iglesias, Don Ascensión Esquivel Ibarra, el Dr. Carlos Durán Cartín y el Lic. Cleto González Víquez. Don Ricardo Jiménez con gran olfato político y prudencia declinó ser parte de dicha comisión y el Ex presidente José Joaquín Rodríguez se excusó igualmente aduciendo que estaba muy anciano y enfermo.

Por ejemplo, el capítulo I que versaba sobre la República y el Gobierno en general, introdujo como innovaciones, la prohibición de los tribunales para aplicar leyes o decretos contrarios a la Constitución; la facultad del Poder Ejecutivo para restablecer la Universidad suprimida en 1888 pero, sobre todo, la obligación del Estado de velar por el bienestar de las clases trabajadoras y de dictar las leyes necesarias para ello.

En efecto, el artículo 10 expresaba:

“Es obligación del Estado velar por el bienestar de las clases trabajadoras, y para ello dictará las leyes necesarias; a falta de iniciativa social promoverá, y en todo caso apoyará en la medida de sus recursos, las instituciones que tengan por objeto armonizar

sobre bases de justicia las relaciones entre patrones y obreros y las que tiendan a mejorar la condición económica de estos y a ampararlos en caso de enfermedad, vejez o accidente, paro de trabajo u otras circunstancias de desgracia independiente de su voluntad”.

La relevancia de este artículo consiste en que por primera vez una Constitución de nuestro país habla de garantías sociales y de justicia social, políticas y legislación que se aprueba hasta el año 1943.

La Comisión redactora de la Constitución fueron ex-presidentes de la República, pero la mayoría tenían en común la condición de ser abogados o con conocimientos en el Derecho que es el caso del Presidente Iglesias Castro, por lo que el único que no tenía dichos conocimientos lo fue el Dr. Carlos Durán, quien era un médico graduado en Europa.

Don Bernardo Soto Alfaro se graduó de abogado el 10 de diciembre de 1877, en la Universidad de Santo Tomás y ejerció la profesión hasta 1880.

Fue su Secretario de Instrucción Pública don Mauro Fernández el autor de la gran reforma educativa ya referida.

Don Ascensión Esquivel Ibarra por su cuenta, se graduó de abogado en la Universidad de Santo Tomás el 27 de agosto de 1868 y siendo Juez del Crimen se negó a acatar una orden del Presidente Guardia por lo que fue confinado a Limón, siendo parte del castigo el tener que hacer el viaje a pie hasta la costa. Cuando pasaba por Cartago fue ordenado su regreso, con lo que se le personó el confinamiento, pero siempre fue suspendido de su puesto.

Don Ascensión se distinguió en el ejercicio de su profesión de abogado y fue un notable penalista y profundizó en el Derecho Internacional y en el Derecho Civil, por lo que en 1886 sirvió la cartera de Relaciones Exteriores bajo el mandato del Presidente Soto Alfaro.

El expresidente Rafael Iglesias Castro no fue abogado pero estudió la carrera de Derecho la que no pudo finalizar para atender actividades personales de carácter comercial, es decir, cuando comenzó los estudios de Derecho, de manera concomitante entró en el campo

comercial en la farmacia de un pariente suyo. Cursó regularmente los estudios jurídicos durante tres años, y en 1878 tuvo que abandonarlos urgido por las necesidades de su familia y la pérdida de bienes de su padre.⁽⁷⁾

El Lic. Cleto González Víquez también se graduó de abogado en la Universidad de Santo Tomás en 1884.

En este caso no hay duda que la amplia experiencia política de los ex-presidentes aunada al conocimiento del Derecho les permitió concretar una Constitución escrita de avanzada que ya anunciaba nuevas instituciones políticas y sociales que el país requería y que se concretarían décadas después.

6. EL LIC. LUIS DEMETRIO TINOCO CASTRO: EL CÓDIGO DE EDUCACIÓN Y LA CREACIÓN DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

El Lic. Castro obtuvo el grado de bachiller en leyes en 1925 y un año después la licenciatura en leyes. Fue diputado de 1932 a 1936 y de 1940 a 1944 Secretario de Estado en el Despacho de Educación Pública.

De 1951 a 1966, fue miembro del Consejo Superior de Educación.

Es el autor intelectual y material del Código de Educación, lo que logró gracias a su formación jurídica.

“Como soy abogado, conozco las ventajas que tiene codificar las leyes; en vez de estar buscando en cien tomos de leyes que existían, era preferible recopilarlas en un solo Código.

Mi propósito fue ofrecer a mi sucesor, al gobierno siguiente un volumen en el cual se encontrara todo lo obligatorio en materia educacional, derechos y obligaciones.

(7) Peralta Hernán G. *Don Rafael Yglesias*. San José, Editorial Costa Rica, 1968, pág. 20.

Como tenía la experiencia del Congreso y sabía que ahí proyectos de trescientos artículos terminan totalmente distorsionados y que sin tener consideración en otros aspectos de la ley destruyen la armonía que debe existir, opté por un camino que ya conocía. Me valí de un precedente. Releyendo Gacetas viejas me enteré que nuestro Código Civil y leyes judiciales no fueron sometidas a discusiones sino que el Colegio de Abogados preparó los proyectos y el Congreso aprobó una ley de tres líneas refrendando los Códigos que el Colegio de Abogados había discutido y aprobado aproximadamente en 1887.

Me atreví a seguir el mismo procedimiento con la aprobación del Señor Presidente de la República, con un proyecto también muy corto solicitando que se autorizase al Poder Ejecutivo para emitir en forma de Código de Educación toda la legislación vigente, haciéndoles todas aquellas reformas necesarias por razones gramaticales. No podíamos variar nada de fondo, porque no éramos legisladores, pero sí estábamos autorizados para armonizar la forma. Luego se emitió el Código como un Decreto Ejecutivo y lleva nada más la firma del Presidente de la República de entonces y de este servidor.

Al año siguiente, había cambiado el gobierno. Estaba de Presidente don Teodoro Picado y el diputado Fernando Lara, también abogado, que había trabajado en el Ministerio de Educación en la Administración de León Cortés, creyó que el Código quedaba un poco en falso, por no haber pasado el trámite de aprobación legislativa y presentó un proyecto en el cual se daba por bueno lo que había hecho el Poder Ejecutivo: es decir se ratificó.

De manera que el Código tal y como se publicó, desde la primera hasta la última línea fue redactado por mí, sin modificaciones, simplemente recogiendo leyes, ordenándolos por su respectivos campos, eliminando lo que estaba repetido y convirtiéndolo en un cuerpo coherente. En su mayor número de

disposiciones, en otras no, sigue vigente. Se le han introducido reformas eliminando algunos aspectos, pero sigue siendo un remanente del Código de 1944".⁽⁸⁾

Gracias a su formación jurídica y visión de estadista derivada de la primera, logró darle unidad y coherencia a la legislación educativa acumulada por muchas décadas de una manera dispersa y hasta contradictoria.

Una legislación debidamente integrada y coherente es una condición necesaria para lograr adecuada administración del sistema educativo.

El Código de Educación sirvió de base para la posterior Ley Fundamental de Educación; la Ley Orgánica del Ministerio de Educación y la denominada Ley de Carrera Docente.

Al Lic. Tinoco Castro se le debe, además, la creación de la Universidad de Costa Rica, por cuanto la condición que le puso al Dr. Calderón Guardia para aceptar la Secretaría de Instrucción Pública fue su compromiso de apoyar la creación de dicha universidad.

“Si el Doctor está de acuerdo en que su gobierno considere el establecimiento de una Universidad de Costa Rica como punto fundamental de su programa en el ramo de educación, aceptaré el Ministerio. Y digo su gobierno, porque estoy seguro que él, Rafael Angel, acogerá con entusiasmo mi proposición aunque el tema no haya sido abordado en los discursos de la campaña política. Conoce el valor y la importancia de las Universidades como estudiante que fue de la de Lovaina y por su larga permanencia en Europa. Además tiene un espíritu abierto para todas las iniciativas que puedan traducirse en el mejoramiento de las condiciones sociales y culturales de los grupos económicamente débiles a los cuales beneficiará en especial la creación de un

(8) Entrevista hecha al Lic. Luis Demetrio Tinoco en el año 1981. Educadores (Revista de la APSE), Año 1, No.1, 1981, págs. 17-18.

centro educativo en donde puedan adquirirse la preparación y los diplomas requeridos para el ejercicio de las profesiones liberales⁽⁹⁾.

El proyecto de ley de creación de la Universidad fue redactado por el Lic. Tinoco quien además de buen conocedor de la legislación educativa, su formación de jurista le permitió redactar un proyecto inspirado en la Misión Chilena de Luis Galdames pero más sencillo y acorde a la realidad política y necesidades del país.

El proyecto que presentó conserva en lo sustancial las proposiciones de Galdames, pero lo mejoró en otros aspectos por lo que sería de más fácil aceptación por el Congreso y las entidades y personas que podrían intervenir en su discusión.

Su visión consistió en crear la universidad mas no restablecerla con lo cual eliminó un cúmulo de problemas; se le confirió la misión de fomentar el estudio y la investigación de los problemas nacionales, no el de dilucidarlos, lo que sería imposible de realizar por un organismo heterogéneo como es; se aumenta a cinco el número de sus Facultades y Escuelas iniciales al incorporarle las de Pedagogía y Bellas Artes; y se aclara su misión extramuros al confiarle la de contribuir al mejoramiento constante del nivel cultural de la Nación.

Refiere el Lic. Tinoco que su formación y experiencia de Notario Público le permitió ordenar de otra forma la presentación de los órganos directivos de la Universidad.

Galdames los coloca así: Rector, Consejo Universitario, Asamblea Universitaria; siendo para él lo correcto: de primero la Asamblea Universitaria, por ser la autoridad máxima; el Consejo de Segundo, y el Rector como el Gerente en las sociedades anónimas el tercero.⁽¹⁰⁾

No cabe duda, entonces, que la formación jurídica le permitió al Lic. Tinoco Castro impulsar un ordenamiento de la legislación educativa que el país necesitaba así como elaborar el proyecto de ley de creación de la universidad de Costa Rica de una manera más realista y, lo más importante aún, mas acorde a la realidad jurídica y política de Costa Rica, elementos que no podía captar con la precisión y el olfato debidos las Misión Chilena.

(9) Tinoco, Luis Demetrio. *La Universidad de Costa Rica. Trayectoria de su creación*. San José, Editorial Costa Rica, 1983, pág. 25.

(10) *Ibid.*, pág. 42.

7. **EL LIC. OSCAR BARAHONA STREBER: REDACTOR DEL CÓDIGO DE TRABAJO**

Nació Don Oscar el 24 de julio de 1916. En 1932, cumpliendo escasos 16 años ingresó a la Facultad de Derecho estudios que, no obstante concluyó hasta el mes de febrero de 1944.

En sus estudios de Derecho recibió la influencia del jurista mexicano Mario de la Cueva con su tratado de Derecho del Trabajo de su país "...donde se analizan a fondo el artículo 123 de la Constitución de Querétaro de 1917 y las realizaciones mexicanas en el campo laboral, que hicieron a un lado el anticuado precepto de que "el trabajo es una simple mercancía". Estas lecturas cayeron en tierra no sólo fértil, sino abonada, por razones obvias".⁽¹¹⁾

Sus estudios jurídicos y de manera particular sus estudios de derecho laboral gracias a la insigne obra de Mario de la Cueva, le permitió contar con suficientes herramientas jurídicas para poder redactar el Código de Trabajo que le encargó el Dr. Calderón Guardia en vista de que la comisión que se integró para hacerlo no cumplió su cometido.

"Como la Comisión Redactora del Código de Trabajo jamás actuó con efectividad, según lo llevo dicho, tuve que informárselo al Dr. Calderón Guardia, cuya reacción inmediata fue la de rogarme que asumiera tan enorme tarea solo. Acepté la propuesta. La tarea consumió más de tres meses de mi vida, a razón de unas 16 horas de trabajo diario ininterrumpido, días festivos y domingos inclusive, lo que mucho contribuyó a la destrucción de mi primer matrimonio. El original de ese voluminoso proyecto lo doné la Museo Jurídico de la Corte Suprema de Justicia, donde cualquiera puede consultarlo y comprobar que tiene diversas anotaciones de mi puño y letra, con tinta verde que era la que yo usaba en esa época".⁽¹²⁾

(11) Barahona Streber, Oscar. *Memorias y opiniones*. San José, Editorama, 1996, pág. 4.

(12) *Ibíd.*, pág. 11.

Para confirmar dicha autoría el artículo transitorio artículo XII reza:

“Publíquense por cuenta de la Secretaría de Trabajo y de Previsión Social la exposición y comentarios personales del Señor Oscar Barahona Streber sobre los antecedentes legales y significado de todas las disposiciones de este Código, a efecto de que la obra respectiva sirva de información a litigantes y Tribunales y contribuya a la mejor difusión de los principios de Derecho de Trabajo en Costa Rica”.⁽¹³⁾

En fin, el Código de Trabajo en cuanto a su redacción y contenido se le debe a un jurista quien, además de su vocación jurídica, estaba al día de las corrientes más modernas del derecho laboral que logró adaptar a nuestro medio.

8. EL LIC. GUILLERMO PADILLA CASTRO: LA CREACIÓN DE LOS SEGUROS SOCIALES

El Dr. Guillermo Padilla Castro era Doctor en Derecho y profesor de la Facultad en Derecho Penal y le correspondió redactar el primer anteproyecto de Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social.

El Dr. Calderón Guardia envió al Dr. Padilla Castro a Chile a estudiar el programa de seguros sociales existente en ese país y además, se le encargó la redacción de un proyecto de ley sobre el particular. Se pensó en Chile por cuanto era uno de los primeros países del continente que iniciaron programas de tipo social y porque Padilla Castro tenía contactos personales en Chile, pues era buen amigo de Miguel Etchebarne, gerente de la Caja Chilena de Seguro Obrero, quien lo asesoraría en la redacción del proyecto costarricense de seguro social.

Padilla permaneció seis meses en Chile y después de terminar un borrador del proyecto de seguro social, lo remitió, por vía postal, a Calderón Guardia para que lo estudiara.⁽¹⁴⁾

(13) *Ibid.*, pág. 21.

(14) Véase Rosenberg, Mark. *Las luchas por el seguro social en Costa Rica*. San José, Editorial Costa Rica, 1980, pág. 54.

Parte de lo que se dio cuenta fue de la necesidad de que el programa de seguros sociales estuviera administrativamente centralizado en una sola institución, a fin de evitar duplicaciones y el desorden de sistemas similares competitivos. En julio de 1941 el Proyecto de Ley de Seguro Social estaba listo para ser sometido al Congreso y el 1 de noviembre de 1941 el nuevo programa de seguros sociales obligatorios adquirió plena fuerza de ley.

Una vez más gracias a un buen jurista y de mucha experiencia profesional y académica se logró redactar un proyecto de ley por el que se crearía una de las instituciones sociales más importantes del país.

9. EL LIC. TEODORO PICADO MICHALSKI Y LA GRAN REFORMA ELECTORAL

Nació en San José, el 10 de enero de 1900, se graduó de Licenciado en la antigua Escuela de Derecho en 1922. Fue Secretario de Educación en la última administración de don Ricardo Jiménez (1932-1936). Diputado en 1940. Fue posteriormente tres veces Presidente de la Asamblea Legislativa en la Administración Calderón Guardia, desde donde colaboró notablemente en la tramitación de la legislación social.

Presidente de la República en 1944- 1948. Como Presidente, se empeñó en dotar al país de una moderna legislación electoral que garantizara la legitimidad de las elecciones a diputados en 1946 y presidenciales en 1948. Con dicha reforma quiso evitar la guerra civil que se veía venir ante la gran violencia que se daba en el enfrentamiento de las principales fuerzas políticas del país.

Su formación jurídica y su amplia cultura le dieron una condición de estadista y la condición de heredar al país instituciones importantes como es usual en dichos casos. En su caso lo fue la reforma electoral que sentó las bases del sistema electoral de nuestro país que se mantiene a la fecha.

Tal y como lo indica Formoso:

“Don Teodoro como Presidente, con la ayuda de su Secretario de Gobernación, Lic. Soto Harrison, y naturalmente la aprobación del Congreso, despojó al Poder Ejecutivo de las grandes atribuciones que

constitucionalmente tenía para intervenir en el proceso electoral, y de las que tanto se habían abusado en el pasado, para trasladárselas a un Tribunal Electoral, al que se dotó de un código muy moderno en la materia que luego siguió en vigencia, casi sin modificaciones, en la llamada “Segunda República”. (...) No fue por negligencia o irrespeto a las leyes por parte del Presidente, que unos buenos comicios electorales no pudieron funcionar como vías de escape para la peligrosa presión política de aquellos años y así se pudiera dar una pacífica transmisión del poder político”.⁽¹⁵⁾

En su mensaje inaugural de gobierno el Lic. Picado manifestó que estaba dispuesto que se promulgara un Código Electoral o que se reforme la ley existente y a que el proyecto respectivo sea redactado por una comisión integrada por representantes de los tres partidos que intervinieron en la última lucha electoral.

“El Código, pues, fue obra de seis abogados de reconocida autoridad, que trabajaron con toda seriedad, consultando abundante legislación de otros países, cuya experiencia en materia electoral podría sernos útil”.⁽¹⁶⁾

De esta forma a partir del 18 de enero de 1946 el país contó con el primer Código Electoral que sería utilizado para las elecciones de 1948, producto sin duda producto de la participación de muchos juristas desde el Presidente Picado, su Ministro de Gobernación Lic. Fernando Soto Harrison y la Comisión redactora ya referida.

(15) Formoso Herrera, Manuel. (Editor). *Teodoro Picado. Memorias*. San José, EUNED, 2001, pág. 258

(16) Son ellos los Licenciados Francisco Fonseca Chamier, Luis Carballo, Víctor Manuel Elizondo, luego sustituido por el Lic. Juan Rodríguez Ulloa; José María Vargas y Alfredo Zuñiga Pagés. *Ibid.*, pág. 5.

10. EL LIC. RODRIGO FACIO: EL JURISTA IDEÓLOGO

Nació en San José en 1917. Licenciado en Derecho de 1941, profesor de Filosofía del Derecho en 1941 a 1946 y de Historia de las Doctrinas Económicas hasta 1960. Rector de la Universidad de Costa Rica de 1951 a 1959. Diputado de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, en la que influyó, al decir de Láscaris, orientando el concepto de Estado según la doctrina del filósofo del Derecho Luis Recaséns Siches.⁽¹⁷⁾

Fue Facio reconocido economista e historiador pero, no puede haber duda de que sus estudios y enseñanzas de Filosofía del Derecho lo indujeron progresivamente al estudio de las doctrina económicas, sociales y políticas, de manera tal que su formación jurídica lo indujo a dominar un espectro más amplio del conocimiento político. En fin, de sus conocimientos de filosofía jurídica pasó a la filosofía social y política.

La Junta Fundadora de la Segunda República que se instala el 8 de mayo de 1948, nombra a Facio para formar parte de la Comisión Redactora del proyecto de nueva Constitución Política y que reemplazaría a la Constitución de 1871.

Además de Facio integran dicha comisión los juristas Fernando Volio Sancho, Fernando Baudrit Solera, Manuel Antonio González Herrán, Fernando Lara Bustamante, Fernando Fournier Acuña, Rafael Carrillo Echeverría, así como por Eloy Carrillo y el profesor Abelardo Bonilla Bladares.

En la Comisión, de la que es su secretario, Facio realiza una extraordinaria labor y, es sin lugar a dudas, uno de los principales artífices del proyecto de Constitución que la Junta remite a la Asamblea Nacional Constituyente que se instala el 15 de enero de 1949. Dicho proyecto es rechazado como base de discusión en dicha Asamblea, pero ello no impidió que Facio, habiendo sido electo como Diputado de la misma por el Partido Social Demócrata, tuviese una participación muy activa y beligerante en temas muy variados.

En efecto, en dicha Asamblea defendió muchos enfoques e instituciones jurídico-políticas que ha conformado en una u otra forma

(17) Láscaris, Constantino. *Desarrollo de las ideas en Costa Rica*. San José, Editorial Costa Rica, 1975, pág. 252.

el Estado Social de Derecho después de 1949. Ejemplo de ello lo fue la defensa de la educación como una función esencial del Estado; la necesaria consulta a la Universidad de Costa Rica sobre proyectos de ley que la afecten; el Servicio Civil; la creación de las instituciones autónomas, etc.⁽¹⁸⁾

11. LIC. FERNANDO VOLIO JIMÉNEZ: EL DESARROLLO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR UNIVERSITARIA PRIVADA

El Lic. Volio Jiménez fue profesor universitario, especialista en Derecho Constitucional, Diputado, Ministro de Relaciones Exteriores, de la Presidencia y de Educación del Presidente Oduber a partir del año 1975. Experto de derechos humanos.

Precisamente siendo Ministro de Educación le correspondió autorizar mediante decreto ejecutivo el funcionamiento de la primera universidad privada, la Universidad Autónoma de Centro América en el año 1975.

El caso resulta relevante por cuanto el gobierno del que formó parte fue un gobierno social demócrata y el presidente Oduber uno de fuerte vocación intervencionista lo que se demuestra con la creación de la Corporación de Desarrollo, CODESA, máxima expresión del intervencionismo estatal.

Fue una época en la que se vivía intensamente la guerra fría y el estado benefactor era el paradigma por excelencia el que se caracterizó por contar con un sistema educativo abiertamente estatizado.

Si el Lic. Volio accedió a autorizar la primera universidad privada inclusive ante la ausencia de una ley que regulase la materia, se debió a su formación jurídica y particularmente a su conocimiento del derecho constitucional lo que lo condujo a interpretar y delimitar la libertad de enseñanza del artículo 79 constitucional el que le permitió adoptar la decisión final correspondiente.

(18) Véase sus discursos en la Asamblea Constituyente en Castro Vega, Oscar. Rodrigo Facio en la Constituyente de 1949. San José, EUNED, 2003.

“En dicho ambiente de preocupación acerca de lo que acontecería con la educación superior pública, me llegó la noticia, de buenas a primeras y por medio de la prensa, de que se iba a abrir una institución con carácter privado y reaccioné parroquialmente, prisionero de mis prejuicios. Sentí una molestia más, que se agregaba a las ya expuestas, porque muchos, sin darnos cuenta, estábamos presos de la creencia de que la capacitación estatal era la única posible en el país y era una herejía pensar en universidades particulares. Y ahora, viendo las cosas desde la distancia del tiempo, se da uno cuenta de aquel grave error”.⁽¹⁹⁾

Ante el dilema y urgencia de tener que adoptar una decisión ante la petitoria de que se le autorizase una universidad privada, hubo de refugiarse en el estudio de la Constitución y en la serenidad del Derecho, producto de lo cual debió de requerir que la eventual nueva universidad se sujetase a la inspección del Estado.

“Los ocho meses de conversaciones me permitieron, por ejemplo, expresarle a los organizadores que la nueva universidad tendría que someterse a la inspección del Estado. Eso lo aceptaron, el punto de que admitieron lo que jamás aprobarían los entes de instrucción oficial. Tanto es así que éstos tienen, a regañadientes, casi como un cuerpo extraño, al Ministro de Educación como integrante de sus consejos universitarios, pero nada más. Hasta ahí llega la inspección del Estado”.⁽²⁰⁾

Un jurista especialista en Derecho Constitucional fungiendo de manera transitoria como Ministro de Educación Pública, le correspondió adoptar la histórica decisión de autorizar la primera universidad privada del país, lo que dio base para que el perfil del sistema educativo costarricense cambiase de manera definitiva.

(19) UACA. *Historia de una Década*. San José, 1986, pág. 90.

(20) *Ibíd.*, pág. 9.

Una vez más la Ciencia Jurídica y la Política se dieron la mano para adoptar decisiones trascendentales para ir adaptando las instituciones del país.

12. A MODO DE CONCLUSIÓN

Nuestra historia está llena de ejemplos de personajes de la vida pública a quienes les correspondió en un momento determinado adoptar decisiones de trascendencia histórica, en la mayoría de los casos dando un giro a la evolución del país.

Empero, tales decisiones se debieron en mucho gracias a la formación jurídica de dichas personas el que les permitió tener la visión, el coraje y la vía para adoptar las mismas.

El abogado a lo largo de nuestra historia ha sido un protagonista de primer orden en la conformación de nuestro sistema político y lo seguirá siendo porque las instituciones políticas no se pueden concebir sin el Derecho y sin el jurista.

Los anteriores ejemplos fueron unos cuantos de nuestra rica historia jurídica y política.

BIBLIOGRAFÍA

- BARAHONA STREBER, Oscar. *Memorias y opiniones*. San José, Editorama, 1996.
- CASTRO VEGA, Oscar. *Rodrigo Facio en la Constituyente de 1949*. San José, EUNED, 2003.
- DENGO, María Eugenia. *Educación costarricense*. San José, EUNED, 1995.
- FORMOSO HERRERA, Manuel. (Editor). *Teodoro Picado. Memorias*. San José, EUNED, 2001.
- LÁSCARIS, CONSTANTINO. *Desarrollo de las ideas en Costa Rica*. San José, Editorial Costa Rica, 1975.
- OBREGÓN, CLOTILDE. *Carrillo: un época y un hombre 1835-1842*. San José, Editorial Costa Rica, 1989.
- PACHECO, León. *Mauro Fernández*. San José, Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, 1972.
- PERALTA, Hernán G. *Don Rafael Yglesias*. San José, Editorial Costa Rica, 1968.
- ROSENBERG, Mark. *Las luchas por el seguro social en Costa Rica*. San José, Editorial Costa Rica, 1980.
- TINOCO, Luis Demetrio. *La Universidad de Costa Rica. Trayectoria de su creación*. San José, Editorial Costa Rica, 1983.
- UACA. *Historia de una Década*, San José, 1986.

EL ABOGADO Y LA CAPACITACIÓN EN MATERIA DE AGRESIÓN Y PSICOPATOLOGÍA FORENSE

Dr. Álvaro Burgos M.^()*

(Recibido 30/04/06; aceptado 28/06/06)

(*) Dr. Derecho Penal y Criminología, Máster Psicología Forense, Especialista en Ciencias Penales. Juez Superior Penal Juvenil y Juez de Juicio del II Circuito Judicial de San José. Catedrático de Derecho Penal Especial, y encargado de la Cátedra de Criminología de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR. Prof. del Programa Doctoral en Derecho Penal de la U. Escuela Libre de Derecho y de la Maestría en Psicología Forense de la UNIBE.

RESUMEN

Los abogados y estudiantes de derecho deberían de contar conocimientos en materia de psicopatología forense que les permitan entender mejor y cuestionar los peritajes.

Palabras clave: Psicopatología, psicólogo, forense, abogado, conductual, neurosis.

ABSTRACT

Lawyers and law students should have enough knowledge in forensic psychopathology to understand better and challenge specialized reports in that field.

Key words: Psychopathology, forensic, psychologist, lawyer, conductual, neurosis.

SUMARIO

Introducción

- I. Generalidades de psicopatología
 - a. Concepto de psicopatología
 - b. Teorías de la conducta, desarrollo y psicopatología
 - b.1. Teoría psicoanalítica
 - b.2. Teoría conductual y cognitiva
 - b.3. Teoría cognitiva
 - b.4. Teorías humanistas
 - b.5. Teorías biológicas
 - b.5.1. Genética conductual
 - b.5.2. Neurociencia conductual
- II. Importancia del diagnóstico y la clasificación de las enfermedades

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Indudablemente, el conocimiento es poder. Preocupa por ende, que en Costa Rica, existe poca o casi ninguna capacitación en materia psicológica forense, a nivel de la Licenciatura en Derecho.

No se trata de crear expertos en Psicopatología dentro de la carrera de Derecho,⁽¹⁾ pero sí es claro, que cada vez más se incrementa la necesidad de proveer a los abogados y futuros abogados, de conocimientos básicos en materia psicológica, y en especial de psicología forense, como por ejemplo: psicología del testimonio, dictámenes periciales y sus requisitos, Psicopatología, etc.

Uno de los aspectos en los que claramente se denota la falta de capacitación en psicología forense para los abogados que laboran tanto en materia penal, civil, de familia, violencia doméstica, etc, ya sea como litigantes, fiscales, defensores, jueces, etc., es la poca incidencia en la interposición de apelaciones de los peritajes.

Frecuentemente no se apelan dichos peritajes, porque no se cuenta con los conocimientos básicos para que los abogados puedan comprenderlos, analizarlos, y mucho menos para que puedan cuestionarlos.

En igual sentido, los abogados que laboran como jueces, generalmente no se apartan de los peritajes que les son suministrados, siendo que tampoco cuentan con la formación suficiente para hacerlo, y en muchos casos, peligrosamente simplemente se entrecomillan los resultados de los peritajes, aceptándolos como verdades inmutables, que dan pié a una especie de “dictadura de los peritajes”, ante la incapacidad de los juzgadores de disentir de los mismos.

Desde la perspectiva clínica, la comprensión de las causas de las psicopatías es esencial para desarrollar medidas que puedan prevenir y tratar tales problemas. La psicología forense desempeña un papel central en esas dos tareas. Existen explicaciones posibles para la conducta psicológica violenta y agresiva.

(1) La misma falencia en el currículum de licenciatura, existe igualmente para los psicólogos, a quienes no se les capacita normalmente en el campo forense y en nociones básicas del derecho. En la actualidad en Costa Rica, únicamente la UNIBE cuenta con una Maestría en Psicología Forense.

Una perspectiva sostiene que la psicopatía es una parte inherente de la naturaleza humana, una parte de nuestra personalidad que necesita ser controlada mediante la socialización, incluso entre los refranes tradicionales de nuestro pueblo todavía escuchamos aquello de que: "...*De músico, poeta y loco, todos tenemos un poco...*".

Otra visión afirma que la agresión extrema refleja un déficit biológico o trastorno en la base de la dotación genética o estructura neurológica de un pequeño número de individuos que son cualitativamente distintos de otras personas.⁽²⁾

Otra perspectiva sostiene que la violencia y la agresión son el resultado del aprendizaje y las condiciones ambientales que moldean nuestra habilidad para regular las emociones y la conducta.⁽³⁾

En el caso específico de la agresión y la violencia, por ejemplo, los psicólogos forenses deben desarrollar o adoptar una teoría o modelo conceptual para explicar más ampliamente por qué y cómo ocurren diversas formas de psicopatologías. No son pocas las teorías y los modelos de la conducta humana que pretenden explicar las causas.

Por esta razón, vamos a mencionar cuales son las principales teorías en las que se basan los expertos para explorar las razones del comportamiento psicopatológico de estos individuos.

I. GENERALIDADES DE PSICOPATOLOGÍA

a. Concepto de psicopatología

La psicopatología es el conjunto ordenado de conocimientos relativos a las anormalidades de la vida mental en todos sus aspectos, inclusive sus causas y consecuencias, así como los métodos empleados con el correspondiente propósito sin un fin último no es el cuidado del hombre anormal o enfermo, sino el conocimiento de su experiencia y de su conducta, como hechos y relaciones susceptibles de ser formuladas en conceptos y principios generales.

(2) COMPAS, Bruce E., GOTLIB, Ian H. *Introducción a la Psicología*, Editorial Mc Grawn, México, 2003, p. 93.

(3) JASPER, K. *Psicopatología general*. BA, Beta, 1963, 321 p.

Según el ilustre maestro Jasper,⁽⁴⁾ “El psicopatólogo es un hombre de ciencia (capaz de) resistir tentaciones de crear sistemas absolutos, los cuales sólo engendran perjuicios más no ciencia; y de distinguir entre la comprensión y la explicación del material psicológico...”. Freyhan⁽⁵⁾ añade que el psicopatólogo es también “un hombre de muchas convicciones, todas las cuales deben converger en la condensación de evidencias subjetivas y objetivas...”.

La psicopatología como ciencia fundamentalmente descriptiva busca aprehender la íntima relación de los diversos fenómenos psicopatológicos en el tiempo, a fin de comprender la “estructura de su continuidad”.

Lo que se trata lograr con la aplicación de esta ciencia es buscar un hilo que permita avizorar “conexiones significativas” en el devenir psicológico y emocional de un hombre, y los eventos y situaciones que lo circundan. Lo anterior revela la tarea multifacética del psicopatólogo. La Psicopatología es pues una ciencia dinámica, pues desentraña al paciente y comparte sus experiencias tempranas como en el crisol de su devenir actual.

El término psicopatología encierra dos conceptos fundamentales a entender; estos dos conceptos son la “psicología” y “patología”.

El concepto de patológico significa “enfermo” pero no es sencillo dar una definición.⁽⁶⁾ Partiendo del termino enfermedad podemos darnos una idea clara de que se entiende por enfermo. El término “enfermedad” se ocupa de las alteraciones temporales correspondiente a la rama de la medicina. A pesar que la sicopatología echa mano a conceptos meramente médicos, existe una inclinación preferentemente psicológica. El término psico viene de la psicología que es una ciencia que estudia la conducta humana. La psicología califica de enfermo psíquico o psique patológico, a todo individuo que, debido a sus peculiaridades caracteres psicológicos, se encuentra incapacitado para

(4) JASPER, K. *Psicopatología general*. BA, Beta,1963, págs. 32-54.

(5) FREYHAN, F.A. *The psychopathologist-What man of science? Comprehensive Psycian*. 1970,11.391-402.

(6) VALLEJO RUILOBA, J. *Introducción a la sicopatología y la psiquiatría*. Editorial Manual Moderno, D.F, México, 2001, 238 págs.

realizarse como ser biológico y personal. Esta posibilidad de realizarse satisfactoriamente supone un conocimiento correcto de la realidad exterior, una capacidad de sintonía emocional con los otros hombres y con el mundo, y una conducta o comportamiento adecuado.

La psicopatología es el estudio de trastornos mentales y de los pensamientos, sentimientos y conductas anormales, con un dominio especializado y se define por su interés en trastornos determinados (p.ej. esquizofrenia o depresión).

La psicopatología se encuentra entre la psicología y la psiquiatría, es una ciencia a caballo entre dos ciencias de stirpe y categoría muy diversas. La sicopatología hoy día se ocupa más por analizar el enfermo que en el diagnóstico hipotético de su enfermedad mental.

La psicopatología se ocupa en describir las manifestaciones psicopatológicas, tanto aisladas –síntomas– como los nexos que las unen unas a otras –síndromes–. Una vez descrita la psique enferma, la sicopatología hace un gran esfuerzo por dar sentido a los síntomas, por lo que son objeto de una interpretación según las pautas de la psicología profunda. Y por último se da una explicación de las manifestaciones psicopatológicas determinando las alteraciones somáticas que las condicionan.

Desde un punto de vista práctico la sicopatología trata al enfermo mental que se encuentra incapacitado como indicamos anteriormente para realizarse a nivel Biológico, describe la psicología de los enfermos mentales, interpreta las facetas oscuras de su personalidad y, por último, explica sus síntomas poniéndolos en relación con una alteración somática.

Para poder realizar dicho estado mental puede disponer de diversas investigaciones entre ellos, de más antigüedad como es la investigación psicoanalítica partiendo de conceptos psicológicos como el de personalidad. La personalidad concebida como el juego de tres instancias energéticas: el ello, el yo, y el súper yo.

El ello está constituido por las pulsaciones biológicas que permanecen reprimidas en el inconsciente; se encuentra dominado por el principio del placer y es el reino de lo contradictorio. El yo es la configuración que adquiere el ello en su contacto con el principio de realidad. El super yo cumple las funciones de conciencia moral y de ideal de sí mismo, es la representación interna de las prohibiciones

parentales. Del juego equilibrado de estas tres instancias energéticas dependería el estado de salud mental o enfermedad psíquica. Esta teoría es la que formulo Freud que engloba la personalidad y la sicopatología, esta teoría partió de las concepciones de Freud, donde sostenía que el individuo nace con un conjunto predeterminado de necesidades psicológicas, pulsiones e instintos, los cuales componen entonces el *Id* (ello). Estas pulsiones según el autor llevan a buscar la gratificación inmediata de las necesidades sexuales y agresivas. En palabras sencillas Freud Plantea que los seres Humanos nacimos para experimentar el placer y evitar el dolor.⁽⁷⁾

Teniendo claro cuando un sujeto se encuentra enfermo o su mente tiene algún tipo de alteración nacen dos conceptos fundamentales para nosotros. La psicosis y la Neurosis, pues estas dos palabras abordan los problemas psicopatológicos de un sujeto y describen el tipo de conducta que presenta.

Su definición resulta muy útil por tanto a efectos prácticos de este trabajo el fin primordial es que podamos identificar con claridad cuando estamos ante un trastorno de este tipo.

La neurosis es un término colectivo para los trastornos psiquiátricos en los que independientemente de su gravedad, no existen alucinaciones ni delirios y no se pierde la capacidad de introspección.⁽⁸⁾ Es un trastorno mental del que el sujeto permanece dolorosamente consciente y, que a pesar de los trastornos permanentes de la personalidad que puede provocar, no afecta profundamente las funciones esenciales.⁽⁹⁾ Los trastornos neuróticos son muy frecuentes y el 12% de la población los padece.⁽¹⁰⁾ El individuo presenta un estado consciente de la experiencia de su sufrimiento, pero no de lo que en ese momento

(7) FREUD, S. *Obras completas*, Amorrortu editores, 1976, “Lecciones de introducción al Psicoanálisis”, 22 y 23 (1916), volumen XVI.

(8) GELDER, M., MAYOU, R., GEDDES, J. 2ª edición Marhan, “Oxford Psiquiatría”, Madrid España, 2000, pág. 49.

(9) VALLEJO RUILOBA, J. *Introducción a la sicopatología y la psiquiatría*. Editorial Manual Moderno, D.F., México, 2001, pág. 200.

(10) Lin Ching, Ronald. *Psicología Forense*, Céspedes, Editorial EUNED, San José, Costa Rica, 2002, 1990.

lo motiva. Se presenta un trasfondo en el funcionamiento nervioso sin que el examen anatómico revele tensiones aparentes ni serias alteraciones en la personalidad como sí sucede con la psicosis.

El término neurosis es clave e indispensable para pensar la nosografía en relación a la salud mental. Cabe esta aclaración porque tanto el manual de los trastornos mentales DSM-IV como el manual CIE-10 no utilizan el concepto de Neurosis por no considerarlo un principio organizativo, la razón fundamental de esto que el término ha sido utilizado por diferentes entornos teóricos por lo que consideran que se produjo una cierta vaguedad y generalización en su utilización. Por lo tanto los manuales antes citados (por razones de estructuración) consideraron oportuno simplificar la clasificación. Pero en la práctica resulta imposible no utilizar el concepto de neurosis, el cual resulta clave e imprescindible para muchos otros enfoques.

La neurosis encarna estructuralmente la dinámica de una pregunta, pregunta sin una respuesta definitiva que no posee respuesta psíquica en relación al significante. Al modo de la histeria relacionada con la identidad sexual (¿soy hombre o mujer? o ¿qué es ser una mujer?); al modo del obsesivo relacionada con la contingencia de la propia existencia (¿quién soy?, ¿qué soy?, ¿estoy vivo o muerto?, ¿por qué existo? o ¿soy o no soy?). La neurosis engloba cinco grandes categorías:

1. Trastorno ansioso pánico y fobia.
2. Trastornos obsesivos-compulsivos.
3. Trastornos histéricos.
4. Trastornos somatomorfos (fuera de las conversiones) e hipocondría.
5. Trastornos depresivos y reactivos del estrés.

En nuestros días, existe en cambio una tendencia en los ambientes médicos a suponer algún tipo de origen somático para las psicosis y una causación estrictamente psíquica para las neurosis

La psicosis⁽¹¹⁾ es un termino colectivo que se utiliza para las formas más graves de trastornos psiquiátricos en los que pueden aparecer alucinaciones y delirios y se pierde la capacidad de introspección. La

(11) KAPLAN y SADOCK. *Tratado de psiquiatría*, Masson - Salvat, 1989, pág. 87.

esquizofrenia, los trastornos maniaco depresivos son psicosis. La psicosis es una enfermedad mental grave que perturba de manera global la personalidad, la cual requiere de un tratamiento terapéutico intensivo e imponente, a veces, la necesidad de internamiento psiquiátrico. El Psicótico no tiene noción de su enfermedad, y además es una enfermedad más grave que la neurosis, los trastornos Psicóticos tienen componentes principales que se basan en ideas delirantes y alucinaciones con distorsión de la realidad.

El término psicosis se utiliza de forma distinta en las nuevas clasificaciones, los trastornos (orgánicos, afectivos y esquizofrénicos) engloban el concepto antiguo (y retirado del DSM-IV) de “*Psicosis*” como aquellas alteraciones del aparato psíquico que involucran un severo trastorno del juicio de realidad. La psicosis se dividía en dos subgrupos:

- 1.- Psicosis *exógena* (somática, orgánica o no hereditaria) que se clasificaba en aguda o crónica dependiendo de que tan rápidamente actúa el desencadenante orgánico, ejemplo, el abuso de sustancias o la degeneración neuronal (como en la enfermedad de Alzheimer). En el DSM-IV se describen como trastornos orgánicos.
- 2.- Psicosis *endógena* (“hereditaria”) que se clasificaba en aquellos cuadros de naturaleza esquizofrénica (Esquizofrenia en el DSM-IV) y aquellos de naturaleza afectiva o psicosis maniaco-depresiva (Trastorno afectivo del DSM-IV).⁽¹²⁾

En la actualidad existen criterios para identificar la psicosis, se entiende como enfermedad unitaria y que contiene una clasificación sistemática tal y como se verá más adelante.

b. Teorías de la conducta, desarrollo y psicopatología

A continuación se abordaron las 5 teorías más influyentes en el desarrollo psicopatológico.

(12) BAUMGART, A. *Lecciones introductorias de Psicopatología*, Eudeba, 1999, 53 p.

b.1. Teoría psicoanalítica

Es la más antigua y la más debatida, y comienza con el trabajo de Sigmund Freud a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX.

Podemos decir que esta teoría de Freud fue el primer ejemplo del pensamiento moderno acerca de la sicopatología. Una buena parte de esta teoría atañe a la estructura de la personalidad.

Freud propuso que se nace con un conjunto predeterminado de necesidades psicológicas, pulsiones o instintos que componen el *id*, que buscan la necesidad inmediata de la necesidad sexual y agresiva, o sea en términos simples los seres humanos estamos impulsados a experimentar el placer y el dolor. Freud describió otros dos aspectos de la personalidad que son moldeados por las experiencias con el medio ambiente, es el superego (super-Yo) que es la internalización de los principios morales, o la conciencia y de las reglas que rigen a todas las sociedades organizadas. Por último el (Yo) es la interrelación o conexión del individuo con el mundo, implica una conciencia de uno mismo y la habilidad para percibir e interactuar con el medio ambiente.

El (Yo) debe equilibrar las pulsiones sexuales y agresivas del (ello) con las restricciones morales del (super-yo), así los instintos (el ello), las restricciones de la realidad (el Yo) y las reglas sociales (el super-Yo) inevitablemente entran en conflicto, causando gran ansiedad en el individuo, sin embargo estos choques entre el *id*, el Yo y el super-Yo no se encuentran en nuestra conciencia sino en el inconsciente y que para contrarrestar esta ansiedad el individuo recurre a los mecanismos de defensa, los cuales operan fuera de la conciencia, por lo cual el individuo no se percata de que los utiliza, lo cual le permite el desempeño seguir funcionando en el desarrollo de la vida cotidiana, lo cual no sería así si el individuo estuviera atormentado constantemente por todo lo acumulado en el inconsciente.

En resumen, los síntomas eran experiencias traumáticas que habían sido transformadas en síntomas físicos y que desaparecían cuando el paciente estaba bajo hipnosis. Esta hipótesis marco el origen de la teoría psicoanalítica en 1985.

Freud creía que la personalidad y la sicopatología eran resultados de una secuencia constante de etapas del desarrollo psicosexual y en esencia formuló una teoría del desarrollo de la personalidad normal. Los

conflictos y las experiencias no resueltas en cada etapa, causan ansiedad y depresión y los mecanismos de defensa tratan de mantener este conflicto fuera del estado consciente, sin embargo, si el conflicto se perpetúa y los recuerdos y los sentimientos siguen presentes y presionando para manifestarse y afecta la conducta, las defensas se debilitan, el material en el inconsciente se vuelve más accesible, lo cual produce mayor ansiedad.

Para Freud la depresión es un síntoma del conflicto que involucra instintos sexuales y agresivos, por lo cual la explicación según en base a la teoría de Freud del tiroteo de Columbine se puede atribuir a una expresión explosiva de los instintos agresivos innatos y a un instinto de autodestrucción pobremente regulada por el (Yo) y el (super-Yo).

Freud hizo énfasis acerca de la importancia de los procesos inconscientes como determinantes de la conducta manifiesta.

Esta teoría ha sufrido transformaciones a través del tiempo, haciendo énfasis tanto en los aspectos conscientes del Yo que se desarrollan mediante la cultura y las relaciones sociales.

Por último varios teóricos han ampliado la perspectiva haciendo énfasis en la importancia de las relaciones interpersonales en la determinación de la conducta y la sicopatología.

En la transformación de estas teorías aparecen así mismo las teorías de los sistemas familiares que centran su atención en las relaciones dentro de la familia y definen la psicopatología como una disfunción dentro de la familia, más que en el individuo, y los síntomas del individuo expresan esa disfunción familiar más que una patología única del individuo.

b.2. Teoría conductual y cognitiva

A principios del siglo XX una forma diferente de concebir la conducta humana y la sicopatología empezó a surgir de los laboratorios de investigación de los Departamentos Académicos de Psicología y que contrastaba con la con la teoría de Freud.

En lugar de formular hipótesis acerca de procesos no observables, tales como el Yo, los mecanismos de defensa, se enfatizó más

bien el desarrollo de un conjunto de principios o leyes que podían utilizarse para explicar la conducta abierta observable.

Se denominó conductismo y se centró en los principios del aprendizaje, el cual puede definirse como un cambio relativamente permanente en la probabilidad de exhibir una conducta específica.

La teoría del aprendizaje ofrece una explicación de las condiciones que conducen al inicio, continuación y terminación de conductas específicas. Por ejemplo: Al efectuar experimentos en perros se advirtió que los mismos empezaban a salivar antes de que la comida llegara a su boca y además también la salivación se iniciaba con solo escuchar los pasos del asistente que llevaba la comida.

Así también en otro experimento conducidos fuera de toda normativa ética actual, a un niño de 11 meses se le logró inducir una neurosis experimental, pues con solo advertirle un determinado ruido, mostraba signos de angustia y de desesperación.

Se supone que ciertos factores externos, condicionan un condicionamiento clásico y un aprendizaje asociativo lo cual está involucrado en la etiología de varios trastornos emocionales. Por ejemplo: lo experimentado con el niño de 11 meses.

Hay toda una serie de trastornos del *DSM* que involucra elevaciones en el nivel de ansiedad, fobias, pánico, estrés postraumático que pueden estar sujeto a un pre acondicionamiento, así mismo algunas desviaciones sexuales. Por ejemplo: El fetichismo.

Otra teoría conductual fue la llamada Teoría del Aprendizaje social, que trata de demostrar que una conducta se podía aprender observando a otra gente modelarla, aun si el observador no recibía reforzamiento directo.

Albert Bandura de la Universidad de Stanford, condujo a una serie de investigaciones y fue lo que proporcionó la base para estudios que examinaron el impacto que tenía en los niños pequeños observar violencia en la televisión y otros medios.

No es difícil ver cómo explicar la teoría del aprendizaje social, el tiroteo en Columbine. Erick Harris y Dylan Klebold aprendieron su conducta violenta al observar la violencia alrededor de ellos, en los medios, la música e Internet.

La teoría moderna del aprendizaje (conductual) se centra principalmente en procesos asociativos mediante los cuales los seres humanos aprenden acerca del mundo que los rodea y su relación con ese mundo.

b.3. Teoría cognitiva

La piedra angular de esta teoría es que los individuos se ven afectados no solo por el mundo objetivo que los rodea, sino también por sus percepciones e interpretaciones subjetivas del mundo. Se dice que la gente que percibe e interpreta los eventos de manera más negativa tiene mayor probabilidad de desarrollar depresión o ansiedad que la gente con una perspectiva más positiva de su ambiente.

Se ha observado que los sueños de los pacientes deprimidos estaban repletos de contenido negativo (pérdida, fracaso, abandono) lo cual lleva a recalcar la importancia del pensamiento negativo en la depresión, pues se reduce la conducta adaptativa, se reduce la motivación y empeora el estado de ánimo.

En resumen se propone que las experiencias tempranas adversas que involucran pérdida, fracaso, rechazo, llevan a los individuos en sus etapas de niñez y adolescencia a desarrollar esquemas negativos alrededor de esos temas.

Esos esquemas permanecen latentes o inconscientes hasta que un acontecimiento vital estresante y relevante los active.

Es poco probable que llegue a saberse por qué Erick Harris y Dylan Klebold asesinaron a sus compañeros, pero los teóricos que tratan de entender los tiroteos desde una perspectiva cognitivo-conductual probablemente se concentrarían en factores ambientales que reforzaran las conductas agresivas de los muchachos como los juegos violentos de computadora a los grupos de apoyo o de pares que se encuentran en el Internet.

Los conductistas también pueden teorizar que los dos muchachos aprendieron a asociar las armas y las bombas con el estatus y el poder.

b.4. Teorías humanistas

Durante la década de 1950 surge una tercera fuerza en el desarrollo de la Sicopatología.

Esta nueva perspectiva argumentaba a favor de una visión más positiva de la naturaleza humana en contraste con la visión negativa defendida por la teoría Freudiana.

Freud consideraba que los instintos están orientados a la satisfacción egoísta de la gratificación personal y que tienen el potencial para la destrucción, por el contrario la teoría Humanista considera que el ser humano nace con una tendencia innata a la autorrealización y al crecimiento positivo, además cada persona tiene su propio punto de vista del mundo y que cada punto de vista es válido por derecho propio, por lo cual la impresión y la experiencia subjetiva del individuo son relevantes.

Considera que el individuo posee una percepción del yo verdadero, diferente a su yo ideal.

El yo verdadero es la forma que la persona percibe su realidad, competencia y debilidad, es decir su identidad actual.

El yo ideal se compone de las aspiraciones personales o la forma que a uno le gustaría ser.

Entre mayor sea la discrepancia entre el yo verdadero y el yo ideal, mayor es la insatisfacción y la ansiedad que experimenta el individuo.

La gente posee el potencial para la autodirección y el control de su vida y el proceso de autorrealización es influido por el ambiente.

Entre mayor discrepancia tengamos entre el yo verdadero y el yo ideal, se pierde la conexión del individuo con su experiencia personal y se contribuye al desarrollo de la sicopatología.

Esta pérdida de la conexión con la experiencia personal es lo que los teóricos de orientación Humanista enfatizarían al tratar de entender las razones de la matanza de Columbine.

b.5. Teorías biológicas

b.5.1. Genética conductual

Tiene que ver con la identificación de la heredabilidad de la conducta. Los investigadores en este campo intentan determinar el grado en que los aspectos específicos de la personalidad y la psicopatología son influidos por la información genética transmitida de padres a hijos.

La investigación genética que examina la posibilidad de heredar una Psicopatología ha producido dos hallazgos importantes.

1. La genética desempeña un papel importante en formas de Psicopatología y explica el 30 al 60% de la varianza en distintos trastornos.
2. Parece improbable que los genes determinen la conducta de manera directa.

b.5.2. Neurociencia conductual

Estudia la función de los procesos biológicos en especial de los neurotransmisores dentro del Sistema Nervioso Central, en la determinación del pensamiento, emociones y acciones.

II. IMPORTANCIA DEL DIAGNÓSTICO Y LA CLASIFICACIÓN DE LAS ENFERMEDADES

Al final del siglo XIX y al inicio del siglo XX, cuando el nuevo campo de la psicología clínica estaba en sus primeras etapas, se carecía de un sistema amplio de diagnóstico para la clasificación de la psicopatología. Emil Kraepelin⁽¹³⁾ (1883) había acuñado hacia poco el término demencia precoz (en esencia “demencia prematura”) para referirse a un grupo de trastornos ahora denominados como esquizofrenia.

(13) J. R. *Sicopatología, sus fundamentos dinámicos*°. Nueva visión, 1984, 57 p.

Sigmund Freud acababa de iniciar su trabajo sobre la neurosis, las cuales ahora se conocen como trastornos de ansiedad. De este modo, el nivel de comprensión de la naturaleza y las causas de Psicopatología eran primitivas en extremo. Desde la época de Kraepelin y Freud se han realizado avances importantes en el conocimiento de la psicología, incluyendo el desarrollo de sistemas para la diferenciación y clasificación de los trastornos psicológicos, el curso y los correlatos de muchos trastornos, y los factores que colocan a los individuos en riesgo para el desarrollo de la sicopatología.

Un avance importante para los conocimientos sobre trastornos afectivos al que han contribuido los psicólogos clínicos es el DSM-IV (American Psychological Association, 1994, Asociación Psiquiátrica Americana), el cual ha proporcionado a los psicólogos clínicos un sistema para la clasificación de los trastornos psicológicos mucho más perfeccionado que todos los anteriores. El DSM fue desarrollado como sistema nacional de clasificación de los Estados Unidos pero también se usa en otros países. El DSM-IV, representa la clasificación estandarizada de postrastornos mentales que se utilizan en EUA e internacionalmente. La cuarta edición se desarrollo a un periodo de cinco años y en ella participaron cientos de psiquiatras y otros profesionales de la salud mental de los EUA y 40 países más. Las revisiones del DSM-III R fue una metodología dinámica, sistemática y empírica para tener una base para tomar decisiones. Fue en un principio una referencia codificada simple para los trastornos mentales. El DSM-I publicado en 1952 presentado por la American Psychological Association, presentó un breve glosario de 106 trastornos. El DSM-II fue presentado en 1968 incluía 16 categorías nuevas. El DSM-III en 1979 fue un gran logro para la psiquiatría pues incluía una serie de innovaciones importantes incluía trabajos de campos clínicos, pero este había sido elaborado para investigadores clínicos, debido al problema de compatibilidad terminológica con la medicina de EUA, se desarrollo una modificación clínica (MC) CIE-9 en 1987 se publicó el DSM-III que contenía correcciones de errores verdaderos. El DSM-IV se diseño para que fuera compatible no solo con el CIE-9-MC sino también con el CIE-10 y el CIE-10 MC que el gobierno de Estados Unidos pretende poner en practica después del dos mil uno.

Otra clasificación muy importante es el desarrollado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o conocido como Clasificación Internacional de Enfermedades "CIE", actualmente existe el CIE-10 versión más reciente publicada en 1992. La sección de Psiquiatría utiliza en todos los países del mundo la recopilación de estadísticas para hacer

análisis internacionales, y en la mayoría de países con fines clínicos. La CIE ha sido traducida a los idiomas más hablados del mundo. La sección de psiquiatría está disponible en tres formas, para la práctica clínica, para la investigación, y para uso de atención primaria.⁽¹⁴⁾

La versión para atención primaria incluye los diagnósticos que se ven con más frecuencia y utiliza las descripciones de los casos como criterio de diagnóstico. La versión CIE-10 se acompaña de criterios diagnósticos y sobre su tratamiento.

El DSM-IV se diferencia del CIE-10 sobretodo en criterios operacionales para el trabajo clínico así como para la investigación.

Desde el punto de vista jurídico penal, el Principio de Legalidad, implica que conforme especialmente al Principio de Tipicidad Penal, no se pueda imputar al sujeto activo, algún delito o contravención que no hubiese estado específicamente regulado expresamente por ley, de previo a la comisión de tal acción u omisión típica, antijurídica y culpable.

Es así, como resulta de importancia fundamental el hecho de llegar a unificar los criterios y los diagnósticos psicológico forenses, en virtud de la necesidad de contar con una codificación uniforme tanto desde la perspectiva pragmática, como desde la forense, en cuanto a las posibles implicaciones de la determinación psicopática de la que hablamos.

Así, idealmente, un psicólogo forense de Adaptación Social, dentro del Ministerio de Justicia, entendería lo mismo que establece el psicólogo forense en el Organismo de Investigación Judicial por exhibicionista o por ludopatía, o incluso lo que otro psicólogo que no fuera forense, o un estudiante de otra carrera distinta a la de psicología podría llegar a señalar que corresponde para dichas categorías psicopáticas respectivamente.

Igual importancia plantea entonces, el respeto al Principio de Legalidad en materia psicológico forense, cuando se trata de defensores, fiscales, actores civiles, querellantes y por supuesto de jueces, en donde generalmente ha existido un vacío en cuanto a la capacitación de dichos actores del sistema de administración de justicia acerca de la

(14) GELDER, M., MAYOU, R., Geddes, J., 2ª edición Marhan, *Oxford Psiquiatría*, Madrid España, 2000, pag. 51.

“nomenclatura técnica”, que debería ser entendida por todos por igual forma, algo que hasta el momento no se ha dado, y sobre lo cual habrá a mediano plazo que conjuntar esfuerzos a fin de establecer los criterios técnicos sobre los cuales, en especial los estudiantes o profesionales “laicos”, que no tienen capacitación o formación previa en materias como la psicología forense, puedan tener acceso a un panorama estándar, que brinde a los usuarios del sistema de administración de justicia, tanto a evaluadores como a evaluados, un marco conceptual transparente y universal, que faculte una mejor aplicación de los presupuestos del debido proceso en materia penal, de los cuales, indudablemente el respeto al principio de legalidad en el campo psicológico forense debe ser un emblema primario.

BIBLIOGRAFÍA

- BAUMGART, A. *Lecciones introductorias de Psicopatología*, Eudeba, 1999.
- COMPAS, Bruce E., GOTLIB IAN, H. *Introducción a la Psicología*, Editorial McGraw-Hill, México, 2003.
- FREYHAN, F.A. *The psychopathologist-What man of science? Comprehensive Psychician*. 1970.
- FREUD, S. *Obras completas*. Amorrortu editores, 1976, “Lecciones de introducción al Psicoanálisis”, 22 y 23 (1916), volumen XVI.
- JASPER, K. *Psicopatología general*. BA, Beta, New York, 1963.
- J. R.: *Sicopatología, sus fundamentos dinámicos*, Nueva visión, 1984.
- KAPLAN y SADOCK. *Tratado de psiquiatría*, Masson – Salvat, 1989.
- LIN CHING, Ronald. *Psicología Forense*, Céspedes, Editorial EUNED, San José, Costa Rica, 2002, 1990.
- GELDER, M. MAYOU, R., GEDDES, J., 2ª edición Marhan, *Oxford Psiquiatría*, Madrid, España, 2000.
- VALLEJO RUILOBA. *Introducción a la sicopatología y la psiquiatría*. Editorial Manual. Moderno, D.F., México, 2001.

**LA PARTICIPACIÓN DEL GARANTE EN EL PROCESO
HIPOTECARIO: *UN LITIS CONSORCIO INNECESARIO***

Prof. Laura María León Orozco^{*)}

(Recibido 30/04/06; aceptado 28/06/06)

* Profesora de Derecho Procesal Civil en las Universidad Latina de Costa Rica y Universidad Internacional de las Américas. Abogada. Jueza Civil.

Tel. 295-4824.

e-mail: lleon@poder-judicial.go.cr

RESUMEN

En los procesos ejecutivos hipotecarios se viene aplicando, desde hace un par de décadas hasta donde tenemos noticia, un criterio jurisprudencial en virtud del cual cuando se constata que el inmueble fue dado en garantía por un sujeto distinto al deudor, el tribunal que conoce del asunto, obliga a la parte actora a integrar a esa persona como litis consorte, configurándose así, merced a ese criterio, un litisconsorcio necesario, en lugar de citarla como un tercero interesado, como se hace con el tercer poseedor del inmueble.

Palabras clave: litisconsorcio, garante, tercer poseedor, fiador.

ABSTRACT

For many years, in the mortgage foreclosure processes there is applied a jurisprudential criterion that consists of the fact that, when there is stated that a real estate was given as a guarantee by a subject different from the debtor, the court, will force the plaintiff to integrate that person as a joint litigant, instead of summoning it as a third interested party, as it is done with the third possessor of a real estate.

Key words: Joinder. Guarantor. Third possessor. Guarantor.

SUMARIO

1. Introducción
2. El litisconsorcio en el derecho positivo costarricense
3. El litisconsorcio jurisprudencial
4. La situación del garante de hipoteca, en el Proyecto de Código Procesal General
5. Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Desde hace varios años, nos ha llamado poderosamente la atención, que cuando en un proceso hipotecario se constata que el inmueble fue dado en garantía por una persona distinta al deudor, el juzgado no ordena citar a esa persona como un tercero interesado, sino que obliga al actor a demandarla (litisconsorcio pasivo necesario), a pesar de que la ley sustantiva dispone lo contrario, que el garante debe ser considerado como verdadero fiador, y por ello se encuentra regulada su situación en la normativa concerniente a la fianza, y en consecuencia, no podrá ser demandado. Esa jurisprudencia ha sido dócilmente aceptada en nuestro medio, convirtiéndose, más que en una tradición, casi en un dogma, hasta el punto que el Proyecto de Código Procesal Civil propone convertirla en ley de la República. En las páginas siguientes, nos proponemos demostrar, que esa jurisprudencia –con todo y lo bien intencionada que es– está equivocada. Para ello, repasaremos, en la primera parte de este modesto trabajo, sucintamente, cómo ha sido tratada la figura del litisconsorcio en nuestro país, partiendo del viejo Código del “procedimiento” hasta la actualidad. En la segunda parte, estudiaremos el surgimiento de lo que hemos denominado el litisconsorcio jurisprudencial cuyo punto de partida lo ubicamos a mediados de los años ochenta, con relación a la figura del garante, y señalaremos las contradicciones de esa jurisprudencia. En la parte final, nos referiremos a la propuesta de la Comisión Redactora del Proyecto de Código Procesal General con respecto al tema, y los argumentos que ésta esgrime a favor de la necesidad de ese litisconsorcio.

2. EL LITISCONSORCIO EN EL DERECHO POSITIVO COSTARRICENSE

La figura del litisconsorcio, valga recordarlo, es de reciente factura en nuestro derecho positivo, pues el derogado Código de Procedimientos Civiles, que nos rigió durante más de un siglo, no la contemplaba, aunque de ella se ocupaba frecuentemente la jurisprudencia, que fue la que la estudió –sin desarrollarla propiamente– al socaire de la legitimación. Sin embargo ésta, como es harto sabido, es una excepción y un presupuesto de fondo, por lo que al litisconsorcio, se le deba igual tratamiento, lo que implicaba que solo se podía apreciar y resolver en sentencia, y cuando era declarado, se dictaba sentencia desestimatoria. Más propiamente, era una “sentencia meramente

procesal o de absolución en la instancia”, una “decisión virtual o formal y no de fondo”, pues la parte actora debía plantear nuevamente la demanda, con lo que prácticamente el conflicto quedaba sin solución, con la cuota de desperdicio de tiempo y recursos que ello implicaba para todos los involucrados, en desmedro de una sana administración de justicia. Afortunadamente, el actual Código Procesal Civil, vigente en nuestro país desde hace más de quince años, reglamentó adecuadamente el litisconsorcio, permitiendo que se pueda alegar como excepción previa, y así poder resolver el punto interlocutoriamente.

También dejó bien delimitadas, el citado Código, las causas que determinan la existencia del litisconsorcio, a saber, la ley o la naturaleza de la relación jurídica material, sin que ello implique que se trata de dos modalidades del litisconsorcio.⁽¹⁾ El más sencillo de ellos pero el menos común, es aquel en que la propia ley lo impone expresamente, según nos lo señala Montero Aroca.⁽²⁾ Los pocos casos en que la ley, expresamente, se ocupa de señalar la necesidad del litisconsorcio, los encontramos más en el Código Civil que en el Procesal Civil.

Uno de los casos, en que aparentemente lo hace el Código Procesal Civil y que precisamente queremos comentar en este modesto trabajo, es el del artículo 664, que a la letra dice: “La ejecución hipotecaria podrá establecerse contra los garantes y fiadores, pero la responsabilidad de éstos se limitará al saldo en descubierto. No obstante, deberá demandárseles desde el inicio del proceso”.

3. EL LITISCONSORCIO JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia en Costa Rica, sobre todo la del otrora Tribunal Superior Primero Civil, se encargó de promover, la idea de que el artículo 664 arriba transcrito contempla un caso de litisconsorcio al menos respecto al deudor hipotecario y el garante, con buen suceso, pues esa tesis, se aplica en la actualidad por la mayoría de los tribunales del país. Incluso de ese criterio, se ha hecho eco parte de la doctrina

(1) ARTAVIA Barrantes, Sergio. *Derecho Procesal Civil. Costa Rica*. Editorial Jurídica Dupas S.A. p. 577.

(2) MONTERO Aroca. Juan. *Derecho Jurisdiccional*, Tomo II. España. Editorial Tirant lo Blanch, 1998, p. 56.

nacional.⁽³⁾ Consideró ese Tribunal, en la resolución N° 1930 de las 9:20 horas del 8 de octubre de 1986, que “A quien consiente en una hipoteca de su inmueble para garantizar deuda ajena, se le tiene como fiador para todos los efectos legales y como tal hay que demandarlo, ya que es parte en el proceso y tiene todos los derechos y posibilidades de defensa, lo que no ocurriría si se le notifica como un simple interesado...”. Sin embargo, estimamos que esas declaraciones del Tribunal, precisan de una glosa, en especial, la referida a que, si al garante se le tiene como fiador para todos los efectos legales “como tal (fiador) hay que demandarlo”, pues en la fianza solidaria es optativo para el acreedor demandar al fiador, por lo que constituye un caso de litisconsorcio facultativo. Además, es curioso que el mismo Tribunal, dos años después de haber dictado aquella resolución, en un caso similar, aunque relacionado con la prenda (lo que en realidad no cambia las cosas), sostuvo lo contrario, como lo muestra el siguiente extracto: “Con la sola notificación de la sociedad dueña del vehículo garante, basta para que ella pueda intervenir en el proceso en todo aquello que sea necesario en defensa de su bien que se remata, ya que su posición dentro del contrato de prenda en el que fue parte interviniente dando su consentimiento para que su bien quedara respondiendo por el adeudo, le confiere para los efectos legales correspondiente su condición como la de un fiador, salvo el que no pueda ser demandado directamente ni estar obligado a más de lo que importe la prenda, según el precio en que ésta se venda”.⁽⁴⁾ Sin embargo, ese criterio pasó desapercibido y fue superado con creces por el anteriormente reseñado, sobre la necesidad de demandar al garante.

4. LA SITUACIÓN DEL GARANTE DE HIPOTECA, EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL GENERAL

Todo ese itinerario de la jurisprudencia parece tener un final feliz, ahora que la Comisión Redactora del Proyecto de Código Procesal General, pretende convertir en ley de la República, la tesis del litisconsorcio con el garante, proponiendo la citada Comisión, el siguiente texto del artículo 184 de dicho Proyecto: “Con la demanda deberán

(3) Véase ARTAVIA, *op. cit.*, p. 324.

(4) *Tribunal Superior Primero Civil*. Resolución N° 559 de las 9:40 hrs del 14 de abril de 1988.

presentarse los documentos en que se funde la ejecución. “Se demandará al deudor y al propietario que consintió en el gravamen sobre los bienes, y si no se hiciera, previa advertencia al actor para que complete la legitimación en el plazo de cinco días, se declarará la inadmisibilidad de la ejecución.- Se podrá demandar a los fiadores para ejercer contra ellos su responsabilidad...”. Incluso en su afán, la Comisión prestó oídos sordos a las críticas que un grupo de jueces le hizo a dicho artículo, durante un encuentro que la Corte Suprema de Justicia propició en el mes de diciembre del 2005. ¿Cuál es la razón de esa insistencia de la Comisión? Esta, dijo al respecto: “Consideramos pertinente mantener el litisconsorcio pasivo necesario, porque a quien se le va a despojar del derecho de propiedad, se le debe dar la posibilidad de ejercer el derecho de defensa en todo lo que este implica. Además, es parte material del derecho que se hace valer” (sic).

Esos temores de la Comisión no parecen estar muy bien fundados, pues los derechos del garante, como los de cualquier fiador, ya están a buen recaudo, desde hace más de un siglo en nuestro país, desde antes de que se conociera incluso, la palabra litisconsorcio. En efecto, nuestro centenario Código Civil contiene normas, lo suficientemente claras para mantener incólume los derechos de los garantes y los fiadores, sin exigir, que estos últimos sean demandados. Cabe destacar que dicho Código, al referirse al propietario que consintió el gravamen hipotecario, no lo hace dentro del capítulo correspondiente a la hipoteca, sino en el de la fianza, porque en el derecho sustantivo, el garante se considera, para todos los efectos legales, como verdadero fiador. La única diferencia con éste, es precisamente que aquél no puede ser demandado directamente. De manera que si el garante, es “como un verdadero fiador”, esto significa que “tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, y no las que sean únicamente personales del deudor” (artículo 1329 del mismo Código). Es claro, por otra parte, que para que el garante pueda hacer uso de ese derecho (oponer excepciones), no necesita ser demandado, no necesita ser un litisconsorte. Es más, no debe ser demandado, como el Código Civil, sin mayores aspavientos, expresamente lo manda, con lo cual el garante, se aleja del fiador que sí puede ser demandado. Entonces, ¿si los civilistas clásicos ya tenían resuelto de manera sencilla el problema de la participación del garante en el proceso hipotecario, por qué ahora los modernos procesalistas, sostienen que ese es un caso de litisconsorcio necesario, complicando de ese modo el proceso hipotecario? Incluso, cabe preguntarse, si el argumento de que lo se pretende es proteger al que “se va a despojar de su derecho de

propiedad”, cuál es la razón por la que no se aplica igual solución con respecto a la participación del tercer poseedor, quien asume el mismo riesgo de perder su derecho de propiedad. Sin embargo en la jurisprudencia –que no en la ley–, al tercer poseedor, se le da un tratamiento discriminatorio, a pesar de que el citado artículo 1329, párrafo final del Código Civil, le confiere “las mismas obligaciones y derechos que el primitivo dueño que constituyó la hipoteca”. Esa inferioridad procesal, en que tradicionalmente se ha colocado al tercer poseedor en la casuística judicial, obedece a una interpretación restringida del artículo 419 *ibídem*, que exige tan solo requerir de pago al tercer poseedor, no demandarlo. Sin embargo, si éste tiene iguales derechos que el primitivo propietario del inmueble hipotecado, no vemos por qué, si de crear un litisconsorcio se trata, no debe ser demandado también. Pero, como afirmamos en líneas anteriores, no es indispensable que el propietario que consintió el gravamen hipotecario, sea demandado para que éste ejerza sus derechos como tal dentro del proceso de ejecución respectivo. Basta con citarlo, como se hace con el tercer poseedor. Es más, la situación de terceros, cuyos bienes están amenazados en un proceso judicial en el que no son parte, no es nueva en nuestro ordenamiento jurídico, ni mucho menos única en los procesos de ejecución pura, pues si no, véase el caso del propietario de un vehículo, que sin haber participado en un accidente de tránsito como conductor, es simplemente citado en el proceso contravencional respectivo, a pesar de las consecuencias patrimoniales que ello le podría acarrear en caso de una sentencia condenatoria en daños y perjuicios, contra la persona que conducía ese vehículo, sin perjuicio de la facultad del interesado en establecer demanda contra aquellos, en los casos de responsabilidad civil solidaria (artículo 190 de la Ley de Tránsito). Incluso, resulta interesante preguntarse, cuál sería la situación jurídica de ese propietario, en caso de que, dentro de un proceso de ejecución civil de la sentencia de Tránsito, se ordenara el remate del vehículo, si se le citará únicamente, o si se le deberá tener como demandado, o sea, si se deberá integrar un litisconsorcio. Esto, partiendo de la premisa de los redactores del Proyecto de Código Procesal General de que, lo que se trata es de proteger a “quien se le va a despojar del derecho de propiedad” (sic).

No ignora, quien escribe, que en la legislación española, que sirve de inspiración al citado proyecto, el garante debe ser demandado conjuntamente con el deudor hipotecario, es decir, el legislador optó por crear allí un litisconsorcio necesario. Así lo dispone, el artículo 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “La demanda ejecutiva –dice ese

artículo– deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor...”. Sin embargo, el que en ese país hayan adoptado esa solución, no implica que necesariamente sea la correcta, máxime si tomamos en cuenta que en la “Madre Patria” ha sido la jurisprudencia la que ha creado el litisconsorcio, a falta de preceptos legislativos que la regulen. Además, según algún sector de la doctrina del citado país, “el análisis jurisprudencial es superfluo porque la práctica está inspirada en un fundamental empirismo”.⁽⁵⁾

5. CONCLUSIÓN

Este breve estudio nos ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

- a. Las causas que determinan la existencia del litis consorcio necesario son dos: la ley o la naturaleza jurídica de la relación material.
- b. La jurisprudencia del Tribunal Primero Civil creó un litisconsorcio necesario con respecto al garante del proceso hipotecario, sin tomar en cuenta las causas mencionadas, puesto que si bien el garante forma parte de la relación jurídico material desde que concurrió a la firma de la escritura de hipoteca, ese dato por sí solo no conlleva la necesidad de demandarlo.- Lo anterior, debido a que un fiador también participa en la constitución de la deuda, y sin embargo no es necesaria su participación como parte demandada.
- c. Además, esa creación jurisprudencial es contraria a la disposición contenida en el artículo 1329 del Código Civil que establece que el garante debe participar en el proceso hipotecario, para que pueda defender sus derechos, mas no en calidad de litis consorte.
- d. Las figuras del garante-propietario que consintió en el otorgamiento de la hipoteca y el tercer poseedor –sujeto que adquirió el bien soportando el gravamen hipotecario– deben ser tratadas de la misma forma en el proceso hipotecario, porque en ambos casos, se trata del sujeto que va a perder el derecho de propiedad.

(5) GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*. España. Editorial Comares. 1996, p. 49.

En síntesis, En los procesos ejecutivos hipotecarios se viene aplicando, desde hace un par de décadas, un criterio jurisprudencial en virtud del cual cuando se constata que el inmueble fue dado en garantía por un sujeto distinto al deudor, el tribunal que conoce del asunto, obliga a la parte actora a integrar a esa persona como litis consorte, configurándose así, merced a ese criterio, un litisconsorcio necesario, en lugar de citarla como un tercero interesado, como se hace con el tercer poseedor del inmueble. Esa práctica judicial ha sido casi unánimemente aceptada en nuestro medio, hasta el punto que el Proyecto de Código Procesal Civil propone convertirla en ley de la República. Sin embargo, el mencionado criterio no es acertado porque es contrario a la disposición del artículo 1329 del Código Civil que señala que el garante debe ser considerado como verdadero fiador, y que en consecuencia, no puede ser demandado. A la figura del garante debe dársele el mismo tratamiento que se le da al tercer poseedor, el cual, en aplicación del artículo 419 del Código Civil, participa en el proceso como un tercero, más no como parte.

BIBLIOGRAFÍA

ARTAVIA BARRANTES, Sergio. *Derecho Procesal Civil*. (San José: Costa Rica. Editorial Jurídica Dupas S.A, 1988).

Código Civil de Costa Rica y Jurisprudencia. (San José. Costa Rica: Editorial la Casa de los Riscos, 2002).

Código Procesal Civil. Costa Rica. (San José. Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas. 1998).

GONZALEZ GRANDA, Piedad. *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*. (Valencia. España: Editorial Comares, 1996).

Ley de Enjuiciamiento Civil. España. Ley N° 1-2000.

MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional*, Tomo II. (Granada. España: Editorial Tirant lo Blanch, 1998).

Proyecto de Código Procesal General. Comisión Redactora: Gerardo Parajeles Vindas, José Rodolfo León Díaz y Jorge López González. 2006. Revista Judicial N° 54. Poder Judicial. San José. 1991.

UNDERWRITING: CONTRATO FINANCIERO MODERNO

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^(*)

Catedrático de Derecho Económico Internacional
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas
Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica

(Recibido 30/04/06; aceptado 28/06/06)

(*) 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

El acceso al mercado de capitales por parte de las empresas es importante en el marco de la globalización financiera actual.

El contrato de *underwriting* facilita a las empresas acceder al mercado financiero para obtener los recursos económicos que requieren.

Palabras clave: contrato, empresarios, finanzas, mercado, underwriting.

ABSTRACT

The access to the market of capitals on the part of the companies is important in the mark of the current financial globalization.

The underwriting contract facilitates to the companies to consent to the financial market to obtain the economic resources that require.

Key words: contract, entrepreneur, finances, market, underwriting.

SUMARIO

Introducción

1. Concepto
2. Etimología
3. Origen histórico
4. Naturaleza jurídica
5. Caracteres de este contrato
 - A) Estructurales
 - B) Funcionales
6. Objeto
7. Función económica
8. Proceso de la contratación en underwriting
9. Etapas en relación de la empresa emisora con el underwriter
10. Partes
 - A) Entidad emisora
 - B) Underwriter
11. Tipos de underwriting
12. El contrato de underwriting en nuestro mercado
13. Obligaciones de las partes
14. Derechos de las partes
15. Underwriter y sociedades de inversión
16. El caso de Atlas Eléctrica
17. Legislación

Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el desarrollo del capitalismo en la actualidad, este convenio permite el fortalecimiento financiero de las personas interesadas en ello.

En este escrito, se analizará la etimología, definición, naturaleza jurídica, origen, caracteres contractuales, objeto, partes, función económica, tipos o clasificación de este contrato, obligaciones y derechos de las partes y legislación.

Bien expresó Picado (1999) que el endeudamiento como medio para lograr financiamiento, representa en la actualidad una seria inconveniencia para las empresas. El desarrollo y la solidez de éstas, se ven gravemente comprometidos con el aumento de los pasivos. Es urgente entonces, procurar expedir la vía hacia el financiamiento sin necesidad de aumentar la deuda. La negociación accionaria constituye un instrumento idóneo al respecto. Sin embargo, tal negociación implica operar dentro del mercado de capitales, a saber, con transacciones a largo plazo, mayores de un año, lo cual halla en la actualidad importantes obstáculos. Tanto el underwriting cuanto las sociedades de inversión, configuran medios técnicos que fomentan el desarrollo del mercado de capitales.

1. CONCEPTO

Mediante este contrato se permite el acceso de las empresas al mercado de capitales, para obtener el *financiamiento* que se necesita.

En este convenio una entidad financiera y una sociedad comercial pactan con el fin de que la primera se obligue a prefinanciar (en firme o no), títulos valores emitidos por la sociedad, para su posterior colocación en el respectivo mercado (*Gbersi*, pp. 202 a 203, T. 2, 1999).

El *underwriting* es una operación financiera que facilita el acceso de las empresas al mercado de capitales, con el objetivo de lograr la expansión y el desarrollo tecnológico deseado ante el reto de la globalización.

Esta operación financiera es una modalidad de *investments* (inversiones), que consiste en un negocio en el cual se asume el riesgo

de comprar en el mercado títulos o valores de corporaciones privadas o entidades públicas con el fin de revenderlos directamente entre el público inversionista, ya sea directamente o por medio de *dealers* (comerciantes o negociadores en este mercado, en esta clase de negocios) obteniendo el beneficio de la diferencia de precio resultante de la compra al emisor y la venta al inversionista, diferencia conocida como *underwriting spread* (**León**, p. 77, R.J. Nº. 77; **Picard**, p. 512, 1996; **Colin**, p. 317, 1999).

2. ETIMOLOGÍA

Underwrite: infrascrito, escribir abajo, suscribir al pie.

Se puede traducir como suscribir, asegurar contra riesgos, suscribir una emisión de valores. Asegurar contra los riesgos de una operación financiera.

3. ORIGEN HISTÓRICO

Este contrato tiene su origen en el Derecho Anglosajón, siendo ampliamente difundido en *Estados Unidos y Brasil*.

Posteriormente se expande en los países europeos, fortaleciéndose esta tendencia en virtud del fenómeno financiero de la *globalización o mundialización*.

Modernamente, se ha desarrollado la figura del **sindicato** o *grupo de entidades financieras* que colocan los títulos valores en el mercado, cuando el volumen de la operación así lo amerita (**León**, pp. 77, 78, 85, R.J. Nº. 77, 2001; **Arrubla**, pp. 201-202, 1998).

4. NATURALEZA JURÍDICA

El **underwriting** o suscripción de emisiones accionarias es otra forma de intervención de las entidades financieras en el mercado de capitales. Se trata de una figura que económicamente asume diferentes modalidades y facetas.

Cuando una sociedad por acciones requiere de capitales para sus objetivos puede acudir al mercado financiero para ello.

Mediante este contrato una empresa se compromete ante la parte respectiva, a suscribir emisiones de capital y colocarlas en el mercado dadas ciertas condiciones y contra un determinado importe.

Es un *contrato de crédito*, por el que una entidad financiera compromete un préstamo en condiciones específicas. No se debe confundir con lo que se conoce como *intermediación financiera*.

Intermediación financiera: transferencia de recursos financieros realizada por instituciones especializadas de modo profesional. Se realiza por la recepción de créditos del público en forma de depósito y transferidos bajo la modalidad de préstamo (**León**, pp. 80-81, R. J. N.º. 77).

5. CARACTERES DE ESTE CONTRATO

En términos generales se puede indicar que se trata de un convenio escrito, atípico, oneroso, consensual, bilateral, conmutativo, innominado, no formal pactado entre una entidad emisora y una entidad financiera (**Gbersi**, pp. 203-204, 1999).

Se puede señalar una clasificación de caracteres de este modo:

A) Estructurales

a) *Consensual y bilateral*

El convenio es perfectamente válido desde que las partes se ponen de acuerdo.

b) *Sinalagmático*: las partes adquieren derechos y deberes.

c) *Oneroso*: hay ventajas patrimoniales.

d) *No formal*: el convenio puede adoptar cualquier forma negocial.

B) Funcionales

a) *Financiero y canalizador de recursos*

Este convenio constituye un nueva técnica para canalizar recursos financieros con el fin de capitalizar, desarrollar y expandir las empresas. El *underwriter* es el que realiza la función financiera de transferir recursos, siendo un sujeto activo en el mercado de capitales, mediante la compra y venta de títulos.

b) *De servicio*

Además de la actividad del financiamiento, clave en este contrato, este mecanismo comprende la prestación de servicios de asesoramiento, seguros, protección, que son parte integrante de la negociación (**León**, pp. 83-84, RJ N°. 77).

6. OBJETO

El *objeto inmediato* de este contrato es la *prefinanciación* por parte de la entidad financiera (*underwriter*) de la emisión de títulos o de acciones que hace la empresa comercial.

El *objeto mediato*, lo constituyen las acciones u obligaciones negociables de la emisión respectiva (José Fajre, en **López**, pp. 177 a 185, 1999; **Gbersi**, p. 204, T. 2, 1999).

León precisa que este contrato es un convenio “típico del mercado de capitales por cuanto pueden participar en el solo aquellas entidades autorizadas a emitir títulos en masa, sean aquellos que tengan las mismas características y otorguen los mismos derechos dentro de su clase, que sean ofrecidos en forma genérica y que se individualicen en el momento del contrato” (R.J. N°. 77, p. 85).

La *utilidad* que tiene esa diferenciación es distinguir o desagregar el aspecto de la *prefinanciación* respecto del propiamente dicho de la *emisión* de los títulos valores.

7. FUNCIÓN ECONÓMICA

Este contrato permite a las empresas tener acceso al mercado de capitales con el fin de llenar sus necesidades, en el mundo actual globalizado y sus crecientes exigencias de capital (**Etcheverry**, p. 320, T. 3, 2000).

El **underwriting** aparece como un instrumento idóneo al que puede recurrir una empresa para la negociación de sus acciones y otros títulos emitidos, en el mercado bursátil institucionalizado (**Arrubla**, p. 190, 1998).

En este *pacto sindicado*, los *underwriters* se obligan mancomunadamente, pero no solidariamente. Cada underwriter es responsable solo de su cuota de la emisión y no se obliga a responder por las cuotas de los demás underwriters (**Arrubla**, pp. 200 a 202, 1998).

El underwriting facilita la adquisición de emisiones de títulos valores a precio fijo y garantizado, para ser colocados, mediante venta, en el público. Se realiza ello mediante un contrato donde intervienen una entidad financiera y una sociedad comercial. La primera se compromete a prefinanciar, (en firme o no), los títulos emitidos por la segunda, para colocarlos entre el público. Se acepta la posibilidad, dentro de la figura, de no asumir la entidad financiera el refinanciamiento. En este supuesto, se obliga a poner su mejor esfuerzo en la colocación de los valores. En otro supuesto, la entidad financiera (Underwriter), vía contrato, asume la obligación de adquirir las acciones o bonos, para su posterior venta al público. En este caso, asume ella el riesgo del mercado. Sin embargo, también se acepta el expediente a través del cual, el "Underwriter" se compromete sólo a vender o distribuir los títulos, por lo cual los riesgos del mercado recaen en la sociedad emisora (Picado, 1999).

8. PROCESO DE LA CONTRATACIÓN EN UNDERWRITING

Para los efectos de realizar esta negociación, se da un proceso compuesto de estos elementos:

- Estudio de las necesidades financieras del emisor.
- Asesoramiento de conformidad con la situación financiera.

- Diseño de la emisión de títulos valores, tomando en cuenta las necesidades de la empresa y las condiciones de mercado.
- Valoración de los títulos que se emitirán.
- Inscripción ante los organismos reguladores si se va a realizar una oferta pública de los títulos.
- Colocación de la emisión en el mercado (**Hernández**, T. II, p. 261).

9. ETAPAS EN LA RELACIÓN DE LA EMPRESA EMISORA CON EL UNDERWRITER

A partir del momento en que la empresa emisora inicia su relación con el underwriter, se dan tres fases o etapas:

Primera, la entidad financiera realizará un estudio de la entidad emisora que desea negociar el *underwriting*.

La entidad emisora se beneficiará con la obtención de recursos luego de la decisión de emitir acciones; y, para el *underwriter*, la posible ganancia estará en la diferencia que se dé entre el valor de las acciones pactado en el contrato y el que se logre en la colocación de ellas en el mercado.

Segunda, en donde se realiza la suscripción del convenio por el cual la entidad financiera, se obliga a prefinanciar la emisión de la sociedad emisora.

Tercera, en la que el *underwriter* ejecuta la actividad de colocación de los títulos en el mercado de las acciones prefinanciadas (**Hernández**, T. II, pp. 261 y 262).

10. PARTES

A) La entidad financiera, emisora o prefinanciadora

Se trata de una empresa pública o privada que necesita de financiación, razón por la cual emite títulos valores negociables en el mercado.

También se le conoce como la entidad *encargante* o necesitada de financiación, la cual emite para obtenerla, por ejemplo, acciones o bonos (**Arrubla**, p. 196, 1998).

Por ello, el *underwriting* es un contrato del mercado de capitales en el cual pueden participar las entidades autorizadas para emitir títulos en masa, ofrecidos genéricamente y que se individualicen en el momento del contrato.

La sociedad anónima es el modelo que se encarga del contrato de *underwriting*, por cuanto posee amplias posibilidades de emitir títulos valores en el mercado de capitales, ya se trate de acciones, obligaciones, etc.

B) Underwriter

Es la *entidad que se compromete*, de acuerdo con el contrato pactado, a adquirir en firme o no las emisiones de títulos valores; colocar estas emisiones (total o parcialmente) directamente, o simplemente procurar su colocación en el mercado de capitales (**León**, R. J. N°. 77, pp. 84-85, 2001; **Romero**, pp. 387 a 390, 1996; **Arruba**, p. 199, 1998).

León nos informa acerca de quiénes pueden actuar como *underwriters*:

Estados Unidos: los bancos de emisión o los agentes de valores.

Países europeos: los bancos comerciales.

Brasil: bancos de inversión, corredores de bolsa y distribuidoras de valores, las cuales no pueden actuar en la bolsa de valores.

Argentina: bancos comerciales (**León**, cit., p. 85).

Colombia: corporaciones financieras y sociedades comisionistas de bolsa (**Arruba**, cit., p. 200-201, 1998).

El desarrollo del sistema capitalista ha forzado a que se formen sindicatos o grupos de entidades financieras que se dedican a la colocación de títulos valores en el mercado.

A este hecho, se le ha llamado *sindicación*, para diferenciarlo de la *sindicalización* de los grupos de obreros en el mercado.

Sociológicamente, el hecho social es el mismo: en el mercado laboral, un grupo de trabajadores forman un sindicato para la defensa de sus derechos (*sindicalización*). En el mercado financiero, un grupo de entidades financieras se unen para llevar a cabo las tareas de colocación de títulos valores en el respectivo mercado (*sindicación*).

En el sindicato de *underwriters*, la entidad financiera líder escoge a los demás miembros que se incorporan al sindicato, para llevar a cabo la operación bursátil específica o llevar a cabo otras en el futuro.

Por supuesto que, al interior de este *acuerdo sindicado*, se realiza un pacto entre las *entidades financieras sindicadas*.

Se puede indicar que los suscriptores o adquirentes de las acciones en el mercado accionario, no son parte del contrato de *underwriting*, pero sí participan de la operación financiera.

11. TIPOS DE UNDERWRITING

Se puede indicar varios tipos o clase de underwriting, así por ejemplo:

A) En firme

Este tipo es el más riesgoso para el *underwriter* y, a su vez es más favorable para la sociedad emisora de los títulos. Aquí, el *underwriter* se hace cargo de la totalidad de la emisión, se la paga a la compañía y luego, la revende en el mercado, asumiendo todo el riesgo de su colocación o no, entre el público.

B) De garantía

Este tipo garantiza la colocación de una emisión en un plazo determinado. Si no lo hace, la *prefinanciación* no se realiza sino hasta que venza el plazo establecido. Hasta este momento, la obligación del *underwriter* es poner todo su esfuerzo en la colocación de la respectiva emisión. Si hay remanente, el *underwriter* se obliga a adquirirlo.

C) Colocación al mejor esfuerzo

En este tipo, el *underwriter* se obliga a colocar el mayor número de títulos posibles en un plazo dado, no existiendo *prefinanciación*. Las empresas al darse cuenta de que no se les garantiza la colocación de sus títulos, prefieren acudir a otras fuentes de financiamiento.

D) Colocación del todo o nada

El *underwriter* trata de lograr promesas de suscripción entre posibles inversionistas. Si es posible colocar la totalidad de la emisión en un plazo dado, esa emisión se lanza al mercado; caso contrario, no se realiza esa emisión (*León*, pp. 79-80, R J N°. 77).

12. EL CONTRATO DE UNDERWRITING EN NUESTRO MERCADO

A) Underwriting de acciones

Un antecedente relevante en nuestro incipiente mercado accionario fue el caso de la empresa *Atlas Eléctrica S.A.* que quiso autofinanciarse por medio de la emisión de veinte millones de acciones preferentes, participativas y convertibles, por un valor de cien millones de colones.

En febrero de 1989, la empresa *Corporación Privada de Inversiones de Centroamérica (CPI)* organizó la operación de *underwriting* con Atlas por cien millones de colones bajo la modalidad de colocación garantizada.

Otro ejemplo, fue el de la *Finca Yune*, pues en enero de 1990 la *CPI* toma este *underwriting* para un proyecto de siembra de macadamia para la exportación, relativo a noventa y nueve hectáreas en Turrialba.

En estos casos, la repuesta del mecanismo bursátil fue pobre a estas ofertas.

B) Underwriting de deuda

En este caso, se asegura la colocación de la totalidad de la emisión de sus títulos, a una tasa de interés inferior a la tasa activa que

esté vigente en el sistema bancario nacional. Con esta ventaja se le ofrece a la sociedad emisora un nuevo instrumento en la obtención de recursos para financiar sus proyectos de inversión tratando de calzar los períodos de vencimiento de sus títulos con los de su inversión.

Asimismo, en relación con las acciones, el *underwriting* de deuda ofrece menores costos en la emisión y posterior colocación de los títulos.

En el *underwriting con acciones*, los recursos son más caros, por cuanto se tendrá que incluir a los suscriptores (compradores de títulos valores) dentro del libro de accionistas, en tanto que el *underwriting de deuda*, no posee trámites legales tan onerosos.

Empero, lo que atañe al costo financiero, cuando se realiza un *underwriting con acciones*, la empresa puede tener un costo financiero bastante inferior al costo que implica un *underwriting con deuda*. Esto se debe a que bajo el primer procedimiento, la empresa tiene la facultad de no distribuir utilidades, ya sea por razones de oportunidad o por su situación financiera.

En el contrato de *underwriting con deuda*, la empresa irremediablemente tiene un costo financiero por la utilización de los recursos que capta a través del contrato. Este costo, estará formado no sólo por los intereses que devengan los valores emitidos, sino por las comisiones pagadas a la entidad *underwriter* suscriptora del contrato.

Si el costo es mayor bajo esa modalidad de *underwriting con deuda*, ¿por qué la empresa buscara financiar sus proyectos de inversión o sus necesidades de capital de trabajo a través de esta alternativa de financiamiento?

Lo anterior se explica dado que las empresas no pueden darse el lujo de esperar a que el mercado de capitales costarricense alcance en un corto plazo un despegue importante que le permita un financiamiento con menos costos a través de la negociación de acciones.

La evolución de las empresas en su desarrollo productivo no puede detenerse por condiciones como las altas tasas de interés en el mercado. La solución reside, en buscar un financiamiento alternativo al crédito bancario tradicional, pero con un costo inferior, aunque resulta mayor que el de la emisión de acciones.

Por consiguiente, el *underwriting de deuda*, precisamente coadyuda a solventar en parte esa reducción de costos financieros de la empresa, ya que disminuye el margen de intermediación que significaría un financiamiento tradicional de crédito.

En lo que corresponde a las comisiones, la entidad *underwriter* adquiere el compromiso con la empresa emisora a cambio de dos fuentes principales de ingresos. Por una parte, la comisión proveniente por la formalización del contrato de *underwriting*, y por otro lado, la comisión por la negociación de los títulos emitidos en las bolsas de valores. Bajo esa premisa, dependiendo de las cláusulas de la relación contractual, es posible lograr que el pensamiento bancario de obtener un incremento de sus productos mediante la promoción de las comisiones, puede llegar a ser una realidad.

Lo relativo al plazo del *underwriting con deuda*, puede diferir dependiendo de la modalidad que la empresa y el *underwriter* pretenden suscribir. El plazo se puede definir a conveniencia de las partes, dada la versatilidad que este instrumento facilita.

En lo que toca al rendimiento que pretende obtener por medio del *underwriting de deuda*, deberá evaluarse desde la óptica del inversionista (comprador del título).

Si bien el rendimiento que obtendría este inversionista al comprar títulos de deuda, no se garantiza que sea mayor al que obtendría con la compra de acciones, el inversionista se asegura un flujo de efectivo y recuperación del capital según las características del título de deuda que emitió la empresa (tasa de interés, periodicidad de pago de intereses, y amortización de principal si incluye tal condición). Mientras que con la adquisición de acciones tradicional, el rendimiento para el inversionista no está asegurado plenamente debido a que depende de las utilidades de la empresa, y de la política de distribución de utilidades que defina la asamblea de accionistas.

En lo que concierne a los aspectos legales de tipo tributario, particularmente respecto a los efectos del *impuesto sobre la renta*, es más atractivo para una empresa suscribir un *underwriting de deuda* que un *underwriting de acciones*. Ello en virtud de que para el cálculo de la utilidad gravable, el gasto por intereses (obligación originada por una deuda), se resta de los ingresos, reduciendo de esta manera la utilidad antes del impuesto e intereses de una empresa; por consiguiente, la renta imponible será menor.

En lo que atañe al *underwriting con acciones*, el pago de dividendos se produce una vez que se ha determinado la utilidad después de impuestos e intereses, con lo que no logra la empresa ningún beneficio o escudo fiscal en la determinación de la renta gravable (**Hernández**, T. II, pp. 280 a 283, 2002).

13. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

A) Obligaciones de la entidad emisora

- * La *emisora* deberá indemnizar a los *underwriters* por los perjuicios ocasionados por una información falsa o por haber omitido informar debidamente sobre aspectos importantes para la operación.
- * Informar al *underwriter* todo lo relacionado con la emisión anticipadamente, incluyendo el precio de la emisión de los títulos y el plazo para la colocación de los mismos.
- * Notificar al *underwriter* de cualquier cambio o hecho importante que signifique una variación en la proyectada operación.
- * Pagar los gastos legales que suponga la emisión.
- * No utilizar otros *underwriters* diferentes, salvo pacto en contrario.
- * No vender ninguna acción o bono adicional o emitido anteriormente durante el período acordado para la operación.
- * Pagar la comisión convenida.

B) Obligaciones del *underwriter* (entidad colocadora)

- * Realizar las gestiones tendentes a obtener las autorizaciones administrativas para realizar la oferta pública.
- * Adquirir la totalidad de la emisión. Es obligación propia en el *underwriting* en firme.

- * Respetar el precio y demás condiciones acordadas. La adquisición en firme por parte del *underwriter* tiene como propósito final la colocación de la emisión en el mercado de inversionistas y es allí donde el *underwriter* debe atender a las condiciones pactadas en el contrato.
- * Pagar a la empresa encargante el precio acordado por la emisión que adquiere. En esta modalidad la contraprestación propia para el *underwriter* será poder hacer suyo el mayor valor que obtenga en la colocación.
- * Colocar ante el público la emisión respectiva, al precio y condiciones previamente estipuladas. Lo que no haya podido colocar en el plazo señalado en el contrato deberá adquirirlo el *underwriter* cuando se trata de la modalidad de garantía.

En esta modalidad, la contraprestación del *underwriter* tendrá dos variantes: una será una comisión por lo que haya logrado colocar entre el público; y en la otra, podrá hacer suyo el sobreprecio entre lo que paga y el mayor valor que obtiene.

- * Realizar las actividades promocionales de la emisión.
- * Procurar la colocación de la emisión ante el público inversionista, prestando sus mejores esfuerzos y su mayor diligencia para el buen éxito de la operación, pero sin comprometerse a adquirir en firme la emisión.

Esta obligación de diligencia se presenta en la modalidad de colocación con base en mayores esfuerzos.

En esta clase de operaciones el *underwriter* tiene derecho a la comisión convenida para la operación.

- * La colocación de los títulos valores deberá realizarla dentro del plazo acordado para el efecto.
- * Hacerse cargo de toda la transacción relacionada con el paso y entrega de valores.
- * Estabilizar el precio de la emisión por un cierto plazo después de que se hayan ofrecido los valores a los inversionistas.

- * Atender todas las exigencias que demanden las autoridades reguladoras de la actividad.
- * Una reflexión sobre la responsabilidad del *underwriter* tiene importancia en cualquiera de las modalidades de la operación.

El *underwriter* tiene a su cargo la obligación de asesoramiento que le obliga a la mayor diligencia y cuidado en su función de consejero para con la emisora (*Arrubla*, pp. 207 a 209, 1998).

14. DERECHOS DE LAS PARTES

En cuanto que a los *derechos de las partes*, los mismos son los correlatos respectivos de la otra parte. Lo que es una obligación de una parte, se convierte en el derecho de exigirlo para la otra.

15. UNDERWRITER Y SOCIEDADES DE INVERSION

La *Ley del Mercado de Valores*, N°. 7732 de 17 de diciembre de 1997 manda que las sociedades administradoras de fondos de inversión deberán ser sociedades anónimas o sucursales de sociedades extranjeras cuyo objeto exclusivo sea prestar servicios de administración de fondos de inversión, de acuerdo a lo que dispone su *artículo 65*.

En la *sociedad de inversión* el objeto es mantener en su poder el mayor tiempo posible los títulos que adquiere, de tal forma que pueda obtener la mayor y mejor rentabilidad posible. Esto implica que se comporta como un inversionista.

Por su parte, el *underwriter* busca una tenencia transitoria de los títulos que adquiere, tratando de colocarlos en el mercado lo más pronto posible, lo que convierte en un intermediario financiero (*Alfaro*, y Bonilla, cit., p. 127, 1993).

16. EL CASO DE ATLAS ELÉCTRICA

Hugo Picado (1999), nos informa que esta empresa había financiado su crecimiento, principalmente con deuda y retención de utilidades. Llegó así a un nivel de apalancamiento, el cual entorpecía

sus posibilidades de expansión. Decidió entonces abrir su capital, en aras del autofinanciamiento. Efectuó una emisión de veinte millones de acciones preferentes, participativas y convertibles, por un valor de cien millones de colones. Tal emisión le brindó los recursos necesarios para continuar en su normal desarrollo.

La operación de financiamiento dicha, la realizó la empresa a través del **Underwriting**. Este método fue eficaz para lograr una colocación exitosa, no obstante que constituiría la primera experiencia de esa índole en el país. Del total de la emisión, cerca de un 40% fue colocado entre los mismos accionistas de la empresa. De consiguiente, la oferta pública habría de efectuarse por el restante 60% de las acciones no adjudicadas por vía de la suscripción preferente.

En el contrato respectivo, se acordó la modalidad de **Underwriting** en firme. Por ende, fue percibido, en pleno, el importe del 60% mediante refinanciamiento. Por ser la primera experiencia de esta índole desarrollada en el país, se pensó que iba a darse cierto grado de temor en los inversionistas. En consecuencia, se les ofreció la posibilidad de vender las acciones adquiridas, para lo cual se constituyó, para dicha emisión, un fideicomiso. En él, la empresa depositó el 5% de la emisión, cuyo importe fue entregado, para su administración, al agente de bolsa del **Underwriter**. Tal fondo se estableció con el fin de dar solidez al mercado secundario, y evitar así cualquier especulación en los precios de las acciones. El objetivo propuesto, fue alcanzado.

Tal contratación de **Underwriting**, u operación técnica de financiamiento, representó en la práctica dos ventajas fundamentales para la empresa:

- a) El costo financiero le resultó mucho menor, por cuanto no implicó la obligación de amortizar la deuda. Si bien las acciones preferentes entrañaban carácter de deuda, por haberseles atribuido rentabilidad mínima y periodicidad, no aparejaban la obligación de abonar para cubrir ningún principal, como sí lo requiere el endeudamiento.
- b) En segundo término, tal forma de financiación, sin afectar el pasivo, le permitió a la empresa dotarse de cimientos firmes para crecer en lo sucesivo. Desde el punto de vista financiero interno, la emisión tenía por objeto, más bien, disminuir la presión ejercida por los pasivos a corto plazo. Ello, entre otras cosas, facilitó el manejo y reordenamiento de su estructura financiera.

Otra implicación importante consistió en el impacto de la emisión sobre el capital social de la empresa. Tras ella, los socios resultaron fortalecidos con las acciones preferentes, al brindarles mayor protección, al igual que seguridad en cuanto a la rentabilidad de las acciones.

Por otro lado, muchas personas hallaron acceso a la condición de pequeños propietarios, como accionistas, de una conspicua empresa en el país, lo cual significa la democratización del capital con efectos sociales importantes en el medio costarricense (también, *Alfaro y Bonilla*, pp. 196 a 200, 1993; Fonseca, 1998).

17. LEGISLACIÓN

En la *Ley del Sistema Bancario Nacional* existen estas normas:

Artículo 73, inciso 3

Queda estrictamente prohibido a los bancos comerciales:

Participar, directa o indirectamente, en empresas agrícolas, industriales, comerciales o de cualquier otra índole; y, comprar productos, mercaderías y bienes raíces que no sean indispensables para su normal funcionamiento.

Artículo 116, inciso 2)

Los bancos comerciales podrán efectuar las siguientes comisiones de confianza:

Actuar como agentes financieros y comprar o vender, por orden y cuenta de sus clientes, toda clase de valores y bienes.

Ley del mercado de valores, N°. 7732, 1997

Artículo 56, b) Actividades de los puestos de bolsa

Comprar y vender, por cuenta propia, valores en bolsa cuando cumplan con los niveles mínimos de capital adicional y los otros requisitos establecidos, reglamentariamente, para esos efectos por la Superintendencia General de Valores.

Artículo 23.- Compraventas y reportes

Las compraventas y los reportes de valores objeto de oferta pública deberán realizarse por medio de los respectivos miembros de las bolsas de valores. Las transacciones que no sean a título oneroso no se considerarán del mercado secundario, pero deberán ser notificadas a la Superintendencia por los medios que reglamentariamente establezca. El incumplimiento de estas disposiciones producirá la anulabilidad de la respectiva transacción.

La Superintendencia reglamentará los casos excepcionales en los cuales las bolsas podrán autorizar operaciones fuera de los mecanismos normales de negociación, siempre que sean realizadas por medio de uno de sus miembros y bajo las normas de la Superintendencia. Estas normas fijarán, al menos, los tipos de operación que podrán autorizarse y los montos mínimos. En todo caso, estas operaciones se realizarán bajo la responsabilidad de las partes y no podrán fijar precio oficial.

Reglamento sobre operaciones por cuenta propia

Artículo 10 de la sesión 111-99 del 30 de agosto de 1999 del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, Gaceta 179 del 14 de setiembre de 1999.

Artículo 1. Definición

Se define operación por cuenta propia aquella en la que un puesto de bolsa vende valores que forman parte de su propia cartera o de la cartera de cualquiera de las entidades que forman parte de su grupo de interés económico, o aquella en la que un puesto de bolsa compra valores para su propia cartera o para la cartera de cualquiera de las entidades que forman parte de su grupo de interés económico. Asimismo estarán reguladas por esta normativa las operaciones que realice el puesto de bolsa cuando la negociación se haga con valores en que el puesto de bolsa actúe como suscriptor en contratos de “underwriting” en firme.

Se define operación por cuenta propia acordada aquella en que la contraparte del puesto en la operación es otro puesto de bolsa, y operación por cuenta propia cruzada aquella en que la contraparte del puesto o de las entidades que conforman su grupo es un cliente del puesto.

Las operaciones cruzadas en las cuales el cliente sea cualquiera de las entidades que pertenezcan al Grupo de Interés Económico del puesto, no estarán afectas a las disposiciones establecidas en el presente reglamento.

Para los efectos de las definiciones del presente reglamento, se entenderá por Grupo de Interés Económico las entidades en que concurran las condiciones

previstas en los Artículos 2, 3 y 4 del Reglamento para el otorgamiento de Crédito a Grupos de Interés Económico, emitido por la Superintendencia General de Entidades Financieras y que fue publicado en el Diario Oficial "La Gaceta" 147 del 5 de agosto de 1996.

Artículo 2.- Facultad de operar por cuenta propia.

Los puestos de bolsa podrán realizar operaciones por cuenta propia, tanto acordadas como cruzadas. Las operaciones cruzadas deberán sujetarse a las siguientes condiciones:

- a. El consentimiento de los clientes para la realización de estas operaciones no exime al agente y al puesto de bolsa de su deber de lealtad hacia estos. Por lo tanto, en todo momento deberá actuar bajo las más estrictas normas de ética comercial en beneficio del cliente, de forma que se garantice a éste que los precios o rendimientos que el puesto determine en una operación cruzada por cuenta propia sean razonables de acuerdo con las condiciones imperantes en el mercado.*
- b. El puesto dará en todo momento prioridad a las órdenes de sus clientes, de manera que operará por cuenta propia únicamente cuando no le sea posible conciliar posiciones entre sus mismos clientes.*
- c. El puesto de bolsa deberá de manifestar a su cliente, con antelación a la realización de la operación, la circunstancia de que se trata de una operación por cuenta propia. Asimismo, le indicará la comisión que le cobrará por sus servicios y el precio o rendimiento neto. Deberá constar en forma expresa el consentimiento del cliente para la realización de la operación cruzada así como su conocimiento sobre la comisión pactada.*
- d. Una vez realizada la operación el puesto entregará a su cliente la boleta de negociación, debiendo quedar evidencia documental en los archivos del puesto de bolsa. En la boleta de negociación deberá indicarse claramente que se trata de una operación por cuenta propia, así como la rentabilidad bruta de la operación, la comisión porcentual y absoluta cobrada por el puesto de bolsa y el rendimiento neto una vez deducida la comisión.*
- e. El puesto deberá llevar un registro centralizado de la totalidad de estas operaciones, en el que conste copia del consentimiento del cliente y de la boleta de operación de bolsa, sin menoscabo de la documentación que deberá constar en el expediente del cliente.*

Comentario

Con relación a la normativa citada, los puestos de bolsa están facultados para actuar en modalidades de un *underwriting en firme*, posición que comparte la asesoría jurídica de la Superintendencia General de Valores y reconocida por el mencionado Reglamento (**Herández**, T. II, pp. 271 a 273, 2002).

Memorando de la asesoría jurídica de la Super Intendencia General de Valores del 5 de mayo del 2000.

En este documento dicha asesoría jurídica expresa lo siguiente:

Abora bien, ha surgido la pregunta de si la compra de valores del emisor en que se concreta el aseguramiento deber realizarse en bolsa. Si bien algún sector ha interpretado que ello debe ser así en virtud de que el inciso b) del artículo 56 únicamente autoriza a los puestos a comprar y vender valores propia en bolsa, a juicio de esta asesoría esa interpretación es contraria a la naturaleza misma de la labor de aseguramiento. En efecto, el aseguramiento implica la compra directa de los valores del emisor por parte de la entidad colocadora en las condiciones previamente fijadas por ellos, sin que en forma alguna participen otros intermediarios ni en la determinación de las condiciones en que dicha compra se realizará ni en el proceso de compra (ello sin perjuicio, por supuesto, de la constitución de sindicatos de aseguramiento. Por esa misma razón los mecanismos previstos por las bolsas para la colocación de valores en el mercado primario resultan contrarios a la naturaleza misma de la operación, que es el resultado de una actividad netamente crediticia y no de intermediación.

En esa medida y teniendo presente que el legislador mismo reguló en forma separada las labores de prefinanciación de emisiones de las demás operaciones por cuenta propia, esta asesoría estima que la disposición del inciso b) del artículo 56 no es aplicable a la compra de valores que realicen los puestos de bolsa en ejecución de un contrato de underwriting.

No obstante lo anterior, es importante realizar tres comentarios adicionales.

En primer lugar, que en el aseguramiento de garantía de compra de los valores por parte del puesto de bolsa debe serlo una vez concluido el período de suscripción de la emisión por parte del público.

Asimismo, que los puestos de bolsa únicamente podrán brindar servicios de intermediación al emisor durante ese período de suscripción si la colocación de esos valores entre el público se realiza por medio de la bolsa, no así en ventanilla.

Finalmente, que tanto tratándose del aseguramiento firme como del aseguramiento de garantía, la posterior venta de los valores comprados por el puesto de bolsa en ejecución del contrato de aseguramiento es una operación típica de un mercado secundario, sujeta al inciso b) del artículo 56 y a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley (del Mercado de Valores).

Considero que, de conformidad con nuestra legislación, el contrato de **underwriting** no está tipificado globalmente, ya que si bien es cierto la *Ley del mercado de valores y el Reglamento de operaciones por cuenta propia* tienen normas sobre este convenio, lo cierto del caso es que no existe una legislación amplia que lo regule adecuadamente.

Por su parte, **León** expresa que en nuestro país, “no se indica cuáles entidades pueden realizar funciones de *underwriter*. El artículo 116, inciso segundo de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional nos dice que los bancos pueden actuar como agentes financieros. Esto nos da en principio la posibilidad de afirmar que estas instituciones pueden actuar como *underwriters*”. Sin embargo, otro numeral de esa ley (el 73, inciso tres), prohíbe expresamente a los bancos su participación directa o indirecta en empresas agrícolas, industriales, comerciales y de cualquier índole.

Estamos de acuerdo con lo que indica **León** en el sentido de que dependerá de la significación que se le dé a esas dos normas, para que los bancos puedan actuar como *underwriters* (*cit.*, p. 85; en esta misma página del artículo de **León**, se indica como fuente bibliográfica al jurista colombiano **Arrubla**, que también nosotros hemos consultado en este escrito).

Interesa destacar que **León**, al finalizar su artículo, indica que:

“ante la ausencia de prohibición legal, cualquier persona física o jurídica podría asumir la función de prefinanciador de emisiones de acciones y obligaciones en el caso que no capture recursos del público, sin embargo la realidad económica nos indica que esa posibilidad es remota” (*cit.*, p. 86).

En este particular, estimo que esta materia es propia del *Derecho Público de la Economía*, razón por la cual se aplica el principio de legalidad: está permitido hacer, lo que está expresamente autorizado por la ley; o, al revés, no está permitido hacer, aquello que no está facultado expresamente por la ley.

CONCLUSIÓN

Serán los empresarios del campo financiero los que potencien esta clase de negociación, al tenor de la propia dinámica del sistema económico.

Dentro de las reglas jurídicas, a nivel nacional e internacional, esta contratación funciona. Posiblemente, en el futuro habrá una intensificación en el uso de esta figura contractual.

Conflictos derivados de la ejecución de este contrato no se encuentran en el Poder Judicial, debido, en parte, a lo novedoso del convenio y de que por la propia dinámica de la aplicación de esta figura contractual, aquellos problemas propios de este convenio, posiblemente, se han podido resolver entre las partes, sin necesidad de acudir a la sede jurisdiccional.

BIBLIOGRAFÍA

Alfaro, Milena; Arnaldo Bonilla. *Ventajas financieras de la utilización de la sociedad de inversión y del contrato de underwriting en la nueva estructuración del mercado accionario costarricense* (San José: tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1993).

Alcocer, Agustín. *La contratación privada atípica en el derecho mexicano* (Querétaro: Fundación Universitaria, Universidad Autónoma de Querétaro, 2003).

Arce, Javier. *Contratos mercantiles atípicos* (México: Porrúa, 2004).

Arubla, Jaime. *Contratos mercantiles* (Medellín: Diké, 1997).

Bach, David. *1001 Financial Words* (New York: Oxford University Press, 2003).

Barreira, Eduardo; Eduardo Boneo. *Contratos bancarios modernos* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984).

Collin, P.H. *Dictionary of Law* (London: Peter Collin Publishing. Collin, 2000).

Dictionary of Business (London: Peter Collin Publishing. Collin, 1999).

Díaz, Arturo. *Contratos mercantiles* (México: Iure, editores, 2004).

- Enrique, Carlos. *Pacto contractual y contratos atípicos* (México: Porrúa, 2002).
- Etcheverry, Raúl. *Derecho comercial y económico* (Buenos Aires: Astrea, 2 tomos, 1999).
- Fonseca, Hugo. *La técnica del underwriting y su aplicación en Costa Rica* (San José: UACA, revista Acta Académica, No. 23, 1998, versión digital).
- Fonseca, Hugo et al. *Contrato de underwriting* (San José: Centro de Información Jurídica en Línea, Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica, accesado 20 mayo 2006, <http://cijulenlinea.ucr.ac.cr>).
- Friedman, Jack. *Dictionary of Business terms* (New Cork: Barron's, 1994).
- García, José; Emilio Rabasa. *Problemas actuales del derecho empresarial mexicano* (México: Porrúa - Tecnológico de Monterrey, 2005).
- Gherzi, Carlos. *Contratos civiles y comerciales* (Buenos Aires: Astrea, 4 tomos, 1994, 1995, 1997, 2000).
- Greenwald, Douglas, editor. *The McGraw-Hill Encyclopedia of Economics* (New York: McGraw-Hill, 1994).
- Heras, José. *Diccionario de mercados financieros* (Barcelona: Gestión, 2001).
- Hernández, Alvaro. *Derecho bursátil. Mercado de valores* (San José: Investigaciones Jurídicas S. A, 2 tomos, 2002).
- Hernández, Rubén. *La libertad contractual como principio constitucional* (San José: revista Academia, Nº Único, Academia Nacional de Derecho Público, 1983).
- Imber, Jane; Betsy - Ann. *Toffler Dictionary of Marketing Terms* (New Cork: Barron's, 2000).
- León, Luis. *El contrato de underwriting* (San José: Poder Judicial, Revista Judicial, Nº 77, 2001).
- León, Soyla. *Contratos mercantiles* (México: Oxford, 2003).
- Linnebank, Geert, editor. *Glosario de términos financieros*. Reuters (Madrid: Prentice Hall, 2001).
- López, Ana. *Diccionario jurídico bursátil* (Buenos Aires: LexisNexis, 2002).
- López, Roberto, coordinador. *Contratos especiales en el siglo XXI* (Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1999).

- Marcuse, Robert. *Diccionario de términos financieros y bancarios* (Bogotá: Ecoe eds., 2002).
- Miles, Andrew. *Diccionario de economía y empresas* (Buenos Aires: Deusto, 2004).
- Ortega, Joaquín; Guillermo Villa. *Las operaciones de underwriting como mecanismo de capitalización de la sociedad anónima* (Bogotá: Comisión Nacional de Valores, 1984).
- Parra, Carmen. *El nuevo derecho internacional de los contratos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia - Bosch, 2002).
- Picado, Hugo. *Los contratos comerciales modernos. Urgente necesidad de un cambio* (San José: revista Iustitia, Nos. 130-131, 1997, versión digital).
- Nuevas modalidades de financiamiento en la contratación comercial moderna y el mercado de valores* (San José: revista Iustitia, Nos. 147-148, 1999, versión digital).
- Picard, Linda, editor. *Merriam Webster's Dictionary of Law* (Massachusetts, USA: Merriam Webster Incorp, 1996)
- Romero-Pérez, Jorge Enrique. *Contratos económicos modernos* (San José: Banco Interamericano de Desarrollo - Poder Judicial, 2004).
- Contratos del Estado* (San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2002).
- Scout, David. *Wall Street Words* (New Cork: Houghton Mifflin, 2003).
- Suárez, Andrés. *Diccionario terminológico de economía, administración y finanzas* (Madrid: Pirámide, 2000).
- Vidales, Leonel. *Glosario de términos financieros* (México: Universidad de Baja California, 2003).

**CAUSALES DE FONDO
DEL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL**

Magistrado Luis Guillermo Rivas Loáiciga
Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia

(Recibido 30/04/06; aceptado 28/06/06)

Tel. 295-3000

e-mail: relac_publicas@poder_judicial.co.cr

RESUMEN

Al igual que los motivos por razones procesales, los de fondo deben alegarse en forma clara y precisa. Asimismo, rige en cuanto a ellos lo dispuesto en el artículo 608 del Código Procesal Civil, en el sentido de que debieron invocarse oportunamente.

Palabras clave: Prueba, sentencia, derecho, tribunal.

ABSTRACT

The same as the reasons for procedural reasons, those of bottom should be alleged in form white and specifies. Also, it governs as for them that prepared in the article 608 of the Cicil Procedural Code, in and sense that they should be invoked appropriately.

Key words: Proof, sentence, law, court.

SUMARIO

Introducción

1. Violación a la cosa juzgada, siempre que se haya alegado oportunamente esta excepción en el proceso
2. Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho...
3. Cuando el fallo contenga violación de leyes

INTRODUCCIÓN

Al igual que los motivos por razones procesales, los de fondo deben alegarse en forma clara y precisa. Asimismo, rige en cuanto a ellos lo dispuesto en el artículo 608 del Código Procesal Civil, en sentido de que debieron invocarse oportunamente. También, el casacionista debe contar con legitimación para recurrir en los términos ya expuestos.

Según el artículo 595, el recurso procederá en cuanto al fondo por tres motivos diferentes, que se mencionarán siguiendo el orden en que se resuelve:

1) Violación a la cosa juzgada, siempre que se haya alegado oportunamente esta excepción en el proceso

Entiéndase que se trata de la cosa juzgada material, de cuyo artículo 162 resulta la imposibilidad de discutirse de nuevo, en otro proceso, la existencia o inexistencia de la relación jurídica que se declara. La finalidad es evitar procesos con sentencias contradictorias y asegurar el principio de seguridad jurídica que debe emanar de los pronunciamientos jurisdiccionales firmes.

Es requisito que el casacionista haya alegado, en forma oportuna, dicha excepción dentro del proceso ordinario o abreviado. Para ejecuciones de sentencia es aplicable el artículo 704. Luego, se requiere que el recurrente invoque en su recurso la violación del referido artículo 162, con la debida justificación del agravio.

En el voto No. 740 de las 14 horas 45 minutos del 1 de diciembre de 1999 se indicó: *“Alega el casacionista, como primer motivo de disconformidad, violación directa –por falta de aplicación y/o interpretación errónea– e indirecta –por errores de hecho y de derecho– de las normas sobre la cosa juzgada. En relación invoca las certificaciones de los escritos..., del acta de debate...; de la sentencia penal firme...y de los dictámenes médico-legales rendidos en esa sede... Con ellas, aduce, se demuestra que en el proceso penal, entre otros extremos, se reclamó el referente a la incapacidad parcial permanente, el cual fue expresamente rechazado. Empero, añade, en el sub-júdice se reitera tal pretensión resarcitoria. Por ello, afirma, al acogerla el Ad-quem, quebranta la autoridad de la cosa juzgada. A la luz de lo anterior, el meollo del presente agravio estriba en que el fallo recurrido es contrario a la cosa juzgada. Consecuentemente, procede analizar la cuestión debatida, a la luz de lo estatuido por el artículo 595 inciso 2do. del Código Procesal Civil.”*

2. **Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho, con infracción de las leyes relativas al valor de los elementos probatorios apreciados erróneamente, o cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de hecho, si éste resulta de pruebas constantes en el proceso y es evidente la equivocación del juez. En caso de error de hecho, no será necesario indicar el precepto legal infringido, concerniente al valor del elemento probatorio mal apreciado. Pero al reclamarse cualquiera de esos dos errores, el de derecho y el de hecho, será indispensable indicar también las leyes que, en cuanto al fondo, resulten infringidas como consecuencia de los errores de apreciación reclamados.**

Cuando en este inciso y en el siguiente se alude a “leyes”, han que entender que se trata de normas jurídicas, es decir, al género normativo del cual la ley es una especie.

El inciso en estudio contempla las situaciones de violaciones normativas que acontece de modo indirecto, es decir, aquellas que se cometen con ocasión de un error en la valoración de las pruebas. Esto es, al valorarse indebidamente las pruebas, el Juez comete el quebranto normativo.

Los errores de apreciación probatoria pueden ser de dos clases.

a) Error de hecho. Se comete cuando el Juez se equivoca en la materialidad de la prueba. Por ejemplo, un dictamen pericial establece que el valor de los daños asciende a €1.000.000,00 y el Juez indica en su sentencia que el perito dictaminó la suma de €100.000,00 por el concepto dicho. En tal caso, el juzgador confirió el valor respectivo a la prueba, pero erró en su materialidad.

b) Error de derecho. En este caso el Juez no le da la valoración respectiva a la prueba. Puede ser que sobredimensione su valor o que lo subestime. Por ejemplo, un testigo manifiesta que fue el actor quien clausuró una entrada, pero el demandado confesó haber sido él. El juzgador comete el error al darle credibilidad a la prueba testimonial sobre la confesional. Igual sucede cuando en vez de darle más valor a la prueba documental pública, se la da a un documento privado que la contradice, incluso, habiendo sido objetado por la parte a quien perjudica. También incurre en error de derecho, el Juez que del todo

no valora una prueba incorporada en debida forma, lo que se conoce como preterición de prueba.

Como en el error de hecho el yerro no radica propiamente en la valoración del elemento probatorio, no es necesario indicar las normas procesales que asignan ese valor a la prueba. Sí debe el recurrente citar las normas que, en cuanto al fondo, han resultado violadas como consecuencia del yerro. Por el contrario, en el error de derecho sí es imprescindible la cita de la disposición legal alusiva al valor de la probanza y, además, la norma sustantiva que resultó conculcada con el yerro de apreciación probatoria. Basta que el recurrente cite las normas que el Juez debió aplicar de haber valorado bien la prueba. No es necesario que señale como violadas las que aplicó mal en su sentencia. Por supuesto, toda cita de violación legal debe justificarse con claridad y precisión.

Es en la invocación de este motivo de casación, donde los recurrentes incurren en más desaciertos. La Sala pone en evidencia defectos en la exposición de estos cargos, por ejemplo, en la sentencia No. 646 de las 16 horas 45 minutos del 22 de agosto del 2001, donde indicó: *“Del examen del recurso se concluye de manera indubitable, que los cargos por violación indirecta de la ley sustantiva no atienden a los mínimos aspectos técnicos de la casación. Si bien, al acusar errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, cumplen los recurrentes con la obligación de citar normas de fondo, lo cierto es que únicamente se refieren a las que, según su criterio, resultan indebidamente aplicadas, omitiendo indicar qué normas resultan violadas por su falta de aplicación, requisito indispensable para acceder a su estudio. Lo anterior, sumado al hecho de que si bien los casacionistas recriminan la violación de una considerable cantidad de normas sustantivas, olvidaron puntualizar, en detalle y con la claridad y precisión requerida, en qué consiste la infracción de cada una de las normas cuya violación se alega, obliga a esta Sala al rechazo del recurso en este particular. Por consiguiente, el elenco de hechos probados que contienen los fallos de instancia, deben de permanecer incólumes.”*

No existe error ni de hecho ni de derecho, cuando los jueces conceden mayor valor a unos elementos de prueba sobre otros de la misma naturaleza, pues en realidad no hacen más que valorarlos de conformidad con la sana crítica, como lo autoriza el artículo 330.

Finalmente, el fallo puede adolecer de indebida fundamentación, que suelen confundir los recurrentes con el vicio de incongruencia. La Sala lo aclara en diversos fallos, entre los cuales puede citarse el No. 83 de las 9 horas 20 minutos del 16 de setiembre de 1994, cuando estipuló: *“La incongruencia, como ha sostenido reiteradamente esta Sala, consiste en la falta de relación entre lo pedido y lo resuelto, relativo a las partes, al objeto, o a la causa; ésta la constituyen los hechos. No se da entonces la incongruencia por las contradicciones resultantes, por ejemplo, entre los hechos probados y no probados y los pronunciamientos; o entre éstos y las apreciaciones de fondo. En tal evento, podría darse a lo sumo, una defectuosa motivación del fallo, lo cual configura cuestión de otra índole, concretamente del recurso de casación por el fondo, por error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, o violación directa de la ley sustantiva. Dicho de otro modo, no hay incongruencia entre las consideraciones de la sentencia y lo resuelto en la parte dispositiva... La sentencia puede otorgar o denegar todo lo pedido, o concederlo sólo en parte, y en ninguno de esos casos hay incongruencia. La hay cuando se otorga o resuelve más de lo pedido o fuera de lo pedido. Según lo expuesto, no acaece el vicio de incongruencia si se dan contradicciones entre los hechos demostrados y las pretensiones de las partes, ni cuando ha existido una errónea valoración de la prueba. Por ello, no son de recibo los agravios formulados al respecto por el recurrente...”*.

3. Cuando el fallo contenga violación de leyes

Esto puede acontecer de diferentes maneras.

- a) Por falta de aplicación de la norma que resulte pertinente frente al supuesto de hecho o situación jurídica que se resuelve.
- b) Por indebida aplicación de la norma.
- c) Por interpretación errónea de la norma que resulte aplicable al caso.

En cualquiera de estos supuestos, debe entenderse que el material probatorio fue apreciado en debida forma, en consecuencia, los hechos probados y no probados están bien elencados y justificados con toda corrección, con lo que el quebranto normativo no acontece de modo indirecto sino directo. Los artículos 596 y 597 del Código Procesal

Civil, establecen como requisito del recurso de casación por razones de fondo directo, la mención de la ley o leyes infringidas y expresar con claridad y precisión en qué consiste la infracción. Esto hace necesario indicar, en el recurso, la norma mal aplicada y la norma dejada de aplicar, “porque generalmente la aplicación indebida apareja la falta de aplicación de otra u otras, porque el juez, en el caso litigado, al hacer obrar un precepto que no corresponde a éste, casi siempre deja de aplicar la que sí lo regula...”

En la sentencia No. 16 de las 15 horas del 1 de febrero de 1995, la Sala explica en detalle el motivo de casación que nos ocupa y su diferencia con la violación indirecta de la ley. Al respecto señaló: *“En cuanto al recurso por el fondo, como el aquí interpuesto, se otorga éste por violaciones de la ley sustantiva. La vulneración legal puede ser directa o indirecta. Es directa, cuando no existe error de índole probatorio. Los hechos están correctamente seleccionados y enunciados en el fallo, pero el Tribunal se equivoca en su calificación jurídica o interpreta mal la ley sustantiva. Es indirecta cuando se produce a través de yerros cometidos al apreciar las pruebas, los cuales pueden ser de hecho o de derecho. Se da el error de hecho cuando el Juzgador incurre en desaciertos materiales al apreciar la prueba, cual sería, verbigracia, endosar a los declarantes afirmaciones no emitidas por ellos o atribuir a un documento un contenido inexistente. El error de derecho estriba en otorgar a las pruebas un valor legalmente indebido, o en negarles el propio. Cuando se alega error de derecho, es necesario indicar las normas infringidas concernientes al valor de los elementos probatorios apreciados erróneamente, y en las dos clases de errores, de hecho o de derecho, es indispensable señalar también las leyes infringidas en cuanto al fondo, como consecuencia de los errores de apreciación reclamados; asimismo, ha de señalarse con igual rigor, cuáles fueron las pruebas mal apreciadas y en qué consisten los yerros cometidos (artículos 595 inciso 3º y 596 del Código Procesal Civil). En concordancia con lo expuesto, la jurisprudencia de esta Sala ha reputado improcedente el recurso cuando se alega error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas sin concretarse en qué consiste el uno y el otro. Dicho en otros términos, la afirmación abstracta del recurrente en torno a la supuesta mala interpretación de la prueba, sin indicar ni demostrar cuáles son esas pruebas y en qué consiste la predicada interpretación indebida, torna inatendible el recurso. Por otra parte, no se incurre en error alguno, según se ha resuelto, cuando los jueces conceden mayor valor a unos elementos de juicio que a otros, si todos son de la misma naturaleza, pues ello constituye el simple*

ejercicio de una facultad discrecional, concedida por la ley en la apreciación probatoria, con arreglo a los principios de la sana crítica (artículo 330 del Código Procesal Civil). Además, ha establecido esta Sala, no es menester citar las normas que dan entrada al recurso, y no interesa aún, la denominación dada a éste por el recurrente, por la forma o por el fondo, pues lo importante es la naturaleza de lo alegado, lo cual corresponde calificar al Tribunal. Bajo esta inteligencia, se han resuelto como de fondo, recursos denominados como de forma y viceversa (ver entre muchas otras, sentencias números 37 de las 15 hrs. del 12 de julio de 1983 y 118 de las 14:25 hrs. del 27 de abril de 1990). Dentro de ese mismo criterio y según el caso, cabe resolver como violación directa cuando se ha planteado como indirecta y viceversa, siempre que para resolver la violación alegada, se haya cumplido con los requisitos prescritos por el artículo 595 inciso 3º del Código Procesal Civil. En todo caso, al interponer el recurso es necesario formular, con claridad y precisión, en qué consiste la violación de normas alegada, pues de lo contrario no puede la Sala conocer el agravio”.

LA DEFENSA DE LA DEFENSA

César Pérez Novaro^(*)

(Recibido 30/04/06; aceptado 28/06/06)

(*) Presidente del Colegio de Abogados del Uruguay.

RESUMEN

Aún quienes han adquirido la idoneidad necesaria para el ejercicio del derecho de defensa, tienen necesidad de ser defendidos frente a limitaciones o presiones ejercidas por los particulares o por el Estado.

Palabras clave: Abogado, debido proceso, defensa, derechos humanos, Poder Ejecutivo.

ABSTRACT

Still who have acquired the necessary suitability for the exercise of the defense right, they have necessity to be protected in front of limitations or pressures exercised by the private persons or for the State.

Key words: Lawyer, due process of law, defense, Human Rights, Executive Branch.

SUMARIO

1. Cumplimiento de fines de interés general
 2. Algunos ejemplos de la defensa del abogado
- Conclusión

INTRODUCCIÓN

Aún quienes han adquirido la idoneidad necesaria para el ejercicio del derecho de defensa, tienen necesidad de ser defendidos frente a limitaciones o presiones ejercidas por los particulares o por el Estado. Otras veces es el legislador o la Administración quienes restringen aspectos esenciales del ejercicio del derecho de defensa, vulnerándolo e impidiéndolo. El defensor necesita que el colectivo o el gremio de los abogados, proteja su pleno ejercicio profesional, el que resulta atacado o menoscabado ilegítima o inconstitucionalmente. Esta es la feliz expresión utilizada por *Luis Marti Mingarro* que gráficamente y en pocas palabras, resume una función de interés público o de interés general que desarrollan estas instituciones profesionales, pues al proteger el ejercicio del derecho de defensa, no sólo se protege a los abogados sino que además se está tutelando a los habitantes que no tienen voz, a los que se hallan ilegítimamente sujetos o sufren alguna clase de persecución o de discriminación.

Constituye una labor inherente a los cometidos de un Colegio de Abogados la defensa del rol del abogado en un Estado de Derecho, como un actor imprescindible para el desarrollo del principio del debido proceso en juicio y también en el procedimiento administrativo protegiendo los intereses y los derechos de justiciables y administrados. Al punto que sin la participación del abogado, puede afirmarse que no existe ni proceso ni procedimiento administrativo jurídicamente válido.

1. CUMPLIMIENTO DE FINES DE INTERÉS GENERAL

En este nivel abstracto de la defensa de la defensa, existen cometidos estatutarios o legales⁽¹⁾ que estas instituciones colectivas deben cumplir que pueden ser calificados de interés general, tal como la colaboración con el Poder Legislativo para el mejor desarrollo técnico de la legislación y la protección de los derechos individuales reconocidos expresa o implícitamente en la Constitución así como su concreta determinación en las normas jurídicas de inferior jerarquía.

(1) Cuando aludimos a los Colegios de Abogados alcanzamos a los que tienen existencia por una norma legal de Derecho Público, y también a aquéllos que formalmente son asociaciones civiles y que sustancialmente son gremios profesionales, sin que el ordenamiento jurídico los reconozca con otra categoría jurídica. En el Uruguay el legislador no ha aprobado leyes que prevean la colegiación legal.

Particular relevancia ostentan los principios del debido proceso y de defensa, así como sus garantías, que son recibidos en la Carta⁽²⁾ y desarrollados con mayor especificación en el Pacto de San José de Costa Rica⁽³⁾ y en otras normas internacionales.⁽⁴⁾

Siendo un tratado tienen el valor y jerarquía de una ley. Sin embargo si el tratado refiere materialmente a Derechos Humanos. En cuanto esos derechos puedan predicarse de todo individuo por igual y en la misma medida, con prescindencia de sus características propias y distintivas del género humano, en cuanto no dependan de lo que el Hombre haya hecho o dejado de hacer, ni de la situación jurídica en que se encuentre, sino de su propia naturaleza humana, esto es, de lo que tiene en común con todos los hombres, será inherente a la personalidad humana,⁽⁵⁾ y en el Uruguay, adquiere recepción constitucional.⁽⁶⁾

-
- (2) Constitución de la República Oriental del Uruguay, artículos 12, 66, 72 y 332.
- (3) El Pacto de San José de Costa Rica fue aprobado en el Uruguay por el artículo 15 de la ley 15.737 de 8 de marzo de 1985 denominada simbólicamente “Ley de Amnistía” de los delitos políticos y nos referimos al artículo 8.
- (4) Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14 Nº 1. El Pacto de San José de Costa Rica presenta importantes avances respecto de las otras normas internacionales, pues requiere la adopción de una resolución dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley y sus garantías se extienden no sólo al campo penal o sancionatorio sino también a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Más ampliamente, véase Enrique Vescovi, Margarita de Hegedus Sanz, Selva Anabella Klett Fernández, Raquel Landeira López, Luis María Simón y Santiago Pereira Campos (1993) Código General del Proceso, comentado, anotado y concordado, t. 1 p. 90.
- (5) Juan Pablo Cajarville Peluffo (1996) Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya, en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real, p. 157.
- (6) Constitución de la República, artículo 72 cuyo texto es el siguiente: “La enumeración de derechos y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

El perfeccionamiento del tratado comprueba la convicción socialmente dominante en el ámbito nacional e internacional sobre la existencia de los derechos en él reconocidos. Esto implica una ineludible consecuencia jurídica que impedirá que una futura ley nacional lo desconozca y para el caso de que lo hiciera, significaría que ésta será inconstitucional.

Va de suyo que estos principios que además de su reconocimiento constitucional y de su internación en la legislación nacional, tienen trascendente aplicación tanto en el proceso judicial⁽⁷⁾ como en el procedimiento administrativo.⁽⁸⁾

Desde su fundación hace 76 años, el Colegio de Abogados del Uruguay ha constituido un ámbito activo para el nacimiento y el desarrollo de determinadas reformas legales.

Por ejemplo determinados proyectos de ley fueron concebidos y creados en el Colegio de Abogados. Esto se verifica con una importante norma que estableció trascendentes modificaciones en materia procesal⁽⁹⁾ durante la década de los 60. Similar consideración merecen otras normas procesales que facilitaron el acceso de la parte al proceso jurisdiccional, previendo formas de representación procesal ágiles y seguras sin la instrumentación de un poder.⁽¹⁰⁾ En otros casos, el énfasis se ha puesto en los aspectos garantistas de este acceso, exigiendo la firma letrada obligatoria en juicio y en la tramitación de los recursos

(7) Código General del Proceso, artículo 4.

(8) Decreto 500/1991 artículos 2 literal i); 76 y 216. Resulta particularmente significativa la jurisprudencia firme del Tribunal de lo Contencioso Administrativo que al constatar la falta del otorgamiento de una oportunidad de defensa al administrativo en forma previa al dictado de un acto administrativo sea éste una sanción o simplemente un perjuicio que la Administración debe suponer el acto ocasiona al administrado. En estos casos, el Tribunal anula el acto administrativo impugnando por razones de rito, para no prejuzgar sobre el fondo, considerando que esta omisión vicia el procedimiento que culmina con el dictado del acto y afecta la su motivación y su ajuste a derecho.

(9) Ley 13.355 de 17 de agosto de 1965 denominada ley de abreviación de juicios.

(10) Decreto Ley 15.284 de 1 de junio de 1982.

administrativos contra los actos administrativos⁽¹¹⁾ o requiriendo que la parte sea asistida de abogado desde el comienzo hasta su culminación, en todo procedimiento de conciliación en sede judicial o administrativa, mediación o arbitraje.⁽¹²⁾

Otras veces las iniciativas proyectadas en el Colegio por prestigiosos especialistas no han sido aprobadas por el legislador, tal como ha ocurrido con el Estatuto de la Abogacía o con una profunda reforma a la estructura del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, máximo órgano jurisdiccional que controla la legalidad de los actos administrativos.

Durante la aprobación de ciertas leyes, el Colegio de Abogados del Uruguay ha debido defender principios e instrumentos esenciales para el ejercicio del derecho de defensa, como el secreto profesional. Esto ocurrió recientemente durante la aprobación de una ley contra el lavado de dinero. En este caso, el proyecto elaborado por el Poder Ejecutivo, vulneraba el secreto profesional de los abogados. La movilización activa del Colegio en el Parlamento como ante la opinión pública impidió que se recortara esta imprescindible garantía del principio de defensa.

También el año pasado, el Colegio de Abogados del Uruguay se opuso a que los abogados fueron obligados a proporcionar datos con relevancia fiscal relacionados con el comportamiento tributario de nuestros clientes a la Dirección General Impositiva.

El Colegio de Abogados del Uruguay fue al Parlamento defendiendo la vigencia del secreto profesional y su oponibilidad frente al Fisco. Se mantuvo una fuerte polémica con el Director de dicha dependencia estatal frente a la opinión pública denunciando que se vulneraban principios generales como el del debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho a no auto-incriminarse por parte de nuestros clientes que se hallan reconocidos por el Pacto de San José de Costa Rica⁽¹³⁾ así como la vigencia del secreto profesional.

(11) Ley 12.804 artículo 115, luego ratificado por el artículo 37.1 del Código General del Proceso.

(12) Ley 16.995 de 26 de agosto de 1998, artículo 2º. Más ampliamente, véase editorial ¿Una Justicia sin abogados? en Tribuna del Abogado Nº 102, p. 3.

(13) Pacto de San José de Costa Rica, artículo 8.

2. ALGUNOS EJEMPLOS DE LA DEFENSA DEL ABOGADO

Muchos son los ejemplos donde el Colegio ha tenido que salir en defensa del abogado perseguido injustamente. Como se trata de situaciones de hecho, nos limitaremos a referir algunos ejemplos que consideramos plenamente ilustrativos de los conflictos que sufrido los abogados uruguayos que merecieron la atención del Colegio.

Eduardo J. Couture, quien fue Presidente del Colegio de Abogados del Uruguay, fue un abanderado de la defensa de la defensa en diversas ocasiones durante su fecunda vida. En 1939 recibió una carta del profesor alemán *James Goldschmidt* por la que le anunciaba que su residencia en Inglaterra vencía en dos meses. Ya había comenzado la Segunda Guerra Mundial. Si no conseguía un país donde vivir, *Goldschmidt* corría el peligro de ser deportado a la Alemania nazi. *Couture* realiza las gestiones para su traslado al Uruguay, donde llega luego de un peligroso viaje en barco a través de un Océano Atlántico sembrado de submarinos alemanes, lo que le obligó a permanecer con su salvavidas puesto durante todo el viaje. Llega a Montevideo, *Couture* lo invita a dar clases en la Facultad de Derecho. Da dos magníficas clases y cuando estaba preparando su tercer clase, cae fulminado sobre sus papeles.⁽¹⁴⁾

No es el único ejemplo. Similar protección brindó *Couture* a *Pisani*, Decano de la Facultad de Derecho de Venezuela que llegó al Uruguay escapando de la persecución de la dictadura de Pérez Jiménez; al penalista español *Jiménez de Asúa*, perseguido por el régimen franquista, a quien ayudó a conectarse con profesores argentinos, pasando por Montevideo, de paso hacia Buenos Aires donde residió y enseñó Derecho Penal; a los profesores italianos *Renato Trebe y Liptman*; al profesor Schnabel, a quien llevó a trabajar en su propio estudio en Montevideo.

Más cerca en el tiempo, hay otros ejemplos de abogados que han recibido el apoyo en momentos difíciles del Colegio o han sido protegidos por esta institución, especialmente durante los años de dictadura militar. Abogados dependientes del Ministerio del Interior fueron arrestados por emitir dictámenes técnicos que no eran del agrado de los jefes.

(14) Más ampliamente, Eduardo J. Couture, 2002, Homenaje a Eduardo J. Couture y James Goldschmidt, Montevideo, p. 11; y en Tribuna del Abogado N° 117 p. 4.

Cumplían el arresto en el Cuartel de Bomberos luego de prestar las funciones propias de su cargo en el referido Ministerio. Las gestiones del Colegio permitieron el levantamiento de tan grave sanción administrativa.

En esa misma época oscura, la Justicia Militar inhabilitó a dos abogados con 10 años como pena accesoria a un proceso de carácter político. La Corte de Justicia⁽¹⁵⁾ comunicó dicha inhabilitación la que fue dejada en suspenso por las gestiones del Colegio.

También en esa misma época, el Colegio fue obligado a respaldar a dos abogados de la Administración, que renunciaron a sus cargos porque sus jerarcas vulneraron su independencia técnica para dictaminar de acuerdo a derecho.

Luego de recuperado la regularidad democrática, el Colegio y la Asociación de Escribanos del Uruguay tuvo que defender a dos abogados que fueron retirados de su escalafón profesional en la Dirección Nacional de Aduanas y transferidos al escalafón operativo.

El Colegio denunció ante la Justicia Penal a un colega porque no ejercía la profesión de abogado sin título y a un productor agropecuario en el Departamento de Artigas, porque en un remate manifestó conceptos agraviantes para los abogados.

Un colega dependiente de una liga de propietarios de inmuebles urbanos, denunció al Colegio de Abogados del Uruguay, haber sido filmado y grabado clandestinamente mientras atendía a sus clientes en el local de la empleadora. El Colegio efectuó de inmediato la denuncia penal. El juez penal en el mismo día realizó el allanamiento del local, donde se comprobaron fehacientemente los extremos denunciados.

En otra ocasión, un colega que defendía a un banco cuyos empleados se hallaban en conflicto, denunció que el sindicato de los empleados bancarios lo había vetado como representante de la patronal. La mediación del Presidente del Colegio de Abogados del Uruguay bastó para que se revisara dicha arbitraria medida.

(15) El régimen militar había cambiado el nombre de nuestro máximo tribunal. Eliminó el adjetivo de Suprema, que recuperó luego de la reinstauración democrática.

No es infrecuente que los colegas denuncien que enfrentan problemas de reraconamiento con los jueces durante el desarrollo de una audiencia judicial.. En esos casos un veedor del Colegio de Abogados concurre a la audiencia cumpliendo e una finalidad preventiva.

CONCLUSIÓN

Ha sido un rosario de situaciones donde la defensa de la defensa ha tenido eficacia. Serán agresiones que pueden considerarse más o menos graves, pero el Colegio de Abogados desde 1981 ha mantenida una misma actitud activa en defensa del abogado como tal y como persona humana injustamente perseguida.

**EL CAMBIO CUALITATIVO EN EL EJERCICIO
PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA:
“CIJUL EN LÍNEA”**

Licda. Iliana Arce Umaña^(*)
Profesora Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

(Recibido 30/04/06; aceptado 28/06/06)

RESUMEN

El Centro Jurídico de Información en línea permite el acceso a información jurídica nacional e internacional en todas las ramas del Derecho.

Palabras clave: Derecho, informática, información, internet.

ABSTRACT

The Juridical Center of on-line Information allows the access to national and international in all the branches of the Right.

Key words: Law, informatics, information, internet.

SUMARIO

Introducción

1. La misión
2. La visión
3. El acceso al CIJUL en línea
4. Los tipos de información a las que los abogados tienen acceso en el CIJUL en línea
5. Las herramientas para realizar búsquedas en las bases de datos internas y fuentes externas de información
6. El servicio de investigación
7. Los resultados del año 2005

Conclusión

INTRODUCCIÓN

Con motivo de la conmemoración de los ciento veinticinco años de fundación del Colegio de Abogados de Costa Rica, se hace necesario reflexionar sobre la Creación del Centro Jurídico de Información en línea, “CIJUL en línea”. Toda vez que el Centro está colaborando sustancialmente en el mejoramiento de la calidad del ejercicio profesional.

Posiblemente los Colegas que participaron en la fundación del Colegio en 1881, no soñaron que 125 años después, el mismo Colegio les permitiría que desde sus propios Despachos, o de cualquier lugar del país, tener acceso a información jurídica relevante, para fundamentar sus tesis jurídicas plasmadas en los distintos documentos. Y que esto iba a ser posible por ser agremiado y agremiada. Quizás si lo hubieran visionado, hoy estaríamos celebrando más centurias.

El Colegio de Abogados de Costa Rica ocupa en la sociedad costarricense un lugar privilegiado. Es faro de luz para la toma de decisiones trascendentales del país. A la vez los abogados y abogadas que ejercen el derecho en las distintas áreas del quehacer son partícipes de ese proceso: en el ejercicio liberal de la profesión, de la Magistratura, de la investigación, la academia, la función pública y cualquier otra. Para realizar una válida y oportuna gestión en las distintas trincheras donde aplican el Derecho, se amerita que se encuentren actualizados en: la normativa jurídica vigente, la doctrina y la jurisprudencia entre otros.

La responsabilidad de que se brinden servicios de calidad en la abogacía es compartida por el Colegio. No sólo por su deber de fiscalización sino que también por el necesario apoyo que se debe dar a sus afiliados. De ahí que existe una preocupación constante por la formación y actualización profesional.

De estudios preliminares que se realizaron, se determinó que los abogados y abogadas que laboran en zonas fuera del Área Metropolitana, tenían dificultades para acceder a información jurídica de calidad. Por otro, los sistemas de información jurídica disponibles se encontraban disgregados en distintas bases, lo que provocaba confusión y pérdida de tiempo en las consultas.

Desde el año 2004 las Juntas Directivas del Colegio, preocupadas por el poco y lento acceso a la información jurídica que tenían sus Miembros, optó por la creación de un Centro Jurídico de Información

en línea, que permitiera el acceso amigable e irrestricto a todos y todas, a través de una sola vía, superando las barreras geográficas de ubicación de sus Agremiados y Agremiadas, la dispersión de bases de datos jurídicas y la atención despersonalizada. Todo esto fue posible al amparo del Convenio marco existente entre el Colegio y la Universidad de Costa Rica. Gracias a la participación activa y estratégica de la Facultad de Derecho que puso a nuestra disposición todo el acervo bibliográfico de la Biblioteca de Derecho, estimada en más de sesenta mil volúmenes, sus instalaciones y base de datos.

Y a la aprobación de la creación del Centro por parte de la Asamblea General del Colegio, en noviembre del 2004, destinando los fondos necesarios para hacer realidad el Proyecto.

En la formulación inicial y operatividad del proyecto de creación del Centro, trabajó con ilusión y esmero un equipo interinstitucional integrado por los Licenciados Gilberto Corella, Iván Salas, Dr. Rafael González Ballar, Licda Anahí Fajardo, Licda Alcira Cascante y la suscrita como Coordinadora. En la fase de ejecución también participaron el Ing. Cristian Leandro, el Lic Esteban Ocampo y el Lic José Luis Meneses. En algunas cuestiones puntuales nos brindaron asesoría las Colegas Marta Esquivel, Rocío Cerdas y Alejandra Castro, entre otros.

El Proyecto a su vez fue registrado y supervisado por la Vicerrectoría de Acción Social de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados. Contratándose al Ingeniero Víctor Garro para el desarrollo del software. Después de varios meses, fue inaugurado el Centro Jurídico de Información en línea (CIJUL en línea) el 14 de julio del 2005 con la participación de: la Dra. Yamileth González Rectora de la Universidad de Costa Rica, el Dr. Rafael González Ballar Decano de la Facultad de Derecho, el Lic Gilberto Corella Presidente del Colegio, Miembros de Junta Directiva, Autoridades Universitarias y distinguidos Abogados y Abogadas.

Hoy en día el Cijul en línea permite el acceso a información jurídica nacional e internacional en todas las ramas del derecho, en forma confiable, expedita y oportuna. Consecuentemente el ejercicio del Derecho se facilita al tener acceso directo a las fuentes y la prestación de los servicios de abogacía se mejoran sustancialmente, siendo más eficientes y eficaces.

Dice el adagio que quien tiene la información tiene el poder. Los abogados y abogadas con información actualizada podrán argumentar,

fundamentar y resolver en debida forma los asuntos sometidos a su conocimiento, indistintamente del rol que ejerzan. Así mismo deben tener acceso a información válida y actualizada sobre los temas jurídicos que le interesan. La carencia o desactualización de la misma provocaría disfunciones en el ejercicio de la profesión.

Un abogado o abogada que enfrenta vacíos y lagunas de información sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, conlleva el incumplimiento de sus deberes profesionales y éticos. Socavaría el Principio ético de obra según ciencia y conciencia. Afectando con su actuación posiblemente la esfera jurídica de terceros, su libertad y su patrimonio. Aparejado a la afectación de su prestigio profesional, al Gremio y a la Justicia.

Los medios tecnológicos de procesamiento, transmisión y comunicación de datos e informaciones se hacen indispensables en este mundo globalizado, donde la Internet ha permitido crear puentes por todo el mundo, uniendo a millares de personas, que sin distinción de países e idiomas posibilitan el acceso a toda clase de información.

Ese principio de comunicación e integración fue retomado por el Colegio de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, a través de CIJUL en línea. Con el afán de que los abogados y abogadas de todas las regiones del país, con acceso a Internet y con mediana pericia en el manejo computacional, pudieran utilizar esta mega base. Incluso para aquellos y aquellas colegas que tuvieran alguna dificultad tecnológica, se ideó la atención personalizada. Garantizando el libre acceso en igualdad de condiciones. Aspectos que se encuentran incluidos en la reglamentación del Centro.

Por otra parte, el CIJUL en línea utiliza no sólo es un software amigable que facilita el acceso directo a la consulta, sino que contiene un instructivo orientador para el ingreso y utilización de los servicios. Amén del desarrollo de un programa de capacitación para los abogados y abogadas que requieran este apoyo.

La difusión además en la red, de las propias investigaciones elaboradas por el personal del Centro, en atención a trabajos específicos desarrollados sobre distintos tópicos de las ramas del Derecho, habla por sí solas de las bondades del servicio y de los beneficios para los y las agremiadas.

La disponibilidad de las informaciones jurídicas para fines didácticos, se encuentran también debidamente reguladas en el CIJUL en línea, tomando en cuenta las regulaciones normativas y el necesario equilibrio de libertades y derechos de información.

La oficina del Centro se encuentra ubicada en la Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, cuarto piso. Y es atendida por personal del Colegio de Abogados.

1. LA MISIÓN

Ofrecer un servicio especializado de información jurídica a los abogados y abogadas adscritos al Colegio, para la evacuación de consultas derivadas del ejercicio profesional y de la investigación; fortaleciendo el derecho y la justicia.

2. LA VISIÓN

Posicionar el Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL), como el servicio de información jurídica más importante del país, para los agremiados y agremiadas del Colegio de Abogados de Costa Rica.

3. EL ACCESO AL CIJUL EN LÍNEA

Para tener acceso al CIJUL EN LÍNEA es necesario contar con una cuenta de correo electrónico en el Colegio de Abogados. El nombre de usuario y la clave de dicha cuenta se utilizan para ingresar al CIJUL EN LÍNEA.

4. LOS TIPOS DE INFORMACIÓN A LAS QUE LOS ABOGADOS TIENEN ACCESO EN EL CIJUL EN LÍNEA

El CIJUL EN LÍNEA ofrece a los agremiados y agremiadas el acceso a las siguientes bases de datos:

- **SIBDI OPAC (ONLINE PUBLIC ACCESS CATALOG)**
SISTEMA DE BIBLIOTECAS DOCUMENTACIÓN E
INFORMACIÓN DE LA UCR

- **CRIJA** (CATÁLOGO REFERENCIAL DE INFORMACIÓN JURÍDICA PARA ABOGADOS)
BIBLIOTECA DEL COLEGIO DE ABOGADOS
 - **CIJUL**
CENTRO DE INFORMACIÓN JURÍDICA EN LÍNEA
 - **DJN** (DOCTRINA JURÍDICA NACIONAL)
BIBLIOTECA DE LA FACULTAD DE DERECHO
 - **SIDOJU** (SISTEMA DE DOCTRINA JURÍDICA)
UNIDAD DE INFORMÁTICA JURÍDICA DE LA UCR
5. **LAS HERRAMIENTAS PARA REALIZAR BÚSQUEDAS EN LAS BASES DE DATOS INTERNAS Y FUENTES EXTERNAS DE INFORMACIÓN**

a. **HERRAMIENTAS DE BÚSQUEDA INTERNA**

i. **MECANISMO DE BÚSQUEDA BOOLEANO**

Sirve para definir los criterios con los que se va a localizar las palabras digitadas en el motor de búsqueda, estos son:

Todas las palabras: localiza las palabras digitadas sin importar si las mismas aparecen juntas o separadas, sin un orden definido, pero siempre aparecerán todas las palabras digitadas.

Frase completa: localiza las palabras en el orden estricto en que fueron digitadas. Implica menos resultados pero más exactos.

Al menos una palabra: localiza al menos una de las palabras digitadas en el espacio de búsqueda, lo que implica que dará más resultados que las opciones anteriores.

ii. **BÚSQUEDA NORMAL**

Es el método más sencillo, porque solo es necesario digitar la palabra o frase, elige el tipo de búsqueda y da clic en el botón “Buscar”.

iii. BÚSQUEDA PERSONALIZADA

Este sistema de búsqueda presenta las opciones del motor de búsqueda booleano y adicionalmente una serie de filtros que permite elegir el tipo de material, la base de datos y si lo que se desea es buscar por nombre de autor, título de la obra o contenido.

iv. BÚSQUEDA AVANZADA

Aquí se brindan las posibilidades de búsqueda que tiene el sistema normal y el personalizado, excepto por el motor de búsqueda booleano cuyas opciones no son excluyentes. Además permite excluir alguna palabra de modo que el sistema no presente temas que el usuario no desea revisar.

b. FUENTES EXTERNAS

i. SITIOS DE INTERÉS

Esta es una lista de links a sitios Web jurídicos, actualmente existen 330 sitios de interés agrupados en 23 categorías entre las que se incluyen las siguientes:

- BIBLIOTECAS
- BIBLIOTECAS JURÍDICAS VIRTUALES
- DERECHO CANÓNICO
- DERECHO CIVIL
- DERECHO COMERCIAL
- DERECHO CONSTITUCIONAL
- DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL
- DERECHO ECOLÓGICO Y AMBIENTAL
- DERECHO INFORMÁTICO
- DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
- DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
- DERECHO LABORAL
- DERECHO PENAL
- DERECHO PROCESAL
- DERECHOS HUMANOS
- FILOSOFÍA DEL DERECHO
- INSTITUCIONES AUTÓNOMAS DE COSTA RICA

- JURISPRUDENCIA
- MINISTERIOS DEL GOBIERNO DE COSTA RICA
- PÁGINAS OFICIALES DE GOBIERNOS
- REVISTAS ELECTRÓNICAS
- SERVICIOS DE BÚSQUEDA JURÍDICA
- UNIVERSIDADES Y FACULTADES DE DERECHO EXTRANJERAS

ii. BÚSQUEDA EXTERNA

Este recurso le facilita al usuario el ingreso a los sistemas de búsqueda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Sistema Costarricense de Información Jurídica, el Sistema Nacional de Legislación Vigente, la Asamblea Legislativa, Google y la de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

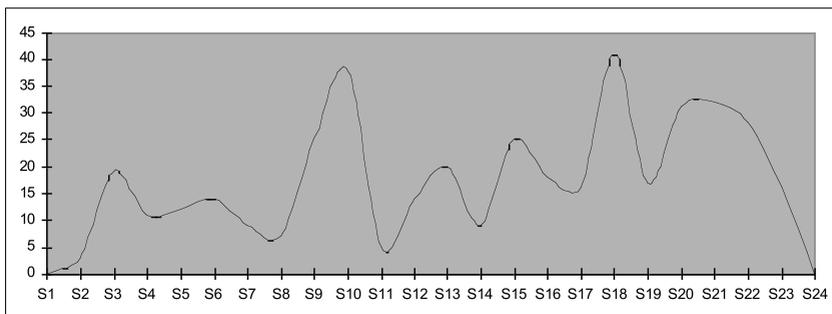
6. EL SERVICIO DE INVESTIGACIÓN

Este servicio es un proceso en el que los usuarios seleccionan los libros en las bases de datos. Una vez seleccionado el material doctrinal, se envía la solicitud y los funcionarios del CIJUL en línea realizan un informe de investigación el cual es básicamente una recopilación de citas que a elección del usuario pueden ser de doctrina, normativa jurídica y jurisprudencia.

En los inicios de operación del Centro que arrancó el 11 de julio del 2005, apreciamos los siguientes resultados:

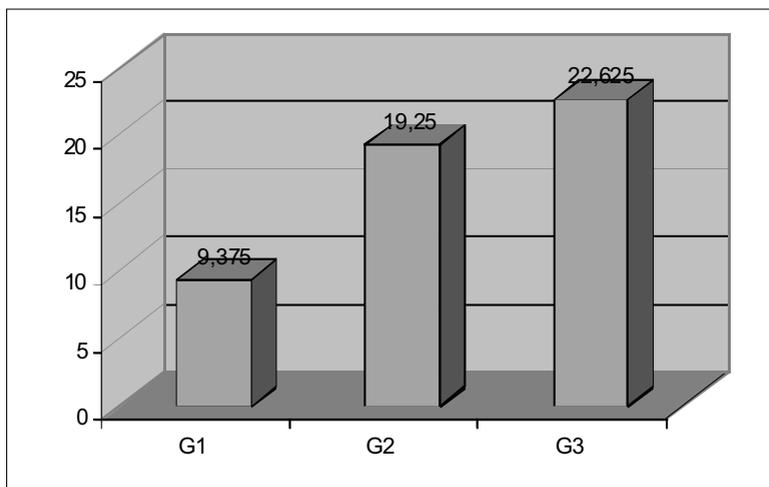
7. LOS RESULTADOS DEL AÑO 2005

CANTIDAD DE CONSULTAS INGRESADAS Y EVACUADAS SEMANALMENTE DESDE EL 11 DE JULIO AL 23 DE DICIEMBRE



8. LOS RESULTADOS EN LO QUE VA DEL AÑO 2006

PROMEDIO DE CRECIMIENTO SEMANAL E ÍNDICE DE CRECIMIENTO DEL 11 DE JULIO AL 23 DE DICIEMBRE



G1: de 11 de julio al 3 de septiembre

G2: de 4 de septiembre al 29 de octubre

G3: de 30 de octubre al 23 de diciembre

El índice de crecimiento se obtiene dividiendo un grupo con el anterior de modo que nos indica cuánto creció el grupo posterior respecto al anterior.

Ej. $G2 / G1 \times 100 =$ índice de crecimiento.

ÍNDICE DE CRECIMIENTO DE G2: 205%

ÍNDICE DE CRECIMIENTO DE G3: 117%

Hoy en día el CIJUL en línea con el apoyo de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica continúa consolidándose. El personal del Centro bajo la Dirección del Lic Roberto González y la Comisión Interinstitucional elaboran nuevas propuestas para su fortaleciendo y consolidación.

Por todo ello y sin temor a equivocarnos, consideramos que: “CIJUL en línea” es el cambio cualitativo más importante en el ejercicio profesional del Derecho en Costa Rica, auspiciado por el Colegio durante su existencia en los 125 años.

¡Enhorabuena Colegas!

TENDENCIAS DE LA JUSTICIA ELECTORAL LATINOAMERICANA Y SUS DESAFÍOS DEMOCRÁTICOS

Dr. Luis Antonio Sobrado Gonzalez^(*)

(Recibido 30/04/06; aceptado 28/06/06)

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

Tel. 257-0564
E-mail: lsobrado@tse.go.cr.

RESUMEN

En todos los países de América Latina se encuentra establecida una justicia electoral, cuya vigencia es por demás requisito indispensable para la democrática convivencia.

Palabras clave: Democracia, sufragio, gobiernos, justicia, Latinoamérica, jueces, política.

ABSTRACT

In all countries of Latin America it is established and electoral justice whose validity is excessively indispensable requirement for the democratic coexistence.

Key words: Democracy, suffrage, governments, justice, Latin America, judges, politics.

SUMARIO

- I. Introducción: Democracia y justicia electoral
- II. La justicia electoral en América Latina: algunos elementos descriptivos
- III. Rutas hacia la consolidación de la justicia electoral latinoamericana
 - 1. Independencia y profesionalismo del juez electoral
 - 2. El adecuado posicionamiento institucional de la jurisdicción electoral
 - 3. Expansión de la justicia electoral
- IV. El recurso de amparo electoral en Costa Rica

Conclusión

Bibliografía citada

I. INTRODUCCIÓN: DEMOCRACIA Y JUSTICIA ELECTORAL

En la democracia representativa, no obstante que la soberanía reside en el pueblo o en la nación, su voluntad se expresa a través de leyes elaboradas por sus representantes, cuyo acatamiento valida el ejercicio de las funciones jurisdiccional y administrativa. Los ciudadanos, a través del sufragio, delegan en el cuerpo parlamentario el ejercicio de esa potestad legislativa, sin perjuicio de algunas modalidades de participación popular directa en tal actividad (referendo e iniciativa popular en la formación de la ley), de importancia creciente en el mundo contemporáneo, en donde se reivindican bajo la ideología de la “democracia participativa”.

Para asegurar el carácter representativo de los gobernantes, en América Latina se declaran de elección popular a los presidentes de esas repúblicas, así como a los integrantes del órgano parlamentario y de los gobiernos locales. Con el mismo propósito los gobernantes están sometidos, en todos los casos, a mandatos limitados en el tiempo, por lo que el gobierno democrático es, por antonomasia, “alternativo”. Al respecto cabe recordar que, en el marco del Estado democrático, la autoridad gubernamental sufre necesariamente una triple limitación: material (respeto a la Constitución y vigencia de los derechos fundamentales), funcional (división de poderes) y temporal; esto último, puesto que es inherente a la Constitución la renovación periódica de los titulares de dicha autoridad.⁽¹⁾

Es decir, en los regímenes democráticos se asegura la autoridad superior del pueblo o la nación dándole a los ciudadanos participación en el ejercicio del poder, en forma indirecta (eligiendo representantes gubernamentales) y eventualmente directa (a través del referendo, por ejemplo). El sufragio, concebido como derecho fundamental desde los albores del constitucionalismo, es el instrumento fundamental para vehicular esa participación, tanto en votaciones de carácter electivo como consultivo. Las funciones del sufragio, entonces, son la de *posibilitar la representación* (con la mediación de los partidos políticos, a efectos de organizar y racionalizar esa participación popular), *producir gobiernos* (que no sólo supone darle el mando social a la mayoría electoral sino también intervención parlamentaria a las minorías) y *dotar de legitimación al Estado*,⁽²⁾ lo que en algunos casos se refuerza a través de las consultas populares.

(1) Aragón Reyes, 1998: 101.

(2) Aragón Reyes, 1998: 100-103.

El sufragio es un derecho que los individuos ejercitan en el marco de procesos electorales. Éstos provocan conflictos de particular y variada intensidad y de singular trascendencia política, puesto que está de por medio la transición democrática del gobierno, lo cual no sólo comporta nuevos titulares sino, eventualmente, diversas visiones del mundo y de los problemas nacionales que, a la postre, generarán balances diferentes de los intereses sociales en juego. De ahí la importancia de que esos procesos se celebren en condiciones que aseguren el pleno respeto a la voluntad popular, expresada en elecciones libres, justas, transparentes, pluralistas y apegadas a la ley.

Precisamente la justicia electoral existe como instrumento para canalizar institucional y civilizadamente esa conflictividad político-electoral y como garantía de que los procesos electorales tengan esas características, de suerte que ofrezcan credibilidad y confianza suficientes a la ciudadanía. La justicia electoral reúne "...los diversos medios jurídico-técnicos de impugnación o control (juicios, recursos o reclamaciones) de los actos y procedimientos electorales, ya sea que se sustancien ante un órgano de naturaleza administrativa, jurisdiccional o política, para garantizar la regularidad de las elecciones y que las mismas se ajusten a derecho, corrigiendo casuales errores o infracciones a la normativa electoral..., contribuyendo a asegurar la legalidad, certeza, objetividad, imparcialidad, autenticidad, transparencia y justicia de los actos y procedimientos electorales".⁽³⁾

Desde la perspectiva de los actores de los procesos electorales, la existencia de una justicia electoral idónea para resolver jurídicamente los conflictos que de ellos deriven, es indispensable para amparar su derecho general a la justicia o de tutela judicial efectiva. Pero también lo es si atendemos a que, en dichas controversias, está de por medio el sufragio y la participación política como derechos fundamentales contemplados en el ordenamiento constitucional de todos los países latinoamericanos, lo mismo que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por esto último, cobra vigencia lo estipulado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que le reconoce a toda persona el derecho "...a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente

(3) Orozco Henríquez, 1998: 709.

Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...".⁽⁴⁾

A modo de corolario podemos, por tanto, afirmar que democracia y justicia electoral han llegado a ser conceptos indisolubles: la segunda es pieza primordial de la arquitectura de la primera, puesto que da credibilidad a los procesos electorales; asimismo, la vigencia de una justicia electoral efectiva es también condición necesaria para garantizar el debido respeto de los derechos fundamentales de las personas en el ámbito político, condición *sine qua non* de toda convivencia democrática.

II. LA JUSTICIA ELECTORAL EN AMÉRICA LATINA: ALGUNOS ELEMENTOS DESCRIPTIVOS

Son particularmente agudos y exhaustivos los diversos escritos de Orozco Henríquez que, en una perspectiva comparativa, analizan la justicia electoral en Latinoamérica. Lo que de seguido se expone se basa en la sistematización que propone ese autor.

En primer lugar, resulta ilustrativa la tipología que se sugiere sobre los sistemas de justicia electoral que imperan en Europa y América, atendiendo al órgano encargado de decidir en última instancia sobre los conflictos electorales. Así, cabe distinguir los siguientes: 1) *tradicional o clásico*, que se trata de un contencioso electoral de carácter político por ser una asamblea de esa naturaleza el órgano que dirime ese tipo de controversias; 2) *austriaco*, en donde esa función es propia de los tribunales, cortes o salas constitucionales; 3) *inglés*, que se caracteriza por ser atribuido a órganos judiciales ordinarios el conocimiento de tales asuntos; y 4) *latinoamericano*, particularizado por la creación de órganos jurisdiccionales o administrativos especializados en materia electoral (tribunales, cortes, jurados, juntas o concejos), que se encargan de administrar la justicia electoral desde la estructura de los poderes judiciales o con autonomía de ellos pero con garantías de independencia e imparcialidad similares a las propias de los órganos judiciales. Este último modelo puede considerarse "...como una de las aportaciones más significativas de la región a la ciencia política y al

(4) Tal regla también está contenida en el párrafo 3.º del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

derecho electoral, al haberse constituido en un factor importante para los recientes procesos de redemocratización y consolidación democrática en América Latina, así como a la vigencia del Estado de derecho y a la consiguiente solución de los conflictos electorales por vías institucionales”.⁽⁵⁾

Este modelo particular de América Latina ha sido el resultado de un largo proceso de despolitización de la justicia electoral y, según la feliz expresión de Fix-Zamudio, de “judicialización” de los conflictos electorales.⁽⁶⁾ Éste da respuesta “...a la necesidad de salvaguardar la naturaleza jurisdiccional de la función de juzgar las elecciones (extrayéndola de la competencia de asambleas políticas), sin exponer al respectivo Poder Judicial o, al menos, a su respectiva Corte Suprema de Justicia a los recurrentes cuestionamientos y acechanzas político-partidistas”.⁽⁷⁾

Orozco Henríquez nos ofrece el siguiente balance actual sobre el particular:

- a) “De los dieciocho países analizados, uno establece un *contencioso electoral administrativo* (ante un órgano electoral autónomo de naturaleza propiamente administrativa); diez establecen un *contencioso electoral jurisdiccional* (tres de los cuales exclusivamente ante tribunales electorales autónomos, mientras que

(5) Orozco Henríquez, 2001: 47.

(6) “Tradicionalmente la solución de los conflictos electorales se encomendaba a organismos de naturaleza política, pero en los últimos años se ha iniciado la tendencia de atribuir el conocimiento y decisión de estas controversias de claro contenido político pero con regulación jurídica, a órganos autónomos de carácter administrativo, a tribunales ordinarios o a órganos jurisdiccionales especializados, con predominio de estos últimos en los años más recientes. Por sólo proporcionar algunos ejemplos latinoamericanos, se puede destacar el modelo judicial encomendado a tribunales ordinarios pero especializados establecido por el ordenamiento brasileño a partir de la Carta Federal de 1934 (con exclusión de la Constitución autoritaria de 1937), ordenamiento en el cual se introdujo y todavía regula una verdadera jurisdicción electoral integrada por jueces y tribunales especializados para conocer y decidir los conflictos surgidos en los procedimientos electorales” (Fix-Zamudio, 2001: 34).

(7) Orozco Henríquez, 1998: 801.

los otros siete ante tribunales electorales autónomos o pertenecientes al poder judicial y ulteriormente ante la jurisdicción constitucional), en tanto que los siete restantes establecen un *contencioso electoral mixto*, ya sea que seis de ellos prevén un contencioso electoral administrativo y jurisdiccional (esto es, ante un órgano electoral autónomo de carácter administrativo, cuyas resoluciones pueden impugnarse ante un tribunal electoral autónomo, un tribunal electoral que forma parte del poder judicial, o bien, ante la jurisdicción contenciosa administrativa), a la vez que el otro contempla un contencioso electoral administrativo y/o jurisdiccional y/o político...”.

- b) “...los dieciocho países analizados contemplan órganos electorales especializados: nueve de ellos prevén órganos electorales autónomos de naturaleza administrativa, de los cuales *un país contempla exclusivamente un órgano electoral administrativo* (Nicaragua), en tanto que los otros ocho lo hacen en combinación con algún órgano jurisdiccional (Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México, Perú, República Dominicana y Venezuela), en el entendido de que mientras siete de esos nueve órganos administrativos tienen carácter permanente, los otros dos son temporales... (Argentina y Brasil); por su parte, *diecisiete países prevén órganos jurisdiccionales* como parte de su contencioso electoral, once de ellos son tribunales electorales autónomos (Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Perú, República Dominicana y Uruguay), otros cinco son tribunales electorales especializados que forman parte del poder judicial (Argentina, Brasil, México, Paraguay y Venezuela) y el restante contempla a un órgano de la correspondiente jurisdicción contencioso administrativa que conoce en última instancia de impugnaciones contra resoluciones del órgano electoral autónomo de naturaleza administrativa (Colombia)”.
- c) “Asimismo, de los referidos dieciocho países, nueve contemplan un sistema contencioso electoral en que las decisiones de los respectivos órganos electorales autónomos o pertenecientes al poder judicial (ya sean de naturaleza administrativa y/o jurisdiccional) son definitivas e inatacables (Costa Rica, Chile, Ecuador, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Venezuela y Uruguay), en tanto que los otros nueve prevén la posibilidad de que las correspondientes decisiones de tales órganos sean susceptibles de impugnación por razones de constitucionalidad

y/o legalidad ante el órgano judicial supremo (Argentina, en todos los casos salvo los relativos a los resultados de las elecciones legislativas y presidenciales; Brasil, El Salvador, Honduras, Panamá y Paraguay), un órgano de lo contencioso administrativo (Colombia) y/o un tribunal constitucional (Bolivia y Guatemala, en el entendido que en este último cabe primero la impugnación ante la respectiva Corte Suprema de Justicia y después ante la Corte de Constitucionalidad). A los anteriores cabe agregar el caso en que se conserva parcialmente un contencioso político, toda vez que las respectivas decisiones de los órganos electorales de naturaleza administrativa pueden ser impugnadas ante un órgano político (Argentina, tratándose de resultados de elecciones legislativas y presidenciales)".⁽⁸⁾

Bajo el entendido de que la comentada "judicialización" de los conflictos electorales representa un logro definitivo en la reciente reconstrucción democrática de América Latina, pasemos ahora a exponer algunas ideas relativas a la consolidación de la justicia electoral en ese marco democrático.

III. RUTAS HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE LA JUSTICIA ELECTORAL LATINOAMERICANA

Una justicia electoral capaz de enfrentar con éxito los desafíos que le plantea la democracia en América Latina supone un juez independiente y profesional, con un adecuado posicionamiento en la realidad social y política en que actúa y comprometido con la idea de la expansión de su autoridad jurisdiccional.

En este apartado propondremos algunas rutas deseables para alcanzar ese objetivo, sugeridas a este juez electoral por su experiencia como tal y por la observación internacional de elecciones latinoamericanas.

(8) No obstante que dichas conclusiones están en el artículo de Orozco Henríquez contenido en el Tratado de derecho electoral comparado de América Latina, se toman de la versión actualizada que aparecerá en la segunda edición de ese Tratado, pronto a publicarse.

1) Independencia y profesionalismo del juez electoral

Aunque la tendencia inobjetable de América Latina es la resolución final de las controversias electorales mediante la intervención de una jurisdicción electoral especializada, ya sea autónoma o insertada en la estructura de los poderes judiciales, es lo cierto que en algunos de los países subsisten rasgos del contencioso político, especialmente en aquéllos en donde los miembros de la jurisdicción electoral representan a los partidos políticos o son nombrados a propuesta de éstos.

Es evidente la necesidad de superar ese lastre del modelo tradicional o clásico de justicia electoral. Cualquier forma de administración de justicia supone el acceso a un juez imparcial que pueda resolver los conflictos con objetividad y sentido de equidad, resultando obvio que las representaciones partidistas desnaturalizan esa condición. De ahí que los esfuerzos de despartidización que se realizan en países como Honduras, merecen atención y apoyo, a efecto de que puedan dar sus frutos a mediano plazo, una vez vencida la resistencia que opone la tradición y los actores políticos interesados en preservarla más allá de las formas jurídicas.

Con el mismo afán de garantizar la comentada y deseable imparcialidad del juez electoral, es menester que los requisitos y procedimientos de su designación sean adecuadamente diseñados para predisponer una actitud independiente frente a los actores políticos y el gobierno de turno. Prever períodos más largos de nombramiento y disponer mayorías calificadas necesarias al efecto, aunque también para lograr la no reelección del juez electoral que lo pretenda, resultan útiles al respecto por fomentar su estabilidad. También lo es diseñar un mecanismo que permita un vencimiento escalonado de los miembros de la jurisdicción electoral, lo cual apunta hacia un mejor balance de fuerzas y posturas e impide una desfenestración colectiva del órgano jurisdiccional por parte de mayorías políticas coyunturales, tal y como aconteció en años recientes en otro país centroamericano.

Este tipo de reflexiones son imprescindibles en aquellos países de la región en donde el recambio de jueces electorales es particularmente frecuente, lo cual parece guardar relación con lo reciente o precario de su proceso democrático o el elevado nivel de polarización y confrontación que evidencian elecciones caracterizadas por la ausencia de consensos mínimos entre los contendores.

Favorecer la estabilidad del juez electoral no sólo contribuye de manera decisiva a su independencia de criterio sino también a su profesionalización y, por esa vía, a darle mayor credibilidad a sus decisiones. La apropiación de su cargo, el necesario conocimiento del medio político en el que interactúa y el desarrollo de una experticia jurisdiccional únicamente se producen luego de una experiencia mínima en el ejercicio de la función. No basta, pues, una buena preparación académica para asegurar el dominio de destrezas y de actitudes favorables para un adecuado desempeño del juez electoral.

Por ello, la maduración de los jueces electorales debe permitirse fomentando su estabilidad y la posibilidad de hacer carrera como tales, para poder contar dentro de un organismo electoral con miembros que estén en capacidad de transmitir su experiencia acumulada a los integrantes más jóvenes. Bajo este marco ideal de renovación paulatina de los integrantes de la jurisdicción electoral es posible entonces construir un adecuado equilibrio entre experiencia y las ideas renovadoras que generalmente promueven los nuevos jueces, evitándose por igual los riesgos de la improvisación y los del anquilosamiento. El anterior es un buen ambiente para el desarrollo de una coherencia resolutive que dé base a la construcción de una sólida doctrina jurisprudencial, que pueda reforzar la autoridad de fallos controversiales y librarlos de toda sospecha de arbitrariedad o parcialidad, aunque también abierta a nuevos desarrollos y capaz de enfrentar los cambiantes desafíos del presente.

Por otro lado, la realidad se ha encargado de demostrar que la independencia de criterio de la jurisdicción electoral también debe asegurarse mediante un fortalecimiento de la autonomía financiera del órgano respectivo, puesto que no son pocos los ejemplos en las Américas en donde gobiernos indiferentes, o francamente hostiles, han utilizado el estrangulamiento económico como herramienta debilitadora, disuasoria o punitiva, cuyos detalles y anécdotas tenemos oportunidad de conocer periódicamente en las asambleas de las asociaciones interamericanas de organismos electorales.

2) El adecuado posicionamiento institucional de la jurisdicción electoral

Un juez independiente, profesional, capaz y preservado de odiosas presiones presupuestarias es condición necesaria pero no suficiente para una justicia electoral eficiente y consolidada. También el órgano

del cual forma parte debe estar adecuadamente posicionado en su entorno social y político.

Estamos acostumbrados a una judicatura en su torre de marfil, es decir, aislada de los actores sociales y políticos; solemos ver en esta falta de presencia pública una garantía de imparcialidad en sus decisiones. El entendible temor a prevaricar contribuye a imponer una especie de autocensura y comúnmente tal mordaza se racionaliza bajo el conocido aforismo según el cual las sentencias se defienden por sí mismas.

Se trata de un paradigma que, sin embargo, no conviene al juez electoral; aunque se trate de un jurista cuyos fallos deben encontrar fundamento en estrictas razones de constitucionalidad y legalidad electoral, éstos tienen un impacto decisivo y directo en la vida política del país, lo mismo que la capacidad de darle a ésta rumbos alternativos.

Esa trascendencia política crece durante las distintas etapas o fases del proceso electoral y, muy en especial, cuando tiene que enfrentarse la resolución de los recursos o acciones que se interpongan en relación con el resultado de las votaciones. Quienes hemos tenido la oportunidad y responsabilidad de hacer declaratorias de elección luego de votaciones con resultados muy ajustados o inesperados, hemos visto cómo se produce en esa coyuntura un incremento desmedido de la conflictividad electoral, que se traduce en una gran cantidad de demandas, recursos y reclamaciones formales que la jurisdicción electoral debe anticipar para poder contar con los medios administrativos necesarios, en orden a resolverlos con solvencia y prontitud.

Sin embargo, no es extraño que en algunas de esas ocasiones las agrupaciones en pugna aprovechen esos mecanismos jurisdiccionales, así como su contacto con los medios de comunicación colectiva, para sobredimensionar cualquier anomalía (real o ficticia). Con ello se crea un clima exacerbado que políticamente presiona la resolución favorable de esos reclamos y así recortar las diferencias del escrutinio o, en el peor de los casos, forzar la anulación parcial o incluso total de las votaciones. No debería sorprender que en tales situaciones límite la apetencia de poder y la pasión política desbordada aconsejen propalar rumores falsos y cuestionamientos generalizados sobre la legitimidad de la consulta popular, abarcando incluso la descalificación de la administración electoral y de quienes habrán de juzgar las controversias electorales, propiciando dudas infundadas sobre su rectitud y competencia. Si se trata de elecciones generales (presidenciales y legislativas)

la situación, que con facilidad puede írsele de las manos a la organización electoral, es en extremo delicada porque amenaza la legitimidad que en principio las votaciones darán al nuevo gobierno e, incluso, genera una sensación de vacío de poder, una suerte de orfandad de autoridad, que en la mentalidad colectiva puede percibirse como un anuncio de la inminente ruptura del orden constitucional.

La solvencia técnica y la independencia de criterio del juez electoral, así como resoluciones académicamente intachables, no son suficientes para conjurar estos riesgos y evitar que el alegato jurídico se transforme en violencia callejera. Es necesario además una jurisdicción electoral que, con gran presencia pública, ocupe ese vacío de autoridad y luzca ante la ciudadanía suficientemente protagónica, confiable y robusta para preservar los cauces jurídicos en la resolución del conflicto político-electoral, lo cual sólo lo puede lograr mediante un adecuado posicionamiento institucional.

Para lograrlo, resulta particularmente aconsejable:

- a) Una bien pensada política de comunicación que visibilice permanentemente al juez electoral ante la opinión pública y que privilegie una figuración pública proactiva de su parte y relaciones fluidas, constantes y positivas con la prensa, las que pueden ser especialmente útiles para poder transmitir confianza y serenidad a la población. Dichas relaciones deben cultivarse con actitudes de franqueza y apertura, que contribuyan a la transparencia del proceso electoral. Nada más peligroso, en estos momentos, que los silencios, los misterios y los dobles discursos.
- b) En dicha política de comunicación no deben desaprovecharse herramientas tan poderosas como la internet para difundir información que contribuya a disipar la eventual confusión, tanto en el ámbito nacional como internacional. Los sitios web que se desarrollen no sólo son idóneos para transmitir las decisiones que se vayan adoptando, sino también para compartir las reglas que disciplinan la contienda electoral y las pautas jurisprudenciales que las aclaran y desarrollan; ordenamiento que permite prefigurar racionalmente dichas decisiones concretas.
- c) No resultan para nada desdeñables los detalles que rodean las apariciones públicas de los jueces electorales. Éstas deben servir para resaltar su autoridad y no una hueca solemnidad. La experiencia

demuestra cómo una actividad inadecuadamente dirigida, o incluso un escenario mal dispuesto (en virtud de ciertos aspectos aparentemente inocuos, como la colocación de la mesa al mismo nivel en que está ubicado el auditorio o sin prever una distancia segura), facilitan lamentables desenlaces en donde los magistrados electorales pierden el control de la situación y acaban desbordados o amedrentados por una prensa de ferocidad creciente o militantes partidarios desaforados. También resulta particularmente sensible que, en esas ocasiones, el mensaje de la jurisdicción electoral no sea contradictorio ni titubeante, lo cual le brinda especial importancia a la determinación de vocerías oficiales y a la adecuada selección de los que las tendrán a cargo. En su presencia mediática, éstos deberán ser capaces de conducirse con aplomo, exhibir un sentido de equilibrio que evidencie imparcialidad y, ante todo, denotar conocimiento y convicción.

- d) Debe fortalecerse la construcción de contactos y relaciones sólidas y permanentes con grupos y organizaciones que le sirvan de blindaje político a la jurisdicción electoral. A la comunidad académica, personajes especialmente apreciados por la opinión pública, organizaciones no gubernamentales de particular relevancia, instancias de promoción de los derechos humanos y organismos internacionales encargados de la observación internacional de elecciones, debe prestárseles la más adecuada atención para vincularse creativamente con ellos (mediante la promoción conjunta de seminarios, talleres, conversatorios y cualquier otra actividad de divulgación y acercamiento con la ciudadanía, por ejemplo). Los puentes con el órgano parlamentario han de ser suficientes para que la jurisdicción electoral sea protagonista de las reformas electorales que se gestan y debaten en su seno y obtenga, adicionalmente, el respaldo presupuestario indispensable para una buena y eficiente gestión. Tampoco debe aislarse el juez electoral de los partidos políticos, debiendo más bien procurarse vías formales⁽⁹⁾ o informales de comunicación con sus personeros, cuya utilización puede resultar especialmente relevante en momentos de crisis.

(9) Una manifestación interesante sobre cómo institucionalizar el diálogo con los partidos políticos lo es la Junta de Vigilancia Electoral, que forma parte de la organización electoral salvadoreña y que, además de atribuciones típicas de fiscalización, se vincula con el Tribunal Supremo Electoral en términos consultivos y propositivos.

- e) Los ordenamientos electorales suelen tener marcadas deficiencias en la regulación de los procesos electorales, por presentar frecuentes contradicciones, ambigüedades y vacíos normativos. Resulta altamente positivo que la jurisprudencia electoral se esfuerce por superar dichas deficiencias mediante la oportuna interpretación e integración del ordenamiento electoral y, de gozar de la respectiva potestad, que el organismo electoral haga las necesarias precisiones reglamentarias. Dicha tarea debe acometerse con una actitud de sana y de prudente anticipación, cuando esta insuficiencia normativa pueda preverse como fuente de especial conflictividad, de suerte tal que no se vea la jurisdicción electoral obligada a hacer ese tipo de determinaciones “en caliente”, es decir, cuando los datos ya están echados y de esa definición dependa un resultado electoral y, por ende, pueda resultar de antemano políticamente sospechosa.⁽¹⁰⁾

3. Expansión de la justicia electoral

Ante todo, la justicia electoral encuentra su razón de ser en la necesidad de canalizar institucionalmente la resolución de los conflictos interpartidarios suscitados con motivo de votaciones populares dirigidas a la renovación periódica de los gobiernos, impuesta por la lógica democrática. Dicha actividad estatal sirve para garantizar elecciones libres, justas, transparentes, pluralistas y apegadas a la ley, que traduzcan adecuadamente la voluntad popular expresada en las urnas.

La evolución que esa institución en América Latina ha permitido configurar un modelo de solución “judicializada” de dichas controversias, a través de una jurisdicción especializada (autónoma o inte-

(10) A este respecto resulta ilustrativo cómo el Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica, ante la falta de claridad de algunos aspectos propios del instituto de la segunda vuelta electoral y dada la ausencia total de regulación legal al respecto, se preocupó por dictar varias resoluciones que disiparon cualquier incertidumbre al respecto, antes de que, por vez primera en la historia costarricense, debiera de celebrarse un evento de esa naturaleza en el año 2002. Dichas precisiones jurisprudenciales sirvieron de base para adoptar, previo al mismo, una reglamentación coherente con ellas y cuyos términos no provocaron por esa razón disputa alguna. Sobre el particular, puede consultarse a Román Jacobo, 2005.

grada a los poderes judiciales de la región) de cuyo adecuado funcionamiento depende la eficacia del sufragio como derecho fundamental de la persona.

Esa visión primaria de la justicia electoral debe ser ensanchada con el propósito de que pueda dar respuesta a las demandas y desafíos que las democracias de América Latina plantean en el umbral del siglo XXI. Esa expansión pareciera inexorable, al menos, en lo siguientes ámbitos:

- a) Ya hemos apuntado la creciente importancia que van cobrando los mecanismos de la llamada “democracia participativa”, los cuales paulatinamente se han ido incorporando en las distintas constituciones latinoamericanas. Algunos de ellos, como el referéndum que demanda la celebración de votaciones populares, son fuente natural de conflictos en su implementación y resulta natural pensar que de ellos debe ocuparse la justicia electoral, la cual habrá de esforzarse por adecuar su ordenamiento y organización para poder hacerlo con corrección y solvencia.⁽¹¹⁾
- b) El deslinde de competencias entre la jurisdicción electoral y la constitucional no resulta conceptualmente fácil y es motivo frecuente de conflictos y de debates académicos recurrentes. No es extraño observar, por otro lado, que la autonomía de los jueces electorales latinoamericanos y el carácter exclusivo y excluyente de su competencia jurisdiccional, suelen estar matizados por intervenciones de diversa naturaleza por parte de los tribunales, cortes o salas constitucionales. En algunos casos, como veíamos antes, la jurisprudencia y aún las decisiones concretas de aquéllos son revisables por éstos; en otros, la jurisdicción constitucional se considera competente para conocer, por la vía del recurso de amparo o del hábeas corpus, de acciones u omisiones que afecten derechos fundamentales de carácter político aunque tengan relación directa con lo electoral (cuando, por ejemplo, sean de la autoría de partidos políticos); y, en la mayoría de los ordenamientos que interesan, los jueces constitucionales se entienden como los únicos llamados a valorar la constitucionalidad del ordenamiento electoral, incluidas las normas de los estatutos partidarios. Pareciera lógico, durante el

(11) Por ello cobran gran relevancia el análisis y las ideas expresadas sobre esta temática por Silva Adaya, 1999.

tránsito del contencioso electoral político a uno de carácter jurisdiccional, una justicia electoral tutelada por la jurisdicción constitucional. Sin embargo, la maduración de una auténtica y confiable jurisdicción electoral latinoamericana lleva naturalmente aparejada una paulatina desaparición de ese tutelaje y la plena afirmación del carácter exclusivo y excluyente de sus potestades, aún frente a la jurisdicción constitucional. Esto conduce a entender que las sentencias dictadas a propósito del contencioso electoral deben, en todos los casos y supuestos, resultar inmunes al control de los jueces constitucionales, quienes también llegarán a aceptar que cualquier reclamo o conflicto dotado de electoralidad, inclusive si media la afectación de derechos políticos, debe canalizarse a través del contencioso electoral y no de los procedimientos usuales de la jurisdicción constitucional de la libertad, salvo que el propio juez electoral decline su competencia.⁽¹²⁾ Finalmente, ante la declaración que hacen algunas constituciones del área en el sentido de que la interpretación de la normativa electoral compete con exclusividad al tribunal electoral correspondiente, algunos autores han empezado a defender la tesis según la cual el control de la constitucionalidad de las leyes y demás normas electorales únicamente debería estar a cargo de ese mismo tribunal.⁽¹³⁾

- c) Desembarazar al contencioso electoral de una ulterior revisión de lo decidido ante el tribunal, corte o sala constitucional de aquellos países que así lo prevén, contribuye también a racionalizar las instancias recursivas y de esa manera a una justicia electoral más sencilla y expedita. Ello no sólo es deseable porque ese es un imperativo de cualquier forma de administración de justicia, sino por las características particulares de la electoral, en que la pronta resolución de los conflictos condiciona la declaratoria de elección respectiva que, de no darse oportunamente, provoca un vacío de autoridad gubernamental de incalculables consecuencias. De todos es conocida la situación presentada con motivo de la elección que enfrentó en Estados Unidos a Bush y Gore, donde

(12) Ese criterio lo tiene establecido, desde su resolución n.º 2150-92 del 8 de agosto de 1992, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense.

(13) Ver, por ejemplo, Fonseca Montoya, 2000: 127-128 y Brenes Villalobos, 2003 (*Control de constitucionalidad en materia electoral*): 327-328.

la existencia de varias instancias de debate legal sobre la calificación de las votaciones dilató excesivamente el desenlace electoral, causando una crispación política perniciosa y postergando la definición casi hasta el abismo político.

- d) La justicia electoral de este subcontinente americano no debe tampoco encerrarse dentro de las fronteras de sus propios países porque, ya que existe una expresión interamericana de la justicia que puede tener profundo impacto en la decisión de los asuntos electorales y la resolución de sus conflictos. Al respecto, es altamente significativa la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Yatama vs. Nicaragua (de 23 de junio de 2005). Pero también es esperable una mejor disposición de los organismos electorales para compartir su obra y reflexiones jurisprudenciales, lo que puede alumbrar mejores soluciones en su quehacer jurisdiccional. Por eso, merece mayor apoyo y compromiso el esfuerzo pionero del Centro de Asesoría y Promoción Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos en pro de la construcción de una base digital de datos jurisprudenciales de dimensión latinoamericana (al cual, lamentablemente, sólo han correspondido hasta el momento Argentina, Costa Rica, Panamá, Paraguay y Perú).
- e) Por otro lado, la interpretación y aplicación del ordenamiento electoral deben estar comprometidas con la idea cardinal de profundización y perfeccionamiento de las prácticas democráticas y de favorecimiento de una participación política de los ciudadanos cada vez más intensa y auténtica. Ello debe manifestarse, entre otros ámbitos, en una jurisprudencia que agresivamente enfrente el problema de la desgarradora exclusión política de sectores tan relevantes como las mujeres,⁽¹⁴⁾ los indígenas y los discapacitados latinoamericanos.

(14) Un claro ejemplo de ello está dado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica que le permitió darle efectividad al sistema de cuota femenina, al interpretar las normas legales que lo crearon en el sentido de que el 40% de mujeres no sólo debía aparecer en las nóminas partidarias globalmente consideradas, sino también en los "puestos elegibles" de éstas; con lo cual se dio fin a la marcada tendencia de los partidos de colocar a las mujeres en el piso de las listas, lo cual tornaba ineficaz la voluntad incluyente del legislador. De ello da cuenta Sobrado González, 2005 (*La justicia electoral en Costa Rica*):

- f) Finalmente, también es pertinente que el juez electoral tome conciencia de su rol fundamental en la promoción de la democratización de los partidos políticos, mediante el reconocimiento de la competencia que le es consustancial para arbitrar los conflictos que se susciten al interior de éstos y con motivo de la selección de sus dirigencias y candidatas. Dado el monopolio (absoluto o relativo) de los partidos en la nominación de candidaturas a puestos de elección popular, resulta insuficiente, de acuerdo con estándares democráticos mínimos, garantizar votaciones intachables si las candidaturas que se ofrecen al electorado son el fruto de estructuras o prácticas oligárquicas.⁽¹⁵⁾

En la siguiente sección examinaremos un caso práctico que ha concretado esas ideas de profundización democrática y de involucramiento de la justicia electoral en la promoción de la democracia interna de los partidos políticos. Se trata del recurso de amparo electoral, que es un proceso específico de la justicia electoral costarricense cuyo nacimiento no se produjo por reforma legal sino que se estableció como fruto reciente de la evolución jurisprudencial.⁽¹⁶⁾

IV. EL RECURSO DE AMPARO ELECTORAL EN COSTA RICA

Según lo estipulan los artículos 95 inciso 8) y 98 de la Constitución y 19 inciso h) del Código Electoral de Costa Rica, a partir

64-65. En fecha muy reciente también se aclaró que el 40% de participación femenina que la ley electoral del mismo modo exige en los órganos de los partidos, es un mínimo sin sujeción a tope alguno, con lo que se viabilizó la inscripción de un partido feminista, inicialmente rechazada por la Dirección General del Registro Civil (sentencia n.º 2096-E-2005).

- (15) Sobre el reto democratizador que enfrentan los partidos políticos y su importancia crucial en Latinoamérica, véase el trabajo de Freidenberg, 2006. En cuanto a la manera en que lo ha asumido la jurisdicción electoral costarricense, puede consultarse a Sobrado González, 2005 (*Democratización interna de los partidos políticos en Costa Rica*).
- (16) Aunque la elaboración académica al respecto es aún incipiente, pueden consultarse los trabajos de Fonseca Montoya y Sobrado González, así como los interesantes aportes de Brenes Villalobos y Picado León, que se indican en la bibliografía de este artículo.

de reformas dispuestas en los años 1996 y 1997, al Tribunal Supremo de Elecciones (en lo sucesivo TSE-CR) le corresponde vigilar los procesos de los partidos tendientes a la postulación de candidatos y a la selección de sus autoridades internas y, en general, garantizar que el funcionamiento de esas agrupaciones sea democrático y conforme al ordenamiento jurídico.

Según lo adelantábamos, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a partir de su resolución n.º 2150-92, ha manifestado reiteradamente que los conflictos de naturaleza electoral deben ser arbitrados por el TSE-CR y que solo en el supuesto de que éste decline su competencia en un caso concreto, corresponde a la Sala, si existiera de por medio la lesión a un derecho fundamental, decidir.

Ciertamente el medio de impugnación previsto en el artículo 64 *in fine* del Código Electoral estaba concebido, desde antes de las citadas reformas de 1996 y 1997, como un control de legalidad y constitucionalidad de los actos de los partidos políticos, en especial aquéllos relativos a la postulación de candidaturas y a los procesos de selección de autoridades internas.⁽¹⁷⁾

Sin embargo, constituye un engorroso e ineficiente mecanismo jurisdiccional para canalizar, a través suyo, la resolución de los conflictos intrapartidarios. Dentro de sus múltiples limitaciones pueden citarse las siguientes: circunscribe la legitimación recursiva a los miembros de las asambleas partidarias, impide recurrir contra actos dictados por otras autoridades internas, impone plazos verdaderamente angustiosos para el recurrente y le obliga a recorrer dos instancias previas antes de que el Tribunal examine la cuestión.

(17) "... 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, impugnan 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".

Así las cosas, eran severamente limitadas las posibilidades de un “recurso efectivo” (en los términos de los tratados internacionales arriba mencionados) 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. A pesar de la jurisprudencia relativa a la plena competencia constitucional que al respecto tiene el Tribunal, éste 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 éste, solía ocurrir que el militante finalmente no recibiera oportuna atención a sus demandas de justicia electoral (que, en la práctica, las jurisdicciones constitucional y electoral se reenviaban) y, con desaliento, terminaba resignándose a su suerte.

Esta situación cambia radicalmente a partir de la sentencia del TSE-CR n.º 303-E-2000.⁽¹⁸⁾

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 novedosa exigencia constitucional relativa a su accionar democrático, no podía quedar en indefensión frente a actos irregulares o dudosos de las dirigencias, cuando éstos 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. Dado que su competencia para resolver estos 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 idóneo, a la luz del principio de plenitud hermética del ordenamiento jurídico. Persuadida de lo anterior, la resolución citada 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 de que su conocimiento y resolución estarían en lo sucesivo a cargo del propio TSE-CR.

(18) Esta resolución, así como las que a continuación se mencionan, pueden ser consultadas en el sitio web del TSE-CR (www.tse.go.cr).

Es ésta la génesis jurisprudencial del recurso de amparo electoral, que ha cobrado una vigorosa vigencia durante los últimos seis años y ha permitido resolver una gran cantidad de conflictos intrapartidarios, sirviendo entonces como garantía efectiva del funcionamiento democrático de los partidos políticos y potenciando, además, una doctrina jurisprudencial plenamente comprometida con la idea de profundización democrática. Doctrina que, por ejemplo, ha establecido el deber de los partidos de renovar periódicamente sus órganos internos como requisito indispensable para poder participar electoralmente (sentencia n.º 1536-E-2001); la nulidad de los acuerdos de sus asambleas que desconozcan candidaturas propuestas mediante consulta popular (n.º 1671-E-2001) y de los que fijen cuotas excesivas (n.º 303-E-2000) o lapsos desproporcionados de militancia previa (n.º 859-E-2001) como requisito para inscribir precandidaturas a cargos de elección popular; la improcedencia del voto por poder en las mencionadas asambleas (n.º 919 del 22 de abril de 1999) y la necesidad de respetar el debido proceso para que los tribunales de ética y disciplina puedan imponer sanciones.

Conforme se aprecia, el recurso de amparo electoral surge entonces como una vía para que el TSE-CR pueda ejercer su competencia constitucional y legal de fiscalizar el respeto a las normas que disciplinan el funcionamiento interior de los partidos políticos y su necesario apego al principio democrático, en aquellos casos en que la legislación no discipline un procedimiento específico para esos efectos o éste resulte claramente tardío, insuficiente o ineficaz.⁽¹⁹⁾

Por ello y a través de la resolución del TSE-CR n.º 1555-E-2002 se aclaró que el amparo electoral no sustituye los procedimientos recursivos previstos expresamente por la legislación electoral (como lo es el supracitado recurso del artículo 64 del Código Electoral): “se trata más

(19) Aún y cuando la casi totalidad de los recursos de amparo han sido enderezados, bajo la anterior lógica, contra decisiones de las autoridades partidarias cuando lesionen el derecho de participación política de sus miembros, excepcionalmente se han admitido amparos dirigidos contra actos u omisiones de otros sujetos que tengan el mismo efecto, dada la ausencia de procedimiento idóneo para su fiscalización. Así, vg., la sentencia n.º 2759-E-2001 declaró con lugar uno dirigido contra una empresa de televisión por excluir a varios de los candidatos presidenciales de un debate que planteaba realizar con la participación de los mejor posicionados en las encuestas únicamente.

bien de una garantía jurisdiccional que rige únicamente en aquellos ámbitos donde esa legislación no haya arbitrado medios de impugnación adecuados para que el Tribunal Supremo Elecciones pueda ejercer su competencia constitucional y resulte necesario entonces acudir a la figura del recurso de amparo electoral para respetar el imperativo constitucional de acceso a la justicia”.

Así lo había advertido el TSE-CR con anterioridad, al declarar que el amparo electoral no es la vía idónea para atacar las resoluciones que en materia electoral dicte el Registro Civil, habida cuenta que el ordenamiento prevé la posibilidad de que éstas sean impugnadas a través del recurso de apelación.⁽²⁰⁾

(20) “...el conocimiento de recursos de amparo por parte del Tribunal Supremo de Elecciones, supone una aplicación analógica de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que se justifica ante la ausencia de un procedimiento legal que le permita al organismo electoral ejercer su competencia constitucional de resolver conflictos suscitados a lo interno de los partidos políticos con motivo de actos que lesionen los derechos fundamentales de sus miembros. Es diversa la situación que se presenta con las disposiciones del Registro Civil, en relación con las cuales sí existe un procedimiento pautado para su revisión por parte del Tribunal, el cual puede dejarlas sin efecto por considerarlas lesivas a los derechos fundamentales de los afectados o por cualquier otra circunstancia que las haga contrarias a Derecho, en consonancia con lo dispuesto en el inciso 4) del artículo 102 constitucional. En efecto: el artículo 112 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil establece: “Toda resolución del Registro podrá apelarse ante el Tribunal, dentro del término de tres días posteriores a la notificación respectiva... Si el recurso se formula en tiempo, el Registro lo admitirá inmediatamente después de interpuesto y enviará el expediente al Tribunal. Recibido el expediente, el Tribunal resolverá dentro del término de quince días, salvo que ordene pruebas para mejor proveer; en este caso, el término se contará a partir del día en que la prueba haya sido evacuada”. Por su parte, el numeral 104 de la misma Ley agrega: “...Las resoluciones que dictare el Registro... en materia electoral, lo serán [notificadas] mediante exposición de copia literal o en lo conducente de la resolución, en el sitio señalado para tal fin en el Registro, durante un mínimo de cinco horas de labor ordinaria, correspondientes al mismo día.”; y el artículo 105: “...La notificación se tendrá por practicada... En lo electoral al día siguiente de la exposición de la copia” ...A la luz de lo expuesto se colige que, siendo el presente recurso planteado contra

La comentada aplicación analógica de la Ley de la Jurisdicción Constitucional en el conocimiento y trámite de los recursos de amparo electoral por parte del TSE-CR, permite visualizarlo como un mecanismo de tutela de los derechos políticos de los ciudadanos, para garantizar una plena y eficaz participación política de su parte, frente a situaciones concretas de amenaza o lesión a tales derechos por disposiciones u omisiones de los partidos políticos e, incluso, en virtud de simples actuaciones materiales (art. 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

El recurso de amparo electoral, visto a la luz de las reglas de tramitación de esa Ley, se caracteriza por su sumariedad e informalismo.⁽²¹⁾

una resolución dictada por la Dirección General del Registro Civil, en materia de inscripción de candidaturas a puestos de elección popular para participar en las elecciones generales del 03 de febrero del año 2002, la vía adecuada para impugnarla era la del recurso de apelación establecido legalmente, y no la del amparo electoral, cuyo ámbito natural no da cabida a gestiones de esta índole..." (sentencia n.º 2357-1-E-2001).

- (21) Cualquier persona podrá interponer el recurso de amparo electoral (art. 33). Por ello, aunque el recurso debe necesariamente fundarse en la afectación de los derechos fundamentales de una persona identificada, el recurrente podrá accionar en nombre de ella sin necesidad de ser su representante legal.

Podrá presentarse en cualquier tiempo (art. 35) y sin necesidad de agotar los procedimientos de impugnación que existan internamente (art. 31). Según el artículo 38 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el recurso de amparo no requiere de autenticación, podrá plantearse por cualquier medio escrito y basta que exprese el hecho u omisión que lo motivó, el derecho que se considera lesionado o amenazado, el responsable de tal hecho u omisión y las pruebas de cargo.

La tramitación estará a cargo del Presidente del Tribunal o del magistrado a quien, por turno riguroso, corresponda y se sustanciará de modo privilegiado, para lo cual se pospondrá cualquier asunto de naturaleza diversa. Los plazos son perentorios e improrrogables (art. 39).

Como regla de principio, su admisión a trámite va aparejada de una protección cautelar consistente en la suspensión automática de los efectos del acto impugnado (art. 41).

Salvo los casos en que proceda resolver interlocutoriamente, admitido el recurso se le pedirá informe sobre los hechos alegados al respectivo órgano o funcionario del partido, el cual deberá rendirlo dentro del plazo de uno a tres días y enviar concomitantemente el

Si se dictare sentencia estimatoria y el acto recurrido fuere de carácter positivo, ordenará restablecer al agraviado en el goce de su derecho. Si se tratare de una omisión, deberá el recurrido suplirla dentro del plazo perentorio que el Tribunal fije prudencialmente. Si lo impugnado fuere una actuación material o una amenaza, se dispondrá su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza semejante (art. 49). En cualquiera de los casos anteriores, condenará en abstracto al partido al pago de las costas, daños y perjuicios irrogados, a liquidar en su caso ante los tribunales contencioso administrativos y por la vía de la ejecución de sentencia (art. 51).⁽²²⁾

expediente o la documentación en que consten los antecedentes del asunto. El informe se entenderá rendido bajo juramento (art. 43 y 44) y si fuera negativo podrá ordenarse una información, que deberá concluirse en tres días con recepción de las pruebas que sean indispensables y, en su caso, se oirá en forma verbal al recurrente y al recurrido (art. 46). Antes de dictar sentencia y para mejor resolver, el Tribunal podrá ordenar la práctica de cualquier otra diligencia probatoria (art. 47).

- (22) Sobre la aplicación analógica de esta regla en particular de la Ley de la Jurisdicción Constitucional en el ámbito de la jurisdicción electoral, señalaba el TSE-CR: “Al estar prevista en esta última la condenatoria en abstracto al pago de daños, perjuicios y costas como consecuencia natural de toda resolución estimatoria de un amparo, ya sea que recaiga en relación con actuaciones de entes públicos (art. 51) o sujetos privados (art. 62), por sí mismo y sin mayor forzamiento nos permite reconocer la existencia de un poder-deber del Tribunal de acordar tal reparación como consecuencia accesoria pero necesaria de la constatación de una vulneración de derechos fundamentales ...debe tenerse en cuenta que la realización cabal del valor justicia, obliga a que el Estado disponga de mecanismos que aseguren una reparación equitativa de los daños y perjuicios que se hayan causado indebidamente, conforme lo demanda el artículo 41 de la Constitución. Para que dicha reparación sea plena, en el ámbito de la jurisdicción constitucional de la libertad, no sólo debe encaminarse a la restitución del ofendido en el goce de sus derechos fundamentales, sino también al reconocimiento en su favor de la indemnización de los daños y perjuicios irrogados. Así lo concibe no sólo nuestra Ley de la Jurisdicción Constitucional, sino también el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (resolución n.º 956-E-2001).

CONCLUSIÓN

Pese a lo reciente de la reimplantación democrática en América Latina, en todos sus países se encuentra establecida una justicia electoral, cuya vigencia es por demás requisito indispensable en esa democrática convivencia. Esta justicia opera bajo un modelo funcional y original, caracterizado por la existencia de un contencioso electoral a cargo de una jurisdicción especializada (dentro de los poderes judiciales o de naturaleza autónoma) y que ha permitido “judicializar” las controversias electorales.

En la ruta hacia la consolidación de esa justicia electoral latinoamericana deben, empero, superarse algunos lastres del contencioso político que antes imperaba en buena parte de la región; en especial cabe esforzarse por la despartidización de algunos de sus tribunales o consejos electorales.

La atención debe enfocarse en fortalecer la independencia y profesionalización del juez electoral (lo que demanda revisar los mecanismos de designación para fomentar su estabilidad y reforzar la autonomía financiera de la jurisdicción electoral), procurar un más sólido posicionamiento institucional del órgano al que pertenece (que facilitaría enfrentar con mayor credibilidad los momentos críticos de los procesos electorales) y sintonizar adecuadamente con las tendencias expansivas que la realidad de las democracias latinoamericanas de hoy impone a la justicia electoral.

En cuanto a esta última afirmación se refiere, se plantean retos ineludibles: poder canalizar con solvencia los conflictos electorales que resulten de la puesta en práctica de las formas de “democracia participativa”, de importancia creciente; incentivar una paulatina independencia respecto de la jurisdicción constitucional; simplificar las instancias recursivas del contencioso electoral; cobrar conciencia sobre la dimensión interamericana de la justicia electoral; poder desarrollar una doctrina jurisprudencial que sea sólida y a la vez solidaria con las justas aspiraciones de profundización democrática e inclusión política; y, por último, buscar los medios para poder involucrarse en la solución de los conflictos internos de los partidos políticos, para hacer realidad la vivencia democrática en su seno, tal y como lo ha creído lograr la justicia electoral costarricense a través de la figura del recurso de amparo electoral.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARAGÓN REYES (Manuel). *Derecho al sufragio: principio y función*, Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina, México, IIDH: Universidad de Heidelberg : TEPJF : IFE : Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 89-103.
- BRENES VILLALOBOS (Luis Diego). *Control de constitucionalidad en materia electoral*. Revista parlamentaria, San José, vol. 11, n.º 2, agosto 2003, pp. 313-328.
- BRENES VILLALOBOS (Luis Diego). *Jurisdicción constitucional electoral*, San José, tesis para optar al título de licenciado en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2002.
- BRENES VILLALOBOS (Luis Diego). *Protección de los derechos fundamentales en materia electoral por parte del Tribunal Supremo de Elecciones*, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, n.º 101, mayo-agosto 2003, pp. 139-163.
- BRENES VILLALOBOS (Luis Diego) y RIVERA SÁNCHEZ (Juan Luis). *Recurso de Amparo Electoral*, Revista Digital de Derecho Electoral, n.º 1, primer semestre de 2006 (www.tse.go.cr/revista/revista.html). San José, Costa Rica.
- FIX-ZAMUDIO (Héctor). *Justicia constitucional y judicialización de la política*, Sistemas de justicia electoral: evaluación y perspectivas, México, IFE: PNUD: UNAM: IFES: IDEA International: TEPJF, 2001, pp. 11-38.
- FONSECA MONTOYA (Óscar). *Resolución de conflictos electorales: la experiencia de Costa Rica*, Seminario Internacional sobre Resolución de Conflictos Electorales: Perspectiva Comparada en Centroamérica, México y la República Dominicana, San José, IFES : IFE : TEPJF : IIDH-CAPEL : TSE, 2000, pp. 123-132.
- FREIDENBERG (Flavia), *Democracia interna: un reto ineludible de los partidos políticos*, Revista Digital de Derecho Electoral, n.º 1, primer semestre de 2006 (www.tse.go.cr/revista/revista.html). San José, Costa Rica.
- OROZCO HERNÁNDEZ (Jesús). *El contencioso electoral / la calificación electoral*, Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina, México, IIDH: Universidad de Heidelberg: TEPJF: IFE: Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 708-807.
- OROZCO HENRÍQUEZ (Jesús). *Sistemas de justicia electoral en el derecho comparado*, Sistemas de justicia electoral: evaluación y perspectivas, México, IFE: PNUD: UNAM: IFES: IDEA International: TEPJF, 2001, pp. 45-58.

SOBRADO GONZÁLEZ: Tendencias de la justicia electoral latinoamericana...

PICADO LEÓN (Hugo). *El amparo electoral*. Revista costarricense de Derecho Constitucional, San José, tomo V, mayo 2004, pp. 347.

ROMÁN JACOBO (Gustavo). *Ballotage en el proceso electoral costarricense del 2002*, tesis para optar al título de licenciado en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2005.

SILVA ADAYA (Juan Carlos). *Defensa integral de los derechos políticos propios de la democracia participativa*, Justicia electoral en el umbral del siglo XXI, Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral, tomo III, México, TEPJF: IFE: UNAM, 1999, pp. 1223-1247.

SOBRADO GONZÁLEZ (Luis Antonio). *Democratización interna de los partidos políticos en Costa Rica*. Revista de Ciencias Jurídicas San José, n.º 107, mayo-agosto 2005, pp. 13-35.

SOBRADO GONZÁLEZ (Luis Antonio). *La justicia electoral en Costa Rica*, San José, IJSA, 2005.

**EL PAPEL DEL ABOGADO EN EL DESARROLLO
DE LAS AUDIENCIAS PENALES. EL PROBLEMA
DE LA INASISTENCIA INJUSTIFICADA**

Dr. Gary Amador Badilla^(*)

Juez Penal costarricense

Dra. Érika Hernández Sandoval^(**)

Abogada Litigante

(Recibido 30/04/06; aceptado 28/06/06)

(*) Doctor en Derecho penal y procesal por la Universidad de Sevilla, España.
Tel. 377-1950
E-mail: gamadorb@poder_judicial.co.cr

(**) Doctora en Derecho penal y procesal por la Universidad de Sevilla, España.
Tel. 380-8550
e-mail: ehernandezs@hotmail.com

RESUMEN

El artículo evalúa el papel de los abogados en las audiencias preliminares dentro del proceso penal. Se trata el derecho del imputado a contar con un defensor de confianza, así como el deber de su abogado defensor de asistir a las audiencias una vez que se señalen. Además, se explica y analiza los casos en que procede decretar el abandono de la defensa, así como los efectos que produce la declaratoria de abandono.

Palabras clave: Abandono, abogado, audiencia, cliente, defensa, imputado.

ABSTRACT

This article evaluates the role of attorneys in the preliminary hearings within criminal procedure. It deals with the right of the accused to have a trustworthy counsel and the obligation of his attorney to attend the scheduled hearings. In addition, the article explains and analyzes the cases in which the abandonment of defense, as well as the effects of this declaration.

Key words: Abandonment, attorney, hearing, client, defense, accused.

SUMARIO

Introducción

- I. El deber de asistencia del abogado a las audiencias
 - I.i. Participación imprescindible del abogado defensor en las audiencias penales
- II. El abandono de la defensa
 - II.i. El problema de la comunicación por medios electrónicos
- III. Procedimiento para decretar judicialmente el abandono de la defensa
- IV. Efectos de la declaratoria de abandono de la defensa
- IV. De la sanción

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La labor del abogado resulta fundamental para cualquier proceso; de tal forma, su actividad profesional debe estar siempre encaminada a que éstos se desarrollen, contraria a aquella labor obstructora que, muchas veces, ha identificado el ejercicio profesional.

Es en este campo, donde existe una exigencia ética del profesional de asistir a la convocatoria judicial, no sólo respetando la lealtad hacia su cliente, quien le encomendó el caso, sino como un deber de coadyuvar a la Administración de Justicia.⁽¹⁾ No obstante, siendo aquel el panorama ideal que debería imperar, en la actualidad nos encontramos con un sin fin de quejas sobre la inobservancia de aquel deber, quejas que redundan en la inasistencia injustificada de los abogados a las audiencias señaladas.

Así, un gran número de causas deben ser suspendidas diariamente por la inasistencia del abogado a la audiencia, hecho que no sólo conculca el derecho a una pronta resolución del conflicto, generando una afectación a su cliente y a las otras partes del proceso, sino que produce perjuicios económicos para la Administración de Justicia.

El proceso penal no escapa de esta situación, más bien parece ser en esta sede donde prolifera dicha problemática, casos que hoy por hoy ocupan la agenda principal de la resolución de los conflictos planteados ante la Fiscalía del Colegio de Abogados.

Bajo este marco se desarrolla el presente artículo que, sin pretender hacer un análisis exhaustivo del tema, dadas las limitantes existentes, trataremos de despejar una serie de dudas que aquejan no sólo a los usuarios de la Fiscalía, sino a los mismos abogados que ya sea por ignorancia de las normas, o bien, por creerse con una dispensa legal, no asisten a las audiencias señaladas en sede penal.

(1) *“(...) una de las garantías procesales esenciales del debido proceso, que constituye un elemento esencial de este principio constitucional, y que deriva del efectivo derecho de defensa contenido en el artículo 39 de la Constitución Política, es precisamente el derecho de defensa técnica, o bien conocido como la efectiva asistencia técnica por parte del letrado de elección del imputado, de ser posible, o costado por el Estado (defensa pública) de ser necesario, de modo que si un abogado asume la función de defensor, no sólo acepta brindar un servicio a su patrocinado sino que, paralelamente se convierte en auxiliar de la justicia penal”* (Sala Constitucional, voto1059-1990).

I. EL DEBER DE ASISTENCIA DEL ABOGADO A LAS AUDIENCIAS

El artículo 16⁽²⁾ del Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho, plantean la obligación de todo abogado de acudir a las audiencias donde sean citados por las autoridades judiciales y administrativas.

Por su parte el Código Procesal Penal en su artículo 104, párrafo III, establece la prohibición al defensor del imputado, específicamente, de renunciar a la defensa durante las audiencias, ni una vez notificado del señalamiento de ellas.

Esta obligatoriedad no es nueva, pues ya se desprendía de los deberes que, como defensor del imputado, se establecieron en el anterior Código de Procedimientos Penales (artículos 82, 89 y 90).

Este deber emana, en el caso del defensor, no sólo de la obligación legal contenida por la norma (art. 100.párr. II del Código Procesal Penal), sino del interés público que reviste que el imputado pueda desarrollar su derecho a defenderse a través de una defensa técnica.⁽³⁾

Ahora bien, puede observarse que dicha obligación no sólo recaería en los abogados defensores, pues, aunque su inasistencia plantea un especial análisis, dado que es causa de suspensión de las audiencias –como lo veremos luego–, también la inasistencia de otros abogados mandatarios, como querellantes de acción pública o privada y actores civiles quedarían cubiertos por los artículos 16 y 46 del Código de Moral del Colegio de Abogados citado.

(2) “Quienes ejercen la profesión del derecho deberán asistir a todas las audiencias donde sean citados por las autoridades judiciales o administrativas en los asuntos que intervengan profesionalmente. Si existiera algún impedimento grave para asistir a la audiencia, deberán hacerlo saber tanto a la autoridad u órgano respectivo como a su patrocinado dentro del plazo de tres días a partir de la notificación, de tal forma que se puedan tomar las previsiones del caso. No podrá el abogado ni la abogada renunciar a la dirección legal de un asunto si con ocasión de su trámite ya se le ha notificado el señalamiento par una audiencia”.

(3) Ver LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p. 564.

De acuerdo con lo expresado, en la normativa citada se puede apreciar la obligación expresa de todo abogado de acudir y asistir a las audiencias a las que son convocados por los Juzgados Penales, siendo que ante la inasistencia procedería la comunicación ante la Fiscalía del Colegio de Abogados.

I.i. PARTICIPACIÓN IMPRESCINDIBLE DEL ABOGADO DEFENSOR EN LAS AUDIENCIAS PENALES

El proceso penal tiene cuatro fases: la de investigación, la audiencia preliminar, la fase de juicio y la de ejecución. Esto tiene relevancia, pues salvo audiencias específicas en la etapa de investigación, que requieran la presencia de las partes y sus abogados, la necesidad presencial de éstos por lo general será en la audiencia preliminar y en la etapa de juicio. Así, la presencia del abogado defensor será imprescindible, no así la de las demás abogados (entiéndase, específicamente, letrados representantes del querellante y actor civil).

Lo anterior puede resultar obvio, si tomamos en cuenta que es imposible pensar la realización de una de estas audiencias sin la presencia de la defensa técnica del imputado, pues, sin ésta se violentaría el derecho de defensa⁽⁴⁾ y con ello la Constitución Política.

De tal forma, es causa de suspensión, tanto de la audiencia preliminar como del juicio, la no asistencia del abogado defensor del imputado, no así la inasistencia de los abogados de las otras partes –querellante y actor civil– cuya inasistencia, en principio,⁽⁵⁾ se castigaría con el desistimiento de su acción (artículos 79.b. y c. y 117.b. y c. Código Procesal Penal).

(4) Vid. MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 140. Asimismo, De la Oliva Santos, Andrés, *Derecho Procesal Penal*, quinta edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Arecedes, Madrid, 2002, p. 29.

(5) Decimos en principio, pues se ha considerado debe brindársele la posibilidad al actor civil como al querellante de reemplazar al abogado contratado que no acuda a la audiencia sin justa causa, pues de lo contrario habría una denegatoria de la justicia contraria a lo estipulado por el artículo 41 de la Constitución Política (ver en ese sentido, voto 2004-718 del 22 de julio del 2004 del Tribunal de Casación Penal).

En ese sentido, la asistencia del abogado defensor a la audiencia preliminar como al juicio oral, resulta necesaria, pues, como se indicó su inasistencia vuelve irrealizable la audiencia dada la afectación al derecho de defensa que sufriría el imputado, de ahí que el artículo 318 del Código Procesal Penal la señale como una obligación.

Es aquí, donde se originan un sin número de quejas provenientes de los Juzgados Penales de todo el país, contra los abogados defensores que no asisten a las audiencias, pues los Juzgadores, no sólo están obligados por ley a comunicar dicha falta (art. 105 CPP), sino que, evidentemente, con ésta se obstruye el desarrollo normal del proceso, afectando directamente a la Administración de Justicia.

II. EL ABANDONO DE LA DEFENSA

Se considerará que existe abandono de la defensa cuando el defensor, una vez aceptado el cargo, se abstiene de proseguir la actividad defensiva sin motivo justificado.⁽⁶⁾

De acuerdo con lo indicado, el fundamento del abandono de la defensa se centra, en aquélla obligación que tiene el abogado de representar a su cliente en todas las instancias, así como en la coadyuvancia que surge con su actuación profesional ética con la Administración de Justicia.

Así las cosas, no existe, salvo justa causa, la posibilidad de que el abogado como defensor, no asista a la audiencia o renuncie a la defensa de su cliente. Ahora bien, como puede apreciarse el abandono de la defensa podría darse en cualquier etapa del proceso; no obstante, dada su importancia, y por la circunscripción de tema, nos centraremos en aquél abandono que se da en la etapa de audiencia preliminar, cuyo fundamento es equiparable al abandono que podría darse en la etapa de juicio.

Como se indicó, la normativa plantea la posibilidad de que el abogado no acuda a una audiencia, o bien, renuncie al proceso, únicamente, cuando sus motivos sean fundados (artículos 46. Código de Moral y art. 104 Código Procesal Penal). Con respecto a la causa justa,

(6) VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Editorial Lerner, Buenos Aires, p. 424.

el artículo 46, indicado, la asocia con aquél hecho sobreviviente que afecte el honor, dignidad, conciencia, independencia, cuando surja una desavenencia insalvable, o cuando exista un incumplimiento material de su cliente para con aquél.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la normativa protege al abogado, en aquellos casos en que sea la causa justa la que motive su retiro del proceso; no obstante, dicho retiro, no debe ser intempestivo.⁽⁷⁾ pues requiere ser fundamentado por escrito, debe ser previo al señalamiento de la audiencia preliminar y no puede operar mientras no se haya realizado una sustitución efectiva.⁽⁸⁾ Lo anterior, a efectos de que no sólo su cliente tenga la posibilidad de acudir a otro abogado que represente sus intereses, sino porque, de no ser así, su acción pese a que pueda ser justificada truncaría el desarrollo de la audiencia, perjudicando a la Administración de Justicia, con un evidente daño económico.

De tal forma, aún cuando exista una causa justa, notificado el abogado del señalamiento de la audiencia no es procedente aceptar su renuncia, pues su inasistencia en este caso constituiría también una causal de abandono. Como ejemplo, se puede indicar aquellos casos en que el abogado indica que no acudió a la audiencia, pese a ser debidamente notificado, porque su cliente no le había pagado los honorarios.⁽⁹⁾

(7) Así lo ha entendido la Sala Constitucional: *“En virtud de la función de que se trata la defensa en la jurisdicción penal, la renuncia de ese cargo no puede hacerse de forma intempestiva y mucho menos puede ser arbitraria, por los graves perjuicios que ello puede causar al imputado”*. (Voto 454-2001 del 17 de enero).

(8) En ese sentido, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Proceso Penal Comentado*, segunda edición, Editorial Jurídica Continental, p. 177, indica: *“En la práctica los tribunales han sido muy flexibles al respecto, bastando que el defensor alegue discrepancias con respecto a la estrategia de defensa. De todas maneras el defensor que desea renunciar debe seguir actuando hasta que sea sustituido”*.

(9) En estos casos se ha estimado, que el no pago de honorarios no lesionan en forma alguna los derechos fundamentales de abogado por lo que lo procedente es que acuda a la audiencia (en lo conducente ver voto 2325-2001 del 23 de marzo de 2001 de la Sala Constitucional).

Lo anterior no debe llevarnos a confundir aquellos casos en que el abogado no asiste a la audiencia preliminar o bien al juicio, por algún hecho externo que le impide asistir, aquí hablaríamos de la fuerza mayor o caso fortuito. En este caso, el abogado no pretende renunciar o abandonar la causa de su cliente, sino que se presenta una situación externa, más fuerte que sus deseos, que le impide concurrir al llamamiento judicial (v.gr. piénsese en aquellos casos en que el abogado cae enfermo, o un desastre natural le impide llegar a la audiencia). En estos casos, es claro que no se puede sancionar al abogado, pues en condiciones normales habría acudido a la audiencia.

La normativa procesal penal, no ha previsto un plazo específico para que el abogado defensor alegue la justa causa; contrario a lo que ocurre en cuanto a la inasistencia del letrado representante del querellante o el actor civil, a quienes la normativa da un plazo de 48 horas para que aleguen la justificación de su falta (arts. 79 y 117 Código Procesal Penal).

En ese sentido, luego de comprobada la inasistencia del abogado defensor, lo prudente es otorgarle las cuarenta y ocho horas que se dan a las otras partes, a efectos de que en dicho plazo tenga la oportunidad de alegar alguna justificación, y que la misma sea analizada por el Juez previo a decretar el abandono de la defensa. Lo anterior, pues se debe pretender una igualdad procesal de las partes involucradas.

Una vez que transcurran las cuarenta y ocho horas, sin que se haya alegado la justificación, deberá decretarse el abandono de la defensa, o bien el desistimiento de las acciones según sea el caso.

II.i. EL PROBLEMA DE LA COMUNICACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

El Código Procesal Penal permite la notificación a través de medios especiales como el fax o el correo electrónico (artículo 160). No obstante, esta ha sido una de las problemáticas principales, que ha servido de fundamento en muchos casos para declarar el abandono de la defensa.

En ese sentido, en muchos casos, se ha podido determinar que la notificación del señalamiento de la audiencia no pudo ser notificado al abogado por que el medio elegido no lo permitió (por estar descompuesto, falta de fluido eléctrico, desprogramación, etc.). Hablamos

sobre todo del fax, pues hasta hace poco se implementó la notificación por correo electrónico, aunque las observaciones que hagamos le serán compatibles.

De tal forma, no es de extrañar, que en el comprobante de notificación de la audiencia rece la leyenda de que no se pudo notificar luego de cinco intentos realizados. A pesar de ser un aspecto, evidentemente, práctico, debe sopesarse, pues ello equivaldría casi una sanción automática para el abogado, que podría resultar desproporcional, si tomamos en cuenta que, en algunos casos, podría ser igual donde sí se ha tenido constancia de que el abogado recibió la notificación.

Lo cierto del caso, es que entendiendo que los medios especiales de notificación son válidos y que día con día pueden ser sustituidos por otra tecnología —que desde ya ha dejado rezagado el notificador del Despacho—, el profesional que opte por estos medios de comunicación, deberá velar por que su equipo no sólo sea el idóneo para la recepción de notificaciones, si no, además, deberá darle el mantenimiento adecuado para evitar cualquier desperfecto que impida la recepción del documento.⁽¹⁰⁾

De todas formas, por ser, evidentemente, una cuestión casuística, deberá el fiscal instructor velar por que el abogado en dicha vía administrativa, pueda ofrecer los medios de prueba válidos para establecer, si la no asistencia a la audiencia se le puede atribuir a una falta cometida por su persona, según lo indicado.

III. PROCEDIMIENTO PARA DECRETAR JUDICIALMENTE EL ABANDONO DE LA DEFENSA

Una vez corroborada la inasistencia injustificada del abogado a la audiencia, el Juez debe realizar la comunicación a la Fiscalía del Colegio de abogados, para que ésta determine si el abogado cometió o no la falta denunciada.

(10) En ese sentido, el profesional casi debería prever un sistema alternativo que simultáneamente en caso de fallar el equipo permita la entrada inmediata de otro que garantice que la comunicación no se interrumpa, o bien, en caso de que el desperfecto sea inevitable hacerlo saber así al Despacho que corresponda, aportando otro medio para recibir la notificación, o bien que el mismo sea repetido para poder enterarse del acto procesal que no se pudo notificar.

Así, lo procedente sería que, una vez corroborada la inasistencia a la audiencia, se proceda con la respectiva comunicación al Colegio, junto a las piezas respectivas para que la causa se pueda instruir,⁽¹¹⁾ plian la normativa (arts. 104 y 105 del Código Procesal Penal) no contemplan la posibilidad de dar audiencia al defensor, previo a presentar la queja ante el Colegio de Abogados.⁽¹²⁾

Se ha presentado la duda, sobre si debe realizarse, previo a la comunicación de la falta a la Fiscalía del Colegio de Abogados, un procedimiento sumario –como vimos no contenido por la normativa– para determinar si procede o no decretar el abandono en vía judicial. En principio, pareciera que lo que procedería sería la comunicación inmediata al Colegio, pasadas las cuarenta y ocho horas, sin esperar notificar al abogado afectado.

No obstante, los fallos de los Tribunales Contenciosos, que son donde, finalmente, se revisan las sanciones acordadas por la Junta Directiva del Colegio de Abogados, han determinado que, previo a la comunicación al Colegio, deben los Juzgadores dar la oportunidad al abogado de defenderse en sede penal. De lo contrario –se ha considerado–, que al establecer el Colegio una sanción contra el profesional en derecho, prohijando un procedimiento judicial donde no se dio la oportunidad de defensa, sería violatorio del debido proceso.⁽¹³⁾

(11) Sobre la información que debe aportar el Juez Penal según circular 24-2003, del Consejo Superior del Poder Judicial, publicada en el Boletín Judicial nº. 67, del 4 de abril de 2003, se establece: *“Además, deberán remitirse copia de las piezas procesales en que conste el abandono, a saber: -La aceptación del cargo de defensor. -Lugar señalado para oír notificaciones. -Acta de notificación de la audiencia respectiva. -Acta de la audiencia. -Justificación del abogado y los recursos o gestiones realizadas por los profesionales, a efecto de lograr su restitución”*. Asimismo, los recordatorios remitidos a las autoridades judiciales penales, según circulares 114-2005 publicada en el Boletín Judicial nº. 194 del 10 de octubre del 2005 y 126-2005, del Consejo Superior, a efectos de que se aporte dicha documentación.

(12) En ese sentido se expresa la Sala Constitucional en el voto nº. 6099-2001 de 5 de julio de 2001.

(13) En esa dirección se manifiesta el voto 856-2005 del 22 de agosto de 2005, del Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Segundo Circuito Judicial, donde se condena al Colegio de Abogados,

En ese sentido, aunque estamos claros que será el Colegio de Abogados, a través de su Junta Directiva, quien establezca si existe o no el abandono de la defensa, consideramos prudente que, previo a remitir la comunicación a la Fiscalía, debe notificarse al abogado afectado, en vía judicial, sobre el decreto del abandono de la defensa, para que éste pueda ejercer los recursos respectivos.

De tal forma, una separación injusta de la defensa, no sólo puede acarrear un gravamen para el defensor, sino para el propio imputado que se quedaría sin su defensor de confianza. Así, cuando esté firme la resolución que decreta el abandono judicialmente, agotados los recursos, sería el momento procedente de enviar la comunicación.

Una vez recibida por la Fiscalía la comunicación judicial sobre el abandono de la defensa, siguiendo el debido proceso⁽¹⁴⁾ deberá darse el traslado respectivo al abogado, a efectos de que demuestre si le asistió, frente a ese abandono, una causa justa. Así, corresponderá al abogado comprobar, en dicha sede, la causa justa que le asistió, sin que esto signifique una inversión de la carga probatoria.⁽¹⁵⁾

por aplicar una sanción contra un abogado defensor, a quien el Juzgado Penal no le dio la posibilidad de justificar el abandono decretado en sede judicial. En ese mismo sentido, se dirige la Circular 24-2003 del Consejo Superior que indica, que deja entrever la necesidad del agotamiento de todos los recursos contra la resolución que decretó el abandono en la vía judicial.

- (14) Sobre el debido proceso se ha considerado que la Administración debe, en atención al derecho de defensa del administrado: *“a) Hacer traslado de cargos al afectado, lo cual implica comunicar en forma individualizada, concreta y oportuna, los hechos que se imputan; b) Permitirle el acceso irrestricto al expediente administrativo; c) Concederle un plazo razonable para la preparación de su defensa; d) Concederle la audiencia y permitirle aportar toda la prueba que considere oportuna para respaldar su defensa; e) Fundamentar las resoluciones que pongan fin al procedimiento; f) Reconocer su derecho a recurrir contra la resolución sancionatoria”*. (Voto n.º. 5469-1995 del 4 de octubre).
- (15) La Sala Constitucional ha establecido: *“De esa manera, el reclamo de que el Colegio invirtió la carga de la prueba, no tiene sustento. No estima esta Sala que el Colegio de Abogados haya invertido la carga de la prueba en su perjuicio, pues al afirmar que el impidió asistir al debate una aguda dolencia estomacal, debió justificarla con prueba idónea en razón de la ausencia acusada por la Jueza Penal de Alajuela”* (voto n.º. 2540-2000 del 22 de marzo).

IV. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE ABANDONO DE LA DEFENSA

La declaratoria del abandono de la defensa lleva consigo un primer efecto, que es la separación del abogado de la defensa y la consecuente sustitución por otro. Esta declaratoria, debe ser notificada al imputado, para que tenga la posibilidad de nombrar a otro abogado de confianza;⁽¹⁶⁾ no obstante, de no nombrarlo se designará un defensor público⁽¹⁷⁾ (artículo 104 Código Procesal Penal).

Un segundo efecto, es que el abogado separado no podrá ocupar nuevamente dicho cargo; sin embargo, resulta polémica la decisión de algunos tribunales, que pese haberse decretado el abandono de la defensa, previamente, han permitido que el mismo abogado sea quien represente al imputado, indicándose que debe prevalecer la elección del imputado en cuanto a su defensor de confianza.⁽¹⁸⁾ En este caso, se considera que debe imperar la separación del cargo del defensor, nombrando un sustituto, ya sea un defensor público.⁽¹⁹⁾

Ahora bien, la sustitución del abogado en principio debería suspender la audiencia. Así, la normativa es clara al indicar que, cuando

(16) En este caso el plazo que se otorga es de tres días, por lo que de no contestar la prevención o de indicar dentro de ese plazo que no consiguió como sustituir al defensor, se le designará uno público. Sobre el defensor de confianza ver LEONE, Giovanni, *op. cit.*, p. 569. Asimismo, art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(17) Al respecto, la Sala Constitucional ha considerado que el nombramiento de un defensor público cuando el imputado ha quedado sin representación en el proceso, pese a no ser su defensor de confianza, no constituye una violación a derecho constitucional alguno del acusado, por el contrario, dicha medida tiende a asegurarle el ejercicio de la defensa técnica. (Ver votos nº. 7551-1994 del 22 de marzo y 5221-1994 del 13 de septiembre).

(18) En ese sentido, el artículo 100 del Código Procesal Penal indica que es un derecho del imputado de elegir un defensor de confianza.

(19) En ese sentido, vid. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *op. cit.*, p. 425, indica: *“Es una sanción ésta, que aleja definitivamente a quien no supo cumplir con su deber, y evita posibles dilaciones que una nueva intervención del mismo letrado pudiera acarrear. El imputado podrá elegir otro defensor, pero será irrelevante su voluntad de que prosiga el mismo”*.

el abandono ocurra antes de iniciarse el juicio, el comienzo de la audiencia podrá aplazarse por un plazo no mayor de cinco días hábiles, si el nuevo defensor lo solicita. Obviamente, si el abandono se da durante el juicio, siendo el único defensor del imputado, el juicio debe realizarse nuevamente.

Diferente es el caso que plantea el artículo 318 Código Procesal Penal, para cuando el defensor no asista sin justa causa, pues prevé la posibilidad de que sea sustituido por un defensor público. Aspecto que, no sólo puede pesarse difícil, dado que la sustitución por un defensor público no es inmediata, sino que, primero debe respetarse que el imputado elija otro defensor de confianza. Además, de ser posible esta opción, pareciera que tomar un caso sin estudiarlo para iniciar una audiencia, vulneraría el derecho de defensa del imputado.

Por su parte, en aquellos casos, en que más bien sea el abogado del querellante quien no acude a la audiencia o bien el actor civil, se ha permitido, estando presente el poderdante, que lo sustituya por otro abogado, suspendiendo la audiencia para otorgarle tiempo. De tal forma, haciendo un análisis normativo con base al artículo 41 de la Constitución Política esta opción parece la adecuada para que no haya una denegatoria de justicia a las partes.⁽²⁰⁾ Lógicamente, esta inasistencia debe ser comunicada al Colegio de Abogados.

V. DE LA SANCIÓN

El artículo 83 del Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho, plantea que la infracción al artículo 46 de ese mismo Código es una falta grave.⁽²¹⁾ En ese sentido, el artículo 85 de ese Código, establece que la sanción por faltas graves equivale a la suspensión en el ejercicio profesional por un plazo de tres meses hasta tres años.

(20) Véase voto 2004-718 del 22 de julio del 2004 del Tribunal de Casación Penal.

(21) Vid. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, op. cit., p. 425. Efectivamente, la labor desplegada por el abogado como defensor en las causas penales reviste un indudable interés público, cuyo abandono debe considerarse grave. En ese sentido, ver votos n.º. 10843-2001 del 24 de octubre, 4642-1999 del 16 de junio y 1759-2000 del 23 de febrero, todos de la Sala Constitucional.

Ahora bien, por su parte el artículo 105 del Código Procesal Penal, establece, de igual manera, que el abandono de la defensa es una falta grave que será sancionada con la suspensión para ejercer la profesión durante un lapso de un mes a un año y con el pago de una suma de dinero equivalente al costo de las audiencias que debieron repetirse a causa del abandono. En ese sentido, esta última normativa es más benévola en cuanto a la sanción a aplicar.

En estos casos, la sanción aplicable para el abogado defensor que abandonó la defensa es la contenida por el artículo 105 citado, y no la contenida por el artículo 83 de Código de Deberes. De tal forma, no debe olvidarse, que aquélla sanción tiene rango legal, y, además, por la especialidad de la norma que regula el caso específico: el abandono de la defensa. Así las cosas, deberá imponerse la sanción contenida en el Código Procesal Penal.

Lo anterior, puede marcar una diferencia abismal entre la falta que pueda cometer al no asistir a la audiencia el abogado del querrelante o actor civil, con la misma falta cometida por el defensor; pues, para los primeros se aplicaría la sanción contenida por el artículo 85, con un mínimo de tres meses a tres años, mientras que para el último, considerándose que puede ser la falta más grave por abandonar al cliente, a quien pende su libertad, resultaría una sanción más benévola.

Asimismo, la competencia para aplicar la sanción corresponderá, exclusivamente, a la Junta Directiva del Colegio de Abogados,⁽²²⁾ por lo que, a nivel judicial, lo único que corresponde es realizar la comunicación a la Fiscalía corroborada la no asistencia del abogado a la audiencia.⁽²³⁾

(22) El artículo 12 de la Ley Orgánica del Colegio de Abogados dispone: *“En los demás casos del artículo transanterior, la Junta Directiva del Colegio de Abogados, siguiendo el procedimiento establecido en la Ley General de Administración Pública, decretará la suspensión, por mayoría absoluta de votos presentes y en votación secreta. La resolución final tendrá únicamente el recurso de revocatoria, cuya decisión dará por agotada la vía administrativa”*.

(23) Sobre el tema la Sala Constitucional ha indicado: *“(...) la imposición de sanciones disciplinarias a los abogados no es un asunto de naturaleza jurisdiccional y el que se establezca que la Junta Directiva del Colegio esta facultada, por ley, para conocer de las faltas de sus agremiados e*

Asimismo, no debemos dejar de lado, que para la aplicación de esta sanción debe imperar el principio de razonabilidad y proporcionalidad;⁽²⁴⁾ así, deberá tomarse en cuenta el caso concreto, si el abogado tuvo efectivo conocimiento del señalamiento de la audiencia, si por el contrario la comunicación no se pudo realizar por problemas del equipo electrónico, la gravedad del caso, los daños que pudieron o se ocasionaron con dicho abandono, así como si es la primera vez o no que el abogado está sometido por este tipo de faltas. Todo lo anterior debe ponderarse para poder establecer una sanción proporcional a la falta cometida.

CONCLUSIONES

Primera. La labor del abogado al participar oportunamente en las audiencias penales como defensor del imputado, no sólo tiende a garantizar el efectivo ejercicio del derecho defensa, sino que con su labor coadyuva con la Administración de Justicia.

Segunda. El abogado al asumir una causa, por ser su libre elección, adquiere un compromiso de representar a su cliente en todas las instancias, salvo que una causa justa se lo impida. Su renuncia, además de requerir de una causa justa, debe ser comunicada con anticipación a su cliente y al Despacho donde se tramita la causa.

Tercera. El defensor del imputado no podrá retirarse de la defensa del imputado, hasta que sea efectivamente sustituido, y aún, existiendo una causa justa, no podrá negarse a representar al imputado si ya ha sido notificado del señalamiento de la audiencia.

Cuarta. La inasistencia injustificada a las audiencias señaladas, por parte de los otros abogados mandatarios representantes del

imponer las respectivas sanciones no viola el principio de juez natural que se establece en el artículo 35 de la Constitución Política". (Voto nº. 7019-1995 del 21 de diciembre). En ese mismo sentido, ver votos nº. 6420-1999, 4642-1999 y 1759-2000, todos de la Sala Constitucional).

(24) Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Volumen I, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 263. Asimismo, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Español, Parte General*, Editorial Reppeter, Barcelona, 2002, pp. 99, 132 y 133.

querellante o del actor civil, equivale a abandonar a su cliente, por lo que procede la comunicación de éstos al Colegio de Abogados.

Quinta. Previo al nombramiento de un defensor público, debe otorgársele a oportunidad al imputado de nombrar un defensor de confianza que represente sus intereses.

Sexta. Una vez que se ha decretado el abandono de la defensa en vía judicial, no es posible que el mismo abogado sea nombrado nuevamente para representar al imputado en la causa donde se decretó el abandono.

Sétima. Deberá otorgarse un plazo de cuarenta y ocho horas, previo a declarar el abandono de la defensa en vía judicial, para que el abogado pueda alegar si le asistió causa justa para no acudir a la audiencia. Una vez decretado el abandono, el Juez deberá comunicarlo al abogado afectado para que éste pueda ejercer los recursos respectivos.

Octava. El Colegio de Abogados es el competente para aplicar la sanción, en caso de corroborarse en vía administrativa el abandono de la defensa. La sanción deberá respetar el principio de proporcionalidad, no pudiendo escapar el análisis la gravedad de la conducta cometida por el abogado.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Centro de Estudios Ramón Arecedes, Madrid, 2002.
- ARMENTA DEU, Teresa. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I, Volumen I. Editorial Bosch, Barcelona, 2000.
- DE LA OLIVA, Santos. *Derecho Penal*. Editorial Centro de Estudios Ramón Arecedes, Madrid, 2002.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Tirant lo blanch. Valencia, 1993.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado*, segunda edición. Editorial Jurídica Continental, 2001.
- MARTÍN OSTOS, José. *Introducción al Derecho Procesal*. Editorial Astigi, Sevilla, 2004.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Español, Parte General*. Editorial Reppeter, Barcelona, 2002.
- MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal*. Editorial lo blanch. Valencia, 1997, pp. 140. Asimismo, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho Procesal Penal*, quinta edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Arecedes, Madrid, 2002.
- _____. y, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Derecho jurisdiccional III, proceso penal*. Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I, Volumen I. Editorial Bosch, Barcelona, 2000.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición. Editorial Lerner, Buenos Aires, 1969.

CHINCHILLA SANDÍ: El abogado ante la moral...

EL ABOGADO ANTE LA MORAL, LA ÉTICA Y LA DEONTOLOGÍA JURÍDICA

Dr. Carlos Chinchilla Sandí

Juez Superior
Tribunal de Casación Penal

*“Tu deber es luchar por el derecho; pero el
día que encuentres en conflicto el derecho
con la justicia, lucha por la justicia”*

EDUARDO J. COUTURE
("Los mandamientos del abogado")

(Recibido 30/04/06; aceptado 28/06/06)

RESUMEN

La Deontología Jurídica comprende las reglas del deber y, como tal, tiene la misión de regular el proceder correcto y apropiado del abogado en su ejercicio profesional. Esta función la realiza desde el ámbito de los llamados Códigos Deontológicos que regulan toda la actividad de la Abogacía, los que a su vez se nutren, indiscutiblemente, de la Moral y la Ética. La deontología no es más que la ética profesional aplicada, donde sus contenidos normativos son de acatamiento obligatorio para todos los abogados a los cuales se dirigen. Existen muchos principios rectores de la Deontología Profesional, entre los más importantes encontramos la justicia, la independencia profesional, la libertad profesional, la ciencia y conciencia, así como la probidad profesional. Estos principios brindan contenido y vigencia práctica a la Deontología Jurídica, desde su eminente carácter preventivo, el cual algunas veces se muestra vulnerado por actuaciones indebidas de los abogados y surge, irremediamente, la posibilidad extrema de imponer sanciones disciplinarias a éstos.

Palabras clave: Moral; Ética; Deontología Jurídica; Deontología Profesional; Justicia; Independencia; Libertad; Probidad Profesional.

ABSTRACT

Judicial Deontology comprises the rules of duty and, as such, it has the mission of regulating the correct and adequate proceeding of the lawyer in the exercise of his or her profession. This task is done from the environment of the so called Deontological Codes which regulate all of the activities of the Legal Profession, who are in turn nourished by, undeniably, by Moral and Ethics. Deontology is nothing but the applied professional ethic, in which its norms content are mandatory for all the lawyers to which they are addressed. There are many guiding principles in the Professional Deontology, amongst which the most important that we can find are justice, professional independence, professional liberty, science and conscious, as well as professional integrity. These principals provide content and practical enforcement to the Judicial Deontology, all the way from its eminent preventive character, which is sometimes made vulnerable by the undue actions of lawyers, and, wich no possibility of avoiding it, the extreme possibility of imposing disciplinary sanctions to these lawyers then arise.

Key words: Moral, ethics, judicial deontology, justice, independence, liberty, professional integrity.

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Moral y ética
 - 1. Moral
 - 2. Ética
 - 3. Diferencias e identidades entre la moral y la ética
- III. Deontología profesional
 - 1. Desarrollo conceptual de la deontología profesional
 - 2. Identidades y diferencias entre la ética y la deontología
 - 3. Cuadro comparativo entre la ética profesional y la deontología
- IV. Principios deontológicos de la abogacía como profesión
 - 1. Justicia
 - 2. Independencia profesional
 - 3. Libertad profesional
 - 4. Ciencia y conciencia
 - 5. Probidad profesional
- V. Conclusiones
- VI. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día en el mundo, y Costa Rica no es la excepción, la atención se dirige al cumplimiento de reglas éticas en el comportamiento humano en todos los ámbitos.

Constantemente podemos apreciar el surgimiento de leyes y reglamentos acerca del proceder conforme reglas de ética, pues el temor directo e inmediato a la corrupción intimidada y obliga a tomar acciones en este campo. Sus consecuencias se encuentran en todos los medios, desde la noticia que informa actos de corrupción en el orden político, hasta aquel acontecimiento contra la ética que tiene vinculación con el mundo económico, el acontecer social y, sin lugar a dudas, el mismo deporte. Esta posibilidad de atracción se identifica con actividades públicas y privadas, actos de trascendencia laboral así como profesional, siempre en atención a acciones contrarias a reglas éticas y deontológicas.

Cuando se habla de una conducta ética, identificada dentro del ámbito jurídico, resulta no solo exigencia de aquellos profesionales en derecho que se conducen dentro de la administración pública sino, también y en forma racional, a los profesionales que ejercen liberalmente el derecho.

Como se podrá notar, el efecto es universal y ningún campo del acontecer humano se encuentra exento de la exigencia de un proceder ético y alejado de la corrupción.

Resulta innegable la corrosiva y vertiginosa corrupción que se ha generado, desde el siglo pasado y hasta nuestros días, en todas las profesiones liberales, de la cual no se ha librado la abogacía. Ello nos conduce a replantear los esquemas iniciales, a revitalizar los Colegios Profesionales y, en forma inmediata, darle verdadera eficacia a las normas deontológicas internas que regulan la conducta de los profesionales en derecho, donde se exige el proceder en cumplimiento de reglas éticas, lo que brindará vigencia al principio de "*probidad profesional*"; hoy olvidado por muchos y, lamentablemente, visto con indiferencia por la mayoría.

La Deontología jurídica no es un proyecto de futuro sino, es una necesidad actual e inmediata. Ello conduce a que los profesionales en derecho, en forma individual y colectiva, a través del Colegio de

Abogados de Costa Rica, atiendan en forma inmediata el cumplimiento y respeto profesional al *Código de deberes jurídicos, morales y éticos del profesional en derecho*.⁽¹⁾

II. MORAL Y ÉTICA

Es importante lograr una primera definición conceptual entre la *moral* y la *ética*.

1. MORAL

Inicialmente podríamos decir que la moral es la ciencia del actuar, de las costumbres y lo vivido por el hombre.⁽²⁾ Se dice que nuestras acciones tienden a encauzarse y repetirse en lo que corresponde a hábitos y costumbres; por ello, no es posible pensar en personas amorales, pues no existen personas sin ciertas costumbres y hábito.⁽³⁾

La moral es *“un conjunto de principios, preceptos, mandatos, prohibiciones, permisos, patrones de conducta, valores e ideales de vida buena que en su conjunto conforman un sistema más o menos coherente, propio de un colectivo concreto en una determinada época histórica ... la moral es un sistema de contenidos que refleja una determinada forma de vida”*.⁽⁴⁾

Se puede definir la moral como el conjunto de convicciones y pautas de conducta que guían los actos de una persona concreta a la largo de su vida. En este sentido, estos modos de vida, individuales y

(1) Aprobado en sesión de Junta Directiva del Colegio de Abogados de Costa Rica N°50-2004 del 25 de noviembre del 2004 y ratificado el 2 de diciembre del 2004 en sesión N°52-2004 y publicado en La Gaceta N°242 del 10 de diciembre del 2004.

(2) Cfr. Torre Díaz, Francisco Javier de la, *Ética y Deontología Jurídica*, Madrid, 2000, p. 72.

(3) Ver, Torre Díaz, *Ética...*, cit., p. 72.

(4) Cortina, Adela/Martínez, Emilio, *Ética*, Madrid, 1996, p. 14.

comunitarios, se concretan en tradiciones, religiones y sistemas filosóficos que en algunas ocasiones se llaman moral en la medida en que son modos de vida concretos.⁽⁵⁾

La moral se compone de dos aspectos o ámbitos; por un lado, es valorativa y, por otro, es *normativa*. Se dice que es *valorativa* en cuanto establece criterios de distinción entre lo bueno y lo malo; por su parte, es *normativa* en cuanto ordena hacer el bien y no hacer el mal. No corresponde a la moral decidir qué es bueno, pues el bien tiene carácter ontológico.⁽⁶⁾

En definitiva, podríamos decir que la moral es “*un conjunto de principios, preceptos, mandatos, prohibiciones, permisos, patronos de conducta, valores e ideales de vida buena que en su conjunto conforman un sistema más o menos coherente, propio de un colectivo concreto en una determinada época histórica... la moral es un sistema de contenidos que refleja una determinada forma de vida*”.⁽⁷⁾ Como agrega Torre Díaz, “...*este modo de vida no coincide plenamente con las convicciones de todos los miembros. Es un modelo ideal de buena conducta socialmente establecido*”.⁽⁸⁾

2. ÉTICA

La ética es una ciencia y, como tal, explica las cosas por sus causas.⁽⁹⁾ En efecto, “...*no se trata aquí de emitir una opinión más acerca de lo bueno o lo malo; se trata de emitir juicios sobre la bondad o maldad moral de algo, pero dando siempre la causa o razón de dicho juicio*”.⁽¹⁰⁾

(5) Cfr. Torre Díaz, *Ética...*, cit., p. 72.

(6) Ver, Vázquez Guerrero, Francisco Daniel, *Ética, Deontología y Abogados. Cuestiones generales y situaciones concretas*, Barcelona, 1997, p. 22.

(7) Dostoievsky, Fedor, *Crimen y castigo*, Barcelona, 1982, pp. 66-72.

(8) Ver, Torre Díaz, *Ética...*, cit. p. 73.

(9) Cfr. Gutiérrez Sáenz, Raúl, *Introducción a la Ética, en Curso de Ética Profesional Jurídica*, San José, 2005, p. 29.

(10) Cfr. Gutiérrez Sáenz, *Introducción a la Ética*, cit., p. 29.

Según el origen etimológico de la palabra ética, la misma proviene del griego *éthos* (morada) o *éthos* (hábitos, costumbres). Tiene o presenta un contenido más neutro que *moral*.⁽¹¹⁾

La ética es ciencia por su carácter eminentemente *racional*. Por lo que se dice que la ética no es producto de la emoción o del instinto, como tampoco es resultado de la intuición del corazón, y mucho menos de la pasión. Además, la ética se identifica como una ciencia *práctica*, porque está diseñada para realizarse en la vida práctica.⁽¹²⁾

Por otra parte, la ética es considerada como una ciencia *normativa*, pues se dirige a brindar normas para la vida, orienta la conducta práctica, dirige, encauza las decisiones libres del hombre. Por ello, es rectora de la conducta humana.⁽¹³⁾

La ética se ubica en un nivel reflexivo; se dice que es la *moral pensada*.⁽¹⁴⁾ La ética propone pensar en qué acciones son buenas para el hombre, qué acciones son justas. Se dedica a realizar una reflexión sobre la moral, brinda o permite dar cuenta racionalmente de la dimensión moral.⁽¹⁵⁾

Para Gutiérrez Sáenz, “*la ética es una ciencia que estudia lo normal de derecho, lo que debe realizarse, la conducta que debería tener la gente, lo que es correcto en determinadas circunstancias. La ‘mordida’, el ‘chanchullo’, el fanatismo religioso, son normales de hecho en ciertos ambientes; pero no son lo normal de derecho. La razón estudiará en cada caso y justificará lo normal de derecho*”.⁽¹⁶⁾

(11) Cfr. Desclos, Jean, *Una moral para la vida*, en *Curso de Ética Profesional Jurídica*, San José, 2005, p. 395.

(12) Ver, Gutiérrez Sáenz, *Introducción a la Ética*, cit., p. 30.

(13) Cfr. Gutiérrez Sáenz, *Introducción a la Ética*, cit., p. 32.

(14) Ver, Torre Díaz, *Ética...*, cit., p. 72.

(15) Cfr. Torre Díaz, *Ética...*, cit., p. 72.

(16) Ver, Gutiérrez Sáenz, *Introducción a la Ética*, cit. p. 33.

La ética tiene un *objeto material* y *formal*. En términos generales, el objeto material de una ciencia es la cosa que se estudia y, el objeto formal es el aspecto de la cosa que se estudia. En la *ética* el *objeto material* esta representado por los actos humanos, y el *objeto formal* es la *bondad o maldad* de esos mismos actos humanos”.⁽¹⁷⁾

De lo expuesto, podemos extraer las características identificadoras de la *Ética*;

- a) Es una ciencia,
- b) Es racional,
- c) Es práctica,
- d) Es normativa,
- e) Su tema es la bondad y maldad de los actos humanos.

Desde este panorama se puede definir la *Ética* como “...una *ciencia práctica y normativa que estudia racionalmente la bondad y maldad de los actos humanos*”.⁽¹⁸⁾

3. DIFERENCIAS E IDENTIDADES ENTRE LA MORAL Y LA ÉTICA

Existen una serie de diferencias conceptuales y de contenido entre la moral y la ética; no obstante, también hay campos de conexión entre ambas.

Tanto la moral como la ética orientan nuestras acciones. No obstante, la moral orienta nuestra conducta directamente, por su parte, la ética no tiene por qué tener una incidencia inmediata en nuestra vida cotidiana, puede servir de modo indirecto de orientación pues su objetivo es indicar qué concepción moral es más razonable.⁽¹⁹⁾

(17) Cfr. Gutiérrez Sáenz, *Introducción a la Ética*, cit., p. 33.

(18) Cfr. Gutiérrez Sáenz, *Introducción a la Ética*, cit., p. 35.

(19) Ver, Torre Díaz, *Ética...*, cit., p. 73.

A pesar de mostrar sus diferencias, en la práctica, la ética y la moral comúnmente se utilizan como sinónimos. Si revisamos la raíz etimológica de ambas palabras, podremos escudriñar que significan algo semejante; modo de ser, carácter (*ethos*: morada; *moris*: costumbre). Por ejemplo, se habla del comportamiento poco ético cuando queremos decir que no se conforma a la moral vigente.⁽²⁰⁾

En este sentido, podemos decir que no podemos separar en forma absoluta la moral y la ética, lo vivido y lo reflexionado pues reflexionamos en la vida, “*nuestras razones nacen de nuestra concreta moral y los bienes que buscamos son los bienes concretos de nuestra tradición. Nuestra racionalidad depende de lo particular, del contexto, de nuestra historia y no podemos salir de esta finitud e historicidad hacia principios abstractos y universales salvo en la ficción o el sueño*”.⁽²¹⁾

III. DEONTOLOGÍA PROFESIONAL

1. DESARROLLO CONCEPTUAL DE LA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL

La *Deontología* desde su origen etimológico expresa el deber (*deon*, deber en griego), lo que debe ser hecho. La forma de comprender y aplicar las normas éticas puede ser de dos tipos; un tipo *teleológico*, dirigido al análisis de los fines, de las metas, de las consecuencias, de la utilidad, de las repercusiones de la acción, o un tipo *deontológico*—el que ahora nos interesa—, donde se brinda importancia a la cualidad intrínseca de obligación unida a la norma misma (v.gr.; ¡la ley es la ley!)⁽²²⁾

La **deontología** es “*aquella parte de la filosofía que trata del origen, la naturaleza y el fin del **deber**, en contraposición a la **ontología**, que trata de naturaleza, el origen y el fin del ser*”⁽²³⁾ (la negrita ha sido suplida).

(20) Cfr. Torre Díaz, *Ética...*, cit., p. 73.

(21) Torre Díaz, *Ética...*, cit., p. 74.

(22) Cfr. Desclos, Jean, *Una moral...*, cit. p. 393.

(23) Cfr. Battaglia, Salvatore, *Grande dizionario della lingua italiana*, Torino, Tomo IV, 1966, p. 198.

Por ello, los *códigos deontológicos* reglamentan de manera estricta los deberes de los miembros de una misma profesión.⁽²⁴⁾ En el caso concreto del ejercicio de la abogacía, existe por parte de los Colegios Profesionales de abogados, reglamentación acerca del proceder correcto de estos profesionales, donde se requiere su estricto cumplimiento de lo preceptuado, de lo contrario, podría generar responsabilidad disciplinaria, civil y, en algunos casos, penal.

La deontología profesional es el conjunto de las reglas y principios que rigen determinadas conductas del profesional (v. gr.; abogado, médico, ingeniero, etc.) de carácter no técnico, ejercidas o vinculadas, de cualquier manera, al ejercicio de la profesión y a la pertenencia al grupo profesional.⁽²⁵⁾

Existe una gran cantidad de definiciones de la deontología profesional pero, como dice Carlo Lega, “...todas tienden a configurarla como un conjunto de reglas de comportamiento basadas en la costumbre profesional y subrayan u carácter moral. No se preocupan, en cambio, de afrontar el problema de su naturaleza como complejo normativo, limitándose a considerarla bajo el aspecto ético”, agrega el mismo autor, “...no siempre es posible incluir las reglas deontológicas entre las meramente morales, y, por otra, no es siempre fácil o posible clasificarlas en alguna de las categorías jurídicas tradicionales, puesto que muchas presentan un carácter intrínseco de extrajuricidad”.⁽²⁶⁾

La deontología profesional tiene un objetivo muy concreto y limitado, dirigido a establecer unas normas y pautas de conducta exigibles a los profesionales con la finalidad de garantizar una actuación honesta a todos los que ejercen la profesión.⁽²⁷⁾ Señala Torre Díaz que “la deontología en la medida que establece unas normas y códigos de actuación se sitúa más cerca del derecho que de la filosofía o, como opinan otros autores, entre el derecho y la moral pues prevé tanto

(24) Ver, Desclos, Jean, *Una moral...*, cit. p. 393.

(25) Cfr. Lega, Carlo, *Deontología de la profesión de abogado, en Curso de Ética Profesional Jurídica*, San José, 2005, p. 193.

(26) Lega, *Deontología...*, cit. pp. 195-196.

(27) Cfr. Torre Díaz, *Ética...*, cit. p. 105.

consecuencias de carácter sancionador como la especificación de principios morales de carácter general”.⁽²⁸⁾

Conforme se ha expuesto, el Colegio de Abogados de Costa Rica cuenta con un *Código de Deberes jurídicos, morales y éticos del profesional en Derecho*, donde hace exigible el cabal cumplimiento de esta normativa en su artículo 1º, el cual dice así;

*“Las normas contenidas en este Código son de **aplicación forzosa** para todos los abogados y abogadas que se encuentren autorizados (as) como tales e inscritos (as) en el Colegio de Abogados, salvo que por su situación particular se encuentren bajo otro régimen disciplinario”* (la negrita ha sido suplida).

De igual forma, el artículo 2º del citado cuerpo normativo, recoge la idéntica obligatoriedad de acatamiento de esta reglamentación, al indicar lo siguiente;

*“El abogado y la abogada, como ciudadanos y como profesionales, **deberán cumplir con los preceptos institucionales del Colego de Abogados**, debiendo tener la satisfacción jurídica, ética y moral del servicio prestado”* (la negrita ha sido suplida).

Esta tendencia de crear cuerpos normativos deontológicos profesionales, se encuentra recogida en el ámbito de la Unión Europea, la cual promulgó el *Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea*,⁽²⁹⁾ en su artículo 1º identificado como el “Preámbulo”, incorpora el apartado “2” acerca de “La naturaleza de las reglas deontológicas”, donde señala en el punto “1” lo siguiente;

*“1.2.1. Las **reglas deontológicas** están destinadas a garantizar, mediante la aceptación vinculante, libremente consentida por aquellos a quienes se les*

(28) Torre Díaz, *Ética...*, cit. p. 105.

(29) Adoptado por los representantes de las 18 delegaciones de la Comunidad Europea y del Espacio Económico Europeo, en la Sesión Plenaria del CCBE del 28 de octubre de 1988 y modificado en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1998 y 6 de diciembre de 2002.

aplican, la correcta ejecución por parte del Abogado de si indispensable función, reconocida como esencial en todas las sociedades civilizadas. La inobservancia de estas normas por el Abogado debe tener como consecuencia, en última instancia, una sanción disciplinaria” (la negrita ha sido suplida).

Por su parte, el *Estatuto General de la Abogacía*⁽³⁰⁾ de España recoge la obligación de cumplimiento de las normas deontológicas profesionales, señalando en forma específica su artículo 1.2 que;

*“En el ejercicio profesional, el Abogado queda sometido a la normativa legal y estatutaria, al cumplimiento de las **normas y usos de la deontología profesional de la Abogacía** y al consiguiente régimen disciplinario colegial”* (la negrita ha sido suplida).

En este mismo *Estatuto General de la Abogacía* en su Título III acerca de los “Derechos y deberes de los Abogados”, señala en el artículo 31 la citada obligación del abogado en el cumplimiento de las normas en general, incluidas las deontológicas, veamos;

“Artículo 31.–Son también deberes generales del Abogado:

*a) Cumplir las normas legales, estatutarias y **deontológicas**, así como los acuerdos de los diferentes órganos corporativos”* (la negrita ha sido suplida).

Es evidente que existe una sensible tendencia mundial a consagrar, en forma específica y clara, las reglas correspondientes al campo de la **deontología profesional de la abogacía**, así como regular en forma específica la obligación de los abogados de respetar esta normativa. Su incumplimiento podrá provocar, sanciones en el ámbito disciplinario interno, sin perjuicio, según fuera el caso, de tener que hacer frente a una *responsabilidad civil*, así como *penal*.

(30) Real Decreto 658/2001, de 22 de junio del 2001. Publicado en el BOE 10/7/2001.

Conforme lo expuesto, el ejercicio de la abogacía reclama, irremediablemente, un proceder **ético** con respeto de las reglas **deontológicas** establecidas por cada Colegio Profesional en los diferentes países del mundo. El respeto a estos *códigos deontológicos* brinda un elevado *status* de respeto, confianza y credibilidad en el profesional en Derecho, lo que facilita una relación de mayor confianza y seguridad entre el cliente y su abogado.

Cuando estamos ante reglas deontológicas poco claras, omisas, sin sanciones manifiestas o eficaces hacia los agremiados que incumplen sus deberes profesionales, la relación cliente-abogado se desgasta, la profesión entra en crisis y emerge, imparable y destructivamente, una total desconfianza y descrédito de la profesión del abogado. Ante este esquema, quienes ganan la batalla son los profesionales corruptos e inescrupulosos que, dirigen su ambición hacia la obtención de considerables –o, en algunos casos, miserables– sumas de dinero, corrompiendo el arte de la abogacía y precipitando la profesión a su desaparición.

Lo que siempre debemos tener presente es ese comportamiento ético, tanto en nuestra vida privada como ciudadanos, pero con un mayor compromiso, en nuestro proceder público como abogados. Por ello decimos que,

...no es posible encontrar un corrupto ciudadano que sea, a su vez, un ejemplar profesional; como tampoco es posible imaginar un correcto abogado que sea un deshonesto ciudadano...

Estos conceptos y roles sociales se encuentran contenidos de una fuerte carga valorativa, la cual hoy día se convierte en el bastión indispensable para la reconstrucción de una nueva sociedad, la cual ha venido perdiendo una serie de valores de especial atención del ser humano, uno de ellos, quizá el más relevante, la **ética**. Rescatar este valor por parte de los abogados en su conducta profesional constituye, medio y garantía de reconstrucción y vuelta al camino, por los cánones de la **conducta social ética**. Donde cada ámbito de organización profesional –todas y cada una de las profesiones consideradas liberales– debe asumir su responsabilidad para hacer realidad el cumplimiento y acatamiento por convicción –en el mejor de los casos– de sus **reglamentos deontológicos**.

2. IDENTIDADES Y DIFERENCIAS ENTRE LA ÉTICA Y LA DEONTOLOGÍA

Cuando hemos hablado de deontología, irremediamente hemos realizado alusión a la ética y, en especial, a la llamada **ética profesional**.

Se propone que, *“la ética profesional es esa ética aplicada, no normativa y no exigible, que propone motivaciones en la actuación profesional, que se basa en la conciencia individual y que busca el bien de los individuos en el trabajo. La ética es, por lo tanto, el horizonte, la configuradora del sentido y la motivación de la deontología”*.⁽³¹⁾

Esta relación resulta sumamente estrecha, donde la deontología cuenta como punto de referencia y motivo de regulación, la ética profesional. La primera no subsiste sin la segunda y, de igual modo, la segunda no cuenta con sentido práctico de regulación y cumplimiento obligatorio, sin identificarse con un cuerpo normativo deontológico.

En este sentido, se dice que la **deontología** es la **ética aplicada** al campo profesional –v. gr.; abogacía–, la que se concreta en normas y códigos de conducta exigibles a los profesionales. Esta normativa es aprobada por el colectivo de los profesionales, donde se enumeran una serie de deberes y obligaciones mínimos para todos estos profesionales, regulando consecuencias de carácter sancionador –disciplinario–.⁽³²⁾

En esta búsqueda de similitudes, podemos encontrar esenciales diferencias entre ética y deontología, las cuales no hacen más que aclarar la estrecha relación entre una y otra, Podemos señalar algunas diferencias que resultan de especial relevancia,⁽³³⁾ veamos;

- a) **Cumplimiento de valores éticos y normas deontológicas.** El cumplimiento de los valores éticos corresponde a un campo de la intimidad del ser humano, donde decide si los sigue o, de lo contrario, reniega de ellos se procede en forma consecuente. No existen normas imperativas que sancionen a aquellos ciudadanos

(31) Cfr. Torre Díaz, *Ética...*, cit., p. 107.

(32) Cfr. Torre Díaz, *Ética...*, cit. p. 107.

(33) Ver, Torre Díaz, *Ética...*, cit., pp. 106-107.

que no respeten las regulaciones sociales morales y éticas; como tampoco encontramos mecanismos institucionalizados de amenaza para que los preceptos éticos se interioricen en cada ser humano y se conviertan en regla de vida de todos. Por el contrario, en el campo de la deontología profesional su tendencia es la creación de regulaciones consensuadas de carácter moral y ético que se recogen en normativas internas para las diferentes profesiones, incluida la abogacía, donde estas disposiciones resultan e aplicación universal a todos los agremiados y de cumplimiento obligatorio. Inicialmente con un carácter preventivo pero, en caso de incumplimiento a estos preceptos deontológicos, surge su faceta imperativa y sancionatoria, donde podemos pensar en una simple amonestación o llamada de advertencia, hasta la suspensión en el ejercicio profesional.

- b) **Enseñanzas de la Deontología a la Ética.** La ética tiene mucho que aprender de la deontología, pues la primera presenta un ámbito de regulación más genérico, abstracto y distante de los sujetos a los cuales se dirige, por lo que su efectividad y seguimiento resulta cuestionable y difícil de entender. Por su parte, la deontología muestra problemas y realidades concretas del profesional, donde se regula en forma directa y efectiva el acatamiento de las disposiciones o regulaciones ético-profesionales, pues su incumplimiento se encuentra inmerso dentro del ámbito de sanciones disciplinarias que podrían provocar, en el más grave de los casos, la separación temporal en el ejercicio profesional de aquellos agremiados que han incumplidos estas normas deontológicas.
- c) **La Ética se dirige a la conciencia individual, por el contrario, la Deontología regula lo aprobado para el ejercicio de una profesión –carácter colectivo–.** La ética dirige su atención –en última instancia– a la conciencia individual; sin embargo, esta conciencia personal necesita remitirse a reglas objetivadas en códigos deontológicos. Por su parte, la deontología tiene a regular lo aprobado para el ejercicio de una profesión, lo que le brinda el carácter colectivo. La deontología consiste en un desarrollo de los principios morales, partiendo de la existencia de normas jurídicas, hábitos, usos, costumbres, situaciones socioeconómicas del profesional, etc.
- d) **El código deontológico regula la conducta del profesional en su campo y prevé sanciones por su incumplimiento.** La

eficacia del código deontológico excede el fuero interno del profesional, pues ante la realización de ciertas conductas surge la sanción. Estas sanciones son las que brindan eficacia en la prevención de la conducta profesional incorrecta; mecanismos que no posee la ética en sí misma.

3. CUADRO COMPARATIVO ENTRE LA ÉTICA PROFESIONAL Y LA DEONTOLOGÍA⁽³⁴⁾

ÉTICA PROFESIONAL	DEONTOLOGÍA
Etimología; <i>ethos</i> , modo de ser	Etimología; <i>deon</i> , deber
No normativa, no contiene sanciones	Normas, códigos deontológicos, prevé sanciones
Conciencia individual	Aprobada por un colectivo
	–profesionales–
Amplitud en su formulación	Mínimos exigibles a los profesionales
Propone motivaciones, da sentido	Exige actuaciones, comportamientos

IV. PRINCIPIOS DEONTOLÓGICOS DE LA ABOGACÍA COMO PROFESIÓN

La *Deontología* se inspira en unos principios generales que permiten identificar sus líneas de acción y brindan cohesión al conjunto. Estos principios resultan particulares cuando se trata de la abogacía, por ello, el interés en identificar los mismos y conocer su contenido.

(34) Este cuadro comparativo entre la Ética Profesional y la Deontología es el resultado de las diferencias que se aprecian entre una y otra, tomado de Torres Díaz, *Ética...*, cit., p. 107.

1. JUSTICIA

Es difícil brindar un concepto de la Justicia, muchos autores ni siquiera se detienen a pensar en ello, como otros llegan a confundirse en este trabajo de conceptualización.

La Abogacía ha sido diseñada para la Justicia.⁽³⁵⁾ De igual forma, Couture en su exposición de los mandamiento del abogado, recoge como 3º el siguiente;

*“La **abogacía** es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia”*⁽³⁶⁾ (la negrita ha sido suplida).

Como vemos, efectivamente el profesional en derecho debe dirigir su atención al fortalecimiento y aplicación de la justicia, de lo contrario, estaría incumpliendo su misión de ayuda al derecho y la misma sociedad.

Según Vázquez Guerrero se *“...rehuye hablar lo justo en sí –se pone en duda la existencia de lo justo como absoluto, empleándose el término ‘justo’ como adjetivación del Derecho (justo) y de las disposiciones jurídicas (justas), para cuya existencia se han de cumplir dos exigencias: origen contractual de la norma o del Derecho y garantía de los derechos fundamentales”*.⁽³⁷⁾

Lo justo es un bien primario y debe servir de norte al abogado en su ejercicio profesional. Por ello, para la *deontología jurídica* el valor supremo es la *justicia*, y a ella dirige su atención.

En este desarrollo de la justicia ante el ejercicio profesional de la abogacía, Couture nos indicó que mandamiento identificado como 3º pero, además, nos muestra esa faceta práctica que enfrenta, aún hoy día, el abogado (litigante) ante los casos que le son sometidos a su conocimiento. En esta tesitura, podemos introducirnos, junto con Couture, en su explicación de aquello en los que consiste el trabajo del abogado desde la óptica de la justicia;

(35) Cfr. Martínez Val, José María, *Abogacía y Abogados*, Barcelona, 1981, p. 35.

(36) Ver, Couture, Eduardo J., *Los mandamientos del Abogado*, Buenos Aires, 1994, p. 11.

(37) Vázquez Guerrero, *Ética...*, cit., p. 43.

*De cada cien asuntos que pasan por el despacho de un abogado, cincuenta no son judiciales. Se trata de dar consejos, orientaciones e ideas en materia de negocios, asuntos de familia, prevención de conflictos futuros, etcétera. En todos estos casos, la ciencia cede su paso a la prudencia. De los dos extremos del dístico clásico que define al abogado, el primero predomina sobre el segundo y el **ome bueno** se sobrepone al **sabedor del derecho**. ...De los otros cincuenta, treinta son de rutina. Se trata de gestiones, tramitaciones, obtención de documentos, asuntos de jurisdicción voluntaria, defensas sin dificultad o juicios sin oposición de partes. El trabajo del abogado transforma aquí su estudio en una oficina de tramitaciones. ...De los veinte restantes, quince tienen alguna dificultad y demandan un trabajo intenso. Pero se trata de esa clase de dificultades que la vida nos presenta a cada paso y que la contracción y el empeño de un hombre laborioso e inteligente, están acostumbrados a sobrellevar. ...En los cinco restantes se halla la **esencia misma de la abogacía**. Se trata de los grandes casos de la profesión. No grandes, ciertamente, por su contenido económico, sino por la magnitud del esfuerzo físico e intelectual que demanda el superarlos. Casos aparentemente perdidos, por entre cuyas fisuras se filtra un hilo de luz a través del cual el abogado abre su brecha; situaciones graves, que deben someterse por meses o por años, y que demandan un sistema nervioso a toda prueba, sagacidad, aplomo, energía, visión lejana, autoridad moral, fe absoluta en el triunfo. ...La maestría en estos magnos asuntos otorga al título de **princeps fori**. ...La opinión pública juzga el trabajo del abogado y su dedicación a él, con el mismo criterio con que otorga el título a los campeones olímpicos: por la reserva de energías para decidir la lucha en el empuje final⁽³⁸⁾ (la negrita ha sido suplida).*

La Justicia tiene muchas acepciones y formas de entenderla. En este momento no nos interesa la justicia como poder –desde un ámbito político–, tampoco la justicia como cuerpo –concepto funcional–, y excluimos su identificación como Administración de Justicia –concepto cargado de un gran valor orgánico–, sino que nos interesa identificarla en dos de sus aspectos que consideramos más relevantes; la **justicia** como **virtud** y como **resultado**.⁽³⁹⁾

(38) Couture, *Los Mandamientos...*, cit., pp. 31-33.

(39) Cfr. Vázquez Guerrero, *Ética...*, cit., pp. 44-46; en igual sentido, Martínez Val, *Abogacía...*, cit., pp. 37-38.

a) Justicia como virtud

Como virtud la justicia es un principio operativo que nos dirige a **ser justos**.⁽⁴⁰⁾

La justicia es virtud social, pues cada uno de nosotros llevamos, en forma consciente o latente, una idea primera de lo que es justo, *“todo lo simple que se quiera, pero natural, incorruptible, aunque pueda estar soterrada bajo vicios, pasiones e intereses, y aunque muchas veces no se la quiera escuchar. Y el abogado es –debe ser– el sacerdote de esa idea, que hace posible la convivencia y la cooperación social en un ambiente de orden fecundo”*.⁽⁴¹⁾

En todo esto es interesante reconocer que el talento no es cualidad suficiente en una profesión que se relaciona tan de cerca con la justicia. En este sentido, la independencia y el desinterés constituyen las virtudes esenciales y especialmente meritorias del abogado.⁽⁴²⁾

b) Justicia como resultado

La idea de justicia lleva implícita una noción de reparto. El dar a cada uno lo suyo implica un conocimiento previo de lo que es propio de cada cual, y una atribución a título personal de lo que hemos individualizado como de su pertenencia.⁽⁴³⁾

Esta perspectiva de la justicia desde el ámbito de la **proporcionalidad**, tiene dos visiones diferentes, según hablemos de la **justicia conmutativa** y **justicia distributiva**.

Respecto a la **justicia conmutativa** tenemos que la **proporcionalidad** adquiere un perfil de igualdad aritmética, *“pues aplicándose a las relaciones interpersonales, hay una equivalencia entre lo que se da y lo que se recibe: en una compraventa, si prevalece la justicia, habrá*

(40) Ver, Vázquez Guerrero, *Ética...*, cit. p. 44.

(41) Martínez Val, *Abogacía...*, cit. pp. 37-38.

(42) Cfr. Gómez Pérez, Rafael, *Deontología Jurídica*, Pamplona, 1988, p. 294.

(43) Ver, Vázquez Guerrero, *Ética...*, cit. p. 45.

una equivalencia entra la cosa y el precio. Costa distinta será la determinación de la concreto de esa equivalencia”.⁽⁴⁴⁾

En el caso de la **justicia distributiva** la **proporcionalidad** tiene su razón en los méritos y circunstancias personales de aquéllos que participan en la distribución. Por ello, *“el centro de gravedad de la operación se desplaza de la igualdad aritmética de las cosas que se dan y reciben (justicia conmutativa) a la desigualdad personal de los partícipes, cuya proporción ha de respetarse (justicia distributiva)”*.⁽⁴⁵⁾

Existen una serie de prácticas que se consideran contrarias a la **Justicia** y que dirigen a pensar en la **injusticia**. Lamentablemente, en algunas de estas prácticas participa el abogado, como artífice de conductas inapropiadas e indecorosas, las cuales justifica, sin razón alguna, en el ánimo de ganar el pleito judicial para favorecer a su cliente.

Respecto a este tema, Couture expone su mandamiento 8º, el cual dice;

“Ten fue en el derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del derecho; en la paz, como sustitutivo bondadoso de la justicia; y sobre todo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz”.⁽⁴⁶⁾

El derrotero a seguir para el abogado se encuentra marcado por la justicia, la que no permite actuaciones contrarias a ella, por lo que, sin lugar a dudas, un proceder injusto como lo podrían ser:

- a) El uso *alternativo del derecho*;
- b) El fraude *del fin perseguido por la ley*;
- c) La *multiplicación injustificada de incidentes o prolongación indebida de procedimientos*; y,

(44) Vázquez Guerrero, *Ética...*, cit., p. 45.

(45) Vázquez Guerrero, *Ética...*, cit., p. 45.

(46) Couture, *Los mandamientos...*, cit. p. 51.

- d) *Cualquier otra desviación del proceso hacia la obtención de fines ilícitos.*

Lo anterior nos llevaría a desconocer elpreciado valor de la **Justicia**, para adentrarnos en un desvalor —o valor negativo— y perjudicial para el ejercicio de la abogacía, el derecho y la sociedad en general, como lo es, la **injusticia**.

Algunos de los profesionales en derecho, que no han logrado interiorizar la importancia de sus propios códigos deontológicos proceden, en forma consciente, a dirigir su ejercicio profesional de manera inadecuada y contraria a la justicia, la libertad y el mismo derecho. Por ello, estas normas deontológicas emergen en reclamo de esta desviación y, le requieren al abogado afrontar su responsabilidad por las actuaciones realizadas.

2) INDEPENDENCIA PROFESIONAL

Este principio tiene una relación directa con la abogacía, debido a que sus características conducen a su identificación dentro del ámbito de la **deontología jurídica**. Para algunos, como el caso de Carlo Lega, la **independencia profesional** no tiene solamente relieve deontológico, sino que configura jurídicamente uno de los bienes materiales de que es titular el ente profesional, que ha sido dotado del deber de salvaguardarla.⁽⁴⁷⁾

Referido al ejercicio de la abogacía, para Carlo Lega la **independencia** se entiende como “ausencia de toda forma de injerencia, de interferencia, de vínculos y de presiones de cualquiera que sean provenientes del exterior y que tiendan a influenciar, desviar o distorsionar la acción del ente profesional para la consecución de sus fines institucionales y la actividad desempeñada por los colegiados en el ejercicio de su profesión”.⁽⁴⁸⁾ Cualquier distorsión o intromisión en la independencia del profesional en derecho debe ser considerada ilícita.⁽⁴⁹⁾

(47) Lega, Deontología..., cit., p. 217.

(48) Lega, Deontología..., cit., p. 217.

(49) Cfr. Lega, Deontología..., cit., p. 217.

Como vemos, al forma de definir le principio de independencia es en forma negativa, como la ausencia de injerencias y presiones en el ejercicio de la profesión; pero también desde un aspecto positivo, como lo son, la autonomía y la libertad en la citada actividad profesional.

Es manifiesto que el abogado debe atenerse profesionalmente a su saber y conciencia, por lo que la independencia de su actuación, va referida, en principio, a estos extremos.⁽⁵⁰⁾

Partiendo de lo anterior, el primer obstáculo a la independencia profesional lo es la propia ignorancia del profesional en derecho. Por ello, cuando se hace referencia a la independencia del abogado, *“no es a esa autonomía o independencia a la que nos referimos, sino a la que tiene su asiento en la voluntad, es decir, en la libertad del profesional; esto es, a la posibilidad de tomar decisiones propias, no condicionadas por injerencias o mediatizaciones externas. Estamos, pues, ante un concepto de independencia exterior, no interior”*.⁽⁵¹⁾

La independencia del abogado se puede ver amenazada, externamente, y venir del:⁽⁵²⁾

- a) Órgano judicial;
- b) Autoridades administrativas;
- c) Poderes político-económicos;
- d) Colegio Profesional;
- e) Clientes.

3) LIBERTAD PROFESIONAL

El ***principio de libertad profesional*** tiene mucha afinidad con el anterior ***principio de independencia profesional*** que estudiamos. Este principio de libertad profesional se refiere al propio ejercicio de la función de abogado.

(50) Ver, Velásquez Guerrero, *Ética...*, cit., p. 53.

(51) Velásquez Guerrero, *Ética...*, cit., p. 53.

(52) Cfr. Velásquez Guerrero, *Ética...*, cit., p. 53.

A pesar de la cercanía y conexión que pueda existir entre éste y el principio de independencia profesional, logran diferenciarse en cuanto el **principio de libertad profesional** se refiere a la **libertad de auto-determinación** del profesional en orden a su conducta en el ejercicio de la profesión no sólo desde un punto de vista técnico, sino también con relación a los comportamientos que complementan a los técnicos.⁽⁵³⁾

Según Carlo Lega, “*mientras que el principio de independencia supone sobre todo una garantía del ente profesional y del profesional individualmente considerado frente a las intromisiones arbitrarias de terceros, el principio de libertad, en su aspecto deontológico, concierne en particular al comportamiento del abogado con relación a su cliente y tiende a atemperar la exigencias de las normas del arte forense con el interés del asistido y con la dignidad profesional del quien lo asiste*”.⁽⁵⁴⁾

4) CIENCIA Y CONCIENCIA

El principio deontológico que ahora nos ocupa, el cual tiene un alcance universal, se refiere al “**obrar según ciencia y conciencia**”. Este principio arroja dos conceptos que requieren una precisión inmediata para desentrañar el contenido del mismo; hablamos de la ciencia y la conciencia.

a) Ciencia

Cuando se habla de la “ciencia” hacemos referencia a la ciencia propia de la profesional sea, el Derecho; no solamente desde su aspecto teórico sino también práctico.

La ciencia propia del abogado es, esencialmente, una ciencia jurídica comprensiva no solamente de la normativa en rigor, sino además de su aplicación jurisprudencial y, comprende, el conocimiento de la doctrina y de los principios jurídico-filosóficos en que la doctrina se basa.⁽⁵⁵⁾

(53) Cfr. Lega, *Deontología...*, cit., pp. 221-222.

(54) Ver, Lega, *Deontología...*, cit., p. 222.

(55) Cfr. Vázquez Guerrero, *Ética...*, cit., p. 58.

“El abogado debe ser, además, un humanista. Su ciencia no es una colección de principios abstractos y descarnados, sino aplicables a conflictos personales y concretos. De aquí viene al abogado su vocación humanista. En el hombre confluyen todos los saberes y todos ellos, como todo lo humano, conciernen al jurista, aunque no con la misma intensidad y profundidad en todos los casos”.⁽⁵⁶⁾

b) Conciencia

Cuando del concepto **conciencia** los debemos vincular al calificativo **profesional**. Conforme lo anterior, prescindimos de las discusiones de la **conciencia** a nivel de la filosofía, la psicología y la religión, pues su vinculación se realiza con la **ética profesional**.

La **conciencia profesional** se encuentra vinculada con el conocimiento y, en este sentido, con la autorresponsabilidad del profesional. Este último *“debe actuar no sólo con rigurosa atención a las normas técnicas, sino también con conocimiento de todas las consecuencias que derivan de su aplicación, incluso hasta más allá de los límites de la relación profesional, teniendo en cuenta el interés individual del cliente y el general de la colectividad en relación a la función social desarrollada por la profesión”.*⁽⁵⁷⁾

Existe una clara vinculación del concepto conciencia con la moral, propiamente, una moral usual vinculada al marco del ordenamiento de la profesión de abogado y del ordenamiento jurídico en general. Esta cercanía entre conciencia y moral se evidencia, debido a que el abogado en su práctica profesional debe emplear, además de los aspectos técnicos de su ciencia, ideas propias de justicia.

La conciencia no es una simple opinión subjetiva sobre la moralidad del acto, como tampoco la conciencia profesional se limita al aspecto voluntarista.⁽⁵⁸⁾

(56) Vázquez Guerrero, *Ética...*, cit., p. 58.

(57) Lega, *Deontología...*, cit., p. 209.

(58) Ver en este sentido, Vázquez Guerrero, *Ética...*, cit., p. 59; Lega, *Deontología...*, cit., p. 210.

Entre la ciencia y conciencia existe un innegable nexo, a pesar que los términos de valoración de una y otra son diferentes, no es posible objetarse que entre ambas se cuenta con el conocimiento que el profesional debe tener de los valores esenciales de su profesión, tanto en el aspecto técnico, como social y humano.⁽⁵⁹⁾

Lega⁽⁶⁰⁾ realiza una clara vinculación entre la deontología y la conciencia. Señala que la deontología toma en consideración la conciencia profesional en cuanto que persona humana inserta en el complejo social y reafirma la exigencia del conocimiento que aquél debe tener de los valores esenciales de su profesión. Pero también de los subjetivos (referidos a sí mismo, al cliente, a los terceros con quienes entra en contacto) y los de la colectividad en general.

En este sentido, Couture expone el mandamiento 2º, según el cual;

“El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando”.

Como se podrá notar, del enunciado de este mandamiento se recoge, con meridiana precisión, el conocimiento científico que el profesional en derecho debe tener de la ciencia que aplica pero, además, requiere realizar el ejercicio de su profesión con el pensamiento, diríamos, con su conciencia.

5) **PROBIDAD PROFESIONAL**

La **probidad** es la honradez. Una profesional debe ser, sin lugar a dudas, una persona honesta, donde sea su pauta de conducta en su vida profesional y, además, privada.

La probidad es un concepto que tiene carácter universal y, una inmediata relación con la deontología, por lo que se aplica a todas la profesiones, incluida la abogacía.

(59) Lega, *Deontología...*, cit., p. 211.

(60) Cfr. Lega, *Deontología...*, cit., p. 211.

Se incorpora al concepto probidad el adjetivo profesional, que conduce a la identificación de la acepción más común de la probidad, identificada con la naturaleza y función social de la profesión a que se refiera, y de la que constituye un límite.⁽⁶¹⁾

Debido al contenido amplio del concepto de probidad profesional, el mismo tiende a ampliarse al ámbito de la conducta privada del abogado. Por ello, un proceder inadecuado en la vida privada del profesional, podría repercutir en la reputación personal de éste. Como vemos, el impacto podría trascender del ámbito privado y particular del sujeto hasta el profesional, donde la reputación del abogado se podría ver perjudicada y, en algunos casos, podría dar lugar a la aplicación del código deontológico particular.

V. CONCLUSIONES

La **Deontología Jurídica** abarca conceptos y principios que, esencialmente, se encuentran estrechamente unidos a las actividades del proceder ordinario del profesional en derecho. Dentro de estos conceptos y principios entendemos incluidos la moral, la ética, la probidad, la independencia y la libertad profesional, entre otros.

La correlación inmediata entre moral y ética resulta innegable, como también lo es, de éstas con la deontología profesional y, específicamente, la deontología jurídica.

Existe algún tipo de resistencia a la promulgación de códigos deontológicos que regulen las profesionales liberales, incluida la abogacía. A lo anterior podemos decir, sin temor a equivocarnos que, efectivamente, la gran mayoría de abogados se comporta en forma acorde con los más serios mandatos deontológicos, aún sin necesidad de la existencia de este tipo de normativo.

No obstante lo expuesto, existe un margen reducido de abogados, a los cuales la simple enunciación de postulados morales y éticos no les proveen contención en su actuar. Por ello, resulta indispensable la formulación de estos Códigos Deontológicos de los Abogados como regulaciones de carácter preventivo que, en el peor de

(61) Cfr. Lega, *Deontología...*, cit., p. 212.

los casos, actuarán para sancionar algún proceder incorrecto del profesional en derecho, donde se le podría llegar a imponer, en caso extremo, una sanción disciplinaria.

La función del abogado se debe a la sociedad y, por supuesto, al cliente. Lo anterior debe dirigirlo a la búsqueda, en todo momento, de la justicia al caso concreto, donde su proceder debe enmarcarse en el comportamiento ético profesional.

VI. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS CITADOS

Battaglia, Salvatore, *Grande dizionario della lingua italiana*, Torino, Tomo IV, 1966.

Cortina, Adela/Martínez, Emilio, *Ética*, Madrid, 1996.

Couture, Eduardo J., *Los mandamientos del Abogado*, Buenos Aires, 1994.

Desclos, Jean, *Una moral para la vida, en Curso de Ética Profesional Jurídica*, San José, 2005.

Dostoievsky, Fedor, *Crimen y castigo*, Barcelona, 1982.

Gómez Pérez, Rafael, *Deontología Jurídica*, Pamplona, 1988.

Gutiérrez Sáenz, Raúl, *Introducción a la Ética, en Curso de Ética Profesional Jurídica*, San José, 2005.

Lega, Carlo, *Deontología de la profesión de abogado, en Curso de Ética Profesional Jurídica*, San José, 2005.

Martínez Val, José María, *Abogacía y Abogados*, Barcelona, 1981.

Torre Díaz, Francisco Javier de la, *Ética y Deontología Jurídica*, Madrid, 2000.

Vázquez Guerrero, Francisco Daniel, *Ética, Deontología y Abogados. Cuestiones generales y situaciones concretas*, Barcelona, 1997.

CUERPOS NORMATIVOS DEONTOLÓGICOS

Código de deberes jurídicos, morales y éticos del profesional en derecho.
Aprobado en sesión de Junta Directiva del Colegio de Abogados de Costa Rica N°50-2004 del 25 de noviembre del 2004 y ratificado el 2 de

CHINCHILLA SANDÍ: El abogado ante la moral...

diciembre del 2004 en sesión N°52-2004 y publicado en La Gaceta N°242 del 10 de diciembre del 2004.

Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea. Adoptado por los representantes de las 18 delegaciones de la Comunidad Europea y del Espacio Económico Europeo, en la Sesión Plenaria del CCBE del 28 de octubre de 1988 y modificado en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1998 y 6 de diciembre de 2002.

Estatuto General de la Abogacía de España. Real Decreto 658/2001, de 22 de junio del 2001. Publicado en el BOE 10/7/2001.

DEBER DE PROBIDAD Y EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

Lic. Christian E. Campos Monge^(*)

(Recibido 30/04/06; aceptado 28/06/06)

-
- (*) El autor es abogado y notario por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica; investigador y candidato a doctor del Sistema de Estudios de Postgrado de la UNED; magíster en derecho constitucional y técnico en comercio internacional. Docente de Postgrado en la Universidad La Salle e instructor certificado en *Didáctica, Métodos y Planificación* por parte del ICAP, Fundación Alemana para el Desarrollo Internacional y la Contraloría General; además ha publicado cerca de un centenar de artículos en diferentes diarios de circulación nacional y dicta regularmente cursos sobre corrupción, probidad, contratación administrativa y otros afines, sea en Escuela Judicial, Colegio de Abogados, ciertas empresas de capacitación y Contraloría General.

Tel. 501-8016

E-mail: christian@cgr.go.cr

RESUMEN

La sociedad demanda hoy más que nunca una conducta proba en los funcionarios públicos y en aquellos servidores del sector privado que se relacionan directa o indirectamente con el aparato estatal.

Palabras clave: Estado, funcionario, ética, profesión, abogado, función pública.

ABSTRACT

The society demands more than ever today a behavior honest in the officials and in those servants of the private sector that are related direct or indirectly with the State.

Key words: State, official, ethic, profession, lawyer, public function.

SUMARIO

Introducción

1. La profesión de abogado: un servicio que debe trascender.
2. Función pública y el ejercicio de la profesión como servidor estatal.
3. Delimitaciones de ética, moral y probidad.
4. El deber de probidad del abogado: el compromiso personal y social.
5. Una pincelada del Código de deberes jurídicos, morales y ético.
6. Una máxima de vida; a modo de conclusiones.

Bibliografía

“...condúcete de acuerdo con aquella máxima que tú desearías se convirtiera en ley general”

Manuel Kant

“...la conducta humana es buena o justa cuando está determinada por normas que los hombres que actúan pueden o deben desear que sean obligatorias para todos”

Hans Kelsen

“...desde la redención de Jesucristo, ninguna relación con otra persona es válida sino pasa por el amor; que se traduce en respeto, perdón, comprensión, paciencia... Naturalmente, es una ética válida para creyentes y no creyentes porque de ella se deduce una dignidad del ser humano (de todo ser humano) independiente de sus actuaciones y de su profesión”

Juan Pablo II

INTRODUCCIÓN

Existe un evidente cuestionamiento ciudadano, nos parece que con sobradas razones, en relación con ciertas actuaciones del todo irregulares –relacionadas con actos de corrupción– cometidas por algunos funcionarios públicos o privados. En esto no solo nos referimos a los comportamientos que infringen e irrespetan el marco legal sino, además, a aquéllos que desconocen un mínimo de resguardo a ciertos valores o principios implícitos en la persona y la sociedad, sean éstos de composición ética o mejor dicho de probidad.

No se pretende con este ensayo juzgar moralmente las actuaciones de otros –en especial de los abogados que ejercen a la vez la función pública– porque ello, nos parece, al final quedará más como un asunto de conciencia, y hasta de juicio divino –en clara verdad para los que son creyentes–.

Por ende lo que se propone es compartir unas cuantas ideas en torno a la probidad como objetivo superior del quehacer del abogado; algo que por lo demás no es tarea sencilla de desarrollar, pese a existir cierta idea de aceptación generalizada de cómo se debe actuar en el ejercicio de un determinado cargo de frente a la sociedad.

Bajo la misma línea de estudio, nos detendremos a analizar la función del abogado y el mínimo de deberes a observar solo por el

hecho del ejercicio de la profesión; igual correlacionaremos la figura del lego en derecho desde su carácter de funcionario público, algo que incluso abarca a los profesionales del sector privado que, bajo ciertos supuestos, también les puede alcanzar el concepto de “servidor estatal”, y finalmente reflexionaremos en torno al deber de probidad dispuesto en la Ley anticorrupción,⁽¹⁾ sus alcances e implicaciones.

1. LA PROFESIÓN DE ABOGADO: UN SERVICIO QUE DEBE TRASCENDER

La escogencia de una determinada profesión debe, necesariamente, tener su origen en un examen vocacional⁽²⁾ hecho de manera personal y responsable. Es reprochable la presencia de un profesional cuyo objeto superior de carrera no le es claro, o más bien se distorsiona aquél pretendiendo alcanzar fines disímiles a los que realmente se deben perseguir. La nota que caracteriza una profesión es la de estar al servicio de otra o de otras personas; es decir, se parte de un ejercicio por y para servir; se le sirve al cliente, al patrono, al colega, al que clama justicia, pero sobretudo, se le sirve al país con lo que se hace diariamente.

En un sentido estricto el operador jurídico –ubicado en cualquier esfera de trabajo– está comprometido con un norte elemental del entorno social: *hacer que el estado, afincado en los preceptos de ser un*

(1) Hemos insistido en varios foros que la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública (Ley No. 8422), por evidente mala técnica y redundancia, debería denominarse correctamente como “Ley anticorrupción” o “Ley contra la corrupción”; advertimos, pues, que así será llamada en este ensayo.

(2) “La vocación es un deseo entrañable hacia lo que uno quiere convertirse en un futuro, lo que uno quiere hacer por el resto de su vida, es algo que se enlaza y se determina por los conocimientos generales. Un profesional que carezca de vocación, tendrá un proceso más tardío y difícil para poder desarrollar sus conocimientos, a diferencia de un profesional que sienta una verdadera vocación. / En definitiva, la vocación va de la mano con la ética profesional pues, la vocación nos debe inspirar los más altos valores cívicos y éticos, el llamado a servir como profesional nos debe enaltecer de tal manera que no exista placer más grande que sentir la satisfacción del deber cumplido”. Vid, Memoria del XV Congreso Jurídico Nacional: “Ética con Responsabilidad Social”, Ponencia Ética profesional I, p. 64.

estado constitucional, social y democrático, se cumpla en todo momento. Esto lo debe procurar alcanzar con su servicio el juez como el litigante, el consultor como el asesor, el profesional de planta como el contratado externamente, el abogado en cargos políticos como el catedrático; en suma, todos los posibles espacios de desarrollo profesional parten de un punto en común: primero se es *abogado*.

La profesión, se nos comenta, “es una capacidad cualificada requerida por el bien común, con peculiares posibilidades económico-sociales. El profesional no tiene el carácter de tal por el simple hecho de recibir el título que lo certifica o le da la cualidad de profesional, nadie es profesional por el título en sí, el título lo único que expresa es su calidad de ser ya un profesional, mas no que tiene todas las cualidades éticas para serlo, el título profesional mas allá de ser un ALGUIEN es la manifestación intrínseca de lo que internamente se lleva, no por la naturaleza de la persona sino por sus cualidades éticas, como la idoneidad o aptitud que le da un nuevo perfil a su personalidad”.⁽³⁾

Ahora, el ejercicio de la abogacía igual se debe entender bajo un claro sentido de servicio. Y “servir” resulta ser un concepto que supera con creces el ejercicio de una determinada profesión, pero se puede servir basado en diferentes objetivos. Así, es factible servir para intereses diferentes al de carácter público cuando se ejecuta un cargo del servicio estatal: servir de modo poco diligente al cliente, sea en una representación judicial; servir erradamente, de manera provocada o por falta profesional, al emitir un criterio legal, un asesoramiento. En fin, de frente al imperativo del servicio, el profesional debería cumplir con los cánones de probidad, que más adelante se profundizarán, además del ingrediente crucial del conocimiento o la destreza en el manejo de las leyes, la doctrina o la jurisprudencia.

Todo depende, conforme lo señalado, de dónde esté ubicado el interés del profesional. En ese sentido, nos permitimos hacer un paralelo con cierto pasaje evangélico que más o menos dice: allí donde esté ubicado tu tesoro (tus intereses como abogado o profesional), allí estará tu corazón⁽⁴⁾ (la razón de ser de lo que se hace). Pensamiento que

(3) Vid, *Ética general y profesional*, en <http://www.monografias.com/trabajos16/etica-general/etica-general.shtml#PROFESION>, citado el 27 de abril del 2006.

(4) Cita del Evangelio de san Mateo, Cap. 6, versos 21-24.

obviamente hace ver ese examen personal de saber ubicar la motivación de ser persona, y luego profesional.

Según se entiende, “la palabra profesión se deriva del latín, con la preposición *pro*, delante de, en presencia de, en público, y con el verbo *fateor*, que significa manifestar, declarar, proclamar. De estos vocablos surgen los sustantivos *professor*, profesor, y *professio* (sic) profesión, que remiten a la persona que se dedica a cultivar un arte, con una disposición que hace al sujeto especialmente apto para una determinada actividad profesional... en ese sentido, la profesión tiene como finalidad *el bien común o el interés público*. Es más, nadie es profesional, en primera instancia, para sí mismo, pues toda profesión tiene una dimensión social, de servicio a la comunidad, que se anticipa a la dimensión individual de la profesión...”.⁽⁵⁾

De lo que viene hemos de señalar que en esto del servicio a través del ejercicio de una profesión, y en nuestro caso del desempeño de la abogacía, cabe una especial mención a la “trascendencia”. Nos explicamos mejor, trascender en la vida es dejar huella en otras personas de lo que se fue, de lo que se hizo, de lo que se cosechó en otros seres humanos; sea, es la suma de todos aquellos aspectos generados adrede o no necesariamente, que permiten recordar a una persona de manera única. Podríamos relacionarlo como ese deseo último, y verdaderamente importante, de pasar por el mundo haciendo el bien. Trascender también abarca lo que profesionalmente se haga en bien del propio sujeto y de los demás. Nos parece que esto se comprende de una mejor manera desde la psicología motivacional, por lo que optamos por recurrir a un autor calificado como lo es Jorge Bucay que en su libro *El camino de la felicidad* nos comenta lo siguiente:⁽⁶⁾

“Lo que más me importa en la vida es llegar a transmitir a otra persona algo de lo que sé, algo de lo que hago o de lo que aprendí... Es una manera de permanecer, la cual ni siquiera se termina cuando sientes que ya diste todo...”

(5) Memoria del XV Congreso Jurídico Nacional: “Ética con Responsabilidad Social”, Bases conceptuales, p. 8.

(6) BUCAY (Jorge). *El camino de la felicidad*. Editorial del Nuevo Extremo, S.A., Buenos Aires, 2004, p. 153.

Se puede ir en este camino (se refiere al camino de la vida) buscando el oro o buscando el bronce. por el aplauso o por el reconocimiento, por el rating o por el servicio, por la fama o por el deseo de llegar más lejos. Pero... los que me rodean, no son la única forma de acceder a la trascendencia. Porque también existe otra trascendencia, que no pertenece al espacio, sino al tiempo: aquello que hago para que personas que hoy ni conozco, dentro de cien años se sirvan de lo que hice”.⁽⁷⁾

Así, pues, el ejercicio de la profesión también supone hallar un sentido de vida;⁽⁸⁾ no son elementos disímiles: se es persona, luego se es profesional, pero una cosa no se separa de la otra; lo primero comporta saber contestarse una pregunta: *¿para qué se vive?*, lo segundo podría ser parte de la respuesta que se dé. Sea, se vive para desarrollar una profesión, una que debe estar al servicio de los demás, una que permite trascender, una que ayude a dejar huella. Y esto, como decía David Starr Jordan, permite decir al profesional que “No hay en todo el mundo un triunfo verdadero que pueda separarse de la dignidad en el vivir”.

Ahora, la persona que ejerce como abogado debe saber que su título tiene origen del latín *advocatus*, sea aquella persona licenciada en derecho que, entre otros roles, representa y/o hace la defensa de las partes en un juicio, ejecuta toda clase de procesos judiciales y administrativos; realiza asesoramientos o consultorías en las materias de

(7) Don José Miguel Alfaro Rodríguez, exvicepresidente de la República, nos da, en relación con lo que hemos de heredar a la presente y siguientes generaciones, el siguiente pensamiento: “Costa Rica somos todos los costarricenses, algunos ya han ido, otros estamos aquí pero la mayoría está por venir, y quienes, con nosotros, habitamos este territorio bendito de Dios, recibido por nuestros abuelos de sus manos; que debemos administrar para entregarlo limpio, sin mancha y enaltecido a las futuras generaciones; con autoridades que deben estar a nuestro servicio como gerentes y garantes del bien común”. Memoria del XV Congreso Jurídico Nacional: “Ética con Responsabilidad Social”, Bases conceptuales, p. 40.

(8) Sobre esto del sentido de la vida, este mismo autor nos regala la siguiente frase: “Encontrar el sentido de tu vida, es descubrir la llave de la felicidad”.

su competencia. Agreguemos que el abogado es un agente esencial para sacar adelante la administración de justicia, sea como juez, litigante, perito u otro. Por él se da un enfoque todavía más acertado de los problemas de los ciudadanos cuando éstos accionan el aparato de justicia. El abogado es un experto conocedor del ordenamiento jurídico, la doctrina y jurisprudencia que le informa, de ahí que su actuar esté basado en el uso de su inteligencia, misma que se destina, e insistimos, a la búsqueda de la justicia (sea la judicial o administrativa), y con ello la paz social.

Por tanto, el ejercicio de la profesión de abogado es, así lo proponemos como definición, un servicio personal dado a otro (o a los otros) que debe trascender en beneficio del crecimiento de cada uno, y por ello, en pro de la sociedad que se verá directamente beneficiada. En este sentido, el Código de deberes jurídicos, morales y éticos del profesional en derecho indica en su norma 2 lo siguiente: “El abogado y la abogada, como ciudadanos y como profesionales, deberán cumplir con los preceptos institucionales del Colegio de Abogados, debiendo tener la satisfacción jurídica, *ética y moral del servicio prestado*”.

Pese a que la actividad del abogado es generalmente de orden privada, sucede que en ocasiones ésta se vuelve pública cuando, en un cargo predeterminado, el profesional es contratado para desempeñarse como funcionario público. Aquí surge una doble connotación de deberes y alcances de la función porque se debe cumplir tanto lo que se exige por el hecho de ser letrado en leyes –imposiciones originadas en el Colegio profesional respectivo, por ejemplo–, como por ser funcionario público –sea lo propio de la legislación pública–, elementos que son diferentes, pero que al unirse refuerzan los imperativos por observar.

En efecto, son cientos los abogados que se desempeñan para el Estado,⁽⁹⁾ sea sujetos que directamente reciben un salario cargado a la hacienda pública por lo que, de esta manera, deviene en importante detenernos en los conceptos de función y empleado público.

(9) Decimos “Estado” para que se comprenda como un todo; por él debe entenderse cualquier sujeto público: empresa pública, institución autónoma, universidad pública, ministerio, municipalidad, órganos desconcentrados, etc. Es decir, cualquier sujeto que maneje dineros o recursos que le pertenecen a la hacienda pública.

2. FUNCIÓN PÚBLICA Y EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN COMO SERVIDOR ESTATAL

Por función⁽¹⁰⁾ pública comprendemos toda actuación formalmente designada o no a una persona física o jurídica inclusive, que se hace en beneficio del Estado, sea ésta remunerada, por cualquier tipo de pago, o no. La función pública puede ser permanente o temporal, y siempre lo es bajo la autoridad supervisora del Estado. Por lo tanto, quien ejerza estas funciones debe ser considerado funcionario o servidor público, por lo que debe sujetarse a los deberes y obligaciones que la Constitución y las leyes le establecen.

El vocablo “función” deriva de la voz latina “*functio*”, palabra perteneciente a la misma raíz del verbo “fungir”, que da a entender el hecho de cumplir, ejecutar o desempeñar algo. Por ende, hay una relación directa a la idea de actividad o movimiento; se trata así de un contenido dinámico del que no se puede apartar. Se dirige, pues, a ejecutarse siempre un cometido o cumplir con una tarea. Toda función no es sino la actividad cumplida por un órgano para la realización de determinado fin.

Advertimos, eso sí, que el concepto de función pública en comentario difiere del tema de la división de funciones de los diferentes órganos constitucionales existentes; en esto bien sabemos de los postulados esenciales de Montesquieu: “el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute”.⁽¹¹⁾ Así, función pública parte de una comprensión genérica, sea todo lo que hagan (toda su actuación) las administraciones públicas, es decir, todo sujeto que recibe, planifica y gasta fondos y recursos de la hacienda pública. Incluso podemos incluir, por el amplísimo concepto de funcionario público de la Ley anticorrupción, a

(10) El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, tomo I, 21 a. edición, 1992, p.378 señala lo siguiente sobre función: “f. Capacidad de acción propia de los seres vivos y de sus órganos y de las máquinas o instrumentos. 2. Capacidad de acción propia o acción propia de los cargos y oficios...”.

(11) Citado por JINESTA LOBO (Ernesto). Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte general, Biblioteca Jurídica DIKÉ, Medellín, Colombia, 2002, p. 193.

aquellos sujetos privados (fundaciones, gestores, concesionarios, asociaciones, etc.) que reciben prestaciones de esa misma hacienda pública.

Función administrativa o pública la explica Jinesta Lobo de la siguiente manera:

“Nuestro texto constitucional, en su ordinal 49 emplea un concepto que constituye la clave de bóveda del derecho administrativo, cual es el de “función administrativa”. Esta noción presupone, desde una perspectiva dialéctica, el de “disfunción administrativa”. El término función administrativa, además de tener una connotación dinámica engloba, al presuponer su antítesis, todas las formas jurídicas y no jurídicas de exteriorización de las administraciones públicas (v. gr. las actuaciones materiales o técnicas y las omisiones). A nuestro juicio, la función engloba el conjunto de potestades que tiene un ente o un órgano, por lo que se relaciona con el concepto dogmático de competencia.

En el ordenamiento jurídico-administrativo costarricense, el término “función” tiene una gran relevancia, puesto que, el constituyente lo emplea, reiteradamente, para distinguir las diversas manifestaciones de la función estatal...

Como se ve, el Constituyente le encarga a cada uno de los órganos constitucionales, la tarea de realizar, a nombre y por cuenta del ente público mayor –Estado– un fin determinado, mediante la utilización de sus potestades y competencias (cantidad de instrumentos jurídicos y materiales) y el despliegue efectivo de la función constitucionalmente asignada.

Sabino Cassese, ha sostenido que la Administración Pública no tiene como únicos elementos la organización y sus actividades articuladas en fases (procedimientos), sino que existe otro que determina a todos los demás que son las funciones. Para esto afirma que “La Administración está en función de las funciones, en el sentido de que las funciones que

está llamada a realizar determinan los otros elementos. En relación a la (sic) funciones que debe realizar una Administración, se articularán las unidades administrativas, se elegirá al personal...”.⁽¹²⁾

Procede, pues, delimitar que la función pública de nuestro interés es simplemente la que desarrolla el funcionario público, en sentido genérico. O bien podemos señalar que la idea de función pública se debe entender como la relacionada a un órgano público, compuesto por personas, para el logro de una finalidad de interés general o que le es inherente.

En otro orden de cosas, procedemos ahora con definir quién es funcionario público; en esta línea la Ley anticorrupción establece que es “... Toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva...”⁽¹³⁾. A lo anterior le siguen otras indicaciones ubicadas en el mismo ordinal 2 de la Ley en comentario; así:

- Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de la Ley, con lo cual se rompe doctrina tradicional en la que sí se establecen distinciones en los términos dichos.
- Igual se regula que las disposiciones de la Ley le aplican al funcionario de hecho; entendiendo que tal tipo de funcionario, según lo define el Reglamento de la Ley: “Será... el que hace lo que el servidor público regular, pero sin investidura o con una investidura inválida o ineficaz aún fuera de situaciones de urgencia o de cambio ilegítimo de gobierno, siempre que se den las siguientes circunstancias: a) Que no se haya declarado todavía la ausencia o la irregularidad de la investidura, ni administrativa

(12) JINESTA LOBO (Ernesto), op. cit., p. 207.

(13) Art. 2 Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública. Este concepto no deja de lado al servidor que, de hecho, actúa y alcanza actos públicos.

ni jurisdiccionalmente; y, b) Que la conducta se desarrolle en forma pública, pacífica, continua y normalmente acomodada a derecho”.⁽¹⁴⁾ Véase que en la especie no se hace más que recoger lo señalado, grosso modo, en la Ley general de administración pública.

- Aplica el concepto en estudio a las personas que laboran para empresas públicas en cualquiera de sus formas (casos de Correos de Costa Rica, S.A., RACSA, S.A., por ejemplo).
- Asimismo a los entes públicos encargados de gestiones sometidas al derecho común (podrían estar aquí los colegios profesionales).
- Finalmente, comprende a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión. Entiéndase pues la posibilidad de que abogados estén desempeñándose en tales menesteres.

El concepto de funcionario público que nos precede, entendemos que aplica solo para los alcances de la legislación citada, por lo que igual debemos recurrir al concepto clásico patrio estatuido en la Ley general de la administración pública. En ese sentido, el ordinal 111 de tal cuerpo legal señala: “1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. / 2. A este efecto considéranse (sic) equivalentes los términos “funcionario público”, “servidor público”, “empleado público”, “encargado de servicio público” y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario. / 3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común”;⁽¹⁵⁾ como se ha visto, con respecto a este último inciso, la Ley

(14) Vid, art. 1º, inciso 19, del Reglamento a la Ley anticorrupción.

(15) Se debe incorporar a esto el concepto de funcionario de hecho dispuesto en el artículo 115 de la LGAP.

anticorrupción sí genera similitud con respecto a los alcances del concepto de funcionario público.

Ahora, tal grupo de sujetos que cumplen y realizan funciones públicos, son parte de una “clase social” o una “burocracia” (según concepciones antiqúisimas), sin embargo, pese a que originalmente “burocracia” se ligada a la idea de un estado ordenado a cumplir oportunamente las demandas ciudadanas, teniendo para ello una clase de servidores idóneos, ello vino de más a menos hasta llegarse a asimilar el concepto dicho, como sinónimo de sujetos o administraciones poco diligentes, desordenadas, ineficientes, entre otros.

Concluyendo este aparte, advertimos que todo funcionario público se entiende compelido a mostrar rectitud desde el sano y necesario liderazgo por mostrar, no solo porque ello lo ordena el deber de probidad estatuido en la Ley anticorrupción, sino porque ello de por sí debería ser una acción personal permanente que no necesita de un imperativo legal; pero, asimismo, se exige porque el artículo 13, inciso a) de la Ley general de control interno dispone como deber de los jercas y titulares subordinados el: *“a) Mantener y demostrar integridad y valores éticos en el ejercicio de sus deberes y obligaciones, así como contribuir con su liderazgo y sus acciones a promoverlos en el resto de la organización, para el cumplimiento efectivo por parte de los demás funcionarios”*, pretensión que incluye a todo servidor público porque en última ratio la aplicación de los preceptos atinentes de control interno descansa en toda institución, y en todo servidor de ésta.

3. DELIMITACIONES DE ÉTICA, MORAL Y PROBIDAD⁽¹⁶⁾

Nos parece necesario advertir a estas alturas diferencias existente entre ética y moral, conceptos integrados de por sí al de probidad, cuyos alcances son mayores, tal y como lo analizaremos.

Resulta que la ética y la moral⁽¹⁷⁾ tienen en común el hecho de guardar un sentido eminentemente práctico; sin embargo, la ética es un

(16) Aunque, como se verá, hay diferencias entre moral y ética, para efecto del ensayo se pueden comprender como sinónimos.

(17) Nos parece importante señalar que la exigencia de probidad en los profesionales en derecho, no tiene porque diferenciarse en última ratio

concepto más amplio y rico que la palabra moral. Puede entenderse por moral cualquier conjunto de reglas, valores, prohibiciones y tabúes procedentes desde fuera de la persona, es decir, que le son inculcados o impuestos por la política, las costumbres sociales, la religión o las ideologías.

En cambio, la ética siempre implica una reflexión teórica sobre cualquier moral, una revisión racional y crítica sobre la validez de la conducta humana. En tal caso, la ética, al ser una justificación racional de la moral, remite a que los ideales o valores procedan a partir de la propia deliberación de la persona. En tanto la moral es un asentimiento de las reglas dadas, la ética es un análisis crítico de esas reglas. Por eso la ética es una “filosofía” de la moral, si se entiende la filosofía como un conjunto de conocimientos racionalmente establecidos.

La moral nace con la existencia misma de la persona ya que históricamente no se conoce ningún pueblo, por “salvaje” o “primitivo” que se le quiera suponer, que no haya tenido normas, pautas o rituales de conducta. En cambio, la ética como saber teórico que justifica o legitima la conducta moral, es relativamente reciente; ésta aparece con

de la que se debe exigir al ciudadano común o el funcionario público no lego en leyes; así: “Las pautas de comportamiento que hacen a la ética pública no son distintas de las que deben imperar en la sociedad en general, pues es de esta última de donde proceden las personas que asumen circunstancialmente la gestión de los intereses públicos. En esta inteligencia, se ha sostenido que “la raíz esencial de la corrupción se encuentra en una real crisis moral de la sociedad...”. /Por otro lado, la primera afirmación del párrafo que antecede, es consecuencia de la existencia de principios éticos comunes que tienen distintas proyecciones según se trate de la actuación del ciudadano en el ámbito público o en el privado. / Así, la experiencia moral del ciudadano en su rol de funcionario y del particular como colaborador de la administración, constituyen el punto de partida de la investigación en la ciencia de la ética pública que tendrá como eje la idea del servicio a la colectividad, vale decir, en la realización del bien común en pos de satisfacer el bienestar general a través del trabajo bien hecho. / En ese esquema argumental, tal como adelantamos, entendemos que los preceptos de la ética pública no sólo deben regir la conducta de los funcionarios públicos, sino que también comprometen la de los ciudadanos cuando éstos se vinculan con el Estado”. Vid, Apuntes sobre principios de la ética pública en el derecho argentino, en <http://www.reformapolitica.com.ar/rp/noticias.php?page=noticia-537#relacionadas>, citado el 27 de abril del 2006.

el advenimiento de la filosofía en el siglo VI a. C. en Grecia. Empero la práctica de una ética teórica en sentido estricto surge hasta el siglo V a. C. con Sócrates, quien hace tambalear la moral de su sociedad al proponer como primordiales los valores espirituales antes que los materiales. La ética es el arte de la perfección humana que se extiende desde los individuos concretos hasta el conjunto de todos los seres racionales. Así, la ética es una forma saludable de vida que muchas veces implica apartarse de las prescripciones que imponen los grupos mayoritarios, en vistas a un desarrollo auténticamente humano.

En esto de las diferencias entre ética y moral, ARNAND, citando a Cortina, propone el siguiente modo para comprenderlo; así:

“La diferencia entre ética y moral resulta muy clara al leer a Cortina (1995) cuando afirma que la ética, si bien incide también en las decisiones correctas de la conducta humana, lo hace a través de cánones o fundamentos morales, es decir, no señala lo que es bueno o malo hacer (moral) sino cuándo lo es (ética). En realidad, la ética es un juicio que se expone socialmente sobre las conductas de los seres humanos que componen la sociedad. La ética trata sobre los principios del deber hacer, mientras que la moral modela esa ética en costumbres, modos y maneras de hacer. Resumiendo, la moral es lo que se practica y la ética piensa cómo debe ser esa moral”.⁽¹⁸⁾

La ética, siguiendo con su estudio, es una ciencia que aspira a explicar la validez de sus afirmaciones, tratando de comprobar por qué algo es bueno o malo, justo o injusto, moral o inmoral desde una perspectiva universal y necesaria. La ética es una filosofía práctica que busca reglamentar la conducta con vistas a un óptimo desarrollo humano. La ética se propone perfeccionar al hombre en su acción. Aun cuando la ética sea un conocimiento teórico, es, en última instancia, más importante el resultado de los actos que mejoren la condición humana, que la más perfecta elaboración especulativa de principios

(18) ARLAND (Rodolfo) en “Ética o corrupción: el dilema del nuevo milenio”. <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Arland.pdf>, citado el 27 de abril del 2006.

éticos que nunca se aplican a la vida práctica. La ética queda plasmada como la exigencia de perfección integral de la naturaleza humana, lo cual implica la búsqueda de la excelencia como seres individuales, familiares y sociales, y esto puede ser, por ejemplo, bajo una guía de enunciados nutrida del testimonio o propuesta de vida de Jesucristo, modelo sobre el cual regresaremos más adelante.

Importa manifestar, por otro lado, que la ética pública descansa sobre la idea de una serie de principios que son aplicables a las conductas de aquellos que desempeñan una función pública, o que, de algún modo, se vinculan con ésta –desde la esfera privada, tal y como se ha expresado líneas atrás–. Eso sí, no creemos que la ética pública sea distinta de la ética privada. En esta línea, y sin profundizar aún en el posible listado de preceptos probos rectores, nos parece que algunos de los enunciados aplicables serían: honestidad, transparencia, evaluación, uso adecuado de los bienes, del tiempo, rectitud, justicia, equidad, buena fe, colaboración, obligación de denunciar, dignidad que es lo mismo que honor, decoro, austeridad y templanza.

A estas alturas surge la interrogante de siempre: ¿puede el Estado regular la esfera ética de los funcionarios públicos? Y si puede hacerlo, la otra pregunta necesaria se da: ¿puede girarse tal obligación a todos los ámbitos de la vida del servidor público, durante las 24 horas del día, todos los días del año? Nuestro parecer es que sí.

En suma, en este campo de la probidad se puede indicar que existe una sola común a todas las personas, sin perjuicio de su concreción en principios específicos según el ámbito de actuación; además, los abogados funcionarios públicos en definitiva son también ciudadanos aunque encargados, por lo que se hace, de la gestión de la cosa pública; igualmente, muchas faltas éticas de los funcionarios públicos requieren, necesariamente, idéntica actitud de los particulares; y, finalmente, sólo desde la eventual hipocresía social se comprendería la exigencia de comportamientos éticos en los funcionarios sin el correlativo compromiso de los particulares a asumirlos.⁽¹⁹⁾

(19) Con estas breves indicaciones sobre ética y moral no queda agotado el tema; será importante reflexionar sobre la ética basada en el iusnaturalismo; de este esfuerzo académico surgirá la propuesta de la ética debida y exigida en el ejercicio de la función pública cuando, además, se es abogado.

Habiendo señalado grosso modo lo que es moral y ética, y como ambos términos se entienden dentro del concepto de probidad, nos disponemos ahora a señalar unas cuantas ideas sobre la presencia de una ética y moral basadas en principios de sustrato cristiano.

En esta línea, creemos en una ética o moral cuyo fundamento básico está en la existencia de un Ser Superior (Dios) que dicta normas de conducta que voluntariamente deciden, o no, vivir los seres humanos. Particularmente creemos en una ética modelo dada en el testimonio de vida de Jesucristo; siguiendo fielmente tal modelo sería imposible incumplir cánones morales, y con ello preceptos legales. Así, marcamos una línea de pensamiento: *la ética en el ejercicio de la función pública o privada –o la ética de cualquier persona o ciudadano– podría tener su sustento a partir de la ética iusnaturalista o cristiana.*⁽²⁰⁾ Esta ética es antídoto esencial para ejercer acertadamente la profesión de abogado y, por él, de funcionario público cuando se debe desempeñar tal tipo de cargo; la persona que realmente cree y vive una ética cristiana no tiene porque ser proclive a cometer actos irregulares (ilícito o carentes de probidad).

Ética, a mayor abundamiento, es la ciencia de la conducta, y la conducta es la actitud constante dirigida hacia un fin; el que es honesto siempre hará actos dirigidos a la honestidad. Aunque es difícil determinar qué es una norma ética y qué no lo es, lo cierto del caso es que las bases sociales, el mismo espíritu del pueblo (impregnado por ejemplo en la Constitución Política) y el Evangelio (la palabra de Dios dicha en la vida de Jesucristo), ayudarán en esta labor.

Creemos por ello que existe un código superior de reglas o principios éticos o morales que rigen la conducta, considerando los actos de las personas en referencia a su justicia o injusticia, al bien o a su tendencia al mal, a la mentira o la verdad, a lo correcto o a lo incorrecto.

(20) Advertimos que la posición del autor es la de proponer un deber de probidad a partir del mensaje y testimonio de vida de Jesucristo, sin que necesariamente ello tenga porque ubicarse en alguna denominación religiosa; igualmente advertimos que la mención de un deber de probidad cristiano, no desconoce la realidad de que algunas personas no crean Cristo o en Dios mismo; esto se saldaría si ese grupo de personas basara su conducta en los principios que se comentan en este ensayo sin la necesidad, por tanto, de invocarse una ética o probidad cristiana.

Es claramente entendido que a diferencia de los animales, el ser humano está dotado por Dios –es su imagen y semejanza– por lo que posee razón y libre albedrío, mismo que suponemos se ejerce responsablemente. Esto otorga la facultad de escoger ser una persona con valores y ética, o relativizar cánones morales, o del todo ser una persona ajena al orden social.

Ahora, conforme al Nuevo Evangelio, Cristo marca la pauta: creer o no creer en un modelo de vida, pero sin dejar de ser tolerantes en la aceptación de las demás personas que no necesariamente creen en Cristo, pero sí en un Ser Supremo. Pero igual se debe respetar a los incrédulos; sea a los que no creen del todo en Dios, y que no por ello son personas ejemplo para los demás.

La ética iusnaturalista está afincada en la vida eterna o en la conduc-ta moral de Dios. Por tanto, todo cristiano estaría llamado a vivir en plenitud el llamamiento de ser santos, tal y como el Padre y el Hijo son Santos. Esto se entiende como un principio de vida. La persona que cree en una propuesta de este tipo, pese a las posibles equivocaciones, decide cada día ser un modelo para los otros. Aunque el norte indicado parezca difícil, lo importante es el intento de ser profesionales de bien.

Nos parece que una base importante para ubicar los valores o principios éticos o en específico la probidad, además de esa opción de vida genérica de buscar la santidad –o de ser personas que aspiran a ser modelos de Cristo en cualquier ámbito de vida–, puede hallarse en los mandamientos. Pero mejor escojamos presentar algunos de los enunciados de probidad de la siguiente manera:

- a) “Amarás al Señor tu Dios / Amarás a tu prójimo...” (Mateo 22, 37-40). Este mandato es claro; amar a Dios y al prójimo; esta es la ética mayor de Jesús. Este amor no conoce limitaciones y su fin es cuidar la conducta para realmente mostrar el amor; la persona que ama, buscará solo lo mejor para los demás y para sí mismo.
- b) “Todas las cosas que queráis que los hombres hagan con vosotros, así también haced vosotros con ellos” (Mateo 7, 12). Regla de hacer por los demás, lo mismo que deseamos para nosotros.
- c) “Arrepentíos” (Marcos 1,15). Aceptar que se cae, pero que se puede levantar para seguir buscando ser un Cristo. Esto es una actitud de constante transformación; de fe y esperanza.

- d) “No juréis en ninguna manera... Pero sea vuestro hablar: Sí, sí; no, no, porque lo que es más de esto, de mal procede” (Mateo 5,34-37). Se trata del juramento implícito de decir la verdad siempre; nada de mentiras o falsedades. Es decir, se pide, y se le da valor, al hecho de hablar con sinceridad.
- e) “No hagáis tesoros en la tierra...; sino haceos tesoro en el cielo” (Mateo 6,19-21; Lucas 12, 33ss.). Compárese con la parábola del rico necio: “Así es el que hace para sí tesoro, y no es rico para con Dios” (Levítico 12, 21). Un reto importante aunque las personas tengan el derecho de aspirar a la riqueza material, es que esto no puede cambiarse por atesorar lo esencial en el Cielo.
- f) “Buscad primeramente el reino de Dios y su justicia” 5, 33. Los deseos personales que podrían caminar más allá de los intereses de la Nación, que serían bendecidos por Dios, no pueden descuidarse.

Finalmente, recuérdese bien el papel del cristiano en el mundo, ser “sal” y “luz” (Mateo 5,13-14) y “levadura” o fermento (Mateo 13, 33; Levítico 13,21).

En esto recordemos que la sal posee dos características: es diferente del medio en que se coloca y ahí radica su poder; así el creyente tiene que ser diferente del medio en que se mueve, como la sal en el plato de carne; y, por otro lado, está el poder de preservar de la corrupción; de lo contrario, no sirve para nada.

Y con respecto a la luz, advirtamos que ésta ilumina lo oscuro; deber ser potente, bien dirigida, elevada y con ausencia de objetos que interfieran el rayo que ésta emite. El cristiano debe ser luz y testimonio de palabra y de obra, cuidando por no estar cerca de la levadura que es símbolo bíblico de corrupción

Así las cosas, al final es nuestro objetivo dejar patente que la probidad debida, sea en lo público o lo privado, es una, o podría ser una, que parta de los postulados más de vida, que de literatura, dados a conocer por Jesucristo; en su Evangelio está plasmado lo que la sociedad realmente espera del comportamiento ético, moral o probo de cada persona.

La ética (decimos la probidad), se nos comenta finalmente, “anida en la conciencia de todo ser humano y le sirve de motor, de freno o de

dirección –según los casos– al momento de actuar. Por otra parte, el comportamiento ético –lo que llamamos rectitud– no es ingrediente ajeno al ejercicio de la profesión. El elemento ético es un componente inseparable de la actuación profesional, en la que puede discernirse, al menos, tres elementos: un conocimiento especializado en la materia de que se trata, una destreza técnica en su aplicación al problema que se intenta resolver y un cauce de la conducta del operador cuyos márgenes no pueden ser desbordados sin faltar a la ética. En ese sentido, el comportamiento ético es de la esencia del ejercicio profesional; ya que las faltas a la ética conciernen no sólo al profesional que las comete o sólo afectan el prestigio de la profesión sino que además ellas redundan, o no, en perjuicio de la comunidad”.⁽²¹⁾

4. EL DEBER DE PROBIDAD DEL ABOGADO; EL COMPROMISO PERSONAL Y SOCIAL

Stephen R. Covey, en su clásico libro “Los 7 hábitos de la gente altamente efectiva” nos comenta un tanto sobre la “ética del carácter” como cimiento del éxito.⁽²²⁾ Tal concepto aplica en cosas tales como la integridad, la humildad, la fidelidad, la mesura, el valor, la justicia, la paciencia, el esfuerzo, la simplicidad, la modestia y la “regla de oro”.⁽²³⁾ Esta ética del carácter, que se genera muy antes de la escogencia de qué carrera cursar en una universidad, provoca en las personas la verdad de una especie de enunciados que le dirigen en su vida diaria. Previo a las manifestaciones exógenas del ser humano que es profesional y abogado, existe el elemento endógeno que genera, o así debería de ser, compromisos en el sujeto.

De hecho, el Código de deberes jurídicos, morales y éticos del profesional en derecho presupone ese orden moral interno; en efecto, su artículo 3 dice: “Como universitarios preparados y disciplinados,

(21) XV Congreso Jurídico Nacional: “Ética con Responsabilidad Social”, Bases conceptuales, p. 9.

(22) “Somos lo que hacemos día a día. De modo que la excelencia no es un acto, sino un hábito”; frase de Aristóteles, citado por COVEY (Stephen R.). Los 7 hábitos de la gente altamente efectiva. Impreso en Litografía Rosés, S.A., España, 1998, p. 58.

(23) COVEY (Stephen R.), op. cit., p. 27.

cultivadores de su inteligencia, tienen la obligación de actuar en el plano social, político y religioso, sin más limitaciones que las impuestas por el ordenamiento jurídico, el prestigio de su profesión *y su propia conciencia moral y ética*".

Bajo esta línea, don Alberto Brenes Córdoba nos viene a ilustrar con la siguiente reflexión:

"Toda profesión liberal tiene, según su propia índole, su moral específica, que no es otra cosa que aquellos preceptos de la ética general aplicables a la conducta de la persona, en lo que mira al ejercicio de la ciencia que es objeto de sus actividades.

La profesión de abogado, en particular, a causa de la clase de trabajos a la misma referente, coloca constantemente a quien ella se dedica, en situaciones muy dadas a poner a prueba la rectitud de su conciencia. De ahí la necesidad de que en su ánimo vayan asentándose desde que principia el estudio de su carrera, las nociones de buen gobierno interior que han de guiarle en el curso de su vida profesional. Sin firmeza de carácter para no transigir con lo malo, sin principios de honradez que arraiguen profundamente en su espíritu, jamás puede el abogado alzarse a mayor altura en la sincera estimación de sus conciudadanos, aunque le adornen, por otra parte, notables dotes de ingenio y saber. La elocuencia misma, con su poderoso atractivo, no llega a producir efectos de importancia en las lides forenses, cuando falta el orador autoridad moral. Es como el sol de invierno en las regiones frías: brilla, pero no calienta".⁽²⁴⁾

Ahora, pretender alcanzar éxito como abogado subsume el hacerlo pero bajo preceptos de probidad; eso es una exigencia implícita de la profesión. El lego en derecho debe comprender que su profesión es esencial en el quehacer nacional, mismo que se refleja en su labor privada o pública, eso es indiferente.

(24) BRENES CÓRDOBA (Alberto). Sobre la moral y la profesión del abogado. Ética Jurídica, Editorial Jurídica Continental, I Edición, 2002, p. 9.

De lo que viene, surge necesariamente en este momento delimitar lo que será probidad, conforme lo dispone la Ley anticorrupción, sin dejar de lado el concepto de probidad que cada persona maneja.

En esta línea, tenemos que el art. 3 de la Ley de cita señala: “El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. / Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente”. Nótese lo amplio del deber, de ahí la necesidad de desmenuzarlo, tal y como sucederá más adelante.

Pero, entonces, más allá de lo ya indicado con respecto a “ética” y “moral”, y como estos términos se subsumen en lo que es “probidad”, surge la interrogante:

¿Qué es probidad? ¿Cómo se entiende éste en el ejercicio de la abogacía al desempeñarse un cargo público?

No es tarea fácil ubicar un solo concepto integrador de lo que es probidad. No necesariamente lo probó para una persona lo tiene que ser para la otra. Eso sí pareciera existir alguna aceptación generalizada de ciertos valores, cánones éticos o morales, o principios de probidad, aceptados –y pedidos– por la sociedad. Podríamos hablarse así de un marco de mínimos de probidad.

Ese mínimo de probidad bien podría dirigirnos a pensar que una persona proba: –se reconocerá a sí mismo y al mundo que lo rodea; sabrá distinguir el bien que debe hacerse y el mal que debe evitarse; –buscará lo justo; será reflexiva de las cosas; hará las cosas a conciencia, sea que ha sido hecho bien pensado; –buscará ecuanimidad, serenidad en el juicio, imparcialidad; será bondadosa; –mostrará rectitud; –actuará con honestidad; decencia y buen comportamiento; –será recatada; –será decorosa y modesta; –tendrá la virtud que exige dar a cada uno lo que le pertenece.

La probidad será, pues, el grupo de valores, principios o enunciados de arraigo interno y personal, de tinte ético y moral, que guiarán las acciones de cada persona; probidad será asimismo, el grupo de valores o mandatos mínimos que exige la sociedad sea mediante acuerdo implícito o disposición legal.

De ello surge que tenemos por tanto dos tipos de compromisos: el que realiza por sí sola la persona como tal, y el que se hace en relación con la sociedad porque se es profesional (abogado), siendo que en esto segundo cabe mayor exigencia al lego en derecho porque hay deberes con respecto al entorno.

Nos proponemos ahora a explicar en detalle, sin agotar sus posibles alcances, el art. 3 de la Ley anticorrupción; éste establece el deber de probidad, mismo que debe ser observado por el abogado al ejercer una función pública o al ser empleado estatal. Tal numeral realmente lo que regula es una especie de parámetros a tener en cuenta en la conducta que se despliega. Estos son los siguientes:⁽²⁵⁾

1. *Pro interés público.* Aunque la Administración Pública se conforma de personas que en su esfera individual poseen sus propios intereses, sucede que en el ejercicio de lo público, sea por elección popular, investidura, nombramiento o por acontecer el servidor de hecho, todos, sin reservas, deben, sobre cualquier otro tipo de interés, favorecer el de la colectividad o el del país. No hay otra razón de ser: el Estado (cada funcionario público) debe buscar satisfacer el interés público.

2. *Pro planificación.* La Administración, y por ende, todo funcionario público, debe hacer suyos los imperativos que en materia de planificación instruye, primordialmente, la Ley de administración financiera de la República y presupuestos públicos. Saber planificar a partir de objetivos e indicadores alcanzables, más que una posibilidad, es una obligación. La planificación involucra un proceso interno institucional y de amplia participación; esto debe ir de la mano, en lo posible, con el Plan nacional de desarrollo y lo que por la participación ciudadana se pueda alcanzar en pro de municipios, descentralizadas, entre otros. El profesional en derecho que es funcionario público debe propiciar tal labor en su institución.

(25) Para esto se puede ver artículo de opinión del autor publicado en La Prensa Libre del miércoles 6 de julio del 2005.

3. *Pro rectitud.* Tal enunciado se nutre de una esfera ética plena de comportamiento. Honradez, transparencia, respeto, responsabilidad, entre otros, son, todos ellos, parte del espejo que debe mirar y proyectar con el ejemplo cada servidor público. La excusa tan inútil y denigrante o absurda e insultante de que la “corrupción” –entendida aquí como la comisión de actos contrarios a la ética y a la ley– es tan normal y que, por ello, debe ser aceptada, no tiene cabida.

4. *Pro buena fe.* Todo comportamiento, toda relación entre los funcionarios públicos y entre éstos y los ciudadanos, debe partir de la buena fe. Ello significa que siempre se llegará al funcionario público para que éste realice un acto acorde con la ley, cumpliendo fielmente con los requisitos que previamente hayan sido establecidos. Particularmente a los abogados se les pide actuar de buena fe por ser ello consustancial a su otra preparación, la de notario.

5. *Pro objetividad.* Siendo que el abogado servidor público solo puede actuar en pro del interés público, no puede, jamás, tener cabida otra razón, completa o parcial, para decidir cuestiones públicas; es decir, no es válido invocar un interés diferente al de la Nación.

6. *Pro legalidad constitucional.* La letra y principios de orden constitucional son el límite de actuación de todo servidor del Estado. Una actuación fuera de esto estará sin sustento y podría conllevar a la sanción pública por la comisión de un “fraude de ley”.⁽²⁶⁾

7. *Pro eficiencia y eficacia.* La gestión pública debe maximizar los resultados ante la escasez de fondos y recursos; los objetivos de trabajo deben cumplirse al menor costo posible. Además, la eficacia es el mandato que busca adecuar y concretizar las políticas públicas, así como el cumplimiento de los objetivos y metas.

8. *Pro rendición de cuentas.* Ya lo dice claramente la Constitución, “La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes”; tal examen se debe hacer de cara al pueblo, a la propia institución en la que se presta el servicio y a los órganos de control.

(26) Vid. art. 5 de la Ley anticorrupción.

9. *Pro rechazo de actos de corrupción.* Cada abogado servidor público debe rechazar dádivas, obsequios, premios, recompensas o cualquier otro emolumento, honorario, estipendio, salario o beneficio por parte de cualquier otro sujeto diferente a su patrono, en razón del cumplimiento de sus labores o con ocasión de éstas.

10. Pro liderazgo. Las demás personas, sean familiares, amigos, conocidos, compañeros de trabajo, etc., deben observar en cada profesional en derecho que a su vez es funcionario público, un modelo de vida que vale la pena imitar. Igual se debe proyectar un modelo de excelencia en el ejercicio de la función, esto siendo modelo de honestidad y probidad, mostrando una conducta enteramente intachable.

Ya fuera de los alcances del deber de probidad de la Ley anticorrupción, igual pueden hallar sustento en él los siguientes imperativos:⁽²⁷⁾

- a) *Pro igualdad:* el abogado debe hacer suyo tal principio de derechos humanos que exige tratar a todas las personas sin ningún tipo de discriminación. No es posible una conducta pública que haga distinciones.
- b) *Pro regularidad:* el profesional en derecho ha de cerciorarse, cuando le compete, de que las operaciones y actos administrativos queden asentados, de manera correcta, en registros confiables financieros, presupuestarios, entre otras clases de archivos.
- c) *Pro austeridad:* la asignación, adquisición, conservación e inversión de los recursos y fondos públicos, deben orientarse a la satisfacción plena del interés público, según el mandato del Estado Social de Derecho, y al uso racional de éstos.
- d) *Pro transparencia:* la rendición de cuentas obliga a que el ejercicio del poder –y el cumplimiento de las funciones públicas asignadas– se haga de cara a los administrados; el abogado

(27) En cuanto a estos y otros principios éticos, pueden tenerse en cuenta las “Directrices generales sobre principios y enunciados éticos a observar por parte de los jefes, titulares subordinados, funcionarios de la Contraloría General de la República y servidores públicos en general”. La Gaceta No. 228, del lunes 22 de noviembre del 2004.

servidor estatal debe promover incluso el examen de rendición de cuentas, como instrumento idóneo para la transparencia.

- e) *Pro lealtad*: todo acto o conducta pública debe alcanzarse en función del país, la democracia, el bien común, la libertad, la justicia, la responsabilidad y la probidad.
- f) *Pro responsabilidad*: todo funcionario público debe responder, de frente al país y a los órganos de control, investigación y sanción, por sus faltas desde los ámbitos ético, disciplinario, civil, político y penal. También exige que el profesional mantenga sus promesas, cumpliendo con sus obligaciones y no justificando un incumplimiento o rehuir una responsabilidad.
- g) *Pro integridad*: Los actos del funcionario público deben estar alejados de buscar beneficios en lo personal, familiar o para sus amigos. Asimismo se puede comprender como el reto constante en el profesional de defender sus creencias y valores, rechazando la hipocresía y falta de escrúpulos; y no adoptar ni defender la filosofía de que el fin justifica los medios.
- h) *Pro honestidad*: todo interés diferente al público, que pudiese ocasionar un conflicto de intereses, debe ser declarado por el funcionario público. De inmediato debe detenerse aquel actuar que potencialmente pueda comprometer la recta honestidad. Igual puede entenderse como ese deseo de aprender a conocer las debilidades y limitaciones y dedicar tiempo para tratar de superarlas, solicitando consejo de compañeros de mayor experiencia.
- i) *Pro ecuanimidad*: ordenanza de ser imparcial, justo y ofrecer trato igual a los demás; tener mente abierta, aceptar los cambios y admitir los errores cuando maduramente se acepta la equivocación.
- j) *Pro dedicación*: petitoria de estar dispuesto a entregarse sin condición al cumplimiento del deber, siempre con atención, amabilidad, cortesía y servicio.
- k) *Pro solidaridad*: en las interacciones sociales o de gremio, es debido el auxilio y colaboración entre colegas.

Todos estos preceptos, que en lo absoluto buscan establecer un solo listado, deben ser observados por los profesionales en derecho, salvaguardando así el sano ejercicio de la función estatal. Nótese en los preceptos un claro sentido de amplitud al incorporar dentro del término *probidad*, una serie de parámetros de correcta gestión pública. Esto nos parece justificable desde la óptica de buen gobierno, donde todo servidor es parte de un engranaje, ordenado a ser eficiente y eficaz en lo que hace, a mostrar mística, a ser agente provocador de cambios y mostrar rectitud, integridad, en suma, probidad.

5. UNA PINCELADA DEL CÓDIGO DE DEBERES JURÍDICOS, MORALES Y ÉTICOS⁽²⁸⁾

La Ley Orgánica del Colegio de Abogadas y Abogados dispone en su ordinal 1, inc.) 4., la tarea de esa institución de “Promover y defender el decoro y realce de la profesión de abogado”. Tal mandato se encuentra en buena medida desarrollado en el Código de deberes jurídicos, morales y éticos del profesional en derecho. De la lectura de tal instrumento, cabe esbozar algunos preceptos de probidad aplicables al profesional en derecho que a su vez es funcionario público; sin agotar tampoco en esto otro la posible lista; veamos algunos de ellos:

- a) *Deber de denuncia, art. 6:* el profesional debe combatir por todos los medios lícitos la conducta censurable de sus colegas; debe denunciar a las autoridades competentes los hechos irregulares que aquellos realicen.
- b) *Deber de proceder correctamente, art. 7 y 61:* el abogado procurará situar sus relaciones profesionales y personales en un marco de seriedad, justicia, amabilidad, honorabilidad, tolerancia, comprensión, cortesía, distancia debida y prudente y discreción.
- c) *Deber pro de dignidad humana, art. 8:* el profesional ha de defender las libertades civiles y políticas que aseguren el respeto de la dignidad humana y el bienestar general, y reprochar toda acción que atente contra estos principios.

(28) Nos referimos al aprobado en sesión de Junta Directiva del Colegio de Abogados/as N°50-2004 del 25 de noviembre del 2004, ratificado el 2 de diciembre del 2004 en sesión N°52-2004, y Publicado en La Gaceta N° 242 del 10 de diciembre del 2004.

- d) *Deber de sometimiento, art. 9:* el abogado debe regir su conducta conforme los cánones éticos establecidos por el Colegio de Abogados, y el resguardo debido al modo de proceder dentro de las instituciones públicas.
- e) *Deber de actualización, art. 12:* el profesional en derecho debe actualizar y profundizar permanentemente sus conocimientos jurídicos; el abogado probo será honesta en saber que sus conocimientos deben estarse remozando.
- f) *Deber de cuidado, art. 13:* el abogado debe analizar cuidadosamente un caso antes de aceptar su atención; rechazará el que requiera un conocimiento especial que no posee.
- g) *Deber de diligencia y puntualidad, art. 14:* el abogado debe dedicarse con diligencia y puntualidad a los asuntos de su trabajo; podrá todo su mejor esfuerzo y conocimientos, con estricto apego a las normas jurídicas, morales y éticas.
- h) *Deber de respeto, art. 15, 53, 58 y 65:* el abogado debe ser respetuoso en todas sus actuaciones, absteniéndose de utilizar términos despectivos, irrespetuosos o peyorativos, ya sea en forma escrita o verbal.
- i) *Deber de integridad, art. 17:* el abogado debe actuar con corrección en el ejercicio profesional; la conducta que despliegue se debe ajustar al ordenamiento jurídico, debiendo abstenerse de toda actuación impropia que pueda desacreditar la profesión; el ejercicio profesional debe ser siempre probo, leal, veraz y de buena fe.
- j) *Deber de celo profesional, art. 18:* el profesional tiene prohibido prestar sus servicios o su nombre para que por su medio o auxilio ejerzan la abogacía personas no autorizadas o legalmente impedidas para hacerlo.
- k) *Deber como docente, art. 21:* el abogado funcionario público no podrá actuar de modo que se facilite indebidamente la obtención de beneficios académicos, ya sea enseñando materias para las que no está capacitado, impartiendo un número de materias tan diversas que hagan dudar de su seriedad docente, facilitando trámites indebidos para obtener créditos académicos de cualquier naturaleza, incluyendo datos falsos en documentos que otorgan beneficios académicos, o que en cualquier forma propicien el

facilismo académico de modo que genere la concesión de títulos a personas que no están ética o académicamente preparadas.

- d) *Deber de allegar paz social, art. 22:* el abogado actuará contrario a la dignidad de la profesión al fomentar litigios o conflictos; su misión es esforzarse por recomendar en lo posible mecanismos de soluciones extra procesales; deberá buscar la paz social.
- m) *Deber de observancia de las incompatibilidades, art. 23:* el profesional debe respetar las disposiciones normativas y obligaciones asumidas que establezcan incompatibilidades y prohibiciones en el ejercicio profesional; debe abstenerse de desempeñar por sí mismo o por persona interpuesta, cargos u ocupaciones incompatibles con la normativa y obligaciones establecidas.
- n) *Deber de no tráfico de influencias, art. 27 y 59:* El abogado que actúe en política o desempeñe cargos públicos de elección popular, no podrá utilizar su influencia en provecho propio o de terceros. Lo mismo se debe decir de todo abogado que ocupe un cargo público, por lo que debe evitar toda participación o injerencia en beneficio personal o de otra persona.
- o) *Deber de sinceridad, art. 33:* el abogado, al emitir opinión en su ejercicio profesional, debe presentar con sinceridad los diversos aspectos del asunto tanto favorables como desfavorables, después de un minucioso y serio estudio de las cuestiones de hecho y de derecho. No debe asegurar nunca el éxito ni magnificar sus dificultades, sino exclusivamente exponer el amparo legal de la causa y sus probabilidades razonables.
- p) *Deber de no hacer actos incorrectos, art. 54:* el abogado no puede proponer a funcionarios judiciales, administrativos, públicos o privados, o a personas que laboren en las oficinas o despachos en los que atiendan o tramiten asuntos en razón del ejercicio de su profesión, la comisión de actos incorrectos, ilícitos o carentes de probidad.

6. UNA MÁXIMA DE VIDA; A MODO DE CONCLUSIONES

Dirá Fernando Savater que la “La ética es la convicción humana de que no todo vale por igual, de que hay razones para preferir un tipo de actuación a otros”. Y en relación con el ejemplo que se puede dar a los demás, bien vale parafrasear a Edmund Burke: “El peor error que

podemos cometer es no hacer nada, por pensar que es muy poco lo que podemos hacer”.⁽²⁹⁾

A estas altura nos parece más que claro el deber probado de ser, además, modelo o líder para el resto de colegas en el ejercicio de la función pública; se trata de una máxima de vida: cumplir todos los preceptos éticos, morales o de probidad no solo en razón de desempeñar un determinado cargo público, sino por el simple hecho de ser ciudadanos. Esto hace ver que la profesión es un servir a la sociedad, bajo la previa razón de ser que se le dé al hecho de haber escogido estudiar la carrera, y ahora ejercerla. Es un trascender en la vida, un dejar huella.

Compartimos, finalmente, este poema de un ilustre catalán, mismo que encierra lo que podría ser esa máxima de vida:

*“Comienza preguntándote quién eres
las respuestas serán tu autenticidad
inspirarás confianza, tendrás integridad
serás de una pieza
porque sino, ¿quién habría de seguirte
si caminas perdido?”*

*Siempre sabrás tu lugar
tendrás propósitos y metas
a los que te mantendrás fiel
sin distraerte
porque ya conoces el dicho
“si quieres vencerlos, distráelos”.
Quiérete, cree en ti mismo
no precisas agradarte
pero rompe el ensimismamiento
mírate desde tu propósito
que es el dueño que te mira
ante el que responderás
pues cuando no hay a quien responder
llegan los problemas.
Quiérete desde la sencillez de la verdad*

(29) Pensamientos o frases célebres que el autor recoge en documento de uso personal.

*El arrogante se miente
su confianza insulta.*

*Nunca te engañes pues todo se torcerá
pero háblate positivamente
con palabras amorosas, poderosas y confiadas
la clave de tu autodomínio es tu conocimiento
y el quererte sin arrogancia.*

*Cree en ti mismo y mantente firme,
de una pieza
no valen las ambivalencias
sobre lo que somos o hemos de hacer.
Escucha mucho
Dios te dio dos orejas y una boca
pero cuando tengas la decisión correcta
que nada y que nadie te hagan claudicar
porque tu amo no te lo perdonaría.*

*Sino te conoces, sino te quieres
sino crees cien por cien en ti mismo
sin arrogancia
¿cómo serás esa fuerza que orienta y empuja?
Cuando ya sepas lo que hay que hacer
no demores, hazlo
por el camino más sabio
sin que la prudencia te haga traidor.*

*Todo el mundo se merece un sueño
pero todo sueño ha de tener un plan
no vale encantarse
manos a la obra”.⁽³⁰⁾*

(30) Poema de Joanot de Prades, ubicado en “Poemas a los príncipes republicanos”, manuscrito inédito cedido por el autor a Joan Prats i Catalá, Director del Instituto de Gobernanza de Cataluña, 1998; transcrito en su artículo Ética del oficio político en:

<http://www.gobernabilidad.cl/modules.php?name=News&file=article&sid=370>, citado el 27 de abril del 2006.

BIBLIOGRAFÍA

Normativa

- Código de deberes jurídicos, morales y éticos del profesional en derecho; aprobado en sesión de Junta Directiva del Colegio de Abogados/as Nº50-2004 del 25 de noviembre del 2004, ratificado el 2 de diciembre del 2004 en sesión Nº52-2004, y Publicado en La Gaceta Nº 242 del 10 de diciembre del 2004.
- Directrices generales sobre principios y enunciados éticos a observar por parte de los jercas, titulares subordinados, funcionarios de la Contraloría General de la República y servidores públicos en general. La Gaceta No. 228, del lunes 22 de noviembre del 2004.
- Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública.
- Ley general de la administración pública.
- Ley general de control interno.
- Reglamento a la Ley contra corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública.

Libros

- BUCAY (Jorge). El camino de la felicidad. Editorial del Nuevo Extremo, S.A., Buenos Aires, 2004.
- BRENES CÓRDOBA (Alberto). Sobre la moral y la profesión del abogado. Ética Jurídica, Editorial Jurídica Continental, I Edición, 2002.
- COVEY (Stephen R.). Los 7 hábitos de la gente altamente efectiva. Impreso en Litografía Rosés, S.A., España, 1998.
- JINESTA LOBO (Ernesto). Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte general, Biblioteca Jurídica DIKÉ, Medellín, Colombia, 2002.
- Memoria del XV Congreso Jurídico Nacional: "Ética con Responsabilidad Social"; celebrado en el Colegio de Abogados de Costa Rica, agosto, 2005.

Artículos de Internet

- Ética general y profesional en:
<http://www.monografias.com/trabajos16/etica-general/etica-general.shtml#PROFESION>, citado el 27 de abril del 2006.
- Apuntes sobre principios de la ética pública en el derecho argentino en:
<http://www.reformapolitica.com.ar/rp/noticias.php?page=noticia-537#relacionadas>, citado el 27 de abril del 2006.
- ARLAND (Rodolfo) en “Ética o corrupción: el dilema del nuevo milenio”, en: **<http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Arland.pdf>**, citado el 27 de abril del 2006.
- Ética en el oficio del político de Joan Prats i Catalá, Director del Instituto de Gobernanza de Cataluña, 1998, en:
<http://www.gobernabilidad.cl/modules.php?name=News&file=article&sid=370>, citado el 27 de abril del 2006.

Otros

- Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, tomo I, 21a. edición, 1992.

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Definición de la revista

- La *Revista de Ciencias Jurídicas* es una publicación científica en el campo del Derecho.
- *Cobertura temática*: los artículos que publica pertenecen a las diversas ramas jurídicas.
- Se *publica* bajo los auspicios del convenio interinstitucional de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados de Costa Rica. Esta revista tiene *nivel* científico.
- Su *objetivo* es divulgar y difundir ensayos en las diferentes disciplinas del saber científico-jurídico, para la asesoría y apoyo logístico de estudiantes y operadores, en general, del Derecho.

REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Los artículos deben ser originales e inéditos.
2. El artículo no sobrepasará las 25 cuartillas tamaño carta y a doble espacio; y se presentará con el tipo de letra *Times New Roman* en 14 puntos, las notas al pie de página en 12 puntos.
3. De cada artículo se presenta un original en papel y una versión electrónica (disquete o CD).
4. El título responde de manera concreta y específica al contenido del artículo. No extenderlo a más de ocho palabras.
5. El artículo se acompaña con:
 - a) Un resumen de seis líneas en español y en otro idioma.
 - b) Cinco palabras clave en español y en otro idioma.
6. Las páginas del artículo deben numerarse.
7. Cada trabajo presentado debe incluir la bibliografía utilizada. Esta se consignará al final y por orden alfabético del autor.
8. La bibliografía incluye los siguientes datos:
 - a) De libro: autor, año de la primera edición si está consignado, título del libro (subrayado), edición utilizada, ciudad, editorial, año, páginas.
 - b) De publicaciones periódicas: autor, título del artículo (entre comillas). Nombre de la publicación (subrayado), año, volumen, número, páginas.
 - c) De textos electrónicos: "Responsable principal. Título [tipo de soporte]. Responsable(s) secundario(s). Edición. Lugar de publicación: editor, fecha de publicación, fecha de actualización/revisión. Descripción física. (Colección). Notas. Disponibilidad y acceso [Fecha de consulta]. Número actualizado".

Ejemplo: "Library of Congress. *History and development of the Library of Congress machine-assisted realization of the virtual electronic library* [en lineal]. [Washington, D.C.: Library of Congress], 15 June 1993. <gopher://lcmarvel.loc.gov:70/00/about/history> [Consulta: 5 mayo 1997]". (Fragmentos: *Norma ISO690*).
9. El autor del artículo debe indicar brevemente sus datos personales, profesionales, académicos, adscripción laboral, e-mail, teléfono y fax.

Sistema de arbitraje: el Consejo Asesor o Comisión Editorial tiene, además, la función evaluadora.

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
Apartado 75-1100
San José, Costa Rica
380538