

ISSN
00347787

2008

ISSN
00347787

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS
115



SAN JOSÉ, COSTA RICA
ENERO - ABRIL

(Cuatrimestral)
2008

115

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.
184 p. ; 152 x 222 mm.

v.

ISSN: 0034-7787

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

Revista fundada en 1963

Revista registrada en los siguientes databank:

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

Se agradece la colaboración de la Escuela de Lenguas Modernas de la Universidad de Costa Rica en las personas de su Director M.L. Profesor Alder Senior Grant; y, a la Profesora M.L. Carmen Carazo Coronado.

CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Gilberfto Corella Quesada	Presidente
Licda. Marta Esquivel Rodríguez, Coordinadora de	Enlace
	Pro-secretaria
Licda. Roxana Pujol Sobalvarro	Secretaria
Lic. Alejandro Madrigal Benavides	Vocal 4

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

– o –

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL:

Dr. Jorge Adame Goddard	México
Dr. Jorge Fernández Ruiz	México
Dr. Pedro López Elías	México
Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano	México
Dra. Marcela I. Basterra	Argentina
Dra. Josefina García García-Cervigón	España
Dr. Luciano Parejo Alfonso	España
Dra. María Paz Pous De la Flor	España
Dr. Juan Pérez Gálvez	España
Dr. Jaime Rodríguez Arana	España
Dr. Jaime Santofimio Gamboa	Colombia
Dr. Rodrigo Polanco Lazo	Chile
Dr. Jorge Witker Velásquez	Chile

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica

Revista de Ciencias Jurídicas N° 115, 2008, cuatrimestral.

ISSN: 0034-7787

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

Dirección de la revista digitalizada:

www.ijj.derecho.ucr.ac.cr

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

www.latindex.ucr.ac.cr

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

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

115

SAN JOSE, COSTA RICA
2008
ENERO - ABRIL
(Cuatrimestral)

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2008

Presidente:

Lic. Gilberto Corella Quesada

Vicepresidenta:

Dra. Marina Volio Brenes

Secretaria:

Licda. Roxana Pujol Sobalvarro

Prosecretaria:

Licda. Marta Esquivel Rodríguez

Tesorera:

M.Sc. María del Rocío Cerdas Quesada

Vocal 1:

Lic. Viamney Guzmán Alvarado

Vocal 2:

Lic. Rogelio Fernández Moreno

Vocal 3:

Licda. Patricia Vega Herrera

Vocal 4:

Lic. Alejandro Madrigal Benavides

Vocal 5:

Licda. Miriam Alvarez Ross

Fiscal:

Lic. Carlos Boza Mora

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rectora:

Dra. Yamileth González García

Directora Consejo Universitario:

M.Sc. Marta Bustamante Mora

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. Héctor González Morera

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Carlos Villalobos Villalobos

Decano Sistema de Estudios de Posgrado

Dr. Jorge Murillo Medrano

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. Fernando Durán Ayanegui

PRESENTACION

En este número 115 del 2008, se publican trabajos de investigación en los campos del Derecho Administrativo, Filosofía del Derecho, Derecho Penal Juvenil, Contratación Administrativa, Derecho Civil, y Derecho Procesal Penal.

El director - editor

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	9
Ensayos:	
Apuntes sobre la concesión de obra y servicio público en Costa Rica <i>Licda. Marta María Vinocour Fornieri</i>	13
La paradoja kantiana de la resistencia al poder <i>Lic. Oriester Francisco Abarca Hernández</i>	35
Algunos problemas respecto a la aplicación de la prisión preventiva en el proceso penal juvenil <i>Dr. Gary Amador Badilla</i>	57
Comentarios a las reformas a la normativa de la contratación administrativa <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	77
Código Civil: evolución actual de sus institutos, derechos reales agrarios, posesión de derechos y otras acciones <i>Dr. Enrique Napoleón Ulate Chacón</i>	105
Derechos humanos y el proceso penal. La experiencia de Costa Rica <i>Prof. Alonso Salazar</i>	129
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	177

APUNTES SOBRE LA CONCESIÓN DE OBRA Y SERVICIO PÚBLICO EN COSTA RICA

Licda. Marta María Vinocour Fornieri^()*

(Recibido 05/03/07; aceptado 25/06/07)

(*) Especialista en Derecho Público.
Magistrada Suplente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de
Justicia.

Tel. 363-1155.
e-mail: martavinocour@mail.com

RESUMEN

El objeto del presente artículo es aportar algunas notas sobre el concepto de concesión de obra y la obra con servicio público, su origen y su constitucionalidad en el ordenamiento jurídico costarricense.

Palabras clave: Concesión de Obra, Concesión de Obra con Servicio Público, Concedente, Concesionario, Dominio Público, Constitución Política.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to contribute with the concept of public work concession, the origin and its constitutionality in Costa Rica.

Key words: Concesión of Publics Works, Concesión of Public Works and Public Domain, Grantig, Conceding, Concessionary, Politic Constitution.

SUMARIO

Introducción

1. Concepto y Características del Dominio Público
 - a) Concepto
 - b) Características
2. Teoría de la Afectación
3. Concepto de Concesión y sus Características
4. Análisis del artículo 121 inciso 14) de la Constitución Política
5. Análisis Párrafo I
6. Análisis párrafo II
7. Análisis párrafo III
8. Actas de la Asamblea Nacional Constituyente en relación al párrafo III del artículo 121 inciso 14)
9. Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicio Público vigente
10. Referencia a la Ley No. 7762 del 22 de mayo de 1998

INTRODUCCIÓN

Las figuras de la *Concesión de Obra Pública* y de *Obra Pública con Servicio Público* son relativamente recientes en el Ordenamiento Jurídico Costarricense.

El 03 de mayo de 1994 se aprobó la primera Ley General de Concesión de Obra Pública de Costa Rica, Ley 7404, con el propósito de contar con una fuente de financiamiento alterna para satisfacer las crecientes demandas del sector de infraestructura de transportes. Tres años después, por diferentes motivos no había sido posible iniciar ninguna de las obras que esperaban ser concesionadas en el período 1995-2000.

Respondiendo a esta circunstancia, la Ley original es reformada por la 7762 del 22 de mayo de 1998. En este momento –mayo del 2007– se tramita en la Asamblea Legislativa una nueva Reforma a la Ley original por medio del Proyecto de Ley “Reforma Parcial de la Ley No7762 Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos”, expediente legislativo número 15.922 que pretende integrar la experiencia fáctica y jurídica de los últimos años.

Como sabemos la *Concesión de Obra* es una forma de contratación administrativa que cuenta con el respaldo del Banco Mundial y de otras entidades financieras internacionales, así como de Convenios, que tiene por finalidad que las obras públicas de gran envergadura en infraestructura en nuestros países sean realizadas por empresas privadas nacionales o internacionales, a cambio de tarifas que posteriormente serán pagadas por los usuarios, sin afectar el Presupuesto Nacional.

No obstante, la eventual bondad de su configuración, su implementación ha sido difícil: únicamente está vigente en Costa Rica, la Concesión del Puerto de Caldera. Las Concesiones de la carretera San José-Caldera y San José-San Ramón, adjudicadas ambas a una empresa española, aún no cuentan con el *Cierre Financiero* de las respectivas entidades financieras y se vislumbran mayores dificultades para su ejecución.

(1) También en trámite de ratificación en la Asamblea Legislativa, *Ley “Aprobación de Acuerdo Marco de Cooperación Financiera entre la República de Costa Rica y el Banco Europeo de Inversión”, Expediente. No. 15.538.*

Las principales dificultades pueden ubicarse en general en el desconocimiento a nivel de los funcionarios públicos encargados de su tramitación, de la diferencia entre la contratación administrativa regular de obra pública y la contratación administrativa de la concesión, lo que ha afectado, la redacción de los carteles o pliegos de condiciones, la tramitación de las concesiones en sí mismas complejidad y onerosidad de las obras y la duración del refrendo por parte de la Contraloría General de la República. Aunado a ello, algunas empresas no han dimensionado correctamente el denominado “*Proyecto de Financiamiento*”, lo que ha obligado a la Cesión total de la Concesión adjudicada.

El Consejo Nacional de Concesiones, que es un órgano⁽²⁾ del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, tiene una página Web, que puede ser consultada y brinda alguna información. Desafortunadamente, no se actualiza y la mejor forma de obtener información fidedigna es la de solicitarla personalmente en la institución.

En la Cartera de Proyectos figuran por ejemplo, los siguientes:

1. Ampliación de la terminal de pasajeros del Aeropuerto de Liberia.
2. La Construcción de un Mega-Puerto en Limón.
3. La Construcción de la Radial a Heredia.
4. La Construcción del Corredor vial San José-Limón.
5. Proyectos de *Iniciativa Privada son admitidos*.

El objeto del presente artículo es aportar algunas notas sobre el concepto, su origen y su constitucionalidad.

1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL DOMINIO PÚBLICO

a) Concepto

A la par del concepto de propiedad privada, base estructural en la construcción de la Ciencia Jurídica; el Derecho Público tiene un concepto de Dominio Público, único en sus características e imposible

(2) En la actualidad cuenta con su propio edificio.

en su concepción para el Derecho Privado. Es por ello que el conocido autor del derecho administrativo Garrido Falla define el Dominio Público como *“el derecho de propiedad que el Estado tiene sobre determinados bienes, en cuanto sometidos a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado”*.

Ese régimen jurídico exorbitante del derecho privado se encuentra definido fundamentalmente por las características esenciales del dominio público, a las que de inmediato hacemos referencia.

b) Características

El autor clásico de derecho administrativo Héctor Escola (Compendio de Derecho Administrativo, Volumen II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 971-1019) nos indica que... ***“El dominio público presenta dos caracteres típicos de los cuáles uno es resultado del otro: su inalienabilidad y su imprescriptibilidad de los que se derivan importantes consecuencias. Aparecen a mediados del siglo XIX juntamente con la diferenciación entre el dominio público y el dominio privado, primero como una regla no escrita, de raigambre jurisprudencial y consuetudinaria y luego como una norma impuesta por la mayoría de las legislaciones que tratan la cuestión...”***

Es una realidad que el Dominio Público coexiste con la propiedad privada, como parte de la vida económica de la colectividad y del país en general, aún cuando los conceptos evolucionen en el contexto histórico de la Humanidad la correlación permanece, manteniéndose también la inalienabilidad y la imprescriptibilidad del Dominio Público pues son su esencia y rasgos de distinción en relación con el Dominio Privado del Estado y del dominio privado de los particulares.

Estas dos características del Dominio Público le permiten al Estado en sus relaciones con los particulares protegerse y mantener incólumes sus bienes de Dominio Público. La consolidación del Dominio Público en su carácter de institución jurídica normativamente regulada, permite la especificación de su composición, formación y utilización de las cosas públicas pero además prevé todo lo necesario para la protección de ese conjunto de bienes, contra hechos o actos ilegítimos o dañosos, procedentes de los particulares o administrados, o incluso contra aquellos actos dañosos que se originen en el propio Estado.

2. TEORÍA DE LA AFECTACIÓN

Para que un bien entre en el Dominio Público del Estado se requiere de un procedimiento que se denomina “*Afectación*”. Como todo procedimiento en Derecho Público es reglado, pero además en este caso es tan solemne que sólo puede llevarse a cabo por medio de una disposición constitucional o legal.

Igualmente para que un bien salga del Dominio Público del Estado, se requiere de una disposición constitucional o legal que así expresamente lo indique, es el procedimiento que conocemos como “*Desafectación*”.

Es interesante que sea un Capítulo del Código Civil vigente, Capítulo II denominado “De los bienes con relación a las personas”, el que haga referencia al fenómeno de la afectación definiendo y diferenciando el carácter “*público*” de las cosas (bienes), de las privadas sin que podamos encontrar en todo nuestro Ordenamiento Jurídico normativa más genérica al respecto.

Establecen estas disposiciones:

“Artículo 261.- *Son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público.*

Todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, quienes para el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona.

Artículo 262.- *Las cosas públicas están fuera del comercio, y no podrán entrar en él, mientras legalmente no se disponga así, separándose del uso público a que estaban destinadas.*

Artículo 263.- *El modo de usar y de aprovecharse de las cosas públicas se rige por los respectivos reglamentos administrativos, pero las cuestiones que surjan entre particulares, sobre mejor derecho o preferencia al uso y aprovechamiento de las cosas públicas, serán resueltas por los tribunales.*

3. CONCEPTO DE CONCESIÓN Y SUS CARACTERÍSTICAS

Las Concesiones sobre Bienes de Dominio Público no crean Derechos **Reales**, otorgan simplemente frente a La Administración y sin perjuicio de terceros, poderes, aprovechamientos o explotaciones, de acuerdo con las reglas y condiciones que se establezcan en las leyes y el acto o título de la Concesión.

En el Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I (Parte General), del Profesor Ernesto Jinesta Lobo, Biblioteca Jurídica Dike, 2002, se indica en relación al concepto de Concesión:

*...“La Concesión es el acto por el cual la administración pública le transfiere a otro sujeto de derecho –normalmente, un sujeto de derecho privado, sea persona física o jurídica– un poder o derecho propio o no que el segundo no tenía antes. La concesión confiere un estatus jurídico, una situación jurídica o un derecho, precisamente su característica esencial estriba en caracterizarse en ser un acto administrativo creador de derechos. Existen dos tipos de concesiones: a) las constitutivas, que son aquellas por las cuáles la administración pública constituye en los administrados nuevos derechos derivados del ordenamiento jurídico y que se forman ex novo (v.gr. concesiones especiales de derecho público como la explotación y aprovechamiento de las aguas de un río por una empresa para efectos de riego o la concesión sobre el área de uso restringido de la zona marítimo terrestre; y b) las traslativas, **en las que el derecho del concesionario nace como consecuencia directa e inmediata del traspaso de poderes propios del concedente (v.gr. concesiones de servicio público y de obra pública)**. (El destacado no es del original).*

Este mismo autor, cita un voto de la Sala (**Voto No 4351-96 de las 15.33 horas del 9 de julio del 96**) en el que se rescatan las características de titularidad y fiscalización del Estado en relación con la figura de la Concesión:

“... por medio de la concesión de servicio público el Estado satisface necesidades generales valiéndose para ello de la colaboración voluntaria de los administrados en la prestación de los servicios públicos. Por el contrato de concesión de servicio público se encomienda a una persona –física o jurídica– por un tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un determinado servicio público. El concesionario lleva a cabo su tarea, por su cuenta y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente, que puede consistir en el precio o tarifas pagados por los usuarios, en subvenciones o garantías satisfechas por el Estado, o ambas a la vez. **El concesionario queda supeditado al control propio de todo contrato administrativo, es decir, está sujeto permanentemente a la fiscalización del Estado,** puesto que en este tipo de contrato siempre media un interés público, el concesionario queda vinculado a la Administración Pública como co-contratante y también entra en relación con los usuarios en cuyo interés se otorgó la concesión. En este tipo de contrato el concesionario tiene un derecho subjetivo perfecto y declarado, es decir, deriva un derecho patrimonial en el sentido constitucional del término, porque al otorgar una concesión de servicio público, se formaliza un contrato administrativo en sentido estricto. Conviene aclarar que el derecho de explotación del servicio público que se concede a particulares, **no es susceptible de ser enajenado,** puesto que esa actividad sigue siendo pública y por ende sometida a su régimen jurídico esencial. El concesionario debe gozar de un plazo razonable para dedicarse a la actividad de que se trate, de manera que por definición los tiempos indefinidos o de corta duración se encuentran excluidos de la concesión y resultan más bien propios de los permisos, que son revocables en cualquier momento como se dijo. Por lo demás, adviértase que la concesión pertenece a la categoría de contratos administrativos que la doctrina denomina de “**colaboración**” y su duración es temporaria, pero

ba de serlo por un lapso tal que razonablemente permita la amortización de los capitales invertidos y la obtención de una ganancia adecuada para el concesionario. Conviene indicar finalmente, que en algunas ocasiones el contrato de concesión puede incluir tratos especiales para el concesionario, relacionados con su actividad. La doctrina admite como posible que la administración asuma el compromiso de no otorgar nuevas concesiones para el mismo servicio, si éstas pueden afectar la prestación del mismo.” (el destacado no es del original).

Toda la Doctrina en Derecho Administrativo es unívoca al afirmar que en tratándose de la figura de la Concesión, La Administración conserva la titularidad y la fiscalización del Servicio Público, razones por las cuáles se excluye la posibilidad de afectar el bien en relación.

Dentro de este orden de ideas, es importante citar **el Voto 14606-2003 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, en el que se indicó:

*“...En otro orden de consideraciones, no debe confundirse la privatización de los servicios públicos, esto es, la transferencia definitiva de su titularidad y ejercicio a sujetos de derecho privado con su gestión indirecta por un ente público a través de la figura del concesionario, puesto que, **en esta hipótesis la administración concedente mantiene la titularidad del servicio y de los bienes de dominio público necesarios para su prestación efectiva**, siendo que, únicamente, le transfiere temporalmente al concesionario el ejercicio de algunas potestades para la gestión del servicio –con o sin infraestructura– o la construcción de obras que seguirán siendo de titularidad pública (artículo 121 inciso 14, de la Constitución Política y Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos)...”* (El destacado no es del original).

4. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 121 INCISO 14) DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Es importante tener presente como se confirmará más adelante con las citas de la Asamblea Nacional Constituyente y de la resolución 3789 –92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que el inciso 14) del artículo 121 de nuestra Constitución Política, contiene tres disposiciones que analizan aspectos independientes e individualizables no obstante su vínculo común.

El artículo 121 inciso 14 señala:

5. ANÁLISIS PÁRRAFO I

“Artículo 121.- Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:

14) Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación...”

Este párrafo hace referencia al fenómeno de “*afectación*”, que como indicamos con anterioridad es la posibilidad genérica que tiene el Estado de determinar en la normativa constitucional o legal vigente los bienes de Dominio Público, pero además es la posibilidad de:

1. Vía reforma constitucional o norma de rango legal futura de *afectar* bienes al Dominio Público del Estado, que siempre va a implicar *lato sensu* que la **titularidad** de determinados bienes corresponda al Estado.
2. Que esa afectación vaya unida a un destino de uso público o de servicio público dependiendo del bien vinculado a la afectación (Artículo 261 del Código Civil vigente).

Por eso podemos afirmar que el Dominio Público del Estado es una propiedad pública, de derecho público, caracterizada por una amplia serie de limitaciones, impuestas en razón del destino de los bienes que lo componen, y que nacen con el acto de Afectación al que hicimos referencia anteriormente, por lo que no podría modificarse por un acto de “*Concesión*”.

6. ANÁLISIS PÁRRAFO II

El párrafo II del inciso 14) del artículo 121 referido, establece:

“...No podrán salir definitivamente del dominio del Estado:

- a) Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional,*
- b) Los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarbурadas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional;*
- c) Los servicios inalámbricos.*

Los bienes mencionados en los apartes a), b), y c) anteriores sólo podrán ser explotados, por la Administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa”.

Establece concretamente este párrafo la necesidad de una Ley especial de Concesión para la explotación por particulares de los bienes mencionados expresamente.

7. ANÁLISIS PÁRRAFO III

El último párrafo del inciso 14) del artículo 121 señala:

“...Los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales –éstos últimos mientras se encuentren en servicio– no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado”.

La afirmación más importante que debe hacerse en relación con este párrafo es que la figura de la Concesión como se ha indicado con anterioridad en nada afecta ni menoscaba el dominio y control del

Estado respecto de los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales. Porque precisamente el concepto de “*Concesión*” y sus características excluyen la posibilidad de enajenación de los bienes del Dominio Público. Veamos qué indica la Asamblea Nacional Constituyente en relación a este párrafo III del inciso 14) del artículo 121 de la Constitución Política.

8. ACTAS DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE EN RELACIÓN AL PÁRRAFO III DEL ARTÍCULO 121 INCISO 14)

Las Actas (Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1952) consignaron las siguientes expresiones en relación al párrafo constitucional que contiene a los puertos como bien de Dominio Público:

“...Los ferrocarriles y muelles nacionales no podrán ser enajenados ni arrendados directa ni indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado”. “El Representante Arias sugirió que se incorporara el concepto de que tampoco podrán ser gravados, lo que aceptaron los proponentes de la moción. Sin embargo, el señor Esquivel declaró que votaría el aditamento, pero en la inteligencia de que se reservaba el derecho de estudiar los expedientes legislativos que motivaron la reforma constitucional del 36 y del 37, a fin de recabar las razones que se tuvieron para no incluir el concepto de que los ferrocarriles y muelles nacionales no podrán ser gravados tampoco en forma alguna. El Diputado Chacón expresó que estaba con el inciso, pero que lo consideraba muy drástico, pues hay ocasiones en que el Estado podría verse en la necesidad de deshacerse de un ferrocarril o muelle que no le esté produciendo ningún servicio o utilidad. El Representante Volio Jiménez explicó brevemente los alcances de la reforma constitucional de los años 36 y 37. Agregó que se podía votar la moción en la forma propuesta, pues se entiende que el que no puede vender, pues lógicamente no puede hipotecar o gravar. El Diputado Pinto manifestó que las restricciones apuntadas, estaban bien para las épocas pasadas, pero que no se

justificaban en los momentos actuales, ya que la mayoría de los ferrocarriles dejan sólo pérdidas, de ahí que sea el Estado el único que los explote.

Sometida a votación la última parte fue aprobada..."

El Constituyente no discutió para el caso de los ferrocarriles, muelles y aeropuertos, la posibilidad de la figura de la “concesión” –en la dimensión que la tenemos definida en nuestra legislación vigente–, probablemente, porque en ese momento las obras públicas y su mantenimiento eran asumidas por el Presupuesto del Estado. Es precisamente cuando el Estado Costarricense, por razones de limitaciones presupuestarias, contempla la necesidad de “colaboración” financiera para la construcción de obras nuevas que se aprueba en la Asamblea Legislativa una Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos.

Independientemente de ello, es importante plantearse si la figura de la “Concesión” es contraria o excluyente, del espíritu del Constituyente en cuanto a la no afectación de los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales. A efectos de ilustración citamos un texto de la “Consulta de Constitucionalidad” que al efecto se realizara con ocasión del trámite del “Proyecto de Ley General de Concesión de Obra Pública”, Expediente Legislativo No. 11.344. Se señala en el Voto No. 3789-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:

“...En consecuencia, ~~(la concesión)~~– tiene las siguientes características relevantes: a) Por la vía de concesión se encarga la ejecución de la obra y se transmiten los poderes jurídicos necesarios para que se la explote, b) La transmisión de esos poderes es temporal y la explotación en general reserva a la Administración sus facultades de autorización, control y vigilancia, c) La titularidad del derecho de propiedad y de la prestación del servicio público se mantienen en cabeza de la Administración, cb) La prestación del servicio público por parte del concesionario se subordina a los principios de conveniencia nacional, legalidad, generalidad, continuidad, eficiencia,

adaptabilidad y justa retribución, d) Los derechos y obligaciones del concesionario y en su caso, de los subcontratistas, no pueden ser cedidos, fideicometidos o gravados, ni puede celebrarse ningún convenio de usufructo, arrendamiento o explotación total o parcial sobre los bienes objeto de la concesión sin el consentimiento previo y expreso de la Administración concedente y la aprobación de la Contraloría General de la República, consentimiento y aprobación que ha de entenderse necesariamente, y así se interpretan con motivo de esta opinión, que no pueden darse si hay límites constitucionales o legales que lo impidan, y e) La concesión se extingue, entre otras causales, mediante el rescate por causa de interés público...” (Ni la palabra concesión ni el subrayado es del original).

La resolución anteriormente citada también hace referencia expresa al contenido del artículo 121 inciso 14) de nuestra Constitución Política señalando:

“En efecto, el artículo 121 inciso 14) contiene tres normas distintas, que deben ser claramente diferenciadas :a) La primera, es una norma que habilita a la Asamblea Legislativa para decretar “la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación”. Por una parte, es irrestricta en cuanto se refiere a todos los bienes propios de la Nación y, por otra, reserva a la ley la materia, invalidando actos administrativos de enajenación o aplicación a usos públicos no fundados en ley previa, b) La segunda, prescribe qué bienes no “podrán salir definitivamente del dominio del Estado”. Para esas categorías, que están enunciadas en los incisos a) b) y c), la restricción es total y absoluta en cuanto a “salir del Estado”, pero, de inmediato, la norma modera su severidad advirtiendo que tales categorías de bienes pueden ser “por la administración pública o por particulares” de acuerdo con la ley o mediante concesión

especial; c) *La tercera, es una norma que se refiere específicamente a ciertos bienes (ferrocarriles, muelles y aeropuertos en servicio) no incluidos en las tres categorías de la norma precedente. Si sobre estos bienes nada se dijera, los cubriría la norma de habilitación con que el inciso 14) comienza, como ya se ha visto. Pero la existencia de esta disposición específica implica un régimen jurídico propio para estos bienes, que limita el principio general de enajenación y aplicación a usos públicos de una manera rigurosa: tales bienes “no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa ni indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado”. La norma alude en primer lugar, a enajenación, arrendamiento o gravamen, pero la expresión “directa o indirectamente” en el concepto rígido de la disposición puede referirse lo mismo a la situación en que el Estado por sí o por medio de otras entidades jurídicas (sentido subjetivo), o a los casos en que se emplean modalidades o medios que tengan consecuencias o efectos jurídicos equivalentes o similares, aunque per se no supongan técnicamente enajenación, arrendamiento o gravamen (sentido sustantivo). A continuación este rigor se confirma con la expresión “ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado”, expresión ésta a la que también hay que dar una amplia cobertura de hipótesis por la vocación de la norma. Ahora bien: si se confronta la sumaria enumeración de algunas características de la concesión que se hizo antes, con lo dispuesto en el artículo 121 inciso 14), se derivan los siguientes comentarios. **El vocablo “enajenación” importa la transmisión del dominio o propiedad de la cosa o titularidad de un derecho a otra persona**, lo que no sucede con la concesión, pues de acuerdo con los propios términos del Proyecto, el Estado conserva el dominio sobre ellos, al punto de que podría recuperarlos –si por razones de interés público así lo llegare a estimar– previa indemnización al concesionario. Difiere igualmente de la figura del arrendamiento,*

pues como contrato sinalagmático que es, el arrendante asegura al arrendatario el uso y disfrute de la cosa por un tiempo determinado, mientras que el último se compromete al pago de una suma de dinero, en tanto en la concesión, si bien es cierto existe un plazo para su explotación, el Estado—como se señaló— puede recuperarlo no obstante el plazo fijado, y el beneficio económico que recibe el concesionario, consiste exclusivamente en el canón o suma de dinero que abonan los usuarios. Tampoco implica gravar el bien, como resulta de los artículos del Proyecto. En otros términos, la obra pública construída será siempre del Estado. De ahí que como bien del dominio público, gozará de las características de imprescriptibilidad, irrenunciabilidad e inembargabilidad que le son propias a este tipo de bienes. En consecuencia, dadas las prerrogativas que el proyecto reserva a la Administración, no es razonable entender que los bienes objeto de la concesión salgan o puedan salir —directa o indirectamente— del dominio y control del Estado. A lo anterior hay que añadirlos amplios poderes de control o fiscalización que el Estado se reserva para sí, incluso en lo referente al estipendio (tarifas por prestación del servicio público) que recibirá el concesionario, el cual deberá fijarse por los organismos competentes de la Administración Pública que se señalan en el Proyecto, todo sobre la base de principios de justicia y razonabilidad, propios del Derecho Público. De ahí que en opinión de esta Sala, no se observa infracción alguna por parte de la norma consultada con respecto al artículo 121, inciso 14) de la Constitución Política...” (el destacado no es del original).

9. LEY GENERAL DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS CON SERVICIOS PÚBLICOS VIGENTE

El 03 de mayo de 1994 se aprobó la primera Ley General de Concesión de Obra Pública de Costa Rica, Ley 7404, con el propósito de contar con una fuente de financiamiento alterna para satisfacer las

crecientes demandas del sector de infraestructura de transportes. Tres años después, por diferentes motivos no había sido posible iniciar ninguna de las obras que esperaban ser concesionadas en el período 1995-2000.

Respondiendo a esta circunstancia, la Ley original es reformada por la 7762 del 22 de mayo de 1998.

No obstante en su momento el Proyecto de reforma fue adversado por algunos sectores por proponer la concesión de muelles, lo que llevó a la modificación del texto para limitarla a las obras nuevas o las ampliaciones de los muelles existentes. Aún después de su modificación el Proyecto se remite a consulta constitucional por tres puntos básicos: el que no se contemple que la concesión de ferrocarriles, muelles y aeropuertos deban ser autorizados en forma individual por la Asamblea Legislativa, que pudiera afectarse la autonomía de los entes descentralizados territoriales o institucionales al tener éstos que convenir con el Consejo Nacional de Concesiones y que pudiera existir una doble imposición por la potestad otorgada a la administración concedente para cobrar un cánón para la explotación de la Concesión. La Sala Constitucional señaló que las normas no eran inconstitucionales, permitiendo la aprobación de la Ley vigente en abril de 1998. **(Resolución 2318-98 de las diecisiete horas con cincuenta y un minutos del treinta y uno de marzo de mil novecientos noventa y ocho de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).**

En esta resolución se indica expresamente:

“...Es de notar, que la Constitución Política no hace distinción entre obra pública y concesión de servicio público, en los términos en que se plantea en la consulta, y aún cuando esta distinción, pueda ser aconsejable en una buena técnica legislativa su omisión no implica reparo de constitucionalidad alguno. Además, la concesión de obras o servicio público es un contrato típicamente administrativo precisamente por la naturaleza pública del objeto. No debe entonces confundirse la técnica legislativa deseable con lo constitucional o inconstitucional, ya que esto depende del contenido de la propia Constitución y de la norma que se enfrentare a ella, la cual podría incluso estar diseñada conforme a

*una buena técnica legislativa, pero no obstante ser inconstitucional. De ahí que, una determinada norma no esté redactada conforme con una determinada corriente doctrinaria o adolezca de ciertos defectos, ello no implica que sea inconstitucional. Por todo lo anterior esta Sala, estima, que los reparos que los diputados consultantes hacen al Proyecto de Ley en cuanto a este punto, **no se relacionan con problemas de constitucionalidad, sino con criterios de oportunidad y conveniencia del propio legislador**, a quién corresponde regular la materia de la forma que le parezca más viable, claro está, sin violar la Constitución Política. La Sala entiende además que la concesión de las obras y servicios públicos a que se refiere este proyecto de ley, exceptúa todo aquello relativo a la seguridad nacional, control aduanero, migración y todo aquello que tenga que ver con funciones propias del Estado, las que son indelegables e irrenunciables y en modo alguno pueden quedar en manos privadas. Así por ejemplo, aún cuando un aeropuerto sea dado en concesión, para que el servicio público que ahí se preste sea realizado por un ente privado, lo relativo a la seguridad portuaria, migración y aduanas entre otros, queda reservado exclusivamente al Estado, sin que puedan se ejercidas esas funciones ni directa ni indirectamente por los particulares. **A criterio de esta Sala, nada impide que por medio de una ley marco, la Asamblea faculte al Poder Ejecutivo para que de en concesión bienes públicos sin que sea necesario una aprobación concreta para cada caso en particular, pues se entiende que ha dado una aprobación general para tal efecto, en cumplimiento de la propia Constitución. En resumen, en cuanto a este aspecto consultado, la Sala no encuentra inconstitucionalidad alguna...**" (El destacado no es del original).*

10. REFERENCIA A LA LEY No. 7762 DEL 22 DE MAYO DE 1998

La Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos vigente es congruente con la anterior Doctrina y Jurisprudencia citada, como ejemplo nos referiremos a la normativa que establece los conceptos de concesión obra pública y de concesión de obra pública con servicio público.

Señala el Artículo 1ro. Conceptos

- 1.- Esta ley regula los contratos de concesión de obras públicas y de obras con servicios públicos.
- 2.- Para los efectos de esta ley se definen los siguientes conceptos:
 - a) **Concesión de obra pública:** contrato administrativo por el cual la Administración concedente encarga a un tercero el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, la conservación, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público, a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente.
 - b) **Concesión de obra con servicio público:** contrato administrativo por el cual la Administración encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, conservación, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público, así como su explotación, prestando los servicios previstos en el contrato a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente.

Los **incisos 2) y 3) del artículo 2**, referidos a la **“Cobertura”** de la Ley vigente establecen que:

- 2.- “...Los ferrocarriles, la ferrovías, los muelles y los aeropuertos internacionales, tanto nuevos como existentes, así como los servicios que ahí se presten únicamente podrán ser otorgados en concesión mediante los procedimientos dispuestos en esta ley.

- 3.- En el caso de los muelles de Limón, Mohín, Caldera y Puntarenas, por esta ley, únicamente podrán ser concesionadas las obras nuevas o las ampliaciones que ahí se realicen y no las existentes.

CONCLUSIONES

- 1.- El concepto de “Dominio Público” (propiedad del Estado destinada a un uso o servicio público) difiere del concepto de “Propiedad” en el Derecho Privado.

El Dominio Público posee características de inalienabilidad e imprescriptibilidad que le son consustanciales, y que son imposibles para el concepto de propiedad en el Derecho Privado.

- 2.- También el concepto de “*enajenación*” en Derecho Público difiere del concepto de enajenación en Derecho Privado. En Derecho Privado se considera como enajenación cualquier incidencia en el concepto de “propiedad”.

En el Derecho Público, el concepto de enajenación de un bien de Dominio Público implica el traslado de dominio y éste únicamente puede realizarse mediante una norma de rango constitucional o legal.

- 3.- La concesión es un acto administrativo que no tiene posibilidad de producir una “enajenación” en el sentido de “*afectación*” de los bienes de Dominio Público. La circunstancia de que el Estado mantenga la titularidad y la fiscalización del bien de dominio público excluye cualquier posibilidad al respecto.

- 4.- “...*El derecho de concesión de un servicio público que se conceda a particulares, no es susceptible de ser enajenado, puesto que esa actividad sigue siendo pública y por ende sometida a su régimen jurídico esencial*” (Voto 4351-96 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

- 5.- No obstante, que el párrafo III del inciso 14) del artículo 121 de nuestra Constitución Política no contempla expresamente la figura de la concesión para nuestros ferrocarriles, muelles y aeropuertos, la misma, por su definición y características no tiene aptitud material legal o constitucional para enajenar tales bienes de Dominio Público o violentar la normativa constitucional.

**LA PARADOJA KANTIANA
DE LA RESISTENCIA AL PODER**

Lic. Oriester Francisco Abarca Hernández^()*

(Recibido 11/12/06; aceptado 25/06/07)

(*) Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica.
Profesor Asociado Universidad de Costa Rica.

Tel. 661-2675, Fax 445-0278
e-mail: oriesterabarca@mail.com

RESUMEN

El entusiasmo de Kant por la Revolución Francesa es bien conocido; sin embargo, niega que exista un derecho a la revolución, lo cual para muchos es una paradoja. Este artículo analiza el pensamiento político de Kant para explicar dicha paradoja. En la filosofía de la historia, la crisis o la tensión es necesaria para que se produzca el progreso humano. La filosofía kantiana de la historia ofrece la clave para entender como pueden armonizarse ambas posiciones, la favorable a la revolución y la negativa a reconocer el derecho de resistencia.

Palabras clave: rebelión, revolución, historia, derecho positivo, teoría del derecho.

ABSTRACT

Kant's enthusiasm for the French Revolution is well known, but he denies the right of revolution. It has been a paradox to many people. This paper consider Kant's political thought to explain it. In Kant's philosophy of history, crisis or tension is necessary for human progress. Kant's philosophy of history gives us a basis from which to combine the advantages of the radical's attitude toward revolution and the conservative's attitude toward maintaining the existing legitimate government.

Key words: rebellion, revolution, history, positive law, doctrine of right.

SUMARIO

Introducción

1. Análisis desde la filosofía del derecho
2. Análisis desde la filosofía de la historia

A modo de conclusión

Referencias bibliográficas

INTRODUCCIÓN

En un artículo de 2001⁽¹⁾ afirmó que la valoración de Kant sobre la Revolución Francesa como hecho histórico resulta en una inconsecuencia con su propio pensamiento, pues el filósofo veía corroborado en un hecho histórico –y por lo tanto de manera empírica, lo que debía ser demostrado *a priori* como inherente a la razón universal, es decir, el sentido y progreso de la historia.

Sin embargo, es necesario reconocer que el asunto –y su corolario, la posición de Kant frente a la resistencia al poder– no es tan simple y que afirmar que Kant incurrió en tal inconsecuencia no es necesariamente una afirmación correcta en el marco de la globalidad del pensamiento y obra de dicho pensador. El punto ha dado lugar a la polémica y a diversos enfrentamientos particulares (por ejemplo, Schwarz,⁽²⁾ contra Nicholson.⁽³⁾)

La polémica no ha sido resuelta aún y se originó, ya en vida de Kant, a propósito de la publicación en 1793 del opúsculo *Über den Gemeinspruch: ‘Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (Acerca del refrán: ‘Lo que es cierto en teoría, para nada sirve en la práctica,⁽⁴⁾ en el *Berlinische Monatsschrift* (Revista mensual de Berlín). En ese ensayo Kant sostiene que no existe separación entre la teoría crítica y sus proyecciones prácticas, pues cada una de las partes de su sistema están condicionadas y sostenidas por las demás.⁽⁵⁾

-
- (1) ABARCA HERNÁNDEZ, Oriester. El estado como necesidad racional y el derecho de propiedad en la teoría política de Kant. *Revista InterSedes*, San José, Vol. 2, N° 2, 2001, p. 21.
 - (2) SCHWARZ, Wolfgang. The Ambiguities of “Resistance”: A Reply to Peter Nicholson. *Ethics*, Vol. 87, N° 3, 1977, pp. 255-259.
 - (3) NICHOLSON, Peter. Kant on the Duty Never to Resist the Sovereign. *Ethics*, Vol. 86, N° 3, 1976, pp. 214-230.
 - (4) KANT, Immanuel. Acerca del refrán: ‘Lo que es cierto en teoría, para nada sirve en la práctica. *Filosofía de la historia*, Editorial Nova, 1964, pp. 137-141.
 - (5) En otra obra Kant expresa una afirmación similar: “Así, pues, también desde el punto de vista cosmopolita, rige la afirmación siguiente: lo que con fundamento racional tiene vigencia en la teoría, rige también en lo

Cuando Biester, editor de la revista, recibió el ensayo, expresó con complacencia que éste refutaba el rumor que de Kant estaba a favor “of the ever increasingly repulsive French Revolution, in which the actual freedom of reason and morality and all wisdom in statecraft and legislation are being most shamefully trampled under foot”.⁽⁶⁾ De hecho, Biester tenía suficientes razones hacer tal manifestación respecto a la posición de Kant, pues en ese ensayo éste niega que exista un derecho a la revolución. De allí la paradoja.

No pocos debieron sentirse confundidos por la declaración de Kant contraria al derecho de revolución, pues, *prima facie*, choca contra la casi eufórica posición de éste en relación con el impacto de la Revolución Francesa y con el carácter revolucionario de su pensamiento. Mendelssohn, por ejemplo, en referencia a *La crítica de la razón pura* y a sus consecuencias, se había referido a Kant como el *Alles-Zermalmer*: el “*gran destructor de todo*”.

Heine, en relación con la *Crítica de la razón pura*, expresaba:

“With this book (the Critique of Pure Reason) an intellectual revolution began in Germany which offers the strangest analogies with the material revolution in France, and, to a more reflective mind, appears to be of equal importance. The same stages characterize its development which, indeed, shows the most remarkable parallels. On both banks of the Rhine we see the same break with the past, all respect for tradition is revoked”.⁽⁷⁾

Marx llamó a la filosofía de Kant “la teoría alemana de la Revolución Francesa”, y no pocos han considerado a Kant como el filósofo de las Revoluciones Americana y Francesa (por ejemplo, Friedrich, Vorländer y Gooch, según Reiss).⁽⁸⁾

práctico” (Kant, Sobre las relaciones entre la teoría y la práctica en el derecho internacional, consideradas desde un punto de vista filantrópico-universal, es decir, cosmopolita, *Filosofía de la historia*, Editorial Nova, 1964, p. 189).

- (6) Citado por BECK, Lewis White. Kant and the Right of Revolution. *Journal of the History of Ideas*, Vol. 32, N° 3, 1971, p. 411.
- (7) Citado por REISS, H. S. Kant and the Right of Rebellion. *Journal of the History of Ideas*, Vol. 17, N° 2, 1956, p. 179.
- (8) *Idem*.

En 1798 se produjo una rebelión de los irlandeses en contra de la autoridad entonces legítima de Inglaterra. Refiere Arendt: “Según una anotación, recogida en el diario de Abegg, Kant estaba convencido de la legitimidad de la rebelión e incluso manifestó su esperanza en una futura república en Inglaterra”.⁽⁹⁾

El mismo Kant había expresado, algunos años antes incluso de la Revolución Francesa, en *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht* (*Idea de una historia universal desde el punto de vista cosmopolita*), escrita en 1784, que se puede esperar que “...después de muchas revoluciones y transformaciones, se llegue a producir alguna vez la suprema intención de la naturaleza: una condición cosmopolita universal, entendida como el seno en que se desarrollarán todas las disposiciones originarias de la especie humana.”⁽¹⁰⁾

Y en la obra intitulada *Der Streit der Facultäten* (*El conflicto de las facultades*), Sección II (*Reiteración de la pregunta de si el género humano se halla en constante progreso hacia lo mejor*), publicada en 1798, refiriéndose al impacto (entusiasmo) causado por la Revolución Francesa en los “espectadores desinteresados”, manifiesta con un *pathos* pocas veces visto en su estilo meticuloso y poco expresivo:

“Tal hecho [la Revolución Francesa] no sólo permite esperar un progreso hacia lo mejor, sino que éste ya existe, en tanto la fuerza para lograrlo es ahora suficiente.

La revolución de un pueblo pleno de espíritu... encuentra en los espíritus de todos los espectadores (que no están comprometidos en ese juego) un deseo de participación, rayano en el entusiasmo, y cuya manifestación, a pesar de los peligros que comporta, no puede obedecer a otra causa que no sea la de una disposición moral del género humano.”⁽¹¹⁾

-
- (9) ARENDT, Hannah. *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*. Barcelona, Editorial Paidós, 2003, p. 92.
- (10) KANT, Inmanuel. *Idea de una historia universal desde el punto de vista cosmopolita*. *Filosofía de la historia*, Editorial Nova, 1964, p. 54.
- (11) Kant, Inmanuel. *Reiteración de la pregunta de si el género humano se halla en constante progreso hacia lo mejor*. *Filosofía de la historia*, 1964, p. 197.

Más aún, la fama de Kant como jacobino (había recibido el mote de “el viejo jacobino) se había extendido hasta Berlín.⁽¹²⁾ “Kant was a notorious Jacobin”.⁽¹³⁾

De modo que el tema de cómo percibió y valoró Kant la Revolución Francesa debe ser analizado con cuidado en lo referente a su aparente contradicción con su negativa a reconocer el derecho jurídico de rebelión, o términos más generales, con el asunto de la resistencia al poder.

Sin duda Múgica⁽¹⁴⁾ ha acertado al abordar este problema y afirmar que Kant trató el tema de la Revolución Francesa desde dos puntos de vista: a) desde la filosofía del derecho, b) desde la filosofía de la historia; no obstante, esa idea no es original de Múgica, pues él mismo reconoce que la ha encontrado en Williams,⁽¹⁵⁾ González Vicén⁽¹⁶⁾ y Rodríguez Aramayo.⁽¹⁷⁾ Incluso esta posición puede ser ubicada en Reiss (1956) y en Beck.⁽¹⁸⁾ Se analizan a continuación ambas perspectivas.

2. ANÁLISIS DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Expone Kant, en su obra de 1797, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (Principios metafísicos del derecho)*,⁽¹⁹⁾ que el derecho se divide en dos partes: derecho privado y derecho público. El primero se

(12) BECK, *op. cit.*, pp. 411-412.

(13) AXINN, Sidney. Kant, Authority, and the French Revolution. *Journal of the History of Ideas*, Vol. 32, N° 3, 1971, p. 424.

(14) MUGICA, Fernando. Kant, espectador filosófico de la Revolución Francesa. *Persona y Derecho*. Pamplona, Vol. 17, 1987, pp. 31-73.

(15) WILLIAMS, Howard. *Kant's Political Philosophy*. New York, St. Martin's Press, 1983.

(16) GONZÁLEZ VICÉN, Felipe. *La filosofía del estado en Kant*. Tenerife, Universidad de La Laguna, 1952.

(17) RODRÍGUEZ ARAMAYO, Roberto. La filosofía kantiana del derecho a la luz de sus relaciones con el conformismo ético y la filosofía crítica de la historia. *Revista de filosofía*, IX, 1986, pp. 15-36.

(18) Beck, *op. cit.*

(19) KANT, Immanuel. *Principios metafísicos del derecho*. Buenos Aires, Editorial Americalee, 1943.

produce en el estado de naturaleza (considerado éste como idea, no como realidad empírica), en el que ya existen ciertos derechos, pero de manera provisoria; es el derecho no tutelado por el poder coactivo del estado. El derecho público, en cambio, es el que surge con la aparición del estado –como su garante por medio del poder de coacción– y es el conjunto de las leyes externas que hacen posible la coincidencia de la limitación de la libertad de cada uno con la libertad de los demás. El derecho privado (provisorio) deviene derecho público (definitivo) por la coacción y por el estado. La coacción es considerada como una mutua relación de acción y reacción en lo jurídico; equivale al concepto de igualdad, pues ante una infracción del derecho cualquiera puede exigir el cumplimiento coactivo sin atención a sus condiciones personales.⁽²⁰⁾ El derecho estricto descansa exclusivamente sobre el principio de la posibilidad de una coacción exterior, compatible con la libertad de todos con arreglo a leyes generales. Para Kant la ley universal de derecho es: “Obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal”.⁽²¹⁾

El derecho estricto no atiende a los móviles internos sino exclusivamente a los externos, de modo que no aparece mezclado con nada de carácter ético, no se involucra con ningún precepto relativo a la virtud sino que descansa sobre el principio de una coacción exterior. Ahora bien, es un deber moral ajustar la propia conducta externa al derecho, pero ello no justifica confundir ni mezclar el orden jurídico con el moral. Estado y derecho son dos formas inferidas racionalmente para garantizar la libertad (externa).

Desde el punto de vista del derecho, como inferencia racional, no puede existir un derecho de resistencia, pues ello significaría un regreso al estado de naturaleza, en el cual nadie tiene asegurado su derecho; se atentaría de ese modo contra la razón, que impone la salida de tal estado. La idea de derecho y de estado exige a su vez que no pueda reconocerse un derecho de rebelión. Kant sostiene que es un principio práctico de la razón, que se debe obedecer al poder legislativo actualmente existente, con independencia de cual sea su origen o fundamento.

(20) KANT, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*. Madrid, Editorial Tecnos, 1991, p. 16.

(21) Kant, *Principios metafísicos del derecho*, p. 47.

“El origen del poder supremo es inescrutable, bajo el punto de vista práctico, para el pueblo que está sometido a él; es decir, que el súbdito no debe razonar prácticamente sobre este origen, como sobre un derecho controvertido (ius controversum) con respecto a la obediencia que le debe... si el súbdito que investiga hoy este último origen quisiese resistir a la autoridad existente, debería ser castigado con toda razón, expulsado o desterrado (como proscrito, exlex)” en nombre de las leyes de esta autoridad. Una ley que es tan santa (inviolable) que aun es un crimen en la práctica ponerla en duda, y por consiguiente impedir su efecto por un solo instante, es concebida de tal suerte que no debe ser mirada”.⁽²²⁾

Expresamente declara Kant que el deber de obedecer al poder legislativo actual es una *Idea como principio de la razón práctica*, es decir, un principio regulativo de la práctica política.

En caso de que el órgano del soberano, el gobierno obre contra las leyes, al súbdito sólo le queda el recurso de interponer quejas a esa injusticia, pero nunca una resistencia.

“No puede haber ningún artículo en la constitución que conceda a un poder en el Estado el derecho de oponerse al soberano en caso de que éste violase la constitución, por consiguiente, el derecho de reprimir”.⁽²³⁾

Ninguna resistencia es legítima de parte del pueblo contra el poder legislativo, según Kant, “porque un estado jurídico no es posible más que por la sumisión a la voluntad universal legislativa”.⁽²⁴⁾ La razón de que el pueblo deba soportar hasta el abuso del poder soberano declarado insoportable, “consiste en que la sublevación contra el poder legislativo soberano debe siempre ser considerada como contraria a la ley, y aun como subversiva de toda constitución legal”.⁽²⁵⁾

(22) *Ibid.*, pp. 155-156.

(23) *Ibid.*, p. 156.

(24) *Ibid.*, p. 157.

(25) *Ibid.*, pp. 157-158.

En similar sentido, en *Acerca de la relación entre teoría y práctica en el derecho político*, Kant manifiesta:

“El poder que efectúa la ley dentro del Estado tampoco admite resistencia (es irresistible). Sin semejante poder no habría ninguna comunidad jurídicamente existente, ya que tiene la fuerza de abolir cualquier resistencia interior. La máxima por la que cual ésta acontece aniquilaría, al tornarse universal, toda constitución civil y exterminaría la única condición en la que el hombre puede ser poseedor de su derecho en general.”⁽²⁶⁾

La prohibición de la resistencia (entendida como violencia contra el jefe de estado) es incondicionada, y su infracción para Kant constituye un crimen supremo, digno del mayor castigo, porque destruye los cimientos de la comunidad. Al súbdito no le está permitida dicha resistencia contra el soberano, aunque éste viole el pacto originario y se comporte tiránicamente.

La única vía para que exista un derecho de sublevación sería que una ley pública la autorice, pero en este caso, considera Kant, la legislación suprema no sería soberana y el pueblo se constituiría en soberano de aquél a que está sometido, lo que es contradictorio; contradicción que es flagrante si se considera que el pueblo sería juez en su propia causa.

Para Beck, el argumento muestra el formalismo de Kant en extremo, pues no puede existir una ley que permita la ilegalidad –resulta obvio que no puede existir un derecho legal a la revolución–; tampoco los revolucionarios apelan a la constitución para justificar sus esfuerzos de derogarla⁽²⁷⁾ “and to tell a revolutionary that he should

(26) KANT, Inmanuel. *Acerca de la relación entre teoría y práctica en el derecho político. Filosofía de la historia*, Editorial Nova, 1964, pp. 170.

(27) “In this argument, we see Kant’s formalism in *extremis*. There cannot be a law which permits lawlessness, nor an institution of power that provides for its own forcible dissolution. It seems to me that no one should be unduly shocked by Kant’s argument; and if one is not convinced, it is because one objects to the narrowness of Kant’s base, not to the stringency of his proof erected

desist from his revolutionary activity because he is breaking a law would be met with derision”.⁽²⁸⁾ El argumento jurídico se reduce a una tautología. No puede haber derecho a la revolución por la definición misma de la Idea de derecho.

El fundamento metafísico del poder establecido es una idea de la razón práctica, que no expresa ningún objeto de la experiencia, sino que actúa como un principio regulativo: se trata de la obediencia a la autoridad, independientemente del origen fáctico de tal poder. En esta idea, de la obediencia jurídicamente incondicionada, encuentra Robles “el concepto de norma fundamental en Kant”.⁽²⁹⁾ Por lo tanto, considero que Kant es coherente con su propio pensamiento, pues reconocer un derecho de resistencia sería equivalente a reconocer el derecho de socavar el contenido la norma fundamental misma. Es clara la influencia de Hobbes en Kant.

Sin embargo, Kant sí reconoce un tipo de resistencia a la que llama “resistencia *negativa* del pueblo” por medio del Parlamento. Consiste en no consentir siempre en todas las demandas que el gobierno plantea en nombre del Estado. “Si estas demandas no encontrasen nunca oposición, sería un signo cierto de que el pueblo

upon it. The revolutionist does not appeal to the terms of the constitution for justification of his efforts to overturn the constitution; at most he appeals to the constitution for reform of administrative practices, or perhaps to the preamble of the constitution with its adumbration of natural, not positive, law as a basis for criticism of the positive law and the constitution which he rejects. In the *Rechtslehre*, which is concerned with the a *priori* foundation of civil society, Kant could have drawn no other conclusion. Revolution abrogates positive law; therefore positive law and its system condemn revolution. Revolution means a return to nature, which the contract establishing positive law renounces.

Up to this point it may appear that Kant is making a point of boring obviousness, namely, that there can be no *legal* right of revolution. Revolution by its very nature is a denial that established legal and constitutional claims are indefeasible; and to tell a revolutionary that he should desist from his revolutionary activity because he is breaking a law would be met with derision.” (Beck, *op. cit.*, pp. 413-414).

(28) Beck, *op. cit.*, p. 414.

(29) Robles, Gregorio. El concepto de norma fundamental en Kant. *Persona y Derecho*. Pamplona, Vol. 33, 1995, pp. 299-307.

está depravado, que sus representantes son venales y el príncipe despótico en el gobierno de sus ministros, los cuales a su vez harían traición al pueblo”.⁽³⁰⁾

Schwarz⁽³¹⁾ advierte que no debe confundirse el derecho de resistencia, en general, con el derecho de revolución, en particular. Kant, no excluye, según Schwarz todo tipo de resistencia como válido, de modo que la afirmación, por ejemplo expresada por Nicholson⁽³²⁾ o por Jaspers,⁽³³⁾ de que es un deber nunca resistir al soberano, no es correcta desde la filosofía política de Kant. “Care must be taken not to equate the right of resistance with revolution”.⁽³⁴⁾ Existen ciertas formas de resistencia que sí encuentran cabida en la teoría kantiana. Por ejemplo, como ya se expuso, la resistencia negativa (de tipo no activa) que ejerce el sobre el ejecutivo por medio de sus representantes en el Parlamento.

Este primer tipo de resistencia no es positivo, no da derecho a tomar el poder ejecutivo sino a oponer una resistencia de pasiva, de no complacencia. Se trata tanto de un derecho como de un deber, pues una constante vigilancia prevendrá la caída en el despotismo opresivo.

Otro tipo de resistencia pasiva que admite Kant se encuentra en *Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft* (*La religión dentro de los límites de la pura razón*), obra de 1793, en la que explica la proposición de Lutero “Uno debe obedecer a Dios antes que a los hombres”. Kant afirma que no se debe obedecer una orden que es mala en sí misma (directamente en oposición a la ley moral). Se trata entonces de la negación a la facultad de actuar moralmente lo que justifica la desobediencia a la ley civil.

(30) Kant, *Principios metafísicos del derecho*, p. 160.

(31) SCHWARZ, Wolfgang. The Right of Resistance. *Ethics*, Vol. 74, N° 2, 1964, pp. 126-134. También, Schwarz, Wolfgang. The Ambiguities of “Resistance”: A Reply to Peter Nicholson. *Ethics*, Vol. 87, N° 3, 1977, pp. 255-259.

(32) *Op. cit.*

(33) JASPERS, Karl. *Plato-Augustin-Kant*. Munich, R. Piper and Co., 1957.

(34) SCHWARZ, The Right of Resistance, p. 126.

De modo que, según concluye Schwarz, “Kant’s tenet may be reduced to the form, All coercive resistance (directed against the state authority) is wrong. This can be expressed by two propositions: (1) some resistance is not coercive; (2) coercive resistance (directed against the state authority) is always, unrestrictedly, wrong”.⁽³⁵⁾

Ahora bien, la constitución perfecta es una idea de la razón práctica, de modo que el cambio de una constitución pública (con existencia empírica) que adolezca de vicios puede ser necesario. Kant propone en vez de la revolución, la reforma del estado, lo cual sólo puede ser realizado por el soberano mismo, no por el pueblo sublevado.

Ahora bien, como señala Robles, el imperativo categórico que expresa la obligación de obedecer a la autoridad establecida, también “establece un hecho como condición de todo derecho: este *Faktum* es la toma del poder (*Bemächtigung*)”.⁽³⁶⁾ En la misma línea expresan Pérez y Amadeo:

“Si bien es cierto que el fundamento, tanto de la propiedad privada como del Estado será de carácter jurídico-formal, también es cierto que en ambos casos el origen último es la fuerza. Es la toma del poder la que legitima en definitiva a un determinado gobernante, y en el caso del derecho de propiedad, en última instancia, va a ser la ocupación física la que legitima la propiedad”.⁽³⁷⁾

Por lo tanto, si ocurre una revolución y esto da lugar a una nueva constitución, la injusticia de dicho principio no puede dispensar a nadie de la obligación de someterse al nuevo orden,⁽³⁸⁾ como buenos ciudadanos, y de obedecer a la nueva autoridad soberana en el poder.⁽³⁹⁾

(35) SCHWARZ, The Ambiguities of “Resistance”: A Reply to Peter Nicholson, p. 258.

(36) ROBLES, *op. cit.*, p. 302.

(37) PÉREZ J., Bárbara, AMADEO, Javier. El concepto de libertad en las teorías políticas de Kant, Hegel y Marx. *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*. Buenos Aires, CLACSO, 2000, pp. 416.

(38) KANT, *Principios metafísicos del derecho*, p. 160.

(39) “That a government may have been established by an act of lawless violence does not impugn its legal authority and validity, nor reduce its claim to allegiance. Kant is willing to believe that all governments began

Otro argumento para oponerse al derecho de resistencia, más enraizado en su filosofía moral⁽⁴⁰⁾ que en que su metafísica del derecho, se encuentra en *Zum ewigen Frieden (Sobre la paz perpetua*, obra de 1795). En dicha obra Kant afirma que el principio trascendental de la publicidad⁽⁴¹⁾ rige todas las acciones políticas y se formula de la siguiente manera: “Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados”.⁽⁴²⁾ Así, por ejemplo, al referirse a la resistencia al poder, se pregunta: “¿Es la revolución un medio legítimo para que un pueblo se sacuda el poder opresivo de un, así llamado, tirano (*non titulo, sed exercitio talis*)?” Y responde: “La injusticia de la rebelión se pone de manifiesto, por tanto, en que, si se *confesara* públicamente sus principios, no se podrían realizar sus propósitos”.⁽⁴³⁾ Kant concluye entonces que: “Todas las máximas que *necesitan* la publicidad (para no fracasar en sus propósitos) concuerdan con el derecho y la política a la vez”.⁽⁴⁴⁾ Es claro que si el plan revolucionario se hace público no sería exitoso, lo que demuestra su injusticia.

La reforma del estado que Kant propone en vez de la revolución, es inevitable sólo si existe una ilustración pública y libertad de prensa (la libertad de la pluma), la cual es la salvaguarda de los derechos humanos. La reforma sólo debe ser realizada por el soberano, pero esto se hará con sabiduría solamente si éste está al tanto de las inequidades e imperfecciones de su administración. La rebelión aparece cuando la libertad de opinión es abolida.

with power, not with contract. But to inquire into the historical origin of a government for the purpose of thereby impugning its authority is itself punishable. This principle of the irrelevancy of historical origin to judicial validity is used to legitimize the government which is, in point of historical fact, established as a result of insurrection.” (BECK, *op. cit.*, 415).

(40) “The new argument is derived from the form of the categorical imperative which requires us to treat human beings as end-setting ends-in-themselves” (BECK, *op. cit.*, p. 414).

(41) Sobre este tema ver: Arendt, *op. cit.*, pp. 89-98.

(42) KANT, *Sobre la paz perpetua*, p. 61.

(43) *Ibid.*, pp. 62 y 63.

(44) *Ibid.*, p. 69.

Como un resumen de lo expuesto puede ser útil citar a Axinn, quien ha realizado el ejercicio de imaginar la respuesta que Kant hubiera dado a sus seguidores si hubiese sido un parisino invitado a destronar al rey:

“Suppose Kant a Parisian in 1789, and a group of his fellow townsmen ask him to join them in an effort to overthrow the King and the corrupt government. How would he respond? Would he turn up at the Bastille on July 14th?

He would very likely answer as follows.

Dear Sirs:

- 1) The principle of your plan is this: Whenever some of us think that the legal government should be overthrown, we have the right to do so. But, this principle would make all government unstable and undependable. Since government is necessary to keep peace between men, you do not have the right to rebel. The period between governments would be the horror of anarchy.*
- 2) No violence must be used or even threatened. Particularly, no personal violence against the King.*
- 3) No secret meetings should be held. If your claims are legitimate, they must be able to stand publicity.*
- 4) If you fail and are caught, you ought to be put to death.*
- 5) If you succeed, and establish a new government, the King and the nobility do not have the right to overthrow the new government and return to the prior state.*
- 6) If you succeed, you do not have the right to punish the King for any of his actions while he was King.*
- 7) Certainly the people have inalienable rights that the King ought to respect, but the people do not have coercive rights against him. Their only protection lies in the power of publicity, of freedom of the pen and free speech.*

- 8) *If you succeed and establish a republic, it will be one of the most exciting examples of moral progress in years. However, you should not try, and I will not join you if you do, because the really dependable and proper way to make progress is by gradual changes.*⁽⁴⁵⁾

2. ANÁLISIS DESDE LA FILOSOFÍA DE LA HISTORIA

La historia tiene un fin, un plan oculto de la naturaleza que consiste en el progreso continuo de la humanidad. Se trata de un principio regulativo, de una idea práctica, que como tal no encuentra demostración alguna en la experiencia. Por medio de esta teleología de la naturaleza, que proyectada a la historia, dota a ésta de sentido, es posible el reino de los fines y por tanto, de la libertad. El ser humano, sometido a la causalidad en cuanto ser fenoménico, se encuentra, como *ser en sí*, libre por medio de la voluntad determinada por la razón. La discordia y el egoísmo, propios de la naturaleza humana, obligan al hombre a dejar el estado de naturaleza y a entrar en un estado de derecho, a adoptar una constitución civil y luego, las guerras y todos los costos y desgracias que traen aparejados, obligarán a la adopción de un orden entre los estados, a la introducción de una condición cosmopolita para la seguridad jurídica de éstos. Así, la naturaleza ha querido el egoísmo y la guerra, como motivos para la civilización. “El magno problema de la especie humana, a cuya solución la naturaleza constriñe al hombre, es el del establecimiento de una sociedad civil que administre el derecho de modo universal”.⁽⁴⁶⁾ No se trata de la elaboración de una ciencia histórica, empíricamente concebida, sino de la idea de una historia universal que tiene un hilo conductor *a priori*.

Este destino final sólo lo logra la especie, no el individuo:

Es el antagonismo, el medio que tiene la naturaleza para cumplir su plan oculto con respecto a la humanidad.

(45) Axinn, *op. cit.*, pp. 423-424.

(46) KANT, *Idea de una historia universal desde el punto de vista cosmopolita* *Ibid.*, p. 45.

“¡Agradezcamos, pues, a la naturaleza, por la incompatibilidad, la envidiosa vanagloria de la rivalidad, por el insaciable afán de posesión o poder! Sin eso todas las excelentes disposiciones de la humanidad estarían eternamente dormidas y carentes de desarrollo. El hombre quiere concordia; pero la naturaleza, que sabe mejor lo que es bueno para la especie, quiere discordia.”⁽⁴⁷⁾

La astucia de la naturaleza se muestra por medio de la discordia para desarrollar las disposiciones de la humanidad de un modo acabado, no en el individuo, sino en la especie. La aspiración de la perfección de la humanidad no se puede alcanzar en el individuo, por su perfeccionamiento moral (“... tan nudosa es la madera de que está hecho el hombre que con ella no se podrá tallar nada recto”),⁽⁴⁸⁾ sino en la especie por medio del derecho:

“Podemos considerar los lineamientos generales de la historia de la especie humana como la realización de un plan oculto de la Naturaleza, destinado a producir una constitución política interiormente perfecta, y, con este fin, también perfecta, desde el punto de vista exterior; pues tal es la única condición por la cual la Naturaleza puede desarrollar todas las disposiciones de la humanidad de un modo acabado.”⁽⁴⁹⁾

De modo que es por el derecho que cabe esperar el desenlace del destino de la humanidad, su perfeccionamiento; pero este medio no es suficiente, pues la discordia es un requisito previo para la adopción de un estado de derecho universal. El poder civilizador del derecho no consiste en la felicidad que pueda proporcionar a los ciudadanos. La naturaleza quiere que el hombre saque de sí mismo lo que lleva más allá de la ordenación mecánica de la existencia animal y que no disfrute de otra felicidad o perfección que no sea la que él mismo, libre de sus

(47) *Idem.*

(48) *Idem.*, p. 47.

(49) *Idem.*, p. 52.

instintos, se procure mediante la razón. Esto no es posible en el estado de naturaleza, sino en sociedad por obra de la cultura, que lleva a convertir el acuerdo de establecer una sociedad, patológicamente provocada, en un todo moral. La suprema tarea de la naturaleza en relación con la especie humana consiste en lograr una sociedad en que la libertad bajo leyes externas se encuentre unida, en el mayor grado posible, con una potencia irresistible; es decir, “en que impere una constitución civil perfectamente justa, ...porque sólo mediante la solución y cumplimiento de dicha tarea ella podrá alcanzar las restantes intenciones referidas a nuestra especie.”⁽⁵⁰⁾

La constitución perfecta, como idea, no se refiere a las constituciones empíricas; éstas representan el derecho público, pero no son perfectas, por lo que cabe esperar su perfeccionamiento en el transcurso del tiempo. En este contexto, es posible esperar que las revoluciones cumplan su papel, según el plan de la naturaleza. Kant no predica la revolución, pero la explica como medio de la teleología natural para desarrollar el estado de derecho y el orden cosmopolítico futuro (liga de naciones, *Foedus Amphictyonum*). El progreso continuo de la humanidad no puede excluir las revoluciones, a pesar de que representan el mal.

Al referirse a este orden cosmopolítico futuro expresa:

“A pesar de que semejante cuerpo político existe por ahora en estado de muy grosero proyecto, comienza a despertarse, por así decirlo, un sentimiento en todos los miembros del mismo: el interés por la conservación del todo, lo que permite esperar que, después de muchas revoluciones y transformaciones, se llegue a producir alguna vez la suprema intención de la naturaleza: una condición cosmopolita universal, entendida como el seno en que se desarrollarán todas las disposiciones originarias de la especie humana.”⁽⁵¹⁾

En el fondo, está la consideración de la naturaleza del mal; éste es autodestructivo. De ahí, la astucia de la naturaleza, su plan oculto. A

(50) *Idem.*, p. 46.

(51) *Idem.*, p. 54.

la salida al fin de la humanidad se oponen los fines de los hombres considerados individualmente; sin embargo, las inclinaciones de los individuos se contrarrestan mutuamente, lo que facilita a la razón un libre juego para dominarlas a todas. Así, en vez de reinar el mal, éste se autodestruye produciendo un reino del bien, que se mantiene por sí mismo en lo sucesivo.

Esta teoría kantiana del mal en el hombre, se deriva de idea de la naturaleza caída del hombre, de Lutero, quien ejerció una importante influencia en el pensador, por vía del pietismo. No obstante, el optimismo y fe en la humanidad que muestra Kant a partir de su idea del mal, es admirable y es uno de los fundamentos de su teoría política, especialmente en su doctrina de la insociable sociabilidad del ser humano, de la que hace derivar la vida en sociedad y en general, la cultura.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Es por la idea del mal en la humanidad que se puede explicar la paradoja, al insertarse en una explicación teleológica de la historia y, por tanto, de las revoluciones en el marco del pensamiento kantiano, a pesar de que ellas sean inaceptables desde el punto de vista de la idea del derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABARCA HERNÁNDEZ, Oriester (2001). El estado como necesidad racional y el derecho de propiedad en la teoría política de Kant. *Intersedes*, Vol. 2, N°2, 2001, pp. 13-29.
- ARENDT, Hannah. *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*. Barcelona, Editorial Piados, 2003.
- AXINN, Sidney. Kant, Authority, and the French Revolution. *Journal of the History of Ideas*, Vol. 32, N° 3, 1971, pp. 423-432.
- BECK, Lewis White. Kant and the Right of Revolution. *Journal of the History of Ideas*, Vol. 32, N° 3, 1971, pp. 411-422.
- GONZÁLEZ VICÉN, Felipe. *La filosofía del estado en Kant*. Tenerife, Universidad de La Laguna, 1952.
- JASPERS, Karl. *Plato-Augustin-Kant*. Munich, R. Piper and Co., 1957.
- KANT, Immanuel. *Principios metafísicos del derecho*. Buenos Aires: Editorial Americalee, 1943.
- KANT, Immanuel. Acerca de la relación entre teoría y práctica en el derecho político. *Filosofía de la historia*. Buenos Aires, Editorial Nova, 1964, pp. 157-180.
- KANT, Immanuel. Acerca del refrán: 'Lo que es cierto en teoría, para nada sirve en la práctica. *Filosofía de la historia*. Buenos Aires, Editorial Nova, 1964, pp. 137-141.
- KANT, Immanuel. Idea de una historia universal desde el punto de vista cosmopolita. *Filosofía de la historia*. Buenos Aires, Editorial Nova, 1964, pp. 39-57.
- KANT, Immanuel. Reiteración de la pregunta de si el género humano se halla en constante progreso hacia lo mejor. *Filosofía de la historia*. Buenos Aires, Editorial Nova, 1964, pp. 190- 208.
- KANT, Immanuel. Sobre las relaciones entre la teoría y la práctica en el derecho internacional, consideradas desde un punto de vista filantrópico-universal, es decir, cosmopolita. *Filosofía de la historia*. Buenos Aires, Editorial Nova, 1964, pp. 181- 189.
- KANT, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*. Madrid, Editorial Tecnos, 1991.

- MÚGICA, Fernando. Kant, espectador filosófico de la Revolución Francesa. *Persona y Derecho*. Pamplona, Vol. 17, 1987, pp. 31-73.
- NICHOLSON, Peter. Kant on the Duty Never to Resist the Sovereign. *Ethics*, Vol. 86, N° 3, 1976, pp. 214-230.
- PÉREZ J., Bárbara, AMADEO, Javier. El concepto de libertad en las teorías políticas de Kant, Hegel y Marx. *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*. Buenos Aires, CLACSO, 2000, pp. 413-431.
- REISS, H. S. Kant and the Right of Rebellion. *Journal of the History of Ideas*, Vol. 17, N° 2, 1956, pp. 179-192.
- ROBLES, Gregorio. El concepto de norma fundamental en Kant. *Persona y Derecho*. Pamplona, Vol. 33, 1995, pp. 299-307.
- RODRÍGUEZ ARAMAYO, Roberto. La filosofía kantiana del derecho a la luz de sus relaciones con el conformismo ético y la filosofía crítica de la historia. *Revista de filosofía, IX*, 1986, pp. 15-36.
- SCHWARZ, Wolfgang. The Right of Resistance. *Ethics*, Vol. 74, N° 2, 1964, pp. 126-134.
- SCHWARZ, Wolfgang. The Ambiguities of "Resistance": A Reply to Peter Nicholson. *Ethics*, Vol. 87, N° 3, 1977, pp. 255-259.
- BECK, Lewis White. Kant and the Right of Revolution. *Journal of the History of Ideas*, Vol. 32, N° 3, 1971, pp. 411-422.
- WILLIAMS, Howard. *Kant's Political Philosophy*. New York, St. Martin's Press, 1983.

AMADOR BADILLA: Algunos problemas respecto a la aplicación...

**ALGUNOS PROBLEMAS RESPECTO A LA APLICACIÓN
DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PROCESO
PENAL JUVENIL^(*)**

Dr. Gary Amador Badilla^()*

Juez Penal

(Recibido 09/01/07; aceptado 25/06/07)

Teléfono 295-3533

e-mail: gamadorb@poder-judicial.co.cr

RESUMEN

El artículo plantea algunos cuestionamientos en cuanto a la interpretación de aplicar la prisión preventiva contra el menor de edad, en aquellos delitos que no es posible imponer una medida de internamiento como sanción. Asimismo, se cuestiona el establecimiento de la acusación como un requisito previo para que la Fiscalía solicite la prisión preventiva; además, se discute la aplicación de esta medida cautelar, sin que exista una audiencia oral previa y obligatoria, para que el menor ejerza su derecho de defensa.

Palabras clave: Menores, prisión, defensa, audiencia, acusación, Fiscalía.

ABSTRACT

This article traces a few inquiries about the interpretation of the use of inmate imprisonment against a minor on those crimes where it is not possible to apply incarceration as a sanction. It also questions the need to establish the accusation as a previous requirement to solicit inmate imprisonment by the Prosecution. In addition, this article examines the application of this measurement without a previous and obligatory hearing in which the minor could use his right of defence.

Key words: Minor, imprisonment, defence, hearing, accusation, Prosecution.

SUMARIO

Introducción

1. Procedencia de la prisión preventiva en aquellos delitos que no es posible aplicar una medida de internamiento como sanción
2. La acusación como requisito procesal de la prisión preventiva
3. Audiencia oral previa

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La aplicación de la prisión preventiva en el proceso penal juvenil, ya de por sí, un tema de difícil manejo, demanda un respeto riguroso y reforzado de los derechos y garantías del menor detenido. Es decir, el menor no sólo debe gozar de aquellos derechos que le son propios dada la especialidad de la materia tratada, sino de aquellos que, siendo aplicados a los mayores, le sean beneficiosos frente al proceso que enfrenta.

Dicho esto, pareciera que sería difícil pensar que el menor pueda ser sometido a un proceso penal, soportando una posición de desventaja, frente a la posición que tendría un mayor de edad cuando comete una infracción de la misma envergadura, en el proceso penal de adultos.

De tal forma, el presente estudio pretende demostrar ciertas incongruencias contenidas por la Ley de Justicia Penal Juvenil, en ciertos aspectos operativos a la hora de aplicar la prisión preventiva sobre el menor, que pueden volver desproporcional la medida y que pueden representar en sí mismos, violatorios de derecho de defensa.

Asimismo, plantaremos nuestra oposición a que la acusación se constituya un requisito previo para la solicitud de prisión preventiva, pues obstruiría la investigación de un delito por parte del Ministerio Público.

Finalmente, plantaremos las conclusiones y recomendaciones que consideramos de importancia para solventar estos problemas.

1. PROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN AQUELLOS DELITOS QUE NO ES POSIBLE APLICAR UNA MEDIDA DE INTERNAMIENTO COMO SANCIÓN

Conforme al artículo 58 de la Ley de Justicia Penal Juvenil (LJPJ), la prisión preventiva procederá, únicamente, cuando se demuestre el peligro de fuga o el peligro de obstaculización, siempre que existan motivos razonables para establecer que el menor es el posible responsable del delito que se investiga, y que dicho delito le sea aplicable como sanción una medida de internamiento.⁽¹⁾

(1) En España, el artículo 9.2. de la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de Menores (LORPM), establece: "La medida de internamiento en

El tema plantea una singular importancia, si tomamos en cuenta que la prisión preventiva se ha aplicado, aun en aquellos casos en que el menor de edad comete un delito que no prevé una medida de internamiento como sanción.⁽²⁾

El tema no es de pacífica solución,⁽³⁾ pues al imperar, exclusivamente, la finalidad procesal de la medida cautelar, antes que la importancia de la causa y la sanción del delito (proporcionalidad en sentido estricto), presenciaríamos casos en que el menor de edad se

régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando en la descripción y calificación jurídica de los hechos se establezca que en su comisión se ha empleado violencia o intimidación en las personas o actuando con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.”

- (2) En ese sentido, nuestra Sala Constitucional, analizando la prisión preventiva de un menor, en un delito de robo simple, cuya pena establecida en el Código Penal artículo 212 inciso a), es de seis meses a tres años, estableció: “Como se puede apreciar, no condicionó el legislador la imposición de esa medida cautelar en el caso de menores, a que por el delito que se le impute pueda resultar condenado en juicio a cumplir pena de prisión, sino que se circunscribe a causales de naturaleza eminentemente procesal, puesto que por su propia naturaleza jurídica, los fines de la prisión preventiva, como medida cautela que es, son distintos a los asignados a la pena de prisión”. Ver voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n° 10132-2001, de las quince horas, once minutos del nueve de octubre del año 2001.
- (3) En cuanto a este tema vid. HUETE PÉREZ, Luis, *La Responsabilidad Penal de los Menores, El procedimiento Penal con Menores*, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, año 2001, pág. 52, quien es del criterio en cuanto a la medida de internamiento como medida cautelar que esta “(...) sólo podrá adoptarse respecto de los menores que estén precisados de custodia, siempre que el hecho sea grave (La regla segunda del artículo 9, señala que el internamiento solo se puede imponer cuando el hecho haya sido cometido con violencia o intimidación en las personas o actuando con grave riesgo para la vida o integridad física de la misma), y lo exijan las condiciones personales y sociales del menor”; en ese mismo sentido MONREAL BUENO, Ignacio, *Consideraciones Prácticas sobre la aplicación de la L.O. 5/2000, Responsabilidad Penal de los Menores*, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, I 2001, Lanzarote, 2001, p. 617, quien se cuestiona la aplicación de la medida cautelar de internamiento cuando no proceda como sanción, indicando: “Sin embargo, resulta contrario a principios constitucionales imponer una medida cautelar...”

halle privado, brevemente, de su libertad –por la corta duración de la prisión preventiva–, y al momento de ser juzgado obtenga su inmediata libertad dado que –aún probada su culpabilidad– no se le podría imponer una sanción de internamiento; o bien, en el peor de los casos, sin llegar a ser juzgado, y habiendo sobrepasado el plazo de la medida, éste recobre su libertad.⁽⁴⁾

Surgen dos cuestionamientos: el primero de orden práctico, referido a si ese tiempo cortísimo de detención planteado en la LJPJ

cuando no se puede imponer como definitiva...”; con criterio distinto María Encarnación Bullón Martín, citada por GIBBERT JORDÁ, Teresa, *Las Medidas Cautelares, Responsabilidad Penal de los Menores*, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, p.108, quien en cuanto al tema señala: “(...) desde un punto de vista doctrinal cabe plantearse si solamente puede instarse la medida de internamiento, con carácter cautelar, en aquellos delitos en los que en su comisión se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se hubiere actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas, a que es en estos delitos para los que el artículo 8 (sic) de la Ley prevé que pueda imponerse, en sentencia tal medida. Sin embargo, habrán que analizarse las circunstancias del caso concreto, y sin olvidar que ha de ser instada con carácter excepcional, habida cuenta de su gravedad, podrá solicitarse también, aunque no concurren aquellos requisitos, en los casos en los que exista peligro de fuga, conducta infractora reiterada del menor, etc., y siempre que el interés del menor así lo aconseje”.

- (4) En ese sentido, vid. MARTÍN LÓPEZ, María Teresa, *La Responsabilidad Penal de los Menores, Modelos de Justicia Juvenil: Análisis de Derecho Comparado*, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, año 2001, pp. 94 y 95, quien indica: “En el Reino Unido se produjo un aumento considerable del número de adolescentes de 15 años en prisión preventiva (126 en 1993 a 224 en 1996), lo que levantó críticas: es costoso, perjudicial para el menor, generalmente innecesario, ya que en la mayoría de casos no solía dictarse sentencia de privación de libertad en el proceso. Más preocupante es que en muchas ocasiones se produce la detención, y no sólo superan el tiempo máximo establecido, sino que además son soltados sin que lleguen a ser presentados o comparezcan ante el juez encargado de decidir qué hacer hasta el momento del juicio (...) En prisión preventiva es cuando el joven corre más riesgos y tiene menos garantías (comparado con la situación de condena): tener contacto con adultos en celdas de comisarías, estar en lugares de reclusión insalubres, carecer de atenciones por parte de personal especializado, contar con un programa de actividades o de quedar encerrado sin poder salir durante 23 o 24 hora al día (...)”.

garantizará, efectivamente, que las causales por las que se dictó la prisión preventiva no se produzcan o desaparezcan. El segundo, lo consideramos fundamental, en el sentido que, al justificarse la prisión preventiva en el aseguramiento del proceso, independientemente, de la importancia de la causa o su sanción –por tratarse de delitos con penas inferiores a seis años que no ameritarán una sanción de internamiento– podría existir una violación al principio de proporcionalidad.

Mismo cuestionamiento habría que hacerse en relación con el estado de inocencia que goza el menor de edad durante todo el proceso, y su relación con el principio de proporcionalidad. Esta cuestión podría implicar una inversión del principio de proporcionalidad, en cuanto a que la situación procesal del menor sería más grave amparado al principio de inocencia –cuando se dicta la medida cautelar–, que cuando se destruye el mismo –en la etapa de juicio– comprobando la culpabilidad del menor; pues en el primer caso estará detenido, y en el último caso recobrará nuevamente su libertad, pues al no contar el delito con una sanción de internamiento no podría restringirse su libertad. Lo anterior denota el sentido contradictorio de la postura que permite la prisión preventiva del menor, en delitos cuya pena no permite la sanción de internamiento.⁽⁵⁾

(5) Un sector ha entendido que la situación descrita no afecta el estado de inocencia, en ese sentido, vid. ARMIJO SANCHO, Gilbert, *Enfoque Procesal de la Ley de Justicia Penal Juvenil*, Escuela Judicial, Primera edición, p.99, quien comentando la postura del Tribunal Superior Penal Juvenil indica: “(...) el Tribunal ha interpretado que bajo supuestos excepcionales, cuando la víctima esté en peligro o no sea factible asegurar los fines del proceso por otro medio, es razonable ordenar la detención provisional del menor de edad aunque la pena sea diversa a la de prisión”. En ese mismo sentido, indica JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ, citado por ARMIJO SANCHO, Gilbert, l.u.c.: “En doctrina se acepta que la detención provisional *que persiga el aseguramiento procesal no quebranta la presunción de inocencia aún cuando su duración sea mayor que la pena esperada en concreto*”. Asimismo, la jurisprudencia constitucional, propiamente en el voto 10132-2001 de la Sala Constitucional citado que consideró proporcional la detención de un menor de edad en un delito de robo simple con pena de seis meses a tres años, indicando: “(...) debido a que el joven no quiso informar de su domicilio donde localizarlo y además tiene otras causas acumuladas con el mismo modus operandi, lo que hace razonablemente presumir que estando en libertad continuaría con la actividad delictiva. Ante ese marco fáctico, concluimos que la detención provisional decretada en

Ante esta situación, los jueces penales juveniles deberán garantizar que la aplicación de la prisión preventiva sea excepcional, en razón de tratarse de menores de edad; aún más, si se trata de delitos en los cuales no procedería la sanción de internamiento. En estos casos, se deberá asegurar el proceso aplicando al menor una medida cautelar menos gravosa, previa a la de prisión preventiva,⁽⁶⁾ procediendo ésta, únicamente, ante el incumplimiento de aquélla. Sólo de esta manera prevalecerá el principio de inocencia, el principio de proporcionalidad, y el interés superior del menor, como rectores en la aplicación de la prisión preventiva en la LJPJ.

2. LA ACUSACIÓN COMO REQUISITO PROCESAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

El artículo 58 LJPJ establece otra exigencia en cuanto a la solicitud de prisión preventiva que haga el Ministerio Público, pues exige la presentación de la acusación⁽⁷⁾ en contra del menor de edad; de lo

contra del amparado resultaba absolutamente necesaria, idónea y proporcional (...) no existía otra medida idónea para garantizar efectivamente la presencia del acusado en el proceso (...)".

(6) El Tribunal Constitucional Español, STC 233/193 [RTC 1993, 233], de 12 de julio, en cuanto a la procedencia de la detención de menores indicó: "Las leyes españolas, y los acuerdos internacionales que han de servir para su interpretación o mejor comprensión, contemplan, pues, la posibilidad de la privación de la libertad personal de los menores a quienes se impute la comisión de hechos tipificados como delitos en los respectivos códigos penales (...) las reglas antedichas exigen que la prisión preventiva guarde la necesaria proporcionalidad con las circunstancias personales del menor y con la infracción que se le imputa, sin olvidar las necesidades de la sociedad o interés general, elementos a tener en cuenta(...) Aquí esta quid de la cuestión, pues en esa ponderación de circunstancias así como en la individualización del internamiento, que ha de hacerse a la medida del destinatario (...) la prisión cautelar por un mes aparece, pues, con talante subsidiario, una vez fracasadas las medidas sustitutorias, y entre ellas la loable asistencia del educador siendo además de corta duración, como se recomienda en el convenio (...) la limitación que implicaba fue obra de una decisión judicial adoptada en atención a las circunstancias concurrentes en íntima relación con la función tuitiva y reformadora atribuida por el ordenamiento jurídico a los Jueces de Menores".

(7) El artículo 75 Ley de Justicia Penal Juvenil las formalidades que deberá reunir la acusación en el proceso penal juvenil.

contrario, no le estaría permitido al Juez Penal Juvenil analizar la solicitud de prisión preventiva.

Esta exigencia trastorna en buena medida el plazo razonable que debería otorgarse al órgano investigador para que pueda finalizar diligentemente su investigación; asimismo, con esto se confunde la finalización de la etapa de investigación⁽⁸⁾ con la necesidad procesal de que el menor permanezca detenido, constituyendo un verdadero obstáculo procesal para el Ministerio Fiscal.

Dicho obstáculo procesal no se puede entender, salvo, que el legislador haya pensado que con él, se remarcaría la excepcionalidad de imponer la medida cautelar más drástica, como lo es la prisión preventiva; o bien, que dicho requisito se hubiera pensado para el caso de los delitos flagrantes.

Lo cierto es que habrán casos en la prisión preventiva será imprescindible para asegurar los fines del proceso, y no siempre serán sencillos (en flagrancia);⁽⁹⁾ aún en éste último caso, es difícil pensar, que no requieran un mínimo de investigación por parte del Ministerio Fiscal. Por ejemplo, piénsese en un homicidio donde la recopilación de pruebas, análisis técnicos, incluso las entrevistas a testigos de los hechos no se pueden abarcar en 24 horas –plazo constitucional máximo de detención–; o en cualquier otro ilícito, un robo agravado, donde se requiera el reconocimiento personal del imputado de varios testigos, o bien los testigos a entrevistar no estén a la mano en esas primeras veinticuatro horas.

(8) Con respecto al fin de la etapa de investigación, el artículo 74 de la LJPJ, establece: “Artículo 74. Finalizada la etapa de investigación, el Fiscal del Ministerio Público podrá solicitar: a) La apertura del proceso, formulando la acusación se estima que la investigación proporciona fundamento suficiente (...)”.

(9) El artículo 79 de la LJPJ, inclusive plantea la finalización de la investigación en cinco días para aquellos casos cometidos en flagrancia. Aún, ese plazo establecido es de dudoso cumplimiento, mismo al cual se podrían realizar críticas por condicionar los plazos de investigación a tan cortísimo tiempo; sin embargo, aún así, contemplaría un plazo al menos más desahogante, para que el fiscal en estos casos tenga la capacidad y tiempo para plantear una “buena” acusación, o sea que contemple de manera debida y fundada las exigencias legales de ésta.

Lo anterior influirá, notablemente, en la pieza acusatoria a confeccionar por parte del fiscal, pues esta contará con el fundamento de una investigación incipiente, que se materializará con posibles yerros y falta de fundamento, en que se podría incurrir al confeccionar esa acusación precipitada.

Veamos, la norma cuestionada exigiría al ente fiscal que culmine la etapa de investigación en menos de 24 horas, con la presentación de su acusación; asimismo, que realice una solicitud de prisión preventiva en ese cortísimo lapso. Debe notarse que este plazo –de 24 horas– afectará a su vez al Juez Penal Juvenil, quien dadas las circunstancias estaría resolviendo la solicitud de prisión preventiva, ya pasadas las 24 horas; pues deberá, previamente, recibirle la declaración al menor de edad, y, posteriormente, entrar a resolver la acusación y la solicitud de prisión preventiva, todo en el “infranqueable” plazo constitucional.

Consideramos, que lo que se debe de diferenciar es: por un lado, la etapa de investigación, como una potestad necesaria, ágil –en términos de celeridad–, y diligente que deberá realizar el Ministerio Público para la investigación de cualquier ilícito; por otro lado, la necesidad procesal de someter a un menor de edad a una medida cautelar de prisión preventiva. De tal forma, no existe razón para que aquélla se sume como un requisito procesal de ésta.

Así las cosas, será necesario efectuar una reforma urgente al artículo 58 de la LJPJ, para eliminar la frase “a partir del momento en que se reciba la acusación”, ya que atenta contra la facultad del Ministerio Público de realizar la investigación de manera diligente y en un plazo razonable.

3. AUDIENCIA ORAL PREVIA

Nuestra Ley de Justicia Penal Juvenil no concede una audiencia previa⁽¹⁰⁾ a las partes, para discutir sobre la procedencia de la solicitud de prisión preventiva formulada por le Ministerio Público.

(10) Por su parte, la ley española (LORPM) sí contiene esta audiencia: “Artículo 28. 2. (...) El Juez de Menores resolverá sobre la propuesta del Ministerio Fiscal en una comparecencia a la que asistirán también el letrado del menor y el representante del equipo técnico y el de la entidad pública de protección o reforma de menores, los cuáles informarán

De acuerdo con el procedimiento planteado por nuestra LJPJ, la solicitud de prisión preventiva en contra del menor será resuelta por el Juez Penal Juvenil posteriormente a tomarle su declaración (art. 84 LJPJ), en la misma resolución donde se acepta la acusación, o bien en otra posterior a ésta (art. 87 LJPJ).

En ese sentido, dicho procedimiento acarrea varios problemas, primero, el Juez –a nuestro juicio– resolvería la causa sin permitir un verdadero contradictorio⁽¹¹⁾ (art.24 LJPJ), por lo que no contaría con los elementos probatorios necesarios para dictar la medida que se solicitó.⁽¹²⁾ Así, salvo las objeciones que pueda realizar el defensor del menor en la propia declaración del menor –teniendo aquél presente la existencia de la solicitud del Ministerio Público, pero sin conocer debidamente su fundamento y pruebas–, no habría otros elementos, más que los de cargo, aportados por el Ministerio Público.

Segundo, derivado del anterior, debe tenerse en cuenta que, en el momento que se acuerde la prisión preventiva, el Juez no tendrá el estudio psicosocial –pues no se exige en esa etapa– que informe sobre las condiciones personales y sociales del menor, con relación a la conveniencia de la medida solicitada. De tal forma, el interés y conveniencia de la medida adoptada con respecto al caso concreto del menor quedaría sin fundamento.

al Juez sobre la conveniencia de la adopción de la medida solicitada, desde la perspectiva del interés del menor y de su situación procesal. En dicha comparecencia el Ministerio Fiscal y el letrado del menor podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes”. De esta forma, esta normativa sigue la tendencia establecida en la LECrim, de permitir el contradictorio a través de una comparecencia, previo a la adopción de la medida de prisión preventiva. En ese sentido, vid. MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Trivium, Madrid, 2001, pp. 307 y 308. Dicha modalidad fue introducida en su momento por la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado 5/1995, de 22 de mayo, en donde se planteó para todo tipo de proceso –no sólo para el de jurado– una comparecencia previa en la que el Fiscal, las partes acusadoras, y el imputado, puedan alegar y probar. Vid. SANGUINÉ, Odone, *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 586 a 587. Esa innovación la sigue conteniendo el artículo 505 LECrim (reformado pro LO 12/2003, de 27 de octubre).

(11) Con respecto al contradictorio que debe imperar previo a la adopción de la prisión preventiva, SANGUINÉ, Odone, *Prisión...*, op. cit., p. 546,

Tercero, el procedimiento exige la resolución conjunta sobre la procedencia de la acusación y la solicitud de prisión preventiva; esto, conjugado con la premura con que debe resolverse –antes del vencimiento de las veinticuatro horas– compromete la resolución del Juez. Así, el procedimiento confunde la aprobación de la conclusión del procedimiento por parte del juez –al tener que aceptar o no la acusación– con la necesidad procesal de que proceda una medida cautelar.

Lo anterior plantea un problema adicional, pues no se establece qué pasa con la solicitud de prisión preventiva, cuando el Juez considere que la acusación no procede por contener algún vicio formal⁽¹³⁾ –lo cual es lógico pensar si se toma en cuenta que el

indica: “El derecho al debido proceso implica, al contrario de lo hasta hace poco tiempo era una arraigada praxis legislativa y jurisdiccional en muchos países, que el imputado pueda ejercitar, previamente a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional, el derecho fundamental al debate contradictorio y a la defensa”. En ese mismo sentido, vid. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, La reforma de la prisión provisional, en Revista Jurídica Española La Ley, Tomo I-2004, p. 1560, quien, refiriéndose a la comparencia previa, indica: “(...) se garantiza el derecho del imputado a ser oído antes de la adopción de una medida que afecta su libertad, con asistencia letrada y un debate contradictorio”. En ese mismo sentido, vid. MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *Prisión provisional y principio acusatorio: cuestiones procesales*, en Régimen jurídico de la prisión provisional, Editorial Sepín, Madrid, 2004, p. 34.

- (12) En ese sentido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) ha indicado: “En todo proceso deben concurrir determinados elementos para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos. Esto implica, entre otras cosas, que rija el principio del contradictorio en las actuaciones que atienden las normas que en diversos instrumentos disponen la intervención del niño por sí o mediante de sus representantes en los actos del proceso, la aportación de pruebas y el examen de éstas, la formulación de alegatos, entre otros. En este sentido la Corte Europea ha señalado que: El derecho a contradecir en un proceso (...) «significa en principio la oportunidad para las partes en un juicio civil o penal de conocer y analizar la prueba aducida o las observaciones remitidas al expediente (...) con el objetivo de influir sobre la decisión de la Corte». Ver OC 17/2002, párrs. 132 y 133.
- (13) Pues en caso de que sea de fondo, la propia normativa establece que lo que procede es el dictado del sobreseimiento a favor del menor, de acuerdo con el artículo 84 LJPJ, y por ende debe de dejarse en libertad del menor inmediatamente. En cuanto a los vicios de forma, establece el mismo que el Juez deberá devolverla al Ministerio Público para que ésta sea corregida.

Ministerio Público tuvo que investigar el caso en menos de veinticuatro horas-. A nuestro entender, este aspecto impediría al Juez, de acuerdo con el procedimiento planteado, conocer sobre la solicitud de la prisión preventiva, pues ésta se resuelve con posterioridad al decreto de la procedencia de la acusación, o concomitantemente con su aceptación (art. 87 LJPJ). En ese sentido, al no cumplirse con el requisito de una acusación válidamente presentada, y dado que ésta se ha constituido como un requisito para ordenar la prisión preventiva –art. 58 LJPJ–, no quedaría más que ordenar la libertad del menor, y prevenir al Ministerio Público que proceda a la corrección de aquélla (art. 85 LJPJ).⁽¹⁴⁾

De acuerdo con lo expuesto, tendremos a un Juez más preocupado en que no se venza el plazo de detención de veinticuatro horas –si es que no está vencido–, tratando de resolver ambas solicitudes –acusación y prisión preventiva–, sin que aquél esté verdaderamente concentrado en valorar la verdadera necesidad de admitir o no la medida cautelar solicitada, o bien, sustituirla por la más conveniente –para lo cual tampoco contara con los elementos necesarios–.

Así las cosas, este procedimiento lineal, ajeno de contradicción, en nada beneficiará el derecho de defensa del menor; más bien el menor se encontrará muchas veces, con que se ordenó la prisión preventiva en su contra, sin habersele dado la oportunidad de rebatir la prueba de cargo contenida por la solicitud del Ministerio Público, y sin que haya existido una discusión concienzuda sobre su procedencia.

Visto lo anterior, debemos admitir que las solicitudes de acusación y prisión preventiva no debieron haberse confundido, y que fue un error incluir aquélla como requisito de la prisión preventiva; de tal forma, con la confusión planteada por el procedimiento actual, las soluciones que se prestan son de difícil consecución.

Una opción la encontramos en el procedimiento establecido en el artículo 242 CPP; en éste se permite, facultativamente,⁽¹⁵⁾ que el Juez

(14) El artículo 85 LJPJ establece que los vicios de forma de la acusación deben ser corregidos en un plazo no mayor de 24 horas.

(15) Debe tomarse en cuenta que en el proceso de adultos tampoco se prevé como obligatoria la realización de esta audiencia previa, por lo que en la mayoría de los casos la prisión preventiva habrá sido adoptada sin una verdadera contradicción. En ese sentido, sobre el carácter no obligatorio de la audiencia, ver el voto de la Sala Constitucional n° 529-1998, de tres de febrero.

o el Fiscal⁽¹⁶⁾ reciba prueba para sustentar la aplicación de una medida cautelar. Asimismo, dicha normativa plantea la posibilidad de que el Juez realice una audiencia oral ya sea para recibir dicha prueba o bien, para oír a las partes.

En ese sentido, sería muy interesante y provechoso para el proceso penal juvenil, en ausencia de su regulación en la LJPJ, que utilizando dicha norma se pueda realizar una audiencia previa, pues favorecerá los derechos del menor detenido, y de las partes en general. A esa audiencia podrán comparecer el menor, su defensor, el Ministerio Público, un representante del equipo psicosocial, y el representante del PANI, a efectos de que el Juez pueda oírlos y poder analizar la conveniencia de la medida de prisión preventiva solicitada.⁽¹⁷⁾ Asimismo,

(16) Con respecto al fiscal, consideramos que es sumamente difícil que, en las primeras 24 horas de estar detenido el menor, reciba algún tipo de prueba –salvo la de cargo– que se relacione sobre la medida cautelar, pues en esa instancia el menor y su representante no sabría que existiría una acusación en su contra, hecho que se daría cuenta al momento en que se le reciba la declaración.

(17) Rescatando el efecto positivo que tiene la comparecencia previa en el proceso penal juvenil español, AGUILERA MORALES, Marien, *Las medidas cautelares en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor*, en Tribunales de Justicia, N.º. 3, Marzo 2003, p. 16, indica: “Esta regla viene a significar la generalización del enjuiciamiento de menores (...) de la necesidad, de dar pábulo al principio de contradicción antes de que el Juez decida sobre la procedencia de la prisión provisional. Con esta regla se pretende, además, favorecer que la decisión judicial sobre la situación personal del menor sea la más conveniente y ajustada a su personalidad. De aquí que, antes de resolver sobre la procedencia de la medida instada, el Juez de Menores haya de oír a los representantes del equipo técnico y de la entidad pública de protección y de reforma de menores”. En ese mismo sentido, vid. DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *La instrucción en el proceso penal de menores*, Editorial Colex, Madrid, 2003, p. 152, quien agrega se manifiesta a favor de la oralidad del sistema: “(...) se trata de medidas cautelares y, por lo tanto, de medidas urgentes que no pueden demorarse, lo que requiere un trámite oral, pues, si fuera escrito, inevitablemente se prolongaría su adopción en el tiempo; por último, el proceso penal de menores persigue una finalidad educativa que sirva al menor con independencia de su resultado, para recapacitar sobre los hechos cometidos, de ahí que sea conveniente que participe en una comparecencia en donde el Juez oír a las partes concentradamente acerca de la petición instada por el MF”. En igual sentido,

en esa comparecencia se podrían ofrecer los medios de prueba⁽¹⁸⁾ que sustenten o desvirtúen la solicitud de prisión preventiva planteada. Así, adoptando este procedimiento, de alguna forma se podría cubrir, aunque mínimamente, el contradictorio que debería imperar para el dictado de una medida tan drástica, que merece toda la atención, tanto del juzgador como de las partes involucradas en el procedimiento.⁽¹⁹⁾

Ahora, de resultar imposible –en la audiencia sugerida– la consecución de la prueba ofrecida por alguna de las partes, y de proceder la prisión preventiva, podría dictarse ésta, y en un plazo mínimo convocar a una nueva audiencia, donde se pueda evacuar la prueba que se echa

vid. SALOM ESCRIVÁ, Juan Salvador, *La intervención...*, op. cit., p. 228; DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *La instrucción...*, op. cit., pp. 311 y 312; VENTURA FACI, Ramiro, y otro, *Ley Orgánica...*, op. cit., p. 134.

- (18) La prueba que se puede ofrecer en esta audiencia debe ser pertinente, de lo contrario podría ser rechazada por el Juez, o sea, se deberá dirigir a acreditar o no la existencia de los presupuestos por los que se pretende aplicar la medida cautelar. En ese sentido se ha expresado la jurisprudencia de la Sala Constitucional, indicando: "(...) su finalidad es principalmente para fundamentar la decisión con respecto a la medida cautelar y no constituir un elemento de juicio para la decisión sobre la participación del imputado en la comisión del delito que se le acusa (...) No se debe confundir los presupuestos de recepción de la prueba para la aplicación de las mediadas cautelares, con el anticipo jurisdiccional de prueba (...)". Ver voto nº 529-1998, de tres de febrero. Asimismo, sobre el tema, vid. SAMANES ARA, Carmen, *La responsabilidad penal de los menores*, Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2003, p. 152.
- (19) En ese sentido, en Europa la jurisprudencia del TEDH advierte la necesidad de realizar una comparecencia previa cuando se pretenda tomar una decisión sobre la libertad de un sujeto. Al respecto, BARONA VILAR, Silvia, *Prisión Provisional: «sólo» una medida cautelar*, en *Actualidad Penal*, Nº. 42, 13 al 19 de noviembre de 2000, p. 909, indica: "La necesidad de convocar una audiencia cada vez que se tenga que alterar o tomar una decisión sobre la libertad del sujeto es una exigencia del TEDH, que venía imponiendo el respeto al principio de igualdad de las partes (igualdad de armas) y la participación del interesado en todos los procedimientos en los que se esté resolviendo acerca de la privación o restricción de la libertad (asunto Kampanis S 13 de junio de 1995)". En ese mismo sentido, la jurisprudencia del TS se ha decantado por considerar que cualquier decisión judicial que se pronuncie sobre la prisión preventiva del imputado, sin convocar a una audiencia previa, conculca el principio de contradicción en que se inspira la LECrim, y asimismo supone una negación del derecho de defensa que constituye

de menos, logrando de alguna forma, de llevar razón la defensa, que el menor recupere con mayor rapidez su libertad.⁽²⁰⁾ Debe recordarse el auto que acuerda la prisión preventiva no es definitivo; en ese entendido, la variabilidad de las medidas cautelares permite que éstas sean revisadas, e inclusive modificadas en razón de que las circunstancias que sirvieron para su dictado hayan cambiado.

De lo contrario, al seguir el procedimiento establecido del la LJPJ, una vez decretada la prisión preventiva en contra del menor, éste tendría que esperar durante varios días, para que, a través del recurso de apelación, se revise la procedencia de aquélla. Así las cosas, la audiencia que podría evitarle un mal mayor al menor detenido llega a destiempo, cuando dicha privación de libertad ya causó un efecto negativo en el desarrollo de su personalidad.

Por lo expuesto, debemos concluir que el procedimiento para la aplicación de la prisión preventiva en la LJPJ debería ser reformado, a efectos que se permita a las partes acceder a una audiencia previa donde se discuta la prisión preventiva. Asimismo, en esa audiencia debe darse participación al menor, su defensor, al miembro del equipo técnico, al Fiscal, y al representante del PANI;⁽²¹⁾ debiendo permitirse a las partes ofrecer los medios de prueba pertinentes, y el acceso al informe técnico o estudio psicosocial –al menos preliminar– que establezca cuáles son las condiciones personales del menor, y el medio social y familiar en que se desarrolla.

una garantía legal que tiene una doble proyección, en el ámbito constitucional (24.2) y en el de la legalidad ordinaria (STS de 12 de noviembre de 1998 -RA 8628). Citada por MARTÍN BRANAS, Carlos, *Configuración jurisprudencial de la prisión preventiva*, en Tribunales de Justicia, Revista Española de Derecho Procesal, N^o. 5, Mayo 2001, p. 93.

- (20) Al respecto, SANGUINÉ, *Odone, Prisión...*, op. cit., p. 546, indica: “La situación de encontrarse el inculcado en prisión provisional implica una limitación de sus posibilidades de defensa durante la fase de instrucción de las causas penales. Resulta expresivo en este sentido el reconocimiento por parte de los tribunales federales de los Estados Unidos de que, en ciertos casos, la prisión provisional puede vulnerar el derecho de defensa del imputado, especialmente cuando de su libertad depende hallar los medios de prueba pertinentes para su defensa (...)”.
- (21) Como bien lo indica SANGUINÉ: “La introducción de la audiencia previa refuerza la idea de que *el derecho al contradictorio incluye, además, el derecho del preso provisional a ser oído personalmente por la autoridad judicial* antes de adoptar la prisión provisional o, en caso, mediante

Así las cosas, el Juez Penal Juvenil tendría un marco mucho más amplio, y podrá resolver con mayor pertinencia la procedencia de la solicitud de prisión preventiva; o bien, acordar una medida cautelar menos gravosa para el menor de edad, evitando de antemano la estigmatización y efectos negativos que conllevarían privar de su libertad al menor de edad.

CONCLUSIONES

Primera. Debe garantizarse que la posición de los menores de edad en el proceso penal juvenil, no sea desventajosa, respecto de la posición que tendría un mayor de edad por la comisión de una infracción del mismo tipo, en el proceso penal de adultos.

Segunda. La prisión preventiva no debería proceder como primera opción a aplicar cuando el menor cometa un delito cuya sanción no sea una medida de internamiento. Deberá imponerse una medida cautelar menos gravosa, y en caso de incumplimiento, proceder con la medida de prisión preventiva, como una segunda opción, acorde con su excepcionalidad.

Tercera. Debe eliminarse como requisito previo la presentación de la acusación para solicitar la prisión preventiva, pues no debe confundirse la necesidad procesal de que el menor esté detenido, con la necesidad de practicar una investigación seria y comprometida por parte del Fiscal, para probar la existencia de un delito. Será necesario efectuar una reforma urgente al artículo 58 de la LJPJ, para eliminar la frase “a partir del momento en que se reciba la acusación”, ya que atenta contra la facultad del Ministerio Público de realizar la investigación de manera diligente y en un plazo razonable.

Cuarta. Para garantizar el derecho de defensa del menor, cuando se piensa aplicar la prisión preventiva, la LJPJ debería ser reformada, a efectos que se permita a las partes acceder a una audiencia previa obligatoria, donde se discuta la procedencia o no de tan gravosa medida.

determinada representación, que se incluye entre las garantías fundamentales del procedimiento aplicadas en materia de privación de libertad (...) introduce el régimen *del debate contradictorio sobre la concurrencia de los presupuestos* de la prisión provisional, lo que implica un incremento en las garantías y derechos fundamentales del preso preventivo (...). SANGUINÉ, Odone, *Prisión...*, op. cit., p. 589.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, Marien, *Las medidas cautelares en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor*, en Tribunales de Justicia, Nº. 3, Marzo 2003.
- ARMIJO SANCHO, Gilbert, *Enfoque Procesal de la Ley de Justicia Penal Juvenil*, Escuela Judicial, Primera edición.
- BARONA VILAR, Silvia, *Prisión Provisional: «sólo» una medida cautelar*, en Actualidad Penal, Nº. 42, 13 al 19 de noviembre de 2000.
- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *La instrucción en el procedimiento de la LORPM*, Cuadernos de Derecho Judicial III-2001, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *La instrucción en el proceso penal de menores*, Editorial Colex, Madrid, 2003.
- GISBERT JORDÁ, Teresa, *Las Medidas Cautelares, Responsabilidad Penal de los Menores*, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.
- HUETE PÉREZ, Luis, *La Responsabilidad Penal de los Menores, El procedimiento Penal con Menores*, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, año 2001.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *La reforma de la prisión provisional*, en Revista Jurídica Española La Ley, Tomo I-2004.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Trivium, Madrid, 2001.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *Prisión provisional y principio acusatorio: cuestiones procesales*, en Régimen jurídico de la prisión provisional, Editorial Sepín, Madrid, 2004.
- MARTÍN BRAÑAS, Carlos, *Configuración jurisprudencial de la prisión preventiva*, en Tribunales de Justicia, Revista Española de Derecho Procesal, Nº. 5, Mayo 2001.
- MARTÍN LÓPEZ, María Teresa, *La Responsabilidad Penal de los Menores, Modelos de Justicia Juvenil: Análisis de Derecho Comparado*, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, año 2001.
- MARTÍN OSTOS, José de los Santos, *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Astigi, Sevilla 2004.

- MONREAL BUENO, Ignacio, *Consideraciones Prácticas sobre la aplicación de la L.O. 5/2000*, Responsabilidad Penal de los Menores, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, I 2001, Lanzarote, 2001.
- SALOM ESCRIVÁ, Juan Salvador, *La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de la responsabilidad penal de los menores*, en Justicia Penal de Menores (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación), editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- SAMANES ARA, Carmen, *La responsabilidad penal de los menores*, Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2003.
- SANGUINÉ, Odone, *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- VENTURA FACI, Ramiro, y otro, *Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, Comentarios y Jurisprudencia*, Editorial Colex, 1 edición, Madrid, 2000.

COMENTARIOS A LAS REFORMAS A LA NORMATIVA DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA^(*)

*Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^(**)*

(Recibido 16/01/07; aceptado 25/06/07)

(*) Documento presentado al VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y a las VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, Colombia 25 al 27 de julio del 2007.

(**) Director Instituto de Investigaciones Jurídicas. Catedrático de Derecho Administrativo y Contratación Pública. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.

e-mail: jorgerp10@mail.com; jorger@hotmail.com.

Telfax 00-506 250-1160; 00-506 259-4844

Apartado postal 1264 Y Griega 1011, San José Costa Rica

RESUMEN

En este artículo se hace una presentación de las reformas que se le han hecho a la normativa de la contratación administrativa, de acuerdo a los efectos que la normativa de 1996 ha tenido así como de las sentencias de la Sala Constitucional en esta materia.

Palabras clave: Compras públicas, bienes servicios, información pública, oferentes, especificaciones técnicas.

ABSTRACT

In this paper presentation of the reformation is made that have been made to the regulatory scheme of the administrative recruiting, according to the goods that regulatory scheme of 1966 has had as well as of the sentences of the Constitutional Court in this matter.

Key words: Government Procurement, goods, services, publish information, suppliers, technical specifications.

SUMARIO

Introducción

Sección primera (Ley de la contratación administrativa)

Sección segunda (Normativa de lo contencioso administrativo)

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Se han realizado reformas a las normas que regulan las compras del Estado o la contratación administrativa en Costa Rica.

Las reformas se hicieron mediante Ley No. 8511 de 16 de mayo del 2006. La Gaceta No. 128 de 4 de julio del 2006.

La pregunta es si estas reformas redundarán en beneficio al interés público.

Se informa que la licitación por registro y restringida, fue cambiada por la licitación abreviada, de tal modo que en los artículos en donde se dice “por registro” o “restringida” hay que leer “abreviada”.

Se incluirá, además, una exposición acerca del artículo 2, inciso a) del Código Procesal Contencioso Administrativo que entrará regir el año 2008, relativo a la materia de la negociación pública.

SECCIÓN PRIMERA

LEY DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Excepciones, artículo 2 d

Queda excluida del procedimiento del concurso la actividad de contratación que, por su naturaleza o las circunstancias concurrentes, no puedan ser sometida a concurso público o no convenga someterla, sea porque solo existe un único proveedor; por razones especiales de seguridad o por otras igualmente calificadas de acuerdo con el reglamento de esta ley.

En este inciso se prioriza de acuerdo al numerus apertus, indicando como ejemplo un único oferente o razones de seguridad.

Excepciones, artículo 2 b

Queda excluida del procedimiento del concurso la actividad que, por su escasa cuantía, no convenga que sea sometida a los procedimientos ordinarios de concurso, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 27 de esta ley.

En estos casos, la Administración cursará invitación por lo menos a tres potenciales proveedores idóneos, si existen, y adjudicará a la oferta de menor precio, sin perjuicio de que se valoren otros factores que se estimen relevantes, lo cual deberá definirse en la invitación.

La administración únicamente considerará las ofertas de proveedores a los que haya cursado invitación.

Aquí lo negociable que se considere de escasa cuantía, puede ser excluido del procedimiento del concurso.

La redacción del párrafo segundo no parece correcta, porque no puede decirse que se adjudicará a la oferta de menor precio, que es seleccionar la plica más barata; para luego, indicar que se pueden tomar en cuenta otros factores además del precio.

La redacción correcta debe ser:

La Administración cursará invitación por lo menos a tres potenciales proveedores idóneos, si existen; y, adjudicará la oferta, que ponderados todos los factores que la componen, resulte ser la más adecuada a los interés públicos.

Artículo 2 bis. Autorizaciones

Exclúyense de los procedimientos de concurso establecidos en esta Ley, los siguientes supuestos autorizados por la Contraloría General de la República:

- a) Cuando los bienes, las obras o los servicios, en razón de su gran complejidad o su carácter especializado, solo puedan obtenerse de un número limitado de proveedores o contratistas, de manera que por razones de economía y eficiencia no resulte adecuada la aplicación de los procedimientos ordinarios.*
- b) En los casos en que la administración, habiendo adquirido ya equipo tecnológico, decida adquirir más productos del mismo contratista, por razones de normalización o por la necesidad de asegurar su compatibilidad con los equipos tecnológicos que se estén utilizando, teniendo en cuenta si el contrato original satisfizo adecuadamente las necesidades de la administración adjudicadora, si el precio es razonable y, especialmente, si se descartó la existencia de mejores alternativas en el mercado.*

- c) *Otras actividades o casos específicos en los que se acrediten suficientes razones para considerar que es la única forma de alcanzar la debida satisfacción del interés general o de evitar daños o lesiones a los intereses públicos.*

La solicitud que dirija la administración deberá contener una justificación detallada de las circunstancias que motivan la aplicación de las excepciones establecidas en este artículo, así como el detalle de la forma que se ha previsto para seleccionar contratista.

La Contraloría General resolverá la solicitud en el término de diez días hábiles y podrá establecer procedimientos sustitutos a los ordinarios. Asimismo, especificará la vía recursiva que proceda en estos casos, así como los plazos aplicables al trámite respectivo.

Las autorizaciones contempladas en este artículo no exoneran a la administración solicitante por los resultados de la contratación, ni por la calificación errónea de las circunstancias que, eventualmente, puedan servir de justificación para la solicitud de excepción de los procedimientos ordinarios de contratación.

Será la Contraloría General de la República la que autorice estas excepciones al concurso público.

Los aspectos cubiertos en estas excepciones son:

- Obras y servicios de gran complejidad ofrecidos por pocos oferentes
- Equipo tecnológico
- Casos concretos o específicos debidamente razonados

La solicitud respectiva remitida a la Contraloría debe contener:

- Justificación idónea de la solicitud
- El método para seleccionar la oferta

La Contraloría, por su parte:

- Resolverá la solicitud dentro de los 10 días hábiles del día en que fue recibida en su despacho

- Indicará la senda de los recursos administrativos pertinentes

Obviamente, la responsabilidad correspondiente recae sobre la Administración y los funcionarios involucrados en esta solicitud.

Artículo 3, régimen jurídico, párrafo cuarto:

Para el mejor ejercicio de sus potestades de fiscalización en la materia regulada en esta Ley, la Contraloría General de la República podrá requerir el criterio técnico de asesores externos; para ello, estará facultada para recurrir al procedimiento previsto en el inciso b), del artículo 2 de esta Ley, independientemente de la cuantía de la contratación. En caso de que tal requerimiento se formule ante un ente u órgano público, su atención será obligatoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley orgánica de la Contraloría General de la República.

Aquí se establece la facultad de la Contraloría para contratar asesores externos.

Si los asesores externos trabajan en la Administración Pública, obligatoriamente deberán prestar sus servicios, pero la norma no dice que esta prestación sea gratuita. La interpretación que se puede hacer es que como esos agentes públicos reciben salario del Estado, no recibieran paga por esta asesoría. Se trata de una norma controversial, ya que requiere la obligatoriedad de la asesoría.

En los demás casos, la asesoría es pagada de modo claro.

Artículo 4, principios de eficacia y eficiencia:

Todos los actos relativos a la actividad de contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales.

Las disposiciones que regulan la actividad de contratación administrativa, deberán ser interpretadas de la manera que más favorezca la consecución de lo dispuesto en el párrafo anterior.

En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma, de manera que se seleccione la oferta más conveniente, de conformidad con el párrafo primero de este artículo.

Los actos y las actuaciones de las partes se interpretarán en forma tal que se permita su conservación y se facilite adoptar la decisión final, en condiciones beneficiosas para el interés general. Los defectos subsanables no descalificarán la oferta que los contenga. En caso de duda, siempre se favorecerá la conservación de la oferta o, en su caso, la del acto de adjudicación.

Las regulaciones de los procedimientos deberán desarrollarse a partir de los enunciados de los párrafos anteriores.

En este numeral observo que se establece el principio *conservatio actus*, el cual señala que en caso de duda se debe interpretar a favor de la conservación o el mantenimiento del respectivo acto administrativo o actuación de la parte privada.

En materia de defectos subsanables se deben tener en cuenta los votos 998-98, 5947-98, 6432-98 y 2659-01.

El primer párrafo del artículo se refiere a los conceptos de eficiencia y eficacia en el marco de la Administración Pública.

Para el sector privado esos conceptos se orientan al logro del beneficio y la ganancia, en el marco de la ecuación costo-beneficio.

Artículo 6, principio de publicidad, párrafo tercero:

En el primer mes de cada período presupuestario, los órganos y entes sujetos a las regulaciones de esta Ley darán a conocer el programa de adquisiciones proyectado, lo cual no implicará ningún compromiso de contratar. Para tales efectos, podrá recurrirse a la publicación en el Diario Oficial o a otros medios idóneos, tales como la página electrónica oficial del órgano o entidad. De utilizarse medios distintos de la publicación en La Gaceta, el respectivo órgano o entidad por lo menos deberá informar, en el citado diario o en dos diarios de circulación nacional, acerca del medio empleado para dar a conocer su programa de adquisiciones.

Se establece la obligación de publicar el programa anual de compras.

Esa publicación se podrá hacer en La Gaceta, página web respectiva o en otro periódico nacional.

Artículo 6, principio de publicidad, párrafo quinto:

En el primer tercio del plazo previsto para el estudio de ofertas o para el trámite de la apelación, la administración o la Contraloría General de la República, en su caso, podrán conceder una audiencia solicitada por algún interesado. De ser concedida esa audiencia o cualquier otra durante el procedimiento de contratación, la administración o la Contraloría deberá poner en conocimiento a las restantes partes o interesados, acerca de su hora, lugar y fecha, por medio de la dirección electrónica o el fax previamente señalados, asimismo, mediante un aviso que se colocará en un lugar accesible al público. En todo caso, de la audiencia se levantará una minuta y se adjuntará al expediente.

Estamos ante una audiencia previa que la Contraloría o la Administración concede a las partes interesadas. Una vez dada la audiencia, la parte que la pidió puede acudir a ella; igualmente, las otras partes que se han enterado de esa audiencia.

La experiencia mostrará la forma en que se desarrollarán estas audiencias y su funcionalidad real.

En este momento, hago notar que se dejó pasar lo incorrecto de ubicar como **artículo 10**, sumisión a la normativa administrativa, en el capítulo III, derechos y obligaciones de la Administración, sección única, derechos de la Administración, una disposición propia del particular, del oferente y no de la Administración.

Artículo 12 bis.- Nueva contratación.

Si, una vez ejecutado un contrato, la administración requiere suministros o servicios adicionales de igual naturaleza, podrá obtenerlos del mismo contratista, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) *Que el contratista convenga en ello.*

- b) *Que el nuevo contrato se concluya sobre las mismas bases del precedente.*
- c) *Que el monto del nuevo contrato no sume más del cincuenta por ciento (50%) del contrato anterior.*
- d) *Que no hayan transcurrido más de seis meses desde la recepción provisional del objeto del primer contrato.*

Esta disposición era el numeral 14.5 del reglamento anterior, pero no estaba en la ley de esta materia, por ello esta disposición era ilegal, ya que excedía los límites de un reglamento ejecutivo.

El numeral 201 del actual reglamento manda *que esta modalidad contractual no es aplicable a contratos de obra.*

Artículo 21, verificación de procedimientos, párrafo segundo:

El reglamento definirá los supuestos y la forma en que proceda indemnizar al contratista irregular. Asimismo el funcionario que haya promovido una contratación irregular será sancionado conforme a lo previsto en el artículo 96 bis de esta ley, relativo a la suspensión sin goce de salario hasta por tres meses.

Artículo 27, determinación del procedimiento de acuerdo a las pautas que aquí se establecen, respecto de los umbrales.

Lo que ha ocurrido es que estos umbrales se han aumentado en función de la devaluación monetaria.

Artículo 30, modificación del procedimiento en licitación infructuosa.

Si se produce una licitación pública infructuosa, la administración podrá utilizar en el nuevo concurso el procedimiento de licitación abreviada.

Si una licitación abreviada resulta infructuosa, la administración podrá realizar una contratación directa.

En los casos anteriormente citados, deberá mediar autorización de la Contraloría General de la República, órgano que dispondrá de un término de diez días hábiles para resolver, previa valoración de las circunstancias que concurrieron para que el negocio resultara infructuoso.

En el caso de un remate infructuoso, la administración podrá aplicar hasta dos rebajas a la base fijada por el avalúo respectivo, hasta en un veinticinco por ciento (25%) cada vez.

Se cambió la nomenclatura de “licitación por registro “y “restringida”, por el nombre de “licitación abreviada”.

Artículo 32.- Validez, perfeccionamiento y formalización, párrafos 5, 6 y 7.

La administración estará facultada para readjudicar el negocio, en forma inmediata, cuando el adjudicatario no otorgue la garantía de cumplimiento a plena satisfacción o no comparezca a la formalización del contrato. En tales casos, acreditadas dichas circunstancias en el expediente, el acto de adjudicación inicial se considerará insubsistente, y la administración procederá a la readjudicación, según el orden de calificación respectivo, en un plazo de veinte días hábiles, el cual podrá ser prorrogado hasta por diez días adicionales, siempre que en el expediente se acrediten las razones calificadas que así lo justifican.

La Contraloría General de la República deberá resolver la solicitud de refrendo de los contratos, cuando este requisito proceda, dentro de un plazo de veinticinco días hábiles, cuando se trate de licitación pública, y de veinte días hábiles, en los casos restantes.

La Administración deberá girar la orden de inicio, dentro del plazo fijado en el cartel y, a falta de estipulación especial, lo hará dentro de los quince días hábiles contados a partir de la notificación del refrendo o de la aprobación interna, según corresponda, salvo resolución motivada en la cual se resuelva extender el plazo por razones calificadas, resolución que deberá emitirse dentro del plazo inicial previsto.

El quinto párrafo facilita y puntualiza lo relativo a la procedencia de la *readjudicación*.

Por su parte, el párrafo sexto señala lo pertinente en relación al refrendo.

El séptimo párrafo atañe a la *orden de inicio* de la ejecución del contrato respectivo.

Artículo 33.- Garantía de participación.

La administración estará facultada para solicitar, a los oferentes, una garantía de participación entre un uno por ciento (1%) y un cinco por ciento (5%) del monto de la propuesta, el cual se definirá en el respectivo cartel o pliego de condiciones, de acuerdo con la complejidad del contrato.

En los casos en que la administración decida no solicitar la garantía de participación y un oferente retire su propuesta, se procederá conforme a lo previsto en los artículos 99 y 100 de esta Ley.

Es el artículo 37 del reglamento respectivo el que regula esta caución:

Cuando lo estime conveniente o necesario para salvaguardar el interés institucional, la Administración podrá solicitar en el cartel o invitación una garantía de participación porcentual entre un 1% y un 5% sobre el monto cotizado o bien un monto fijo en caso que el negocio sea de cuantía inestimable o no le represente erogación.

Lo relevante de esta disposición es que la garantía o caución de participación la Administración tiene la opción de pedirla o no; es decir, ya no es obligatoria como era antes de esta reforma, sino optativa para el Estado.

En mi criterio esta norma viola el principio constitucional de la intención seria de contratar, el cual quiere decir que el oferente debe garantizarle mediante el depósito de esta garantía que tiene una intención, real, concreta, responsable y seria para entrar en una negociación con la Administración Pública.

Por ello estimo que esta norma viola la Carta Magna en punto a un principio constitucional incluido en la norma 182 de esta Carta.

La Sala Constitucional ya dijo, en referencia a este principio constitucional que:

Téngase en cuenta que la forma, modo, monto, momento y plazo para presentar la garantía de participación están regulados por las normas positivas de la contratación específica, según las especificaciones del cartel, en tanto su objeto, finalidad o razón de ser, es asegurar

o afianzar el mantenimiento de la oferta durante el plazo estipulado en el pliego de condiciones. Esta garantía avala la solemnidad de la oferta, y como tal, constituye una señal precontractual destinada a asegurar la celebración del contrato o su no cumplimiento, como medida cautelar de la responsabilidad del oferente. La garantía de participación constituye el presupuesto de la oferta, de manera tal, que sin la primera no puede válidamente legitimarse la oferta ante la administración, a la vez que del mantenimiento de la garantía depende la validez la oferta. En razón de lo anterior, es que, como elemento sustancial de la contratación administrativa, cualquier modificación en la garantía de participación implica una modificación en la oferta (voto 998-98 y resolución de la Contraloría General de la República, CGR, 584-03).

La propia Contraloría General de la República ha sostenido que esta garantía:

Es un aval por medio del cual el oferente demuestra la intención seria, responsable y firme de contratar con la Administración. Es mediante ella que se avala la solemnidad de la oferta por parte del oferente; constituyéndose en una señal precontractual destinada a asegurar la celebración del contrato. La obligatoriedad es una característica de la garantía de participación ya que un presupuesto de la oferta (resolución CGR No. 701- 2002).

Asimismo, ha dicho la CGR que:

En relación con la garantía de participación, debemos recordar que su finalidad va encaminada a dar seriedad a la oferta que se presenta ante la Administración, para asegurar que, en caso de resultar adjudicatario, se va a concurrir a rendir la garantía de cumplimiento y a formalizar el respectivo contrato, manteniendo las condiciones planteadas en la plica que le procuraron ganar el concurso, como precio, plazos de entrega, garantías, calidad, etc. (resolución CGR No. 42-2000).

De conformidad con lo anterior hay que decir que la obligatoriedad de rendir la *garantía de participación* en la contratación administrativa responde a un principio constitucional inserto en el numeral 182 de la Carta Magna, de tal modo que una ley no puede violentar la Constitución, por ser inferior a ella.

Por tal razón la disposición del artículo 33 citado es inconstitucional en cuanto permite que la exigencia por parte de la Administración, en el respectivo cartel, se torne optativa.

Artículo 40.- Uso de medios electrónicos.

Para realizar los actos previstos en esta Ley, la administración y los particulares podrán utilizar cualquier medio electrónico que garantice la integridad del documento y la identidad del emisor. Estos actos tendrán la misma validez y eficacia jurídica que los realizados por medios físicos.

En el Reglamento de esta Ley se definirán los actos susceptibles de transmitirse por medios electrónicos y sus formalidades.

Es el capítulo X del reglamento pertinente, artículos 140 a 144 el que regula este campo electrónico.

Numeral 140 del reglamento: uso de medios electrónicos.

Los procedimientos de contratación administrativa podrán desarrollarse por medios electrónicos, siempre que la naturaleza de los actos lo permita y sea posible establecer con toda precisión, por medio de registros fidedignos la identificación del emisor y el receptor, la hora, la fecha y el contenido del mensaje. Así mismo deberá cumplirse con lo establecido en la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, Ley No. 8454 y su reglamento.

Para tales efectos, la Administración requerirá de los oferentes la indicación de casilleros electrónicos, facsímiles u otros medios telemáticos para dirigir las comunicaciones oficiales.

Serán susceptibles de transmitirse por medios electrónicos entre otros los siguientes actos:

- *publicidad de los planes de compra;*
- *registro de proveedores;*
- *las invitaciones a participar, la divulgación del cartel, objeciones, modificaciones y aclaraciones,*
- *recibir ofertas y sus aclaraciones, realizar prevenciones para que se subsanen defectos formales trascendentes, así como recibir la subsanación,*

- *comunicar los actos finales del procedimiento como la adjudicación, declaratoria de desierta, fase recursiva,*
- *así como la formalización contractual y su aprobación interna o refrendo, orden de compra o pedido.*

Todo lo anterior conformará el expediente electrónico.

Para ello, podrán utilizarse redes abiertas o cerradas, operando en plataformas de comercio electrónico o mercados digitales de transacciones.

La Administración Central de manera obligatoria, y las demás instituciones del Sector Público, que así lo deseen, utilizarán el Sistema de Compras Gubernamentales “CompraRED” para lograr una mayor eficiencia y eficacia en los procedimientos de contratación administrativa, lo anterior de conformidad en lo establecido en el Decreto Ejecutivo 32717-H.

La Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, o el órgano competente para ello, ejercerá la rectoría en el uso de medios electrónicos aplicados en materia de contratación administrativa, dictando para ello las políticas y directrices necesarias para su correcta aplicación.

Artículo 141.- Principios rectores.

Deberán utilizarse medios electrónicos que garanticen la transparencia; libre competencia; igualdad, libre acceso, integridad, neutralidad, seguridad, consistencia, confidencialidad; y no repudiabilidad de las actuaciones, basados en estándares interoperables, permitir el respaldo de la información y el registro de operaciones desde su origen.

Artículo 142.- Disponibilidad de la información.

La información debe estar disponible a través del sitio web de la respectiva Administración, de modo que se garantice el acceso público, con las salvedades de ley. Salvo caso fortuito o fuerza mayor, debe garantizarse la disponibilidad de la información las 24 horas del día.

Artículo 143.- Libertad de tecnologías y seguridad de la información.

El sistema que utilice la Administración no deberá contener exigencias propias de tecnologías propiedad de determinados fabricantes. De igual forma no podrá permitir la alteración de los documentos contenidos en dicho sistema.

Artículo 144.- Reglamentación.

Toda Administración que realice su actividad contractual, total o parcialmente, por medios electrónicos, deberá contar con un reglamento debidamente publicado en el Diario Oficial La Gaceta.

El reglamento deberá normar aspectos tales como los mecanismos de identificación que se aceptarán; la conformación del expediente electrónico que garantice la secuencia, completitud e inalterabilidad de la información; los sistemas de respaldo garantizando su seguridad, conservación y la confidencialidad de las ofertas hasta antes de su apertura y de conformidad con los alcances de la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos y su reglamento.

Toda reglamentación deberá ser consultada, de previo a su promulgación, a la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda o al órgano competente para ejercer la rectoría en el uso de medios electrónicos aplicables en materia de contratación administrativa, quien tendrá un plazo de quince días hábiles para emitir el dictamen, cuya recomendaciones no tendrán carácter vinculante.

La experiencia dirá en el futuro el destino de esta innovación electrónica.

En Chile, por ejemplo, los contratos de servicios y suministros se deben realizar totalmente por medio digital, de acuerdo a *la ley de bases sobre contratos administrativos de suministros y prestación de servicios*, No. 19.886 del 29 de agosto del 2003 y el reglamento respectivo por decreto supremo No. 250 del 24 de setiembre del 2004. Los contratos de obra pública no están incorporados en esta normativa.

El **artículo 42** se refiere a la estructura mínima de la licitación pública, aclarando que habrá un desarrollo reglamentario, respetándose los siguientes criterios mínimos.

Artículo 42 bis.- Adjudicación. (*)

El acto de adjudicación deberá ser dictado dentro del plazo establecido en el cartel, que no podrá ser superior al doble del plazo

fijado para recibir ofertas. Dicho plazo podrá ser prorrogado por un período igual y por una sola vez, mediante resolución motivada, en la cual se acrediten las razones de interés público que así lo justifiquen.

Vencido el plazo señalado en el párrafo anterior sin haberse dictado el acto de adjudicación, los oferentes tendrán derecho a dejar sin efecto su propuesta, así como a que se les devuelva la garantía de participación, sin que les resulte aplicable sanción alguna. Asimismo, los funcionarios responsables del no dictado oportuno del acto de adjudicación, estarán sujetos a las sanciones previstas en los artículos 96 y 96 bis de esta Ley, por incumplimiento general de plazos legales.

Para los efectos de la readjudicación o declaratoria de desierto del concurso, derivadas de la anulación del acto de adjudicación, la administración dispondrá de un plazo de un mes, contado a partir del día siguiente a la fecha de la notificación de la resolución respectiva, plazo que podrá ser prorrogado por un mes adicional, en los casos debidamente justificados mediante resolución motivada que deberá constar en el expediente. Vencido este plazo, los funcionarios responsables del no dictado oportuno del acto de adjudicación, estarán igualmente sujetos a las sanciones previstas en los artículos 96 y 96 bis de esta Ley, por incumplimiento general de plazos legales.

Este numeral implica que:

- La adjudicación tiene que recaer dentro del plazo dado para hacer esa selección. Este plazo puede ser prorrogado una vez, por el mismo período.
- Terminado ese período sin adjudicar, los oferentes pueden retirar su oferta.
- Los agentes públicos responsables por esa omisión de adjudicación, se les aplicará las sanciones de los numerales 96 y 96 bis de esta ley.
- La Administración tiene la potestad de readjudicar, o en su caso, declarar desierto el respectivo concurso.

Artículo 53.- Precalificación

Cuando lo considere favorable para el mejor escogimiento del contratista, la administración podrá promover una etapa de precalificación, como parte de la licitación pública o de la licitación abreviada, a fin de seleccionar previamente a los participantes, de acuerdo con sus condiciones particulares.

Este primer párrafo fue reformado, para mandar que la Administración podrá realizar precalificaciones, como una etapa de la licitación pública o de la licitación abreviada.

En general, se puede decir, que existe poca experiencia acumulada en el país relativa a las precalificaciones.

Artículo 55.- Tipos abiertos.

Los tipos de contratación regulados en este capítulo no excluyen la posibilidad para que, mediante los Reglamentos de esta Ley, se defina cualquier otro tipo contractual que contribuya a satisfacer el interés general, dentro del marco general y los procedimientos ordinarios fijados en esta Ley.

Los Reglamentos que se emitan para tales efectos deberán ser consultados previamente a la Contraloría General de la República, a fin de que ésta presente las recomendaciones que estime procedentes, en relación con los aspectos de su competencia. El dictamen del órgano contralor deberá emitirse en un plazo de quince días hábiles y sus recomendaciones no tendrán carácter vinculante.

Aquí la novedad consiste en que el dictamen contralor no es vinculante u obligatorio para la Administración. La reforma consistió en eliminar la obligatoriedad del criterio contralor hacia la Administración.

Si queda a voluntad de la Administración (porque es criterio contralor no vinculante), para qué sirve esta norma si carece de cumplimiento obligado por parte de la Administración. Se trata de un saludo a la bandera.

Artículo 62.- Límite de la subcontratación

El contratista no podrá subcontratar por más de un cincuenta por ciento (50%) del total de la obra, salvo autorización previa y expresa de la administración, cuando a juicio de esta última circunstancias muy calificadas así lo justifiquen. Sin embargo, la subcontratación no relevará al contratista de su responsabilidad por la ejecución total de la obra. Asimismo, los subcontratistas estarán sujetos a lo dispuesto en el artículo 22 bis de esta Ley.

La disposición eliminada decía que se podía subcontratar hasta por un 50% con la autorización de la Administración.

Ahora, se manda que se puede subcontratar por más del 50%, con la autorización de la Administración.

Artículo 88.- Fundamentación del recurso

El recurso de apelación deberá indicar, con precisión, la infracción sustancial del ordenamiento jurídico que se alegue como fundamento de la impugnación. Cuando se discrepe de los estudios que sirven de motivo a la administración para adoptar su decisión, el apelante deberá rebatir, en forma razonada, esos antecedentes; para ello, deberá aportar los dictámenes y estudios emitidos por profesionales calificados.

En los casos en que se apele un acto de readjudicación, la impugnación, únicamente deberá girar contra las actuaciones realizadas con posterioridad a la resolución anulatoria, y cualquier situación que se haya conocido desde que se dictó el acto de adjudicación estará precluida.

La norma anterior mandaba que el apelante podrá fundamentar su impugnación de ser posible (voluntariamente) por medio de dictámenes y estudios hechos por profesionales calificados para opinar sobre la pericia de que se trate.

Ahora, se eliminó lo de voluntariamente y se manda que el apelante tendrá (es una obligación) que aportar con su recurso los estudios y dictámenes realizados por profesionales calificados.

En este aspecto, es posible que existan polémicas sobre este obligado requisito para presentar el respectivo recurso. La experiencia nos dirá cómo se dan los hechos.

Nota: En La Gaceta del lunes 22 de octubre del 2007, se publicó el reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública, vigente a partir del primero de enero del 2008.

Artículo 1.- Alcance del Reglamento

El presente Reglamento regula el refrendo de los contratos administrativos que el artículo 184 de la Constitución Política encarga a la Contraloría General de la República, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el artículo 32 de la Ley de Contratación Administrativa.

Según los términos de este Reglamento, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 182 de la Constitución Política, requerirá refrendo la actividad contractual que ejecute la Administración Pública, entendida como el Estado, el sector descentralizado territorial e institucional, las empresas públicas y los entes públicos no estatales cuando su presupuesto se financie en más de un cincuenta por ciento con fondos públicos.

Artículo 2.- Naturaleza del refrendo

El refrendo es un acto de aprobación, por lo que funge como un requisito de eficacia del contrato administrativo y no como un medio por el cual la Contraloría General de la República pueda anular de forma indirecta el acto de adjudicación ni el contrato administrativo. Por medio del refrendo la Contraloría General de la República examina y verifica que el clausulado del contrato administrativo se ajuste sustancialmente al ordenamiento jurídico, en los términos previstos en el artículo 8º de este Reglamento.

Cuando la Contraloría General de la República deniegue el refrendo a un contrato administrativo, señalará a la Administración los defectos que deben ser subsanados, enmendados o corregidos para obtener el respectivo refrendo en un eventual trámite futuro.

En virtud de que los procedimientos de contratación administrativa y todos los aspectos relativos a la formación y perfección de los contratos administrativos están imbuidos por la celeridad y sumaria de la debida e impostergable atención y satisfacción de las necesidades y requerimientos públicos, el análisis de legalidad que realiza la Contraloría General de la República en el refrendo está sujeto a los principios de eficiencia y eficacia desarrollados en el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa y a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública.

El refrendo no constituye un procedimiento administrativo destinado a resolver intereses contrapuestos de las partes o de terceros interesados, por lo que las gestiones que con ese propósito se interpongan durante el trámite, serán rechazadas de plano.

El refrendo no es un medio por el cual la Contraloría General de la República ejerce las potestades de realizar auditorías y de investigación, reguladas en los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica de

la Contraloría General de la República. En consecuencia el análisis de legalidad se basa en una revisión del expediente administrativo aportado por la Administración, por lo que se presume la veracidad de la documentación en él incorporada, según el principio de buena fe que rige la actividad contractual pública, todo bajo la responsabilidad de los funcionarios de la Administración encargados de la conformación y remisión del expediente.

SECCIÓN SEGUNDA

1. Legislación de lo contencioso administrativo en dos países

1.1. Costa Rica

1.1.1. Ley actual

Artículo 2 de la *actual* Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa:

Conocerá también la jurisdicción contencioso-administrativa:

- a) De lo relativo al cumplimiento, interpretación, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por el Estado y demás entidades de Derecho Público, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie.

Ley futura

Código Contencioso administrativo 2008, ley 8508

Artículo 2, a:

La jurisdicción contencioso-administrativa y civil de hacienda también conocerá lo siguiente:

- a) *La materia de la contratación administrativa, incluso los actos preparatorios con efecto propio, así como la adjudicación, interpretación, efectos y extinción, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.*

Este numeral se puede vincular con el numeral 36, c de la ley 8508:

La pretensión administrativa será admisible respecto de los actos administrativos, *ya sean finales, definitivos o de trámite con efecto propio.*

De acuerdo con el acta 5 del miércoles 2 de noviembre del 2004, de la subcomisión de la comisión legislativa permanente de asuntos jurídicos, p. 24, la redacción que tuvo este artículo 2, a, decía:

También conocerá la jurisdicción contencioso administrativa y civil de hacienda de la materia de contratación administrativa, incluyendo los actos preparatorios susceptibles de impugnación conforme al artículo 36, así como de la adjudicación, interpretación, efectos y extinción, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

La Procuradora General de la República hizo la observación de que ese numeral citado debía referirse concretamente al artículo 36, c y no a todo el numeral 36 (acta 5, *idem.*, p. 30).

Al final, ese artículo 2-a, quedó sin la referencia al numeral mencionado 36 de la ley 8508 (acta 6, *ibídem*, p. 13).

España

1.2.1 Ley de 1956

Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa

Artículo 3. La jurisdicción contencioso administrativa conocerá de:

- a) las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración Pública, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie.*

1.2.2 Ley actual

Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa de 1998

Artículo 2. El orden jurisdiccional contencioso administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

- b) *los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas.*

Como puede observarse los textos son similares.

2. Alcance del artículo 2, a de la ley 8508

Vida pre-contractual

El alcance de la norma contenida en el numeral 2 a de la ley aprobada para el 2008, comprende los actos preparatorios con efecto propio, relativos a la contratación administrativa.

Algunos de esos *actos preparatorios con efectos propios*, podrían ser:

- impugnación al cartel, que tiene contemplada la Ley de la contratación administrativa (artículos 81 y 82).
- actos de precalificación de ofertas (Ley de la contratación administrativa, art. 53).

Esta precalificación carece de impugnación en la LCAd., en su carácter de acto propio.

2.2. Vida contractual

La materia de contratación administrativa referida a:

- la adjudicación
- interpretación
- efectos
- extinción

El alcance de esta disposición cubre la materia de la contratación *administrativa cualquiera que sea su naturaleza.*

Actos preparatorios de efecto propio: aquellos actos que sin ser inicialmente actos administrativos, se conviertan materialmente en tales, con plena autonomía e incidencia negativa o positiva en las situaciones jurídicas de los administrados (San José: Poder Judicial, Escuela Judicial, Manrique Jiménez Meza et al *El nuevo proceso contencioso administrativo*, 2006, p. 56).

3. Posición de la Universidad Nacional, UNA, respecto de este numeral 2, a:

Esta norma alarga los periodos de tiempo de los procedimientos de selección de contratista público. A la vez que haría imposible la ejecución de los contratos en un plazo razonable (*La Nación*, 26 de febrero del 2006, p. 14 suplemento viva).

De la Administración Pública nacional, esta posición crítica de la UNA fue la única publicada en los medios de comunicación.

Comparto esta preocupación, pues considero que lo que la citada norma establece hará más lentos los procedimientos y bloqueará la consecución final de la selección del contratista público y de la ejecución del respectivo contrato.

Una vez que esta ley 8508 de lo contencioso administrativo se aplique, se verá en la práctica que clase de problemas genera.

4. Otras opiniones diversas sobre el artículo 2, a de la ley 8508

4.1. Paralización de las contrataciones

Para algunos de los redactores del proyecto de lo contencioso administrativo (luego, ley 8508), la posibilidad de sujetar la firmeza de las adquisiciones públicas a la intervención de un juez, es un imperativo de rango constitucional. Esto no parece ser así, ya que es la propia Constitución, en los artículos 11 y 182, la que establece el mandato de eficiencia en toda forma de actividad pública y en especial en las compras estatales (Rodolfo Saborío, *La Nación*, 5/12/05, opinión).

4.2. La supremacía de la ley

Se contesta a Rodolfo Saborío, en el sentido de que no solo para algunos de los redactores del proyecto, la posibilidad de sujetar la firmeza de las adquisiciones públicas a la intervención de un juez, es un imperativo de rango constitucional. Es claro que el artículo constitucional 49 rechaza cualquier intento de inmunidad jurisdiccional de la conducta administrativa (...) en toda forma de actividad pública y en especial en las compras estatales, las decisiones que se adopten en ese campo, son susceptibles de ser revisadas en la vía judicial (...) es una exigencia de transparencia y no de discriminación en las compras del Estado y no como obstáculo a su actividad (Aldo Milano, *La Nación*, 28/12/05, opinión).

4.3. *Judicialización de compras públicas*

El artículo 2, a de la ley 8508, dispone que será del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa la materia de la contratación administrativa, incluso los actos preparatorios con efecto propio, así como la adjudicación, interpretación, efectos y extinción, cualquiera que sea su naturaleza jurídica (...). Se abre la puerta para que se pueda entorpecer de una forma completamente irracional los procedimientos de compras públicas (Rodolfo Saborío, proyecto procesal negativo, La Nación, 21/04/06, opinión).

4.4. *Judicialización de contrataciones*

Insiste Saborío en que el Código contencioso administrativo ocasionará un entorpecimiento de las compras públicas, ahora porque se admite impugnar actos preparatorios con efecto propio. Muy a pesar de que entienda que tal interpretación responde a una “literalismo constitucionalero”, lo cierto es que el artículo 49 constitucional rechaza cualquier intento de inmunidad jurisdiccional de la conducta administrativa, lo cual explica lo señalado por el artículo 2, a del código.

(Ernesto Jinesta Lobo, Magistrado et al, proyecto procesal muy positivo, La Nación, 25/04/06, opinión).

5. Criterios de Profesores españoles

5.1. *Dr. Jesús Leguina Villa*

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Alcalá

La ley mantiene el criterio tradicional de incluir en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, como competencia de atribución, las cuestiones que se susciten en relación con los “*contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las administraciones públicas*”.

Con acertado criterio, la ley remite en bloque al conocimiento de este orden jurisdiccional todos los litigios que suscite la contratación

administrativa, eliminando tanto las menciones específicas que de tales cuestiones litigiosas se hacía en el artículo 3, a de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 1956 (cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos) como la referencia, hoy ya carente de interés, a la naturaleza y finalidad de tales contratos.

La ley extiende, la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa a los actos separables de preparación y adjudicación de los “demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas” (en: Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa, bajo la dirección de Jesús Leguina Villa y Miguel Sánchez Morón, pp. 55 y 56, Valladolid, editorial Lex Nova, 1999).

5.2. Dr. Jesús González Pérez

Catedrático de Derecho administrativo

Universidad Complutense de Madrid

Respecto de los contratos administrativos, la jurisdicción de los tribunales contencioso administrativos es plena. Cuantas cuestiones deriven de los mismos, cuantos litigios se susciten en relación con ellos, serán conocidos por los tribunales de este orden jurisdiccional. No será admisible la impugnación ante la jurisdicción civil.

La regla general es que para que las cuestiones derivadas de un contrato en que sea parte una Administración Pública queden atribuidas a los tribunales contencioso administrativos, es indispensable que tales contratos sean de naturaleza administrativa (en: Jesús González Pérez, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa, Ley 29 del 13 de julio de 1998*, Madrid: Civitas, T. I, pp. 166 y sgts., 1999).

Aunque la lentitud es, sin duda, el más grave de los defectos de que adolece la justicia administrativa, existen otros, determinantes, asimismo, de que el ciudadano español se encuentre sin una protección jurisdiccional eficaz frente a las arbitrariedades de una Administraciones Públicas cada día más gravosas (en: Introducción a la obra dirigida por el Dr. Jesús González Pérez, *La reforma de la jurisdicción contencioso administrativa*, Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, p. 11, 1997).

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- Benavides, José Luis. *El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado* (Bogotá: Universidad del externado de Colombia, 2004).
- Cascante, Wagner; López, Carla; Zúñiga, Alfonso; Rodríguez, Rodrigo. Suplemento especial *La Contratación Administrativa* (San José: Contraloría Universitaria, Universidad de Costa Rica, Boletín Técnico Gestión y Control, julio 2007).
- Campos, Christian (editor). *La Contratación Administrativa y su reglamento* (San José: EUNED, 2007).
- Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo* (Buenos Aires: LexisNexis, 2005).
- Cassagne, Juan Carlos; Enrique Rivero Ysern. *La contratación pública* (Buenos Aires: Hammurabi-Depalma, 2 tomos, 2007).
- Dussán, Jorge. *Elementos del contrato estatal* (Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2005).
- Fernández-Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos* (México: Porrúa-UNAM, 2000).
- García de Enterría, Eduardo; Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, 2 tomos, 1999).
- Guiridlian Javier. *Contratación pública y desarrollo de infraestructuras* (Buenos Aires: LexisNexis, 2004).
- Linares, Mario. *El sistema internacional de protección de la inversión de la inversión extranjera y los contratos públicos* (Lima: Grijley, 2006).
- Lucero, Manuel. *La licitación pública* (México: Porrúa, 2004).
- Pérez, Alejandro. *Renegociación de contratos públicos* (Buenos Aires: LexisNexis, 2002).
- Ramos, Daniel. *Licitación pública* (México: Escuela Nacional de Administración Pública, 2004).
- Romero-Pérez. *La contratación administrativa* (San José: EUNED, 2002)
Derecho Administrativo (San José: EUNED, 2002).
La contratación pública (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003).
- Contratos públicos y aeropuertos* (San José: Editorial Lex, 1999).
- Santamaría, Juan. *Fundamentos del Derecho Administrativo* (Madrid: editorial Ramón Areces, 1991)

CÓDIGO CIVIL: EVOLUCIÓN ACTUAL DE SUS INSTITUTOS, DERECHOS REALES AGRARIOS, POSESIÓN DE DERECHOS Y OTRAS ACCIONES

Dr. Enrique Napoleón Ulate Chacón^(*)

Doctor en Política y Derecho Agrario

Miembro del Tribunal Agrario

(Recibido 30/11/06; aceptado 25/06/07)

“Por tales razones, se incluyen, dentro del criterio de propiedad del referido numeral 45, en relación con el 50, ambos constitucionales, la propiedad forestal, la propiedad agraria, la propiedad ecológica, la propiedad ambiental, etc., todas con asidero constitucional en los citados artículos y con una específica regulación y naturaleza jurídicas...” (S.C., No. 5893-95 de 9:48 horas del 27 de octubre de 1995).

(*) Conferencia impartida en la Facultad de Derecho, con motivo del bicentenario del Código Civil francés.
e-mail@derecho.ucr.oc
Teléfono: 247-9088.

RESUMEN

El Código Civil ha dado paso a nuevos institutos del derecho privado, entre ellos los derechos reales agrarios, que encuentran una tutela incluso a nivel constitucional. El autor analiza los rasgos fundamentales de la posesión agraria, la prescripción positiva, el usufructo y las servidumbres agrarias, la acción negatoria para la protección del ambiente, nuevas formas de propiedad tales como la multipropiedad y los signos distintivos, haciendo referencia a los aportes de la jurisprudencia nacional y de la legislación extranjera en la construcción de nuevos institutos jusagrarios.

Palabras clave: Código Civil, Institutos, Derechos Reales Agrarios, posesión agraria, usucapación agraria, sucesión agraria, propiedad agraria.

SINTESI

SINTESI: Il Codice Civile ha permesso l'origine dei nuovi istituti del diritto privato, fra i quali quelli del Diritto agrario chiamati "diritti reali agrari", che trovano tutela a libelo costituzionale. L'autore spiega gli elementi fondamentali del possesso agrario, la prescrizione positiva, l'usufrutto e le servitù agrarie, l'azione negatoria per la tutela ambientale, e anche nuove forme di proprietà quali la multiproprietà, le indicazioni geografiche. Fa riferimento ai nuovi criteri della giurisprudenza nazionale e anche alla dottrina straniera, in quanto riguarda la ricostruzione di nuovi istituti del diritto agrario quali la successione dei fondi agricoli privati.

Parole chiavi: Codice Civile, Istituti, Diritti reali agrari, possesso agrario, usucapione agraria, successioni agrarie, proprietà agraria.

SUMARIO

1. Los derechos reales agrarios, su protección en el Código Civil y en la Jurisprudencia
2. La posesión agraria *ad-usucapionem*: común, especial, ecológica.
3. La prescripción positiva en el Código Civil y análisis crítico sobre la necesidad de su reforma. La experiencia comparada latinoamericana.
4. El reconocimiento jurisprudencial de otros derechos reales agrarios: el usufructo y las servidumbres agrarias.
5. Nuevas realidades, nuevas acciones: la acción negatoria moderna.
6. Sobre la posesión, el usufructo y la prenda de derechos.
7. La accesión invertida y su ausencia en el Código.
8. Nuevos tipos de propiedad: multipropiedad.
9. El régimen sucesorio en agricultura, y su reforma actual en los países europeos.
10. Propiedad intelectual e indicaciones geográficas protegidas: ¿propiedad privada o derecho de uso?

1. LOS DERECHOS REALES AGRARIOS, SU PROTECCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LA JURISPRUDENCIAL

El tratamiento de la protección de los derechos reales, en materia civil y agraria, tienen una gran importancia en todos los ordenamientos jurídicos que han consolidado una base constitucional arraigada en la protección de los derechos humanos fundamentales: junto a los derechos de libertad económica, entre los cuales se encuentra la propiedad privada y demás derechos reales derivados, también se han consagrados derechos-deberes económicos, sociales y ambientales.

La propiedad privada y la libertad económica, garantizados en el Código Civil encuentran protección constitucional en los artículos 45 y 46 de nuestra Carta Magna, y aunque parece obvio, su existencia, y defensa, obedecen a la permanencia de un Estado Social de Derecho, basado en principios y valores constitucionales, en los cuales se consagran no solo derechos a favor de los particulares, sino también deberes, con miras a alcanzar un desarrollo económico, con equidad, solidaridad y justicia social.

En consecuencia, si las normas y principios constitucionales de los derechos reales, tanto en materia civil, como agraria, son comunes, no es posible escindir, completamente, las dos materias. La autonomía de sus institutos, sean sustanciales, como procesales, siempre va a ser relativa. Al igual que existen rasgos comunes, también hay diferencias importantes, que obedecen a los momentos históricos, económicos, sociales y ambientales, que las han visto nacer y desarrollarse, según lo ha afirmado reiteradamente la Sala Constitucional.

La función y la estructura de los derechos reales, son comunes en ambas materias, pero su contenido es diverso. La función es la utilidad económica o social para el cual fue diseñado un derecho real particular, y la misma dependerá de la naturaleza (civil, agraria, ecológica, ambiental) del bien sobre el cual recae tal derecho. La estructura, se refiere al conjunto de derechos y obligaciones del titular de ese derecho real, impuestos por la legislación ordinaria, y modificados por la legislación especial, para responder a las necesidades de cada momento histórico.

Esa reflexión, de base constitucional, nos llevan a otra ulterior reflexión, cuales es, que los derechos reales también sufren un proceso de metamorfosis y evolución permanente, al ser parte de nuestra

realidad cotidiana. Evolución que provoca la “multiplicación” y “especialización”, por materias de esos derechos reales. Así, solo para el caso de la propiedad, la diversa estructura y función de los bienes, de acuerdo a su naturaleza, conduce a hablar de diversos tipos de propiedad: la civil, la urbana, la agraria, la forestal, la horizontal, la intelectual, y así sucesivamente.

También se habla de posesión civil, agraria, forestal o ecológica. Igualmente, de servidumbres civiles, de aguas, agrarias, y más recientemente de servidumbres ecológicas.

En cualquier caso, la Constitución y el Código Civil son garantes de la protección de tales derechos reales, para brindar no solamente seguridad jurídica a sus titulares, sino también, para obligar el cumplimiento de la función económica, social y ambiental, para la cual fueron concebidos.

La propia Sala Constitucional ha indicado *“En cuanto a la propiedad agraria debe indicarse que cuando se reconoce la función social de la propiedad, el derecho de propiedad se configura como un derecho-deber, en el que existe una forma específica de ejercer las facultades del dominio, y se imponen al titular obligaciones como la utilización productiva de la tierra”* (Sala Constitucional, No. 4587-97 de las 15:45 horas del 5 de agosto de 1997).

Esta tesis, sostenida por nuestro máximo órgano jurisdiccional, y cuya jurisprudencia es vinculante, sí tiene un respaldo legal y doctrinal. Desde el punto de vista legal, la Ley de Tierras y Colonización, en los artículos 1 y 2 exige el cumplimiento de la función social de la propiedad, y a partir del artículo 141 y siguientes establecen la posibilidad de decretar la expropiación, frente al incumplimiento de la función social de la propiedad. Además, a partir del artículo 92 de la Ley de Tierras y Colonización, también se establecen otras posibilidades para resolver conflictos de ocupación precaria de tierras en propiedades ya inscritas.

Es decir, no es posible hacer una lectura aislada de las normas del Código Civil, sin relacionarlas con la gran cantidad de Leyes especiales (tales como la Ley Forestal, la Ley de Suelos, la Ley Orgánica del Ambiente y la Ley de Biodiversidad, entre otras), que de alguna manera condicionan el ejercicio del derecho de propiedad como poder-deber.

Las normas que les otorgan sustento jurídico a la acción reivindicatoria agraria y la de mejor derecho de posesión, son las mismas contenidas en el Código Civil.⁽¹⁾ Tratándose de una causa agraria deben aplicarse los principios generales del derecho agrario y los criterios jurisprudenciales vertidos por la Sala Primera de Casación.⁽²⁾

2. LA POSESIÓN AGRARIA AD-USUCAPIONEM Y SU TUTELA JURISPRUDENCIAL

Tanto en la doctrina⁽³⁾ como en la jurisprudencia,⁽⁴⁾ se han distinguido dos tipos de acciones de usucapión agraria: La común y la especial. La usucapión agraria común, requiere del cumplimiento de los requisitos exigidos en el Código Civil para poder adquirir por prescripción positiva. El actor debe demostrar el ejercicio de una posesión a título de dueño, en forma pública, pacífica e ininterrumpida. Pero dicha posesión no debe ser “civil”, sino agraria, lo cual implica el ejercicio de actos posesorios agrarios, tendientes a cultivar y mejorar el bien que se pretende usucapir, bajo el cumplimiento de la función social de la propiedad agraria. El plazo de la posesión requerida es el mismo, sea diez años.

-
- (1) Conforme al artículo 316 del Código Civil a todo propietario le asiste la facultad de reclamar en juicio la cosa objeto de su propiedad, así como el libre goce de todos y cada uno de los derechos que dicha propiedad comprende; el 320 señala que puede dirigirse contra todo el que posea como dueño, salvo que otro la hubiere adquirido por usucapión; el 321 dispone que procede incluso contra quien poseía de mala fe y ha dejado de poseer, aún cuando el reivindicador prefiera dirigirse contra el actual poseedor.
 - (2) La Sala “...ha erigido como principios generales del Derecho Agrario los conceptos contenidos en la sentencia N° 230 de las 16 horas del 20 de julio de 1990...”. Sala Primera de Casación, N° 50 de las 14:20 horas del 5 de agosto de 1993.
 - (3) MEZA LAZARUS, Alvaro. *La posesión agraria*, San José, Librería Barra-bás, 2ª. Edición, 1991, págs. 155 a 161. ZELEDÓN, Ricardo. *Código Civil y Realidad. Ensayo*. San José, Editorial Alma Máter, 1987, págs. 125-130.
 - (4) Tribunal Superior Agrario, N° 111 de las 13:50 horas del 16 de febrero de 1994. Sala Primera de Casación, N° 68 de las 14:55 horas del 17 de agosto de 1994.

En cuanto a los requisitos de justo título y la buena fe, también se exigen para la usucapión agraria común. El justo título puede ser traslativo de la posesión, caso en el cual el actor debe acreditar que ha adquirido de un anterior transmitente, sea por medio de una carta venta, cesión, donación, o incluso a través de prueba testimonial, pero debe demostrar el tiempo de la posesión personal y el tiempo de la posesión transmitida, para completar de ese modo la posesión decenal.

Cuando el poseedor no tiene título traslativo la doctrina civil ha negado la posibilidad de usucapir bajo esas condiciones, pues aplica literalmente lo dispuesto en el artículo 853 del Código Civil, en cuanto a la usucapión ordinaria, aplicando restrictivamente lo previsto en el artículo 854.

La doctrina y la jurisprudencia agraria⁽⁵⁾, han aceptado reiteradamente la posibilidad de que el poseedor no tenga título, cuando se trata de una POSESIÓN AGRARIA ORIGINARIA, es decir, donde no hay ningún anterior transmitente. El poseedor ha ejercido en forma personal y directa la posesión agraria sobre el bien, como si fuera el dueño, y ha cumplido la función social. En tal caso, si tratándose del derecho a poseer la posesión vale por título, al año el poseedor originario cuenta con título constitutivo posesorio, apto para usucapir. Por esa razón a los poseedores agrarios originarios, si demuestran esa condición, no se les puede ni debe exigir título traslativo de posesión.

Con base en lo expuesto, la USUCAPION AGRARIA COMÚN, como acción tiene su fundamento en el artículos 853 y siguientes del Código Civil, más los principios generales y criterios jurisprudenciales señalados.

Especial atención merece la acción de USUCAPION ESPECIAL AGRARIA. Esta nace directamente de la legislación especial agraria y se distinguen, fundamentalmente dos tipos: una contenida en la Ley de Tierras y Colonización; y, otra en la Ley de Titulación para la Vivienda Campesina.

La usucapión especial agraria está contenida en el artículo 92 de la Ley de Tierras y Colonización. El poseedor agrario debe reunir una

(5) Sala Primera de Casación, N° 68 de las 14:55 horas del 17 de agosto de 1994. ZELEDÓN, Ricardo. Código Civil y Realidad. Ensayo. San José, Editorial Alma Mater, 1987, págs. 125-126.

serie de requisitos subjetivos y objetivos para que proceda su acción. “...es poseedor en precario todo aquel que por necesidad realice actos de posesión estables y efectivos, como dueño, en forma pacífica, pública e ininterrumpida, por más de un año, y con el propósito de ponerlo en condiciones de producción para su subsistencia o la de su familia, sobre un terreno debidamente inscrito a nombre de un tercero en el Registro Público.”

Quien demuestre haber poseído en tales condiciones, durante más de diez años, pues inscribir su derecho de propiedad por el trámite de la información posesoria, o bien, plantear un proceso ordinario contra el titular registral del bien, para demostrar la usucapión especial agraria.

La particularidad de este tipo de acción, es que no exige demostrar el título traslativo ni la buena fe (artículo 101 de la Ley). La posesión agraria vale por título. El trabajo es el fundamento de la usucapión. El estado de necesidad justifica el actuar del poseedor, aunque sepa que el fundo no le pertenece. De esa forma, a través de esta acción de usucapión especial agraria, los poseedores sin tierra logran el “acceso” a la propiedad de fundos productivos, para satisfacer sus necesidades alimentarias y de su familia.

Finalmente, siempre dentro de las acciones posesorias, se tiende a proteger lo relativo a la denominada “posesión ecológica”, criterio que ha sido utilizado por los tribunales agrarios para tutelar al poseedor que ha cuidado el bosque y los recursos naturales con actos omisivos y activos. Incluso, en la actualidad se han comenzado a plantear acciones tendientes a declarar la USUCAPION ECOLÓGICA, en terrenos dedicados a la conservación del bosque virgen.

3. LA PRESCRIPCIÓN POSITIVA EN EL CÓDIGO CIVIL Y ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LA NECESIDAD DE SU REFORMA. LA EXPERIENCIA COMPARADA LATINOAMERICANA

Nuestro ordenamiento jurídico está basado en principios democráticos y en derechos y valores consagrados constitucionalmente. Por un lado, la Constitución consagra el derecho de propiedad como institución jurídica, y garantiza su libre goce y uso, como derecho subjetivo, atendiendo a la naturaleza del bien de que se trate, pero respetando el interés público, pues nadie puede gozar abusivamente de un derecho en perjuicio de la colectividad. El derecho real de propiedad

agraria, representa el dominio pleno, cuando se ejerce en todos sus atributos.

El derecho de posesión, puede adquirirse independientemente de la propiedad, siempre y cuando se reúnan las condiciones que exige el Código Civil (Artículo 279 del Código Civil): posesión pública, pacífica, ininterrumpida, de buena fe, y por mas de un año. Tal posesión debe ser ejercida a título de dueño, y mediante el ejercicio de actos posesorios agrarios, estables y efectivos, tendientes a cultivar y mejorar el bien. Cuando se consolida ese derecho de posesión, el poseedor puede llegar hasta a adquirir el inmueble por usucapión agraria, siempre y cuando el titular registral, es decir, el propietario agrario, que tiene derecho a gozar de los atributos dominicales, no interrumpa ese ejercicio, mediante las acciones protectoras de la propiedad o de la posesión. Incluso, la Ley autoriza, en el caso de la posesión precaria de tierras, la usucapión contra tábulas, es decir, contra título inscrito en el registro público de la propiedad, cuando el poseedor, por necesidad suya y de su familia, cultiva un bien ajeno, para satisfacer las necesidades alimentarias familiares (artículo 92 de la Ley de Tierras y Colonización).

En el primer caso, el reconocimiento de un derecho de posesión a favor del poseedor, produciría efectos positivos, a fin de que el poseedor, eventualmente, pueda liquidar su estado posesorio y reclamar las mejoras que de buena fe introdujo en el inmueble ajeno. Sin embargo, hasta que no haya consolidado su derecho mediante la usucapión agraria, tienen un título débil, un *ius possidendi* (derecho posesorio), no oponible frente al título registral del propietario (artículo 319 CC).

Por ese motivo en cualquier momento el titular registral puede reclamar, por las diferentes vías que le otorga el orden jurídico esa posesión. En el segundo caso, si el poseedor califica como poseedor en precario, el ordenamiento jurídico le otorga mayor protección al ocupante, pues el Instituto de Desarrollo Agrario, como ente encargado de resolver los problemas de tierras, está facultado para intervenir en la solución del conflicto, y adquirir el inmueble mediante expropiación o mediante compra directa a su propietario, a efectos de poder garantizarle a los poseedores en precario su permanencia en el fundo, y eventualmente otorgarles un contrato de adjudicación de tierras.⁽⁶⁾

(6) **VIII.-** En el presente caso, el actor, ..., no se encuentra en ninguno de los supuestos anteriores, pues no ha consolidado ningún derecho de

El otro tipo de usucapión especial agraria era la contenida en la Ley de Titulación de Vivienda Campesina. El Tribunal Superior Agrario conociendo este tipo de procesos ordinarios, referidos a la nulidad de titulaciones de vivienda campesina, había indicado que esta es una forma especial de usucapir en materia agraria. El poseedor debe ejercer actos posesorios agrarios sobre un inmueble destinado a vivienda suya y de su familia, a título de dueño, en forma quieta, ininterrumpida y

posesión agraria, de usucapión agraria, o de posesión precaria de tierras. Y ello es así, porque las aquí demandadas, como titulares registrales de dichos bienes, han ejercido las acciones de defensa de la propiedad, habiendo practicado diversos desalojos administrativos, a través del Ministerio de Seguridad, sobre esos inmuebles, que venían siendo objeto de ocupación ilegítima. Efectivamente, el a-quo tiene por demostrado que ...(la demandada) es la propietaria registral de la finca número 1.951-000, que según la prueba de reconocimiento judicial, y testimonial es donde está ubicado el lote reclamado por el actor (ver reconocimiento judicial de folio 260, testimonio de Jorge Arturo Morales Flores a folio 271), cuyas colindancias coinciden, en su generalidad, con las definidas en el Registro Público, siendo que al norte colinda con la Línea del Ferrocarril, y al Sur con la laguna o Muelle del Río Moín (ver certificación de folio 74 y croquis de folio 261). Si bien es cierto el actor alega en su recurso que tales colindancias no son las correctas, no desvirtúa con su afirmación el dato registral, ni la constatación que hiciera el a-quo al practicar el reconocimiento judicial. Y aún cuando no coincidiera la identidad del bien, faltaría un presupuesto más para la procedencia de su demanda, que requiere demostrar, en todo caso, la identidad física del bien reclamado. El actor no poseyó agrariamente el bien por más de un año, y con todas las condiciones que exige el ordenamiento jurídico. Por el contrario, a los pocos días de haber ingresado al inmueble, en julio del 2000, 22 días después, los propietarios registrales practicaron un desalojo administrativo, con la colaboración del Ministerio de Seguridad, y continuaron practicando varios desalojos sucesivos, a fin de evitar que las fincas continuaran con invasiones. Es necesario considerar, a propósito de la alegada “falta de cumplimiento de la función social” por parte de las demandadas, como propietarias registrales, que en este caso nos encontramos con una situación especial, que es el hecho de tratarse de fundos que tienen una mayor vocación “agroturística”, por estar muy cerca del mar, y por ende los propietarios registrales realizan actos posesorios de conservación, a fin de mantener el atractivo turístico que ofrecen dichos inmuebles. Por otra parte, no estamos en presencia de un poseedor en precario. El mismo actor, al practicarse la confesional, admite que no depende de la agricultura para subsistir y es comerciante (folio 268). Por ese motivo, no podría calificar como poseedor en precario, aparte de que, como se

pública, durante no menos de cinco años.⁽⁷⁾ De esa forma puede pedir que se declare su derecho por usucapión especial agraria, frente al propietario registral del inmueble, y solicitar que se inscriba su derecho como finca independiente en el Registro Público.

La declaratoria de inconstitucionalidad de esa ley dejó un gran vacío normativo y ahora los campesinos tienen que acudir al trámite de la información posesoria para poder titular.

Mientras eso ocurre, es necesario dar una solución jurisprudencial al tema de la Usucapión ordinaria aplicando el Código Civil, para permitir la inscripción de bienes aún cuando el poseedor no demuestre el justo título o título traslativo.

Si hacemos una breve recorrido por la legislación comparada latinoamericana, nos damos cuenta que la tendencia es a reducir más bien, a la mitad los plazos de la usucapión ordinaria agraria, dejando la extraordinaria en diez años. Si ello es así, para qué reforma? No será suficiente con una interpretación evolutiva de la jurisprudencia acorde a nuestra realidad social?

Efectivamente en Brasil, el Estatuto de la Tierra, reguló una usucapión extraordinaria de 5 años (hoy artículo 1239 del Código Civil del 2002). También lo hizo Colombia, en la Ley 200 de 1936, que establece una prescripción adquisitiva de dominio a favor de quien ejercita una posesión durante cinco años, en terrenos que se presuman baldíos, y la Ley No. 9 de 1989, redujo a 5 años la adquisición por prescripción extraordinaria sobre la vivienda de interés social, y en el caso de la prescripción ordinaria, lo redujo a tres años para que se pueda adquirir ese derecho.

dijo, no se ha mantenido en la posesión continua y pacífica del bien. Por ello su posesión momentánea, de pocos días, no puede generar ningún derecho a su favor, y está sujeto, como efectivamente ocurrió, a que los propietarios ejerzan sus acciones protectoras en defensa de la propiedad registral. En razón de todo lo expuesto, considera el Tribunal agrario que fueron correctamente aplicados los artículos 317, 277, 286 del Código Civil, en relación con el artículo 45 de la Constitución Política. También fueron correctamente aplicados los artículos 92 y siguiente de la Ley de Tierras y Colonización. (Tribunal Agrario, No. 752, de 11 horas del 11 de noviembre, 2003).

(7) Ley de Titulación para la Vivienda Campesina, artículos 1 y 3.

En Italia, el artículo 1159-bis del Código Civil (introducido por Ley 346 de 1976), redujo la usucapión extraordinaria de veinte a quince años tratándose de fundos agrarios que son adquiridos en modo originario, y en caso de reunir el poseedor un título traslativo a non dómimo, se reduce a cinco años.

Más recientemente, el Código Civil de Bolivia, en su artículo 134, establece en 5 años el plazo de la usucapión ordinaria, cuando se presenta título idóneo, y el artículo 138 señala que “La propiedad de un bien inmueble se adquiere también por sólo la posesión continuada durante diez años”. Con esas dos disposiciones se reducen a la mitad los plazos de la usucapión ordinaria y extraordinaria.

4. EL RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE OTROS DERECHOS REALES AGRARIOS: EL USUFRUCTO Y LAS SERVIDUMBRES AGRARIAS

En vía ordinaria agraria, también se tramitan una serie de acciones reales distintas a la reivindicatoria o de mejor derecho de posesión, que están referidas mas bien a los derechos reales limitados.

Las más comunes se refieren a los derechos reales de servidumbre y de usufructo. En nuestro Código Civil no se contempla de una manera expresa la protección a las servidumbres agrarias. Sin embargo, debe tenerse presente que su protección emana del capítulo general sobre las servidumbres⁽⁸⁾ en donde no existe una “tipicidad legal” de las mismas.

Las servidumbres agrarias forman parte de los “iura fundi”, sea de los derechos constituidos sobre el fundo agrario, para facilitar el ejercicio de la actividad, o aumentar diferentes medios para la constitución de las servidumbres civiles, pero están en función del fundo agrario y de la actividad.

Las más comunes y de mayor uso son las servidumbres fundiarias agrarias, que permiten el paso o salida de un fundo agrario (dominante) sobre otro (sirviente), sea para introducirse a pie, a caballo, en carreta, en vehículos, o maquinaria pesada, y de esa forma darle asistencia

(8) Código Civil, artículo 370 y siguientes.

técnica a la actividad agraria y lograr sacar la cosecha o productos agrarios. Aun cuando la servidumbre o derecho de paso este legalmente constituido (por convenio, o por disposición de última voluntad, o por destino de buen padre de familia), podrían plantearse conflictos sobre el uso de la servidumbre, o sobre la extinción de ese derecho real agrario. En tal caso la acción deberá tramitarse en la vía ordinaria agraria.⁽⁹⁾

Igual ocurre cuando se trata de fundos agrarios enclavados, sin salida a calle pública o sin salida suficiente y adecuada para las exigencias de la producción agraria sostenible. En tales casos, el actor (dueño del fundo agrario enclavado), debe dirigir la demanda contra todos los fundos colindantes, para lograr la constitución de una servidumbre forzosa de paso,⁽¹⁰⁾ y de esa forma se garantiza el ejercicio de la actividad agraria, bajo el principio de que ningún fundo debe permanecer enclavado, improductivo.

Por otra parte, el titular de un fundo agrario, puede plantear la conocida “acción negatoria”,⁽¹¹⁾ para rechazar un derecho real limitado (servidumbre, usufructo), que otra persona afirma que le pertenece sin haberse nunca constituido a su favor. Se trata de una acción declarativa, fundada en el principio de que los fundos se presumen libres, para defender la propiedad agraria frente al derecho que otro se atribuye para sí sin pertenecerle.

También puede alegarse, en vía ordinaria agraria, la extinción de un derecho real limitado, sea de servidumbre o usufructo agrario, cuando ha operado alguna de las causas previstas en el Código Civil, y especialmente cuando no se ha ejercido durante el plazo de diez años.⁽¹²⁾

(9) Sala Primera de Casación, N° 80 de las 14:30 horas del 19 de julio de 1995.

(10) Código Civil, artículos 395 y siguientes.

(11) Tribunal Superior Agrario, N° 82 de las 13:40 horas del 31 de enero de 1996.

(12) Sala Primera de Casación, N° 26 de las 8:30 horas del 15 de marzo de 1991.

5. NUEVAS REALIDADES, NUEVAS ACCIONES: PERFIL MODERNO DE LA ACCIÓN NEGATORIA

La acción negatoria es también una acción real que puede ser ejercitada tanto por un propietario, como por quien ostenta legítimamente otro derecho real".⁽¹³⁾

-
- (13) También se ha definido la acción negatoria de la siguiente forma: la que compete los poseedores de inmuebles contra quienes les impidan el libre ejercicio de los derechos reales, a fin de que esa libertad sea restablecida. (Artículo 2.800 del Código Civil Argentino). Esta acción se da contra cualquiera que perturbe el derecho de poseer de otro, aunque sea el dueño del inmueble, cuando se arrogue sobre él una servidumbre indebida... (Ver CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*, op, cit, Tomo I, página 48). En principio, y a partir de las fuentes romanas, la acción negatoria era concedida básicamente al propietario quien, al verse inquietado o perturbado por un sujeto que se atribuía para sí un derecho de usufructo o servidumbre, solicita declarar la inexistencia de tal derecho. Refiriéndose a dichas fuentes romanas, la doctrina española cita los siguientes casos de acción negatoria: " Es ésta la acción propia del dueño de un fundo contra una persona que pretende tener un usufructo sobre el mismo cuando el propietario niega la existencia de este usufructo". "Es ésta la acción correspondiente al propietario de un fundo contra la persona que injustamente pretende tener un derecho de paso a través del mismo." "Es ésta la acción del propietario de un fundo contra la persona que pretende tener derecho a construir un edificio sobre su propio suelo, elevándolo más de cierta altura, cuando el actor niega que tenga tal derecho". (MARTIN-BALLESTERO, Luis. *La acción negatoria*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, p. 43). Desde esa perspectiva, estaba legitimado para ejercer la acción negatoria únicamente el propietario. El legitimado pasivamente podía ser no solo contra aquellos que pretendieren mantener una posible servidumbre, sino que bastaba con la existencia de un estado o situación de hecho que objetivamente se correspondiera con el ejercicio de una servidumbre o usufructo. De esa forma era una acción limitada. La doctrina tradicional exigía como requisitos de la acción negatoria los siguientes: "1. que el actor justifique en principio su derecho de propiedad (mediante la presentación del correspondiente título de adquisición de la cosa). 2. Que pruebe la perturbación que el demandado le haya causado en el goce de su propiedad (perturbación que ha de ser realizada con pretensión de ostentar un derecho real, pues para reprimir perturbaciones de puro hecho no hace falta acudir a esta acción). En cambio, no es preciso que pruebe el actor la inexistencia de la servidumbre o derecho real pretendidos por el tercero, pues es principio de derecho ya repetido que la propiedad se presume libre y

La acción negatoria, en su perfil moderno,⁽¹⁴⁾ tiene dos claros efectos. En primer lugar se trata de una **acción de cesación**: Es la acción que tiene el propietario para hacer cesar las perturbaciones ilegítimas de su derecho que no consistan en la privación o detentación indebidas de la posesión. En segundo lugar, es una **acción de abstención**: El propietario tiene también acción para exigir la abstención de otras actividades futuras y previsibles del mismo género.⁽¹⁵⁾

En cuanto al requisito de la legitimación activa, en la acción negatoria, hoy día se sabe que el título inscrito no es indispensable, pues la prueba del dominio puede hacerse por otros medios probatorios. El derecho del actor podría justificarse incluso a través de la posesión continuada.⁽¹⁶⁾

que el que sostiene la existencia de limitaciones a la misma es quien debe probarlas".(CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, ed. rev. por G. García Cantero, 2, vol. 1o., Reus, Madrid, 1992, p. 216, citado por Martín-Ballesteros, op. cit., p. 80).

- (14) La acción negatoria asiste al propietario para obtener la declaración de que la cosa objeto de su derecho no se encuentra sujeta al derecho que otro se atribuye sobre ella. Se llama negatoria o de libertad de la propiedad y puede ejercitarla todo propietario, poseedor o no, exclusivo o copropietario, tanto de bienes muebles como de bienes inmuebles... Se trata de un medio de defensa contra la inquietación o intromisión en la propiedad ajena, cometida sobre la base de atribuirse un derecho... La acción no aparece expresamente regulada por el Código Civil, pero ha sido reconocida y regulada en su ejercicio por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sus requisitos de ejercicio sería fundamentalmente, los siguientes: 1. La justificación del dominio actual del actor. 2. La prueba de los actos de perturbación que el demandado ha causado en el goce o ejercicio del dominio. Esta perturbación tiene que haber sido realizada con la pretensión de ostentar un derecho real sobre la cosa, puesto que para reprimir perturbaciones de mero hecho puede utilizarse las acciones posesorias... La acción negatoria produce, fundamentalmente, los siguientes efectos de una parte, la declaración de que no existe el pretendido derecho del demandado; por otra parte, la indemnización de daños y perjuicios que hay que unir a la cesación de la perturbación." (Ver MONTES, *op. cit.*, páginas 106-108).
- (15) (Ver como antecedente de las acciones protectoras a la propiedad: **Tribunal Agrario**, No. 586 de las 14:45 horas del 17 de agosto de 1995, y Voto 653-F-03 de las 10 horas del 30 de setiembre del 2003).
- (16) El actor, si bien debe demostrar la titularidad, no debe confundirse con el documento, lo importante es demostrar la propiedad del bien en

En punto a la legitimación pasiva, tampoco es exacta la tesis de que la perturbación ha de ser realizada con pretensión de ostentar un derecho real. Hoy la acción negatoria, como se ha dicho, cumple una función más amplia. Se habla de “acciones negatorias” para referirse a todas aquellas acciones de declaración negativa, por virtud de las cuales quien es titular de un derecho real pretende que se declare que otro carece de un derecho de la misma naturaleza sobre la misma cosa. Ello permite ampliar la acción negatoria a otros tipos de perturbaciones, distintas de las tradicionales y hoy, son comunes las perturbaciones materiales y ecológicas.⁽¹⁷⁾

6. **SOBRE LA POSESIÓN, EL USUFRUCTO Y LA PRENDA DE DERECHOS**

En algunos países, sobre todo en Europa, particularmente España, se ha difundido y admitido la posesión, el usufructo y la prenda de derechos.⁽¹⁸⁾

La posesión de un derecho supone la defensa interdictal del derecho mismo, y no de la cosa, por quien de hecho lo ejercita sin ser su titular. Ello da lugar, eventualmente, a dos procesos interdictales distintos, uno que ejerce el poseedor del derecho y otro el poseedor de la cosa.

virtud de una causa idónea para el nacimiento del derecho real. “En consecuencia, en la acción negatoria el actor podrá y aún deberá presentar su título de dominio, pero, si materialmente éste le falta, cabrán otros medios de prueba como los citados para que así, sin ninguna cortapisa, prospere su acción procesal” (MARTIN-BALLESTERO, *La acción negatoria*, op. cit., p. 82).

(17) Por ello, ante cualquier perturbación manifiesta será viable una acción declarativa que afirme el dominio del actor y niegue que el del otro carece de aquellos derechos o pretensiones motivo de su perturbación. “La acción negatoria será, por ejemplo, indiscutiblemente operativa en vía procesal en situaciones de defensa de perturbaciones manifiestas (o “soterradas”) que degraden o arruinen nuestro entorno ecológico, pues ello afectará nuestra calidad de vida.” (Véase MARTIN-BALLESTERO, *La acción negatoria*, op. cit., p. 92).

(18) CANO MARTINEZ DE VELASCO (José Ignacio). *La posesión, el usufructo y la prenda de derechos*. Barcelona, Bosch, 1992.

Esta parte de la doctrina también está de acuerdo en admitir en casos de créditos duraderos, por ser su pago de tracto sucesivo o diferido, la posesión de los mismos. Es decir, es posible la tenencia del crédito de hecho por que no es su acreedor. Por ejemplo el usufructuario de un crédito lo posee durante el usufructo mientras el crédito no vence y en calidad de poseedor y administrador del derecho recibe sus frutos. Igual ocurre con quien posee en prenda un crédito ajeno.

En estos casos, se ha permitido que el usufructuario y el acreedor pignoraticio puedan ejercitar las acciones reales de usufructo y de prenda para la conservación de tales derechos, pero no les es posible ejercitar el interdicto de retener el crédito, que es una acción posesoria ejercida para acciones reales.

Todo esto, trae la pregunta, se puede usucapir un crédito? A juicio de la doctrina sí, incluso se podría usucapir los créditos a tracto único. Por ejemplo, si el crédito parece porque el acreedor no ayudó a su satisfacción, dejando correr el plazo para la prescripción negativa de la acción crediticia, ni interpuso o reclamó la deuda extrajudicialmente, el crédito parece para él. Pero no puede parecer para quien lo ha poseído (en calidad de usufructuario o el acreedor pignoraticio), diligentemente y ha exigido el cobro de la deuda con reclamaciones judiciales o extrajudiciales. Desde ese ángulo, se produce en el poseedor del crédito una adquisición de la posesión durante un plazo determinado, con lo cual usucapen el crédito.

7. LA ACCESIÓN INVERTIDA Y SU AUSENCIA EN EL CÓDIGO

La Sentencia No. 183, de 14:15 horas del 18 de octubre de 1991, de la Sala Primera de Casación, es de gran relevancia por cuanto en ella se analiza, por primera vez, el concepto de accesión en contraposición a la accesión invertida o extralimitada, sobre la cual no existe una normativa expresa.

La accesión, como modo originario de adquirir los derechos reales, está consagrada en el artículo 505 del Código Civil. Pero en nuestro ordenamiento jurídico no existe una normativa positiva en relación con la accesión invertida, a diferencia de otros códigos como el suizo, el portugués, el venezolano y el español. Por ello es importante el aporte jurisprudencial en cuanto a la posibilidad de aplicar esta figura en nuestro país en virtud de criterios de política económica,

social y de buena vecindad. De ahí que se establecen los requisitos para que dichos institutos pueda aplicarse de conformidad con una interpretación evolutiva del Código Civil costarricense así como las particularidades de la accesión invertida, desarrolladas por la doctrina.

8. NUEVOS TIPOS DE PROPIEDAD: MULTIPROPIEDAD

Entre los nuevos tipos de propiedad, hoy se habla de la multipropiedad, la cual puede ser vista como una especie nueva de propiedad temporal.

Este fenómeno se ha aplicado sobre todo a las residencias, en inmuebles sometidos a disposiciones hoteleras. Se constituyen sociedades inmobiliarias que construyen y después venden complejos edificados, divididos en unidades independientes, a las cuales se asocian servicios comunes.

El propietario de la unidad inmobiliaria no es el titular de un derecho de propiedad exclusivo. Más que la fracción individual del inmueble, él tiene la titularidad de una cuota de todo el edificio, y puede utilizar el inmueble solo por un período del año, indefinidamente por años sucesivos.

Se trata de una propiedad plena, pero circunscrita a ser usada en ciertos períodos del año.

La multipropiedad se ha difundido, porque constituye una forma de inversión inmobiliaria, empleándose capitales para realizar este tipo de inmuebles para su goce turístico-recreativo, permitiendo disfrutar el alojamiento en localidades turísticas en períodos de vacaciones.

En Europa, como consecuencia de su difusión, el Parlamento Europeo, y el Consejo, ha emanado actos normativos, particularmente la Directiva 94/47 del 26-10-94, ha fin de uniformar la legislación y regulación de este nuevo “derecho de goce” de inmuebles turísticos, que implican muchas veces negocios transfronterizos, y por consiguiente, significan una inversión que involucra la libre circulación de bienes, de personas, de servicios, de capitales. Las formas jurídicas utilizadas han sido diversas en cada uno de los países, lo cual no da certeza jurídica a los adquirentes, ni formas de protección de su derecho. Por ejemplo, esas operaciones económicas pueden significar

el riesgo de que no se restituyan los adelantos pagados por el futuro adquirente, o los gastos de gestión que no habían sido contemplados previamente. Es decir los adquirentes pueden encontrarse en una posición débil, frente a la sociedad inversionista.

En Italia, se ha implementado la Ley 427 del 9-11-98, sobre la multipropiedad, que la define en su primer artículo como el contrato “concluido por un período de al menos tres años, con el cual, directa o indirectamente, en contraprestación de un precio global, se constituye o transfiere, o se promete constituir o transferir un derecho real o bien otro derecho que tenga por objeto el goce de uno o más bienes inmuebles, por un período determinado o determinable del año no inferior a una semana”.

En esa ley, aparte de establecer las normas sobre la información detallada que debe ser suministrada al adquirente, se regulan los elementos mínimos de la contratación, lo relativo a mensajes publicitarios, y las acciones a las que puede tener derecho el adquirente en caso de incumplimiento o perjuicio.

En nuestro país, también existe un Proyecto de Ley que pretende regular este tema.

9. EL RÉGIMEN SUCESORIO EN AGRICULTURA, Y SU REFORMA ACTUAL EN LOS PAÍSES EUROPEOS

En nuestra legislación especial, la Ley de Tierras y Colonización ha establecido un régimen sucesorio distinto de los bienes de naturaleza agraria, en proyectos de parcelación del Instituto de Desarrollo Agrario. Específicamente en el artículo 69 de la Ley, se establece un orden de prelación legal, con la finalidad de garantizar la permanencia y competitividad de las empresas agrarias.

Sobre dicho régimen, ha dicho la Jurisprudencia:⁽¹⁹⁾ “Esta disposición consagra un régimen sucesorial específico para el Derecho agrario, diferente totalmente del Derecho Civil, el cual tiende a garantizar la indivisibilidad de la empresa. Se ha concebido como una sucesión en el contrato para suceder en la empresa, cuyo efecto último va a ser la

(19) Sala Primera de Casación, No. 229 de 15 horas del 20 de julio de 1990.

sustitución en la titularidad de la propiedad, ahí se ubica la diferencia radical con el Derecho Civil en el cual se concibe básicamente la sucesión en la propiedad y no en la empresa o el contrato. Esto se explica porque el Derecho agrario es un derecho de actividad, donde lo importante es el ejercicio, el actuar, el hacer, y cuya representación se manifiesta a través de la empresa; contrariamente en el Derecho Civil lo importante es la propiedad, así como el goce y disfrute de ésta. El agrario es dinámico, el civil es estático. Es por ello que debió concebirse un régimen hereditario específico para el Derecho agrario.

La aplicación del régimen hereditario se vincula directamente con la característica de la asignación de ser un contrato de duración, en consecuencia desde el momento mismo en que el beneficiario se encuentra en el fundo y hasta que hayan transcurrido 15 años desde la inscripción del derecho en el Registro Público o se haya procedido a la cancelación de las obligaciones con el Instituto, el mismo operará plenamente, sin perjuicio de que (artículo 67) el Instituto pueda intervenir cuando actos post mortem pongan en peligro la unidad de la empresa o el sistema fundiario basado en una racional distribución de la tierra.

La determinación del sucesor en el contrato de asignación de tierras no es competencia de los tribunales civiles, ni tampoco de los tribunales agrarios, pues la Ley la otorgó exclusivamente al ente agrario encargado de la asignación, es decir, al Instituto de Desarrollo Agrario, por una parte para vigilar y proteger la integridad física del bien, y por otra porque en caso de no existir sucesor idóneo, en los términos establecidos por la ley (cuya calificación sólo puede realizar el Instituto, y no los herederos) el bien debe volver a la titularidad y patrimonio del ente agrario para que éste proceda a adjudicarlos a otro beneficiario que reúna los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico.”

En Europa, recientemente, como consecuencia de los nuevos reglamentos y directivas en materia de desarrollo rural y recomposición fundiaria, a los fines de acrecentar la competitividad de sus empresas, se ha establecido también un nuevo régimen sucesorio, para todos los bienes que son destinados a la agricultura, a fin de evitar su división excesiva. Fomentándose mas bien la fusión de pequeñas empresas, en empresas más grandes, para hacerlas más competitivas.

10. PROPIEDAD INTELECTUAL E INDICACIONES GEOGRÁFICAS PROTEGIDAS: PROPIEDAD PRIVADA O DERECHO DE USO?

Por último conviene citar que el Acuerdo de la OMC, en materia de propiedad intelectual (TRIP'S) lo que protege, en principio, es la propiedad intelectual, y particularmente los derechos subjetivos que se derivan de ella,. Pero conviene preguntarnos sobre la naturaleza jurídica de las indicaciones geográficas protegidas, y el fin que realmente tienen para su uso en el comercio local, nacional o internacional de los productos agrarios que se benefician de ellas.

Podría pensarse que el referido Acuerdo en realidad va mas allá, incluyendo preocupaciones no comerciales, derivadas justamente de la protección de los derechos humanos ya no de primera generación (propiedad individual), sino de la tercera generación, como son los derechos derivados de la seguridad alimentaria, y los derechos del consumidor.

El conflicto surge, en consecuencia, cuando el Acuerdo indica que los derechos de propiedad intelectual son derechos privados, e incluye a las indicaciones geográficas, las cuales tienen como fin esencial comunicar al consumidor la procedencia y características del producto, a fin de evitar su uso ilegítimo y la usurpación de nombres, en la perspectiva de transparencia del mercado y defensa del consumidor.⁽²⁰⁾

En la doctrina agrarista se evidencian, al menos, tres posiciones, respecto a la calificación jurídica de las indicaciones geográficas o denominaciones de origen:

- a) La visión americana, califica tales institutos como derechos de propiedad intelectual (JIM CHEN,⁽²¹⁾ CABRERA);
- b) La tendencia de la doctrina italiana es calificarlos como un derecho "con uso vinculado" (GERMANÓ, CARMIGNANI). Se descarta, efectivamente, que sea un derecho subjetivo patrimonial de carácter exclusivo, por cuanto el uso de la indicación

(20) GERMANÓ, A. *Le indicazioni geografiche nell'Accordo TRIPS*, en Riv. Dir. Agr., 2000, p. 413, CARMIGNANI, D.A.A., No. 2, febrero, 2002, p. 86.

(21) CHEM, Jim. *Le statut légal des appellations d'origine contrôlées aux États-Unis d'Amérique*. R.d.r., 1997, n.249, p. 44-49.

geográfica está ligada al respeto de la disciplina, en relación con las técnicas de producción y el lugar o territorio opera el empresario. Se trataría mas bien de un derecho de exclusiva que cubre no solo la técnica, sino también el producto y el ambiente de producción, pero quien lo utiliza no lo puede transferir. Por ello sólo indirectamente donde se reconoce al productor la titularidad, que en realidad pertenece al territorio (vínculo territorial), generándose un derecho de uso vinculado a favor del productor agrario.⁽²²⁾

- c) Mientras que en la noción francesa, que compartimos, se trata de signos destinados a garantizar, en primer lugar, el origen geográfico de un producto, su tipicidad y su conformidad a una tradición, en segundo lugar, a informar al consumidor y a garantizar la seguridad alimentaria, por ello no podrían calificar como derecho subjetivo, como derecho de propiedad perpetuo (LORVELLEC).⁽²³⁾

(22) “Diversamente da quanto accade per i diritti di proprietà intellettuale e industriale, nelle indicazioni geografiche la situazione giuridica soggettiva dell’imprenditore non é posizione assoluta, quel “diritto privato” segnalato dalle disposizioni generali del TRIPS, ma é posizione giuridica attiva condizionata, perché derivata da un provvedimento amministrativo, che delimita il contenuto del diritto di uso, prevedendo obblighi e modalità di fruizione, legando il potree dispositivo del produttore alla permanenza del collegamento tra prodotto e zona segnalata dall’indicazione geografica”. CARMIGNANI, Sonia. *La tutela delle indicazioni geografiche nell’accordo TRIPS: localizzazione geografica del prodotto e mercato globale*, p. 87.

(23) El jurista francés describe con un ejemplo práctico su posición, la cual traduzco para su mejor comprensión: “Aún cuando nuestros sistemas jurídicos son muy diferentes, no es posible ni en Francia ni en USA llamar propiedad un derecho sin titular y sin objeto definido. El es sin titular porque, como diría un no jurista, la DOC no pertenece a personas. Si yo produzco vino dentro de una zona beneficiada de una DOC, yo no estoy obligado a respetar las condiciones de cargas y yo vendería mi vino mediante mi marca “vins CHEN LORVELLEC”, con solamente mi dirección. Si yo vendo mi viñedo a un vecino, quien decide respetar las ce cargas, el podrá utilizar la DOC. Es decir, yo no puedo haberle transmitido un derecho que yo nunca poseí. Si ese vecino compra tierras fuera de la zona DOC, el no puede transferir cualquier derecho de mencionar la DOC, sobre los vinos que el producirá en ella. Será entonces una propiedad intrasmisible, intrasportable, donde los titulares no son designados. La DOC no es una marca colectiva donde un grupo

La advertencia de la doctrina europea, en el sentido de que el acuerdo TRIPS, reduce a una sola categoría (IG), bajo una óptica exclusiva de mercado, nos debe llamar la atención, pues de algún modo se estaría cambiando el fin de los signos distintivos en agricultura (derogándose la excepción agraria), pues únicamente se toma en cuenta el “origen” del producto, y no tanto las características objetivas, con lo cual se pierden los indicadores de calidad, sobre los cuales el consumidor requiere ser informado. Es decir, se garantizaría la proveniencia, pero no la calidad.⁽²⁴⁾

Se trata de un claro ejemplo, de la diversidad de ópticas de las políticas agrarias norteamericanas y del mundo globalizado, y de las políticas agrarias de la Unión Europea, orientada más a favor de la calidad y de la seguridad alimentaria, y de respeto a los derechos de información del consumidor. Es decir, “il gusto e la qualità”, que desea y defiende el consumidor europeo.

de viñeros serán propietarios. La DOC no es jamás objeto de una apropiación privada y, sobre esa base, yo rechazo toda pertenencia de derecho de las DOC al derecho de la propiedad intelectual”. LORVELLEC, Louis. *Écrits de droit rural et agroalimentaire*, Paris, Dalloz, 2002, p. 388-399.

(24) GERMANÓ, A. *Le indicazioni geografiche*, p. 420; CARMIGNANI, S. *La tutela delle indicazioni geografiche...*, p. 88.

**DERECHOS HUMANOS Y EL PROCESO PENAL
LA EXPERIENCIA DE COSTA RICA^(*)**

*Prof. Alonso Salazar^(**)*

Prof. de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Costa Rica

(Recibido 06/03/07; aceptado 25/06/07)

(*) Conferencia impartida en el Marco del “Seminario Internacional Derechos Humanos y Proceso Penal – La influencia de la Normativa Supranacional de Derechos Humanos en el Proceso Penal” auspiciado por la Procuraduría de la Nación y el Programa de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, Colombia, 19 de marzo de 2003.

(**) Licenciado en Derecho, U.C.R. Especialista en Ciencias Penales, U.C.R. Legum Magister en derecho penal por la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg República Federal de Alemania.
e-mail@salazar.ucr.oc Tel. 588-1200.

RESUMEN

Dentro del presente artículo, se analizan los principios fundamentales del derecho internacional con respecto al ordenamiento jurídico-penal costarricense y los principales instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica. Se complementa el estudio con referencias jurisprudenciales de interés.

Palabras clave: Derecho internacional, derecho constitucional, instrumentos internacionales de derechos humanos, normativa supranacional, de derechos humanos, proceso penal.

ABSTRACT

In this article are analyzed the fundamental principles of international law concerning to the Costa Rican criminal law, and the main conventions of human rights valid in Costa Rica. The essay is complemented with interesting precedent references.

Key words: International law, constitutional law, international human rights, supranational regulations, human rights, criminal procedures.

SUMARIO

Introducción

1. Jerarquía del derecho internacional dentro del ordenamiento jurídico costarricense
2. Carácter supra constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos
3. Análisis de casos (la influencia de la normativa supranacional de derechos humanos en el proceso penal)
 - a) Desformalización del recurso de casación penal
 - b) En relación con la prueba espuria incorporada al proceso
 - c) El derecho al trabajo y la pena de inhabilitación
 - d) El derecho de abstención de declarar en contra de sí mismo
 - e) Complemento de normas penales en blanco en relación con el principio de irretroactividad de la ley penal en beneficio del imputado
 - f) Es estado de inocencia y el principio *in dubio pro reo*
4. Conclusión

INTRODUCCIÓN

El derecho costarricense, en general y sin discusión, experimentó en el año 1989 una reforma, que ha sido catalogada por muchos como la mayor conquista –desde el punto de vista jurídico– de los últimos 50 años,⁽¹⁾ a saber, la creación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia⁽²⁾ y la promulgación de la Ley de Jurisdicción Constitucional.⁽³⁾

Dicha reforma, hizo nacer –en sentido estricto– el derecho constitucional costarricense y por añadidura, otorgó una verdadera protección a los ciudadanos de sus derechos fundamentales, sus derechos civiles y políticos y dotó de verdadera eficacia jurídica a los instrumentos internacionales de derechos humanos debidamente aprobados por Costa Rica.

No significa lo anterior, que antes de las reformas ut supra citadas, no existiera en Costa Rica un ordenamiento jurídico capaz de otorgar al ciudadano una protección de sus derechos frente al Estado, sin embargo, no es sino hasta después de la creación del Tribunal Constitucional, que el ciudadano toma conciencia de la validez del derecho constitucional y de la existencia de una vía de protección efectiva de ese derecho.

No es sino hasta casi una década después de la creación de la Sala Constitucional, que el volumen de trabajo del Tribunal Constitucional se ha ido normalizando y que por vía jurisprudencial se han sentado las bases del derecho constitucional costarricense. Hoy en día existe una jurisprudencia vasta y rica en precedentes,⁽⁴⁾ que permite con

(1) Ver por todos S.C.V. (Sentencia de la Sala Constitucional y Voto) 2313-95.

(2) Por ley N° 7128 de 18 de Agosto de 1989, (Gaceta N° 166 del 1° de setiembre de 1989).

(3) Por ley N° 7135 de 11 de Octubre de 1989, (Gaceta N° 198 de 19 de octubre de 1989).

(4) Los cuales de conformidad con lo estipulado por el art. 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional resultan vinculantes: “La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma”.

cierto grado de certeza, conocer el verdadero alcance y dimensión de ámbito de protección de los derechos fundamentales del ciudadano y su papel frente al Estado y viceversa.

1. JERARQUÍA EL DERECHO INTERNACIONAL DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

Por disposición constitucional, los tratados internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tienen una validez superior al derecho costarricense con rango de ley. Al respecto estipula el artículo 7 de la Constitución Política.⁽⁵⁾

Artículo 7.-

Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto.

(Reformado por Ley No. 4123 de 30 de mayo de 1968).

El reconocimiento de la entidad y jerarquía de los convenios internacionales ha sido reconocido de manera expresa por el mismo Tribunal Constitucional, “de conformidad con el artículo 7 de nuestra Constitución, los tratados o Convenios Internacionales, como fuente normativa de nuestro ordenamiento jurídico, ocupan una posición preponderante a la de la ley común. Ello implica que, ante la norma de un tratado o convenio, –denominación que para efectos del derecho internacional es equivalente– cede la norma interna de rango legal”.⁽⁶⁾

(5) Dada el 7 de noviembre de 1949.

(6) S.C.V. 0588-94.

2) CARÁCTER SUPRA CONSTITUCIONAL DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

En relación con los instrumentos de derecho internacional de derechos humanos, el mismo Tribunal Constitucional, ha declarado la inaplicabilidad del artículo 7 de la Constitución Política y ha determinado que en la materia rige la disposición del artículo 48 de la Carta Magna, el cual dispone:

Artículo 48.-

Toda persona tiene derecho al recurso de habeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, ***así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República.*** Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.

(Reformado por Ley No. 7128 de 18 de agosto de 1989).

En este sentido ha dispuesto la Sala Constitucional que “en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial (sic) para lo que se refiere a derechos humanos, ***otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional.*** Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, ***los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, privan por sobre la Constitución***”.⁽⁷⁾

(7) Ver sentencias N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93.

3) ANÁLISIS DE CASOS (LA INFLUENCIA DE LA NORMATIVA SUPRANACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN EL PROCESO PENAL)

La naturaleza misma de una presentación como las que nos ocupa, así como las limitantes propias de tiempo y espacio, exigen del expositor un esfuerzo por presentar de manera clara y concisa un elenco de ejemplos, sobre la experiencia costarricense en cuanto a la influencia de la normativa supranacional de derechos humanos en el proceso penal. Al respecto, he pretendido seleccionar una muestra –que espero sea lo más representativa posible–, acerca de esta experiencia y que de seguido presento:

a) Desformalización del recurso de casación penal

El proceso penal representa para la mayor parte de los ciudadanos la más intensiva confrontación con el poder soberano del Estado. Sólo en el proceso penal se aplica verdaderamente el derecho penal material, es decir, se impone la consecuencia jurídica “pena” amenazada en los tipos penales (o también una medida de corrección o seguridad). Por ello, el proceso penal puede ser designado como “dinámico” en relación con el más estático derecho penal material.⁽⁸⁾ Por ese carácter ejecutivo y dinámico del derecho procesal penal, la necesidad de que los fallos judiciales puedan ser revisados a efectos de minimizar la posibilidad del error judicial,⁽⁹⁾ se torna en una de las garantías procesales básicas y constituye un derecho fundamental del ciudadano de conformidad con el art. 14 párrafo 5 PIDCP y art. 8.2 inciso h) CADH.

La correcta aplicación de las leyes constituye uno de los derechos fundamentales del ciudadano; esa revisión tiene por objeto en definitiva, otorgar la posibilidad a la persona afectada por un fallo desfavorable de criticar la sentencia y lograr un nuevo examen de la

(8) Así, TIEDEMANN, Klaus, *El Derecho Procesal Penal en AA.VV.*, Roxin, Claus, Arzt, Gunther, Tiedemann, Klaus, *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, España, 1989, p. 133.

(9) Cf. SILVESTRONI, Mariano H., *La tipicidad subjetiva y el in dubio pro reo en el recurso de casación*, Nueva Doctrina Penal (NDP), 1998/B, Argentina, p. 601 (618).

cuestión.⁽¹⁰⁾ La pregunta de si esa revisión puede abarcar la totalidad del fallo, una parte de éste o bien únicamente es válida con respecto a las cuestiones de hecho y no de derecho, ha ocupado a la dogmática del recurso de casación desde sus orígenes mismos.

El acto constituye un nuevo examen limitado porque el Tribunal de Casación no puede –normalmente– extender su examen más allá de los motivos alegados. Se dice que la labor del Tribunal de Casación consiste en investigar la aplicabilidad de las normas materiales o procesales a hechos o situaciones fácticas, pero no de investigar éstos y el material probatorio que han de permanecer inalterables, que ha de aceptar en los términos en que hayan sido establecidos en la resolución objeto del recurso, y cuando (excepcionalmente) puede llegar en su examen a investigar la declaración de hechos que se declaran probados, ha de hacerlo sólo en los casos y dentro de los límites restringidos establecidos por ley.⁽¹¹⁾

El problema que se plantea en relación con el recurso de casación es precisamente la determinación de los hechos que realiza el *a quo* y hasta qué punto el mérito del fallo resulta intangible para el *ad quem*. Se sostiene desde siempre que la casación sólo puede ocuparse de lo referente al material normativo, esto es a la aplicación del derecho, mientras que la *questio facti* queda fuera de dicho contralor.⁽¹²⁾

(10) Así lo ha estipulado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 17/94, caso 11.086. Cf. SIENRA MARTÍNEZ, Agustina, *El recurso como garantía. Su repercusión en el control de la motivación de la sentencia (El ingreso de las cuestiones de hecho y prueba en el ámbito del recurso de casación)*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, n.º 9, Argentina, p. 237 (238), con referencias bibliográficas adicionales.

(11) La doctrina tradicional establece que “el recurso de casación contra la sentencia definitiva no es una instancia ordinaria, porque él no prosigue en su plenitud el ejercicio de la acción penal o civil. En este sentido, es exacto que la casación no es una segunda instancia, porque los hechos son ajenos a su competencia... Pero la casación es una instancia limitada a los motivos admisibles (en nuestro medio art. 443 C.P.P.). Más aún, en el caso del recurso por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, no es sólo una instancia con poderes anulatorios (art. 450 C.P.P.), sino una instancia definitoria (art. 450 C.P.P.)”. Las citas legales han sido adecuadas a nuestra legislación. Así, NÚÑEZ, Ricardo, *Código Procesal Penal* de la Provincia de Córdoba, Argentina, 1978, pp. 190-191.

(12) HITTERS, Juan Carlos, *El recurso de casación y las cuestiones de hecho y de derecho*, La Ley (LL.), 1989, 1255 (1255).

La doctrina discute que otorgar la posibilidad al *ad quem* para hacer una revaloración de los medios de prueba, equivaldría a dejar sin efecto el principio de inmediación –límite por antonomasia del control casatorio–⁽¹³⁾ de la prueba como primera alternativa o bien, como segunda alternativa, a convertir el juicio de casación en una segunda “primera instancia”, lo que equivaldría a dejar sin efecto el juicio inicial,⁽¹⁴⁾ tesis que desde mi perspectiva resultan equivocadas.⁽¹⁵⁾

Al respecto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sin llegar a una completa apertura del recurso de casación penal, al menos en su fase de admisibilidad, ha procurado dar contenido a la garantía contenida en el Pacto de San José, artículo 8 inciso h:

La mayoría de la Sala estima que el examen de admisibilidad del recurso de casación no puede ser hecho con un criterio excesivamente formalista, porque ello podría constituirse en una fórmula para denegar justicia. ***Además, es indispensable en nuestro país armonizar el sistema de casación adoptado en el Código Procesal Penal con los principios constitucionales costarricenses y la***

(13) LANGER, Máximo, *El principio in dubio pro reo y su control en casación*, NDP 1998/A, p. 215 (223).

(14) Al respecto y con amplias referencias bibliográficas puede consultarse LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Proceso Penal Comentado*, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, p. 835 y ss.; CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos*, Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica - Colegio de Abogados de Costa Rica, n.º 41, Mayo - Agosto 1980, p. 29 (37 y s.); MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, Tomo I, Fundamentos, Argentina, 2 ed. 1996, p. 707.

(15) Al respecto puede consultarse SALAZAR RODRÍGUEZ, Alonso, *El mérito –especie fáctica de la sentencia penal en el Recurso de Casación–. Análisis del Recurso de Casación con base en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Ensayos de Derecho Penal Accesorio*, AA.VV., Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2002, p. 229 sgtes., y *Una nueva visión del Recurso de Casación penal por el fondo en Ciencias Penales*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 12, N° 17, Marzo 2000, pp. 55-82.

Convención Americana de Derechos Humanos, así como también dar cumplimiento a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, en cuanto estimó que “...el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez, al Tribunal de Casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado en especial los de defensa y al debido proceso” (Sala Constitucional, Sentencia N° 719 de 16:30 Hrs. del 26 de junio de 1990). *Por lo anterior, aún cuando la doctrina extranjera acentúe el aspecto formalista del recurso de casación, en nuestro sistema esa excesiva formalidad debe ceder ante otros fundamentales intereses jurídicos, como lo son el acceso a la justicia, es decir el que casación conozca de cualquier reclamo que formule quien se sienta agraviado en sus derechos fundamentales, y por ser el sistema de justicia penal de orden e interés público.* Desde luego, lo anterior no significa desconocer todos los requisitos formales exigidos por la ley, sino interpretar esas normas restrictivamente. En el presente caso el recurrente expresa sus agravios, los fundamenta y formula su pretensión, lo cual cumple con los requisitos de admisibilidad.⁽¹⁶⁾

Debe de tenerse presente, que nuestra jurisprudencia ha reconocido el derecho de impugnar de toda sentencia condenatoria por delito, no así por faltas menores y/o contravenciones.⁽¹⁷⁾ Sin embargo y en aras de armonizar el sistema procesal penal costarricense, el Código Procesal Penal vigente, en el artículo 407, de forma expresa reconoce el derecho de impugnación de la sentencia dictada en el procedimiento contravencional.

(16) Ver sentencia 155-a-91, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

(17) Ver entre otras, resolución 460-a-91, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, esta Sala participando de que el examen del recurso no puede ser hecho con un criterio excesivamente formalista y a fin de armonizar el sistema de Casación adoptado por el Código ritual penal con los principios constitucionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dar cumplimiento a la jurisprudencia de la Sala Constitucional (respecto a la citada resolución N° 719-90), dejó también a salvo los requisitos formales del recurso de casación, cuando dijo: “Desde luego, lo anterior no significa desconocer todos los requisitos formales exigidos por la ley, sino interpretar esas normas restrictivamente.” (V-155 A, 10:25 hrs., 12/4/91). En mérito de lo expuesto, se impone declarar sin lugar este motivo.⁽¹⁸⁾

La declaratoria de inconstitucionalidad de las normas citadas, que limitaban el acceso al recurso de casación, fue hecha por el Tribunal Constitucional, dimensionando los efectos del fallo, de manera que con esta interpretación, se abrió temporalmente la posibilidad para que toda aquella persona a la que se le hubiese negado el acceso al recurso de casación por las limitaciones legales vigentes en su momento, tuviera acceso al dicho recurso en aras de salvaguardar sus derechos fundamentales, en particular el derecho de recurrir de la sentencia condenatoria dictada en su contra.

III°.- Pero la Sala Constitucional no se limitó a declarar la inaplicabilidad de esas normas, sino que además señaló, con evidente efecto vinculante, que esa declaratoria era retroactiva a la fecha de promulgación del Código, y para ello estableció un plazo de quince días, a partir de la publicación de la reseña de ese fallo en el diario oficial La Gaceta, para que se ejercitara el derecho de recurrir en casación, en los casos juzgados con anterioridad a esa fecha. Es evidente que esta disposición está haciendo referencia a los casos anteriores, porque en los futuros bastaba con tener por no puestas las limitaciones para recurrir, de modo que el derecho

(18) Ver resolución 580-f-93, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

le correspondía a todo condenado por delito, dentro del plazo que establece la ley. Para los casos anteriores la Sala Constitucional dió una solución estableciendo un plazo a futuro para presentar el recurso, que contaba a partir de la publicación de la reseña en el diario oficial. Sin embargo, si a ese momento se otorgaba un nuevo plazo para que las personas condenadas por delito –que no habían formulado recurso alguno– presentaran un recurso de casación para conocer de la sentencia condenatoria dictada tiempo atrás, incluso años (prácticamente desde que el Código Procesal fue promulgado), es obvio concluir entonces, que también debían ser admitidos los recursos presentados con anterioridad a que caducara dicho plazo, incluso desde antes que comenzara a correr y que fueron rechazados exclusivamente porque los incisos 1º y 2º del artículo 474 –declarados inconstitucionales– lo impedían. De lo contrario tendríamos que concluir que el derecho de impugnar no lo tenía aquel imputado diligente que formuló recurso de casación dentro de los quince días siguientes al fallo, es decir en tiempo, y a quien se le rechazó el recurso porque el monto de la pena impuesta no lo autorizaba según las limitaciones vigentes en aquella fecha previstas en los incisos 1º y 2º del artículo 474 citado; pero tal derecho absurdamente sí lo tenía quien no recurrió en tiempo, pero lo venía a hacer mucho después, dentro del nuevo plazo que concedió la Sala Constitucional al pronunciarse sobre este tema. La verdad es que de acuerdo con los principios expuestos en el fallo de la Sala Constitucional, antes referido, ambos deben tener derecho al recurso, tanto aquel que había presentado su impugnación en tiempo y que le fue rechazada sólo porque el monto de la pena no lo autorizaba según aquellos incisos del 474, cuanto el que sin haber formulado recurso con anterioridad lo venía a hacer dentro del nuevo plazo de quince días que otorgó la Sala Constitucional, a partir de la publicación de la reseña de su sentencia en La Gaceta. Para tales efectos, basta que quien formuló la impugnación en

tiempo, pero que le fue rechazada con base en las normas inconstitucionales, manifieste ahora su interés en que el recurso sea conocido por esta Sala y que objetivamente exista ese interés jurídico. Desde luego ello no significa que el recurso deba ser admitido y sustanciado, pues para ello debe cumplir también con todos los demás requisitos exigidos por la ley.⁽¹⁹⁾

El origen de la Jurisprudencia bajo estudio, radica en la consulta que la Sala Tercera de la Corte, –sala de lo penal–, hace a la Sala Constitucional. La consulta se formula en los siguientes términos:

III.- La justicia del caso concreto, el derecho a la jurisdicción, el acceso a la justicia penal y la apertura de la casación. El recurso de casación en Costa Rica ha sufrido grandes transformaciones en los últimos años, luego de todo un proceso que nos obligó a ajustarlo tanto a la Constitución Política, como a las convenciones internacionales de Derechos Humanos. Tradicionalmente se afirma que la casación es un contralor de la mera legalidad, que busca uniformar la aplicación del derecho y la jurisprudencia en un determinado sistema jurídico, de ahí su carácter esencialmente formal. Sin embargo, como ya ha expuesto esta misma Sala (en Sentencia N° 158-F de 8:55 hrs. 20 mayo 1994) para la casación hoy se reconoce también como indispensable la búsqueda de la justicia en el caso concreto, según el cual los criterios meramente formales deben ceder a la necesidad de controlar por razones de justicia la función jurisdiccional de los tribunales de instancia, sobre todo en un sistema como el costarricense de única instancia, donde no se admite el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria, y por consiguiente, donde el sistema debe permitir ejercer algún tipo de control sobre la forma en que los juzgadores emitieron su criterio con base en los elementos de prueba reproducidos

(19) Ver resolución 177-a-93, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

oralmente en el debate. La justicia del caso concreto constituye una necesidad básica que se sustenta en los artículos 27 y 41 de la Constitución Política; en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre; en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); en el aparte 6 de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura (Adoptados por el Séptimo Congreso de la Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985 y conformados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985); y, finalmente, en el artículo 5 de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, que exigen justicia, pero bien cumplida, pronta y obligatoria. Desde luego el quebranto de estas disposiciones por una ley resultaría inconstitucional, como bien lo expone la jurisprudencia al señalar que “...los artículos 1° y 73 inc. d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 48 de la propia Constitución reconocen, como parámetros de constitucionalidad, tanto las normas como los principios, y tanto de la Constitución misma como del Derecho Internacional vigente en Costa Rica, de manera que si de alguna de dichas fuentes cupiera deducir la existencia del derecho fundamental que se invoca, la disposición cuestionada, o su interpretación, serían efectivamente, inconstitucionales en la medida en que lo nieguen o excluyan...” (Sala Constitucional, sentencia N° 300-90). Específicamente, en lo que al recurso de casación se refiere, este principio es descrito muy bien por la doctrina moderna, al afirmarse que “...la unidad de la aplicación del Derecho no puede ser el único fin de la casación, pues la igualdad y la seguridad jurídica no son los únicos valores que se deben tomar en consideración. La justicia y la

interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos tienen igual rango... La casación, como todo recurso, también, y con no menos intensidad, debe perseguir un fin de protección contra la arbitrariedad. Ello significa que, allí donde los medios de que dispone el Tribunal de Casación se lo permitan, éste tiene el deber de sancionar la arbitrariedad...” (BACIGALUPO, Enrique. *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, editorial Had-Hoc, Buenos Aires, 1994, pp.47 y 48). Podríamos señalar que ese principio constituye un verdadero complemento del derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia, también garantizados en nuestra Constitución Política (arts. 27 y 41) y en las normas de Derecho Internacional antes citadas. Sin embargo la exclusión del ciudadano en el ejercicio de la acción penal por un delito de acción público, no elimina su derecho a la jurisdicción (al respecto véase CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, en “Le azioni a tutela di interessi collettivi”, Cedam, Padova, 1976, pp. 199ss; y GIARDA, A. *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Giuffré, Milano, 1971, pp. 249 ss.) Si bien cada delito lesiona directamente a la colectividad, ésta como parte social lesionada tiene interés en que el delito no quede oculto o sin sancionar, y que el Estado no permanezca inerte para el mantenimiento del orden jurídico. Lo anterior significa que en el proceso penal también deben respetarse y garantizarse los derechos de la víctima, impidiendo obstáculos innecesarios o injustificados para que el órgano requirente pueda continuar el ejercicio normal de la acción penal, como sería en parte el derecho a formular los recursos legales contra las resoluciones arbitrarias. Paralelamente a los principios de la justicia del caso concreto, el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia penal, también se reconoce como presupuesto de esos principios la necesidad de establecer un claro criterio de total apertura de la casación, como medio para lograr los primeros. Con

base en estos postulados ha sido posible desformalizar la admisibilidad del recurso, por un lado, y ha obligado a la casación a pronunciarse sobre el fondo de los alegatos, por el otro, sin posibilidad de rechazarlos *ad-portas*, con el fin de que constituya un adecuado control de la arbitrariedad. Este criterio de apertura de la casación ha sido delineado por la Sala Constitucional, en diferentes fallos y en relación con los distintos sujetos del proceso (imputado, actor civil, querellante), a quienes poco a poco ha venido ampliándoles la posibilidad de recurrir en casación. Ya en las resoluciones N° 282 de 17 hrs. de 13 de marzo de 1990 y N° 719 de 16:30 hrs. de 26 de junio de 1990, dicha Sala señaló entre otras cosas, que “el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez, al Tribunal de Casación examinar la validez de la sentencia recurrida...”. De acuerdo con estos principios, vinculantes *erga omnes*, deben removerse todos los obstáculos formales innecesarios que impidan a la Sala de Casación conocer de un determinado asunto fallado. Paralelamente, también esa apertura debe mantenerse para respetar el principio constitucional del debido proceso, como bien lo expone la Sala Constitucional al afirmar que “...un importante derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine, por vía de recurso, la legalidad y razonabilidad de toda sentencia o resolución jurisdiccional que imponga a la persona un gravamen irreparable o de difícil reparación...” (Sala Constitucional, Sentencia N° 300-90) Todos esos principios podrían verse limitados al exigirse determinados montos y clases de penas para que el Ministerio Público pueda recurrir en casación, razón por la cual nos permitimos formular la consulta conforme se expone al final.

IV°.- Los principios de igualdad y proporcionalidad entre los distintos sujetos procesales. Entendemos que no es posible lograr una equiparación absoluta

entre las funciones que desempeñan en el proceso los distintos sujetos. Por ejemplo observamos que se justifican, desde el punto de vista sustantivo y constitucional, las distintas funciones atribuidas al Ministerio Público en las primeras fases del procedimiento, tales como las tareas de investigación para preparar su requerimiento, que lógicamente no podrían otorgársele a la defensa. Las funciones procesales de cada sujeto no pueden ser idénticas en virtud de que no siempre defienden los mismos intereses, y la dinámica del proceso gira precisamente alrededor de esa diversidad de obligaciones. Sin embargo, ello no significa que puedan realizarse válidamente distinciones innecesarias o sin sustento alguno, máxime cuando se trata de la posibilidad de reclamar y obtener reparo ante el superior frente a las arbitrariedades realizadas por el propio Tribunal o alguno de los demás sujetos del proceso, como sucede en el tema de los recursos. En efecto, claros principios constitucionales prohíben realizar distinciones arbitrarias e innecesarias en circunstancias en que no existen bases razonables para hacerlo. Lo anterior, como se dijo, no significa que los sujetos del proceso deban estar total y matemáticamente equiparados. Por el contrario, del mismo principio de igualdad y proporcionalidad constitucionales deriva la necesidad del tratamiento diferenciado en circunstancias justificadas y desiguales. El problema que aquí se plantea, y que podría constituir un quebranto de la Constitución, es hacer un distingo entre los poderes procesales atribuidos a la defensa, al imputado, al actor civil, al demandado civil, y al querellante por un lado, en relación con los del Ministerio Público, en lo que se refiere a la posibilidad de recurrir en casación. En efecto, las limitaciones legales que existían para que los distintos sujetos procesales pudieran recurrir en casación se han venido eliminando, al extremo de que hoy prácticamente sólo se mantienen para el Ministerio Público, creándose así una situación de desigualdad y desproporcionalidad totalmente injustificada y en consecuencia lesiva de los principios y normas

constitucionales e internacionales antes citadas. (En argumento véase GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Editorial Colex, Madrid, 1990, en especial pp. 223 ss y 311 ss). Estos principios también son reconocidos por nuestra Constitución Política (art. 33), así como por normas de Derecho Internacional aplicables en Costa Rica (artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), normas que podrían verse disminuidas o afectadas ante las limitaciones del Ministerio Público para recurrir en casación. Para apreciar esta desigualdad obsérvese que en relación con el imputado y la defensa la Sala Constitucional declaró inconstitucionales las disposiciones legales que limitaban el derecho a recurrir en casación, cuando se establecían determinados tipos y cantidades de pena para que pudiera interponerse el recurso (resoluciones N° 282 de 17 hrs. de 13 de marzo de 1990 y N° 719 de 16:30 hrs. de 26 de junio de 1990). Estas posibilidades se le amplían, por imperativo legal también al demandado civil (según lo ordenan los arts. 79 y 476 del Código de Procedimientos Penales) y al querellado (arts. 428 ss. ibídem).- Por otra parte, en relación con el actor civil la Sala Constitucional ha estimado inconstitucionales algunas limitaciones que impedían a este sujeto procesal recurrir en ciertos supuestos, ampliándole la posibilidad de combatir en casación las resoluciones y actuaciones judiciales adversas a sus intereses (sentencias N° 5752-93, de 14:42 hrs. del 9 noviembre 1993 y N° 5751-93, de 14:39 hrs. 9 de noviembre de 1993). Finalmente, en relación con el querellante, el Tribunal Superior de Casación Penal (órgano jurisdiccional que conoce en casación prácticamente de todos los delitos de acción privada en los que figura el querellante) estimó que algunas limitaciones legales de dicho sujeto procesal para recurrir en casación (limitaciones iguales a las que

ahora se consultan a la Sala Constitucional en relación con el Ministerio Público), son inconstitucionales y por ello las desaplicó (Véanse las resoluciones de ese Tribunal N° 083-A-94 de 11:45 hrs. del 28 de abril de 1994; y 136-A-94 de 11:48 hrs. de 8 de junio de 1994). Como puede apreciarse, a todos los sujetos del proceso, con justificada razón, se le han eliminado las limitaciones absurdas para recurrir en casación, excepto al Ministerio Público, lo que afecta los principios de igualdad y proporcionalidad, además de los otros principios constitucionales antes citados, que recogen tanto la Constitución como el Derecho Internacional aplicable en Costa Rica. En la resolución 83-A-94 el Tribunal Superior de Casación expresa, con acertado criterio, que "...el control de constitucionalidad de las leyes, de acuerdo a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, no sólo comprende la descalificación de normas o actos violatorios de la Carta Magna, sino la interpretación de normas constitucionales o infraconstitucionales (Artículo 1° y 2° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.) La actividad impugnativa en nuestro derecho tiene como objetivo básico la corrección de errores o defectos del proceso. Si los actos son irregulares o injustos, se habrá distorsionado la finalidad común, poniendo en evidencia un vicio que se traduce en injusticia o ilegalidad, y por ello mismo incorrección o defectuosidad del actuar procesal. Por esa razón los medios de impugnación se erigen como lógicos correctivos para subsanar los vicios e irregularidades. Una mayor justicia es connatural a nuestro sistema de procedimientos. Puede entonces afirmarse sin ambages que el doble grado de jurisdicción constituye un principio constitucional, haciéndole integrar directamente en el principio del debido procesal legal, además del acceso a la justicia y al principio de igualdad (Artículos 33, 39 y 41 de la Constitución Política; Artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 2.3 del Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). El establecimiento de limitaciones excesivas y desiguales no son propias de un estado de Derecho, dentro de la necesidad de que existan controles para los actos de los órganos detentadores del poder. Todos los que ingresen en juicio deben tener, en igualdad de condiciones, la posibilidad de promover las impugnaciones que estimen necesarias y pertinentes, de acuerdo a las regulaciones de carácter ritual que merezcan ser instauradas. En ese sentido apunta certeramente Vescovi que “si tal posibilidad estuviere reservada solamente a algunos, ese privilegio, en cuanto a otros estaría vedando ese derecho, no pudiendo recurrir o recurriendo solamente al propio órgano del cual emanó la sentencia, se estará, de alguna manera, no respetando el principio constitucional de isonomía”. (LOS RECURSOS JUDICIALES Y DEMAS MEDIOS IMPUGNATIVOS EN IBEROAMERICA. Vescovi, Enrique. Edición Depalma. Buenos Aires, 1988, p. 27). Y es que no hay duda que el sistema procesal está en clara simbiosis con la organización política del Estado. El enjuiciamiento penal debe ajustarse en definitiva al régimen político dominante “o, si se quiere, con la ideología que funda la organización política” (Cfr. DERECHO PROCESAL PENAL ARGENTINO. Julio B.J. Maier. Ed. Hammurabi S.R.L. Buenos Aires. 1989 T. I. Vol. a). p. 195), porque, como apunta este connotado jurista “el derecho procesal penal de hoy en día es, desde uno de los puntos de vista principales, Derecho Constitucional reformulado o Derecho Constitucional reglamentado”. (Idem. Vid. EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO PENAL. Armijo Sancho, Gilberth, Editec Editores S.A. San José, 1992 pp. 31). Nuestra Sala Constitucional en sentencias números 1739-92 de 11:45 horas del 1º de julio de 1992 y 3495-92 de 14:30 horas de 19 de noviembre de 1992, acuerda que aquellas normas, actos o decisiones que se consideren absurdas, dañinas o injustas, no pueden estar en consonancia con la

ley...". Todos esos argumentos constitucionales, jurisprudenciales y doctrinarios hechos por el Tribunal Superior de Casación respecto del querellante, son también aplicables en relación con el Ministerio Público, incluso con mayor trascendencia porque este sujeto representa no sólo a la víctima sino a la entera colectividad que de alguna manera es lesionada también con el hecho delictivo, y en cuyo caso esos intereses no deben ser discriminados sin justificación alguna al confrontarlos con los derechos y posibilidades de los demás sujetos del proceso en un tema tan sensible como el derecho a los recursos. Ya la Sala Constitucional estimó lesionados los principios aludidos en relación con el actor civil, al afirmar entre otras cosas que "...si la función primordial de la justicia constitucional es la de buscar la solución más justa interpretando y aplicando las normas dentro del contexto de un sistema democrático de derecho, inspirado en el respeto a la dignidad de la persona e igualdad de trato y oportunidad, no puede más que fallarse este caso, a favor de los intereses de la víctima u ofendido, para concederle la oportunidad de ejercer, en un plano de igualdad, los recursos tendentes a lograr la defensa de sus intereses. Además el artículo 41 de nuestra Constitución, según lo ha expuesto ya la jurisprudencia constitucional, establece un conjunto de principios básicos a los cuales los individuos y el Estado deben ajustar su actuación en el ámbito de la justicia y como señala que las personas han de encontrar reparación para las injurias o daños, claramente se está disponiendo que las leyes deben orientar la tutela de los derechos quebrantados mediante normas que, por una parte regulen o amparen el derecho de cada uno, y por otra, establezcan los instrumentos procesales adecuados para que las personas tengan acceso a la justicia y la obtengan de comprobarse el agravio..." (Sala Constitucional, sentencia N° 5751-93). Falta únicamente aplicar esos mismos principios constitucionales también al Ministerio Público y por ello se formula la consulta.

Vº.- La independencia del Juez Penal y el contradictorio. En la experiencia costarricense, con la aparición del Ministerio Público, al menos como un órgano potenciado de poderes y deberes y como portador del interés público en la aplicación de la ley penal, la función del juez viene a separarse más de aquella asumida por el acusador. En el anterior e inquisitivo proceso, el juez terminaba asumiendo el rol de acusador porque en la práctica se encontraba solo frente al imputado. En el sistema procesal vigente, un órgano público asume el ejercicio de la acción con base en la posibilidad de que un sujeto pudo haber violado el ordenamiento penal, y a tal actividad se contrapone la defensa, ante la posibilidad de que pueda lesionarse el derecho de libertad del imputado, con todas sus garantías, por medio de una errónea aplicación de las normas penales y procesales. La actividad requirente del Ministerio Público, que resulta imprescindible para poner en movimiento la maquinaria jurisdiccional, garantiza la independencia y la imparcialidad del juez, porque este último no debe asumir más la función de parte. “La separación de las funciones de acusar y de juzgar –observa Vélez Mariconde– asegura la máxima objetividad e imparcialidad del órgano que ejerce la jurisdicción... A esto se agrega, ciertamente, un principio racional que emana de la propia idea de justicia: para que ésta triunfe es preciso que sea administrada por una persona distinta de la que hace valer la pretensión jurídica sobre cuyo fundamento debe ella pronunciarse” (VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. Lerner, Buenos Aires, 2a. edición, tomo II, pag. 295. Véanse también CAVALLARI, Vincenzo. *Principio del contraddittorio. Diritto Processuale Penale*, Enciclopedia del Diritto, Milano, 1961, vol. IX, pp. 728 ss. y CONSO, Giovanni. *Considerazioni in tema de contraddittorio nel processo penale italiano*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 1966, pp. 405 ss.). Se instaura así, en su lugar, el contradictorio como requisito esencial para una recta administración de la justicia penal.

Tan importante es esta exigencia, que donde falte la posibilidad de contradecir, sea para el imputado como para el Ministerio Público, el juez normalmente no puede examinar el mérito de la causa. La ventaja del monopolio estatal en el ejercicio de la acción –observa Gómez Orbaneja– es la de prevenirse ante la pasividad, la impotencia o la corrupción del privado, pero al mismo tiempo se renuncia a la contribución de su iniciativa y de su actividad; por esto, agrega ese autor, el complemento imprescindible de este sistema es el principio de la obligatoriedad de la acción; de lo contrario, implicaría dejar en cada caso concreto la acusación (y por tanto, la actuación de la ley penal) el arbitrio de aquel que monopoliza la función (GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Penal*. Agesa, Madrid, 1975, 8a. ed., p. 79). En efecto, para diferenciar la función del acusador de la del juez, no basta crear un órgano público al cual conferir el ejercicio de la acción; es necesario, además, atribuirle un preciso deber de actuar ante los presupuestos legales, porque los particulares no pueden sustituirlo y porque los intereses tutelados por las normas penales tienen siempre un carácter público y social, aún cuando la lesión afecte a un determinado individuo. El contradictorio (y con él la independencia y la imparcialidad del juez) puede considerarse eficaz en aquellos casos en que el Ministerio Público no tenga la posibilidad de sustraerse al cumplimiento de su función requirente, por la sola razón de que ella le parezca inoportuna, o bien cuando esta función es obstaculizada por normas legales que no tienen ningún sustento, como ocurre con las limitaciones para recurrir en casación. La obligatoriedad del ejercicio de la acción en general y el ejercicio de los recursos en particular, encuentran, entonces, uno de sus fundamentos en el contradictorio y en la independencia del juez penal. La exigencia señalada como base de la obligatoriedad de la acción, es que el Estado cuando acuse no juzgue y cuando juzgue no acuse. También el Ministerio Público, observa Sabatini,

“tiene la obligación de someterse a la jurisdicción, para poner el interés del cual él es el portador, al mismo nivel en que se encuentra el interés del cual es portador el sujeto contra quien se ejercita la potestad punitiva. Para tal fin el orden jurídico impone al Ministerio Público el deber de ejercitar la acción penal para investir al órgano jurisdiccional de la potestad punitiva” SABATINI, Giuseppe. *Il pubblico ministero nel Diritto Processuale Penale*. Ed. Quartara, Torino, 1948, vol. II, p. 135). Esta situación de contraste tiene una precisa finalidad de justicia: coloca al juez en posición imparcial e independiente respecto de los sujetos que asumen el rol de partes. Pero el aspecto decisivo continúa siendo que el Ministerio Público no pide la actuación de la ley en nombre propio, ni ejercita un derecho potestativo de acción; no tiene, por así decirlo, un poder decisorio discrecional. “La independencia del juez –se afirma acertadamente– es cuestionada muy a menudo, pero a pesar de esas críticas, muy importantes por cierto, debe reconocerse que un Poder Judicial que carezca de una independencia jurídicamente garantizada tiene una incapacidad absoluta para impartir justicia y realizar el principio de seguridad jurídica” (CRUZ CASTRO, Fernando. *Observaciones y críticas sobre la incipiente política criminal del subsistema judicial*, en Revista Judicial N° 26, San José, 1983, p 38). Pues precisamente en tal sentido también es posible ubicar el principio de la obligatoriedad, en la medida en que éste garantiza no sólo que la acción penal se ejercite, sino además que sea ejercida en tal forma que el órgano jurisdiccional pueda tomar una decisión, con absoluta independencia de criterios políticos y discrecionales, y del criterio, incluso, de las partes (véase el trabajo La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense. Ijsa, San José, 2° edición. 1992, en especial Cap. III, pp. 75 ss).- Esos principios tienen un claro sustento constitucional, pues además de las normas ya citadas en los Considerandos anteriores, se encuentran recogidos en los artículos 9, 11, 152, y 154 de la

Constitución Política; y en los artículos 1, 2 y 6 de los “Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura” (Adoptados por el Séptimo Congreso de la Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985 y conformados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985). En consecuencia, todos esos principios de claro sustento constitucional también vienen a ser disminuidos cuando normas legales imposibilitan al Ministerio Público, en forma injustificada, continuar ejerciendo la acción penal, en uno de los momentos procesales más importante como resulta ser la fase final, es decir cuando el representante de la comunidad estima que deben removerse actuaciones y actos procesales arbitrarios, interponiendo el recurso de casación. Existen tres momentos cruciales por los que recorre el ejercicio de la acción penal atribuido al Ministerio Público, que no deben obstaculizarse en forma innecesaria: a) la fase inicial, es decir cuando comienzan las primeras investigaciones; b) el momento en que se prepara y se notifica (intima) la de acusación; y c) la fase final, cuando se formulan los recursos contra la sentencia y los autos que pongan fin al proceso, constituyendo este último uno de los vitales momentos procesales en que debe permitírsele al órgano requirente poder actuar sin obstáculos innecesarios, como resultan ser las limitaciones objetivas que consultamos ante la Sala Constitucional (Respecto de los intereses que hace valer el Ministerio Público en casación véase la reciente tesis de VILLAVICENCIO CEDEÑO, Leonardo. *El interés para impugnar en el recurso de casación del Ministerio Público*. Facultad de Derecho, UCR, San José, 1984, en especial pp. 44 ss.)

VI°.- Alcances de la consulta. El artículo 473 del Código de Procedimientos Penales dispone literalmente: “Artículo 473.- El Ministerio Público podrá interponer el recurso contra:

- 1) La sentencia de sobreseimiento, confirmada por el Tribunal de Apelación, o dictada en única instancia por el Tribunal de Juicio, si el delito imputado estuviere reprimido con pena mayor a tres años de prisión o de inhabilitación o de ciento ochenta días multa;
- 2) La sentencia absolutoria del Tribunal de Juicio, cuando hubiera requerido la imposición de una pena que exceda los límites señalados en el inciso anterior, o si aquélla fuera del Juez Penal, cuando la pena pedida sea superior a seis meses de prisión o un año de inhabilitación, o sesenta días multa;
- 3) La sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Juicio, cuando la diferencia entre la pena impuesta y la pedida sea mayor a tres años de prisión o de inhabilitación, o sesenta días multa, o la sentencia condenatoria dictada por el Juez Penal, cuando esa diferencia exceda de seis meses de prisión o inhabilitación, o de veinte días multa;
- 4) Los autos mencionados en el artículo anterior; y
- 5) La sentencia que resuelva la acción resarcitoria, si el actor civil hubiera podido recurrir.”

Los suscritos nos permitimos consultar concretamente, si los condicionamientos a cierta clase y cantidad de penas que aparecen en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 473 del Código de Procedimientos Penales (párrafos que aparecen subrayados en la anterior transcripción), son contrarios a los principios constitucionales y de Derecho Internacional (contenidos en la legislación, doctrina y jurisprudencia citada en los considerandos anteriores), en virtud de que ese tipo de limitaciones no existe para ninguno de los otros sujetos del proceso, y además por no encontrarse ninguna justificación válida para realizar esa distinción. Con ello entendemos que la norma

consultada contiene también otras limitaciones de carácter objetivo para formular del recurso de casación, como resulta ser el que sólo pueda interponerse contra sentencias o resoluciones finales dentro del proceso, limitación que sí existe también para los demás sujetos del proceso, incluido el imputado y la defensa. Como bien lo ha expresado la Sala Constitucional, "...no contraviene el derecho fundamental al recurso contra la sentencia (condenatoria) a favor del imputado por delito, el hecho de que el derecho a recurrir en materia penal, en general, se limite a los casos expresamente previstos, conforme al artículo 447 siempre que, como ahora se resuelve no se restrinja respecto de la sentencia; tampoco contraviene ese derecho fundamental el que se restrinja o condicione respecto de otros actos procesales diversos de la sentencia (artículo 454); o el que se prevea su rechazo cuando sea inadmisibile o manifiestamente improcedente (artículo 458); o, finalmente el que, se limite el recurso de casación a las sentencias definitivas o a los autos con carácter de tales (artículo 472)..." (Sala Constitucional, sentencia No. 719-90).- Por esa razón, la duda sobre la constitucionalidad del artículo 473 del Código de Procedimientos Penales la tenemos los suscritos Magistrados sólo respecto de las limitaciones referidas a ciertos montos y tipos de pena (párrafos subrayados en la transcripción), pero no respecto de las demás limitaciones objetivas contenidas en esa norma.⁽²⁰⁾

b) En relación con la prueba espuria incorporada al proceso

Otro de los grandes temas incorporados por la vía de la aplicación directa de la doctrina de los derechos humanos en el proceso penal, específicamente con respecto al principio del debido proceso penal, concierne a la admisión de la denominada teoría de los frutos del árbol envenenado o teoría de la prueba espuria.

(20) Ver resolución 182-a-94, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

I.- Primer Motivo.- En el primer reproche por la forma, el recurrente acusa como violados los artículos 36 y 39 de la Constitución Política, en relación con los artículos 8.2.d, 8.2.e, 8.2.g y 8.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 45, 164, inciso 8), 189 y 191 del Código de Procedimientos Penales. Asimismo, de conformidad con los artículos 145, inciso 3), 146 in fine y 400, inciso 3), del Código en mención solicita que se decrete la nulidad del fallo impugnado. Estos numerales, según agrega, son los que regulan el debido proceso en lo que se refiere al derecho de defensa y cuya violación hace que sobrevenga una nulidad declarable de oficio, en cualquier grado y estado del proceso. Señala el recurrente que, de conformidad con la normativa indicada, tiene la calidad de imputado toda persona que en cualquier momento de la investigación es señalada como sospechosa de haber cometido un delito, de modo que, a partir de la investigación policial inclusive, la persona está cubierta por todas las garantías de defensa. Añade que, desde que se produjo la detención de los encartados..., los investigadores del O.I.J. violentaron el derecho de defensa, pues considera que la firma de sus declaraciones ante la policía judicial fue obtenida mediante coacción psíquica y sin asistencia de defensor. Al respecto, señala que las razones dadas por los investigadores para justificar el procedimiento seguido en el caso concreto evidencian una “doble moral” en sus actuaciones, la cual estima “nefasta”, y “reflejo de la decadente situación del Poder Judicial” (folio 594). Con fundamento en lo anterior, agrega que los artículos 164.8, 189 y 191 del Código de Procedimientos Penales obligan al O.I.J. a nombrar un defensor al imputado, apenas es detenido y se va a tomar su declaración; conminándose con nulidad cualquier prueba que sea recabada después de la declaración, si no ha sido designado el defensor. A su juicio, no es necesario detallar cuál es la prueba que resulta nula, porque es toda la aportada por la policía, la cual considera que fue incorporada ilegalmente al

debate, pues se trata de diligencias periciales que no fueron ordenadas por la Juez de Instrucción, pese a que los imputados estaban a su orden y ya se había iniciado el procedimiento. Estas peritaciones, afirma, fueron practicadas de oficio por el Organismo de Investigación Judicial, sin orden del juez y derivadas todas de las declaraciones de... Por último, concluye señalando que, en la medida en que no se respetaron las garantías que el ordenamiento jurídico establece a favor de los imputados, debe presumirse, con fundamento en el principio de derechos humanos conocido como “pro homine”, que las declaraciones rendidas por ellos fueron obtenidas bajo tormento, y que basta alegarlo así para que el principio en mención “imponga la anulación de toda la prueba que ilegalmente fue confesada por el acusado”. Los anteriores reclamos no son atendibles. Hay que hacer notar, en primer término, que mediante resolución de las diez horas treinta minutos del trece de marzo de mil novecientos noventa y uno, la instructora anuló las declaraciones rendidas por los encartados... ante los miembros de la Policía Judicial. Lo anterior, precisamente, de conformidad con los artículos 144, 145, inciso 3) y 164, inciso 8), del Código de Procedimientos Penales, al estimarse que “no se cumplió con proporcionarle defensa técnica a los presuntos imputados”; (ver folio 4 del legajo separado en que se tramitó el respectivo incidente de nulidad). Dichas declaraciones fueron eliminadas antes de dictarse el auto de procesamiento y prisión preventiva en contra de los imputados, de modo que, “...resulta ocioso pronunciarse sobre este extremo, pues ningún efecto ha surtido esa prueba y por ende no genera ni daños ni perjuicios”. Así lo indicó la propia Sala Constitucional, al resolver un recurso de Hábeas Corpus interpuesto por los imputados... en la causa que nos ocupa, donde se plantearon los mismos alegatos que contiene el presente motivo de casación (ver voto 556-91 de las 14 horas 10 minutos del 20 de marzo de 1991, folios 575 a 580).

c) El derecho al trabajo y la pena de inhabilitación

La validez y eficacia de la pena de inhabilitación, dictada con ocasión de un proceso penal. La discusión se basa en el derecho al trabajo como derecho fundamental y la imposibilidad del condenado de ejercerlo. Nuestra jurisprudencia ha reconocido de manera expresa, que por tratarse la pena de inhabilitación de una limitación para el desarrollo de una actividad específica –actividad en la cual se materializó una conducta delictiva–, tal inhabilitación no reza con la garantía fundamental del derecho al trabajo.

II.- En el alegato denominado “HECHO SEXTO”, se señala la violación de los artículos 56 y 74 de la Constitución Política en relación con el 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al impedirse el derecho al trabajo en vista de la inhabilitación para el desempeño de las labores habituales fijada en sentencia, así como la incorrecta aplicación del artículo 128 del Código Penal “ya que como se indicó en el hecho primero, el suscrito no es autor de lesión culposa alguna”. El reclamo no resulta atendible. El recurrente no se conforma con la base fáctica contenida en el fallo, sino que modifica los hechos tenidos por demostrados con el objeto de dar sustento a su reproche, lo que no es viable en un alegato de esta naturaleza, por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva. No obstante lo expuesto corresponde señalar, que la pena accesoria de inhabilitación se aplicó de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 del Código Penal, que alude a la labor desplegada al momento en que se produce el hecho, con el objeto de evitar así que el autor de lesiones culposas ponga en peligro la seguridad de los ciudadanos en el desempeño normal de su trabajo. Sin embargo, tal situación no limita o impide al imputado el derecho al trabajo ya que, con excepción del puesto de Jefe de Cuadrilla en la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, podrá desempeñar cualquier otra labor. Por lo expuesto, procede rechazar este reclamo.⁽²¹⁾

(21) Ver Sentencia 073-f-93, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

d) El derecho de abstención de declarar en contra de sí mismo

Sin duda alguna, uno de los temas que más ha sido abordado, desde el punto de vista jurisprudencial, –como parte del derecho de defensa y las normas que integran el debido proceso penal–, es el referente a la defensa material del imputado por medio de su manifestación tanto durante la fase de preparación al juicio oral, como en la fase plenaria (juicio oral).

El problema fundamental en torno al tema, es la determinación del derecho que asiste al imputado de no tener que declarar contra sí mismo, al tiempo que debe de garantizársele el derecho de ejercer su defensa material.

Ciertamente el tribunal ha cometido un error al valorar la abstención de declarar del imputado. La facultad de abstenerse de declarar es un derecho inviolable consagrado en los artículos 36 de la Constitución Política, 8.2.g) de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 276 del Código de Procedimientos Penales; supone la libertad para decidir, sin coacción de ninguna especie ni naturaleza, si se ejerce la defensa material o no. De este modo cualquier valoración negativa de la abstención, es una coerción, amenaza o compelimiento sobre el imputado, quien para evitar el perjuicio se vería obligado a declarar y así vería frustrado su derecho. Por ello se llama la atención al tribunal de mérito, para que en lo sucesivo evite incurrir en esa irregularidad al valorar indebidamente el silencio del imputado. No obstante la irregularidad, debe verificarse su incidencia en el fallo porque sólo en caso de ser decisiva acarrearía la nulidad. Para ello se aplica el método de la supresión hipotética. Excluida de la sentencia la valoración hecha por el tribunal acerca de la abstención de declarar del imputado, queda –según la apreciación de los juzgadores de mérito– la versión de la ofendida que, además de merecer el crédito de los Jueces Superiores, es confirmada por la pericia médica y los relatos de tres testigos, y eso es suficiente para producir el juicio de certeza. De consiguiente, la

valoración irregular de la abstención del imputado no ha sido decisiva, pues el material probatorio incorporado al debate es suficiente para dar sustento al fallo de instancia, de modo que no se ha violado la ley de razón suficiente. Por lo expuesto se rechaza el motivo.⁽²²⁾

El carácter de las manifestaciones del imputado, ha sido de igual forma determinado por vía de interpretación jurídica, pues en contra del imputado puede ser empleada su declaración cuando ésta revista las características de una confesión:

Para ello es menester la consideración del fundamento y fines de la garantía prevista en la Constitución Política y en la Convención Americana de Derechos Humanos –como fueron expuestos–, así como el supracitado concepto de “confesión”, el cual es un elemento a considerar de carácter determinante para resolver el asunto que aquí se plantea, pues la única declaración que puede hacer el imputado contra sí mismo es la confesión (no así, las coartadas no confirmadas en juicio, o las versiones total o parcialmente falsas del hecho desvirtuadas en el debate, pues en tanto el imputado puede defenderse mediante las declaraciones que rinda, sus infructuosas coartadas no producen efecto procesal alguno, ni siquiera pueden constituir indicio en su contra. Como se dijo, la confesión se trata de la manifestación libre y voluntaria que hace el imputado ante la autoridad judicial, aceptando su participación en los hechos en que se funda la pretensión represiva deducida en su contra, en el marco de la más absoluta espontaneidad y dentro de un proceso conducido con toda lealtad. Frente a tal noción resulta evidente que en este caso las cuestionadas declaraciones que dio el acusado... ante la policía no satisfacen las exigencias conceptuales de una confesión válida o legítima, pues no consta que ella fuera recibida en la forma y

(22) Ver resolución 305-f-93, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

según las garantías que establecen los artículos 189 y siguientes del Código de Procedimientos Penales, como lo ordena el artículo 164 inciso 8° de ese mismo cuerpo legal; de manera que si el imputado ...aceptó su participación en los hechos acusados ante la policía, tal manifestación es absolutamente nula y no puede ser siquiera utilizada como un indicio en su contra, razón por la cual no puede fundamentarse la sentencia condenatoria en ella. Esto no significa que las autoridades policiales deban abstenerse o inhibirse de informar o testimoniar acerca de las manifestaciones que en su presencia hace el imputado (pues obviamente su informe policial o su declaración testimonial podrían perder, en no pocos casos, consistencia o coherencia); lo que debe entenderse correctamente es que el juzgador no puede tomar en cuenta –de ninguna manera– las declaraciones que dio el imputado en tales circunstancias para fundamentar su sentencia condenatoria. Es decir, el Tribunal debe evitar que se reciba en el juicio oral y público toda prueba cuyo contenido es ilegal; si ello fuere imposible y siempre se recaben esos elementos probatorios, en ningún caso puede fundamentar sus decisiones en tales elementos de convicción. Sin embargo, en el presente asunto debe quedar muy claro que la indicación que hizo el acusado del lugar donde se encontraban los restos del ofendido ...no invalida su hallazgo, ni el levantamiento que se hizo de su cuerpo, ni las fotografías ni el video que se tomaron al efecto. Lo anterior se afirma porque tal indicación no implica una confesión o autoincriminación del encartado (incluso, por tratarse de él, ni siquiera un indicio en su contra), pues resulta claro que no toda referencia del imputado entraña una confesión o declaración en su contra, como en este caso, en que el conocimiento del lugar donde se encontraba el occiso –que puede tener tanto un autor o partícipe, como un testigo presencial del hecho o un simple transeúnte que se encuentra con el cuerpo, sin conocer las causa de su deceso) no implica jurídicamente una prueba o

indicio válido que pueda ser utilizado en su contra. De no admitirse este planteamiento, tendríamos que asumir la absurda ficción de que el ofendido ¡no ha muerto! (por derivarse su hallazgo del dicho del encartado), lo cual es innecesario a los efectos de las garantías que protegen al imputado y excede la esfera de protección que estas suponen. Respecto a los intereses del reo y su tutela, lo que procede es verificar si la condenatoria puede subsistir legítimamente motivada si se prescinde de esa supuesta “confesión” hecha por el imputado, es decir, examinar si existen otros elementos de prueba válidos e independientes que permitan afirmar la participación del acusado en los hechos que dan objeto a este proceso. Según lo considera esta Sala, el resultado de tal análisis permite sostener la validez de la sentencia, pues es posible llegar a determinar, por vía indiciaria, los hechos probados por el *a quo*, a partir de la consideración de otros elementos de prueba independientes, según los cuales se comprobó la posesión del vehículo taxi del ofendido en manos de los acusados, a pocas horas de la desaparición de aquel; la ocultación que hicieron ambos de éste, así como la disposición de algunos de sus bienes accesorios; la reacción violenta de los acusados contra... y... por la distracción que estos últimos hicieron del vehículo (confiado al primero para su custodia); las públicas amenazas de muerte que hicieron contra..., así como los disparos efectuados contra la casa del primero por ese motivo (advirtiéndoles... que de todas maneras él ya había matado para apoderarse del automóvil y que no le importaba volverlo a hacer), son hechos que el Tribunal deriva coherentemente de la consideración de los testimonios de..., y que permiten señalar al acusado... como uno de los autores del homicidio acusado. En cuanto a la legitimidad de la incorporación por lectura de las declaraciones rendidas en la instrucción por... (por no haberse presentado al debate) y por... (para aclarar contradicciones), considera la Sala que la circunstancia de que pudieran tener alguna responsabilidad penal

por los hechos que ellos realizaron respecto al automóvil propiedad del ofendido... –que conducía el occiso...– no descalifica el testimonio que éstos pudieran dar sobre los hechos que se atribuyen a, pues los primeros de ninguna manera podrían verse, por ello, incriminados en el homicidio acusado. Por otra parte, según lo evidencia el acta de debate, la defensa no reclamó o se opuso formalmente a la incorporación de ambas declaraciones ni hizo manifestación de recurrir en casación, por lo que carece de interés su disconformidad.⁽²³⁾

La garantía procesal bajo examen, no sólo debe de ser considerada en juicio, son sino que abarca desde luego el derecho de no declarar en contra de sí mismo, el principio de que para efectos de determinación de la pena, la declaratoria del imputado no puede ser usada en su contra, en lo referente a la no aceptación de la acusación formulada en su contra.

IVº El cuarto motivo del recurso refiere falta de fundamentación o fundamentación ilegítima, con base en los artículos 395.2, 395.3 y 400.4 del Código de Procedimientos Penales. Para la fundamentación de la pena –indica el impugnante– contrario a lo que dispone la ley y la jurisprudencia de la Sala Constitucional, recurre el tribunal de instancia a criterios de peligrosidad y a la abstención de declarar del imputado. Lleva razón en parte el impugnante. Si bien es posible tomar en consideración para fijar la pena criterios referidos a la peligrosidad, según los presupuestos del artículo 71 del Código Penal y de la Sala Constitucional (Sentencia No. 1438-92 del 2 de junio de 1992), el recurrente sí tiene razón cuando afirma que el Tribunal tomó en cuenta que el imputado no se arrepintió y que negó los cargos. En efecto, la afirmación de que el encartado «...en forma testaruda se empecinó en negar la imputación...», constituye una flagrante violación al artículo 36 de la Constitución Política, y

(23) Ver resolución 4546-f-94, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

al artículo 8.2.g de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, pues de acuerdo con estas normas cualquier imputado tiene derecho a guardar silencio sobre los hechos sin ninguna consecuencia en su perjuicio. Así, la fundamentación de la pena resulta contraria a derecho, por lo que debe acogerse este extremo del recurso, pero la nulidad no recae sobre todo el fallo, puesto que el vicio sólo afecta la imposición de la pena. En consecuencia de conformidad a lo preceptuado por el artículo 483 del Código de Procedimientos Penales, procede la anulación parcial de la sentencia exclusivamente en cuanto a la imposición de la pena se refiere y ordenar el juicio de reenvío únicamente para la resolución de este aspecto, ante el mismo Tribunal.⁽²⁴⁾

e) Complemento de normas penales en blanco en relación con el principio de irretroactividad de la ley penal en beneficio del imputado

Jurisprudencialmente, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ha determinado que el complemento de normas penales en blanco, –tratándose de delitos cuantificables económicamente– en supuestos en donde el tipo penal remite a la legislación común, a efectos de determinar su contenido, con elementos normativos del tipo como lo son el valor de los bienes sustraídos, distraídos, estafados, etc., no contraviene el principio de aplicación retroactiva *in bonam parte*, toda vez que viola un principio de logicidad. Lo anterior, por cuanto en sociedades como las latinoamericanas, en donde la constante inflación y pérdida de valor de las monedas locales, hace que el valor relativo –con respecto al valor de los bienes objeto de la conducta delictiva–, se pierda con el simple transcurso del tiempo, lo cual implicaría la necesaria aplicación de la ley penal más favorable y consecuente pérdida de carácter delictivo de determinadas conductas, sin más, que por el simple transcurso de un determinado lapso que por razones económicas hace desaparecer la tipicidad por aplicación del principio de insignificancia de la lesión al bien jurídico.

(24) Ver resolución 004-f-94, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

I.- Señala la recurrente que fue condenada a 4 años de prisión por el delito de robo simple con violencia sobre las personas, por sentencia del Tribunal Superior Tercero Penal, Sección Primera, dictada el 22 de noviembre de 1991 y que al reformarse el artículo 212 del Código Penal, mediante Ley 7337 del 5-5-93, corresponde aplicarla retroactivamente por ser más benigna, y por ello debe disminuirse la pena.

II.- El recurso debe rechazarse de plano en virtud de no encontrarnos ante los supuestos de una norma posterior más favorable, conforme lo señaló la propia reforma que invoca la recurrente, al disponer en el artículo 2 que "...las modificaciones contenidas en esta ley... no se considerarán como variación al tipo penal, a los efectos del artículo 13 del Código Penal y 490 inciso 4 del Código de Procedimientos Penales...". Ahora bien, algunos comentarios ha provocado esta reforma en relación con el principio que rige en la materia penal, referido a la aplicación retroactiva de la ley más favorable, y que también recoge el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, debe indicarse que esta Sala no duda sobre la constitucionalidad de la reforma por varias razones que de seguido se exponen.

III.- En primer lugar debe señalarse que nuestro sistema constitucional establece como principio que los delitos han de juzgarse conforme a la ley vigente a la fecha de los hechos (principio de irretroactividad de la ley), según se desprende de una clara relación de los artículos 34, 39 y 129 de la Constitución Política, pero no se dispone como principio una aplicación retroactiva y obligatoria de la ley más favorable. En este sentido es de resaltar la frase del artículo 39 que exige LEY ANTERIOR como requisito mínimo para que pueda declararse a una persona como autora de un delito y aplicársele una pena. El principio constitucional parte de la necesidad de que se haya promulgado previamente

una ley, con fecha anterior al hecho, para resolver el caso concreto. Ese principio constitucional lo reitera el artículo 11 del Código Penal al disponer que “los hechos punibles se juzgarán de conformidad con las leyes vigentes en la época de su comisión”. Esta situación resulta conveniente aclararla porque podría pensarse que nuestra Constitución establece como principio la aplicación retroactiva de la ley más favorable, cuando en realidad establece como garantía que los hechos habrán de juzgarse de conformidad con la ley vigente (y en consecuencia anterior) a la fecha de los hechos. Ciertamente, nuestra Constitución no prohíbe la aplicación retroactiva de una ley posterior, cuando ello pueda resultar favorable al reo. Pero esta falta de prohibición no se traduce en una obligación de aplicar, en todos los casos, la ley posterior más favorable. Lo que nuestra Constitución prohíbe, eso sí, es la aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de persona alguna, de sus derechos patrimoniales o de situaciones jurídicas consolidadas, pero esa norma no establece que las leyes posteriores deben aplicarse retroactivamente cuando resulten más favorables para las personas, para sus derechos patrimoniales o para situaciones jurídicas consolidadas. En realidad en materia penal quien sí establece una aplicación obligatoria y necesaria de la ley posterior más favorable (retroactividad obligatoria) es el Código Penal, al disponer en el artículo 12 que “si con posterioridad a la comisión de un hecho punible se promulgare una nueva ley, aquél se regirá por la que sea más favorable al reo, en el caso particular que se juzgue”. Sin embargo, tratándose de una excepción prevista en una ley, otra ley podría perfectamente disponer lo contrario, y señalar casos en los cuales no habría de ser obligatoria la aplicación de una supuesta ley posterior más favorable, en el evento de que las modificaciones a la cuantía se calificaran como ley posterior más favorable, cosa esta última que también ponemos en duda. Cabe agregar que el Código Procesal Penal no contiene una norma

similar al artículo 12 del Código Penal, y por esa razón en materia procesal no existe la obligación de aplicar retroactivamente la ley más favorable, lo que refuerza la tesis de que la aplicación retroactiva de la ley más favorable no se desprende de la Constitución. De lo contrario, si admitiéramos hipotéticamente que las leyes procesales posteriores deben aplicarse a casos anteriores porque así lo ordena la Constitución, habría que admitir la posibilidad de repetir el juzgamiento de otros que fueron condenados sin esas oportunidades, lo cual nos conduciría a un absurdo, pues habría que volver a juzgar a todas las personas que han sido condenadas en toda la historia.

IV.- En segundo lugar debe señalarse que el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos también establece como principio básico y rector para la materia penal el que los hechos delictivos sean juzgados conforme a la ley vigente a la fecha de su comisión, y señala en el párrafo final una excepción al principio básico para cuando la ley posterior dispone una pena más favorable a la prevista en la fecha de la comisión del hecho. Es cierto, nos encontramos ante otra excepción al principio constitucional (irretroactividad de la ley penal), pero esta excepción es aún más restringida que la excepción prevista en el artículo 12 del Código Penal, y no comprende la situación prevista en el artículo 2 de la reforma penal (ley N° 7337 del 5-5-93). En efecto, la Convención Americana de Derechos Humanos exige la aplicación retroactiva obligatoria de leyes posteriores dirigidas a disminuir la sanción penal, pero ese no es el caso de la variación de la cuantía, conforme lo indicamos de seguido. Sí debe apreciarse que el Código Penal es mucho más amplio al establecer la aplicación retroactiva de la ley penal en todos aquellos casos en que le sea más favorable, mientras que la Convención exige esa retroactividad obligatoriamente sólo para aquellas leyes dirigidas a disminuir la sanción penal. Lo anterior significa que si bien en

nuestro país rige como excepción al principio de irretroactividad de la ley penal la aplicación retroactiva de la ley más favorable, ello se debe a la disposición contenida en el artículo 12 del Código Penal, que es más amplio, y no exclusivamente a la Convención Americana de Derechos Humanos, que en ese campo es mucho más restringida. En consecuencia, si la excepción está prevista en una ley (Código Penal), otra ley podía disponer otra cosa, como lo hizo la N° 7337 del 5-5-93.

V.- En tercer lugar, la modificación anual del parámetro para determinar la cuantía en los tipos penales de comentario, no constituye una reforma dirigida a favorecer al reo ni tampoco a reducir la penalidad en forma anual, sino por el contrario sólo busca mantener la punibilidad en valores monetarios reales. En efecto, al utilizarse como parámetro de determinación de la cuantía un factor económico variable, se pretende mantener los niveles de punición en los valores reales que según un específico criterio de política criminal adoptó el legislador en un determinado momento histórico, valores que por efecto de la inflación están sujetos a cambiar numéricamente. Pero eso no significa que los cambios inflacionarios en el factor constituyan reformas cuyo propósito esté dirigido a favorecer al reo, o para disminuir la penalidad en algunos delitos, o para convertir delitos en contravención. Sólo se pretende mantener la punibilidad en los niveles económicos reales, pues si se utilizan cifras fijas, como lo hizo la reforma penal de 1982, muy rápidamente esas cantidades fijas pierden actualidad ante un proceso inflacionario constante, y en consecuencia, sin que ese haya sido el objetivo del legislador ni el de la norma, se aumenta la pena en forma proporcional a la inflación monetaria. Para evitar esos inconvenientes se recurre ahora a un factor económico variable, no para disminuir sanciones, sino para mantener los niveles de punibilidad en sus términos reales, según la opción legislativa inicial. Tampoco la depreciación de los objetos constituye una causa

que pueda favorecer al reo a efecto de reducir la sanción. En efecto, los objetos tienden a reducir de precio por el sólo transcurso del tiempo, ante el uso y deterioro normal que sufren, sin incluir los daños o la falta de mantenimiento. Esa depreciación del valor de los objetos ocurrida por el sólo transcurso del tiempo, tampoco constituye una causal eficiente para pretender una revaloración del bien objeto del delito, con el supuesto fin de buscar una solución más favorable. En realidad el valor de los bienes debe ser aquel que tenía al momento de realizarse el hecho, y aunque el transcurso del tiempo reduzca ese valor, no podría pretenderse una aplicación más beneficiosa de la norma.

VI.- En cuarto lugar, quizás previendo una posible discusión al momento de interpretarse la reforma legal, debe indicarse que el propio legislador resolvió el problema y señaló en forma expresa cual debía ser la solución. En efecto, se aclara la posible duda sobre el carácter de la reforma y las modificaciones sucesivas a la cuantía, al señalarse en el artículo 2 en forma simple, clara y expresa que “...LAS MODIFICACIONES CONTENIDAS EN ESTA LEY Y LAS QUE SE HICIEREN EN UN FUTURO AL SALARIO BASE DEL OFICINISTA 1 CITADO, NO SE CONSIDERARAN COMO VARIACION AL TIPO PENAL, A LOS EFECTOS DEL ARTICULO 13 DEL CODIGO PENAL Y 490, INCISO 4 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES...” (Artículo 2 de la ley 7337). Se trata de una interpretación del propio órgano que aprobó la norma, la cual nos evidencia el propósito de las modificaciones a la cuantía.

VII.- En quinto y último lugar debemos hacer referencia a un aspecto práctico, que si bien no constituye un razonamiento dogmático al menos contribuye a evidenciar la logicidad de las interpretaciones. La realidad y la experiencia nos demuestran que nuestro país no mantiene una situación financiera estable, y que por ello la tendencia siempre ha sido la de que el colón se devalúa

constantemente todos los años frente a las monedas de países desarrollados. Esto significa que el “salario base” referido en la reforma tendrá día con día una denominación numérica expresada en unidades de moneda nacional cada vez más alto. En consecuencia, si concluimos que deben aplicarse esas cuantías futuras a los casos fallados cuando estaba vigente otra cuantificación numérica de ese salario base, ello implicará a la vez afirmar que el sólo transcurso del tiempo se constituirá en una causa automática de despenalización de la conducta (al menos el paso de delito a contravención para unos casos, o la reducción de la pena para otros), por la tendencia inflacionaria que siempre, absolutamente siempre, ha existido en nuestro país, lo que implica un absurdo desde el punto de vista de una racional política criminal. A su vez esto nos conduciría a afirmar, prácticamente, en todos los fallos que en el futuro se impongan por los delitos de robo, hurto, daños, estafa, estelionato, fraude de simulación, fraude en la entrega de cosas, estafa mediante cheque, administración fraudulenta, y apropiación o retención indebida, que tarde o temprano el delito desaparecerá y se convertirá en contravención, o deberá reducirse la pena impuesta, y para quienes ya la hubieren cumplido habrá que indemnizarlos, porque la cuantía del salario base aumentará ante el proceso inflacionario del país. Desde luego que ello nos conduce a un absurdo, y si bien este no es un argumento jurídico sino real y efectivo, es digno de considerarse para resolver un problema de interpretación de normas en una disciplina jurídica que, como el derecho penal, pretende contribuir a solucionar conflictos sociales, reales, ciertos, determinados, para evitar que la solución quede en la barbarie que está a la base de una venganza privada. La aplicación de criterios jurídicos, aislados de la realidad y desprovistos de un contenido práctico, puede llevarnos a un sin sentido, como sería admitir que las modificaciones a la cuantía deben aplicarse retroactivamente. La reforma penal pretendió resolver un problema de justicia en favor de los acusados

de delito, pues con anterioridad la pena y la represión aumentaban con el aumento de la inflación, al establecerse montos fijos en la descripción típica de aquellos hechos delictivos. Para resolver el problema en favor de los acusados se buscó un factor variable, pero se exigieron ciertas garantías: primero que fuera establecido año con año por el propio legislador, siguiendo en alguna medida las orientaciones inflacionarias que afectan los salarios, y segundo que se aprobara por medio de una ley, con la publicidad y la transparencia que ello implica. Otros países han recurrido a ese y otro tipo de factores variables para resolver el mismo problema, al tomar como parámetro unos el monto del seguro obligatorio de vehículos, otros el precio de un litro de gasolina, y otros los salarios mínimos establecidos por el Poder Ejecutivo. El legislador costarricense optó por un salario fijado por la Asamblea Legislativa en la Ley de Presupuesto, tomando en cuenta también el principio de legalidad. Pero la solución ahora no puede conducirnos a un absurdo inverso al que existía antes de la reforma penal, pues si bien se quiso corregir un aumento ilógico de la represión penal, al fijar el legislador parámetros variables para establecer las cuantías penales, lo cierto es que tampoco pretendió una descriminalización sin sentido. Al fin y al cabo ambos aspectos constituyen un contrasentido que no rima con los demás derechos fundamentales, también constitucionales, que tutela el Derecho Penal en cada figura delictiva en favor de las víctimas, y que también tienen que ser considerados en una correcta interpretación de nuestro sistema normativo. Por todas esas razones, los suscritos no dudamos de la constitucionalidad de la reforma, sin perjuicio del derecho de los ciudadanos de dirigirse a la Sala Constitucional.⁽²⁵⁾

(25) Ver resolución 416-a-93, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

f) El estado de inocencia y el principio in dubio pro reo

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ha hecho derivar de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el principio in dubio pro reo, no contenido de manera expresa en la legislación costarricense, tanto en la actual como en la anterior legislación procesal penal, no obstante, dicho principio resulta inobjetable hoy en día y encuentra acogida –por decirlo de alguna forma– en todos los sistemas procesales penales de corte románico-germánico-continental y del presente jurisprudencial (Common Law).

En efecto, el principio in dubio pro reo tiene un claro sustento normativo del más alto rango, como derivación del estado de inocencia, en los artículos 37 y 39 de la Constitución Política; así como en el apartado 2º del artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en cuanto establece que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”; y, finalmente, en los artículos 1º y 393 párrafo tercero del Código de Procedimientos Penales, normas cuya violación se sanciona en forma expresa con nulidad según lo dispuesto en los artículos 145 y 146 del Código de Procedimientos Penales...» [(Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Nº 158-F, a las 08:55 del 20-05-1994.) Esta posición en alguna forma sigue los lineamientos de la jurisprudencia y doctrina españolas. V. sobre esto último LUZON CUESTA: «La presunción de inocencia ante la casación», Editorial Colex, Madrid, 1991.)]. Como consecuencia lógica de lo anterior, surge la incógnita acerca de cómo reclamar por vía de casación la errónea aplicación de la duda razonada. Al resolver una reclamación al respecto la Sala dijo: «... se limita el tribunal a indicar que dejan una duda, pero no indica tampoco cuáles elementos derivan del elenco de prueba para conducir a conclusiones alternativas, fundamento de la duda jurídico-penal que permite la aplicación del principio in dubio pro reo...» [(Se suple el subrayado.) (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Nº 468-F, de las 09:20 hrs., del

11-11-1994.]). Esta resolución –que termina de acuñar el concepto de duda razonada mencionado con anterioridad– establece que la resolución fundamentada en la duda debe exponer la apreciación probatoria de los juzgadores, que los lleva a dos o más posibilidades alternativas de conclusión, de las cuales no es posible escoger una descartando las demás con certeza razonable. Ahora bien, cuando la sentencia se funda en una sola conclusión de los juzgadores, el impugnante debe someter el material probatorio a valoración para demostrar que lo resuelto no es unívoco y que podrían surgir alternativas de conclusión capaces de fundamentar una duda. Solamente así se podría demostrar al tribunal de casación cuál es la duda razonada que impondría la aplicación del *in dubio pro reo*. No obstante, en el presente caso el recurrente se ha limitado a objetar –vagamente– algunas apreciaciones del tribunal de mérito y a aseverar que debió aplicarse el principio de la duda, pero omite la valoración probatoria que conduciría a conclusiones alternativas de modo que no ha demostrado a la Sala la existencia de una duda razonable. En consecuencia procede declarar sin lugar el recurso.⁽²⁶⁾

La actual legislación procesal penal, reconoce el estado de inocencia del imputado, de manera que puede afirmarse válidamente, que al menos formalmente, el imputado encuentra protección a la garantía contenida en prácticamente todos los instrumentos de derechos humanos conocidos.

ARTICULO 9.- Estado de inocencia

El imputado deberá ser considerado inocente en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código. En caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado.

(26) Ver resolución 512-f-94, Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Hasta la declaratoria de culpabilidad, ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en ese sentido. En los casos del ausente y del rebelde, se admitirá la publicación de los datos indispensables para su aprehensión por orden judicial.

4. CONCLUSIÓN

Es claro que el sistema procesal penal actual, en relación con el sistema precedente en el derecho procesal penal costarricense, logró recoger en el derecho positivo, muchos de los institutos reconocidos jurisprudencialmente durante la vigencia de la legislación procesal penal anterior.

Sin embargo, los avances más significativos en la adopción de los principios informadores de la doctrina de los derechos humanos, obedece en sentido estricto al reconocimiento de su entidad y jerarquía constitucional e incluso supra constitucional, por parte del Tribunal Constitucional costarricense.

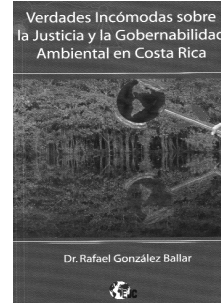
No es sino hasta la creación de un verdadero órgano jurisdiccional, como contralor de la constitucionalidad de las normas jurídicas de nuestro ordenamiento, que los instrumentos de derechos humanos han adquirido una verdadera dimensión práctica y han cobrado verdadera vigencia dentro de nuestro sistema jurídico.

En el proceso penal costarricense, esta tendencia es hoy por hoy irreversible, pues dentro de la noción debido proceso, se han incorporado todos y cada uno de los principios inspiradores y contenidos en la legislación supranacional y existe una conciencia generalizada en su asimilación y adopción en forma directa, con lo cual hemos conformado un proceso penal, que integra completamente los derechos y garantías de las distintas partes en absoluta armonía con el derecho supranacional.

Reseñas bibliográficas a cargo de Jorge Enrique Romero Pérez

González, Ballar, Rafael. ***Verdades incómodas sobre la justicia y la gobernabilidad ambiental*** (San José: Editorial Jurídica Continental, 596 páginas, 2007).

El Dr. González Ballar en la *Introducción* nos afirma que la intención del libro es señalar que existen en Costa Rica las instancias administrativas, la resolución alterna de conflictos. Las vías jurisdiccionales que pretenden garantizar algún tipo de justicia al ambiente; y finalizar con la comprobación de los problemas de gobernabilidad en la vía administrativa (justicia preventiva) y la Jurisdicción Constitucional (justicia preventiva y patológica), con las consecuencias sobre la eficiencia del sistema y la efectividad de los actos administrativos o sentencias respectivamente (pp. 13 y 14).



Enfatiza el autor en el sentido de que si no podemos hacer que la justicia sea la fuerza para solucionar nuestros problemas con el medio ambiente; peligroso sería que las fuerzas del planeta sean las que hagan justicia (contraportada).

Esta obra está dividida en dos partes:

Primera parte, capítulos

1. La justicia ambiental en el nivel administrativo (la influencia del Derecho Público).
2. Principios aplicables a la solución de conflictos ambientales en sede administrativa.
3. Resolución de conflictos ambientales en sede judicial.

Segunda parte, capítulos:

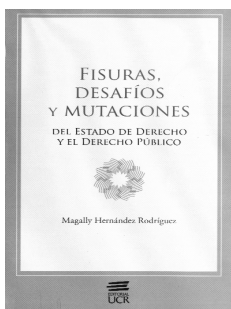
1. La ingobernabilidad ambiental.

2. La justicia patológica: algunos obstáculos en la ejecución efectiva de la justicia ambiental, los problemas de la Sala Constitucional y los comprobados en vía administrativa por su jurisprudencia.

Este libro aporta, como anexo, importantes sentencias en esta materia, de la Sala Constitucional.

— o —

Hernández Rodríguez, Magaly. ***Fisuras, desafíos y mutaciones del Estado de Derecho y del Derecho Público*** (San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 392 páginas, 2007).



La Dra. Hernández Rodríguez señala que se parte de la relación entre dos variables: el Estado y el Derecho Público. Verificamos en una primera parte cómo los cambios de rol del Estado repercuten en el Derecho Público; y, en una segunda parte, cómo estos cambios del Derecho Público agrietan y le plantean retos al Estado de Derecho, la consolidación democrática y la gobernabilidad de nuestro país (contraportada).

Esta obra está dividida en dos partes, con los siguientes títulos:

Primera parte: las mutaciones del Derecho Público producto de los cambios del rol del Estado.

Título I. Estado de Derecho, derecho público y mutaciones estatales.

Título II. La paradoja de la reducción-expansión del Derecho Público en la era posmoderna.

Segunda parte: consecuencias de las mutaciones del Derecho Público en el Estado de Derecho costarricense.

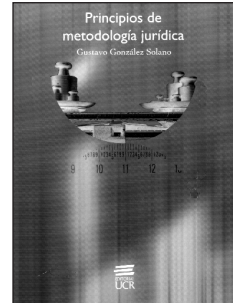
Título III. Fisuras en el marco jurídico del Estado derivadas de las mutaciones del Derecho Público.

Título IV. Desafíos para el Estado de Derecho como producto de las mutaciones del Derecho Público y el rol del Estado.

— o —

González Solano, Gustavo. **Principios de metodología jurídica** (San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 232 páginas, 2007).

El profesor González Solano, nos dice que este trabajo aborda científicamente la noción, estructura y funcionamiento de las interpretaciones y las argumentaciones jurídicas (p. xiii de la introducción). Precizando, que el juez o la jueza jamás sabrá lo que aconteció en la realidad. Y aunque estuviera allí, al juzgador se le prohíbe utilizar dicho conocimiento. Lo “sabrá” por los testigos. Pero ellos, tampoco son observadores científicos que miden o cuantifican los eventos con objetividad o precisión (contraportada).



Este libro se divide en estos aspectos:

- Metodología de la *conceptualización* del Derecho
- Metodología de la *interpretación* del Derecho
- Metodología de la *argumentación* jurídica
- Metodología de la *resolución* de los casos jurídicos

– o –

Manavella, Carlos. **Conceptos jurídicos fundamentales** (San José: Ivstitia, 148 páginas, 2007).

El profesor Manavella nos indica que el conocimiento del Derecho en la sociedad globalizada y compleja ha dejado de ser patrimonio exclusivo de los abogados, para comenzar a formar parte de una visión más completa de otras actividades humanas (Prólogo, p. 4).

Esta obra se divide en los siguientes capítulos:



- I. Los fenómenos jurídicos
- II. La experiencia jurídica
- III. El Derecho y otros sistemas normativos
- IV. El Derecho como norma y como facultad
- V. La relación jurídica
- VI. Las fuentes del Derecho
- VII. El Ordenamiento Jurídico
- VIII. La técnica jurídica

Arguedas Chen Apuy, Ana Cecilia; Ana Lorena Brenes Esquivel, Iván Vincenti Rojas; Luis Guillermo Bonilla Herrera. **Manual de Procedimiento Administrativo** (San José: Procuraduría General de la República, CONAMAJ, 242 páginas, 2007).



2007

La Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia CONAMAJ, continuando con los esfuerzos realizados por la Procuraduría General de la República, y como agente coordinador del sector justicia ha proiciado en coordinación con la Corte Suprema de Justicia, la tercera reimpresión del *Manual de Procedimiento Administrativo* (Dr. Román Solís Zelaya, Presidente de CONAMAJ y M.Sc. Sara Castillo Vargas, Directora Ejecutiva de CONAMAJ).

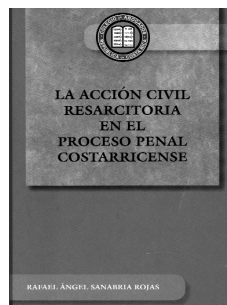
Esta obra presenta los siguientes capítulos:

- I. Aspectos generales sobre el procedimiento.
- II. Principios del procedimiento administrativo.
- III. Etapas del procedimiento.
- IV. La anulación o revisión de oficio de actos administrativos favorables o declaratorios de derechos.
- V. La potestad sancionatoria administrativa y su prescripción.

– o –

Sanabria Rojas, Rafael Angel. **La acción civil resarcitoria en el proceso penal costarricense** (San José: Colegio de Abogados, 378 páginas, 2007).

En el *Prólogo* el Dr. José María Asencio Mellado, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante, España, afirma que el análisis de la responsabilidad civil derivada de delitos, a pesar de su importancia, ha sido relegado, cuando no olvidado, en ocasiones por considerarlo una materia a caballo entre el proceso civil y el penal; pero otras, con seguridad, porque adentrarse en él revela una complejidad que pocos se atreven a afrontar (p. 11).



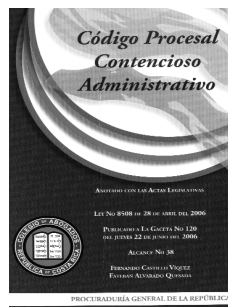
Este libro se divide en los siguientes aspectos:

- I. Breve reseña histórica de la acción civil resarcitoria.
- II. Aspectos generales sobre la acción civil resarcitoria.
- III. Sujetos de la acción civil resarcitoria.
- IV. Trámite de la acción civil resarcitoria.
- V. La sentencia.
- VI. Formas extraordinarias de conclusión del proceso.
- VII. Medidas cautelares.
- VIII. Consideraciones finales.
- IX. Propuestas de reforma legislativa.

– o –

Castillo Víquez, Fernando y Esteban Alvarado Quesada. **Código Procesal Contencioso Administrativo**. Anotado con actas legislativas (San José: Colegio de Abogados, Procuraduría General de la República, 952 páginas, 2007).

En la *Presentación* la Procuradora General de la República Ana Lorena Brenes Esquivel, indica que este trabajo, por la calidad de quienes lo realizaron, así como por su propio contenido, garantiza que será un instrumento importante para quienes tengamos que estudiar y llevar a la práctica el nuevo modelo del contencioso administrativo, que si lugar a dudas conlleva importantes cambios procesales y de fondo en el Derecho administrativo (p. vi).



Por su parte los autores de este libro, Castillo Víquez, Procurador Constitucional y Alvarado Quesada, Asistente de Procurador, en la *Introducción*, afirman que la promulgación del Código Procesal Contencioso Administrativo implica una nueva conceptualización del actuar de la Administración Pública costarricense (p. vii).

– o –

Picado, Vargas, Carlos Adolfo. **Debido proceso civil-laboral-agrario. Los poderes del juez y los derechos de las partes** (San José: Investigaciones Jurídicas, 700 páginas, 2007).



En la *Introducción* su autor nos expresa que debe completarse el camino hacia el cambio de nuestra concepción del Derecho Procesal y allanarlo en procura de una mayor oralidad de nuestros procesos, pues actualmente las quejas de nuestro sistema judicial son numerosas por exceso de burocracia y “tortuguismo” que ha hecho que la mayoría de los costarricenses pierdan su confianza en la función jurisdiccional de los administradores de justicia en general (p. 35).

El profesor Ricardo Zeledón Zeledón, en el *Prólogo* señala que el debido proceso, como principio macro donde confluyen otros muchos principios constitucionales (libertad probatoria, derecho de defensa, contradictorio, imparcialidad del juez, legalidad procesal) es negador absoluto del principio inquisitivo. Constituye la reivindicación y el respeto de los derechos fundamentales sobre el principio arbitrario de la autoridad irrestricta del juez (p. 42).

Esta obra se divide en dos partes: general y especial.

Parte general, capítulos:

- I. El nuevo perfil del juzgador
- II. El debido proceso como límite a los poderes procesales del juez
- III. Principios constitucionales de la función jurisdiccional
- IV. Garantías constitucionales inherentes a la investidura del juez
- V. Garantías constitucionales relativas a la tutela judicial efectiva
- VI. El juez y la interpretación jurídica en aras de modernizar la justicia

Parte especial, capítulos:

- I. Poder-deber cautelar del juez
- II. El juez y el poder-deber de limitación de actos de alegación
- III. Poder-deber del juez de conducción y dirección del proceso
- IV. Poder-deber de prevenir y sancionar el abuso procesal
- V. Poder-deber de administración de la prueba
- VI. Poder-deber de apreciar la prueba

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Definición de la revista

- La *Revista de Ciencias Jurídicas* es una publicación científica en el campo del Derecho.
- *Cobertura temática*: los artículos que publica pertenecen a las diversas ramas jurídicas.
- Se *publica* bajo los auspicios del convenio interinstitucional de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados de Costa Rica. Esta revista tiene *nivel* científico.
- Su *objetivo* es divulgar y difundir ensayos en las diferentes disciplinas del saber científico-jurídico, para la asesoría y apoyo logístico de estudiantes y operadores, en general, del Derecho.
- Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. América Central.
- Periodicidad: Cuatrimestral.
- Revista impresa y digitalizada.

REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Los artículos deben ser originales e inéditos.
2. El artículo no sobrepasará las 25 cuartillas tamaño carta y a doble espacio; y, se presentará con el tipo de letra *Times New Roman* en 14 puntos, las notas al pie de página en 12 puntos.
3. De cada artículo se presenta un original en papel y una versión electrónica (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.El autor es responsable de este punto 5.
6. Las páginas del artículo deben numerarse.
7. Cada trabajo presentado debe incluir la bibliografía utilizada. Esta se consignará al final y por orden alfabético del autor.
8. La bibliografía incluye los siguientes datos:
 - a) De libro: autor, año de la primera edición si está consignado, título del libro (subrayado), edición utilizada, ciudad, editorial, año, páginas.
 - b) De publicaciones periódicas: autor, título del artículo (entre comillas). Nombre de la publicación (subrayado), año, volumen, número, páginas.
 - c) De textos electrónicos: "Responsable principal. Título [tipo de soporte]. Responsable(s) secundario(s). Edición. Lugar de publicación: editor, fecha de publicación, fecha de actualización/visión. Descripción física. (Colección). Notas. Disponibilidad y acceso [Fecha de consulta]. Número actualizado".
Ejemplo: "Library of Congress. *History and development of the Library of Congress machine-assisted realization of the virtual electronic library* [en línea]. [Washington, D.C.: Library of Congress], 15 June 1993. <gopher://lcmrvel.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 o de arbitraje.

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
San José, Costa Rica
www.lilcr.com
Tel. (506) 235-0011
382363