

ISSN
00347787

2009

ISSN
00347787

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS
119

SEPARATAS

SAN JOSÉ, COSTA RICA
MAYO - AGOSTO

(Cuatrimestral)
2009



119





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

Se agradece la colaboración de la Escuela de Lenguas Modernas de la Universidad de Costa Rica en las personas de su Directora Dra. Gilda Pacheco Acuña; y, a la Profesora M.L. Carmen Carazo Coronado.





CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Gilberto Corella Quesada	Presidente
Licda. Stella Santamaría Quesada	Coordinadora de Enlace y Pro-secretaria
Licda. Roxana Pujol Sobalvarro	Secretaria
Licda. Ana Lorena Castro Corrales	Vocal 5

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

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL:

Dra. Marcela I. Basterra	Argentina
Dr. Agustín Gordillo	Argentina
Dr. Rodrigo Polanco Lazo	Chile
Dr. Jorge Witker Velásquez	Chile
Dr. Jaime Santofimio Gamboa	Colombia
Dra. Josefina García García-Cervigón	España
Dr. Luciano Parejo Alfonso	España
Dra. María Paz Pous De la Flor	España
Dr. Juan Pérez Gálvez	España
Dr. Jaime Rodríguez Arana	España
Dr. Francois Collart-Dutilleul	Francia
Dr. Jorge Adame Goddard	México
Dr. Jorge Fernández Ruiz	México
Dr. Pedro López Elías	México
Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano	México
Magister Carlos Gasnell Acuña	Panamá
Dra. Yoselyn Bermúdez Abreu	Venezuela
Dr. Allan Randolf Brewer Carías	Venezuela





Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119, 2009, 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**

119

SAN JOSE, COSTA RICA
2009
MAYO - AGOSTO
(Cuatrimestral)





JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2009

Presidente:

Lic. Gilberto Corella Quesada

Vicepresidenta:

Dra. Marina Volio Brenes

Secretaria:

Licda. Roxana Pujol Sobalvarro

Prosecretaria:

Licda. Stella Santamaría Jiménez

Tesorera:

M.Sc. María del Rocío Cerdas Quesada

Vocal 1:

Lic. Viamney Guzmán Alvarado

Voca 2:

Lic. Fabio Vincenzi Guilá

Vocal 3:

Licda. Jenny Hernández Solís

Vocal 4:

Lic. Christian Hess Araya

Vocal 5:

Licda. Ana Lorena Castro Corrales

Fiscal:

Lic. Jorge Luis Bolaños Vargas



AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rectora:

Dra. Yamileth González García

Directora Consejo Universitario:

M.L. Ivonne Robles Mohs

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

Decana Sistema de Estudios de Posgrado

Dra. Gabriela Marín Raventós

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. Fernando Durán Ayanegui





PRESENTACION

En este número se publican estudios en el Derecho Probatorio, Constitucional, Judicial, de las Universidades Públicas; y, Teoría del Estado.

Además, se incluyen las reseñas bibliográficas respectivas.

El director - editor





INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	9
 Ensayos:	
El uso de documentos en el juicio oral <i>Dr. Alejandro Decastro González</i>	13
La dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Institucional Italiana <i>Máster Haideer Miranda Bonilla</i>	37
Sistema de elección de magistrados(as) talón de Aquiles de la justicia costarricense <i>Dr. Omar Vargas Rojas</i>	69
El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	107
El concepto de Estado y los aportes de Maquiavelo a la teoría del Estado <i>Msc. Marcela Echandi Gurdíán</i>	155
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	185





DECASTRO GONZÁLEZ: El uso de documentos en el juicio oral

EL USO DE DOCUMENTOS EN EL JUICIO ORAL

Dr. Alejandro Decastro González^()*

(Recibido 13/05/08; aceptado 26/11/08)

(*) Alejandro Decastro González. Abogado litigante. Coordinador Académico de la Defensoría Pública - Defensoría del Pueblo de Colombia. Diplomado en Derechos Fundamentales. Diplomado en Casación Penal. Especialista en Derecho Constitucional Comparado de la Universidad Autónoma de Madrid en Convenio con la Universidad Autónoma de Madrid. Conjuez de las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Medellín y Antioquia, del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia y del Tribunal Administrativo de Antioquia. Autor del libro *“El Contrainterrogatorio. Estudio sobre la práctica de la prueba testimonial adversa”*, Editorial Comlibros, Medellín, 2005, ISBN 958-33-7828-3. E mail: decastro@une.net.co, Tel/fax: + 57 (4) 262 32 55 (Medellín, Colombia).





RESUMEN

La entrada en vigencia del sistema penal acusatorio en buena parte de Latinoamérica, desde finales del siglo pasado y comienzos del presente, plantea cambios fundamentales en la litigación; uno de esos cambios tiene que ver con el uso adecuado de los documentos y escritos en la audiencia de juicio oral, aspecto que ni resultaba problemático en los anteriores sistemas procesales mixtos-escriturales con tendencia inquisitiva. El presente artículo aborda esa problemática y plantea la correcta utilización que se le debe dar a los documentos y escritos en la audiencia de juicio oral.

Palabras clave: Oralidad. Litigación. Sistema acusatorio. Juicio oral. Impugnación de credibilidad de testigos. Escritos para refrescar memoria. Escritos de pasada memoria. Prueba documental.

ABSTRACT

The coming into effect of the criminal adversarial system in a large part of Latin America during the final years of the last century and the beginning of the current one, suggests fundamental changes in litigation; one of those changes has to do with the appropriate use of instruments and documents in the oral trial hearing, an aspect that was not problematic in previous mixed-written procedural systems of inquisitive tendency. This article approaches said problem and proposes the correct use of the instruments and documents in oral trial hearings.

Key words: Oral trial. Litigation. Adversarial system. Trial proceeding, Contesting the basis of credibility. Instruments and documents to refresh memory. Instruments and documents of past recollection. Documentary evidence.





SUMARIO

- I. Introducción
- II. Desarrollo conceptual
 - a) Uso de documentos para refrescar la memoria del testigo
 - b) Uso de documentos para impugnar la credibilidad del testigo
 - c) Uso de documentos para fundamentar y aclarar la respuesta del testigo experto
- III. Conclusión
- IV. Bibliografía







DECASTRO GONZÁLEZ: El uso de documentos en el juicio oral

1. INTRODUCCIÓN

Estas reflexiones parten de la experiencia del sistema acusatorio colombiano (adoptado mediante Ley 906 de 2004); sin embargo, las mismas tienen vocación académica de proyección a todo sistema acusatorio, especialmente a los modelos latinoamericanos. De ahí que sus presupuestos y conclusiones pueden extenderse sin dificultad a los distintos modelos de sistema acusatorio vigentes en la región en lo que a utilización de documentos en el juicio oral se refiere.

Este artículo discurre sobre la debida utilización que corresponde en el juicio oral a ciertos documentos que componen la preparación del caso de las partes, como por ejemplo, los informes oficiales (policivos, ejecutivos, etc.), dictámenes periciales o “resúmenes de la opinión pericial”, exposiciones y entrevistas, entre otros.

Desde los inicios de la práctica forense en el sistema acusatorio colombiano se percibe en los intervinientes un afán por “introducir” al juicio oral *todos* los “documentos” –en sentido amplio– que tienen en su poder y que fueron descubiertos bien en la audiencia de acusación (por la Fiscalía) o en la audiencia preparatoria (por la defensa).

Por ejemplo, es normal que a través del agente de policía que elaboró y suscribió el informe de captura en flagrancia se “introduzca” el mismo; o que se haga lo propio a través del perito respectivo con el dictamen preliminar, o definitivo, en los casos de estupeficientes; e incluso, algunas veces se introduce en el juicio oral la exposición o la entrevista con quien la tomó.

En la audiencia de formulación de acusación el Fiscal descubre en sus partes la carpeta que conforma su caso; pareciera que con el cambio de sistema se produjo una especie de asimilación o equivalencia entre ese legajo de documentos y lo que se denominaba “expediente” en la práctica forense correspondiente a las anteriores regulaciones procesales, lo cual, sumado a una errada concepción del actual sistema, ha contribuido a que los intervinientes perciban el juicio oral como una oportunidad para “reconstruir” esa carpeta mediante la introducción a cuenta gota, y con la aprobación del Juez, de todos los “documentos” que la componen.

Al analizar esta curiosa práctica se denota el deseo de “desarmar” el expediente en la audiencia respectiva donde se deban descubrir uno





a uno sus componentes para luego “rearmarlo” en la audiencia de juicio oral mediante la introducción de cada una de sus partes mediante “testigos de acreditación”.

Este afán por *introducir todo* al juicio oral es comprensible por cuanto el “expediente” otorgaba seguridad psicológica a los operadores jurídicos del anterior sistema mixto-escritural (regulado mediante Ley 600 de 2000); la costumbre de lo escrito y la novedad de la utilización del “registro” para recoger las manifestaciones orales hace que la actual regulación genere inseguridad y poca confianza en el interviniente por la dificultad de consulta del registro, la rapidez de la actuación y la carencia de unas destrezas cognitivas que eran innecesarias en el anterior sistema pero imprescindibles en el actual: buena memoria, rapidez de pensamiento, facilidad de expresión y capacidad de persuasión oral, entre otras.

Y también se percibe en los jueces, las más de las veces, una actitud complaciente con la introducción, por las partes, de la mayor cantidad posible de información documental, la cual se filtra hacia la valoración del testimonio oral, pues junto con éste se introduce un “testimonio documental” que termina haciendo parte de la actuación.

Este enfoque de litigación desconoce abiertamente la esencia del sistema penal acusatorio diseñado en la Ley 906 de 2004, a la par que atenta contra sus principios fundamentales y vigencia efectiva. En efecto, el sistema acusatorio pretende que la prueba ingrese mediante los testigos que declaran *oralmente* ante el Juez, jamás que se sustituyan sus declaraciones orales por escritos o documentos previos. El uso de documentos y escritos en un juicio oral es bastante limitado y sujeto a estrictas reglas técnicas que deben ser perfectamente dominadas por los intervinientes y el juez.

De no ser así, la nueva sistemática habrá implicado la continuación del método de enjuiciamiento anterior, con la diferencia de que “La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido.”⁽¹⁾ Un cambio legislativo tan importante no se justifica con algo que ya permitía la regulación anterior.⁽²⁾

(1) Artículo 9 de la Ley 906 de 2004.

(2) El artículo 147 de la Ley 600 de 2000 permitía grabar las diligencias: “*Requisitos formales de la actuación. Las actuaciones deberán*





DECASTRO GONZÁLEZ: El uso de documentos en el juicio oral

2. DESARROLLO CONCEPTUAL

Baytelman y Duce advierten lo siguiente en cuanto a la experiencia procesal adversarial chilena:

“La primera cuestión que es necesario despejar, aun cuando sea un tanto obvia en la lógica de un sistema acusatorio, es que la regla general del sistema sólo considera como testigo a la persona que comparece al juicio a prestar declaración en la audiencia, sometiéndose a las reglas de examen y contraexamen. Su declaración personal no puede ser sustituida o reemplazada por la lectura de actas anteriores en las que consten versiones previas de la misma. En este esquema, un testigo o la prueba testimonial jamás podrá ser la lectura de un acta o protocolo en el cual consta una declaración prestada en forma previa ante algún órgano del sistema (fiscalía o tribunal, por ejemplo). Solo es testigo y puede ser valorada como prueba testimonial la declaración prestada *en juicio* por la persona que comparece al tribunal bajo el formato de presentación de la prueba testimonial (examen directo y contraexamen).”⁽³⁾

Y agregan:

“Uno de los mayores desafíos para la real implementación de juicios orales genuinamente adversariales es la correcta comprensión acerca del rol y uso que se puede dar en juicio a las declaraciones previas rendidas por testigos y peritos. Así, existe una tendencia casi irrefrenable de parte de los

adelantarse en idioma castellano y se recogerán por el medio más idóneo disponible. Si estuvieren en otro idioma o la persona no pudiere expresarse en castellano, se hará la traducción correspondiente o se utilizará un intérprete...”

- (3) Cf. BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., Mauricio, *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Fondo de cultura económica, México, 2005, p. 108, cursivas en el texto original.





Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (13-36) mayo-agosto 2009

litigantes que provienen de sistemas inquisitivos de intentar introducir al juicio oral los documentos en los que constan las declaraciones previas, como si fueran esas declaraciones previas las que el tribunal debiera valorar para adoptar su decisión final del caso. Nada más alejado a la lógica del juicio oral en un sistema acusatorio.

La regla general de un juicio oral, en un sistema acusatorio, es que la prueba de testigos y peritos consiste en la comparecencia personal del testigo o perito al juicio y su declaración será aquella que se presenta en el mismo juicio oral. (...) En consecuencia, la única información que el tribunal al puede valorar para efectos de su decisión es la entregada por los testigos y peritos en su declaración personal prestada en el juicio. Toda otra declaración previa prestada por ellos antes del juicio no tiene valor ni puede utilizarse en reemplazo de la declaración personal de los testigos y peritos el día del juicio, salvo algunas excepciones que suele contemplar la legislación comparada en la materia..."⁽⁴⁾

Un "documento", escrito o declaración previa ciertamente pueden hacerse valer en el juicio oral de distintas formas y con variadas finalidades, como pasa a explicarse⁽⁵⁾:

De un lado, un documento puede ser utilizado en juicio *como medio de prueba* propiamente dicho, es decir, con *finalidad probatoria sustantiva* o para probar la verdad de lo contenido en el documento, bien en la modalidad de (i) prueba directa o (ii) *prueba de referencia*, si resultare admisible.

En el primer caso el documento *sustituye la declaración del testigo* porque aquél es *lo que prueba el hecho* al que se refiere; el documento es el **fin** y el testigo de acreditación –con el que se incorpora o acredita el documento– es el **medio**; nótese como *no es el*

(4) *Ibíd.*, pp. 253 y 254.

(5) La doctrina de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia sobre la materia se condensa en la sentencia del 9 de noviembre de 2006 (Radicado 25738), reiterada en auto del 7 de febrero de 2007 (Radicado 26727).





DECASTRO GONZÁLEZ: El uso de documentos en el juicio oral

*testigo quien prueba la verdad del hecho al que se refiere el documento, sino que con éste se introduce el documento que es la prueba en sí de su contenido. Es por eso que el artículo 433 de la Ley 906 de 2004, ubicado dentro de la Parte IV sobre “Prueba Documental” se refiere al evento en que “se exhiba un documento **con el propósito de ser valorado como prueba...**”*

Mediante un ejemplo se puede explicar más claramente esta situación: un testigo puede reconocer el título valor que firmó y entregó a cambio de una mercancía, evento en el cual el documento será la prueba (documental) de su contenido. En cambio, en el caso del agente de policía que elabora el informe de captura en flagrancia, lo que prueba directamente el hecho allí consignado (la captura) es el testigo que la llevó a cabo; pero si ese mismo informe se aportara al proceso como prueba de referencia⁽⁶⁾ lo que demostraría el hecho allí contenido sería el propio informe, no el testimonio del testigo de acreditación con que se introduzca.

De otro lado, repárese en que *no todo documento que se usa en juicio tiene vocación de **convertirse en prueba** en el juicio oral*. Los documentos, escritos y declaraciones previas también se pueden “hacer valer” en el juicio oral pero con finalidades distintas a la ya expresada, como son las siguientes:

- a) Para refrescar la memoria del testigo
- b) Para impugnar la credibilidad del testigo
- c) Para fundamentar y aclarar la respuesta del testigo experto

En estos tres casos el documento no se usa para *hacerlo valer como prueba sustantiva* de los hechos a los que se refiere su contenido *ni para sustituir la declaración del testigo*. Si el documento se usa con esas finalidades estaríamos ante prueba de referencia (artículo 437 de la Ley 906/04), que por regla general es inadmisibles, salvo taxativas excepciones (artículos 379 y 438 *ibídem*).

(6) Por ejemplo, porque para el momento del juicio oral el agente de Policía que elaboró el informe y efectuó la captura “padece de una grave enfermedad que le impide declarar”, Cfr., art. 438.c) de la Ley 906 de 2004.





Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (13-36) mayo-agosto 2009

Estos eventos implican, en los términos del artículo 346 de la Ley 906/04, que el documento, declaración previa o escrito no tiene vocación de ser “*aducido al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio*”.

En los tres casos señalados el documento no se *introduce como “prueba”* en el juicio oral; es más: *no se introduce*, ya que el documento es un simple **medio** (con alguna de tres finalidades especificadas) y el **fin** es el testimonio del testigo que opera como *medio de prueba* para acreditar los hechos del caso, es decir con finalidad de *prueba sustantiva* o “con el propósito de ser valorado como prueba” (art. 433 *ibídem*).

Veamos cada una de estas tres finalidades con que puede usarse el documento en el juicio oral:

a) Uso de documentos para refrescar la memoria del testigo

A esta finalidad se refieren los artículos 392.d) y 399 de la Ley 906 de 2004. La primera de las normas dispone:

“Artículo 392. *Reglas sobre el interrogatorio*. El interrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones:

(...)

- d) ***El juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria***. En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos;”

Por su parte, el artículo 399 expresa:

“Artículo 399. ***Testimonio de policía judicial***. El servidor público de policía judicial podrá ser citado al juicio oral y público a rendir testimonio con relación al caso. *El juez podrá autorizarlo para consultar su informe y notas relativas al mismo, como recurso para recordar.*”



DECASTRO GONZÁLEZ: El uso de documentos en el juicio oral

Se repite que *en estos casos el documento no se introduce como prueba sino que se lo utiliza para refrescar la memoria del testigo*. Nada más. Al respecto E. Chiesa Aponte, refiriéndose a las reglas de evidencia de Puerto Rico y de Estados Unidos, explica lo siguiente:

“Cuando el testigo sólo utiliza el escrito para refrescar memoria, lo que se recibe como prueba de la parte que presenta el testigo es su testimonio, no el contenido del escrito. El escrito, para probar la verdad de las declaraciones contenidas en él, constituye prueba de referencia.”⁽⁷⁾

Y agrega:

“Se permite al testigo refrescar la memoria por medio de un escrito, y se recibe como evidencia el testimonio del testigo sin que sea necesario usar las declaraciones en el escrito como prueba sustantiva, por lo que no se suscita un problema de prueba de referencia. Si se utilizara el escrito para probar las declaraciones contenidas en él, habría que hallar alguna excepción a la regla de exclusión de prueba de referencia.”⁽⁸⁾

El uso de documentos o declaraciones previas para refrescar o ayudar a la memoria del testigo requiere la previa fundamentación por el interrogador de unas precisas *bases probatorias* que bien pueden resumirse así⁽⁹⁾:

- 1) Fundamentar la falta de memoria del testigo sobre un hecho.
- 2) Fundamentar la existencia de una declaración previa en la que el testigo recuerda ese hecho.
- 3) Fundamentar la utilidad de la declaración previa para refrescar la memoria sobre ese hecho.
- 4) Exhibición y reconocimiento de la declaración previa por parte del testigo.

(7) CHIESA APONTE, Ernesto L. *Tratado de Derecho Probatorio*, Tomo I, Publicaciones JTS, 2005, p. 359.

(8) *Ibíd.*, Tomo II, p. 688.

(9) Cf. BAYTELMAN A., Andrés y Duce J., Mauricio, *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*, pp. 258-270.



Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (13-36) mayo-agosto 2009

- 5) Que el testigo lea para sí la declaración previa en lo pertinente (ya que el documento no debe sustituir la declaración del testigo).
- 6) Fundamentar que la declaración previa refrescó la memoria.
- 7) Solicitar al testigo el texto de la declaración previa (para evitar que “lea” su testimonio).
- 8) Interrogar para que el testigo declare sobre el hecho no recordado previamente.

Un ejemplo ilustra la situación: El testigo recuerda el accidente de tránsito pero olvida el detalle de las placas del vehículo que pasó el semáforo en rojo y arrolló la motocicleta, pero la Fiscalía y el testigo saben que él anotó el dato en un papelito que luego le entregó al guarda de tránsito que se hizo presente en el lugar de los hechos. El interrogatorio puede adoptar este formato para refrescar la memoria del testigo sobre el detalle de las placas:

- P. Y estando allí ubicado, díganos exactamente que vio usted.
- C. Vi cuando el vehículo rojo se pasó el semáforo en rojo y atropelló a la motocicleta.
- P. ¿Puede describir más exactamente al vehículo rojo?
- C. Si, era un Mazda color rojo, tenía los vidrios polarizados y estaba en mal estado.
- P. Desde el lugar en que usted se encontraba, según ya nos explicó en el plano, ¿podía usted observar las placas de dicho vehículo?
- C. Si.
- P. ¿Vio usted las placas de dicho vehículo?
- C. Si.
- P. ¿Nos puede decir cuales eran las placas de ese vehículo?
- C. Pues, en este momento no recuerdo con exactitud, me parece que era... no, sinceramente no recuerdo ese detalle pero yo si las vi. *(Aquí se han sentado los fundamentos de la falta de memoria del testigo).*
- P. ¿Recuerda usted haberle entregado algo a un guarda de tránsito momentos después de los hechos?
- C. Si, claro, aproximadamente 15 minutos después del accidente llegó un guarda de tránsito y yo le entregué un papelito pequeño que tenía en mí poder. *(Esta respuesta fundamenta la existencia de la declaración previa).*
- P. ¿Que papelito era ese?
- C. Uno en el que anoté las placas del vehículo.
- P. ¿Porque las anotó?



DECASTRO GONZÁLEZ: El uso de documentos en el juicio oral

- C. Para que no se me fueran a olvidar, en cuanto las vi solo pensé en anotarlas.
- P. Si le mostrara ese papelito, ¿le ayudaría ello a recordar las placas del vehículo? *(Esta pregunta así como la respuesta a la misma, sienta fundamentos sobre la utilidad de la declaración previa para refrescar la memoria del testigo).*
- C. Sí, claro.
- P. Por qué.
- C. Porque yo fui el que anoté ahí las placas del vehículo.
- P. Permiso señoría para acercarme al testigo. ¿Podría decirle al señor Juez que es lo que le exhibo a usted en este momento? *(Aquí se cumple lo relativo a la exhibición y reconocimiento de la declaración previa por parte del testigo).*
- C. Es el papelito que yo le entregué al guarda de tránsito.
- P. ¿Como sabe que es ese papelito y no otro?
- C. Porque tiene la misma forma, el mismo color y las anotaciones que yo hice con mi puño y letra.
- P. Podría leer para usted en silencio lo que aparece escrito ese papelito.
- C. Sí. *(El testigo lo lee para sí a fin de evitar que el documento reemplace –no refresque– la memoria del testigo y su declaración oral)*
- P. ¿Lo leyó usted?
- C. Sí
- P. ¿Recuerda ahora, o no, cuales eran las placas del vehículo?
- C. Sí. *(Esto fundamenta que la declaración previa refrescó la memoria).*
- P. Es tan amable y me regresa el papelito. Permiso señoría para acercarme al testigo y recoger el documento *(Se retira el documento de las manos del testigo para que declare desde su memoria refrescada y no “desde” el documento).* Gracias. ¿Puede ahora decirnos cuales eran las placas del vehículo? *(Aquí se interroga al testigo para que declare sobre el hecho no recordado previamente).*
- C. Las placas del vehículo eran ASD 123.

El incumplimiento de las bases probatorias por parte del interviniente que pretenda utilizar documentos o declaraciones previas para refrescar o ayudar a la memoria del testigo puede dar lugar a que la parte contraria se oponga a la pregunta por *falta de bases probatorias*, o lo que se conoce simplemente como falta de fundamentos (*lack of foundation*). Si la objeción expone adecuadamente el yerro del



interrogador el Juez debe aceptar la oposición a fin de que la parte que pregunta asiente adecuadamente los fundamentos para refrescar la memoria del testigo. Al respecto se debe tener presente que “para revivir la memoria del testigo se permiten las preguntas sugestivas, con las precauciones de rigor.”⁽¹⁰⁾

En este aspecto conviene resaltar el conflicto aparente que se presenta entre dos normas aplicables al interrogatorio de testigos: de un lado las que prohíben *preguntas sugestivas* en el interrogatorio⁽¹¹⁾, pero, del otro, se exige que quien interroga sienta las *bases probatorias* para preguntar⁽¹²⁾. El conflicto es aparente, pues una de las excepciones a la regla general de prohibición de preguntas sugestivas durante el interrogatorio se presenta cuando se sientan las bases del interrogatorio.⁽¹³⁾

De no ser así un litigante podría habilidosamente –que no *hábilmente*– “bloquear” a su contraparte durante el interrogatorio mediante objeciones formalmente “técnicas”: cuando la contraparte pretenda “sentar las bases” para una pregunta objetaría porque la pregunta es sugestiva, y cuando aquella evite la pregunta sugestiva –que sienta los fundamentos– le objetaría por falta de fundamentos, con lo que no dejaría avanzar de ningún modo el interrogatorio.

Ahora bien: puede suceder que un testigo no logre recordar la sustancia de su testimonio a pesar de que la parte interesada intentó refrescarle la memoria. En ese evento, sentando las bases apropiadas, se podría introducir como evidencia el escrito contentivo de la declaración previa *como prueba sustantiva de referencia* bajo la excepción

(10) CHIESA APONTE, Ernesto L., *Ob. cit.*, Tomo I, p. 333.

(11) Artículo 392.b) de la Ley 906 de 2004.

(12) Esta exigencia se puede derivar de la prevista en el artículo 402 *ibídem*: “*Conocimiento personal*. El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir (...)”, de donde se deduce que primero hay que demostrarle al Juez *como* sabe el testigo aquello sobre lo *que* se le preguntará; en otras palabras, la *razón de la ciencia del dicho* del testigo precede al dicho mismo.

(13) EVANS, Keith. *Common Sense Rules of Advocacy for lawyers*, The Capitol Net. Inc., 2004, p. 115: “When laying foundation, you are allowed to use leading questions.”



DECASTRO GONZÁLEZ: El uso de documentos en el juicio oral

de *escrito de pasada memoria*.⁽¹⁴⁾ De ahí la necesidad de diferenciar claramente el uso de documentos para refrescar memoria de los escritos de pasada memoria, como explica la doctrina:

“Si el escrito no puede refrescar la memoria del testigo, de modo que éste pueda testificar a base del recuerdo revivido con la ayuda del escrito, podría resultar que el escrito mismo resultara admisible como escrito de pasada memoria. No deben confundirse una y la otra cosa. Cuando el testigo solo usa el escrito para refrescar memoria, se admite su testimonio basado en el recuerdo revivido; cuando se admite el escrito mismo, el testigo no puede recordar los hechos ni siquiera con la ayuda del escrito aunque da fe de que los mismos ocurrieron como son relatados en el escrito.”⁽¹⁵⁾

En este caso la regla de los *fundamentos* exige sentar las siguientes bases probatorias:

1. *La falta de memoria del testigo*: Pero en un grado superlativo a la exigible en el caso de simple refrescamiento de memoria, como quiera que este procedimiento se intentó previamente con resultados negativos. Las reglas de evidencia de Puerto Rico exigen que el testigo no recuerde “*lo suficiente para permitirle testificar en forma precisa*”. La Ley 906 de 2004 no consagra este requisito pero bien puede entenderse razonablemente exigible para aplicar esta excepción a la prohibición de prueba de referencia. Según esto, la regla sería aplicable “*cuando el testigo sólo recuerda en términos generales, pero no recuerda los detalles contenidos en el escrito*”.⁽¹⁶⁾

2. *El conocimiento previo del testigo*: Exigible para todo testigo por vía del art. 402 de la Ley 906 de 2004, cuando dispone que “*El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa*

(14) Artículo 438 in fine Ley 906/04: “También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en *escritos de pasada memoria* o archivos históricos.”

(15) CHIESA APONTE, Ernesto L., *Ob. cit.*, Tomo I, p. 360.

(16) *Ibíd.*, Tomo II, p. 690.

y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir.” Cuando se usa un escrito de pasada memoria es porque el testigo no recuerda de forma suficientemente precisa los hechos como para testificar idóneamente, pero nótese que en todo caso se debe exigir que *alguna vez* el testigo tuviera ese conocimiento. De ahí que se afirme que:

... el testigo debe satisfacer al tribunal en cuanto a que el contenido del escrito refleja unos datos sobre los cuales él tuvo conocimiento personal. No basta con testificar que “no lo hubiera escrito si no me hubiera constado”; el testigo debe declarar algo que permita al tribunal inferir razonablemente este elemento de conocimiento previo. Algún tipo de evidencia, aunque sea circunstancial, se debe exigir para satisfacer este requisito esencial de conocimiento previo.⁽¹⁷⁾

3. *Que el escrito se haya elaborado en un momento en que la materia estaba fresca en la memoria del testigo:* No necesariamente es asunto que dependa del transcurso del tiempo. Se trata de fundamentar que para el momento en que el testigo elaboró el escrito sus recuerdos sobre el hecho estaban frescos (*freshness*). A este respecto debe tenerse en cuenta que “*eventos importantes dejan un recuerdo más prolongado que hechos triviales o insignificantes para quien los vive o percibe. Un récord detallado de un evento tiende a sugerir que estaba presente este requisito de memoria fresca.*”⁽¹⁸⁾

4. Como último requisito, se exige que *el escrito de pasada memoria haya sido elaborado o adoptado por el testigo*, como cuestión esencial de autenticidad.

b) Uso de documentos para impugnar la credibilidad del testigo

A esta finalidad se refieren los artículos 347 y 403.4 de la Ley 906 de 2004. La primera de las normas citadas señala:

(17) *Ibíd.*, Tomo II, pp. 690-691.

(18) *Ibíd.*, Tomo II, p. 691.



DECASTRO GONZÁLEZ: El uso de documentos en el juicio oral

“Artículo 347. *Procedimiento para exposiciones.* Cualquiera de las partes podrá aducir al proceso exposiciones, es decir declaraciones juradas de cualquiera de los testigos llamados a juicio, **a efectos de impugnar su credibilidad.**

La Fiscalía General de la Nación podrá tomar exposiciones de los potenciales testigos que hubiere entrevistado la policía judicial, **con el mismo valor anotado en el inciso anterior**, si a juicio del fiscal que adelanta la investigación resultare conveniente para la preparación del juicio oral.

Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes.”

Por su parte, el artículo 403.4 dispone:

“Artículo 403. *Impugnación de la credibilidad del testigo.* La impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio, con relación a los siguientes aspectos:

(...)

4. Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías.

De nuevo conviene insistir que en estos casos *el documento, escrito o declaración previa no se hace valer, introduce o incorpora al juicio oral como prueba*, solamente se lo **utiliza**⁽¹⁹⁾ para impugnar la

(19) El art. 347 Ley 906/04 utiliza la expresión “aduce”.





credibilidad del testigo. Es por eso que el legislador advierte que la información contenida en las exposiciones “*no puede tomarse como una prueba*”, debiendo tenerse en cuenta que la Ley expresamente exige que las afirmaciones contenidas en el documento utilizado para impugnar credibilidad⁽²⁰⁾ *deben ser leídas* durante el contrainterrogatorio “*para hacerse valer en el juicio como impugnación*”.

Un ejemplo ilustra esta situación: el testigo de cargo de la Fiscalía declara en una exposición que presencié el homicidio de A por parte de B; pero en el juicio oral el testigo declara que no le consta nada sobre el homicidio de A. La Fiscalía puede impugnar la declaración rendida en juicio utilizando para ello las afirmaciones contenida en la exposición, pero *no para probar que son verdad las afirmaciones contenidos en la exposición* (que el testigo presencié el homicidio A por parte de B) *sino para impugnar la credibilidad de lo declarado en juicio*, esto es: para que el juez no le crea al testigo cuando dice que no le consta nada sobre el homicidio de A. Téngase en cuenta que lo contenido en dicha exposición es, en principio, *prueba de referencia inadmisibile* por tratarse de una declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar un aspecto sustancial objeto del debate: la responsabilidad penal de B en el homicidio de A.⁽²¹⁾

Por razones técnicas deben sentarse previamente las siguientes bases (que a la vez son reglas técnicas del litigio) para impugnar credibilidad de un testigo en juicio:

1. El contrainterrogador debe fijar la declaración inconsistente prestada en juicio.
2. El contrainterrogador debe fijar las condiciones en que se produjo la declaración previa.
3. El contrainterrogador debe exhibir y hacer que el testigo reconozca la declaración previa.
4. El contrainterrogador debe obtener del testigo la declaración previa inconsistente, teniendo en cuenta que “*Las afirmaciones*

(20) Por Ej. en las exposiciones, por disposición expresa del art. 347, pero debe extenderse la exigencia a toda declaración previa que se use con propósitos de impugnación de credibilidad, como las entrevistas (art. 271), las declaraciones juradas (art. 272) y los interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías (art. 403.4), entre otros.

(21) Artículos 437 y 438 Ley 906/04.





DECASTRO GONZÁLEZ: El uso de documentos en el juicio oral

hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio”.

El siguiente formato ilustra esta metodología: en el informe policivo el agente de Policía señala que se bajó de su moto y, cuando se disponía a hacer la requisa, vio que el acusado arrojaba una bolsa negra al piso que posteriormente se determinó contenía sustancia estupefaciente; pero en el interrogatorio en juicio el agente declaró que cuando iba manejando la motocicleta (sin bajarse de la misma) vio que el acusado arrojó una bolsa negra al piso. Dejando de lado el asunto de la relevancia de la contradicción, la impugnación por declaración previa inconsistente se puede presentar así:

- P. Usted le dijo a la Fiscal hace un momento que “iba manejando cuando vi que el arrojó la bolsa al piso”, ¿es eso cierto?
- C. Sí.
- P. ¿Esta seguro de haber visto eso?
- C. Sí.
- P. Pero han pasado cuatro meses desde que so ocurrió, ¿no estará usted confundido?
- C. No, estoy seguro de que fue así. *(Aquí el contrainterrogador ha fijado la declaración inconsistente prestada en juicio).*
- P. Usted elaboró un informe de captura en flagrancia, ¿cierto?
- C. Sí.
- P. Y ese informe se elaboró el mismo día en que se dio la captura, ¿o no?
- C. Sí.
- P. ¿Dijo usted la verdad en ese informe?
- C. Sí.
- P. Ese informe se rinde bajo juramento, ¿correcto?
- C. Correcto.
- P. ¿Y usted recordaba mejor estos hechos cuando hizo ese informe o ahora, cuatro meses después?
- C. Los recordaba mejor cuando hice el informe. *(Aquí el contrainterrogador ha fijado las condiciones en que se produjo la declaración previa).*
- P. Permiso señoría para acercarme al testigo *(Se le exhibe el informe)*. Dígame si reconoce o no esto.
- C. Sí, es el informe policivo que yo elaboré de este caso.
- P. ¿Es esa su firma?
- C. Sí. *(Aquí el contrainterrogador ha exhibido y ha hecho que el testigo reconozca la declaración previa).*





Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (13-36) mayo-agosto 2009

- P. ¿No es cierto que en ese informe de policía usted dijo “me bajé de la motocicleta e inmediatamente vi cuando el arrojó la bolsa al piso”? (*El contrainterrogador intenta obtener del testigo la declaración previa inconsistente leyendo la afirmación respectiva contenida en la misma*).
- C. (...)

Ahora bien: el procedimiento de impugnación puede culminar con alguna de las siguientes situaciones:

- a) El testigo reconoce el contenido de la declaración previa con la que se le impugna.
- b) El testigo desconoce o no recuerda la declaración previa con la que se le impugna.

Si ocurre lo primero el procedimiento de impugnación está completo y la credibilidad del testigo ha sido atacada. Son innecesarias, antitécnicas y objetables las expresiones de parte tendientes a argumentarle al Juez que impugna la credibilidad del testigo por determinadas razones.⁽²²⁾

Cumplido el procedimiento de impugnación de credibilidad no parece razonable exigir la introducción de la declaración previa por medio del testigo de acreditación respectivo⁽²³⁾ porque el testigo ya reconoció que hizo esa declaración y su respuesta afirmativa en la diligencia de testimonio es la “prueba”, dentro del juicio, de que él hizo esa declaración.

(22) Esta práctica es muy común en los funcionarios de la Fiscalía. En la dinámica del testimonio en el sistema acusatorio solo es admisible preguntar u objetar preguntas (en cuanto a las partes) y responder (en cuanto al testigo). Los argumentos tienen su escenario natural en los alegatos de conclusión y las réplicas, donde se debe presentar la conclusión o valoración de la impugnación. Esta costumbre de “decir” que se impugna la credibilidad del testigo se asemeja a la práctica forense del proceso civil de “tacha” del testigo de la contraparte. De otro lado, la impugnación de credibilidad habla por sí misma si se llevó a cabo correctamente.

(23) Por ejemplo mediante el investigador que realizó la entrevista o el funcionario de policía judicial que tomó la exposición.



DECASTRO GONZÁLEZ: El uso de documentos en el juicio oral

Pero si se presenta la segunda alternativa resulta aconsejable que la parte interesada introduzca al juicio la respectiva declaración previa, y aquí conviene una vez más precisar lo que se viene sosteniendo a lo largo de este escrito: en este caso la declaración previa se introduce al juicio oral con el respectivo testigo de acreditación no para probar la verdad del contenido de la declaración previa (finalidad de prueba sustantiva) sino y únicamente “*para hacerse valer en el juicio como impugnación*” (artículo 347 Ley 906/04), es decir: para probar que la declaración previa *fue hecha por el testigo*, toda vez que él niega o no recuerda haberla hecho.

Si la declaración previa se introduce con “finalidad de prueba sustantiva” estaríamos ante un caso de *prueba de referencia*, en principio inadmisibles, salvo que se configure para el caso alguna de las excepciones legales de admisibilidad (art. 438). Esto se traduce prácticamente en que el Juzgador no puede dar por probados en la sentencia los hechos contenidos en la declaración previa usada con fines de impugnación de la credibilidad del testigo. Si lo hiciera podría incurrir en error de hecho por falso juicio de legalidad al tener por probado un hecho sin el cumplimiento de las formalidades legales esenciales.

Cuando el testigo niega o no recuerda haber hecho la declaración previa el procedimiento de impugnación se completa al probarse que el testigo hizo la respectiva declaración previa.

Es por lo anteriormente expuesto que la doctrina anglo-norteamericana sostiene:

“If the witness admits the inconsistency, then the impeachment is complete, and you usually are not permitted also to introduce the statement into evidence unless you can lay the foundation for a hearsay exception. However, if the witness denies or does not remember making the statement, you may introduce it and read the inconsistent portion to the jury.”⁽²⁴⁾

(24) TANFORD, J. Alexander. *The Trial Process: Law, Tactics and Ethics*, LexisNexis, 3rd edition (August 2002), p. 324, traducción: “Si el testigo admite la inconsistencia, entonces la impugnación está completa y normalmente a usted no se le permitirá introducir en evidencia la



c) Uso de documentos para fundamentar y aclarar la respuesta del testigo experto

Este evento solo se permite en la Ley para el caso de la declaración de peritos o expertos. En estos casos la regla de los fundamentos exige sentar las siguientes bases:

- 1) Establecer la necesidad que tiene el testigo de fundamentar o aclarar la respuesta. Al igual que en el refrescamiento de memoria, usualmente esto ocurre a iniciativa del testigo.
- 2) Fundamentar la existencia de un documento previo en el cual el testigo consignó la materia sobre la que declara.
- 3) Establecer la utilidad del documento o dictamen para fundamentar o aclarar la respuesta.
- 4) Exhibición y reconocimiento del escrito o dictamen.
- 5) Que el testigo lea el escrito o dictamen en lo pertinente.
- 6) Establecer que el escrito o dictamen sirvió para fundamentar o aclarar la respuesta.
- 7) Solicitar el escrito o dictamen.
- 8) Interrogar por el hecho que requería fundamentación o aclaración.

3. CONCLUSIÓN

No deben ser introducidos *todos* los documentos o escritos utilizados, firmados o relacionados con el testigo que declara en el juicio oral.

Se reserva el uso del documento como prueba sustantiva cuando el hecho contenido en él se pretende probar como *fin* en si mismo, no con la declaración de testigo que funge como *medio* para acreditar el documento.

Los documentos o escritos también se pueden utilizar para refrescar memoria o para impugnar la credibilidad de los testigos, y en

declaración, a menos que pueda fundar las bases para una excepción de prueba de referencia. Sin embargo, si el testigo niega o no recuerda la declaración previa, usted puede introducirla y leer la porción inconsistente al jurado.”





DECASTRO GONZÁLEZ: El uso de documentos en el juicio oral

el caso de los expertos para fundamentar o aclarar sus respuestas. En estos tres casos el documento no se introduce al juicio oral sino que se lo utiliza con esas expresas finalidades como un *medio*, siendo la declaración o testimonio la prueba en cuanto tal. Si el refrescamiento de memoria es ineficaz el documento puede ser introducido como prueba de referencia (escrito de pasada memoria), bajo ciertas condiciones.

BIBLIOGRAFÍA

BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., Mauricio. *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Fondo de cultura económica, México, Segunda edición, 2005, pp. 434.

CHIESA APONTE, Ernesto L. *Tratado de Derecho Probatorio*. Tomo I, Publicaciones JTS, Primera edición, 2005, pp. 563.

COSGROVE, David B. "Perpetual Confusión: The use of Prior Inconsistent Statements in Certain Criminal Proceedings", *Journal of the Missouri Bar*, Vol. 53, No. 6, Noviembre-Diciembre de 1997, en <http://www.mobar.org/journal/1997/novdec/cosgrove.htm>

EVANS, Keith. *Common Sense Rules of Advocacy for lawyers*. The Capitol Net. Inc., Rev. ed., Alexandria, 2004, pp. 240.

TANFORD, J. Alexander. *The Trial Process: Law, Tactics and Ethics*. LexisNexis, 3rd edition (August 2002), pp. 445.







MIRANDA BONILLA: La dignidad humana en la jurisprudencia...

LA DIGNIDAD HUMANA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA

Máster Haideer Miranda Bonilla^(*)

Abogado costarricense

(Recibido 03/07/08; aceptado 26/11/08)

*“L’attuazione di una Maggiore protezione dei diritti
dell’uomo é commessa con lo sviluppo della civiltá umana”*

NORBERTO BOBBIO

(*) Máster en Derecho Europeo, Universidad de Italia.
Letrado de la Sala Constitucional.
Agradezco al Prof. Q. Camerlengo y T. Giovannetti por la valiosa
colaboración brindada en la realización de la presente investigación.
e-mail: haideerm@gmail.com
Teléfono 2295-4402.





RESUMEN

El presente estudio tiene la finalidad llevar a cabo un análisis del valor que ha recibido la dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana, en más de 50 años de labores. Al respecto, derivado de una interpretación sistemática del texto constitucional (art. 2 y 3) encontramos no sólo una dimensión individual sino social de la dignidad humana, que encuentra una estrecha relación con el derecho a la salud, la privacidad y con las condiciones de los centros de trabajo y de los privados de libertad. Por otro lado, este valor supremo constitucional encuentra reconocimiento en una importante jurisprudencia de la Tribunal Constitucional Alemán que puso límite al actuar del legislador en el combate del terrorismo internacional, así como en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Palabras clave: Corte constitucional italiana, Dignidad humana, Derecho a la salud, Derecho a la privacidad, condiciones de los privados de libertad, terrorismo internacional, Carta Europea de Derechos Fundamentales.

SINTESI

La presente ricerca ha come finalità un'analisi del valore che ricevuto la dignità umana nella giurisprudenza de la Corte costituzionale italiana, in più di 50 anni di lavori. Al rispetto, attraverso una interpretazione sistematica del testo costituzionale (art. 2 e 3) troviamo non solo una dimensione individuale se non sociale della dignità umana, la quale ha un stretto rapporto con il diritto alla salute, il diritto alla intimità e con le condizione dei centri di lavoro e dei detenuti. Peraltro, questo valore supremo costituzionale ha avuto un riconoscimento importante in una recente sentenze del Tribunale Costituzionale Tedesca che ha posto dei limite al legislatore nel combattere il terrorismo internazionale, come nella Carta Europea dei Diritti Fondamentali.

Parole chiavi: Corte costituzionale italiana, dignità umana, Diritto alla salute, Diritto alla intimità o privacy, condizioni dei detenuti, condizioni dei lavoratori, terrorismo internazionale, Carta Europea dei Diritti Fondamentali.





SUMARIO

1. Consideraciones preliminares
2. La dignidad humana como valor supremo constitucional
3. La dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Constitucional
 - a) Estrecha relación de la dignidad con la tutela de la salud
 - b) La dignidad y tutela de las condiciones del trabajo
 - c) Dignidad y tutela del derecho a la privacidad
 - d) Dignidad y condiciones de los privados de libertad
4. Terrorismo internacional: seguridad jurídica vs. dignidad humana
5. Nuevas dimensiones del valor de la dignidad humana:
La Carta Europea de Derechos Fundamentales
6. Conclusiones
7. Bibliografía







MIRANDA BONILLA: La dignidad humana en la jurisprudencia...

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana –en más de 50 años de actividad– en torno al concepto de la dignidad humana, aun con el limitado alcance que un artículo impone, ha de partir necesariamente en el encuadramiento sistemático que ese valor o principio encuentra en la norma fundamental, pues ello permitirá comprender los pronunciamientos jurisprudenciales y, más concretamente, la funcionalidad que su reconocimiento tiene en la Constitución Italiana (1948).⁽¹⁾

Al respecto, este principio encuentra reconocimiento en el Título Constitucional dedicado a los “Principios Fundamentales”, específicamente en el artículo 2, que reconoce la fórmula de los “derechos inviolables de la persona”⁽²⁾, la cual ha sido dotada de un contenido extraordinario en la jurisprudencia de la Corte Constitucional –en adelante Corte. Dicho numeral se encuentra íntimamente relacionado con el artículo 3, el cual dispone que “Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, ni circunstancias personales y sociales.” Por otra parte, un reclamo más específico lo encontramos en el artículo 32, 2 el cual dispone que “los tratamientos sanitarios obligatorios no pueden en ningún caso violar los límites impuesto por

(1) Para conmemorar el 50 aniversario de la Corte Constitucional se publicaron una serie de obras académicas entre las cuales puedo referir: *1956-2006. Cinquant'anni di Corte Costituzionale*. Editorial de la Corte Constitucional, III Tomos, Roma, 2006. *Corte Costituzionale e Processo Costituzionale. Nell'esperienza delle "Rivista Giurisprudenza Costituzionale" per il Cinquantésimo Anniversario*, a cargo de Alessandro Pace. Editorial Giapicchelli, Torino, 2007. ROMBOLI, ROBERTO. *L'accesso alla giustizia costituzionale caratteri, limiti, prospettive di un modello. 50 anni di Corte Costituzionale*. Editoriale Scientifiche Italiana, Napoli, 2007.

(2) La fórmula derechos inviolables de la persona humana, se encuentra garantizada, en las modernas Constituciones y en las Declaraciones de derechos, en tanto sirven a la afirmación de la dignidad del hombre y de la garantía del plano desarrollo de su personalidad (...) en efecto el signo de la más alta evaluación que el Constituyente ha querido expresar hacia los derechos que determinan la consistencia in se de la persona humana, que es propiamente la llamada dignidad humana. Ver al respecto, BALDASSARE, A. Definición *Diritti inviolabile*, en *Enciclopedia Giuridica, Treccani*, vol, XI, Torino, 1989, p. 13.





el respeto de la persona humana, así como en el numeral 36.1 que determinar que “el trabajador tendrá derecho a una retribución proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y suficiente, en cualquier caso, para asegurar a su familia y a él una existencia libre y decorosa” y finalmente como límite al ejercicio de las libertades económicas al disponer el artículo 41 que “la iniciativa económica privada, no podrá, sin embargo, desenvolverse en oposición al interés social o de tal modo que inflija un perjuicio a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana”.

Los pronunciamientos del supremo intérprete de la Constitución y garante último de los derechos fundamentales⁽³⁾ que se refieren a la dignidad personal se encuentran realizados al hilo de la delimitación del contenido de ciertos derechos fundamentales que sí tienen un reconocimiento expreso en el texto constitucional, en relación con su contenido sustantivo, como por ejemplo el derecho a la salud, el respecto a la vida privada y el secreto de la comunicaciones. En este contexto, la estrecha conexión de los numerales 2 y 3 en la arquitectura de la Constitución italiana, hacen en palabras de un juez constitucional que “la dignidad se presenta como un plus-valor, en tanto es el centro del principio personalista, que junto al principio de igualdad, sustentan el gran edificio del constitucionalismo contemporáneo.”⁽⁴⁾

(3) Las funciones de la Corte Constitucional, vienen determinados por un acceso directo o en vía principal que permite al Estado y a las Regiones en determinados supuestos contenidos en el artículo 117 constitucional y un acceso incidental o en vía indirecta, que garantiza al juez formular una consulta cuando en el curso de un proceso tiene dudas sobre la constitucionalidad de un norma que tiene que aplicar en la resolución del caso en concreto. Ver en este sentido, ROMBOLI, Roberto. *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*. Editorial, Giappichelli, Torino, 2006.

(4) Cf. SILVESTRE, Gaetano. *Considerazione sul valore costituzionale della dignità umana*. En www.associazionedeicostituzionaliti.it





MIRANDA BONILLA: La dignidad humana en la jurisprudencia...

2. LA DIGNIDAD HUMANA COMO VALOR SUPREMO DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

El término “dignidad humana” –no de fácil definición– ocupa un espacio relevante en la historia milenaria de la filosofía moral y también de la teología, sin embargo en el campo jurídico y constitucional su formalización es bastante reciente. Las aberraciones prácticas por el totalitarismo contra el ser humano, sobre todo en el régimen nazista en los campos de concentración, conllevaron a que tras la finalización de la II Guerra Mundial se incorporara a nivel constitucional este principio. En un primer plano la dignidad humana asume un sentido preciso y vinculante a través de diferentes formulaciones normativas en el artículo 3 de la Constitución Italiana (1948) y en el artículo 1 de la Ley Fundamental Alemana –Grundgesetz–, el cual reconoce que “la dignidad del hombre es intangible” y que “es deber de cada poder estatal respetarla y protegerla”.⁽⁵⁾

En un segundo momento histórico, encontramos un reconocimiento en las constituciones nacidas de las crisis de regímenes autoritarios como en Grecia (1975)⁽⁶⁾, Portugal (1976)⁽⁷⁾, España (1978)⁽⁸⁾, y más recientemente en las constituciones de países que se han dado nuevos ordenamientos de inspiración democrática después de la caída

-
- (5) Cf. JURGEN SCHAWABE. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Programa de Estado de Derecho, Editor Honrad Adenauer-Stiftung, Uruguay, 2003.
- (6) La Constitución de Grecia en el artículo 7.2 dispone: Las torturas, las sevicias corporales, y cualquier atentado a la salud, opresión psicológica y cualquier atentado a la dignidad humana son prohibidos y sancionados con las disposiciones de la ley.
- (7) El artículo 1 de la Constitución de Portugal pone a la dignidad de la persona humana y a la voluntad popular como fundamento de la República soberana al afirmar que sería inconcebible una voluntad popular en contraste con la dignidad de la persona y que esta última no podría ser realizada en un ordenamiento democrático.
- (8) Al respecto la Constitución Española en su artículo 10. 1, dispone que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”





de los regímenes comunistas –en los países de Europa del Este– y en las constituciones de países siempre expuestos a regresiones autoritarias en América Latina, como por ejemplo en Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Uruguay (1997) y Ecuador (1998). Estas Cartas Constitucionales tratan de garantizar los contenidos de la dignidad y libertad humanas que habían sido conculcados por los ordenamientos precedentes: piénsese por ejemplo, en el detalle con que viene regulado el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, de la tortura, de la discriminación, de las detenciones arbitrarias, de las comunicaciones y la correspondencia, de censurar la manifestación del pensamiento, la inviolabilidad del domicilio y los derechos asociativos.⁽⁹⁾

Por otra parte, la dignidad humana asume un *valor multilevel o transnacional*, por cuanto encuentra un reconocimiento en instrumentos internacionales –de carácter universal y regional– y de derecho comunitario en el ámbito de la Unión Europea. En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) este principio encuentra un reconocimiento en el artículo 1.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que proclama “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos considera que “conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen por base la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables” y se reconoce igualmente que estos derechos “derivan de la dignidad inherente a la persona humana”; y el artículo 11.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) dispone que “toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

En el ámbito del derecho comunitario la dignidad humana ha encontrado reconocimiento y aplicación en la jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, así como en los artículos diversos artículos de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, como veremos más adelante.

(9) ROLLA, Giancarlo. *Del artículo 10 de la Constitución Española al nuevo constitucionalismo Iberoamericano*. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, número 49, 2003, p. 235 ss.





MIRANDA BONILLA: La dignidad humana en la jurisprudencia...

El reconocimiento constitucional a través de una disposición explícita –como sucede en la Constitución Alemana, Española y en muchas otras–, o implícita como presupuesto de la tutela de los “*diritti inviolabili della persona umana*” en la Constitución Italiana, lleva a que se considere la dignidad humana como premisa de todos los derechos fundamentales.⁽¹⁰⁾ En Italia la jurisprudencia constitucional y la mayoría de la doctrina han reconocido la dignidad como un valor que empapa en sí el derecho positivo⁽¹¹⁾, como un principio supremo del ordenamiento constitucional que tiene un valor superior respecto a otras normas o leyes de rango constitucional que lo convierten en un incluso como límite para el legislador en materia de revisión constitucional.⁽¹²⁾

Del tenor literal, la estructura y el sentido que ha recibido la norma constitucional es posible individuar una serie de perspectivas en las cuales la dignidad se manifiesta. En una perspectiva subjetiva, la dignidad coincide sustancialmente con el atributo irrenunciable e intangible de la persona humana⁽¹³⁾, es decir, es considerada “un bien en sí mismo, independiente de las condiciones personales y sociales, de las cualidades y de los defectos del sujeto, de modo que a cada uno le sea reconocido el derecho a que su individualidad sea preservada.”⁽¹⁴⁾

-
- (10) Entre la múltiple literatura al respecto, se puede hacer mención a BARTOLOMEI, Franco. *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*. Editorial Giappichelli, Torino, 1987; RUGGERI, A. SPADARO A. *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*. Política e Diritto, 1991, p. 343 ss; FLICK Giovanni Maria. *Dignità, Libertà e Diritti*. Relación presentada por el Vicepresidente de la Corte Costituzionale, el 28 de junio de 2006 en Génova-Italia; ROLLA, Giancarlo. *Dignità Umana*. En Enciclopedia dei Diritti Umani. Editorial UTET, Torino, 2007; SILVESTRE, Gaetano. *Considerazione sul valore costituzionale della dignità umana*, 2008.
- (11) Corte Constitucional, sentencia número 293-2000. El texto integral de las sentencias de la Corte constitucional italiana pueden ser consultadas en la siguiente dirección: en www.cortecostituzionale.it
- (12) *Ibid*, sentencia número 1146-1998.
- (13) FLICK, G., *op cit.*, p. 3.
- (14) Corte Constitucional, sentencia número 13-1994.





Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (37-68) mayo-agosto 2009

En este sentido, la dignidad debe referirse a la persona humana en concreto, y no a la que debería de ser según los puntos de vista religiosos, filosóficos o ideológicos.

En tal sentido, la dignidad implica que la identidad específica de cada individuo venga considerada y preservada, como “un bien en sí mismo, independiente de las condiciones personales y sociales, de las actitudes o defectos del sujeto, es decir, que a cualquiera sea reconocido el derecho a que su individualidad sea preservada”.⁽¹⁵⁾

Por lo tanto, la dignidad no pertenece a quién se le merece, según los criterios de evaluación asumidos por la ley de un Estado o resultantes de la cultura dominante, sino a toda persona. Ella no es un dote del ser humana, sino que se identifica con la persona, por el simple motivo que un individuo que se ve privado de su dignidad sufre de la negación de la misma humanidad, es decir, de su condición de ser humano.

Para un sector mayoritario de la doctrina, se trata de una transformación del principio personalístico –fundamento del Estado Democrático de Derecho–, en el sentido que el sujeto a quien los textos constitucionales reconocen una posición central no es el individuo aislado, sino la persona considera en su proyección social, la cual debe de ser tutelada en las múltiples manifestaciones de su existencia histórica y material.⁽¹⁶⁾

Por otra parte la dignidad presenta una dimensión individual en estrecha relación con el principio de igualdad en su manifestación de prohibición de discriminación: las diferencias individuales, culturales y sociales que se presentan en la sociedad, no deben constituir el presupuesto para actos de discriminación, susceptibles transgredir el igual dignidad de la persona.⁽¹⁷⁾ La exigencia de respetar la dignidad humana garantiza que el individuo sea protegido frente acciones que puedan poner en peligro o menoscaben su persona, integridad física,

(15) Corte Constitucional, sentencia número 13-1994.

(16) ROLLA Giancarlo. *Concepto Dignità Umana*. En Enciclopedia dei Diritti Umani. Editorial UTET, Torino, 2007, p. 305 y ss

(17) *Ibíd*, pág. 307.





MIRANDA BONILLA: La dignidad humana en la jurisprudencia...

psíquica y moral, por parte de órganos Estatales o de incluso sujetos de derecho privado. Deben ser considerados contrarios a la dignidad humana aquellos actos que provoquen en la persona un sentimiento de humillación, como por ejemplo, la agresión física, psicológica y moral que sufre una persona para confesar un delito o que se encuentra privada de libertad, siendo el caso de “Guantánamo” un claro ejemplo, que las pruebas utilizadas en un proceso sean adquiridas a través de medios técnicos no idóneos para salvaguardar el pudor de la persona⁽¹⁸⁾, que las penas consistan en tratamientos inhumanos y no tiendan a la reeducación del condenado, así que las condiciones inhumanas que presentan una gran mayoría de las cárceles e incluso los centros de detención administrativos.⁽¹⁹⁾

En su dimensión individual la dignidad se traduce, en definitiva, en el derecho del individuo a que se vea respetada su propia reputación, el propio buen nombre, a no ser discriminado, a causa de sus propios orientamientos y estilos de vida. Subsiste por lo tanto, una relación de complementariedad entre el principio de la dignidad y el principio personalista, entendido en la concepción moderna de libre desarrollo de la personalidad.⁽²⁰⁾

Por otra parte, el reconocimiento constitucional de la dignidad tiene que ser considerado bajo una perspectiva social o relacional. En tal dimensión, no es suficiente que la persona sea tratada con dignidad, sino que todos sean tratados con igualdad, dignidad y respeto. En su dimensión social expresa la necesidad de que tales diferencias, en el

(18) La Sala Constitucional de Costa Rica ha considerado como un comportamiento degradante y en detrimento de la dignidad de la persona las prácticas de las autoridades jurisdiccionales de extraer el semen necesario para la realización de pruebas periciales por medio de prácticas masturbatorias. Ver, en este sentido las resoluciones números 3442-96 y 1428-96.

(19) Al respecto, la Sala Constitucional ha determinado con relación a las condiciones de los detenidos que “el tener a seres humanos en total hacinamiento, sin las mínimas condiciones de higiene y en lugares sucios, húmedos, oscuros, con poca ventilación, no puede ser otra cosa que un castigo y un trato degradante contrario a la dignidad humana” Ver, en sentido la sentencias 1232-98, así como los votos números 70-91; 3429-96; 5848-06; 1640-05.

(20) ROLLA, G., *op. cit.*, p. 307.





plano social, no lleguen a convertirse en factores de exclusión o intolerancia. En la perspectiva relacional, la dignidad viene a considerarse sobre todo con referencia a la posición de las minorías y sus derechos: este último tema particularmente actual de frente a las numerosas y recurrentes hechos de intolerancia, sobre todo religiosa, racial, violencia y terrorismo.

En el plano normativo la dignidad humana asume una función de convertirse en cláusula de interpretación de los derechos regulados en los textos constitucionales y de límite para el legislador en materia de revisión constitucional. En primer lugar, el principio de la dignidad de la persona funge como cláusula general de interpretación de los otros derechos a fin de que permitir una interpretación evolutiva que asegure una continua síntesis entre las disposiciones constitucionales y los valores contemporáneos, motivo por el cual puede ser considerado un principio guía para la actividad del legislador y de la jurisprudencia.

Como criterio general de interpretación, el reconocimiento del valor de la dignidad humana requiere, por un lado, que una disposición susceptible de asumir varios significados sea interpretada en el sentido más acorde al principio de la dignidad; y por otro lado, excluye, que pueda ser legítimamente acogida una interpretación contraria o que entre en conflicto con tal valor.⁽²¹⁾ Así, por ejemplo la Corte en la sentencia número 366-1991 determinó que los postulados de la dignidad humana comportan un particular vínculo interpretativo, directo a otorgar a aquella libertad –hablando de la libertad de libre manifestación– dentro de lo posible, un sentido expansivo.

Finalmente, la dignidad de la persona se constituye en un límite para el legislador en materia de revisión constitucional, tal y como se desprende de los considerando de la sentencia 1146-1998. En tal sentido, una norma emanada por el legislador que vaya en detrimento de este valor, carecería de eficacia. Al respecto, podemos citar una reciente sentencia del *Bundesverfassungsgericht* –Tribunal Constitucional Federal Alemán– que declaró inconstitucional el artículo 14 inciso 3) de la Ley sobre la Seguridad Aérea que –en el intento de evitar una tragedia a la del 11 de septiembre de 2001–, permitía al Ministro de Defensa ordenar a las Fuerzas Armadas el derribo de una aeronave

(21) ROLLA, G. *Le Basi del Diritto Pubblico Italiano*. Editorial Giappichelli, Torino, 2005, p. 114 ss.





MIRANDA BONILLA: La dignidad humana en la jurisprudencia...

presuntamente secuestrada si era el único modo de evitar su uso por atentar contra la vida de las personas. El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la ley por la violación al derecho a la vida (art. 2) en conexión con la tutela de la dignidad humana (art. 1).

3. LA DIGNIDAD HUMANA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En el cuadro normativo de la Constitución Italiana (1948), encontramos una alusión al valor de la dignidad humana en los artículos constitucionales 2 y 3, en conexión con lo dispuesto en los artículos 32.2, 36.1 y 41, motivo por el cual ha sido de trascendental importancia el contenido interpretativo que le ha dado la Corte a ese cuadro normativo en más de 50 años de actividad.

La jurisprudencia constitucional desde sus primeros años ha reservado una particular atención al valor de la dignidad humana, a pesar de la ausencia de una disposición dedicada exclusivamente a ella. Probablemente, la sentencia número 44 de 1967, es la primera sentencia donde la Corte hace expresamente alusión a este valor al determinar que “particulares razones de tutela de la dignidad humana han inducido al legislador a abolir la reglamentación de la prostitución, la grabación, la afiliación y cualquiera otra degradante calificación o vigilancia sobre las mujeres que ejercen la prostitución.” Posteriormente, en la sentencia 74 de 1968 la Corte al analizar la legitimidad constitucional de una ley sobre los manicomios determinó que “un procedimiento de la autoridad pública de seguridad debe ser respetuoso de la persona humana (art. 2 y 32 de la Constitución)” y que las autoridades no puede actuar en desprecio de la persona del enfermo.

Sin embargo, es partir de la mitad de la década de los años 80, el momento histórico a partir del cual encontramos una mayor cantidad de sentencias, en los cuales se hace alusión a este principio constitucional. Así, en la sentencia número 479 de 1987 en relación al tema de las condiciones sanitarias en el lugar de trabajo, la Corte afirmó el valor absoluto de la persona humana dispuesto en el artículo 2 de la Constitución; en la sentencia número 217 de 1988, la Corte determinó que entre las tareas que el Estado no puede abdicar en ningún aspecto se encuentra contribuir a que la vida de cada persona refleje cada día y sobre cualquier aspecto la imagen universal de la dignidad humana. Por su parte, en la nota sentencia número 364 de 1988 la Corte constitucional afirmó





claridad cuál es el rango atribuido por la norma fundamental al valor persona humana al determinar que el sistema constitucional “pone al vértice de la escala de valores la persona humana”. En relación, a la dignidad de la persona humana agrega la Corte que “es en efecto, un valor constitucional que pernea el derecho positivo y debe pues incidir sobre la interpretación de aquella parte de la disposición en examen que evoca el común sentimiento de la moral”.⁽²²⁾

No obstante, la ausencia de una norma explícita que tutela la dignidad el juez constitucional llega considerar la dignidad humana como un valor constitucional que empapa el derecho positivo, asumiendo por lo tanto un rol decisivo en la interpretación de todas las normas del ordenamiento, pues la coloca al vértice de la escala de valores constitucionales.

En segundo plano, en el ordenamiento constitucional italiano con fundamento en lo dispuesto en el artículo 3, la dignidad humana asume una estrecha relación con la “dignidad social”, motivo por el cual en diferentes oportunidades la Corte se ha referido a la obligación del Estado de crear las garantías específicas para la tutela de los derechos sociales. Al respecto, en las sentencias números 2001-111 y 2007-162 la Corte se refirió a las problemáticas que afronta el sistema de asistencia sanitario en el ámbito de la programación general y de la limitada inversión financiera estatal determinado “la necesidad de individuar instrumentos que, en el respeto de exigencias mínimas, de carácter primario y fundamental, del sector sanitario, incluyan el “núcleo irreducible del derecho a la salud protegida por la Constitución como en el ámbito de la dignidad humana”.

Por otra parte, la Corte ha determinado que el derecho a la vivienda entra dentro de los requisitos fundamentales que un Estado Social de Derecho debe garantizar. Al respecto, en la sentencia 1988-217 se dispuso que “el derecho a la vivienda ingresa dentro los requisitos esenciales que caracterizan la socialidad que conforma el Estado democrático querido por la Constitución. En resumen, crear las condiciones mínimas de un Estado social, concurrir a garantizar al mayor número de ciudadanos posible un fundamental derecho social, como aquel a la vivienda, contribuir a que la vida de cada persona refleje cada día y sobre cualquier aspecto la imagen universal de la dignidad humana, son tareas el Estado no puede dejar de lado en ningún caso”.⁽²³⁾

(22) Corte Constitucional, sentencia número 217-1988.

(23) Corte Constitucional, sentencia número 217-1988.





MIRANDA BONILLA: La dignidad humana en la jurisprudencia...

Las anteriores premisas nos pueden permitir llegar a tener un panorama general del valor de la dignidad, sin embargo el presente estudio tiene como finalidad de llevar a cabo un análisis más preciso de la jurisprudencia constitucional en la implementación de la dignidad humana circunscrita específicamente a una serie de cuestiones de gran importancia: a) el derecho a la salud b) los derechos de los trabajadores, c) la tutela de la privacidad, d) los derechos de los privados de libertad, d) los derechos fundamentales de los sospechosos de terrorismo.

a) Estrecha relación de la dignidad humana con la tutela de la salud

La jurisprudencia constitucional en esta materia se encuentra íntimamente relacionada con la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales. Al respecto, la sentencia 185-1998 habla de un contenido mínimo del derecho a la salud y la sentencia 267-1998 incluso hace referencia a un núcleo esencial del derecho a la salud.

En virtud de lo anterior, la Corte ha afirmado en múltiples oportunidades que la tutela del derecho a la salud no puede sufrir graves condicionamientos que el mismo legislador encuentra en distribuir los recursos financieros que dispone; igualmente en las sentencias n. 267 del 1998, 416 del 1995, 304 y 218 del 1994, 247 del 1992, 455 del 1990, ha precisado que las exigencias de la hacienda pública no pueden asumir, en el balance del legislador, un peso tan preponderante de comprimir el núcleo irreducible del derecho a la salud protegida por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana que operan como límite objetivo a la plenitud de la tutela sanitaria de los usuarios del servicio.⁽²⁴⁾ Es ciertamente en este ámbito que pertenece el derecho a los ciudadanos en incómodas condiciones económicas, o indigentes según la terminología del artículo 32 de la Constitución, a que les sean aseguradas curas gratuitas.⁽²⁵⁾

En igual sentido, la sentencia n. 509 del 2000 determinó que el derecho a los tratamientos sanitarios necesarios para la tutela de la salud se garantiza a cada persona como un derecho constitucionalmente

(24) Corte Constitucional, sentencias números 162-2007 y 111-2005.

(25) Corte Constitucional, sentencia número 309-1999.





condicionado a la realización que el legislador debe dar a través del balance del interés tutelado por tal derecho con los demás intereses constitucionalmente protegidos. Balance que, además, tiene que tener en cuenta los límites objetivos que el legislador encuentra en relación a los recursos organizativos y financieros de que dispone, quedando salvo, en todo caso, aquel núcleo irreducible del derecho a la salud protegida por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana, el que impone impedir la constitución de situaciones faltas de tutela, que puedan perjudicar la actuación de tal derecho.⁽²⁶⁾

En materia del núcleo irreducible del derecho a la salud encontramos una interesante sentencia en donde la Corte determinó que “el derecho a los tratamientos sanitarios necesarios para la tutela de la salud se encuentra constitucionalmente condicionado por la exigencia de balance con otros intereses constitucionalmente protegidos, salvo en todo caso, la garantía de núcleo irreducible del derecho a la salud protegido por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana, el cual impone impedir la constitución de situaciones privas de tutela, que puedan perjudicar la actuación del tal derecho”.⁽²⁷⁾

De tales premisas, la Corte en su jurisprudencia ha extendido la exigencia del derecho irrenunciable a la salud como ámbito inviolable de la dignidad humana a los extranjeros. Al respecto, en la sentencia 432-2005, determinó la existencia de la garantía de un derecho irrenunciable a la salud como ámbito inviolable del dignidad humana, evidenciando además que el principio constitucional de igualdad no tolera discriminaciones entre la posición del ciudadano y el extranjero cuando sea referido al goce de los derechos inviolables del hombre. En esa misma sentencia, los jueces constitucionales hicieron referencia a que el derecho a los tratos sanitarios necesarios para la tutela de la salud se encuentra condicionado constitucionalmente por las exigencias de balance con otros intereses constitucionalmente protegidos, salvo, en todo caso, la garantía de “un núcleo irrenunciable del derecho a la salud protegida por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana, el que impone de impedir la constitución de situaciones ausentes de tutela, que puedan perjudicar la realización de aquel derecho” (...). Este “núcleo irreducible” de tutela de la salud cuál derecho de la persona debe por tanto también ser reconocido a los

(26) *Ibid*, sentencias número 309-99 y 276-98.

(27) *Ibid*, sentencia número 252-2001.



MIRANDA BONILLA: La dignidad humana en la jurisprudencia...

extranjeros, cualquiera sea su posición respecto a las normas que regulan la entrada y la permanencia en el Estado, incluso el legislador pudiendo prever muchas modalidades de ejercicio del mismo”. Por tanto, también el extranjero presente irregularmente en el Estado “tiene derecho de disfrutar de todas las prestaciones que resulten impostergables y urgentes, según los criterios indicados por el artículo 35, inciso 3, del decreto legislativo n. 286 del 1998, tratándose de un derecho fundamental de la persona que tiene que ser garantizado, tal como dispuesto, en línea general, del art. 2 del mismo decreto legislativo n. 286 del 1998”.⁽²⁸⁾

b) La dignidad y la tutela de las condiciones del trabajo

En la jurisprudencia de la constitucional la dignidad humana ha encontrado una estrecha relación con las condiciones de los trabajadores a través de una interpretación de lo dispuesto en el 36.1 el cual indica “el trabajador tendrá derecho a una retribución proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y suficiente, en cualquier caso, para asegurar a su familia y a él una existencia libre y decorosa.

Al respecto, la Corte en la relación con la disciplina del mobbing afirmó que dicha disciplina evaluada en su complejidad y bajo el perfil de la regulación de los efectos de la relación de trabajo, entra en el orden civil (art. 117, según inciso I de la Constitución) y, en todo caso, no puede no mirar a salvaguardar sobre el lugar de trabajo, la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador (arts. 2 y 3, primeros incisos de la Constitución).⁽²⁹⁾

Por otra parte, en la sentencia 113-2004, determinó que “en la elaboración de los jueces ordinarios es un hecho in controvertido que de la violación por parte del patrono de la obligación de destinar al trabajador el monto del salario –rubros– a que tiene derecho puede derivar en daños de varios géneros: daños aquel complejo de capacidad y aptitudes que viene definido con el término de profesionalidad, con el consiguiente compromiso de las expectativas de mejoras al interior o al exterior de la empresa; daños a la persona y a su dignidad, particular-

(28) Corte constitucional, sentencia número 252-2000.

(29) *Ibid*, sentencia n. 359-2003.



mente graves en la hipótesis, en que la ausencia de destinar al trabajador los rubros a los que tiene derecho se concretiza en la ausencia de cualquiera prestación, así que él recibe la retribución sin proveer ningún correspondiente; daños a la salud psíquica y física.

c) Dignidad y tutela de la privacidad

En la Constitución italiana la tutela de la privacidad y del secreto de la correspondencia se encuentra reconocida en el artículo 15 el cual dispone:

“Serán inviolables la libertad y el secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación. La limitación de los mismos sólo podrá producirse por auto motivado de la autoridad judicial con las garantías establecidas por la ley”.

En su jurisprudencia la Corte ha establecido la estrecha relación de dicho numeral con los derechos personalísimos. Al respecto, la sentencia 366-1991 indicó como la libertad y el secreto de la correspondencia y de cualquier otro medio de comunicación constituye un derecho del individuo que entra dentro los valores constitucionales supremos, tanto que está expresamente calificado por el artículo 15 de la Constitución como derecho inviolable. La estrecha relación de tal derecho con el núcleo esencial de los valores de personalidad –que inducen a calificarlo como parte necesaria de aquel espacio vital que circunda a la persona y sin el que este no puede existir y desarrollarse en armonía con los postulados de la dignidad humana– comporta una dúplice caracterización de su inviolabilidad. Con base en el art. 2 de la Constitución, el derecho a una comunicación libre y oculta es inviolable, en el sentido general que su contenido esencial no puede ser objeto de revisión constitucional, en cuánto incorpora un valor de la personalidad que tiene un carácter fundamental respecto al sistema democrático querido por el Constituyente. Con base en el artículo 15 de la Constitución, el mismo derecho es inviolable en el sentido que su contenido no puede padecer restricciones o limitaciones por parte de poderes constituidos si no en razón de la inderogable satisfacción de un interés público primario constitucionalmente relevante, siempre que la intervención limitativa que se pretender realizar sea estrechamente necesario a la tutela de aquel interés y se vea respetada la doble garantía de la disciplina prevista, que responda a los requisitos propios





MIRANDA BONILLA: La dignidad humana en la jurisprudencia...

de la reserva absoluta de la ley y la medida limitativa sea dispuesta con acto fundamentado por la autoridad judicial.⁽³⁰⁾

En efecto, a partir de la sentencia número 34-1973 es constante afirmación de la Corte que “la libertad y el secreto de la correspondencia y de comunicación constituyen un derecho del individuo entrante entre los valores supremos constitucionales, tanto que está calificado expresamente en el art. 15 de la Constitución como derecho inviolable.⁽³¹⁾ Como la misma Corte ha remarcado en la sentencia número 10-1993, la estrecha relación de la libertad y el secreto de la comunicación con el núcleo esencial de los valores de la personalidad-relación que induce a calificar el correspondiente derecho “como parte necesaria de aquel espacio vital que circunda a la persona y sin el que esa no puede existir y desarrollarse en armonía con los postulados de la dignidad humana”. En virtud de lo anterior, la dignidad comporta un vínculo interpretativo, directo a otorgar a aquella libertad, dentro de lo posible, un sentido expansivo.

Por otra parte, en materia de intervenciones telefónicas la Corte ha establecido que “las especiales garantías previstas por las normas apenas recordadas a tutela del secreto y la libertad de comunicación telefónica satisfacen la exigencia constitucional por la que el inderogable deber de prevenir y de reprimir crímenes tiene que ser desarrollado en el más absoluto respeto de particulares cautelas dirigidas a tutelar un bien; la inviolabilidad del secreto y la libertad de las comunicaciones, estrechamente conexo a la protección del núcleo esencial de la dignidad humana y el pleno desarrollo de la personalidad en las formaciones sociales, art. 2 de la Constitución. En otras palabras, el particular rigor de las garantías previsto por las disposiciones anteriormente citadas quiere enfrentar la formidable capacidad intrusiva poseída por los medios técnicos usualmente empleados por la interceptación de las comunicaciones telefónicas, para salvaguardar la inviolable dignidad del hombre de irreversibles e irremediables lesiones”.⁽³²⁾

(30) Corte constitucional, sentencia número 3667-1991.

(31) *Ibid*, sentencia número 366-91.

(32) Corte constitucional, sentencia número 81-1993.





d) Dignidad y condiciones de los privados de libertad

El artículo 27, inciso 3 de la Constitución Italiana dispone que las penas no podrán consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad y deberán encaminarse a la reeducación del condenado. En virtud de lo anterior, la Corte afirmó en una reciente sentencia la necesidad de un pleno reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional a favor de los privados de libertad, de frente a los procedimientos restrictivos adoptados en su contra por parte de las autoridades penitenciarias. En dicha sentencia los jueces reconocieron que “la idea que la restricción de la libertad personal pueda comportar consecuentemente el desconocimiento de las posiciones subjetivas a través de un generalizado sometimiento a la organización penitenciaria es extraña al vigente ordenamiento constitucional, el que se basa en la primacía de la persona humana y sus derechos”.⁽³³⁾ La Corte concluye que la dignidad de la persona sobre todo en estos casos, cuyo dato distintivo es la precariedad de los individuos derivada de la falta de libertad, en condiciones de ambiente que por su naturaleza se encuentra destinada a separarlos de la sociedad civil, reciben una protección de la Constitución a través la fórmula de los derechos inviolables del hombre que también el detenido lleva consigo en el curso de la ejecución penal.

Al respecto, en la sentencia número 114-1999 dispuso que “los derechos inviolables del hombre, el reconocimiento y la garantía del que el artículo 2 de la Constitución pone entre los principios fundamentales del orden jurídico, encuentran en la condición de aquellos que son sometidos a una restricción de la libertad personal y sus límites inherentes a ella, conexos a la finalidad que son propias de tal restricción, pero no pueden ser anulados de tal condición. La restricción de la libertad personal según la Constitución vigente no comporta pues un *capitis deminutio* de frente a la discrecionalidad de las autoridades penitenciarias.”

En tal sentido, la Corte ha interpretado que el artículo 27.1 constitucional, se traduce no solamente en normas y directivas obligatorias revueltos a la organización y a la acción de las instituciones penitenciarias sino también en derechos de quienes se encuentran en esa condición. Así la ejecución de la pena y la reeducación que es su finalidad de ello –en el respeto de las irrenunciables exigencias de orden y disciplina –no pueden consistir nunca en “tratos penitenciarios” que comporten condiciones incompatibles con el reconocimiento de la

(33) Corte constitucional, sentencia número 26-99.





MIRANDA BONILLA: La dignidad humana en la jurisprudencia...

subjetividad de quienes encuentran una restricción en su libertad. La dignidad de la persona, art. 3, primer inciso, de la Constitución, también en este caso –más bien: sobre todo en este caso, cuyo dato distintivo es la precariedad de los individuos, derivada de la ausencia de libertad, en condiciones de ambiente que por su naturaleza los separa de la sociedad civil– es de la Constitución protegida a través el bagaje de los derechos inviolables del hombre que también el detenido lleva consigo a lo largo de todo el curso de la ejecución penal, conforme, por lo demás, a la huella general que el art. 1, primeros inciso, de la ley n. 354 del 1975 ha querido dar a la entera disciplina del orden penitenciario.⁽³⁴⁾

En relación al trabajo penitenciario la Corte se pronunció en el sentido de que el trabajo de los presos, lejos del caracterizarse como factor de agravado de aflicción, se pone como uno de los medios de recuperación de la persona, valor central de nuestro sistema penitenciario no sólo bajo el perfil de la dignidad individual sino también bajo aquel de la valorización de las aptitudes y las específicas capacidades laborales del individuo.⁽³⁵⁾

En materia de derechos fundamentales y régimen penitenciario la Corte se ha pronunciado respecto a las modalidades de efectuar las requisas de una persona detenida por motivos de seguridad. Al respecto, en la sentencia 526-2000 se estableció que de frente al poder de la Administración, basado en razones de seguridad inherentes a la vida carcelaria, y por tanto no oponiéndose al derecho de libertad personal, ya comprimido por el estado de detención, está en todo caso precisos e inviolables los derechos de la personalidad reconocidos a los presos; y las medidas de realización del régimen carcelero tienen que ser en todo caso “respetuosas de los derechos al preso”.⁽³⁶⁾ Así para los jueces el registro personal tiene que ser efectuada en el pleno respeto de la personalidad del preso, art. 34, según inciso, de la ley n. 354 del 1975, con una prescripción de retenerse de alcance sustancialmente equivalente a aquella contenida en el art. 249, inciso 2, del código de procedimiento penal, concerniente a los registros por razones de búsqueda de evidencia del crimen o cosas pertinentes al crimen, en cuyo sentido “el registro es ejecutado en el respeto de la dignidad y, en los límites de lo posible, del pudor de quién os es sometido”. A lo anterior, se suma, en todo

(34) Corte constitucional, sentencia número 26-99.

(35) *Cf.* sentencias números 158-2001 y 341-2006.

(36) Corte constitucional, sentencia número 356-91.





caso, el estrecho deber de la Administración de curar y vigilar que las circunstancias ambientales en que los registros se desarrollan, y que los comportamientos del personal que las realiza, sean en concreto respetuosos de la persona y de su inviolable dignidad. En efecto, la persona, encontrándose en estado de sumisión, es expuesta al posible peligro de abusos, tan más rigurosa tiene que ser la atención para evitar que este se verifique.

Por último, en relación a los ciudadanos extracomunitarios que ingresan en condiciones irregulares y son detenidos en los centros administrativos de tránsito la Corte en una nota sentencia señaló que el tratamiento de los extranjeros en los centros de permanencia temporal y asistencia se determina, también cuando este no sea separado de la finalidad de asistencia, aquella mortificación de la dignidad del hombre que se verifica en cada eventualidad de sometimiento físico mas allá del poder y que es el índice seguro de la permanencia de la medida en la esfera de la libertad personal.⁽³⁷⁾ Igualmente, en relación con los centros de permanencia temporal, la Corte en la reciente sentencia número 78 del 2007 hizo referencia a que una eventual prohibición absoluta y generalizada de acceso a las medidas alternativas de la pena contrastaría con los mismos principios inspiradores del orden penitenciario, sobre la escolta de los principios constitucionales de la igual dignidad de las personas y la función reeducativa de la pena.

4. TERRORISMO: SEGURIDAD JURÍDICA VRS. DIGNIDAD HUMANA

El fenómeno del terrorismo internacional es una seria amenaza para la tutela de los derechos constitucionales. En este sentido, con posterioridad al atentado del 11 de septiembre de 2001, encontramos la adopción de una legislación represiva no solo en lo Estados Unidos, sino en países como Francia y Alemania así como en organizaciones internacionales como el Consejo de Seguridad ONU y en el ámbito de la Unión Europea.⁽³⁸⁾ Encontramos una fuerte restricción de los derechos

(37) Al respecto, se puede consultar las sentencias números 105-2001 y 222-2004.

(38) MIRANDA, Haideer. *I Diritto Fondamentali e il Problema della Comunitarizzazione delle Risoluzioni Antiterrorismo del Consiglio di Sicurezza della Nazione Unite*. La investigación puede ser consultado en: http://www.glocaltrento.com/index_prueba05.html





MIRANDA BONILLA: La dignidad humana en la jurisprudencia...

de los extranjeros acompañado por la derogación de las reglas procesales, que han reducido la publicidad de los procesos, las garantías de la defensa en la adquisición de las pruebas y la posibilidad de contestarlas, introducción de excepciones a la jurisdicción ordinaria, refuerzo de las medidas de prevención.⁽³⁹⁾

Tales medidas han llegado a conocimiento de Cortes o Tribunales constitucionales quienes se han pronunciado en muchos casos en su contra por vulnerar derechos fundamentales. Al respecto, una sentencia de gran importancia la constituye la resolución de febrero de dos mil seis, en la que el Tribunal Constitucional Federal Alemán— que declaró inconstitucional el artículo 14 inciso 3) de la Ley sobre la Seguridad Aérea que permitían al Ministro de Defensa ordenar a las Fuerzas Armadas el derribo de una aeronave presuntamente secuestrada si era el único modo de evitar su uso por atentar contra la vida de las personas. Así, la vida de pocos vendría sacrificada para proteger el interés de la colectividad.

En la sentencia el Tribunal Constitucional se concentra en analizar el contraste de la norma en cuestión con los principios constitucionales del derecho a la vida y tutela de la dignidad humana. En tal sentido, el deber de respeto y protección de la dignidad del hombre obliga “al Estado y a sus órganos a proteger la vida de cada individuo”. Al respecto, el Tribunal considero que la normativa cuestionada contrasta con el derecho a la vida sancionada por el art. 2 LF, en conexión con lo dispuesto con la tutela de la dignidad humana prevista por el art. 1 LF, donde el empleo de armas contra el avión secuestrado también interesa las suertes de los individuos inocentes a bordo del avión. En efecto, en tal circunstancia, los pasajeros y los miembros de la tripulación se encontrarían en una situación sin escape, en cuanto ya no podrían decidir autónomamente y sin la influencia de terceros las condiciones de su existencia.⁽⁴⁰⁾

(39) BIN, Roberto. *Democrazia e Terrorismo*, p. 4. En: Collana della Facoltà di Giurisprudenza della Facoltà di Pavia. Editorial Cedam, Torino, 2007.

(40) DE PRETIS, A., *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*. El artículo puede ser consultado en: www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/estero/liberta_sicurezza/index.html - 22k





Para el Tribunal, la normativa impugnada cosifica a los ocupantes del avión, y en ese sentido, se les priva de la dignidad humana que les corresponde de manera absoluta por mandato constitucional. En efecto, los pasajeros y los miembros de la tripulación se encontrarían en una situación sin escape, en cuanto ya no podrían decidir autónomamente. Como se observa en la sentencia con tonos enfáticos pero eficaces, eso los transformaría no sólo en objetos respecto a los criminales responsables de la desviación, pero también del Estado, que recurriendo a los poderes sancionados por la normativa impugnada acabaría, incluso esté en el ámbito de la propia intervención en defensa de otros individuos, para equipararlos a objetos inanimados. Un tal trato se materializaría en una grave lesión de los interesados en cuantos sujetos dotados de dignidad y derechos inalienables, ya que donde su matanza fuera utilizada como medio por la salvación de otros, ellos serían despersonalizados y mientras tanto privados de sus derechos.⁽⁴¹⁾

El Tribunal Constitucional entiende que, ante la disyuntiva entre el deber del Estado de no lesionar los derechos fundamentales de los ciudadanos por una parte, y el deber de protegerlos activamente por la otra, debe prevalecer en todo caso la primera opción, si ambas obligaciones son incompatibles. Así, en el caso de un ataque terrorista kamikaze, debe de prevalecer el deber del Estado de no vulnerar los derechos fundamentales de los ciudadanos, en este caso, el derecho a la vida y a la dignidad de los ocupantes del avión, sobre el deber de proteger en forma activa los derechos fundamentales de otro sector de la población.⁽⁴²⁾

En segundo plano, en la hipótesis del derribo de una aeronave por parte de la aviación militar, equipaje y pasajeros, razona el Tribunal que serían reducidos a mercancías no solo los terroristas, sino también los órganos del Estado, que dispondrían de sus vidas, ellos serían utilizados como sacrificables en nombre de los otros. Así, en el momento en que el Estado viniera a cortar unilateralmente su vida, ellos resultarían expropiados del valor fundamental propio de cada ser humano de decidir autónomamente sobre su misma existencia, que les corresponde en cambio por ser víctimas de una situación de peligro, a su vez merecedora de tutela por parte de las autoridades públicas.

(41) DE PETRIS, Andrea, *op. cit.*, p. 2.

(42) BIN. R., *op cit.*, p. 5.



MIRANDA BONILLA: La dignidad humana en la jurisprudencia...

En este sentido, los pasajeros o miembros de la tripulación, por el solo hecho de haber elegido voluntariamente subirse a un avión, habrían cuánto menos implícitamente consentido en sacrificar la misma vida en la eventualidad de un cualquier tipo de emergencia conexas a las condiciones del avión es juzgada en la sentencia como una ficción lejana para la realidad. También la consideración por la que las susodichas categorías de sujetos serían destinadas en todo caso a la muerte en el caso de una desviación terrorista sobre el modelo de los crímenes perpetrado por los afiliados de Al-Queda en el septiembre de 2001, no legitima el asesinato de seres inocentes a obra de los públicos poderes el carácter de una violación del derecho a la dignidad de tales individuos.

La Asesoría alemana recuerda en efecto que la vida y la dignidad humana merecen la misma mención de tutela constitucional, independientemente de la duración de la existencia física del sujeto. La opinión sustentada por la contraparte durante el procedimiento, llega a considerar que las personas secuestradas a bordo del vehículo se transformarían en miembro de un arma –por cuánto impropia– y deberían consentir pues en dejarse tratar como tal. Al mismo modo, incluso la idea por que, en el interés del Estado, el individuo estaría en caso de necesidad obligado a también sacrificar la misma vida, en caso de que sólo de este modo sea posible proteger la colectividad de ataques que investigan de ello la destrucción conduce a la misma conclusión, en cuánto el ámbito de aplicación del § 14 III LuftSiG no concierne la defensa contra agresiones tensas a la eliminación de la colectividad y a la derrota del orden le estatuye. Por fin, la norma emplazada no puede encontrar tampoco una justificación con la obligación sancionada jurídicamente por el Estado de intervenir a favor de la vida son amenazadas por la aeronave que la desviación ha transformado ilegítimamente en arma, ya que para cumplir a dicha obligación es permitido sólo utilizar los instrumentos conformes al dictado constitucional, evidentemente lo que falta en el caso en objeto.⁽⁴³⁾

Por último, la sentencia no reconoce elementos de inconstitucionalidad en la parte en que permite la intervención armada contra un avión secuestrado, donde el avión sólo esté ocupado por los responsables de la desviación, decididos a utilizar la aeronave como instrumento de destrucción de la vida de los seres humanos a tierra: en una tal eventualidad, en efecto, sería reconocida en todo caso la

(43) DE PRETIS, A., *op. cit.*, p. 6.



Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (37-68) mayo-agosto 2009

dignidad subjetividad de los individuos que, por una libre iniciativa personal, han elegido de hacerse responsables de la amenaza a la colectividad que intenta evitar por la intervención militar. También el principio de proporcionalidad sería de este modo respetado, en cuánto el objetivo perseguido por la normativa es salvar la vida de seres humanos inocentes es de una relevancia tal que incluso justificar una intromisión en el derecho fundamental a la vida de los responsables del adecuado criminal.

Por su parte, en la jurisprudencia constitucional italiana no encontramos algún precedente donde se haya tratado el problema del terrorismo internacional ligado al tema de la dignidad humana, sin embargo el fenómeno del terrorismo fue afrontado por la Corte por primera vez, en la sentencia número 15/1982 que determinó como una cuestión contraria al ordenamiento jurídico si la prolongación del término de la prisión preventiva “sea el medio más apropiado para erradicar, o al menos afrontar con suceso el terrorismo”. Así, un ordenamiento en donde el terrorismo que siembre muerte conllevaría a un “estado de emergencia” que legítima, sí, medidas insólitas, pero (...) estas pierden legitimidad, si injustificadamente dilatadas en el tiempo. Va en fin observado que, incluso en régimen de emergencia, no se justificaría una prolongación de los términos de plazo de la prisión preventiva, pues conducirían hacia una sustancial vanificación de la garantía.

5. NUEVAS DIMENSIONES DEL VALOR DE LA DIGNIDAD HUMANA: LA CARTA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La promulgación en el ámbito comunitario de una Carta Europea de Derechos Fundamentales, comúnmente denominada “Carta de Niza” el 18 de diciembre de 2000, evidencia la importancia que paulatinamente ha reconocido la Unión Europea a la tutela de los derechos fundamentales. Al respecto, la Carta reconoce por primera vez en un texto jurídico una serie de principios y valores que se derivan de las tradiciones constitucionales de los países miembros de la Unión y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.





MIRANDA BONILLA: La dignidad humana en la jurisprudencia...

Dentro de los valores que enuncia la Carta destacamos el reconocimiento de la dignidad como valor individual y social.⁽⁴⁴⁾ Así, en su preámbulo la Carta dispone que “consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión esta fundada sobre los valores indivisibles y universales de la *dignidad humana*, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación.

De suma importancia el Capítulo Primero referido a la Dignidad, cuyo artículo primero el cual dispone que “La dignidad humana es inviolable. Debe ser respetada y protegida”. Por otra parte, el artículo 31 de la Carta consagra el valor de la dignidad social contemplado como vimos anteriormente en el ordenamiento constitucional italiano al disponer en relación a las condiciones de trabajo justas y equitativas 1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad.

Si bien es cierto, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea constituye el marco europeo común en materia de Derechos Fundamentales, y recoge por primera vez en un único texto el conjunto de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos y de todas las personas que viven en el territorio de la Unión, su valor en un inicio ha sido muy limitado en tanto ha tenido un valor declarativo y no vinculante para los Estados.

Tras su frustrada incorporación, en la Parte II, del Proyecto de Constitución Europea, resulta de gran importancia su incorporación en el Tratado de Reforma “*Tratado de Lisboa*”, firmado el 12 de diciembre de 2007, en donde además se promulgó la Carta de Derechos Fundamentales, a la que el nuevo Tratado otorga un carácter jurídico vinculante en toda la Unión salvo en Polonia y Reino Unido, comprendiendo por primera vez el conjunto de derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos de la UE. Al respecto, la Carta de Derechos Fundamentales figura en forma de devolución en el artículo 6 del nuevo Tratado de la Unión Europea el cual dispone en lo

(44) GROSSI P.F., *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. En SICLARI, M. Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Torino 2003.





que interesa que: *1. La Unión reconoce los derechos, las libertades y los principios enunciadas en la Carta de Derechos Fundamentales... la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones. 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.*

El alcance la Carta de Derechos Fundamentales viene contenido en una Declaración relativa a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual determina que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tiene carácter jurídicamente vinculante confirma los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. La Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna nueva competencia ni ningún nuevo cometido para la Unión y no modifica las competencias y cometidos definidos por los Tratados.

6. CONCLUSIONES

El estudio de la jurisprudencia constitucional italiana nos permite concluir como la dignidad humana ha encontrado contenido en el artículo 2 constitucional, a través de la fórmula de los derechos inviolables de la persona humana. En efecto, cada vez que la Corte habla en términos generales de dignidad humana hace referencia al artículo 2, sin embargo, no existe un pronunciamiento que haga referencia a una definición como tal, a pesar que alguna de las sentencias haya tentado por indicar en “sentido negativo” cuáles son los contenidos de este valor





MIRANDA BONILLA: La dignidad humana en la jurisprudencia...

y que la misma Corte ha reconocido como un principio supremo del ordenamiento constitucional.

En primer lugar, podemos concluir que la dignidad influye sobre los mecanismos tendientes a la limitación de la libertad personal, así como en el sistema de las penas, en particular modo al prohibir tratamientos degradantes, aflictivos, así como aquellas prácticas que vayan en contra del pudor de la persona como la humillación. Incluso, la dignidad incluye en las prácticas procesales imponiendo que el ordenamiento jurídico prevea formar respetuosas de la persona, por ejemplo en relación a los términos en que una persona puede ser privada de su libertad antes de ser remitida ante la autoridad judicial competente, así como en los medios para obtención de prueba.⁽⁴⁵⁾

En segundo plano, se evidencia una estrecha relación con el sistema de las relaciones económicas a partir de una concepto de dignidad social contenido en el artículo 3 constitucional. Así, por ejemplo la jurisprudencia constitucional ha determinado que se debe garantizar al trabajador una retribución suficiente que pueda asegurar una existencia digna; igualmente, se requiere que las políticas económicas no priven a las personas de un nivel mínimo de bienestar y capacidad económica para poder satisfacer sus necesidades básicas.

En tercer lugar, la dignidad incluye en la esfera del derecho a la vida y los derechos de la personalidad, así por ejemplo en materia de tratamientos médicos no puede sufrir condicionamientos que el mismo legislador encuentra en distribuir los recursos financieros que dispone, pues la dignidad humana debe proteger el entero camino de la personas, desde que adquiere capacidad jurídica hasta que se determina legalmente su muerte. Por otra parte, en relación al derecho a la vida este puede encontrar un limite en el respecto de la dignidad de la personas, en aquellos ordenamientos que reconocen el derecho del individuo a una muerte digna, es decir, el derecho del individuo a morir sin dolores y a interrumpir la propia vida en caso de una enfermedad dolorosa e incurable.

(45) Sala Constitucional, sentencia número 8779-08. En sentencia la Sala determinó que el hecho de que el amparado haya permanecido por las autoridades policiales recurrida por espacio de casi 8 horas esposado con los brazos hacia atrás, es a todas luces es una situación ilegítima y constituye una grosera violación de la dignidad humana.





Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (37-68) mayo-agosto 2009

Finalmente, la tutela de la dignidad humana a nivel constitucional, internacional y comunitario como vimos anteriormente, nos permite individualizar su carácter transnacional y la convergencia entre los distintos ordenamientos que se ve enriquecida con la jurisprudencias de las Corte constitucional, regionales de protección de los derechos humanos y Corte comunitarias, motivo por el cual se habla incluso de un valor universal de protección.





MIRANDA BONILLA: La dignidad humana en la jurisprudencia...

BIBLIOGRAFIA

- 1956-2006. *Cinquant'anni di Corte Costituzionale*. Editorial de la Corte Constitucional, III Tomos, Roma, 2006. *Corte Costituzionale e Processo Costituzionale. Nell'esperienza delle "Rivista Giurisprudenza Costituzionale" per il Cinquantésimo Anniversario*, a cargo de Alessandro Pace. Editorial Giapichelli, Torino, 2007.
- BARTOLOMEI Franco. *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*. Editorial Giapichelli, Torino, 1987
- BALDASSARE A. Definición *Diritti inviolabile*, en *Enciclopedia Giuridica, Treccani*, vol, XI, Torino, 1989
- BIN Roberto. *Democrazia e Terrorismo*, p. 4. En Collana della Facoltà di Giurisprudenza della Facoltà di Pavia. Editorial Cedam, Torino, 2007.
- GROSSI P.F., *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. En SICLARI M Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Torino 2003.
- DE PETRIS Andrea. *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*. El artículo puede ser consultado en: www.associazionedeicostituzionalisti.it
- JURGEN SCHAWABE. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Programa de Estado de Derecho, Editor Honrad Adenauer-Stiftung, Uruguay, 2003.
- MIRANDA Haideer. *I Diritti Fondamentali e il Problema della Comunitarizzazione delle Risoluzioni Antiterrorismo del Consiglio di Sicurezza della Nazione Unite*. La investigación puede ser consultado en: http://www.glocaltrento.com/index_prueba05.html
- ROLLA Giancarlo. *Del artículo 10 de la Constitución Española al nuevo constitucionalismo Iberoamericano*. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, número 49.
- ROLLA Giancarlo. *Dignità Umana*. En Enciclopedia dei Diritti Umani. Editorial UTET, Torino, 2007
- ROLLA. Giancarlo. *Le Basi del Diritto Pubblico Italiano*. Editorial Giapichelli, Torino, 2005
- ROMBOLI ROBERTO. *L'accesso alla giustizia costituzionale caratteri, limiti, prospettive di un modello. 50 anni di Corte Costituzionale*. Editoriale Scientifiche Italiana, Napoli, 2007.



Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (37-68) mayo-agosto 2009

ROMBOLI Roberto. *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*. Editorial, Giappichelli, Torino, 2006.

RUGGERI A. SPADARO A. *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*. Política e Diritto, 1991

SILVESTRE, Gaetano. *Considerazione sul valore costituzionale della dignità umana*. En www.associazionedeicostituzionaliti.it

JURISPRUDENCIA

CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA

sentencia número 217-1988
sentencia numero 356-91
sentencia numero 366-1991
sentencia numero 81-1993
sentencia número 13-1994
sentencia número 276-98
sentencia número 1146-1998
sentencia número 29-99
sentencia número 309-99
sentencia número 252-2000
sentencia número 293-2000
sentencias números 105-2001
sentencias números 158-2001
sentencia número 252-2001
sentencia número 359-2003
sentencia numero 222-2004
sentencia número 111-2005
sentencia número 341-2006
sentencias número 162-2007

SALA COSTITUZIONALE DE COSTA RICA

sentencia número 70-91
sentencia número 3442-96
sentencia número 3429-96
sentencia número 1428-96
sentencia número 1232-98
sentencia número 1640-05
sentencia número 5848-06
sentencia número 8779-08



VARGAS ROJAS: Sistema de elección de magistrados(as)...

**SISTEMA DE ELECCIÓN DE MAGISTRADOS(AS):
TALÓN DE AQUILES DE LA JUSTICIA COSTARRICENSE**

Dr. Omar Vargas Rojas^()*

(Recibido 15/04/08; aceptado 26/11/08)



(*) Juez de Casación Penal.
Profesor Adjunto de la Universidad de Costa Rica.
Tel. 2247-90-07.
e- mail: ovargas@poder-judicial.go.cr





RESUMEN

La presente investigación versa sobre el sistema de elección de magistrados en Costa Rica y las implicaciones jurídicas y sociales que ello tiene en el principio de independencia judicial y en la democracia. Especialmente, en un momento histórico donde las principales decisiones nacionales se han resuelto en la vía jurisdiccional, con lo cual se corre el riesgo de que se politice la justicia. Se analiza, desde el derecho comparado, los distintos modelos que se utilizan para el nombramiento de los miembros de la cúpula judicial y se hace una propuesta concreta, con la cual se busca un sistema de elección que garantice la división de poderes y la independencia judicial.

Palabras clave: Independencia judicial, nombramiento, magistrados, política, democracia.

ABSTRACT

The research deals with the system of electing judges in Costa Rica and its legal and social implications on the principle of judicial autonomy and on democracy, particularly in a historic moment when major national decisions have been resolved through the judicial process, thereby running the risk of politicizing justice. This article analyzes, through comparative law, the various models used for appointing members of the judiciary leadership, and it raises a concrete proposal which seeks finding an election system that may ensure the separation of powers and judicial autonomy.

Key words: Judicial autonomy, appointment, judges, democracy.





SUMARIO

- I. Introducción
- II. Nombramiento de Magistrados
- III. El sistema de nombramiento de Magistrados(as) y la reelección presidencial
- IV. El sistema de nombramiento de Magistrados(as), Juzgamiento de los(las) miembros de los supremos poderes y la “jurisdiccionalización de la política” o “politización de la justicia”
- V. Sistemas de nombramientos de Magistrados(as):
 1. Nombramiento por la Asamblea Legislativa
 2. Nombramiento por la Asamblea Legislativa dentro de nóminas confeccionadas por otras autoridades públicas
 3. Elección popular
 4. Modelo europeo
 5. Sistema propuesto
- VI. Referencias bibliográficas







VARGAS ROJAS: Sistema de elección de magistrados(as)...

I. INTRODUCCIÓN

El sistema judicial constituye un pilar fundamental de cualquier democracia moderna⁽¹⁾. Por esa razón, la mayoría de las constituciones políticas establecen como uno de los postulados fundamentales, el que el Sistema Judicial sea un poder independiente⁽²⁾. De esta manera, el Estado se asegura la libertad del juzgador para resolver conforme con su entendimiento de la ley y el derecho en general⁽³⁾. La independencia judicial en sí es la condición objetiva que permite ejercer la jurisdicción sin presiones, amenazas, sujeciones o interferencias. De allí que en el ejercicio de la función, los(as) jueces(ezas) deben ser independientes: frente a las partes, la sociedad, frente a los restantes órganos del Estado, frente a otros(as) jueces(ezas), magistrados(as) y funcionarios(as) administrativos. La independencia Judicial cuya importancia es indiscutible, parte de una serie de paradigmas que datan del esquema tradicional propuesto por Montesquieu, pues si bien se han transformado con el devenir histórico, en especial por la presencia de los partidos políticos en las sociedades modernas, estas transformaciones no han demostrado, de ninguna manera, que la independencia judicial sea un principio del que pueda prescindirse en la estructura de un Estado moderno.

En este, como en muchos temas jurídicos, la independencia judicial no se garantiza exclusivamente con la promulgación de normas

- (1) Para De Esteban: *La noción de Estado de Derecho que se desarrolla en el S. XIX bajo la influencia alemana, implica la sumisión del conjunto de poderes del Estado al orden jurídico, y todos los autores coinciden en que uno de los requisitos ineludibles para la vigencia de un Estado de Derecho es la existencia de una administración de justicia.* De Esteban, Jorge.(1973). **Desarrollo Político y Constitución Española**, Barcelona: Editorial Ariel, pp. 306-307.
- (2) El artículo 154 de nuestra Constitución Política, expresamente dispone: *El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos.*
- (3) Según Ferrajoli (1994, p. 14): *En esta sujeción del juez a la Constitución y en consecuencia en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionales establecidos, está el principal fundamento de la legitimación de la jurisdicción, y de la independencia del Poder Judicial de los demás Poderes legislativo y judicial.*



que así lo establezcan, sino que tiene especial importancia el conjunto de reglas informales que tienen vigencia en el contexto político y que son las que, finalmente, le dan vigencia real a un principio tan importante como la independencia judicial. Debe reconocerse que la independencia del juzgador es un postulado esencial de la función jurisdiccional, la cual sólo debe estar sometida a la ley. La independencia de cada juzgador(a) es frágil. Por esta razón puede neutralizarse fácilmente mediante métodos sutiles e imperceptibles. Precisamente uno de los factores más sensibles es el tema del nombramiento de los(as) máximos(as) jerarcas dentro del Poder Judicial.

Desde la óptica de la independencia funcional y relacionada directamente con la independencia externa del Poder Judicial, el artículo 154 constitucional, ya citado, establece que el Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, con lo cual se orienta hacia esa independencia funcional. No obstante esa disposición formal categórica, existen una serie de factores que influyen en la toma de decisiones de los juzgadores. Dentro de estos se encuentran los factores políticos y quizá el más importante de ellos es el vinculado con la elección de los magistrados.

II. NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS

Uno de los temas que más se ha discutido en Costa Rica y se sigue discutiendo, es la forma en que se eligen los miembros de la Corte Suprema de Justicia⁽⁴⁾. De acuerdo con la teoría de la división de poderes, Costa Rica adopta la propuesta de Montesquie, estableciendo el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. Cada uno con funciones y autonomía propia. Sin embargo, corresponde a la Asamblea Legislativa la elección de los máximos jerarcas del Poder Judicial. Teniendo

(4) Según dispone el artículo 158 de la Constitución Política: *Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán elegidos por un período de ocho años y por los votos de dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. En el desempeño de sus funciones, deberán actuar con eficiencia y se considerarán reelegidos para períodos iguales, salvo que en votación no menor de dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa se acuerde lo contrario. Las vacantes serán llenadas para períodos completos de ocho años (Así fue reformado por Ley 8365 del 24 de junio de 2003, publicada en La Gaceta No. 146 del 31 de julio de 2003).*

VARGAS ROJAS: Sistema de elección de magistrados(as)...

claro que la Asamblea Legislativa constituye la más clara manifestación de los grupos de poder económico y político del país, resulta muy fácil colegir la fragilidad de la independencia judicial. Desde los inicios del siglo anterior, el maestro Zambrana, citado por Antillón⁽⁵⁾, señalaba el peligro para la democracia en general y para la administración de justicia en particular, la injerencia del Poder Legislativo en el nombramiento de los altos jerarcas del Poder Judicial⁽⁶⁾. Recordemos que en Costa Rica los magistrados son nombrados por la Asamblea Legislativa, quienes, discrecionalmente eligen a los jerarcas del Poder Judicial. Ahora bien, tradicionalmente ha existido un bipartidismo político, los que, independientemente del grupo en el poder, alternativamente se turnan el escogimiento del magistrado o magistrada⁽⁷⁾. De manera que al margen del grupo político que lo llevó al puesto, lo cierto y relevante es que fue uno de los dos partidos mayoritarios y gracias a la existencia de un acuerdo. Tal sistema de elección, al menos implica un riesgo de afectación a la independencia judicial, pues hipotéticamente pueden surgir compromisos previos a la elección⁽⁸⁾. La independencia e imparcialidad de la justicia en general y de cada

-
- (5) Antillón, Walter (2005). **Organización de la Justicia**. Conferencia, julio 2005.
- (6) Según se quejaba el citado jurista, en nuestro país: *...tenemos en los pueblos nuestra justicia a veces docta, pero nunca independiente de veras. En Costa Rica se nombran los Magistrados por el Congreso Legislativo, lo cual ata indispensablemente los primeros a las pasiones de la política, por más que en la teoría se mantenga el principio de que los jueces no deben dejarse perturbar por ellas, como si se dijera de una persona a quien se priva de alimentos no debe sentir hambre*. Antillón (2005). **Op. cit.**
- (7) Hasta hace aproximadamente ocho años, los partidos políticos, Liberación Nacional y la Unidad Social Cristiana, por constituir las fuerzas políticas mayoritarias del país, se turnaban la elección de magistrados. Esto generaba un balance político en el seno de la Corte Plena, de forma tal que los dos partidos mayoritarios tenían una representación semejante.
- (8) En ese sentido Dall'Anese considera que: *En Costa Rica la Corte Suprema de Justicia ha dejado de ser independiente políticamente hablando, en cuanto los dos principales partidos políticos se distribuyen el nombramiento de los magistrados, uno hoy para un partido y otro mañana para otro partido. Aunque en la práctica –de momento– no se detecta actividad política en las resoluciones judiciales, se está caminando por la cuerda floja en este sentido*. Dall' Anese Ruiz



juez(a) en particular, ha sido una preocupación que se ha ensanchado en los últimos años en Latinoamérica.⁽⁹⁾ Según lo estipulado en el artículo 121 inciso 3 de la Constitución Política, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa *nombrar los Magistrados propietarios y suplentes de la Corte Suprema de Justicia*. De lo anterior se deriva que de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, los(as) magistrados(as) de la Corte Suprema de Justicia son nombrados(as) por la Asamblea Legislativa⁽¹⁰⁾, por periodos de ocho años y se consideran reelectos por plazos iguales, salvo que las dos terceras partes de la totalidad de la Asamblea dispongan lo contrario.

Francisco (2000). **Resumen sobre la independencia judicial en Centroamérica**. EN: Libro blanco sobre la independencia del Poder Judicial y la Eficacia de la Administración de justicia en Centroamérica. 1 edición. San José, Costa Rica. Editora Patricia Francés Baima, p. 22.

- (9) Como señala Antillón: *...actualmente la mejor doctrina considera, con toda razón, que esa justicia en sentido cualitativo a la que aspira toda comunidad sana, y que constituye un derecho fundamental de cada uno de los miembros de dicha comunidad, sólo puede ser asegurada y alcanzar su pleno significado y valor si contamos con jueces independientes e imparciales; y que, viceversa, de poco sirve que todas las personas puedan acceder al servicio judicial, de poco la pronta decisión de los pleitos judiciales, y de poco sirve, incluso, que los jueces estén bien preparados, sino se asegura las condiciones institucionales para que actúen, en cada caso y en todos los casos, con independencia e imparcialidad*. Antillón (2005). **Op. cit.**
- (10) No cabe duda de que el sistema de nombramiento de los magistrados constituye un peligro latente para la independencia del juez. Comparativos con Ferrajoli la tesis de que: *La figura y la posición institucional del juez en la democracia constitucional quedan más claramente definidas por su exterioridad respecto del sistema político y por sus distanciamiento de los intereses particulares de los sujetos implicado en el procedimiento (...) Y es claro que para cumplir esa función no debe tener ninguna relación de dependencia, directa o indirecta, con ningún otro poder. Debe ser, en otras palabras, independiente tanto frente a los poderes externos como a los poderes internos de orden judicial*. Ferrajoli, Luigi (2001). **Jueces y Política**. En Asociacionismo e Independencia Judicial en Centroamérica. Diagnóstico de la Red Centroamericana de Jueces, fiscales y defensores por la Democratización de la justicia. Inecip. Guatemala. Instituto de estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, pp. 119-120.





VARGAS ROJAS: Sistema de elección de magistrados(as)...

Con anterioridad al 2003, el nombramiento de magistrados(as) se hacía mediante mayoría simple, excepto los de la Sala Constitucional, que requería la mayoría calificada. Sin embargo, el procedimiento era sumamente cuestionado, puesto que era el partido en el gobierno, quien usualmente tenía la mayoría parlamentaria, el que podía nombrar directamente y sin la anuencia de las demás fracciones, el magistrado de su predilección, con lo cual se ensanchaba aún más la politización en el nombramiento. Ello generó que mediante Ley 8365 del 24 de junio de 2003, publicada en La Gaceta No. 146 del 31 de julio de 2003, se estableciera la necesidad de que el nombramiento de todo magistrado o magistrada, independientemente de la Sala que fuere, se hiciera mediante la mayoría calificada. No obstante la citada reforma, todavía continúa vigente la polémica en torno al mecanismo a través del cual se nombran los jerarcas del Poder Judicial. Cada vez que corresponde la elección de algún magistrado o magistrada, surge la discusión respecto a la politización del mismo⁽¹¹⁾. Lo anterior lo podemos constatar con sólo leer los principales diarios del país en los meses previos a cualquier elección de magistrado⁽¹²⁾. Exactamente la misma situación ocurrió en el año dos mil cinco con el nombramiento de un magistrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Al respecto se dio

-
- (11) Como bien se señala en el informe de Inecip, *El procedimiento de nombramientos de magistrados en nuestro país, ha sido fuertemente criticado, en especial, cuando ante la opinión pública aparece como una 'negociación política'. Durante el año, se hicieron seis nombramientos de magistrados en diversas Salas de la Corte Suprema de Justicia a través de la elección indirecta por medio de la Asamblea Legislativa. Como lo apunta Wilberth Arroyo Alvarez, Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 'mucho se ha discutido en torno al tema y mucho falta por decirse. Ha habido muchos proyectos de reforma legal y constitucional –boy archivados– que nacen al calor de la discusión de cada nombramiento o selección de algún magistrado. Las lógicas diferencias políticas de cada partido en la Asamblea, todos con importantes cuotas de poder, hacen pensar que la forma por la que se nombra a esta clase de funcionarios debe ser sumamente cuidadosa para no afectar un Poder de la República que como tal poder político, es pilar fundamental del Estado de Derecho que vivimos y disfrutamos los costarricenses.* Campos Zúñiga, Mayra (2002). **Informe 2001 sobre administración de justicia en Costa Rica.** San José. Inecip, p. 9.
- (12) Así, durante el año dos mil dos, periodo en el cual se renovó aproximadamente en un treinta por ciento la cúpula del Poder Judicial, pues se fueron seis magistrados, se generó una intensa discusión. Sobre el





una gran polémica puesto que reiteradamente se dijo que existía una manipulación política en el nombramiento del jerarca judicial. Dentro de los muchos titulares que ocuparon la atención en esos días, se puede señalar lo expresado por el periódico La Nación, el cual consignó en sus titulares: **'Fracasó nombramiento de un magistrado para Sala Tercera'** (Martes 15 de marzo, 2005), **'Rodríguez intervino en elección de magistrado, dicen diputados'** (Lunes 11 de abril, 2005). **'Expresidentes influyen en elección de magistrado'** (Sábado 9 de abril, 2005).

Esta elección dejó patente la influencia político partidista que implica el nombramiento de este tipo de funcionarios(as). Nunca antes se ha habido expuesto de forma tan clara y contundente los peligros que conlleva el que los funcionarios(as) de mayor rango en el Poder Judicial sean nombrados por el Poder político y respondiendo a presuntos intereses partidistas⁽¹³⁾. Conforme lo señala Antillón⁽¹⁴⁾ (2005), el problema no se concreta en la simple injerencia de la Asamblea Legislativa, *...sino que también es la influencia de los líderes de los partidos (entre ellos suele estar el propio Presidente de la República, y su staff) que*

particular el informe de Inecip (2002, p.13) reseña: *Entre algunas de las publicaciones, se menciona las siguientes: 'Pugna por nombramiento en la Sala IV'(La prensa Libre, 5 de abril de 2002); 'Diputados tras combo en la Sala Cuarta' Vacantes puesto de Rodolfo Piza y Eduardo Sancho' (La república, 6 de abril de 2002); 'Trato político por magistrados. Diputados socialcristianos (...) valora su postulación a cargo (La Nación 4 de abril de 2002), 'División sobre elección de magistrados' (La Nación 04 de junio de 2002; 'Elección de magistrados por 38 votos (La Nación, 07 de junio de 2002); 'Lío por magistratura', Sustituto de Eduardo Sáncho, (Al día, 10 de abril de 2002); 'Cambios a elección de magistrados. Reelección se mantiene igual ' (Al día 07 de junio de 2002); 'Aprueban reforma a elección de magistrados' (El Heraldo 07 de junio de 2002); 'La elección de magistrados' (La prensa Libre, 29 de junio de 2002) y 'Plan para elegir magistrados fue archivado. No logró 38 votos' (La Nación, 30 de julio de 2002).*

- (13) La situación llegó a tal extremo que el periodista Julio Rodríguez en su sección en Vela del periódico La Nación (10 de abril de 2005), calificó la elección del magistrado para la Sala Tercera de la Corte Suprema de justicia como *un espectáculo indecoroso para los diputados, para el Estado y para el país.*
- (14) Antillón (2005). **Op. cit.**





VARGAS ROJAS: Sistema de elección de magistrados(as)...

dominan a los diputados. Porque a estas alturas todos sabemos que en el nombramiento de los magistrados de la Corte, las decisiones no son de los diputados, sino de la cúpulas de los partidos.

III. EL SISTEMA DE NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS(AS) Y LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL

La discusión en torno al nombramiento de Magistrados(as) y su vinculación política llegó a su clímax cuando se trajo a colación el tema de la reelección presidencial. Recordemos que por una disposición constitucional se prohibía la reelección presidencial⁽¹⁵⁾. Alguno, o de forma más exacta, varios de los ex presidentes de la República tenían interés de presentar su nombre a la arena política, sobre todo cuando los dos partidos tradicionales carecían de un líder fuerte y carismático. En cuanto a Liberación Nacional, sus propios integrantes reconocen que estaba inmerso en una crisis de mediocridad y se notaba la ausencia de un líder que aglutinara el electorado⁽¹⁶⁾. Pese al público interés expresado por los líderes de los principales partidos políticos y ex presidentes de la República, lo cierto es que la contundencia de la norma constitucional se los impedía. Con el fin de allanar el obstáculo normativo, se plantea una primera acción de inconstitucionalidad, la

(15) obre el particular el artículo 132 de la Constitución Política expresaba: *No podrá ser elegido Presidente ni Vicepresidente: 1) El que hubiera servido a la Presidencia en cualquier lapso dentro de los ocho años anteriores al período para cuyo ejercicio se verificare la elección, ni el Vicepresidente o quien le sustituya, que la hubiere servido durante la mayor parte de cualquiera de los períodos que comprenden los expresados ocho años.*

(16) Conforme lo reconoce Hernández en la presentación del libro de Arce y Tinoco (2005, p. ix): *Es claro que al permitirse la reelección presidencial nuevamente, el panorama político del país cambió radicalmente, dado que se dio la oportunidad de que don Oscar Arias aspirara nuevamente al solio presidencial. Ello permitió que el PLN saliera del período de sopor y mediocridad política que vivió durante la dos últimas campañas, en las que anduvo al garete por carencia evidente de líderes que guiaran sus pasos hacia derroteros definidos.* Arce, Guillermo y Tinoco, Federico. (2005). **Reelección en Costa Rica: Golpe de estado “Constitucional” o reafirmación del Poder Constituyente.** San José. 1a. edición, p. ix.





cual fue declarada *sin lugar*⁽¹⁷⁾. El argumento central por el cual la mayoría de los integrantes de la Sala Constitucional rechazaron la acción de inconstitucionalidad presentada fue por considerar que fungían como tribunal jurisdiccional y no de conveniencia o interés público. De manera que no consideraban legítimo invadir los ámbitos que corresponden a los poderes políticos u otros órganos constitucionales o legales del Estado. En este sentido, la Sala consideró que carecía de toda competencia para valorar el mérito de la reforma constitucional ya fuera en su forma o contenido, o su correspondencia o no con la voluntad o deseos de los ciudadanos. Tampoco estimó procedente el alegato en torno a que la Asamblea Legislativa había incumplido sus deberes al negarse a discutir o a aprobar una eventual reforma constitucional que devolviera a los ex presidentes la posibilidad de ser reelectos, de cualquier manera o después de dos períodos, como lo disponía el artículo 132 inciso 1° original; o, mucho menos, para juzgar si la pretendida reelección presidencial contribuiría o no a resolver problemas coyunturales de la política electoral costarricense. De allí que la Sala, no entró a conocer el fondo del reclamo planteado⁽¹⁸⁾. Con el

(17) En esa oportunidad, la Sala Constitucional, mediante Voto 2000-07818, de las 16:45 horas, del 5 de setiembre del dos mil, por mayoría de cuatro votos contra tres mil resolvió: *Se declaran sin lugar las acciones acumuladas. Los Magistrados Solano, Calzada y Vargas salvan el voto y declaran con lugar las acciones en cuanto a la reforma del inciso 1° del artículo 132 de la Constitución, por Ley No.4349 del 11 de julio de 1969, debiendo estarse en adelante al texto original.*

(18) Sobre este tema resulta interesante los razonamientos del Magistrado Pizza (hoy fallecido), quien si bien votó con la mayoría de la Sala, expresó sus particulares consideraciones, aduciendo que: *...con apoyo en las consideraciones que anteceden, arriba a la conclusión de que el vicio que se atribuye a la reforma del inciso 1° del artículo 132 de la Constitución, consistente en que la Comisión dictaminadora de la proposición de reforma no rindió su dictamen en el plazo de ocho días, según lo prescrito para la época por el artículo 195 inciso 1°, no tiene el carácter de sustancial –o esencial–, y, por ende, no invalida la reforma ni afecta la competencia de la Asamblea Legislativa como Poder Reformador de la Constitución.* Incluso el Magistrado Pizza hace una interesante referencia en torno a las consecuencias jurídicas de la acción interpuesta, puesto que, según advirtió el citado jurista: *...de un total de cuarenta y ocho reformas parciales incorporadas a la Constitución de 1949, hasta las del 27 de mayo de 1999, solamente veinte no serían inválidas, por haber sido dictaminadas dentro del plazo constitucional –de 8 días hasta 1977, de 20 después–, mientras que sí lo serían y, en*



VARGAS ROJAS: Sistema de elección de magistrados(as)...

fallo de la Sala Constitucional se suponía que el tema, por lo menos a corto plazo, no sería nuevamente discutido en la vía jurisdiccional. En efecto, si la misma Sala, por la mayoría de sus miembros concluyó que no tenía competencia para conocer la forma y el fondo de las reformas constitucionales operadas luego de la promulgación de la Constitución Política en 1949. Además, si se estimó que la reelección es un tema que corresponde a una decisión política, todo apuntaba a que sería en otro foro donde se plantearía la pretendida reforma⁽¹⁹⁾. A lo anterior debe agregarse que de acuerdo con el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional *la jurisprudencia y los precedentes son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma*. No obstante lo anterior, durante el año dos mil dos se dio una coyuntura institucional, conforme a la cual, quedaron vacantes dos plazas de Magistrado en la Sala Constitucional. Precisamente las plazas del Magistrado Pizza quien falleció y el Magistrado Sancho que se acogió a su jubilación. Ambos Magistrados habían votado en forma negativa la acción de inconstitucionalidad presentada en contra de la norma que impedía la reelección presidencial.

Es dentro de este contexto que la Asamblea Legislativa se apresta a nombrar los dos magistrados(as) de la Sala Constitucional. Conforme se consignó anteriormente, los principales diarios de circulación nacional, expresamente manifestaron su preocupación por la posible politización de los nombramientos⁽²⁰⁾. Una vez nombrados los dos magistrados de la Sala Constitucional se presenta una nueva acción de inconstitucionalidad dirigida a dejar sin efecto el impedimento que tenían los ex presidentes de la República (salvo uno de ellos, por ser anterior a la reforma) de acceder nuevamente a la silla presidencial. En

consecuencia, absolutamente nulas, las veintisiete restantes –más de un 56%, que afectaron 45 disposiciones, y casi todas las más importantes–, las cuales fueron informadas tardíamente.

- (19) Evidentemente, el tema de la reelección presidencial, es ante todo, un tema político y no jurídico. De allí que corresponde a la Asamblea Legislativa, que es el cuerpo político por excelencia, su discusión y eventual aprobación. Incluso, hubiese sido uno de los temas idóneos para ser planteados en un referéndum.
- (20) En ese sentido, algunos de los titulares de entonces señalaban: *Diputados tras combo en la Sala Cuarta. Vacantes puesto de Rodolfo Pizza y Eduardo Sancho (La República, 6 de abril de 2002); Trato político por magistrados. Diputados socialcristianos (...) valoran su postulación a cargo (La Nación 4 de abril de 2002).*

esta oportunidad, la Sala Constitucional por mayoría de cuatro a tres, acoge la acción y deja sin efecto la citada prohibición⁽²¹⁾. Solamente los Magistrados Mora y Arguedas, quienes en la resolución anterior formaron parte del voto de mayoría, se constituyeron en voto de minoría y por tanto fueron quienes resolvieron de la misma forma que la anterior. Por su parte, los dos magistrados recién nombrados votaron por acoger la acción interpuesta y por ende procedieron a anular la norma cuestionada⁽²²⁾.

- (21) Mediante Voto No. 2771-2003 de las 11:40 horas del 4 de abril del dos mil tres, la Sala Constitucional resolvió: *Por tanto: Se declaran con lugar las acciones. En consecuencia, se anula la reforma efectuada al artículo 132 inciso 1) de la Constitución Política, mediante Ley Número 4349 del 11 de julio de 1969, por lo que retoma vigencia la norma según disponía antes de dicha reforma. Esta sentencia tiene efecto declarativo y retroactivo a la fecha de entrada en vigencia de la norma anulada. De conformidad con el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se dimensionan los efectos de esta sentencia en el sentido de que los actos derivados de la reforma desde la vigencia de la ley 4349 hasta esta anulación, son válidos. Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial "La Gaceta" y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Comuníquese a los Poderes Ejecutivo, Legislativo y al Tribunal Supremo de Elecciones. Notifíquese.*
- (22) En torno al tema principal por el cual se había rechazado la anterior demanda o acción de inconstitucionalidad, que era precisamente lo relacionado con la competencia, se adujo que: *...este Tribunal estima que tiene plena competencia para conocer de la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales por razones de procedimiento. El artículo 9 de la Constitución Política, establece como uno de los principios orientadores de nuestro Estado, el principio de división de poderes. Este principio pretende dividir la detentación del poder en Poderes de igual rango, independientes el uno del otro, de tal forma que un Poder pueda fiscalizar la labor de los otros, y se crea así, un sistema de "frenos y contrapesos" que se encarga de garantizar que las labores de cada uno de ellos se enmarque dentro de ciertos límites establecidos, procurando así no violentar o vulnerar los derechos y libertades de los ciudadanos. (...) Por consiguiente, de conformidad con el artículo 10 de la Constitución y 3 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional es indudable que le corresponde a esta instancia ejercer tal función. Por ende, un aspecto de la reforma constitucional, que es de suma importancia, se vincula con el análisis de la lesión, alteración, desconocimiento o el cercenamiento, que una reforma constitucional produce respecto de derechos o situaciones jurídicas que se han adquirido o consolidado al amparo y en aplicación de las anteriores normas constitucionales.*

VARGAS ROJAS: Sistema de elección de magistrados(as)...

El análisis integral de las acciones de inconstitucionalidad presentadas, así como de la coyuntura histórica en que se presentan, nos permite establecer algunos elementos importantes. En primer lugar, el sistema de nombramiento de Magistrados a la Corte Suprema de Justicia es realizado por la Asamblea Legislativa, que a su vez constituye la máxima expresión política de un país. En segundo lugar, la forma en que tradicionalmente se han efectuado los nombramientos de estos altos jerarcas judiciales, obedece a un acuerdo tácito o explícito entre los dos partidos mayoritarios quienes usualmente se alternaban su escogencia. Como tercer aspecto, valga comentar que desde siempre, y conforme lo apuntaba Zambrana en 1907, se ha cuestionado la imparcialidad e independencia de la Justicia costarricense al existir un cordón umbilical entre los Magistrados de la Corte y la clase política del país. Ese clamor popular se refleja en cada una de las elecciones de magistrados y magistradas, donde algunos de los sectores sociales y políticos denuncian la existencia de manipulaciones tendientes al nombramiento de personas afines al partido político. Tomando en cuenta las anteriores consideraciones es que debe analizarse el tema de la reelección presidencial. En efecto, en una primera oportunidad por una mayoría de cuatro votos contra tres se rechaza la pretensión de los accionantes. A los pocos meses se producen dos vacantes en la Sala Constitucional, precisamente de dos de los cuatro magistrados que habían votado negativamente la reelección. Se procede a efectuar los dos nombramientos, siempre bajo ese clima de injerencia política, luego se presenta una nueva acción y esta vez, con el concurso de los magistrados recién nombrados, se declara con lugar la acción incoada. Valga acotar que si bien del estudio de los expedientes relacionados con el nombramiento de ambos juristas no se observa un cuestionamiento directo en cuanto a la reelección presidencial, sí se deriva un interés por el tema electoral y la injerencia de los políticos en el nombramiento de magistrados⁽²³⁾.

El problema no es determinar si la Sala Constitucional resolvió adecuadamente en la primera o en la segunda resolución. Tampoco

(23) Sobre el particular en el expediente Legislativo 6/6 del acuerdo 6068, archivado bajo el número 10741, se determina que entre otras preguntas se hicieron las siguientes *¿Que opina sobre la posibilidad de una constituyente en nuestro país? ¿La cree necesaria? ¿Considera oportuna una reforma electoral? ¿Cree usted que la política interviene o ha intervenido en los nombramientos de magistrados, así fuertemente?*

interesa determinar si en la democracia costarricense se justificaba o no la norma que impedía la reelección presidencial. Eso carece de importancia para los efectos del presente ensayo. Es más, debe recordarse que el derecho es una ciencia social, cuyo eje fundamental estriba en la capacidad de argumentar sobre determinado tópico, de manera que desde el punto de vista técnico resulta posible argumentar en uno o en otro sentido. El problema central estriba en determinar si existió o no algún tipo de compromiso previo en torno al tema. Si el transitar por la *cuerda floja*, que señalaba Dall'Anesse, habrá comprometido la administración de justicia. Obviamente, tratándose de un aspecto tan delicado y comprometedor no va existir algún documento o prueba directa que permita acreditar o no dicha vinculación. No obstante lo anterior, resulta oportuno recordar lo consignado por un reconocido escritor, ex ministro de Estado y amigo cercano de don Oscar Arias, nos referimos a don Guido Sáenz, quien expresamente señaló que cuando se interpuso la primera acción de inconstitucionalidad, este tenía la promesa de 4 de los siete magistrados quienes le aseguraron que le *pasarían la reforma*⁽²⁴⁾. Ciertamente, el citado ex ministro y escritor, posteriormente se desdijo ante una Comisión Legislativa y ante los medios de prensa señalando que cuando escribió que el entonces ex presidente Oscar Arias le había asegurado que estaba seguro que le *“pasarían la reforma”*, puesto que le habían prometido cuatro de los siete votos, obedecía a una licencia literaria y no necesariamente porque así se lo habían dicho. A pesar de lo anterior, la duda ya estaba sembrada y el citado libro se constituía en abono de esa duda. Las explicaciones del ex ministro no convencieron ni a la opinión pública ni a la comunidad jurídica. Sobre todo cuando en la misma prensa nacional desde la interposición de la primera acción de inconstitucio-

(24) Sobre el tema de la reelección presidencial y la primera decisión de la Sala Constitucional, Sáenz manifestó: *Ese era el tono de mi escrito, que a él le gustó como también a otros personajes. Todos aquellos convencidos de la trascendencia que tenían para nuestro maltrecho país, cuajado de balbucientes tanteos, demagogias populismo y desorientación, el posible regreso de Oscar Arias a la Presidencia. De los siete votantes de la sala constitucional, cuatro se pronunciaron en contra, tres a favor. Lo llamé en cuanto me enteré de la catástrofe. 'Guido, yo estaba ciento por ciento seguro de que me pasaban la reforma. Tenía promesa de cuatro magistrados. Uno me traicionó.' Me dio su nombre. Sáenz, Guido (2003). **Piedra azul: Atisbos de mi vida**. Editorial Costa Rica. San José, p. 361.*



VARGAS ROJAS: Sistema de elección de magistrados(as)...

alidad se mencionaba la existencia de presiones hacia los magistrados en uno y u otro sentido⁽²⁵⁾.

Se dice que se trató de una licencia literaria, pero la frase donde se alude al compromiso de los cuatro votos, se hace entrecomillado, con lo cual quedaba claro que se le atribuía al entonces ex presidente Arias. Aparte de ello, el hecho no puede analizarse en forma aislada, sino en relación con todos los elementos ya citados.

-
- (25) Al respecto basta con citar la publicación aparecida en el periódico La Nación del 27 de noviembre de 2000 titulada *Critican presión a magistrados* y cuyo contenido señala: *Siempre se negó la existencia de presiones a los magistrados de la Sala IV en cuanto al tema de la reelección, pero una nota que estuvo guardada durante meses ahora se hizo acreedora de ese calificativo precandidatos del Partido Liberación Nacional (PLN) Antonio Álvarez Desanti, José Miguel Corrales Bolaños y Rolando Araya Monge –el 8 de febrero– al presidente de la Corte y magistrado de la Sala IV, Luis Paulino Mora. Manifestaban que la Sala IV no debía conocer el tema de la reelección, pues ese tema es competencia “propia” del Poder Legislativo o del Tribunal Supremo de Elecciones. Para el presidente de la Sala IV, Rodolfo Piza Escalante, el envío de tal documento no fue prudente. “Creo que no se deben ejercer presiones cuando uno está en una posición de poder”, afirmó el martes pasado. Más molestos se mostraron los abogados Jorge Méndez y Edgardo Picado, quienes presentaron las acciones de inconstitucionalidad contra de la reforma al inciso 1 del artículo 132 de la Constitución Política, que prohíbe –desde 1969– un segundo período para los ex presidentes. El primero calificó el escrito como “una barbaridad”, en tanto que el segundo estimó que fue “una presión política e indebida”. La Sala IV declaró sin lugar las acciones el 5 de setiembre.¿ Y qué dijo el ex gobernante Óscar Arias, quien impulsaba la reelección? El sábado, al ser consultado expresó: “En muchas oportunidades me manifesté en contra de expresiones de los precandidatos y algunos ex presidentes que evidentemente implicaban una presión o intimidación a los magistrados, como cuando plantearon que un fallo a favor de las acciones implicaba un golpe de Estado constitucional”. Agregó que después del fallo de la Sala IV ha sabido de “muchas otras presiones de las que fueron víctimas los miembros de la Sala Constitucional, por lo que nada me extraña la existencia de esa carta; no me sorprende”. Distinto criterio tienen Araya y Corrales (no se pudo hablar con Álvarez, pese a que se le dejaron mensajes en su oficina), para quienes lo manifestado en ese documento también lo plantearon públicamente. “No creo que fuera una presión. Esa es una reacción a otras manifestaciones que se dieron. Sí fue presión la campaña publicitaria que se dio en favor de la reelección”, comentó el abogado constitucionalista Fabián Volio.*





IV. EL SISTEMA DE NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS(AS) JUZGAMIENTO DE LOS(LAS) MIEMBROS DE LOS SUPREMOS PODERES Y LA “*JURISDICCIONALIZACIÓN DE LA POLÍTICA*” O “*POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA*”

Otro tema vinculado con el sistema de elección de magistrados y su incidencia en la independencia del juez(a), es el relacionado con el juzgamiento de los miembros de los supremos Poderes. Para proceder en estos casos se requiere la autorización de la Asamblea Legislativa⁽²⁶⁾. En efecto, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, una vez que la Fiscalía General, a través del requerimiento respectivo, determine que existen suficientes elementos de juicio para establecer la existencia de un delito y la posible participación de un miembro con fuero de improcedibilidad, remite la encuesta a la Corte Suprema, quien a su vez lo envía a la Asamblea Legislativa. Por su parte, el Parlamento, mediante una decisión política, sin que tenga que brindar ningún tipo de justificación o motivación, sino que de manera discrecional, decide si se autoriza o no la apertura del respectivo proceso. No cabe duda de que este mecanismo, no sólo propicia la impunidad, sino que también impide los controles democráticos y quebranta principios fundamentales como el de igualdad y tutela judicial efectiva⁽²⁷⁾. Todavía más grave se torna la situación si consideramos, que en el hipotético caso de que la Asamblea Legislativa autorice la formación de la causa penal, existe un procedimiento especial ante los Tribunales de justicia y debe ser

(26) Conforme lo establece el artículo 121 de la Constitución Política: Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: 9) Admitir o no las acusaciones que se interpongan contra quien ejerza la Presidencia de la República, Vicepresidentes, miembros de los Supremos Poderes y Ministros Diplomáticos, declarando por dos terceras partes de votos del total de la Asamblea si hay o no lugar a formación de causa contra ellos, poniéndolos, en caso afirmativo, a disposición de la Corte Suprema de Justicia para su juzgamiento.

(27) El mecanismo idóneo y transparente sería crear una norma en el Código Procesal Penal que suspenda la prescripción de la acción penal mientras el funcionario se encuentre en el cargo. Sobre el particular puede consultarse. Hernández Valle, Rubén (1994). *El Derecho de la Constitución*. Volumen II. 1 edición, San José, Editorial Juricentro, p. 41. En el mismo sentido Cruz señala: *El tema de la prescripción es otro problema que tiene íntima relación con la impunidad, ya que en muchas ocasiones, el funcionario que incurre en prácticas de poder abusivas y*





VARGAS ROJAS: Sistema de elección de magistrados(as)...

juzgado por los miembros de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia⁽²⁸⁾. Contra lo resuelto procederá recurso de casación, que será de conocimiento del pleno de la Corte Suprema de Justicia, previa sustitución de los magistrados(as) que hayan intervenido en el juicio. La normativa citada nos permite hacer algunas reflexiones en torno al tema. En primer lugar, en el ordenamiento jurídico costarricense se ha dado un tratamiento exagerado al tema de las inmunidades y fuero de improcedibilidad⁽²⁹⁾. En segundo lugar, pareciera contrario a los principios de transparencia y rendición de cuentas que las Asamblea Legislativa no tenga que dar razones del porqué decide de una forma u otra. Tampoco los ciudadanos tienen un mecanismo que les permita garantizar el acceso a la justicia en estos casos, pues ni siquiera puede impugnarlo en la vía constitucional. La posición y jerarquía de los(as) funcionarios(as), de por sí constituye un mecanismo para asegurar su impunidad. Se trata de funcionarios(as) de alto rango, que usualmente emiten órdenes de forma verbal, que nadie puede o quiere desafiar y por consiguiente, difícilmente se pueden documentar sus actos. De allí

arbitrarias, está en capacidad de lograr su impunidad, pues el plazo de prescripción del hecho delictivo puede producirse durante el lapso del nombramiento, situación que le permite, evidentemente, manipular las evidencias e impedir la investigación de los hechos. Este privilegio injustificado debe solucionarse mediante una causal de suspensión de la prescripción mientras esté vigente su nombramiento. Prólogo de Cruz Castro, Fernando. En: Barahona Krüger, Pablo (2204). **Corrupción e impunidad: correlaciones e implicaciones**. 1a. ed. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica, pp. 44 y 45.

- (28) Según dispone el artículo 397 del Código Procesal Penal: *Si la Asamblea Legislativa autoriza la prosecución del proceso, los detenidos, si existen, serán puestos a la orden de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a la cual le corresponde juzgar a las personas a que se refiere este Título. Esa Sala deberá pronunciarse, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la recepción del expediente, si mantiene la prisión preventiva o la sustituye por alguna de las restantes medidas cautelares. En todo caso, una vez autorizado el juzgamiento por la Asamblea Legislativa, la Sala Penal podrá decretar cualquiera de las medidas cautelares, si lo estima procedente.*
- (29) Los funcionarios a los cuales se les aplica constituyen toda una legión, sin que exista algún fundamento real para ello. Curiosamente, se deja por fuera a otros que por su función, indiscutiblemente debieran estar amparados a este fuero. Tal y como es el cargo de los jueces y el Fiscal General de la República.



que por lo general son los mandos medios y bajos los que terminan enfrentando las consecuencias de los actos de aquellos. Aparte de lo anterior, no se justifica que en el remoto caso de que la Asamblea Legislativa levante el fuero de improcedibilidad, el(la) funcionario(a) acusado(a) deba ser juzgado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y la eventual impugnación ser conocida por el pleno de la Corte. Al respecto debe anotarse que ello, por lo menos viola el principio de igualdad. Si se estimara que los(las) miembros de los Supremos Poderes tienen derecho a ser juzgados por sus pares, igual sería predicable para los demás ciudadanos. De igual forma, si se considera que los Magistrados(as) son los(las) jueces(ezas) más capacitados del Poder Judicial, ello nos llevaría a la conclusión de que habría dos tipos de justicia, una de primera para los políticos y otra de segunda para los demás ciudadanos. Sin embargo, el tema más preocupante es el mecanismo a través del cual se nombran los (las) Magistrados(as) de la Corte. Dichos(as) funcionarios(as) son nombrados por la Asamblea Legislativa, la que como es lógico se compone por los diputados(as) de las distintas fracciones políticas. De manera que independientemente del partido en el gobierno y de la fecha en que se dio la elección de magistrados(as), todos fueron nombrados con la “*bendición*” de los jefes de los grupos políticos mayoritarios. De allí que nos parece que el procedimiento especial establecido en el Código Procesal Penal constituye un mecanismo preferente y violatorio del principio de proporcionalidad⁽³⁰⁾, por lo que es inconveniente, desde el punto de vista social, político y de la independencia e imparcialidad, que el juzgamiento de los miembros de la casta política, corresponda precisamente a aquellos cuyo nombramiento fue realizado por los mismos grupos políticos.

Además de los dos ejemplos citados, no debe olvidarse que cada vez más se acude a la jurisdicción, sobre todo la constitucional, para

(30) Para González-Cuéllar *este principio también sirve para: Vincular subjetiva o intencionalmente a todos los poderes del Estado a la observancia del principio de idoneidad, componente, como sabemos, del más amplio principio de prohibición de exceso. Un medio no es sólo inidóneo porque objetivamente no tienda a la consecución del fin. Lo es aún más, si la intervención del órgano actuante no se dirige a la satisfacción de dicho fin, sino a la de otros fines, sean legítimos o no.* González-Cuellar Serrano, Nicolás (1990). **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal.** Editorial Colex. Madrid, España, p. 45.



VARGAS ROJAS: Sistema de elección de magistrados(as)...

resolver los grandes temas políticos, económicos y comerciales del país⁽³¹⁾. Eso puede generar que se jurisdiccionalice la política, o por el contrario, se de una politización de la justicia. En esta relación, es evidente que quien tiene todas las de perder es la justicia costarricense. Existen suficientes razones que demuestran la inconveniencia para el país, para la administración de justicia y sobre todo para garantizar los principios de transparencia, independencia e imparcialidad, de que los(las) Magistrados(as) sean nombrados por la Asamblea Legislativa. Todo lo anterior nos permite establecer que en relación con la independencia externa, el sistema de nombramiento de magistrados(as) es el talón de Aquiles de la justicia costarricense.

V. SISTEMAS DE NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS(AS)

Para elegir los miembros de la Corte Suprema de Justicia, que a la postre constituyen la más alta jerarquía dentro de la organización judicial, existen, conforme al derecho comparado, diversas formas de hacerlo. Por un lado tenemos el sistema tradicional, heredado del modelo Napoleónico, donde la Asamblea Legislativa es quien nombra a los(las) Magistrados(as). En el sistema anglosajón, el nombramiento se hace por elección directa. Por su parte, en la mayoría de países europeos, la elección se realiza a través de un Consejo. De seguido se analiza los principales sistemas de nombramiento, así como los problemas que lleva su implementación.

1. Nombramiento por la Asamblea Legislativa

Los sistemas de nombramiento directo por parte de la Asamblea Legislativa o Poder Ejecutivo, generalmente responden al Modelo Napoleónico, según el cual se hace depender jerárquicamente la organización judicial de los poderes políticos, usualmente del Parlamento. Sistema que fue copiado durante el siglo XIX en muchos países de

(31) Dentro de estos se pueden citar, entre otros, la reelección presidencial, el Tratado de Libre Comercio con los Estado Unidos de Norteamérica y la determinación de sí el mismo es o no contrario al derecho de la Constitución. Para un extenso análisis del tema véase Baudrit Carrillo, Luis (2007). **Inconstitucionalidades en el TLC a pesar del dictamen de la Sala IV**. 1a. edición, San José, Costa Rica, Oficina Jurídica. Sección de Impresión del SIEDIN.





Latinoamérica. Dentro de ese modelo de sujeción judicial, se ensayaron algunas variantes, dentro de ellos la designación libre y directa de los(las) jueces(ezas) por el Poder Ejecutivo o Legislativo. La formación de ternas, con carácter vinculante para el órgano encargado de realizar el nombramiento.

Conforme se explicó anteriormente, en la República de Costa Rica, corresponde a la Asamblea Legislativa escoger directamente y sin más restricciones que las establecidas en la Constitución Política, a los magistrados y magistradas de las distintas Salas de la Corte⁽³²⁾. De acuerdo con la normativa vigente, realmente son pocos los requisitos establecidos para aspirar al puesto de Magistrado o Magistrada de la Corte Suprema de Justicia. Basta con poseer el título de licenciado en derecho, ser costarricense, estar domiciliado en el país y tener más de treinta y cinco años y haber ejercido la profesión por los menos por diez años. Aparte de ello, el ordenamiento jurídico establece algunas incompatibilidades que impiden que una persona sea nombrada en dicho cargo. Al respecto, no puede ser elegido Magistrado(a) quien se halle ligado por parentesco de consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive, con un miembro de la Corte Suprema de Justicia. Tampoco se puede ejercer el puesto de Magistrado(a) si se está nombrado en otro Supremo Poder de la República. Cumplidos los anteriores requisitos, el Parlamento puede nombrar libremente a cualquier persona. La amplitud del sistema implica un amplio margen de discrecionalidad por parte de la Asamblea Legislativa⁽³³⁾. Ello facilita la existencia de estrechas relaciones entre la política y la magistratura. Situación que incide tanto la imagen de la justicia, como

(32) Según establece el artículo 159 de la Constitución Política de Costa Rica: *Para ser Magistrado se requiere: 1) Ser costarricense por nacimiento, por naturalización, con domicilio en el país no menor de diez años después de obtenida la carta respectiva. Sin embargo, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia deberá ser costarricense por nacimiento; 2) Ser ciudadano en ejercicio; 3) Pertener al estado seglar; 4) Ser mayor de treinta y cinco años; 5) Poseer título de abogado, expedido o legalmente reconocido en Costa Rica, y haber ejercido la profesión durante diez años por lo menos, salvo que se tratare de funcionarios judiciales con práctica judicial no menor de cinco años.*

(33) Esa amplitud permitió que en algún momento de nuestra historia patria, se nombrara como magistrado a un miembro del propio Parlamento. De igual forma, el actual presidente de la Corte, pasó de magistrado de la Sala Tercera a Ministro de Estado y luego regresó como magistrado de la Sala Constitucional.





VARGAS ROJAS: Sistema de elección de magistrados(as)...

la misma separación de poderes⁽³⁴⁾. De allí que no cabe ninguna discusión de que el nombramiento de Magistrado(a), es ante todo, un nombramiento político⁽³⁵⁾.

Para atemperar un poco la discrecionalidad y hasta arbitrariedad en el sistema de nombramiento, la Asamblea Legislativa para el periodo 2002-2006, estableció un procedimiento a través del cual se hace un concurso público, donde los aspirantes pueden presentar su nombre. Posteriormente, una Comisión de la Asamblea valora los atestados y les asigna un puntaje, elaborando así como una terna que finalmente es presentada al Plenario Legislativo. Mecanismo que en términos generales se ha mantenido en la presente periodo constitucional (2006-2010). Para algunos, el sistema de nombramientos seguido en Costa Rica, es el mejor que se conoce, mismo que se considera fortalecido con la existencia de la Comisión y los parámetros que éste ha determinado⁽³⁶⁾. No se comparte dicha tesis. Por un lado, estamos convencidos de que existen más y mejores alternativas para el nombramiento de los(as) miembros de la Corte Suprema de Justicia. Además, si bien la

-
- (34) Como lo señala Jiménez, las vinculaciones políticas entre el Poder Judicial y el Congreso *...puede afectar de algún modo a los principios de separación de poderes y de independencia judicial, pero ante todo representa una imagen institucional muy poco edificante y un claro atentado a la imparcialidad judicial en un sentido lato*. Jiménez Asensio, Rafael. (2002). **Imparcialidad Judicial y Derecho al juez Imparcial**. Navarra, España. Editorial Aranzadi S.A., p. 99.
- (35) Coincidimos con Zaffaroni en el sentido de que *...el sistema de nominación política, tarde o temprano desemboca en la designación de personas que son más adictas o simpáticas a los políticos de turno. Provoca los inevitables 'agradecimientos' a quienes promovieron la nominación o bien la nominación tiene lugar condicionada por acuerdos previos, cuando no con el especial encargo de resolver favorablemente ciertos casos planteados o inminentes*. Zaffaroni, Eugenio Raúl (1994). **Estructuras Judiciales**. Ediar, Argentina, p. 31.
- (36) Al respecto Arroyo, citado por Campos, señala: *No obstante, el sistema de elección actual, que aunque criticado no ha tenido una mejor alternativa, debe fortalecerse en su base democrática y eso se pretende con la creación de la llamada comisión de nombramientos, lo que constituye una idea que está bien encaminada pero que le hace falta, además del sustento legal, mejorar su integración, no sólo con diputados sino con otros miembros de la comunidad civil, especialmente del sector justicia*. Campos Zúñiga, Mayra (2002). **Op. cit.**, p. 14.





Asamblea Legislativa estableció algún procedimiento para la selección de candidatos(as) y posterior nombramiento⁽³⁷⁾, lo cierto es que se trata de un procedimiento no fijado legalmente, pero además, donde los criterios subjetivos y políticos imperan sobre los técnicos⁽³⁸⁾.

Como se expuso anteriormente, la conexión entre el Poder Judicial y la clase política a través del nombramiento de los magistrados(as), entraña un grave peligro para la independencia e imparcialidad del o la Juez(a). Pero además de ello, se presenta una contradicción y en cierta forma, hasta cierto grado de cinismo en el sistema. En efecto, la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 9 incisos 5) y 6) prohíbe a todos los funcionarios(as) y empleados del Poder Judicial: *5.- Cualquier participación en procesos políticos electorales, salvo la emisión de su voto en elecciones generales. 6.- Tomar parte activa en reuniones, manifestaciones y otros actos de carácter político electoral o partidista, aunque sean permitidos a los demás ciudadanos.* Con esto se pretende asegurar la pureza y asepsia de la función judicial. El legislador, parte de una base errónea, al considerar que el (la) juez(a) y la función que desempeña, se realizan de forma aislada, dentro de una burbuja, donde no recibe influencia del mundo exterior⁽³⁹⁾. Contrario a ello, el(la)

-
- (37) Procedimiento que en principio y de forma parcial fue avalado por el Tercer Congreso Nacional de la Judicatura, Carrera Judicial y Sistema de Elección de Magistrados. Cfr: CD. Tercer Congreso Nacional de la Judicatura, Carrera Judicial y Sistema de Elección de Magistrados ACOJUD, realizado del 3 al 5 de setiembre de 2003 en el Centro de Capacitación Juan XXIII, Dulce Nombre de la Unión, Cartago, Costa Rica.
- (38) En efecto, si bien fueron creados algunos parámetros objetivos, tales como el grado académico, los años de experiencia, el número de publicaciones, etc, a los cuales se les asigna una puntuación, también lo es que los y las diputadas se reservaron un significativo puntaje para una presunta entrevista. Misma que se realiza sin contenidos y objetivos claros y donde prevalece el subjetivismo y la discreción. De manera que es a través de este rubro que los miembros de la comisión, finalmente deciden quienes integran la terna y la posición que ocuparán en la misma. De allí que realmente el procedimiento establecido no brinda suficientes garantías en cuanto a que efectivamente se escojan a los y las mejores aspirantes.
- (39) Para Ferrajoli: *La tesis de la apoliticidad sigue siendo todavía el principio indiscutido y más celosamente guardado del bagaje ideológico del juez medio (...). Todo esto no debe causar sorpresa. La razón de tan obstinada resistencia de la mayoría de los jueces a una toma de conciencia tan*



VARGAS ROJAS: Sistema de elección de magistrados(as)...

juez(a), es una persona como cualquier otra, con sus prejuicios, ideales, con sus propias creencias políticas, religiosas, sociales, etc. Donde influye no sólo su formación técnica, sino también su entorno social, cultural, económico y político, de allí que lo más transparente y sano es que se conozca al o la juez(a) integralmente y que las partes puedan sepan a que atenerse⁽⁴⁰⁾. Frente a esta pretendida asepsia judicial, tenemos un Magistrado(a) o aspirante, que debe someterse a un proceso de nombramiento, donde –ya sea que se reconozca o no– lo cierto es que debe desplegar toda una campaña con los partidos políticos, con los diputados en la Asamblea Legislativa y hasta con los líderes de los diversos partidos, puesto que este tipo de nombramientos requiere el beneplácito de ellos. Por ello no es extraño que en los periodos de concurso, o incluso antes, encontrar a los diversos postulantes haciendo *Lobby* Legislativo. Es más, la situación es tan crítica, que algunos(as) aspirantes a Magistrado(a), algunos de ellos jueces(ezas) de carrera, deben recorrer largos meses y diversas oficinas de congresistas para obtener el ansiado nombramiento. De allí que se considera que existe una dicotomía entre lo estipulado en las normas y la realidad judicial, o por lo menos, una marcada diferencia entre los que aspiran a Magistrado(a) y los demás jueces(ezas) de la República. Por todo ello es que no concordamos con el sistema de nombramiento actual.

elemental como la del carácter ilusorio de su profesada apoliticidad no es ciertamente la aversión intelectual frente a una adquisición teórica, sino el reflejo de una concreta posición política. Ser apolíticos o declararse tales no significa en efecto estar fuera o encima de la política, sino aceptar pasivamente los valores políticos e ideológicos dominantes, por cuya virtud el poder es siempre apolítico, mientras políticas son sólo las oposiciones. Ferrajoli Luigi.(1989). **Derechos y Garantías. La ley del más débil.** Madrid: Editorial Trotta, p 201.

- (40) Para Rico: *La experiencia latinoamericana indica que a) toda actitud progresista garantiza la pérdida de la función en caso de golpe de Estado: b) toda actitud tecnocrática o aséptica permite pasar sin mucha dificultad de tránsito de un gobierno 'de facto' a uno constitucional. Para ellos el modelo de administración de justicia que fomenta el perfil de juez 'aséptico' es el que corresponde a una estructura elitista y poco permeable a la protección de los derechos humanos, mientras que el modelo de propugna un juez comprometido corresponde a una estructura más democrática, que amplía el acceso de la población al sistema de justicia y reconoce plenamente la validez de los derechos fundamentales.* Rico, José María y Salas, Luis (1990). **Independencia Judicial en América Latina: replanteamiento de un tema tradicional.** Montreal: Ilanud, p. 39.

2. **Nombramiento por la Asamblea Legislativa dentro de nóminas confeccionadas por otras autoridades públicas**

Debido a los múltiples problemas que presenta el nombramiento de Magistrados directamente por el Poder Legislativo y con el fin de mitigar las injerencias político electorales, algunos sistemas han establecido un procedimiento mixto, conforme al cual, los jefes del Poder Judicial son nombrados por el Congreso. Sin embargo, éste último debe elegir dentro de una terna remitida por otros funcionarios(as) públicos⁽⁴¹⁾. Este sistema resulta extremadamente complicado y lejos de paliar los inconvenientes que presenta la elección directa por parte de la Asamblea Legislativa, más bien la potencia. En efecto, en primer lugar, se debe crear una comisión de postulación, quien recomienda a los(las) oferentes. Los miembros de esa comisión vienen de sectores tan diversos como son los rectores de las universidades, los decanos(as) de las facultades de Derecho, representantes del Colegio de Abogados y Notarios, así como representantes de los jueces(ezas), por lo que resulta difícil lograr un consenso. El aspirante a un puesto de Magistrado(a) tiene que recorrer un camino todavía más largo, puesto que deben hacer *lobby* para lograr que la comisión de postulación lo incluya en la lista. Una vez que logra ingresar en la lista, debe acudir al Congreso de La República para obtener la venia de los legisladores(as),

(41) A manera de ilustración podemos citar el modelo guatemalteco, cuya reciente Constitución Política (1985) en su artículo 215 establece: *Elección de la Corte Suprema de Justicia. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán electos por el congreso de la República para un período de cinco años, de una nómina de veintiséis candidatos propuestos por una comisión de postulación integrada por un representante de los rectores de las universidades del país, que la preside, los decanos de las facultades de Derecho o Ciencias Jurídicas y Sociales de cada universidad del país, un número equivalente de representantes electos por la Asamblea General del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y por igual número de representantes electos por los magistrados titulares de la Corte de Apelaciones y demás tribunales a que se refiere el artículo 217 de esta Constitución. La elección de candidatos requiere del voto de por lo menos las dos terceras partes de los miembros de la comisión. En las votaciones tanto para integrar la Comisión de Postulación para la integración de la nómina de candidatos, no se aceptará ninguna representación. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia elegirán, entre sus miembros, con el voto favorable de las dos terceras partes, al presidente de la misma, el que durará en sus funciones un año y no podrá ser reelecto durante ese período de la Corte.*

VARGAS ROJAS: Sistema de elección de magistrados(as)...

con lo cual, en definitiva quien resuelve es el Poder Político del Estado. Este mecanismo de nombramiento, tanto en su análisis teórico, como su vigencia en la realidad, no ha servido para resolver el tema de la independencia judicial, pues continúa vigente el ligamen político, a través del nombramiento, entre el Magistrado(a) y la Asamblea Legislativa.

3. Elección popular

Otros de los modelos utilizados para la estructuración del sistema judicial, es aquél mediante el cual los jueces(ezas) son nombrados a través de la elección directa por medio de los ciudadanos. Este es el modelo típico del derecho anglosajón, donde los(las) aspirantes realizan su propia campaña y son nombrados por determinados periodos. Se dice que es el modelo más representativo y donde opera una verdadera legitimación de origen, pues es el mismo pueblo, depositario de la soberanía y de la autoridad, quien decide quienes serán los jueces(ezas) que habrán de conocer los procesos judiciales. En relación con este modelo hay que aclarar que la actividad jurisdiccional constituye un poder contra mayoritario, debiendo muchas veces, en aras de la justicia y del respecto a los derechos fundamentales, tomar decisiones que no agradan a la mayoría del pueblo o a los grupos de presión dominantes. De allí que resulta peligroso la designación del(o la) juzgador(a) por razones de popularidad. En todo caso, la elección popular no garantiza la escogencia de los mejores, ni evita, sino que más bien multiplica los compromisos electorales⁽⁴²⁾. Adicionalmente, la elección popular de los(las) juzgadores(as) requiere una determinada cultura jurídica y madurez social, la que, conforme se ha visto, todavía no se ha alcanzado. Finalmente, la implementación de un modelo debe tomar en

(42) Sobre este particular, Gimeno Sendra, citando a Kayser, señala que *...el solo hecho de haber sido elegido juez por el pueblo no cabe presumir que a través de dicho sistema se seleccionen los más capaces o que la imparcialidad y el acierto hayan de presidir sus fallos; antes al contrario, la experiencia demuestra que el juez electo, una vez designado, ha de pagar con no pocos favores el partido o maquinaria electoral que le promovió el cargo*. Gimeno Sendra, Vicente (1996). **Independencia del Poder Judicial en Iberoamérica y en Europa**. En La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay, España). San José. Costa Rica. Ilanud. Programa Sistema Penal y Derechos Humanos, p. 40.



cuenta la tradición de un país así como el tipo de ordenamiento jurídico que tiene. Ese modelo nos resulta ajeno e incompatible al derecho continental europeo del cual derivamos.

4. Modelo europeo

Partiendo de la base que no compartimos los modelos propuestos, resulta obligatorio proponer alguna solución al dilema planteado. Para ello es necesario acudir al derecho comparado y particularmente a la doctrina europea, quienes a no dudarlo, se cimentan en democracias más maduras, mejor desarrolladas y con un amplio desarrollo en esta materia. Por supuesto que no se trata de importar o copiar un modelo extraño, sino más bien de analizarlo y ajustarlo a nuestras propias necesidades y sobre todo, tomando en cuenta nuestra propia idiosincrasia. Es dentro de este contexto que acogemos la propuesta que realiza el jurista Antillón⁽⁴³⁾, siguiendo el modelo italiano, donde se sustituye el paradigma Napoleónico del doble sometimiento al de la doble independencia. El sistema es relativamente sencillo y se estructura conforme con los modelos europeos que funcionan bajo la figura del Consejo Supremo. Desde ya se debe aclarar que este Consejo Supremo no constituye un tribunal de justicia más, ni tampoco le corresponde conocer de aspectos jurisdiccionales, sino más bien es un ente administrativo encargado de la selección, nombramiento, evaluación, promoción, traslados, aplicación del régimen disciplinario, despidos, etc., de todos los(las) jueces(ezas) de la República, incluidos los de casación⁽⁴⁴⁾. Con este sistema, existiría un mecanismo único y aplicable a todos los (las) administradores(aras) de justicia, de manera que no importa la categoría del(la) funcionario(a), ni su ubicación dentro del organigrama judicial, será tratado de forma similar a todos los demás. Paralelo a ello, los(as) Magistrados(as) de las Salas ya no serán los encargados de conocer la materia administrativa, sino que

(43) Antillón (2005). **Op. cit.**

(44) Como lo señala Montero : *El Consejo General del Poder Judicial, órgano de gobierno del mismo, no tiene tampoco potestad jurisdiccional, no tiene potestad de juzgar, no es un órgano jurisdiccional. Es un órgano de naturaleza claramente administrativa, aunque independiente de los otros Poderes.* Montero Aroca, Juan.(1990). **Independencia y responsabilidad del Juez.** Madrid: Editorial Civitas, p. 117.



VARGAS ROJAS: Sistema de elección de magistrados(as)...

se dedicarán a resolver los recursos de casación que de acuerdo a la ley les corresponde conocer⁽⁴⁵⁾. De todas maneras, esa es la razón esencial de su nombramiento y lo que la sociedad espera de ellos.

5. Sistema propuesto

Siguiendo el modelo europeo y particularmente el italiano y español, el Consejo sería un órgano de rango constitucional, independiente del Poder Ejecutivo y del Legislativo, especializado en la función de gobierno judicial. Se conformará por sectores distintos, es decir, de forma heterogénea y con una clara base democrática. En primer lugar, el Consejo se integra por una mayoría de jueces(ezas) de carrera, elegida a través del sufragio directo y secreto de todos los jueces(ezas) del Poder Judicial. La elección directa permite asegurar la legitimidad y representatividad de los mismos. Serán los propios juzgadores y juzgadoras quienes democráticamente escogen a sus representantes en el Consejo. Con ello se evita la distorsión usual en Latinoamérica y particularmente en Costa Rica, donde la cúpula judicial se arroga la potestad de nombrar a los '*representantes de los jueces(ezas)*'⁽⁴⁶⁾. Las

(45) Resulta muy ilustrativo lo que señala Cruz al respecto. La concentración de diversas funciones que ha acumulado tradicionalmente las cúpulas judiciales, son otra expresión estructural que puede propiciar decisiones abusivas e incontroladas. Esta concentración de funciones puede ser explícita, cuando los miembros de la Corte Suprema de Justicia ejercen, al mismo tiempo, la jurisdicción constitucional, sancionan disciplinariamente a los jueces de todas las instancias, ejercen funciones de administración y gobierno de los jueces y resuelven, en última instancia, las causas sometidas al recurso de casación. Prólogo de Cruz, Castro Fernando. En Barahona Krüger, Pablo (2204). **Corrupción e impunidad: correlaciones e implicaciones**. 1a. ed. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica, p. 36.

(46) En efecto, en Costa Rica, por una disposición de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tenemos la paradoja de que los supuestos representantes de los jueces ante el Consejo Superior son nombrados directamente por la Corte Plena sin que medie ninguna intervención, recomendación o sugerencia de aquellos. Es más, cuando las asociaciones de jueces y juezas han remitido alguna terna, ni siquiera han sido tomadas en consideración. La citada norma dispone: *Artículo 59.- Corresponde a la Corte Suprema de Justicia: 1)... 9.- Nombrar en propiedad a los miembros del Consejo Superior del Poder Judicial, los inspectores generales del*

personas nombradas duran ocho años en su cargo, tienen dedicación exclusiva al Consejo y a su vez se les garantiza el regreso a su puesto judicial una vez que termine el periodo para el cual fue nombrado. Además de los jueces(ezas) de carrera, el Consejo se integra con el nombramiento de personas ajenas al Poder Judicial, cuyo número se estima en la mitad de los jueces(ezas) de carrera, provenientes del sector de los abogados litigantes, los otros sectores del Poder Judicial y de profesores de Derecho, los cuales son nombrados por la Asamblea Legislativa, y consecuentemente, son representantes indirectos de los ciudadanos. El tercer grupo de los miembros del Consejo, son aquellos que el sistema continental europeo denomina miembros natos. Es decir, personas que por su investidura, por la función que desempeñan se considera indispensable que integren el citado Consejo. En Italia, se trata del Presidente de la República⁽⁴⁷⁾, el Presidente de la Corte de Casación y el Procurador General, quienes coordinan el Consejo bajo la presidencia del primero. En el modelo europeo, todos los miembros del Consejo, tanto los que son electos de forma democrática, los nombrados por el Colegio de Jueces(ezas), como los naturales o natos, gozan de inmunidad durante el ejercicio de sus cargos, de modo que se encuentran institucionalmente libres de presiones y represalias. Por otra parte, la mayoría de los miembros del Consejo provienen de la judicatura, a través de la carrera judicial, lo cual constituye un importante factor de legitimación del órgano que los libera de cualquier sospecha de presión político partidista y permite además, una presencia fuerte y constante del criterio intra judicial. Esto por cuanto se prevé que los representantes de la judicatura provengan de todos los grados y de todas las regiones del país. Ello se complementa con los componentes externos al Poder Judicial, que son nombrados por el Poder Legislativo. Estos funcionarios(as), profesores y abogados liti-

tribunal de la inspección judicial, los jueces de casación y los de los tribunales colegiados, el Fiscal General de la República, el Director y el Subdirector del Organismo de Investigación Judicial; asimismo, al jefe y al subjefe de la Defensa Pública. Cuando se trate de funcionarios nombrados por un período determinado, la Corte deberá realizar el nuevo nombramiento en la primera sesión ordinaria de diciembre en que termine el período y los nombrados tomarán posesión el primer día hábil de enero siguiente.

- (47) En este punto se debe aclarar que en la Constitución Política italiana, el Presidente de la República no ejerce el 'Poder Ejecutivo', sino que constituye más bien el representante del Estado y coordina las relaciones entre el Parlamento y el Consejo de Ministros.

VARGAS ROJAS: Sistema de elección de magistrados(as)...

gantes, previsiblemente escogidos con criterios técnicos-políticos, introducen en el Consejo un refrescamiento y remozamiento del quehacer judicial. En efecto, a través de los profesores universitarios se introducen las perspectivas académicas, nuevas teorías y desarrollos dogmáticos, mientras que los litigantes aportan su criterio práctico vivido a través de la práctica forense, con lo cual se logra un interesante balance entre teoría y práctica, entre funcionarios(as) y usuarios. La condición de minoritarios dentro del Consejo, mitiga los resquemores por su origen político partidista, pues en conjunto constituyen una fuerza menor, sin privar a la judicatura de nuevos aires y corrientes de pensamiento que oxigenen la administración de justicia. Por último, los miembros naturales o natos del Consejo, aplicarán su experiencia de dirigentes a la orientación y coordinación de diferentes tendencias que, inevitablemente, estarán presentes en el Consejo.

Al igual que todos los modelos, a éste también se le han formulado algunas críticas. Tal vez la más relevante es que el mismo carece de '*control político*' por parte de los miembros de la carrera judicial, lo que podría conducir a un verdadero corporativismo o dictadura judicial, pues siendo mayoría, podrían aprovechar la superioridad numérica para privilegiar sus intereses corporativos y dejar de lado los intereses institucionales. Pese a que el peligro apuntado es factible, los riesgos del modelo son inferiores a los demás sistemas⁽⁴⁸⁾. El modelo vigente no sólo resulta obsoleto y vetusto, sino que además contrario a los principios de una sana administración y transparencia. El que se propone no resulta un experimento o ensayo, sino que el mismo funciona exitosamente desde hace muchos años en los principales países europeos. De manera que si en sistemas jurídicos afines al nuestro, pero de mayor rodaje democrático e institucional, ha logrado superar y corregir las falencias del Modelo Napoleónico, no encon-

(48) Como bien lo señalaba el profesor Antillón *...sin restar importancia al riesgo que esto supone y que puede variar de un país a otro, los que al señalar esta supuesta 'paja en el ojo' del nuevo modelo no notan 'la viga' que les impide apreciar que el Paradigma napoleónico, lejos de haber traído ninguna representatividad al seno de la justicia, ha propiciado durante un tiempo que dura ya siglos la utilización de esa justicia para revestir de legalidad el delito de Estado; ha propiciado la anteposición impune de los intereses personales de nuestros políticos, sobre los de los pueblos; les ha permitido un dominio irresponsable del Poder Judicial por 'autoría mediata', a fin de asegurar la impunidad de las 'clases dirigentes.* Antillón (2005). **Op. cit.**

tramos razones válidas para no implementarlo. Desde luego que no se pretende hacer una copia literal del modelo italiano o español, sino de ajustar el mismo a la realidad costarricense. En ese sentido es necesaria una reforma constitucional donde se contemple todo lo relacionado con la administración de justicia en nuestro país. Iniciando por señalar que la Justicia en Costa Rica se ejerce en nombre del Pueblo, disponiendo los mecanismos que garanticen la verdadera independencia y en general, sentando las bases sobre las cuales el país desea que se administre la justicia⁽⁴⁹⁾. Con esta propuesta se resuelve una de las principales omisiones en cuanto al régimen de administración de justicia, a saber, la legitimación a través de la cual se resuelven los conflictos jurídicos. Como se indicó, la legitimación de la función jurisdiccional no es la misma que la de los otros poderes del Estado. Se trata de una legitimación de origen y de ejercicio. En realidad, los (las) jueces(ezas) actúan por delegación y en nombre del pueblo. Además de ello, se establecen constitucionalmente las características principales de nuestra administración de justicia. Se considera necesario modificar el numeral 154 de la Constitución Política de Costa Rica, con el fin de asegurar, con rango supra legal, la estabilidad de los (las) juzgadores (as) en sus funciones y evitar así mecanismos, en ocasiones sutiles, en otras no tanto, que permiten a las estructuras de poder afectar la estabilidad y la independencia judicial⁽⁵⁰⁾.

En esta reforma se crearía el Consejo de la Judicatura o Consejo Judicial al estilo europeo⁽⁵¹⁾. El Consejo se integraría con ocho miembros. De éstos, cinco (la mayoría) correspondería a jueces(ezas) de

(49) En tal sentido se propone la modificación al artículo 152 de la Constitución Política, el cual podría quedar de la siguiente forma: *Artículo 152.- La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del pueblo, por los tribunales que establezca la ley. La justicia costarricense, salvo las excepciones que determine la ley, será gratuita, oral, pública y las sentencias serán siempre motivadas.*

(50) El texto que se propone es el siguiente: *Artículo 154.- El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos. Los jueces y magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.*

(51) Se propone la modificación del artículo 157 de nuestra Constitución Política en los siguientes términos: *Artículo 157.- El Consejo Superior de la Magistratura es el órgano de gobierno y administración del Poder*

VARGAS ROJAS: Sistema de elección de magistrados(as)...

carrera provenientes de todos las categorías y regiones, que serían electos democráticamente a través de una votación directa y secreta. Los restantes tres miembros serían escogidos por la Asamblea Legislativa. De ellos, uno sería abogado con más de veinte años de ejercicio profesional intachable, escogido de una terna remitida por el Colegio de Abogados. Otro correspondería a profesores universitarios, con grado de catedráticos(as), elegidos(as) de una terna remitida por las Universidades. El restante se escogerá de entre los demás sectores del Poder Judicial (defensores, fiscales, etc). Los miembros escogerán entre ellos a un presidente(a) y a un secretario(a). Todos los funcionarios(as) nombrados estarían en su cargos por un periodo de cinco años, pudiendo, en el caso de los funcionarios(as) judiciales, regresar a sus puestos una vez vencido el mismo. El periodo de cinco años se fija con el propósito de que no coincida con las elecciones nacionales y se vea influenciado por los vientos políticos del momento. Como se observa, se trata de un modelo más pequeño, más sencillo, donde no existen miembros naturales o natos. Además, el propio Consejo puede elegir democráticamente su presidente(a). El modelo que aquí se propone rompe con el doble sometimiento en que nos encontramos los(las) jueces(ezas). Por un lado el sometimiento a la Asamblea Legislativa y por otro, la sujeción a la Corte Suprema de Justicia, para pasar a una doble independencia. Independencia de la Asamblea Legislativa e independencia de la Corte Suprema. Consideramos que la propuesta es la más democrática y la que conlleva menos riesgos. Para su implementación es necesario que concurren varias voluntades. Por un lado, la voluntad de la Asamblea Legislativa de despojarse del poder de nombramiento y

Judicial. La ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramiento, ascensos y régimen disciplinario. Se integra con ocho miembros. De ellos cinco corresponden a jueces de carrera provenientes de las diversas categorías y regiones, que serán electos democráticamente a través de una votación directa y secreta, Los restantes tres miembros serán escogidos por la Asamblea Legislativa. De ellos uno será abogados con más de veinte años de ejercicio profesional intachable, escogido de una terna remitida por el Colegio de Abogados. Otro corresponderá a profesores universitarios con grado de catedráticos, elegidos de una terna remitida por las Universidades Públicas. El restante se escogerá de entre los abogados de los demás sectores del Poder Judicial. Los miembros escogerán entre ellos a un presidente (a) y a un secretario (a). Todos los funcionarios nombrados estarán en sus cargos por un periodo de cinco años, pudiendo, en el caso de los funcionarios judiciales, regresar a sus puesto una vez vencido el periodo.

control que tiene sobre la Corte. Paralelamente, es necesario contar con la voluntad de los magistrados (as) de la Corte, de despojarse de poder jerárquico sobre los otros jueces (ezas) de la República, y de someterse, como los demás juzgadores, al poder del Consejo. Para la Asamblea, el poder se ve disminuido por cuanto solamente nombraría a tres de los ocho miembros del Consejo, pero además, tendría que elegir esos miembros de entre las ternas propuestas por el Colegio de Abogados, Facultades de Derecho de las Universidades Públicas y de los demás abogados(as) del Poder Judicial. Por otro lado, la Asamblea ya no designaría a magistrados(as) con funciones judiciales supremas, como en la actualidad, sino simples miembros minoritarios(as) de un ente colectivo con funciones gubernativas y administrativas. No obstante, realiza un importante y discreto aporte al nombrar a tres de los miembros del Consejo, sin el peligro actual de contaminación político-partidista. En cuanto a los Magistrados(as) de la Corte, los mismos se verían seriamente limitados en sus funciones porque se quedarían solamente con funciones jurisdiccionales, perdiendo su superioridad jerárquica sobre los demás jueces(ezas), quedando también obligados a someterse al Consejo. Además, su nombramiento se sustrae del ámbito político y su designación se hará conforme a la carrera judicial⁽⁵²⁾. En el modelo propuesto, la Corte Plena no tendrá funciones administrativas, sino exclusivamente jurisdiccionales, de allí que los proyectos de ley relacionados con la organización y funcionamiento del Poder Judicial, ya no se consultarán con aquella entidad, sino que ante el Consejo de la Magistratura⁽⁵³⁾.

Establecido que el Modelo Napoleónico no funciona, pero también siendo conscientes de que ninguno de los órganos involucrados (Asamblea Legislativa y Corte) va a ceder gratuitamente el poder que

-
- (52) Por ello se propone la modificación del artículo 158 de nuestra Constitución Política en los siguientes términos: *Artículo 158.- Los nombramientos de Magistrados y demás jueces de la República se harán por concursos de oposición de acuerdo con la carrera judicial establecida en la ley.*
- (53) El artículo 167 de la Constitución Política quedaría así: *Artículo 167.- Para la discusión y aprobación de proyectos de ley que se refieran a la organización o funcionamiento del Poder Judicial, deberá la Asamblea Legislativa consultar al Consejo de la Magistratura; para apartarse del criterio de ésta, se requerirá el voto de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea.*



VARGAS ROJAS: Sistema de elección de magistrados(as)...

ostentan, independientemente de los efectos negativos del mismo, no queda más que insistir en la sociedad costarricense y demostrar una y otra vez por todos los medios posible, la pérdida de credibilidad y sostenibilidad técnica de la situación actual, y las ventajas que implica el modelo propuesto. Especialmente, para los destinatarios de la justicia, que es en última instancia constituyen la razón de ser de la jurisdicción. Insistir en que el nuevo modelo ya funciona adecuadamente en los países europeos y se encuentra contemplado en las Constituciones de la postguerra. Constituyéndose en un cuerpo colegiado de nivel supremo, independiente de las instancias políticas superiores y de composición heterogénea, que está por encima de todos los (las) jueces(ezas) y magistrados(as), y se encarga del gobierno y la administración del sistema judicial. En el fondo, se trata de aprovechar la experiencia e independencia de los(las) jueces(ezas) frente a los poderosos, mostrando que es posible una justicia más cercana a los ideales de la comunidad en general, sobre los intereses de las élites. En síntesis, una justicia que represente verdaderamente los ideales del pueblo, que es en nombre de quien se administra, o se debería administrar, la jurisdicción.





Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (69-106) mayo-agosto 2009

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Antillón, Walter (2005). *Organización de la Justicia*. Julio 2005.
- Arce, Guillermo y Tinoco, Federico. (2005). *Reelección en Costa Rica: Golpe de estado "Constitucional" o reafirmación del Poder Constituyente*. San José. 1 edición.
- Arroyo Gutiérrez, José Manuel y Rodríguez Campos, Alexander.(2002). *Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal*. San José. Escuela Judicial.
- Barahona Krüger, Pablo (2004). *Corrupción e impunidad: correlaciones e implicaciones*. 1 ed. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica.
- Baudrit Carrillo, Luis (2007). *Inconstitucionalidades en el TLC a pesar del dictamen de la Sala IV*. 1a. edición. San José, Costa Rica, Oficina Jurídica. Sección de Impresión del SIEDIN.
- Campos Zúñiga, Mayra (2002). *Informe 2001 sobre administración de justicia en Costa Rica*. San José.
- Carballo Quesada Johnny (1999). *La independencia Judicial*. Trabajo sin publicar. Posgrado Administración de Justicia Penal. Universidad Nacional.
- Cruz Castro, Fernando (2003). *La reforma del Poder Judicial. La supervivencia de un ideario autoritario*. Revista de Ciencias Jurídicas, No: 100, enero-abril 2003, San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Colegio de Abogados.
- Dall' Anese Ruiz Francisco (2000). *Resumen sobre la independencia judicial en Centroamérica*. EN: Libro blanco sobre la independencia del Poder Judicial y la Eficacia de la Administración de justicia en Centroamérica. 1a. edición. San José, Costa Rica. Editora Patricia Francés Baima.
- Dall' Anese Ruiz Francisco (2001). *Informe 2001 sobre administración de justicia en Costa Rica*. San José.
- De Esteban, Jorge (1973). *Desarrollo Político y Constitución Española*, Barcelona: Editorial Ariel.
- Ferrajoli, Luigi (2001). *Jueces y Política*. En Asociacionismo e Independencia Judicial en Centroamérica. Diagnóstico de la Red Centroamericana de Jueces, fiscales y defensores por la Democratización de la justicia. Inecip. Guatemala. Instituto de estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales.





VARGAS ROJAS: Sistema de elección de magistrados(as)...

- Ferrajoli Luigi.(1989). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.
- Gimeno Sendra, Vicente (1996). *Independencia del Poder Judicial en Iberoamérica y en Europa*. EN La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay, España). San José. Costa Rica. Ilanud. Programa Sistema Penal y Derechos Humanos.
- González-Cuellar Serrano, Nicolás (1990). *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Editorial Colex. Madrid, España.
- Gutiérrez, Carlos José. (1979). *El funcionamiento del sistema jurídico*. San José, Juricentro.
- Hernández Valle, Rubén (1994). *El Derecho de la Constitución*. Volumen II. 1a. edición, San José.
- Jiménez Asensio, Rafael. (2002). *Imparcialidad Judicial y Derecho al juez Imparcial*. Navarra, España. Editorial Aranzandi S.A.
- Marín Castán, Jaime (2001). *El Poder Judicial en el conjunto de los poderes del Estado y la sociedad*. Revista del Poder Judicial. Consejo General del Poder Judicial Número Especial XI. Madrid.
- Montero Aroca, Juan.(1990). *Independencia y responsabilidad del Juez*. Madrid: Editorial Civitas.
- Rico, José, María; Salas, Luis. (1990). *Independencia judicial en América Latina: replanteamiento de un tema tradicional*. San José. CAJ.
- Sáenz, Guido (2003). *Piedra azul: Atisbos de mi vida*. Editorial Costa Rica. San José.
- Santa Cruz, José María (1978). *El Poder disciplinario Judicial: responsabilidad administrativa de magistrados, funcionarios y empleados*. La Plata. Argentina.
- Simón, Diete (1985). *La independencia del Juez*. Barcelona. Editorial Ariel. XIII.
- Tercer Congreso Nacional de la Judicatura. *Carrera Judicial y Sistemas de Elección de Magistrados* (2003).
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1994). *Estructuras Judiciales*. Ediar, Argentina.





ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

**EL DERECHO CONSTITUCIONAL
Y LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**
Reflexión en las circunstancias hasta 2009^()**

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^()*
Catedrático de Derecho Administrativo

(Recibido 10/06/08; aceptado 26/11/08)

(**) En homenaje a los estudiantes que hicieron posible en 1918, lo que la historia de América Latina registra como el movimiento estudiantil de la reforma de Córdoba de 1918.

(*) Director Instituto de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.
e-mail: jorgerp9@yahoo.com; jorgerp10@gmail.com
Telfax 00-506 2250-1160; 00-506 2259-4844
Apartado postal 1264 Y Griega 1011, San José Costa Rica

RESUMEN

El régimen jurídico de la Universidad de Costa Rica, está anclado en la autonomía constitucional.

Esta competencia propia está referida a las funciones administrativas, políticas (de gestión pública) financieras, presupuestarias, de acción social, investigación y docencia.

Palabras claves: Autonomía universitaria, administración pública, docencia, investigación, profesores, estudiantes.

ABSTRACT

The juridical system of the University of Costa Rica is tied to constitutional autonomy.

This competency of its own refers to administrative, political (of public administration) financial, budgetary, social action, research and educational functions.

Key words: University autonomy, public administration, education, research, professors, students.

SUMARIO

Introducción

- I. La reforma estudiantil de Córdoba de 1918
- II. Normas constitucionales de Costa Rica
- III. Nombramiento de las autoridades universitarias
- IV. Sentencias o votos de la Sala Constitucional
- V. Posición de la Procuraduría General de la República
- VI. Posición de la Contraloría General de la República
- VII. Posiciones de la Oficina Jurídica de la UCR
- VIII. Ley de Control Interno

Conclusión

Bibliografía



ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

INTRODUCCIÓN

Se hará una exposición en torno al tema de la autonomía constitucional de las universidades públicas, en especial de la Universidad de Costa Rica, la más antigua del país.

La autonomía de las universidades públicas en Costa Rica tiene rango constitucional a partir de la Carta Magna de 1949.

Este régimen jurídico y político de las universidades públicas en América Latina, tiene su origen histórico en el movimiento estudiantil de la Universidad de Córdoba, Argentina, de 1918.

Por ello, se hace necesario hacer una breve referencia a este importante hecho de la reforma estudiantil de Córdoba de hace 90 años.

Un antecedente de este documento, es el libro que elaboramos en el 2004.

I. LA REFORMA ESTUDIANTIL DE CÓRDOBA DE 1918

Los estudiantes de la Universidad de Córdoba en 1918, hicieron un movimiento de protesta, con dos objetivos sobresalientes:

- a) Darle autonomía a la universidad, respecto de los poderes eclesiástico, militar, político, económico y gubernamental.
- b) La participación estudiantil con voto en los órganos decisorios universitarios en un 50%.

El redactor del manifiesto estudiantil del 21 de junio de 1918, fue Deodoro Roca (1890-1942).

Este documento histórico sostuvo que:

Las universidades han sido hasta aquí el refugio secular de los mediocres, la hospitalización segura de los inválidos y –lo que es peor aún– el lugar en donde todas las formas de tiranizar y de insensibilizar ballaron la cátedra que las dictara.

Las universidades han llegado a ser así un fiel reflejo de estas sociedades decadentes que se empeñan en ofrecer el triste espectáculo de una inmovilidad senil.

Nuestro régimen universitario es anacrónico. Está fundado sobre una especie de derecho divino: el derecho divino del profesorado.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (107-154) mayo-agosto 2009

La autoridad, en un hogar de estudiantes, no se ejercita mandando, sino sugiriendo y amando: enseñando.

Si no existe una vinculación espiritual entre el que enseña y el que aprende, toda enseñanza es hostil y por consiguiente infecunda. Toda la educación es una larga obra de amor a los que aprenden.

El chasquido del látigo sólo puede rubricar el silencio de los inconscientes o de los cobardes.

Por eso queremos arrancar de raíz en el organismo universitario el arcaico y bárbaro concepto de autoridad que en estas casas de estudio es un baluarte de absurda tiranía.

En el nombre del orden se nos quiere seguir burlando y embruteciendo. Proclamamos bien alto el derecho sagrado a la insurrección universitario (Manifiesto de la juventud universitaria de Córdoba, 1918).

Este movimiento estudiantil de reforma se extendió por toda América Latina y dio lugar a movimientos políticos importantes, como la *Alianza Popular Revolucionaria Americana*, el *APRA*, en el Perú, fundada por Víctor Haya de la Torre (1895-1979).

Ahí en 1918, está la semilla de la universidad pública, autónoma, laica, popular y gratuita, con un gobierno de estudiantes y profesores, nacida como un ideal por el cual luchar. En esta ruta histórica ha sido relevante la incorporación, en el gobierno universitario del sector administrativo (González, 2006).

La historiadora Dra. Yamileth González García, Rectora de la Universidad de Costa Rica (pp. 19 a 29, 2006) nos da una relevante información sobre esta reforma estudiantil de Córdoba, en estos términos:

El Movimiento de Córdoba, iniciado en junio de 1918, constituye un primer enfrentamiento en torno a la concepción de la universidad latinoamericana, en el marco de una sociedad en proceso de profundo cambio. América Latina ha logrado consolidar un modelo de desarrollo basado en la economía de exportación, el cual provoca transformaciones sociales significativas. Entre ellas, por ejemplo, el crecimiento del proletariado y de los sectores medios, los procesos de urbanización, la construcción de ferrocarriles, la navegación a vapor, el mejoramiento

ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

de la infraestructura. Frente a una sociedad diferente, la universidad se ve enfrentada a redefinir sus funciones.

La Reforma de Córdoba constituye el primer cuestionamiento serio en torno al carácter de la universidad latinoamericana, y se gesta en un país que, aunque comparte una serie de problemáticas con el resto de los países del continente, tiene sus claras especificidades. El gaucho y el indígena son masivamente aniquilados y se opta por la inmigración europea: por miles, los portugueses, los italianos y los españoles se integran a los diversos trabajos en el campo y, poco a poco, empiezan a asumir los negocios y el comercio en diversas ciudades.

Integrados a las luchas sociales, muchos inmigrantes europeos abonan y fortalecen las demandas de los trabajadores del Cono Sur.

Las universidades, a principios del siglo XX, constituyen espacios del poder conservador, con esquemas de organización y funcionamiento obsoletos.

El Movimiento de Córdoba se da como una seria crítica a la universidad, en particular conservadora, elitista, decadente y corrupta.

La universidad argentina es calificada como un espacio en el que predomina el autoritarismo, la mediocridad y la rutina académica; donde ha quedado olvidada la misión educadora.

Hipólito Yrigoyen (1850-1933), asume la Presidencia por el Partido Radical, en 1916, y con él emergen los grupos medios.

Así, en Córdoba acontece el choque entre una universidad de herencia colonial, dogmática y retrógrada, y una juventud deseosa de una educación pública, democrática y moderna.

El populista gobierno de Yrigoyen, les presta ayuda a gestores del movimiento de Córdoba, como una forma de deteriorar más el poder conservador. Este apoyo al movimiento un marcado sesgo político.

La Universidad de Córdoba, fundada a principios siglo XVIII, constituye un bastión del clero y de la oligarquía argentina. De las universidades argentinas es, en 1918, la más apegada a la tradición colonial.

Entre los hechos que desencadenan el movimiento, cabe señalar:

- Una conferencia “herética” sobre los incas, pronunciada en 1916 por el joven poeta Arturo Capdevilla (1889-1967, cordobés, Argentina) que enciende la polémica entre conservadores y liberales.
- El Centro de Estudiantes de Medicina de Córdoba protesta por la supresión del internado en el hospital de clínicas y rechaza las razones alegadas de moralidad y carencia de recursos.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (107-154) mayo-agosto 2009

- Las demandas estudiantiles no son atendidas y a las protestas de los estudiantes de medicina se unen los de ingeniería y derecho. Organizan, en marzo de 1918, un comité pro-reforma que decreta la huelga general y lanza un manifiesto “a la juventud argentina”. Las autoridades responden clausurando la institución, ante lo cual “los estudiantes se lanzan a las calles cantando la Marsellesa y proclaman su decisión irrevocable de seguir adelante”.

El gobierno de Irigoyen accede a la petición estudiantil, decreta la intervención de la universidad con la finalidad de estudiar los motivos y hechos “que han producido la actual situación y adoptar las medidas conducentes a normalizar su funcionamiento. Como resultado, los estatutos son modificados y se plantea la democratización del gobierno universitario. En lo sucesivo, los profesores elegirán decanos y consejeros, y éstos al rector. Sin embargo, en la primera elección del rector, “los electores rompen sus compromisos con los estudiantes y eligen a un representante del sector tradicional”.

En Córdoba es instalado el *Primer Congreso Nacional de Estudiantes*, y el 8 de setiembre, 83 estudiantes toman el edificio de la universidad en un intento por reabrir la bajo su dirección. Los presidentes de las federaciones asumen los decanatos de las facultades. Estas acciones provocan que los estudiantes sean detenidos y procesados por sedición.

Mientras tanto, la huelga estudiantil se extiende a todo el país y se suman a ella algunos gremios de trabajadores. El gobierno decreta una nueva intervención de la universidad, esta vez a cargo del propio Ministro de Instrucción Pública, quien reforma los estatutos e incorpora a ellos muchos de los reclamos estudiantiles. Por primera vez, adquieren vigencia varios de los postulados del movimiento reformista. Electas las nuevas autoridades, la universidad reabre sus puertas.

De Córdoba, las inquietudes reformistas desbordan fronteras argentinas e invaden las universidades del continente.

La Reforma de Córdoba plantea una serie de principios, hoy en día con gran vigencia en muchas de las universidades latinoamericanas:

- La autonomía universitaria: política, económica, administrativa.
- Nombramiento de las autoridades de la universidad y elección de los cuerpos directivos por la propia comunidad universitaria, con participación de todos los elementos constitutivos (profesores, estudiantes y graduados).
- Concursos de oposiciones para la selección del profesorado y la periodicidad de las cátedras. Se pretende que los docentes no sean inamovibles y así evitar profesores caducos e inadecuados.

ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

- Libertad de docencia.
- Asistencia libre.
- Gratuidad de la enseñanza.
- Reorganización académica, creación de nuevas escuelas y modernización de los métodos de enseñanza.
- Democratización del ingreso a la universidad y asistencia social a los estudiantes.
- Desarrollo de la extensión universitaria, con la idea de fortalecer la función social de la universidad. Proyección de la cultura universitaria hacia el pueblo y preocupación por los problemas nacionales.
- Trabajo en pro de la unidad latinoamericana y contra las dictaduras y el imperialismo.

En el 2009, se han cumplido 91 años de este histórico movimiento estudiantil universitario.

II. NORMAS CONSTITUCIONALES DE COSTA RICA

Artículo 84.- *La Universidad de Costa Rica es una institución de cultura superior que goza de independencia para el desempeño de sus funciones y de plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como para darse su organización y gobierno propios. Las demás instituciones de educación superior universitaria del Estado tendrán la misma independencia funcional e igual capacidad jurídica que la Universidad de Costa Rica.*

El Estado las dotará de patrimonio propio y colaborará en su financiación.

Artículo 85.- *El Estado dotará de patrimonio propio a la Universidad de Costa Ricas, al Instituto Tecnológico de Costa Rica, a la Universidad Nacional y a la Universidad Estatal a Distancia y les creará rentas propias, independientemente de las originadas en estas instituciones. Además, mantendrá –con las rentas actuales y con otras que sean necesarias– un fondo especial para el financiamiento de la*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (107-154) mayo-agosto 2009

Educación Superior Estatal. El Banco Central de Costa Rica administrará ese fondo y, cada mes, lo pondrá, en dozavos, a la orden de las citadas instituciones, según la distribución que determine el cuerpo encargado de la coordinación de la educación superior universitaria estatal. Las rentas de ese fondo especial no podrán ser abolidas ni disminuidas, si no se crean, simultáneamente, otras mejoras que las sustituyan.

El cuerpo encargado de la coordinación de la Educación Superior Universitaria Estatal preparará un plan nacional para esta educación, tomando en cuenta los lineamientos que establezca el Plan Nacional de Desarrollo vigente.

Ese plan deberá concluirse, a más tardar, el 30 de junio de los años divisibles entre cinco y cubrirá el quinquenio inmediato siguiente. En él se incluirán, tanto los egresos de operación como los egresos de inversión que se consideren necesarios para el buen desempeño de las instituciones mencionadas en este artículo.

El Poder Ejecutivo incluirá, en el presupuesto ordinario de egresos de la República, la partida correspondiente, señalada en el plan, ajustada de acuerdo con la variación del poder adquisitivo de la moneda.

Cualquier diferendo que surja, respecto a la aprobación del monto presupuestario del plan nacional de Educación Superior Estatal, será resuelto por la Asamblea Legislativa.

La autonomía de las universidades públicas está garantizada constitucionalmente.

III. NOMBRAMIENTO DE LAS AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Parte de la autonomía de la universidad pública es que puede darse su propia normativa; no, el Poder Legislativo.

ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

La norma que regula la Universidad de Costa Rica se llama Estatuto Orgánico.

El numeral 39 de este Estatuto manda que el Rector será nombrado por la Asamblea Universitaria para un período de cuatro años, pudiendo ser reelecto una sola vez consecutiva.

Esta Asamblea Universitaria está compuesta por profesores de régimen académico, estudiantes y jefes de las oficinas administrativas. La representación estudiantil será el 25% del total de los profesores miembros de esta Asamblea (numeral 13 del Estatuto).

Las demás autoridades universitarias son nombradas por profesores y estudiantes, al tenor de lo que dispone ese Estatuto.

IV. SENTENCIAS O VOTOS DE LA SALA CONSTITUCIONAL

En una serie de sentencias o votos, la Sala Constitucional ha dado su criterio sobre el tema de la autonomía de las universidades públicas.

En este apartado presentaremos varios votos de este Tribunal de derechos humanos y de defensa de la Carta Magna, tal y como lo ha sostenido este tribunal.

Voto 1313-93

De acuerdo al artículo 84 de la Constitución Política, la autonomía se refiere a la facultad de organización y de darse el gobierno propio.

De conformidad con lo que dispone este artículo 84, las universidades están dotadas de independencia para el desempeño de sus funciones y de plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como para darse su organización y gobierno propios.

Esa autonomía es especial, completa y por esto distinta de la del resto de los entes descentralizados en nuestro ordenamiento jurídico. Las universidades están fuera de la dirección del Poder Ejecutivo y de su jerarquía, que cuentan con todas las facultades y poderes administrativos necesarios para llevar adelante el fin especial que legítimamente se les ha encomendado. Las universidades públicas pueden autodeterminarse, en el sentido de que están posibilitadas para establecer sus planes, programas, presupuestos, organización interna y estructurar su gobierno propio. Tienen poder reglamentario (autónomo y de ejecución); pueden autoestructurarse, repartir sus competencias dentro del ámbito interno del ente, desconcentrarse en lo jurídicamente

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (107-154) mayo-agosto 2009

posible y lícito, regular el servicio que prestan, y decidir libremente sobre su personal (voto 495- 92).

Son las modalidades administrativa, política, organizativa y financiera de la autonomía, que corresponden a las universidades públicas.

La autonomía universitaria tiene como principal finalidad, procurar al ente todas las condiciones jurídicas necesarias para que lleve a cabo con independencia, su misión de cultura y educación superiores.

Voto 8867-02

Las universidades públicas costarricenses gozan de un status autónómico privilegiado en el sector público descentralizado, toda vez que dicha independencia se extiende a los ámbitos administrativo, político, financiero y organizativo.

En realidad, el artículo 84 constitucional establece una reserva normativa a favor de las universidades en el sentido de que su poder reglamentario es el único competente para normar la organización del servicio universitario, disposiciones que integran de esta manera un subsistema jurídico particular. Lo anterior, no cabe interpretarlo en el sentido de que la universidad se encuentra desvinculada del ordenamiento estatal. Como bien se ha afirmado, la institución universitaria es una institución más dentro del Estado y ha de operar en el marco del ordenamiento general.

De estos votos de 1993 y 2002 se desprende que:

1. La autonomía de las universidades públicas es completa, especial, diferente y privilegiada, respecto de las demás instituciones públicas descentralizadas.
2. Los ámbitos de esa autonomía atañen a los aspectos administrativos, políticos, organizativos y financieros.
3. El subsistema institucional y jurídico de las universidades públicas está dentro del Estado y del ordenamiento jurídico nacional. No se trata de “*un Estado dentro de otro Estado*”, sino de una situación en la cual (por ejemplo) el Poder Judicial puede intervenir cuando las autoridades universitarias violan la Constitución Política (*votos 4823-93 y 1306- 94*).

ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

Voto 418-91

La Universidad de Costa Rica tiene derecho a gobernarse, dentro de los límites de su autonomía, conforme a sus reglamentos en el quehacer que le es propio.

Comentario:

Esta entidad pública puede promulgar sus respectivos reglamentos, en el ámbito de su competencia, como parte de sus facultades de gobierno y administración.

Voto 366-92

La autonomía universitaria está contemplada constitucionalmente, otorgando la facultad a los centros de enseñanza universitaria superior pública –entre otras– de tener independencia funcional, por lo que para los efectos académicos, le son aplicables sus reglamentos internos.

Comentario:

La reglamentación interna que produce dicha universidad funciona o se le aplica como parte de esa independencia funcional. De acuerdo a su Estatuto Orgánico, artículo 30, inciso k), le corresponde al Consejo Universitario promulgar los respectivos reglamentos.

Voto 2914-93

Este amparo fue declarado con lugar, pues se afirmó que la Universidad de Costa Rica no puede poner requisitos en el currículo con efecto retroactivo, ya que esto viola el numeral 34 de la Constitución Política:

A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas.

Comentario:

Claro está que esta universidad puede establecer requisitos para los diversos currículos, pues está dentro de su facultad de organización académico-curricular; pero, ello no le permite violar el citado artículo constitucional 34.

Voto 4823-93

Las universidades públicas tienen el derecho de gobernarse con autonomía, salvo cuando las autoridades universitarias violen la Constitución política.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (107-154) mayo-agosto 2009

Comentario:

Es la Carta Magna la que en su artículo 84 manda que:

La Universidad de Costa Rica es una institución de cultura superior que goza de independencia para el desempeño de sus funciones y de plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como para darse su organización y gobiernos propios.

Las demás instituciones de educación superior universitaria del Estado, tendrán la misma independencia funcional e igual capacidad jurídica que la Universidad de Costa Rica.

El Estado las dotará de patrimonio propio y colaborará en su financiamiento.

No hay duda que ninguna persona, física o jurídica, privada o pública, está autorizada para violar la Carta Magna. El principio teórico es que todos estamos subordinados al ordenamiento jurídico, por ello se dice que se trata de un gobierno de leyes.

Voto 6681-93

La Universidad de Costa Rica para revocar actos declarativos de derechos, debe acudir a la vía judicial.

Comentario:

En el caso concreto de que esa institución quiera revocar actos administrativos que han declarado derechos, para hacerlo debe ir al Poder Judicial, no puede hacerlo de oficio.

Voto 200-94

Hace una referencia a la libertad de cátedra, desarrollando el artículo constitucional 87:

La libertad de cátedra es principio fundamental de la enseñanza universitaria.

Comentario:

Sin duda la libertad de cátedra está vinculada a la libertad de pensamiento y a la de comunicar nuestros pensamientos.

Artículo constitucional 28

Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley (...).

ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

Artículo constitucional 29

Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos sin previa censura, pero serán responsables de los abusos en el ejercicio de este derecho, en los casos y el modo que la ley establezca.

La *libertad de cátedra* se puede entender como la potestad de la universidad de decidir el contenido de la enseñanza que imparte, sin estar sujeta a lo dispuesto por poderes externos a ella, o bien, en el sentido de la facultad de los docentes universitarios de expresar sus ideas al interno de la institución, permitiendo la coexistencia de diferentes corrientes de pensamiento (**votos 3550-92 y 1313- 93**).

La *libertad de cátedra*, en cuanto libertad individual del docente, es en primer lugar y fundamentalmente una proyección de la libertad ideológica y del derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones de los docentes en el ejercicio de su función. Consiste en la posibilidad de expresar sus ideas o convicciones que cada profesor asume como propias en relación a la materia objeto de su enseñanza.

La dimensión personal de la *libertad de cátedra* presupone y precisa de una organización de la docencia y de la investigación que la haga posible y la garantice, tanto desde la perspectiva individual como desde la institucional. Por ello, la organización y funcionamiento de las universidades son la base y la garantía de la *libertad de cátedra* (sentencia del Tribunal Constitucional Español No. 212 de 1993, *Constitución Política de España*, con jurisprudencia, Madrid: Cívitas, pp. 185 y 186, 2002).

Voto 446-94

Parte de la autonomía de la universidad es la de determinar los “pasos” de la carrera de acuerdo a la reglamentación respectiva .

Comentario:

En este caso no hay duda que le corresponde a la universidad, mediante el reglamento pertinente, definir lo que procede en cuanto a los llamados “pasos” de la carrera.

Voto 1306-94

El Poder Judicial no puede intervenir en la autonomía universitaria, salvo cuando las autoridades universitarias violan la Constitución política.

Comentario:

La primacía de la Carta Magna implica que cualquiera que la viole puede quedar bajo la jurisdicción del Poder Judicial.

Voto 4395-95

La Universidad de Costa Rica puede regular las vías internas de ella, que son privadas y de uso restringido, pero de libre acceso para todo el que esté interesado de ingresar en la universidad en demanda de los servicios que ella presta. Por ello tiene un autonomía amplia (de acuerdo al artículo 85 CP) que le permita organizar sus servicios, pudiendo darse su propia reglamentación en cuanto al uso de las calles internas.

Comentario:

El artículo constitucional 85 manda lo relativo al patrimonio propio de las universidades públicas.

En esta sentencia se reitera la facultad que tiene la Universidad de Costa Rica de reglamentar el acceso y uso de las vías del *campus* universitario, la cual califica las vías universitarias como privadas y de uso restringido.

Voto 3655- 97

La Sala Constitucional repite lo afirmado por la Sala Segunda Penal, en su resolución No. 273 del 1 de abril de 1975: los Tribunales de Justicia no tienen facultades legales para determinar el número de estudiantes que deban ser admitidos en la Universidad de Costa Rica y menos indicar en forma concreta quiénes deban serlo.

Comentario

Se ratifica la autonomía universitaria en cuanto a que es la propia institución de enseñanza superior pública la que determina el número de estudiantes que se admitirán a ella y quiénes deban serlo. Es lo que se conoce como el *derecho de admisión* a la universidad.

V. POSICIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Nota: la ley No. 6815 del 27 de setiembre de 1982 regula lo relativo a la Procuraduría general de la República. De acuerdo a su artículo 1 la Procuraduría General de la República es el órgano superior

ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

consultivo, técnico-jurídico, de la Administración Pública, y el representante legal del Estado en las materias propias de su competencia.

Tiene independencia funcional y de criterio en el desempeño de sus atribuciones.

Por ley No. 6739 del 28 de abril de 1982, Ley orgánica del Ministerio de Justicia, se le confiere a la Procuraduría independencia administrativa.

La *Procuraduría General de la República* ha analizado este tema al relacionarse el mismo con diversas consultas planteadas tanto por la Universidad de Costa Rica como por otras universidades estatales.

Destacamos para efectos de este trabajo los siguientes Pronunciamientos:

- A) Mediante ***dictamen del 6 de mayo del 2003 (C-125-03)*** esta *Procuraduría* le comunica a la *Ministra de Planificación Nacional*, entre otras cosas, las siguientes:
1. El Plan nacional de desarrollo no vincula a *órganos constitucionales distintos al Poder Ejecutivo*.
 2. Los *órganos constitucionales distintos al Poder Ejecutivo*, no están sujetos a evaluación.
 3. Los *órganos constitucionales distintos al Poder Ejecutivo* están en la obligación de suministrar información; pero, no están sujetos a la evaluación de parte de los Ministerios de Hacienda y Planificación. Estos *órganos del Poder Ejecutivo* (Ministerios citados) no pueden evaluar a los *órganos constitucionales* diferentes al poder Ejecutivo, a partir del plan nacional de desarrollo o en orden al cumplimiento de este plan.
 4. El suministro de informes por parte de los *órganos constitucionales distintos al Poder Ejecutivo*, no autoriza a MIDEPLAN a evaluar su actividad.
 5. Ni la independencia funcional de los *órganos constitucionales* ni la autonomía de los entes descentralizados –incluidas las municipalidades y las universidades públicas– les exime de *informar*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (107-154) mayo-agosto 2009

a la Dirección General de Presupuesto Nacional sobre gestión, resultados y rendimiento de cuentas (artículos 1, d y 55 de la Ley No. 8131 del 2002, de administración financiera y presupuestos públicos).

6. El Poder Ejecutivo no puede evaluar a las universidades públicas, en razón de la autonomía de que éstas gozan.
7. El Poder Ejecutivo ni la Ley les puede imponer un proceso de planificación a las universidades públicas. Respecto de éstas no cabe una planificación o plan nacional de desarrollo vinculante, de parte de ese Poder.

B) C-269-2003 del 12 de septiembre de 2003. Dirigido al Rector de la Universidad de Costa Rica

Dispone el artículo 84 de la Carta Política:

“La Universidad de Costa Rica es una institución de cultura superior que goza de independencia para el desempeño de sus funciones y de plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como para darse su organización y gobierno propios. Las demás instituciones de educación superior universitaria del Estado tendrán la misma independencia funcional e igual capacidad jurídica que la Universidad de Costa Rica.

El Estado las dotará de patrimonio propio y colaborará en su financiación”. (Así reformado por ley N° 5697 de 9 de junio de 1975).

La autonomía le garantiza a la Universidad independencia para el desempeño de sus funciones y plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, como es lo normal en tratándose de entes autónomos. Pero, además y a diferencia de esos entes autónomos, la autonomía permite a la Universidad “darse su organización y gobierno propios”.

Dado su alcance, la autonomía de la Universidad es especial, por lo que no se subsume en lo dispuesto en el Título XIV de la Constitución relativo a las instituciones autónomas. La particularidad de

ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

la autonomía universitaria se origina, precisamente, en el reconocimiento de una autonomía en materia organizativa y de gobierno.

De manera que la Universidad reúne tres clases de autonomía: de gobierno, organización y administración.

Además, por el hecho mismo de que no se está en presencia de una de las entidades a que se refieren los artículos 188 y 189 de la Constitución, se sigue que la autonomía política es plena: no puede ser sometida a la ley.

Por consiguiente, es acertada la afirmación según la cual del Texto Constitucional se deriva que la independencia de las universidades es más amplia que la garantía que cubre a las instituciones autónomas. Especialidad y amplitud de la autonomía que las exime no sólo de la dirección del Poder Ejecutivo, sino también de la Asamblea Legislativa en orden a la regulación de su servicio.

La autonomía permite a la Universidad autodeterminarse, adoptar sus planes, programas, presupuestos, organización interna y darse su propio gobierno, definiendo además cómo se distribuyen sus competencias en el ámbito interno. Lo cual no sería posible si la autonomía no abarcara la facultad de normar lo académico y la adopción de los medios para satisfacer sus fines.

Una autonomía que, en criterio de la Sala Constitucional, tiene como finalidad procurar al ente *“todas las condiciones jurídicas necesarias para que lleve a cabo con independencia su misión de cultura y educación superiores.”* En su resolución N° 1313-93 de 13:54 hrs. del 26 de marzo de 1993 el Tribunal Constitucional se refirió in extenso a la autonomía universitaria:

(La Universidad cuenta) “con todas las facultades y poderes administrativos necesarios para llevar adelante el fin especial que legítimamente se les ha encomendado; que pueden autodeterminarse, en el sentido de que están posibilitadas para establecer sus planes, programas, presupuestos, organización interna y estructurar su gobierno propio. Tienen poder reglamentario (autónomo y de ejecución); pueden autoestructurarse, repartir sus competencias dentro del ámbito interno del ente, desconcentrarse

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (107-154) mayo-agosto 2009

en lo jurídicamente posible y lícito, regular el servicio que prestan, y decidir libremente sobre su personal (como ya lo estableció esta Sala en la resolución No.495-92).

Son estas las modalidades administrativa, política, organizativa y financiera de la autonomía que corresponde a las universidades públicas.

La autonomía universitaria *tiene como principal finalidad, procurar al ente todas las condiciones jurídicas necesarias para que lleve a cabo con independencia su misión de cultura y educación superiores*. En este sentido la Universidad no es una simple institución de enseñanza (la enseñanza ya fue definida como libertad fundamental en nuestro voto *número 3559-92*), pues a ella corresponde la función compleja, integrante de su naturaleza, de realizar y profundizar la investigación científica, cultivar las artes y las letras en su máxima expresión, analizar y criticar, con objetividad, conocimiento y racionalidad elevados, la realidad social, cultural, política y económica de su pueblo y el mundo, proponer soluciones a los grandes problemas y por ello en el caso de los países subdesarrollados, o poco desarrollados, como el nuestro, servir de impulsora a ideas y acciones para alcanzar el desarrollo en todos los niveles (espiritual, científico y material), contribuyendo con esa labor a la realización efectiva de los valores fundamentales de la identidad costarricense, que pueden resumirse, según se dijo en el voto que se acaba de citar, en los de la democracia, *el Estado Social de Derecho*, la dignidad esencial del ser humano y el “sistema de libertad”, además de la paz (artículo 12 de la Constitución Política), y la Justicia (41 ídem); en síntesis, para esos propósitos es creada, sin perjuicio de las especialidades o materias que se le asignen, y nada menos que eso se espera y exige de ella. La anterior conceptualización no persigue agotar la totalidad de los elementos, pero de su contenido esencialmente se deduce –y es lo que se entiende que quiso y plasmó

ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

el Constituyente en la Ley Fundamental— que la universidad, como centro de pensamiento libre, debe y tiene que estar exenta de presiones o medidas de cualquier naturaleza que tiendan a impedirle cumplir, o atenten contra ese, su gran cometido”.

La autonomía cumple una finalidad específica: se otorga a efecto de que la Universidad cumpla su cometido en forma independiente. Un cometido que consiste en la actividad académica, la investigación y la acción social y cultural. La Universidad es autónoma en los campos relacionados con estos aspectos. Cabe afirmar que la autonomía no es sino una garantía constitucional en función de las finalidades de la Universidad.

La Universidad es una entidad formadora y transmisora de cultura y conocimiento, propulsora de los más altos valores científicos y artísticos y ente investigativo por excelencia, susceptible de crear e intensificar el conocimiento. Y es en razón de estos fines que la Constitución ha considerado indispensable dotar a la Universidad de la garantía de autonomía, que le posibilita dictar las políticas dirigidas a la persecución de esas finalidades, dotarse de la organización que permita concretizarlas y autoadministrarse.

En el análisis de la autonomía universitaria debe tenerse claro que se trata de la protección de las funciones consustanciales a la Universidad, sea la actividad académica, la investigación y la acción social orientadas por la función de cambio social. Sin una autonomía en estos ámbitos, la Universidad no puede orientar la sociedad, inspirarla ni ser fuente de conocimiento. De allí la necesidad de dicha garantía.

La Universidad goza también de autonomía administrativa. Una autonomía que garantiza el ejercicio de la función administrativa necesaria para el desarrollo de la competencia material del ente. Comprende el dictar los actos jurídicos y materiales necesarios para el cumplimiento de los cometidos públicos. Empero, debe resultar evidente que la autonomía administrativa se ejerce conforme al ordenamiento jurídico. Corresponde al legislador determinar las reglas que regulan el accionar administrativo, con lo que se concretiza el principio de legalidad que necesariamente se aplica a las universidades en razón del artículo 11 de la Carta Política. La potestad de autoadministrarse no significa que el ente pueda decidir libremente cómo se administra, cuál es el régimen

de contratación administrativa, a qué se sujeta ni cómo administra los recursos que le son asignados. Significa, por el contrario, que puede ejercer determinados poderes (contratar o realizar actos jurídicos como nombramientos, por ejemplo) destinados al manejo de sus recursos, pero realizarlos con sujeción a lo dispuesto en el ordenamiento. Gestión de recursos que supone la titularidad de un patrimonio propio y ante todo la facultad de disponer, dentro del marco jurídico, de dicho patrimonio. Podría incluso decirse que si existe un ámbito en que el legislador puede legislar, artículo 88 de la Constitución, es el referido a la actividad administrativa, actividad de carácter instrumental, aún cuando a veces se tienda a considerarla como sustancial.

(*Voto 1313-93*: La autonomía universitaria no genera para las universidades una situación de extraterritorialidad, que le impida someterse al ordenamiento jurídico costarricense y, en particular, que impida al legislador sujetarlas a determinadas regulaciones).

Conclusión:

Por lo antes expuesto, es criterio de la *Procuraduría General de la República*, que:

1. La potestad normativa propia de la Universidad está referida a su ámbito funcional, sea la docencia, la investigación o la acción social y cultural del Ente. En dicho ámbito, las normas universitarias prevalecen sobre cualquier disposición legal que pretenda regular la materia universitaria. Dichas normas son oponibles al propio legislador en tanto no excedan el marco de la autonomía.
2. Como parte de la Hacienda Pública, la Universidad está sujeta al ordenamiento de fiscalización de esa Hacienda. Este ordenamiento no contempla a los entes públicos en sus funciones sustanciales sino en su condición de integrantes de la Hacienda Pública, titulares de fondos públicos que administran, disponen y controlan.
3. Forma parte del ordenamiento de la Hacienda Pública la regulación del control interno, tanto en lo que se refiere a los órganos integrantes como a las competencias que les corresponden.
4. Conforme el principio de competencia, en tratándose de disposiciones referidas al sistema de fiscalización de la Hacienda Pública, la Universidad debe regirse no por las propias normas

ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

internas que emita, sino por las disposiciones constitucionales, legales y aquéllas emitidas por la Contraloría General de la República en el ámbito de su competencia.

5. Las disposiciones del artículo 31 de la Ley de Control Interno, norma de organización de la administración financiera, se dirigen a mantener la independencia y objetividad de las auditorías internas, en tanto elementos fundamentales del sistema de fiscalización. Es, pues, una norma del sistema de fiscalización de la Hacienda Pública.
6. Al no estar involucrada la especialidad funcional de la Universidad, el artículo 31 de la Ley General de Control Interno no violenta la autonomía universitaria y, en concreto, la autonomía de organización.

VI. POSICIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Nota: la Contraloría tiene a su cargo el control jurídico contable de la hacienda pública, de acuerdo al numeral constitucional 183, párrafo primero: *La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública; pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores.*

Ley No. 7428 del 26 de agosto de 1994, relativa a esta Contraloría, artículo 1: *La Contraloría General de la República es un órgano constitucional fundamental del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa en el control superior de la Hacienda Pública y rector del sistema de fiscalización que contempla esta ley.*

A) **Oficio No. DI-CR-192 del 26 de octubre, 2001, remitido por la Contraloría a la Universidad de Costa Rica.**

El sometimiento de las Universidades estatales y particularmente de la Universidad de Costa Rica al principio de legalidad implica no solo la potestad de la Asamblea Legislativa de dictar normas que le afectan directamente (siempre y cuando no se refieran al cumplimiento de sus fines), sino también la plena aplicación de aquellas normas generales que no tienen relación con la regulación interna de la Universidad para el cumplimiento de sus objetivos.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (107-154) mayo-agosto 2009

Desde esta perspectiva, lo que cabe cuestionarse es si la designación del auditor interno de la Universidad de Costa Rica es una facultad que se enmarca dentro de ese ámbito de autonomía reconocido a ese centro de enseñanza o si por el contrario es un requerimiento que dicho centro de enseñanza debe cumplir como componente de la Hacienda Pública sujeto al bloque de legalidad.

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en su artículo 61, establece que cada sujeto componente de la Hacienda Pública tendrá una auditoría interna, la cual deberá contar con los recursos necesarios para el cumplimiento adecuado de sus funciones. Como excepción, la Contraloría podrá disponer, por vía reglamentaria o por disposición singular, los casos en que no se justifique la existencia de una auditoría interna.

Las auditorías internas, como parte del sistema de control y fiscalización que regula la ley y del cual la Contraloría es rector (artículo 1 de la Ley Orgánica), tienen una importancia cardinal en el cumplimiento de las funciones de control y fiscalización de la Hacienda Pública y del logro de los fines de dicho sistema. En ese sentido, a la Contraloría se le otorgan una serie de potestades orientadas al logro de tales fines, entre ellas la emisión de disposiciones de acatamiento obligatorio a los distintos componentes del sistema, dentro de los cuales se encuentran las unidades de auditoría interna y la administración activa.

En razón de ese carácter fundamental de las auditorías internas para el adecuado control y fiscalización de la Hacienda Pública, y en aras del debido logro del objeto de la actividad de auditoría interna, en la Ley Orgánica citada, de acuerdo con criterios técnicos y doctrinarios^{3/4} reconocidos a nivel internacional por organismos competentes en la materia^{3/4}, se preceptúan garantías indispensables para el cumplimiento a cabalidad de las funciones de auditoría interna. Dentro de dichas garantías se contemplan las relativas a la independencia funcional y de criterio respecto del jerarca y de los demás órganos de la administración activa, el nombramiento del auditor y subauditor por tiempo indefinido y su dependencia orgánica del máximo jerarca (artículo 62), y el procedimiento agravado para suspender o destituir a dichos titulares (artículo 15). La inobservancia de alguna de las condiciones citadas, o de otras contenidas en dicha Ley, propician la existencia de situaciones que menoscaban el ejercicio de la auditoría interna, pues, fundamentalmente, se compromete la objetividad de esa labor, lo que incide directamente, entre otros, en la calidad, la debida cobertura y continuidad de

ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

la fiscalización integral de la entidad a la que pertenece esa unidad, todo ello en detrimento del logro de su objeto y de los objetivos organizacionales, y, en consecuencia, de los fines del sistema de control y fiscalización al que pertenecen.

Esta normativa, por tutelar un interés fundamental como es la debida tutela de la Hacienda Pública y por no incidir en el ámbito de organización interno de la Universidad de Costa Rica indispensable para el debido cumplimiento de sus objetivos, pertenece a ese ámbito de legalidad dentro del que se encuentra inmerso esa institución. Al igual que una institución autónoma tiene independencia administrativa y no por ello puede sustraerse de la aplicación de las disposiciones referentes a su debida fiscalización y consecuentemente a las normas que regulan el nombramiento de sus auditores internos, la Universidad de Costa Rica, con fundamento igualmente en esa autonomía administrativa, no puede pretender su desaplicación. En ese sentido, en congruencia con las necesidades de tutela de la disposición de fondos públicos y con los parámetros constitucionales que aseguran la autonomía administrativa, política y organizativa a favor de las Universidades estatales, la normativa en referencia no afecta en forma directa el cumplimiento de los fines de estos centros de enseñanza y que es la razón última para reconocer su autonomía. Además, desde una perspectiva constitucional, es una interpretación que debe privar en razón del evidente interés público sobre el que se fundamentan las competencias de esta Contraloría. Incluso, desde un punto de vista de la jerarquía normativa, la Ley Orgánica prevalece sobre el Estatuto Orgánico de la Universidad de Costa Rica, de ahí que en caso de conflicto debe prevalecer la primera de ellas.

Con fundamento en estas consideraciones, es nuestro criterio que no resulta procedente nombrar al Contralor de la Universidad de Costa Rica por tiempo definido.

B) *Oficio No. DI-CR-234 16 de junio, 2003* de la Contraloría dirigido a la Universidad de Costa Rica. Asunto: aplicación de la Ley General de Control Interno a la Universidad de Costa Rica.

No obstante lo expuesto anteriormente, tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Sala Constitucional, de la Procuraduría General de la República y de esta Contraloría General de la República, han advertido que la autonomía universitaria no debe ser interpretada en el sentido de que se considere que los entes universitarios estatales están

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (107-154) mayo-agosto 2009

aislados o desvinculados del ordenamiento jurídico, toda vez que dichas entidades de educación superior se encuentran inmersas dentro del conjunto de instituciones públicas que conforman el aparato estatal.

Por lo tanto, es claro que las universidades están sometidas a aquellas disposiciones legales que afectan, en igual forma, a todos los demás destinatarios de las mismas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto se trata de situaciones comunes a dichos sujetos y que precisamente escapan o no están comprendidas dentro de su especialización funcional, pese a que de manera indirecta llegaran a interferir con la prestación de su servicio y su organización.

Una vez aclarado el punto en relación del sometimiento de la Universidad de Costa Rica a las leyes dictadas por la Asamblea Legislativa, siempre y cuando como se indicó no se refieran al cumplimiento de los fines para los cuales fueron creados estos centros de educación, se puede determinar el ámbito de aplicación de la Ley General de Control Interno, particularmente si esta ley le es aplicable a los centros universitarios.

Así tenemos que el artículo 1° de la Ley General de Control Interno regula dentro de su ámbito de aplicación y contenido que *“esta ley establece los criterios mínimos que deberán observar la Contraloría General de la República y los entes u órganos sujetos a su fiscalización, en el establecimiento, funcionamiento, mantenimiento, perfeccionamiento y evaluación de sus sistemas de control interno.”*

Es por ello que para determinar si los entes universitarios, concretamente en la consulta en estudio la Universidad de Costa Rica, se encuentra sometida a esta ley, cabe preguntarse si son sujetos de la fiscalización de la Contraloría General de la República, lo cual se encuentra estipulado en el numeral 4 de nuestra Ley Orgánica:

La Contraloría General de la República ejercerá su competencia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública.

Este tema ha sido ampliamente discutido y resuelto por este Órgano Contralor, indicando claramente, de conformidad con el numeral supra transcrito, que la Universidad de Costa Rica, es un ente integrante de la Hacienda Pública, y por lo tanto está bajo la fiscalización de esta Contraloría General.

ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

Al respecto, en el **oficio N° 16204-95 del 12 de diciembre de 1995** se indicó lo siguiente:

La Contraloría General sí tiene facultad para fiscalizar a los entes universitarios, es decir, son sujetos de fiscalización de la Contraloría y en consecuencia, les resulta aplicable la Ley de General Control Interno.

De lo expuesto se concluye que la Ley General de Control Interno si es de aplicación a la Universidad de Costa Rica, para lo cual no necesita ningún acuerdo de las Autoridades Universitarias, que ratifique o indique la sujeción al mencionado cuerpo legal.

Es por lo anterior que, desde la entrada en vigencia de la Ley en mención, los funcionarios de Auditoría Interna de la Universidad, debieron empezar a cumplir con la misma, lo cual incluye las prohibiciones allí contenidas. Concretamente a partir del 4 de setiembre del año pasado, los funcionarios de dicho departamento tuvieron que dejar de prestar sus servicios profesionales a nivel privado, en caso contrario estarían violentando las prohibiciones contenidas en el artículo 34 y podrían ser objeto de las sanciones y responsabilidades que estipula el capítulo V de la ley. Aspecto, que corresponde vigilar adecuadamente al Auditor Interno y al Consejo Universitario de esa Universidad de Costa Rica.

C) Oficio No. DI-CR-356 del 27 de agosto, 2003 de la Contraloría a la Procuraduría

La Sala Constitucional, la Procuraduría General de la República y esta Contraloría General de la República han advertido, que la autonomía con que cuentan las universidades estatales, no puede asimilarse o interpretarse de forma tal, que se considere a dichos entes, aislados o desvinculados del ordenamiento jurídico como un todo normativo, toda vez que sin lugar a dudas dichas entidades de educación superior se encuentran inmersas dentro del conjunto de instituciones públicas que conforman el aparato estatal.

Por lo tanto es claro que las universidades están sometidas a aquellas disposiciones legales que afectan, en igual forma a todos los demás destinatarios de las mismas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto se trata de situaciones comunes a dichos sujetos

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (107-154) mayo-agosto 2009

que precisamente escapan o no están comprendidas, dentro de su especialización funcional, pese a que de manera indirecta llegarán a interferir con la prestación de su servicio y su organización.

Una vez aclarado el tema de la autonomía universitaria, sus límites y específicamente el sometimiento de la Universidad de Costa Rica a las leyes dictadas por la Asamblea Legislativa; siempre y cuando como se indicó, no se refieran al cumplimiento de los fines para los cuales fueron creados estos centros de educación.

Es con base en lo anterior, que el criterio de esta Contraloría General de la República ha sido reiterativo en el cumplimiento del numeral 31 de la Ley General de Control Interno y del artículo 62 de su Ley Orgánica, que estipulan la obligación de que el Auditor y Subauditor Internos se contraten a tiempo indefinido; normas que no tienen como objeto regular la relación laboral en el ámbito administrativo y organizacional, materia que de conformidad con el ordenamiento jurídico es resorte exclusivo de la Universidad de Costa Rica.

El artículo 31 de la Ley General de Control Interno no viola la Constitución Política en virtud de que no interviene en lo esencial de la autonomía universitaria, en virtud de que la disposición en comentario no se dirige a aspectos de educación superior, sino que pretende entre otros, como ya se dijo garantizar la independencia, imparcialidad y objetividad de la labor de la Auditoría Interna, en aras de un adecuado control de los sistemas de control interno y del manejo de los fondos públicos.

VII. POSICIONES DE LA OFICINA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

1. Posición histórica de la Oficina Jurídica

En cuanto al tema de la Autonomía Universitaria, la posición histórica de la Oficina Jurídica, departamento legal de la Institución, no ha sido controversial ni incongruente con las posiciones de la Sala Constitucional, la Procuraduría o la doctrina jurídica, más bien, la posición jurídico institucional ha sido pacífica hasta el año 2005, donde se nota un cambio de posición, de la cual nos ocuparemos en el siguiente aparte.

ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

Algunos de los pronunciamientos en donde se destaca la aplicación dentro a la Universidad de Costa Rica, de normativa emitida tanto por la Asamblea Legislativa como por parte del Gobierno central, son los siguientes:

OJ-33-80: Cuanto a la necesaria consulta al Archivo Nacional previo a la supresión de documentación por parte de la Universidad.

OJ-186-90: Se resalta como la autonomía constitucional con que cuenta la Universidad de Costa Rica no le permite reglamentar aspectos contrarios a lo estipulado por la Ley General de la Administración Pública.

OJ-84-80: Este pronunciamiento señala expresamente la obligatoriedad de acatamiento de los pronunciamientos de la Contraloría General de la República, teniendo en consideración que la autonomía con que cuenta la Universidad tiene sus límites establecidos en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política.

OJ-38-80: Aplicación de la Ley del sueldo adicional de servidores en instituciones autónomas.

OJ-33-80: Con respecto a la jornada máxima en el caso de los médicos, se establece la aplicación de la Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos.

2. *Posición reciente de la Oficina Jurídica*

Extractos de pronunciamientos esgrimidos en diversos pronunciamientos de la Oficina Jurídica durante el período marzo-diciembre del 2005 (posteriores a una presentación del Dr. Baudrit Carrillo, Director de la Oficina Jurídica de la Universidad de Costa Rica, en Asamblea Universitaria Plebiscitaria de un análisis sobre el tópico):

OJ-0498-2005 del 12 de abril del 2005

“... No se trata de que la Universidad de Costa Rica tenga, ahora, el capricho de querer salirse del régimen general aplicable a las instituciones estatales. No se trata de que quiera ejercitar indebidos privilegios. De lo que se trata es de constatar, como

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (107-154) mayo-agosto 2009

verdaderamente sucede, que la Universidad de Costa Rica no se encuentra incluida dentro de ese régimen general. Ostenta, no cabe duda alguna, una situación particular o especial que no puede confundirse con el régimen general de las instituciones estatales, ni ser absorbida por él. No se trata de que quiera salirse de él, sino que se trata de que nunca ha estado dentro de tal régimen general”.

OJ-1073-2006 del 22 de agosto del 2006

“... Los principios y procedimientos contenidos en la Ley General de Control Interno no son directamente aplicables al ámbito propio de la Universidad de Costa Rica debido a la independencia de funciones y a la plena capacidad jurídica otorgadas por la Constitución Política. Sin embargo, la Universidad sí puede aplicarlos por analogía, siempre que no riñan con el gobierno y la organización que la Universidad se ha dado a sí misma.”

OJ-29-2007

“... En forma alguna puedo aceptar, como Director de la Oficina Jurídica de esta Universidad, ni como universitario, que se insinúe la existencia de alguna subordinación de la Universidad de Costa Rica, de sus autoridades, de sus órganos superiores o de su Rectora, con respecto a la Contraloría General de la República o a la interna Oficina de Contraloría Universitaria.

No puedo admitir que, so pretexto de vigilar la Hacienda Pública, la Contraloría General de la República –o la Oficina de Contraloría Universitaria– vengán a convertirse en superiores jerárquicos de la Universidad de Costa Rica, invadiendo sus competencias, limitando sus legítimas atribuciones e imponiéndole deberes u obligaciones de cumplimiento inexorable.”

ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

Véase en igual sentido los oficios de la oficina Jurídica: OJ-460-2005, OJ-544-2005, OJ-631-2005, OJ-654-2005, OJ-963-2005, OJ-1811-2005, OJ-1877-2005 (Carla López y Wagner Cascante, *in toto*).

VIII. LEY DE CONTROL INTERNO No. 8292 DEL 2002

a) Resolución R-CO-91-2006 del 17 de noviembre del 2006, de la Contraloría General de la República relativa a los lineamientos sobre los requisitos de los cargos de auditor y subauditor internos y las condiciones para las gestiones de nombramiento en dichos cargos.

1. ASPECTOS GENERALES

Propósito de los lineamientos. Los lineamientos dispuestos en este documento proporcionan un estándar mínimo que debe ser atendido en la definición de los requisitos de los cargos de auditor y subauditor internos en los respectivos manuales institucionales que regulan el nombramiento de esos puestos. Asimismo, establece los requisitos para gestionar ante la Contraloría General el trámite relativo a los nombramientos en forma interina y por tiempo indefinido.

1.1. Ámbito de aplicación de los lineamientos. Estos lineamientos son de carácter obligatorio para todos los entes y órganos sujetos a la Ley General de Control Interno, No. 8292 del 31 de julio de 2002.

2.2.c. El nombramiento por tiempo indefinido tiene por objeto que el trabajador realice actividades permanentes de auditoría en la institución, a la cual sirve. Dicho nombramiento solo se podrá efectuar mediante concurso público, permitiendo la participación de todos los oferentes interesados, sean o no funcionarios de la institución promotora. El proceso concursal realizado requerirá la aprobación por parte de la Contraloría General de la República, conforme a las regulaciones que se detallan en estos lineamientos. Una vez hecho el nombramiento definitivo cesará cualquier recargo o nombramiento interino efectuado para esas mismas funciones.

5.1. Rechazo ad portas. La Contraloría General de la República, dentro del plazo de diez días hábiles, rechazará ad portas, las solicitudes de aprobación de procesos de nombramiento de auditor o subauditor interno a *plazo indefinido* que no cumplan con lo dispuesto en estos lineamientos.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (107-154) mayo-agosto 2009

III. Estos lineamientos son de acatamiento obligatorio para la Contraloría General de la República y los entes y órganos sujetos a su fiscalización y prevalecerán sobre cualquier disposición que en contrario emita la Administración.

b) *Resolución R-C0-93-2006 del 17 de noviembre del 2006, de la Contraloría General de la República relativa a Directrices relativas al reglamento de organización y funcionamiento de las auditorías internas del sector público.*

1.2. *Ámbito de aplicación.* Estas directrices son de carácter obligatorio para todos los entes y órganos sujetos a la Ley General de Control Interno, No. 8292.

2.6. *Aprobación del reglamento por parte de la Contraloría General de la República*

Una vez aprobado por el jerarca el reglamento, el auditor interno contará con un plazo de quince días hábiles para presentar a la Contraloría General de la República esa normativa para su aprobación.

La aprobación del órgano contralor, se otorgará con base en una certificación que presente el auditor interno indicando que el documento aprobado por el jerarca cumple con las presentes directrices y demás normativa aplicable, junto con copia certificada del reglamento aprobado. Lo anterior, sin demérito de la fiscalización posterior que corresponda.

Para esta aprobación la Contraloría General contará con un plazo de treinta días hábiles.

4.1. *Obligatoriedad de las directrices.* La presente normativa es de acatamiento obligatorio para la Contraloría General de la República y los entes y órganos sujetos a la Ley General de Control Interno, Nro. 8292, y prevalecerá sobre cualquier disposición en contrario que hayan emitido o emitan la administración, la auditoría interna u otras instituciones de control.

c) *Reglamento organizativo de la Oficina de la Contraloría Universitaria de la Universidad de Costa Rica*

Este reglamento se aprobó por el Consejo Universitario en la sesión 5287 del 17 de setiembre del 2008, publicado en La Gaceta Universitaria 34- 2008 del 17 de octubre del 2008.

ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

Indicaremos varios de sus artículos, de acuerdo a su utilidad en este apartado VIII:

Artículo 1. *El presente Reglamento regula la organización, objetivos, funciones, obligaciones y potestades de la Oficina a de Contraloría Universitaria, así como los deberes y responsabilidades del personal de la Oficina, en su labor. Además, regula aquellos deberes y responsabilidades que asume el personal universitario para facilitar el ejercicio de la función de auditoría interna y atender sus resultados, según corresponda.*

Artículo 2. *La Oficina de Contraloría Universitaria ejerce la función de auditoría interna en la Universidad de Costa Rica, en concordancia con el principio constitucional de autonomía.*

Esta Oficina depende directamente del Consejo Universitario y goza de autoridad para decidir sobre su gestión técnica.

Artículo 3. *La Oficina de Contraloría Universitaria tiene como objetivo velar por la buena administración de la Institución y fiscalizar el apego de la gestión administrativa universitaria a la normativa que la regula.*

Artículo 4. *La Oficina de Contraloría Universitaria ejerce su acción sobre las actividades y funciones, objeto de su competencia, que realizan las distintas unidades de la Universidad. Además, cuando la normativa así lo establezca, puede ejercer su gestión sobre otras entidades u organizaciones que, por su relación con la Institución, lo amerite.*

Artículo 5. *El ámbito de acción de la Oficina de Contraloría Universitaria comprende, principalmente, el campo de la administración referida a la Universidad de Costa Rica. Puede incursionar en otros campos, si se le requiere, con el fin de evaluar otro tipo de actividades de apoyo a la academia o a la Institución en general.*

Artículo 30. *El Contralor o la Contralora y el Subcontralor o la Subcontralora serán nombrados por el Consejo Universitario, por un período de seis años, en votación secreta y por los votos de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros.*

Estas personas continuarán nombradas por períodos iguales, salvo que, en votación nominal no menor de dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Órgano Colegiado, se acuerde lo

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (107-154) mayo-agosto 2009

contrario, cuando medie causa justa. El nombramiento para un nuevo período se realizará en los treinta días hábiles anteriores al vencimiento del período establecido, previa evaluación de su gestión. El Consejo Universitario realizará la evaluación con criterios técnicos propios del puesto que ocupan dichas personas.

Artículo 31. *El Contralor o la Contralora y el Subcontralor o Subcontralora pueden ser removidos de sus cargos, por los votos de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Consejo Universitario, previo levantamiento del expediente que demuestre una causa justa. Esta decisión será informada a la Contraloría General de la República.*

d) Nota del Contralor interino de la Universidad de Costa Rica remitida a la Contraloría General de la República. 02 de diciembre del 2008.

Este funcionario le envía, mediante oficio OCU-R-201-2008, a la Contraloría General, CGR, el reglamento aprobado por el Consejo Universitario, UCR, el 17 de setiembre del 2008, de conformidad con el *lineamiento 2.6* de esa Contraloría, CGR, para lo que corresponda.

Por mi parte, indico que la referencia 2.6 no pertenece a la *Resolución R-CO-91-2006 del 17 de noviembre del 2006, de la Contraloría General de la República relativa a los lineamientos sobre los requisitos de los cargos de auditor y subauditor internos y las condiciones para las gestiones de nombramiento en dichos cargos*; sino a la *Resolución R-CO-93-2006 del 17 de noviembre del 2006, de la Contraloría General de la República relativa a Directrices relativas al reglamento de organización y funcionamiento de las auditorías internas del sector público.*

e) Respuesta con fecha 29/01/09, oficio 1145, DAGJ- 0133- 09, de la División de Asesoría y Gestión Jurídica de la CGR a la nota enviada por el auditor interino de la UCR de fecha 02/ 12/ 08, supracitada.

Esta División contralora de la CGR, afirma que no le da al reglamento citado de la UCR, la aprobación por parte de la CGR, dado que no se cumple con lo que mandan los artículos 31 de la Ley de control interno, LCI, y 62 de la Ley orgánica de la CGR.

ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

Art. 31: Ley de control interno
El jerarca nombrará por tiempo indefinido al auditor y al subauditor internos

Art. 62: de la LOCGR
El auditor y el subauditor serán nombrados por tiempo indefinido

Reglamento Oficina de Auditoría Universitaria

Art. 30: *El (la) contralor(a) y (la) subcontralor(a) serán nombrados por el Consejo Universitario, por un período de seis años*

Art. 31: *El(la) contralor(a) y el(la) subcontralor(a) pueden ser removidos por el Consejo Universitario... Esta decisión será informada a la Contraloría General de la República*

Esta división contralora de la CGR, sostiene que no aprueba el reglamento universitario citado, por cuanto la Universidad de Costa Rica forma parte de la hacienda pública y por ende está bajo el control de la entidad fiscalizadora, CGR; y, de la ley de control interno, aplicándosele las decisiones de esta CGR en materia de su competencia.

Esta repuesta la otorga dicha División contralora de la CGR, al contralor interino de la UCR, el cual fue el que remitió el mencionado reglamento de esta universidad a la CGR.

Por su parte, el contralor interino de la UCR, remite esa repuesta de la citada División contralora de la CGR, al Consejo Universitario de la UCR, con fecha 11 de febrero del 2009.

Opinión personal

Informo que durante el año del 2008, el Consejo Universitario conformó una comisión especial sobre el tema de la *autonomía constitucional universitaria pública*, de la cual he formado parte, siendo su Coordinadora la actual Directora de este Consejo, Máster Ivonne Robles Mohs.

Considero que, la Universidad de Costa Rica tiene una naturaleza jurídica de institución autónoma e independiente dada por la Carta Magna, de acuerdo a su numeral 84 que afirma que:

la Universidad de Costa Rica es una institución de cultura superior que goza de independencia para el desempeño de sus funciones, y de plena capacidad

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (107-154) mayo-agosto 2009

jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como para darse su organización y gobierno propios.

De acuerdo con este mandato constitucional, las universidades públicas se pueden dar su propia organización y gobierno propios.

En este sentido, las universidades citadas, pueden darse el reglamento organizativo de la Oficina de la Contraloría Universitaria.

Esta Oficina contralora forma parte de la estructura organizacional de esta universidad.

De ahí que el numeral 2 de ese reglamento, manda que tal Oficina Contralora Universitaria, ejerce la función de auditoría interna, en concordancia con el principio constitucional de autonomía. Y, los numerales 30 y 31 atañen al nombramiento y remoción de los jefes de esta Contraloría o Auditoría universitaria.

Las leyes emanadas de la Asamblea Legislativa están sujetas y subordinadas a la Carta Magna, de tal modo que la *ley de control interno* está subordinada al mandato constitucional de la autonomía e independencia de las universidades públicas (artículo constitucional 84).

Las universidades públicas están sujetas a la fiscalización y controles de la hacienda pública, siempre y cuando se respete la autonomía e independencia constitucional propias de estos entes públicos, al tenor del artículo citado 84.

Existe una relación estrecha entre las funciones académicas, docentes, de acción social y de investigación, por un lado; y, por otro, aquellas relativas a la fiscalización de la auditoría. Estas funciones no se han confeccionado para entorpecer, obstaculizar o impedir las funciones esenciales de la universidad pública. El papel de las fiscalizaciones es llevar a cabo una labor de control de legalidad, buen uso de los recursos públicos y de una sana gestión administrativa.

Así lo precisan los artículos correspondientes del reglamento de esta Oficina Contralora de la UCR:

2. *Su objetivo es velar por la buena administración de la Institución y fiscalizar el apego de la gestión administrativa universitaria a la normativa que la regula.*

ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

4. *La Oficina de Contraloría Universitaria ejerce su acción sobre las actividades y funciones, objeto de su competencia, que realizan las distintas unidades de la Universidad. Además, cuando la normativa así lo establezca, puede ejercer su gestión sobre otras entidades u organizaciones que, por su relación con la Institución, lo amerite.*
5. *El ámbito de acción de la Oficina de Contraloría Universitaria comprende, principalmente, el campo de la administración referida a la Universidad de Costa Rica. Puede incursionar en otros campos, si se le requiere, con el fin de evaluar otro tipo de actividades de apoyo a la academia o a la Institución en general.*
6. La Oficina de Contraloría Universitaria deberá:
 - a) *Ser una unidad contralora y asesora.*
 - b) *Tener un carácter constructivo y procurar proteger los intereses de la Institución.*
 - c) *Emitir criterios objetivos, sustentados en su competencia técnica.*
 - d) *Ejecutar su labor en forma independiente de la persona responsable directa de la actividad o del aspecto evaluado.*
 - e) *Procurar un sano equilibrio entre la planificación y el control de las actividades que lleva a cabo la Institución, y su ejecución ágil y oportuna.*
 - f) *Brindar un servicio técnico-profesional en los campos de su competencia.*
 - g) *Procurar una relación amplia y cordial con las personas auditadas.*

Se debe tener presente siempre que el régimen jurídico de las universidades públicas se lo da la Constitución Política, en su numeral citado 84, habiendo la Sala Constitucional delineado ese régimen en el voto ya citado 1313-93 (*que afirma que de acuerdo al artículo 84 de la Constitución Política, la autonomía se refiere a la facultad de organización y de darse el gobierno propio*).

Las demás instituciones públicas (con excepción de las *municipalidades* que también tienen su régimen constitucional de autonomía, al tenor del numeral 170) tienen una subordinación respecto del Poder Ejecutivo, mediante las presidencias ejecutivas y el nombramiento de las juntas directivas respectivas a cargo de ese Poder Central. Existe una subordinación jurídica y política con relación al Poder Ejecutivo.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (107-154) mayo-agosto 2009

Los entes públicos que están fuera del Poder Ejecutivo o Central, son descentralizados; dejaron de ser autónomos a partir de la reforma de 1968 al numeral constitucional 188.

Artículo constitucional 188, a partir de 1949 y *antes* de la reforma de 1968:

Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia en materia de gobierno y administración, y sus directores responden por su gestión.

Artículo constitucional 188 *después* de la reforma de 1968:

Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia administrativa y están sujetas a la ley en materia de gobierno. Sus directores responden por su gestión.

En la letra la reforma de 1968 dejó la palabra “*autónomas*” (incluso en el título constitucional XIV) pero sustancialmente se les transformó en descentralizadas, subordinadas al Poder Ejecutivo.

Esta tendencia centralizadora, de contra-reforma respecto de la reforma de la Carta Magna de 1949, se reformó con la emisión de la ley 4646 del 29 de octubre de 1970, llamada del 4/3, porque legalizó que de los 7 miembros de las juntas directivas de esas instituciones descentralizadas fueran 4 del gobierno en ejercicio y 3 del partido opositor mayoritario. A su vez se promulgó la ley 5507 del 10 de mayo de 1974, denominadas de presidencias ejecutivas en esos entes descentralizados, nombradas por el Poder Ejecutivo.

Las universidades públicas fueron creadas por la constituyente de 1949, con ese rango y naturaleza constitucional de autonomía y de independencia, para que los poderes políticos, económicos, religiosos, empresariales o de otro tipo, no anulen ni subyugan a los centros de creación del pensamiento y de la investigación. De lo contrario, volveríamos a la Edad Media a revivir la lucha de los centros universitarios de Salerno, París, Praga, Lisboa, Bolonia, Oxford, Cambridge, Salamanca, etc., por la sobrevivencia, libertad y autonomía.

Hay quienes confunden fácilmente, no les importa, desconocen o no toman en cuenta, ese origen histórico de las universidades; y, su

ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

naturaleza jurídica y papel en la sociedad. Consideran que las universidades públicas son equiparables a los demás entes públicos descentralizados y subordinados al Poder Ejecutivo, competentes en otras funciones públicas diferentes a las que desarrollan los centros universitarios estatales.

Sin duda, que estas universidades públicas deben tener control y fiscalización, tanto externas como internas, de sus recursos públicos en el marco de su respectivo régimen jurídico constitucional, con el respeto debido y necesario a la constitucional autonomía que poseen.

Por su parte, el numeral 31 de la ley de control interno, No. 8292 del 2002, manda que el proceso de nombramiento a tiempo indefinido del auditor(a) y subauditor(a) lo aprobará o vetará, la Contraloría General de la República, CGR, y el artículo 15 de la ley de la CGR ordena que la destitución o la suspensión que el jerarca de la Administración decidió, tiene que contar con el dictamen previo favorable de la CGR.

En otras palabras esos funcionarios(as) fiscalizadores(as) sólo pueden ser nombrados(as) o destituidos(as) (o, suspendidos(as) si la CGR lo autoriza.

Tanto el artículo 31 de la ley de control interno como el 15 de la ley de la CGR, afirman que el jerarca de la Administración decide el nombramiento o la destitución, pero esta decisión queda sujeta a la autorización de la CGR. A su vez, el reglamento de la oficina de la auditoría o contraloría interna, lo aprueba la CGR (artículo 23 de la ley de control interno).

En los hechos, lo que afirma el artículo 62 de la ley de la CGR: el auditor(a) y subauditor(a), dependen orgánicamente del jerarca—unipersonal o colegiado— de la Administración respectiva donde estos funcionarios(as) trabajan, queda en nada, al tenor de lo que mandan los artículos 31 de la ley de control interno, el 15 de la ley de la CGR, y el 23 de la ley de control interno, ya citados.

En la realidad, la Contraloría General de la República, CGR, es el jerarca efectivo de los funcionarios(as) mencionados; y, la lealtad fáctica, se la deben estos agentes públicos a la CGR. Por ello, es que en el lenguaje de estos funcionarios, fiscalizadores se da la expresión: “somos una extensión de la Contraloría General de la República”, lo

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (107-154) mayo-agosto 2009

cual lo complementan con frases que se repiten como dichas por la propia CGR: *como no se tienen tantos auditores de planta en la CGR, como quisiéramos, lo cierto del caso, es que los auditores de la Administración Pública son brazos de la CGR.*

Respecto de lo anterior, cada cual tendrá su criterio, por que ese tema está sujeto a debate.

Todos los cargos de la dirección política o administrativa de la Administración Pública, tienen plazo limitado. (bajo la observación de que este apartado fue el resultado de una conversación que tuve con el Dr. Hugo Muñoz Quesada el 7 de abril del 2009, a las diez de la mañana. Soy responsable de la redacción que aquí realizo sobre esa conversación, indicando que tanto el Dr. Muñoz como mi persona concordamos en estas ideas; el Dr. Muñoz me ha dado autorización para hacer esta cita).

Los numerales 31 de la ley de control interno; y, 15 y 62 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República son inconstitucionales por las razones siguientes:

Artículo 31 de la ley de control interno:

el jerarca nombrará por tiempo indefinido al auditor y al subauditor internos.

Artículo 15 de la Ley orgánica de la Contraloría General de la República:

El auditor y el subauditor de los entes u órganos de la hacienda pública son inamovibles.

Artículo 62 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República:

El auditor y subauditor serán nombrados por tiempo indefinido.

El numeral 31 LCI, dice “tiempo indefinido”.

El numeral 15 LOCGR, dice “inamovibles” y el numeral 62 de esta ley: “tiempo indefinido”.

De acuerdo al artículo 9 de la Constitución Política, el Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, *alternativo y responsable.*

Por su parte el numeral constitucional 11, manda que:

Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley

ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública.

La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, *con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.*

En el Estado costarricense no existe ningún cargo público que sea inamovible, perpetuo o indefinido.

Del Presidente de la República, pasando por los Diputados, Ministros, Magistrados, Contralor o Contralora General de la República y Sub Contralora o Sub Contralor General de la República, Procuradora o Procurador General de la República; alcaldes, regidores municipales, etc., sus nombramientos o cargos están sujetos a plazo, no son inamovibles o perpetuos.

Además, *el numeral constitucional 11* ordena la rendición de cuentas (*accountability*) transparencia y evaluación o control de resultados. Y, las correspondientes responsabilidades administrativa, civil y penal (*voto de la Sala Constitucional 3493-02*).

Tampoco en las universidades públicas existe ningún cargo de dirección que tenga esas características de inamovilidad o perpetuidad (por ejemplo: Rectoría, Vicerreorías, Consejo Universitario, Decanas (os), Directoras (es) de Institutos o Centros de Investigación). Todos estos cargos están sujetos a plazos limitados en el tiempo. Y, todos deben rendir informes sobre su gestión.

La Universidad de Costa Rica, por mandato del *numeral constitucional 84*, puede darse su organización y gobierno, se reitera.

(Indico que la conversación con el Dr. Muñoz llegó hasta este punto).

En virtud del mandato constitucional del numeral 84 citado, el Consejo Universitario promulgó el reglamento de la Oficina de la Contraloría Universitaria. Para lo cual no requiere autorización (*control ex ante*) ni aprobación (control ex post) de la Contraloría General de la República.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (107-154) mayo-agosto 2009

En cumplimiento y concordancia de los numerales constitucionales citados 9, 11 y 84, los artículos 30 y 31 del vigente reglamento contralor universitario manda lo siguiente:

Artículo 30. El Contralor o la Contralora y el Subcontralor o la Subcontralora serán nombrados por el Consejo Universitario, por un período de seis años, en votación secreta y por los votos de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros.

Estas personas continuarán nombradas por períodos iguales, salvo que, en votación nominal no menor de dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Órgano Colegiado, se acuerde lo contrario, cuando medie causa justa. El nombramiento para un nuevo período se realizará en los treinta días hábiles anteriores al vencimiento del período establecido, previa evaluación de su gestión. El Consejo Universitario realizará la evaluación con criterios técnicos propios del puesto que ocupan dichas personas.

Artículo 31. El Contralor o la Contralora y el Subcontralor o Subcontralora pueden ser removidos de sus cargos, por los votos de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Consejo Universitario, previo levantamiento del expediente que demuestre una causa justa. Esta decisión será informada a la Contraloría General de la República.

Esta disposición es conforme con la Constitución Política (numerales 9, 11 y 84), ya que para nombrar o destituir a los titulares de la contraloría de la UCR, no es necesario –constitucionalmente dicho– contar con la autorización (control ex ante) o aprobación (ex post) de la Contraloría General de la República.

Asimismo, tampoco es constitucionalmente necesario que el reglamento de la Oficina de la contraloría de la UCR, emitido por su Consejo Universitario, sea enviado a la Contraloría General de la República, CGR, para su aprobación, al decir de la resolución R-C0-93-2006, directriz 2.6 ya indicada de la CGR.

Parte de las razones para que los cargos o puestos tengan un plazo limitado en su ejercicio, se anclan en del principio democrático del ejercicio alternativo en el desempeño de esos cargos (numeral

ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

constitucional 9). Siendo la evaluación de resultados o de controles acerca del desempeño del cargo *requisito sine qua non* en una real rendición de cuentas (artículo constitucional 11). Y, además, que se da un desgaste en el desempeño de esos puestos, lo cual amerita que los nombramientos tengan plazos limitados y la rendición de cuentas respectiva.

En fin, es un hecho probado que en nuestro sistema político institucional no hay cargos vitalicios, perpetuos, inamovibles o indefinidos, debido a que la Constitución Política no los admite. Todo lo contrario, lo que constitucionalmente es procedente es que todos los cargos de dirección política o administrativa de la cúpula del Estado, incluyendo las universidades públicas y toda la Administración Pública, tiene el ejercicio a plazo limitado de esos puestos públicos.

CONCLUSIÓN

Las universidades públicas de Costa Rica gozan de una autonomía constitucional con el fin de darle una cobertura concordante con los fines asignados a estos entes en los campos de la docencia, investigación y acción social.

El disfrute de este régimen constitucional de cobertura no ha sido pacífico, sino que diversas instancias de derecho público han realizado interpretaciones que lesionan ese régimen de autonomía garantizado por la Carta Magna.

Por diversas razones, las presiones en contra de la universidad pública, como centro de pensamiento y de acción libre, para subordinarlas al poder político, económico, burocrático o de otro orden, siempre hay que tomarlas en cuenta para entender las relaciones universidad pública - sociedad - mercado y Estado.

- a) La autonomía e independencia de las universidades públicas está reconocida en el numeral constitucional 84 para el desempeño de sus funciones, y de plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como para darse su organización y gobierno propios.
- b) La Universidad de Costa Rica tiene competencia otorgada constitucionalmente, según el artículo 84, para promulgar el Reglamento de la Oficina de la Contraloría Universitaria, no

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (107-154) mayo-agosto 2009

siendo necesaria su aprobación –para tener vigencia– por parte de la Contraloría General de la República.

- c) El plazo de nombramiento del auditor (a) o contralor (a) o subauditor (a) o subcontralor (a) internos, es completamente inconstitucional que sea por tiempo indefinido o de modo inamovible, perpetuo.

BIBLIOGRAFÍA

- Alberti, Enoch et al. *Constitución Española. Legislación*, anotada con jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Madrid: Civitas, 2002).
- Alegre, Juan. *En torno al concepto de autonomía universitaria*. (Madrid: Revista Española de Derecho Administrativo, No. 51, 1986).
- La Libertad de Cátedra*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 104, 2004).
- Arce, Celin. *La autonomía universitaria en Costa Rica* (San José: revista Iustitia, noviembre-diciembre, Nos. 191-192, 2002, versión digital).
- Bascuñan, Aníbal. *Universidad: cinco ensayos para una teoría de la universidad latinoamericana* Santiago de Chile: ed. Andrés Bello, 1963).
- Bayen, Maurice. *Historia de las universidades* (Barcelona, oikóstau, 1978).
- Bonvecchio, Claudio et al. *El mito de la universidad* (México: Siglo XXI, 1991).
- Castro Vega, Oscar. *Rodrigo Facio Brenes en la Constituyente de 1949* (San José: Universidad Estatal a Distancia, 2003).
- Cedeño, Alvaro. *Administración de la empresa* (San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1988).
- Cheves, Nazira; y, Carlos Araya (coordinadores). *Constitución Política de Costa Rica*. Comentada (México: McGraw-Hill, 2001).
- Del Mazo, Gabriel. *La reforma universitaria* (Buenos Aires: Imprenta Ferrari, Federación Universitaria de Buenos Aires, Círculo Médico Argentino, 3 tomos, 1926).
- Díaz, Roberto. *La reforma universitaria de Córdoba* (Guatemala: Universidad San Carlos de Guatemala, 1971).
- Fernández, Juan. *Diccionario jurídico* (Navarra: Aranzadi, 2002).
- Fernández, Tomás-Ramón. *La autonomía universitaria: ámbito y límites* (Madrid: Civitas, 1982).

ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

- Galdames, Luis. *La universidad autónoma* (San José: Borrásé, 1935).
- García, Jorge. *La autonomía universitaria en América Latina* (México: UNAM, 1977).
- García, Sergio. *La autonomía universitaria en la constitución y en la ley* (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005).
- Garita, Luis. *La universidad un gran centro de pensamiento* (San José: Universidad de Costa Rica, 1990).
- González, Yamileth et al. *Historia de la educación superior en Costa Rica* (San José: Centro de Investigaciones Históricas, Universidad de Costa Rica, 1991).
- Educación y Universidad* (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 2006).
- Hernández, Rubén. *El Derecho de la Constitución* (San José: Juricentro, Vol. II, 1994).
- Derecho Procesal Constitucional* (San José: Juricentro, 2001).
- Constitución Política de Costa Rica. Comentada y anotada* (San José: Juricentro, 1998).
- Herrera, Luis Guillermo. *La autonomía universitaria y la inconstitucionalidad de las disposiciones generales de la Ley de presupuesto de 1980 y del reglamento ejecutivo 10042-OP* (San José: Revista Judicial, No. 18, 1980).
- Herrera, Rosalía; María Rodríguez. *Universidad y reformismo en Costa Rica* (San José: Universidad de Costa Rica, 1994).
- Imprenta Nacional. *Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949* (San José: Imprenta Nacional, 3 tomos, 1957).
- Jinesta, Ernesto. *Evaluación de resultados y rendición de cuentas en la Administración Pública* (San José: revista Iustitia, Nos. 166-167, 2000).
- Kohan, Néstor. *Deodoro Roca, el hereje* (Buenos Aires: Biblos, 1999).
- Kourganoff, Vladimir. *La cara oculta de la universidad* (Buenos Aires: Siglo Veinte, 1973).
- Leguina, Jesús; Luis Ortega. *Algunas reflexiones sobre la autonomía universitaria* (Madrid: Revista Española de Derecho Administrativo, No. 35, 1982).
- López, Karla; y, Wagner Cascante. *La autonomía universitaria: sus alcances y sus límites* (San José: Universidad de Costa Rica. Colegio de Abogados, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 113, 2007).
- López-Jurado, Francisco. *La autonomía de las universidades como derecho fundamental: la construcción del Tribunal Constitucional* (Madrid: cuadernos Civitas, 1991).

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (107-154) mayo-agosto 2009

- López, Luis. *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000).
- López, Olivier; Víctor Sánchez. *Diccionario Civil Electoral Costarricense* (San José: Universidad de Costa Rica, 2003).
- Macaya, Gabriel et al. *La Universidad de Costa Rica y los proyectos de reforma al sistema educativo nacional* (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 1997).
- Mariategui, José Carlos. *La reforma universitaria* (México: Universidad Autónoma de Sinaloa, 1980).
- Michelena, Héctor; y, Heinz Sonntag. *Universidad, dependencia y revolución* (México: Siglo XXI, 1971).
- Molina de Lines, María et al. *Antecedentes y creación de la Universidad de Costa Rica* San José: Universidad de Costa Rica, 1980).
- Monge Alfaro, Carlos. *Universidad e historia* (San José: Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, 1978).
- Mora, Jorge. *Universidad y sociedad en el Siglo XXI* (Heredia: EUNA, 2000).
- Muñoz Quesada, Hugo. *La autonomía universitaria* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 37, 1979).
- Nieto, Alejandro. *La tribu universitaria* (Madrid: Tecnos, 1985).
- Novoa, Eduardo. *La Universidad latinoamericana y el problema social* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978).
- Nudelman, Ricardo. *Diccionario de política latinoamericana contemporánea* (México: Océano, 2007).
- Ortega y Gasset, José. *Misión de la universidad* (Madrid: Revista de Occidente, 1965).
- Ortiz Ortiz, Eduardo. *La autonomía universitaria costarricense* (San José: Revista de Ciencias jurídicas, No. 8, 1966).
- Ramírez, Marina; y, Elena Fallas. *Constitución Política de Costa Rica. Anotada, concordada y con jurisprudencia constitucional* (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2 tomos, 1999).
- Réborá, Luis et al. *La reforma universitaria, 1918-1988*. (Buenos Aires: ed. Legasa, Universidad nacional de Córdoba, 1989).
- Ribeiro, Darcy. *La universidad necesaria* (Buenos Aires: Galerna, 1967).
- Rodríguez, Pablo. *Derechos fundamentales* (San José: Juricentro, 2001).
- Romero-Pérez, Jorge Enrique. *La social democracia en Costa Rica* (San José: Universidad Estatal a Distancia, 1982).
- La contratación pública* (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Costa Rica, 2003).

ROMERO-PÉREZ: El Derecho Constitucional y la Universidad de Costa Rica

La contratación administrativa (San José: Universidad Estatal a Distancia, 2002).

La generación eléctrica privada en Costa Rica (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 104, 2004).

Derecho Administrativo General (San José: Universidad Estatal a Distancia, 2002).

El servicio público (San José: Universidad de Costa Rica, 1983).

Derecho Administrativo y Estado Costarricense (San José: Universidad de Costa Rica, 1984).

El régimen de autonomía constitucional de las universidades públicas (San José: Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Costa Rica, 2004).

Rubio Llorente, Francisco et al. *Derechos fundamentales y principios constitucionales* (Barcelona: Ariel, 1995).

Ruiz, Angel. *Universidad y sociedad en América Latina* (San José: Flacso, 1995)

La educación superior en Costa Rica (San José: Universidad de Costa Rica, Conare, 2001).

El destino de Costa Rica y la educación superior (San José: Universidad de Costa Rica, Conare, 2001).

El Siglo XXI y el papel de la universidad (San José: Universidad de Costa Rica, Conare, 2001).

Sánchez, Luis. *La universidad actual y la rebelión juvenil* (Buenos Aires: Losada, 1960) *La universidad latinoamericana* (Buenos Aires: Impala, 1949).

Sobrado, Luis Antonio; Jaime Tischler. *La autonomía universitaria: contexto histórico, descentralización y Universidad de Costa Rica* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1985).

Solís, Román. *Autonomía universitaria y legalidad* (San José: en el libro conmemorativo de los 150 años de la creación de la Facultad de Derecho, 1843-1993, Universidad de Costa Rica, 1993).

Sosa, Francisco. *El mito de la autonomía universitaria* (Madrid: Cívitas, 2004).

Tamayo, Rolando. *La universidad epopeya medieval* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987).

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

Tunnermann, Carlos. *60 años de la reforma universitaria de Córdoba, 1918-1978* (San José: Educa, 1979).

Historia de la universidad en América latina: de la época colonial a la reforma de Córdoba (San José: Educa, 1991) *Educación superior de cara al Siglo XXI* (San José: ed. Mirambell, 1999).

Estudio sobre la teoría de la Universidad (San José: Educa, 1983).

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (107-154) mayo-agosto 2009

Vargas, Jorge; Alexander Cox. *Evolución histórica de las oportunidades académicas en la educación superior de Costa Rica, 1824-1995* (San José: Oficina de Planificación de la Educación Superior, 1996).

Vedel, Georges. *La experiencia de la reforma universitaria francesa* (Madrid: Cívitas, 1978).

NORMAS JURÍDICAS:

Constitución Política de Costa Rica

Estatuto Orgánico de la Universidad de Costa Rica

Ley General de la Administración Pública

Ley de la contratación administrativa

Ley de control interno

Ley de administración financiera y presupuestos públicos

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República

DOCUMENTOS:

La Gaceta universitaria, 1918-1919. Argentina: Universidades de Buenos Aires, Nacional de Córdoba, Nacional de La Plata, Nacional del Litoral, Nacional de Tucumán (Buenos Aires: EUDEBA, 2008).

Compendio de normativa universitaria (San José: Oficina Jurídica. Universidad de Costa Rica, 2006).

Recopilación de jurisprudencia constitucional sobre la Universidad de Costa Rica (San José: Oficina Jurídica. Universidad de Costa Rica, 2000).

Estudio sobre la autonomía universitaria, elaborado por el grupo de estudiantes de la Maestría en Derecho Público, de la Universidad de Costa Rica, abril del 2003.

ECHANDI GURDIÁN: El concepto de Estado y los aportes de Maquiavelo...

EL CONCEPTO DE ESTADO Y LOS APORTES DE MAQUIAVELO A LA TEORÍA DEL ESTADO

Msc. Marcela Echandi Gurdián^()*

(Recibido 05/06/08; aceptado 26/11/08)

-
- (*) Marcela Echandi Gurdián es costarricense y estudió y ejerce desde hace muchos años la docencia en la Universidad de Costa Rica. Es graduada de la Facultad de Derecho y también de la Escuela de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, obteniendo una maestría en Filosofía en la misma Universidad. Es profesora de Fundamentos de Filosofía en la Escuela de Estudios Generales y ha impartido cursos en la Facultad de Derecho sobre Filosofía del Derecho. Actualmente labora también en la Escuela de Filosofía donde ha impartido cursos de Introducción a la Epistemología, Filosofía del Estado, Filosofía de la Historia, Filosofía de la Educación e Historia del Pensamiento Costarricense. Cuenta con publicaciones en los campos de filosofía política, social, historia del pensamiento y filosofía del derecho.

e-mail: marechandi@gmail.com

Teléfono 2272-4431

RESUMEN

Este trabajo aborda el tema fundamental de la filosofía de Nicolás Maquiavelo: su concepto de Estado y sus aportes a la Teoría del Estado. Se hace una nueva lectura –muy controversial– sobre el concepto ontológico que el Estado adquiere en el pensamiento maquiaveliano.

Palabras claves: Poder, autoridad, autonomía, necesidad, Estado, Teoría del Estado, ontología, razón de Estado, patria, soberanía.

ABSTRACT

This article approaches the fundamental issue of Niccolo Machiavelli's philosophy: the concept of State and its contribution to the Theory of the State. It presents a new –very controversial– reading on the ontological concept that the State acquires in the Machiavellian thinking.

Key words: Power, authority, autonomy, necessity, State, Theory of State, ontology, State reasons, homeland, sovereignty.

SUMARIO

- A) El contexto histórico
- B) El movimiento circular de la Historia
- C) El concepto y la categoría absoluta del Estado
- D) Conclusiones

Bibliografía



ECHANDI GURDIÁN: El concepto de Estado y los aportes de Maquiavelo...

A) EL CONTEXTO HISTÓRICO

No existe duda de que los orígenes del Estado se remontan al nacimiento de las primeras formas de organización política. Así nos iniciamos en el tema según las palabras del propio Maquiavelo:

“...al principio del mundo, siendo pocos los habitantes, vivieron largo tiempo dispersos, á semejanza de los animales; después, multiplicándose las generaciones, se concentraron y para su mejor defensa escogían al que era más robusto y valeroso, nombrándole jefe y obedeciéndole. Entonces se conoció la diferencia entre lo bueno y lo honrado, y lo malo y vicioso, viendo que, cuando uno dañaba a su bienhechor, producíanse en los hombres dos sentimientos, el odio y la compasión, censurando al ingrato y honrando al bueno. Como estas ofensas podían repetirse, á fin de evitar dicho mal, acudieron á hacer leyes y ordenar castigos para quienes las infringieran, naciendo el conocimiento de la justicia, y con él que en la elección de jefe no se escogiera ya al más fuerte, sino al más sensato”.⁽¹⁾

El pensamiento político occidental derivó –claro está– sus bases del concepto de ciudad-estado ateniense. Pero el término Estado, para designar la organización política fundamental de los hombres proviene del siglo XVI durante el Renacimiento en Italia. Las formas políticas del Renacimiento italiano respondieron entonces a estructuras que históricamente le precedieron y que se traducen a finales de la Edad Media, en el asentamiento de la monarquía, el poder temporal de la Iglesia y el feudalismo. Fue en Italia donde se produjeron antes que en ningún otro lugar, una consideración y estudio objetivos del Estado. Y fue en Italia donde Nicolás Maquiavelo, basándose principalmente en la situación e historia de Florencia, trató de establecer la ley y el gobierno de la vida de ese Estado:

“En la historia de Florencia –que en este sentido merece el nombre de primer Estado moderno del

(1) MAQUIAVELO. *Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio*. En: **Obras Políticas**. Buenos Aires. Librería El Ateneo. Trad. Luis Navarro, 1952, p. 43.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (155-184) mayo-agosto 2009

mundo— se encuentran unidos el pensamiento político más elevado y las formas de desarrollo humano más variadas. En ellas la gente se ocupa de lo que en las ciudades despóticas es asunto de una sola familia. Ese admirable espíritu florentino, a la vez agudamente crítico y artísticamente creador, estaba transformando incesantemente la condición social y política del Estado, y describiendo y juzgando los sucesivos cambios con la misma asiduidad. Florencia llegó a ser la patria de las teorías y doctrinas políticas, de los experimentos y los cambios repentinos...”⁽²⁾

A Nicolás Maquiavelo, sin embargo, no le interesó determinar a fondo los orígenes del ejercicio del poder ni del nacimiento del Estado. Era un hecho su existencia y la necesidad de su conservación una realidad. De aquí que su principal interés al enseñarnos cómo crear y conservar el poder, fue el idear los mecanismos idóneos para defender el orden y los intereses creados en el orden político. Valoró la importancia paralela existente en el orden económico, necesario para mantener las milicias y el aparato gubernamental y también en el orden social, no incomodando a “*los grandes*”⁽³⁾ en sus intereses.

Su teoría de *las minorías*,⁽⁴⁾ ofrece particular importancia al campo de la Teoría del Estado por varias razones: la primera, porque desempeña una función importante en la actividad creadora del Estado. Toda sociedad se estratifica política y económicamente en dos clases que Maquiavelo llamó el pueblo y los grandes. Esta distinción constituye uno de los aportes más notables del florentino al estudio del fenómeno político-social. Al respecto, un destacado autor apunta que su

(2) MAYER. *Trayectoria del Pensamiento Político*. Editorial F.C.E. México, 1964, p. 86.

(3) MAQUIAVELO. *El Príncipe*. Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 8a. edición, 1998, p. 130.

(4) Es recogida por Maquiavelo de sus estudios de los clásicos griegos. Su contenido se refiere a la tesis de que una pequeña minoría de personas es la que cuenta en cada campo de las actividades sociales y en la política. Tal minoría es la que decide en lo que se refiere a los hechos de gobierno. Tal concepto en principio, proviene de Platón y Aristóteles.

ECHANDI GURDIÁN: El concepto de Estado y los aportes de Maquiavelo...

gran mérito estriba, en que haciendo notar la gran importancia que los intereses materiales tienen en la vida de los individuos y en la lucha entre la aristocracia y las masas populares, él señalara la oposición existente entre los intereses del pueblo y los de las clases pudientes. La clase adinerada que él llamó *los grandes*, está integrada por la aristocracia, la nobleza, el alto clero y la burguesía. También entran a formar parte de este grupo minoritario, los funcionarios públicos con poder político de primer rango, aunque en el Renacimiento éstos, casi sin excepciones, eran parte de las clases mencionadas anteriormente. En consecuencia, habiendo perfilado Maquiavelo esa estratificación social, no toma partido por el desventurado pueblo, primero, por ser un pensador realista y segundo, porque pesa más la influencia del medio aristocrático que recibe en su educación. En consecuencia, suponer una sociedad más igualitaria, además de ser un hecho inusual en su época, era a todas luces, irrealizable. Del mismo modo, apegado a su realismo, *los grandes* son una clase social con privilegios y casi nunca cumplen una función creadora.

Para el florentino, toda organización política es el resultado de una unión natural de las virtudes individuales en una virtud colectiva, encaminada a realizar la seguridad general. La existencia de esta virtud colectiva se personifica en el Estado y se manifiesta en la capacidad que este posea para crear un orden, que no es otra cosa que dar respuesta a las necesidades de la población. Además, mostrar capacidad, no es una función mecánica, sino el resultado de esa virtud colectiva antes dicha, de mantener vivas las buenas costumbres contra "*gli umori maligni*" de todo orden civil. Ahora bien, ¿quién es el sujeto agente de esa virtud colectiva? Para el florentino son siempre las minorías, quienes tienen a su cargo la creación, el liderazgo, la estructura natural y jurídica y la renovación del Estado. También la interpretación de las realidades políticas. Para el creador, el reformador o el renovador del Estado, el pueblo es como un material que espera una determinada forma, no cualquier forma. La función creadora viene ofrecida por la capacidad y por la *virtud* individual. El elemento más característico de la virtud individual es la libertad civil. Como en un Estado la creación y renovación es obra de minorías, estas deben contar con ese libre albedrío para su función directora. En este sentido, la libertad no depende de las formas de gobierno sino más bien, del mayor o menor grado de aceptación y ajuste de éstas por los gobernados. Cuando Maquiavelo habla de *los grandes* en *El Príncipe*, no se refiere a la minoría que es expresión de la virtud colectiva, sino a la clase más poderosa. En otras palabras, enuncia una vez más lo que las cosas son y no lo que debieran ser.

En ningún tipo de principado juegan los grandes un papel tan importante como en los principados civiles, porque estos son obtenidos siempre con el apoyo popular o con la ayuda de los grandes. Para conseguir el poder en un principado civil ya sea con el apoyo de un grupo o del pueblo, *“...no se necesita ni mucho valor ni mucha fortuna, sino más bien una acertada astucia...Pues en toda ciudad se encuentran estas dos inclinaciones distintas:el pueblo desea no ser dominado ni oprimido por los grandes, y los grandes desean dominar y oprimir al pueblo; de estas dos inclinaciones opuestas nace en las ciudades uno de estos tres efectos: o principado, o libertad, o anarquía”*.⁽⁵⁾

De estas palabras pueden derivarse algunas deducciones importantes:

La que se refiere a la actuación del gobernante. En este caso, el Príncipe requiere, más que cualquier otro hombre, cualidades de ser astuto, hábil, valiente, determinado, sagaz entre otras. Estas virtudes más que cualidades superiores son cualidades útiles. Veamos la que se refiere a su opinión sobre el pueblo:

“Procure un príncipe conservar el Estado, los medios que emplee serán siempre considerados honrosos y alabados por todos; porque el vulgo se deja siempre coger por las apariencias y por el acierto de la cosa, y en el mundo no hay sino vulgo; los pocos no tienen lugar en él, cuando la mayoría tiene donde apoyarse”.⁽⁶⁾

Estas palabras, conjuntamente con el párrafo destacado del Capítulo XVIII de *El Príncipe*, constituyen la médula del pensamiento de Maquiavelo. Sobre la base de la existencia de las masas populares, se erige uno de los pilares de su pensamiento, cuyo tema primordial es lograr la conservación del poder político a cualquier precio. De aquí se pueden destacar tres aspectos fundamentales: El primero, que partiendo de una división social biclasista fundada en la necesidad inevitable de una minoría que conduzca la masa popular, Maquiavelo niega de antemano el presupuesto del principio de igualdad entre los hombres.

(5) MAQUIAVELO. *El Príncipe*, op. cit., p. 105.

(6) *El Príncipe*, op. cit., p. 130.

ECHANDI GURDIÁN: El concepto de Estado y los aportes de Maquiavelo...

Esto desemboca en un juicio aún más severo: el considerar la democracia irrealizable. El segundo, el aceptar como válido o legítimo el empleo de cualquier medio para lograr o conservar el poder. Como este es el fin principal, los medios empleados son secundarios y cumplen su misión si son instrumentos para el logro del fin que es la conservación del Estado. Si este fin se realiza, cualquier medio empleado resulta aceptable. Existe una razón además, para no titubear en aplicar cualquier medio y es que para nuestro autor, la masa es inconsciente, no toma decisiones y se le engaña con facilidad. De este modo, aceptará cualquier disposición por sumisión, pero sobretodo por su ignorancia.

La función de las minorías creadoras, que él llama *espíritus penetrantes*, es realizar la renovación del Estado. Si la renovación no se realiza, sobreviene la destrucción del organismo social de manera tal que, si no se transforma el cuerpo social no perdura. El modo de renovarlo consiste en conducirlo otra vez a su principio.

B) EL MOVIMIENTO CIRCULAR DE LA HISTORIA

Aquí aparece un concepto fundamental de su pensamiento : su idea de la Historia como movimiento circular. Siendo la vida política no estática ya que hay sucesión de hechos y acontecimientos, éstos se repiten cíclicamente. Por ello el estudio del pasado nos ayuda a conocer el presente y prever el futuro, ya que la Historia está regida por esa ciclicidad. En esta sucesión de acontecimientos en un solo plano, se fundamenta Maquiavelo, para apoyar ese principio predominante y permanente del instinto sobre la razón que conforma la naturaleza humana. De aquí que pueda afirmar con respecto al organismo social que sea: *“una verdad más clara que la luz del día que, de no renovarse estos cuerpos, perecen. La renovación sólo puede hacerse, como he dicho, volviendo á las primitivas instituciones...”*⁽⁷⁾

El conducir un cuerpo social a su principio, para él implica una renovación, pero principalmente porque esto supone devolverle un equilibrio político entre las minorías y el vulgo. Este equilibrio político se traduce, en el logro de una armonía de intereses entre ambos. Siendo las minorías las que cumplen la función de dirigir al pueblo, deben

(7) Maquiavelo. *Discursos*, op. cit., p. 275.

realizar su gestión sin oprimirlo: “*Por lo tanto, uno que se convierta en príncipe mediante el favor del pueblo debe conservarlo como aliado: lo cual es fácil, porque el pueblo sólo le pide no ser oprimido*”.⁽⁸⁾

Y es que la tendencia a la opresión por una minoría, se da independientemente de la forma de gobierno que exista.

Como tercer aspecto importante de su pensamiento teórico del Estado y de conformidad con la tradición clásica grecorromana, distingue seis formas de gobierno, distribuidas en tres pares: monarquía-despotismo, aristocracia-oligarquía y democracia-anarquía. Pero más importante para él, fue la estabilidad del gobierno que la forma del mismo.

Resulta claro, que cuando un determinado grupo social obtiene beneficios en virtud de una ley que favorece sus intereses, es absurdo esperar que ese grupo desee terminar o ceder sus privilegios. Por ello ocurre tan frecuentemente, que el Estado sea el instrumento para resguardar los intereses de esa clase dominante, que es una minoría y que luchará por cualquier medio para mantenerlos. Salvo que sea una situación de urgencia o crisis insostenible que no admita ser diferida, el orden social se resiste al cambio. Los grandes cambios traen consigo alteración del orden precedente e incertidumbre en sus resultados, por lo cual son resistidos la mayoría de las veces. Esto, en virtud de dos fuerzas: el temor a lo desconocido y la opresión de los más fuertes que desean mantener su posición. De esta manera, es como las leyes legitiman el predominio de los grandes sobre el pueblo; pues una ley no deja de ser tal, sino por otra que le derogue o le reforme. Mientras esto no ocurra, la ley antigua actuará contra el cambio.

Como corolario de las afirmaciones anteriores, en el sentido que no es posible que la masa tome decisiones y que *los grandes* desean dominar y oprimir al pueblo, podemos resumir que la ley en esas circunstancias, interviene obstaculizando el cambio social e impidiendo el beneficio de las mayorías. Y así las leyes legitiman los intereses de los más fuertes y los que gobiernan o son o responden siempre a los intereses de los fuertes. Como tales, resulta evidente que nunca emplearán el poder en su perjuicio. He aquí la conclusión más seria a la que nos conduce el florentino: la posibilidad de la democracia es una utopía. Por consiguiente, la existencia de élites o minorías creadoras

(8) Maquiavelo. *El Príncipe*, op. cit., p. 106.

ECHANDI GURDIÁN: El concepto de Estado y los aportes de Maquiavelo...

sobre el principio de la incompetencia de las masas no admite duda en su filosofía. Más aún: en la actualidad, algunos autores contemporáneos sostienen este principio, y hemos aquí uno de los contenidos vigentes del pensamiento maquiaveliano y de la confirmación de sus aportes. Algunos ejemplos –para citar solo dos–, son Robert Michels y James Burnham, respecto a la clase directorial.

El marco social y jurídico donde se desarrolla la lucha por el poder, otrora singular y particularizado por grupos pequeños y delimitados como el florentino nos señalara, ofrece grandes paralelismos con épocas recientes. Desde los albores del presente siglo, los que se llamaron *los grandes*, se han identificado como “la clase directorial o “los directores”; quienes según Burnham ejercerán su control sobre los medios de producción y disfrutarán de preferencias en la distribución de sus productos. Aún cuando esto no ocurra de forma directa a través de los derechos de propiedad de los que sean titulares, ocurrirá indirectamente, por medio de su control del Estado, el que a su vez, poseerá y controlará los medios de producción. El Estado –es decir las instituciones que lo integran- será si se desea decir así, “propiedad” de los directores, lo que bastará para estatuirlos en clase dominante. El control del Estado por los directores, quedará adecuadamente garantizado mediante instituciones políticas apropiadas. Esto nos conduce al punto medular del problema que es determinar ¿por qué pese a que existen regímenes políticos distintos y algunos inclusive con aparentes logros en la minimización de las diferencias de clase, persiste la existencia de grupos dominantes, conocidos como oligarquías? Una de las muchas razones es que existen instituciones políticas aptas específicamente para garantizar el predominio de estos directores. La otra, de índole antropológico-filosófica, que se tratará a profundidad, en otro ensayo sobre su concepción del ser humano. Respecto a la primera, los partidos políticos –por ejemplo– son instituciones que albergan en su estructura, lo que acreditados politólogos consideran casi una regla general: la naturaleza oligárquica de los dirigentes. Pero antes de adentrarnos en esta afirmación, analicemos un poco qué implica el concepto de oligarquías.

Ya Aristóteles, siguiendo la clasificación triádica de Platón, distinguió tres formas de regímenes políticos: gobierno de uno solo, gobierno de pocos y gobierno de muchos. Estos, según sean regidos por leyes o estén privados de ellas, dan lugar a la tiranía, a la aristocracia o a la oligarquía y a las dos formas de democracia: la regida por las leyes o la demagógica, respectivamente. De estos, –apunta Aristóteles–, las

formas fundamentales serían dos: la democracia sea, el gobierno de los libres y la oligarquía sea, el gobierno de los ricos y en general cuando los libres son muchos y los ricos son pocos.⁽⁹⁾ Se hace esta referencia porque tanto nuestro autor como otros autores políticos de la Edad Media, del Renacimiento y de la Edad Moderna partieron de ella.

Al hablar de Estado, el florentino afirma que su carácter fundamental es la soberanía y que ésta es una e indivisible. El Estado consiste básicamente en el ejercicio y posesión de la soberanía, entendida como potestad de imperio. El gobierno, en cambio, consiste en el aparato con el cual se ejerce tal poder. No obstante que estas clasificaciones han contribuido a la fundamentación y desarrollo de la Ciencia Política a través de la historia, a partir de la doctrina de Montesquieu comenzaron a perder su importancia. La razón es que Montesquieu apuntó claramente que la libertad que gozan los ciudadanos de un Estado, no depende de la forma de gobierno de ese Estado, sino más bien de la limitación de los poderes garantizados por esa potestad de imperio que implica el predominio del ordenamiento estatal sobre cualquier otro.

“La democracia y la aristocracia no son estados libres por su naturaleza. La libertad política se encuentra en los gobiernos moderados. Pero no está siempre en los Estados moderados, y no perdura sino cuando no hay abuso de poder. Para que no se pueda abusar del poder, es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder. Una constitución puede ser de tal manera que ninguno se encuentre constreñido a cumplir las acciones a las que no está obligado por ley y a no cumplir las que la ley le permita.”⁽¹⁰⁾

Otra de las razones del por qué la teoría de las minorías tiene relevancia en el campo de la Teoría del Estado es que, numerosos autores contemporáneos aducen que la experiencia histórica del mundo moderno y contemporáneo ha demostrado que la libertad y el bienestar

(9) Aristóteles, *La Política*. Editorial Iberia, Obras maestras, Barcelona, 1968, p. 89.

(10) Montesquieu. *El Espíritu de las Leyes*. Editorial Tecnos. Vol. I, Libro XI, Cap. 6, Barcelona, 1984, p. 142.

ECHANDI GURDIÁN: El concepto de Estado y los aportes de Maquiavelo...

de los gobernados no depende de las formas de gobierno. Depende más bien, del grado de participación que los gobiernos otorguen al pueblo en la formación de la voluntad estatal. También, de las posibilidades efectivas que tengan los gobiernos para modificar, rectificar y adecuar sus direcciones políticas y sus procedimientos administrativos a las aspiraciones de los gobernados.

Tanto Mannheim, Michels o Duverger –para citar sólo unos pocos estudiosos de la Política moderna–, convienen con Montesquieu en que el abuso de poder deriva siempre en un alto grado de dominación de los gobernados por los gobernantes. Sabemos que una oligarquía es el gobierno de pocos, pero esta es una definición muy general. Especifiquemos el concepto: una oligarquía supone un régimen político y social en el que el poder político es ejercido por una minoría que controla al mismo tiempo los bienes de la producción del país. En los sistemas oligárquicos, las formas de gobierno democráticas se encuentran intervenidas por el excesivo poder de las minorías dominantes. En el maquiavelismo: son *los grandes* y en la época actual son las dificultades de participación en la gestión pública. Hay que coincidir con los autores referidos, en considerar que la oligarquía o el dominio de una sociedad u organización por quienes están en la cumbre, es parte intrínseca de la burocracia de la organización social en gran escala. Sin embargo, existe otra razón que es la más importante y deriva de la existencia del predominio de esas minorías : es el problema de la representación. Porque esta nos plantea un dilema sin solución: no se pueden crear grandes instituciones, como por ejemplo Estados nacionales, partidos políticos, asociaciones gremiales, iglesias, entre otros; sin ceder el poder efectivo a unos pocos que ocupan los cargos superiores de dirección de esas instituciones.

Es claro para el lector, que la época renacentista no permite hablar de partidos políticos, ni de control de mecanismos electorales. Pero, pese a esto, nuestro autor sí nos habló de Estados nacionales y refiriéndose a ellos, concibió la existencia de estos grupos dominantes. Precisamente, al argumentar su predominio en los organismos sociales, crea la base para justificar en *El Príncipe* el imperio de la fuerza. Y éste es uno de los principales argumentos que van a conformar la plataforma de la realidad política: el de la *necessità*, que fundamenta la *teoría de la razón de Estado* y el tema de la autonomía de la Política.^(*)

(*) Revista Estudios No. 21. Escuela de Estudios Generales, U.C.R.: revistaestudios@cariari.ucr.ac.cr.

Hoy, aún cuando todas las condiciones han variado en grado de complejidad y de dimensión, prevalecen igualmente *los grandes* y sobre éstos “*el príncipe*” debe imponerse como representante popular.

Según considera el politólogo Michels –argumentos que agregaríamos a los factores señalados anteriormente– dos premisas rigen su teoría de la organización social: una, que las organizaciones de gran escala dan a sus funcionarios casi un monopolio de poder; otra, que las masas son incapaces de participar en el proceso de toma de decisiones, y necesitan un liderazgo fuerte. Esta tesis sobre la incompetencia de las masas ha sido expuesta por numerosos autores, tanto Maquiavelo como Nietzsche, recordemos el párrafo tantas veces mencionado:

“Procure, pues, un príncipe conservar y mantener el Estado: los medios que emplee serán siempre considerados honrosos y alabados por todos; porque el vulgo se deja siempre coger por las apariencias y por el acierto de la cosa y en el mundo no hay sino vulgo; los pocos espíritus penetrantes no tienen lugar en él, cuando la mayoría tiene donde apoyarse”.⁽¹¹⁾

Lenín por ejemplo, justificó la necesidad de un partido elitista de revolucionarios profesionales que condujera a las masas hacia el socialismo, al calificarlas como “*adormecidas, apáticas, obstinadas, inertes e inactivas*”.

C) EL CONCEPTO Y LA CATEGORÍA ABSOLUTA DE ESTADO

Como se ha afirmado con anterioridad, todos los teóricos de la política coinciden en atribuir a Maquiavelo ser el primer autor que utilizó el término *Estado*. El uso de la palabra Estado se debe a él. Lo hizo para referirse a una determinada estructura política y social. Pero, ¿Qué significó exactamente para él el Estado? El Estado no se trató, de un nuevo concepto encaminado a definir un nuevo orden de cosas. Por el contrario, en la palabra “Estado” –en italiano “*lo stato*” o sea lo inmóvil o lo establecido–, Maquiavelo encontró un término preciso para sintetizar sus controvertidos puntos de vista acerca de las bases y procedimientos idóneos para la conservación del poder público. El

(11) Maquiavelo. *El Príncipe*, op. cit., p. 130.

ECHANDI GURDIÁN: El concepto de Estado y los aportes de Maquiavelo...

concepto de Estado, de acuerdo con su evolución histórica, tiene un significado preciso como se acaba de ver y comprende la organización política suprema de un pueblo. Pero el término considerado en sí mismo y tomando en cuenta su etimología, tiene un sentido mucho más amplio y general. Quiere decir, el *status* en que se encuentra una sociedad, un individuo o una cosa. Estado significa, sin más, la manera de ser o de estar de un fenómeno determinado. Implica permanencia frente al cambio. Y en este sentido no se opone, sino que concuerda con el uso que en la política se le ha dado. Por ello, se puede afirmar, que siendo nuestro autor quien por primera vez diera significado al término Estado dentro de la política, tal vocablo respondiera a la acepción idónea para definir el orden social establecido. Como Grecia creó la Ciudad-estado (πολις) y no el Estado tal y como lo creó Roma, éste es el legado que recibe Maquiavelo y que refuerza toda la historia política occidental. Para Roma, el sentido de la organización política se inicia en organizaciones simples como el hogar y la familia. De allí pasa a constituir ciudades-estado, de donde salta y culmina a la creación del Estado con la consolidación del orden imperial. El orden imperial romano, instaura el arte de gobernar a través de dos vías: la fuerza, con miras a la conquista y adhesión de nuevos territorios y la ley, como empresa racional en un conjunto de normas para los ciudadanos y los extranjeros que es el derecho romano. Sobre el derecho romano se construye el imperio y aparece el modelo de Estado legado al mundo occidental. Roma destaca además de la población y los límites del territorio, como elementos constitutivos del Estado, el *imperium* o poder y así domina la mitad del mundo. Al mismo tiempo, la diferenciación elemental de cosa pública y cosa privada, lo cual deslinda las potestades de imperio del Estado sobre los individuos. Inspirado en la gloria del Imperio Romano –y así lo resalta abiertamente en los *Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio*–, la finalidad que lo guió como pensador, fue siempre pragmática y encaminada a su deseo frustrado de figurar en un cargo de primer orden dentro de la vida política de su República, con la esperanza de encaminar a Italia a su unificación y consolidación como Estado nacional. Tomando en cuenta estas circunstancias, a la terminología empleada por él no pueden atribuírséle mayores alcances, que los que impone la *necessitá* y el Estado debe entonces surgir por la fuerza y por la ley. El empleo de la palabra “Estado” determina básicamente la existencia de un orden establecido; del cual el florentino es un decidido y animoso defensor. El concepto “Estado” que nos ha legado, debe entenderse estrictamente como la entidad que ejerce la soberanía sobre la población. Ahora bien; Maquiavelo aplicó el término a todo tipo de organizaciones políticas,

tanto a la república como al principado, al imperio, al reino o a la Confederación, ya que en realidad su insistencia respecto a esta curiosa clasificación –República o Principado, por otra parte única en la historia de las ideas políticas–, no representa sino un claro reflejo de las dos formas tradicionales de ejercicio del poder público: la hereditaria y la adquirida. En consecuencia al colocar al Estado, como género, frente a dos especies: la República y el Principado, automáticamente empleó un vocablo encaminado a definir el orden establecido. De esto se desprende que comprendió muy claramente la diferencia entre Estado mismo y formas de Estado.

A partir de su época, el término “*lo stato*” aparece con regularidad en la literatura política en un sentido general y abstracto, para designar diversas formas políticas, sean repúblicas, monarquías, aristocracias o democracias. Lo verdaderamente importante es que, con Maquiavelo se da el paso entre el significado original del término “*lo stato*” y el significado jurídico y filosófico moderno. En sus ideas, la palabra Estado va tomando progresivamente un doble significado. Dos elementos se desprenden: un elemento formal –orden jurídico bajo un determinado poder– y un elemento material –el pueblo que vive sobre un territorio–. Con Maquiavelo asistimos a un verdadero proceso de subjetivización del concepto de Estado, a través del cual empieza a identificarse con el sujeto efectivo y a veces también jurídico, de una condición de preeminencia o autoridad jurídica encarnada en un individuo o ente colectivo soberano. También asistimos a un proceso de objetivación, toda vez que el Estado como organización del orden público, se aborda como materia de estudio riguroso. Al Estado conciernen –según la doctrina más reciente– cinco elementos que lo conforman y son en todos los casos imperantes: territorio, pueblo, orden jurídico, poder público y soberanía.⁽¹²⁾ Resulta asombroso en consecuencia, comprobar que Maquiavelo vislumbrara entonces, esos elementos. Respecto a las formas de Estado, éstas aparecen como diversas estructuras políticas; ya sean monarquías puras o parlamentarias, repúblicas presidenciales o parlamentarias. Su forma de organización y la naturaleza de su gobierno varían, dependiendo de la ideología social y política que lo oriente; sin embargo, tienen categoría de Estado. En su época, Maquiavelo tuvo muy de cerca la monarquía y

(12) Elementos destacados por Bodin. Varios autores destacan solo cuatro: territorio, pueblo, orden jurídico y poder político, omitiendo la soberanía pues la consideran cualidad de este último.

ECHANDI GURDIÁN: El concepto de Estado y los aportes de Maquiavelo...

la república –ambas fueron una realidad que le tocó presenciar–, y basado en su experiencia con estas dos formas de gobierno, apuntó la diferencia mencionada. En virtud de esa realidad que vivió, de su concepción pesimista del hombre y de su concepto cíclico de la historia, le es difícil concebir al Estado como una entidad capaz de grandes transformaciones que tiendan al perfeccionamiento. Considera el movimiento sí, pero como todos los autores renacentistas su idea del movimiento es circular, rota sobre sí mismo y reitera incesantemente su ciclo. Y así es la historia, se repite y por esto nos enseña siempre. De aquí que su idea del Estado sea también análoga a los procesos vitales. La concepción de Maquiavelo en torno a la idea del Estado, es una concepción imperativa y en concordancia con la naturaleza humana –que es predominantemente instintiva–, producto de la fuerza. El Estado es comparado con un macro organismo y como tal presenta las fases propias de todo proceso orgánico: nacimiento, desarrollo y término, alteraciones, crisis y enfermedades. Para el florentino, es un cuerpo mixto, dotado de una unidad propia y personalidad, al cual quiere aplicar las categorías aristotélicas de la materia y la forma y con el cual relaciona el concepto de virtud, esencial en su pensamiento.

El concepto Estado –“lo stato”, lo inmóvil, lo establecido– ofrece a nuestro autor el fundamento ideal para dar al Príncipe partiendo de una base que es permanente– los consejos para conservar y fortalecer el poder. Conviene ahora, calificar la concepción maquiaveliana de Estado, a la luz de la doctrina contemporánea. Recordemos para este efecto, que existen tres concepciones importantes: la concepción objetiva, la concepción subjetiva y la concepción jurídica del Estado. Maquiavelo tomó en cuenta tanto la interpretación subjetiva como la interpretación objetiva del Estado, pero al hacerlo, determinó con claridad el sentido de una y de otra. A pesar de que su idea del Estado comprendiera tanto el elemento material como el elemento formal, éste último se enfatiza más. La razón es que el poder o el dominio deben ser creados y logrados con efectividad, éxito o resultado positivo por el gobernante, mientras que los elementos materiales le son dados. Ahora bien, Maquiavelo al estimar al Estado como una realidad inmediata, lo califica como un hecho y no como un producto del pensamiento. Como se señalaba anteriormente, la idea de Estado en el sentido objetivo está constituida por el pueblo y el territorio, existiendo dos fases en su nacimiento: una fase material, que consiste en la edificación de la ciudad o en el establecimiento del pueblo sobre determinado territorio, y una fase formal, la creación de un orden efectivo o poder.

No cabe duda entonces, que Maquiavelo además de ser un filósofo del Estado, es el precursor más destacado del estudio sistemático y analítico del Estado y de los fenómenos políticos en general. Con él se inicia la Ciencia Política. Según se ha señalado ya, nuestro autor al emplear el término “Estado” jamás lo identifica con la forma de organización o la naturaleza del gobierno de ese Estado. Por el contrario, va muy lejos, ya que la teoría de la supremacía del Estado propuesta en *El Príncipe* y los *Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio*, se traduce –aún cuando él no se lo propuso nunca–, en la afirmación del Estado como categoría ontológica. Tal hecho, que siempre se ha atribuido su autoría original a Hegel, puede fundamentarse de la manera siguiente: Maquiavelo asimismo, tuvo una visión del Estado fundada en una analogía entre éste y un organismo viviente. El Estado como totalidad es un hombre grande que no puede estar separado de sus partes o miembros: que son los individuos. Por lo tanto, la totalidad precede a las partes, o sea a los individuos, de lo cual resulta que tiene unidad, dignidad y carácter que no pueden derivar de ninguna de sus partes ni del conjunto. Como todos sabemos, esta concepción organicista del Estado proviene del mundo griego. Platón por ejemplo, consideró que en el Estado se encuentran escritos con mayúscula los caracteres que constituyen al individuo, por lo tanto comienza determinando las partes y funciones del Estado para luego determinar las partes y funciones del individuo.

Por su parte, Aristóteles concluye que “*el Estado es un hecho natural, que el hombre es un ser naturalmente sociable, y que el que vive fuera de la sociedad por organización y no por efecto del azar es, ciertamente, o una bestia o un dios*”.⁽¹³⁾

Es importante aclarar aquí, que el uso de la palabra Estado como señala Guthrie “debe recordarnos ocasionalmente que el “Estado” objeto de discusión es la *polis*, la ciudad autónoma y sus alrededores cultivados, cuya población se cuenta en unos cuantos miles de ciudadanos, y que la *politeía* –la forma de gobierno o Estado– es la organización de su unidad compacta”.⁽¹⁴⁾

(13) Aristóteles. *La Política*, op. cit., p. 23.

(14) Guthrie. *Historia de la Filosofía Griega*. Vol. IV. Editorial Gredos, Madrid, 1993.

ECHANDI GURDIÁN: El concepto de Estado y los aportes de Maquiavelo...

Estas concepciones se repiten a través de toda la historia de la filosofía, y además de afirmar la independencia de la totalidad –el Estado frente a las partes: los individuos–, afirman la existencia previa de la totalidad a las partes, sea, la existencia previa del Estado para que los individuos se agrupen colectivamente. Se podría aducir erróneamente que dada esta visión organicista en la antigua Grecia, aquella tenía también categoría ontológica. Pero en el mundo griego no se dio nunca esta categoría al Estado, porque éste no tuvo carácter absoluto, solo fue el medio para realizar la convivencia justa entre los hombres, mientras que en Maquiavelo –como se ha visto anteriormente tiene categoría mixta: –fuerza o ley y carácter orgánico por partir y ser determinado por sus individuos– por lo que adquiere carácter absoluto en tanto que tiene que existir, conservarse y mantenerse por sí mismo independientemente del fin. El florentino va muy lejos en la *necesidad* del Estado, porque éste no puede no existir, por ello hay que mantenerlo por cualquier medio. Analicemos estas sus palabras: “*Aquí debe hacerse notar que el odio se adquiere mediante las buenas acciones tanto como mediante las malas; por esto, como dije más arriba, si un príncipe quiere mantener el Estado, a menudo se ve obligado a no ser bueno; cuando la mayoría, ya sea pueblo, soldado o grandes, de la que piensas tener necesidad para mantenerte, está corrompida, te conviene seguir su humor para satisfacerla, y entonces las buenas acciones serán tu perdición*”.⁽¹⁵⁾

Tal afirmación no podría existir sin lo que se ha llamado una consideración ontológica del Estado. Pero antes de exponer los argumentos que fundamentan tal afirmación, conviene aclarar algunos contenidos importantes en torno al concepto de ontología (ντολογία) como ciencia primera. La ontología en el desarrollo de la historia de la filosofía, ha sido entendida de maneras diferentes. Para los cometidos de estas páginas, nos interesa destacar lo siguiente: Es atinente el problema ontológico a nuestro estudio, en tanto que la ontología siendo la ciencia del ser en sí, se traduce en la ciencia del Estado en cuanto tal, como la realidad última e irreductible de la sociedad y del cual depende todo lo demás. Es también atinente el problema ontológico al tema del Estado, en tanto la ontología es ciencia que investiga también el ser de los reales como entidades indestructibles e intemporales que constituyen la realidad verdadera. El Estado para Nicolás Maquiavelo, tiene un carácter inmutable, no cambia ni se transforma en sí mismo, su ser

(15) Maquiavelo. *El Príncipe*, op. cit., p. 135.

es propiamente su autoconservación. Con la ontología por ejemplo, se introduce a nuestro presente discurso, el estudiar el ser como es, a diferencia de la deontología que estudia el ser como debe ser. Tenemos en apoyo a esta posición, todo el contenido realista de las ideas maquiavelianas. La ontología se convierte así según un conocido autor, –Feibleman–, en una ontología finita, cuando intervienen las posturas entre la metafísica y el positivismo, en una serie de postulados que aunque en primer término tienen carácter formal, tienen capacidad de constituir una red conceptual que aprehenda la realidad. La ontología es de este modo, una construcción dentro de la cual adquieren sentido ciertos conceptos fundamentales, como es el caso de la existencia del Estado en el estudio que nos ocupa. Esta consideración ontológica –según dicho autor– si se remite a la existencia del Estado, se plantea en el pensamiento de Maquiavelo, como una disciplina fundamental previa a toda investigación científica o filosófica. Esto quiere decir, que de acuerdo a este razonamiento, antes de atribuir a Maquiavelo ser el primero en tratar científicamente el problema del Estado, hay que reconocerle el realizar previamente una ontología del Estado. Esta posición ontológica del Estado en Maquiavelo, implica que el trabajo filosófico no comienza en el hombre, sino en el hombre en tanto ser político que pertenece al Estado. El conocimiento surge pues, en tanto el hombre para desplegar su naturaleza como tal, forma parte del Estado y de él deriva el saber originario principal: el político.

El hombre en tanto hombre, posee una visión o intuición inmediata del Estado como un ente supremo que genera la organización, la seguridad y el orden. El Estado es para nuestro autor, el creador del orden existente y el caos que vive la península italiana obedece precisamente a la falta de él. El Estado en el pensamiento maquiaveliano, tiene ontológicamente tres dimensiones: 1) es causa originaria, 2) crea el orden existente y 3) posee una acción creadora, que se manifiesta en la intención de las leyes.

Según refería el Dr. Mora Rodríguez en una conferencia⁽¹⁶⁾, respecto a la existencia del Estado: la prioridad cronológica se convierte en criterio epistemológico. Es verdad aquello que fue primero en el tiempo: es verdad aquello que expresa y se contiene en el acto

(16) Mora Rodríguez, Arnoldo. *Nietzsche y el fin de las Utopías*. Conferencia dictada en el Auditorio Abelardo Bonilla, Escuela de Estudios Generales, U.C.R, el día miércoles 6 de septiembre del 2000.

ECHANDI GURDIÁN: El concepto de Estado y los aportes de Maquiavelo...

fundante, por lo que la finalidad a los orígenes se convierte también en criterio ético: sólo se puede juzgar como original, es decir, como “verdadero” aquello que es fiel a sus orígenes; lo cual es totalmente válido traer a colación al presente discurso.

La posición ontológica a la que nos conduce Maquiavelo sin proponérselo, con el concepto de Estado, se fundamenta en siete argumentos que se exponen de la manera siguiente:

D) El concepto de orden estatal es totalmente immanente a la conciencia del hombre: el individuo –desde el planteamiento de Aristóteles recogido por Maquiavelo– tiene una visión e intuición inmediata del Estado y considera el ser del mismo, immanente a la conciencia del individuo como animal político (τῶν πολιτικῶν).

II) Otro argumento en apoyo de esta consideración ontológica, es que todo individuo en todos sus ámbitos, está sometido a la existencia del Estado y completamente permeado por él y dependiente de él. El Estado es la condición fundamental del interés general. Sin el poder estatal, es claro que nuestro autor no concibe ni por un momento la convivencia entre los hombres.

III) El tercer argumento que puede sumarse, es que precisamente este carácter ontológico se da, porque el Estado llega en el pensamiento maquiaveliano a considerarse como idea plena después de ser acción plena (praxis), ya que la supremacía de la voluntad de poder– poder es sinónimo de *lo stato*– siempre es independiente de las formas de gobierno. La voluntad de poder es la ambición que desborda el ámbito de la voluntad individual.

IV) Para el florentino, sólo en el Estado puede procurar el hombre desplegar su faceta racional, ya que es compelido a hacerlo en virtud de la existencia de las leyes. Por ello, dado que el hombre es calificado en su condición humana, gracias a su faceta racional y no instintiva, todo lo que el individuo es y llegue a ser lo debe entonces al Estado y solamente en el Estado realiza su rasgo distintivo: la racionalidad.

V) Pero, de igual manera que como despliega su faceta racional en el Estado, despliega sus instintos, y éste es también el resultado de sus pasiones y de sus ansias: *“Es sentencia de los escritores de la antigüedad que á los hombres suele afligir el mal y hartar el bien, y que*

ambas sensaciones producen el mismo resultado. En efecto; cuando los hombres no combaten por necesidad, combaten por ambición, la cual es tan poderosa en el alma humana, que jamás la abandona, cualquiera que sea el rango á que el ambicioso llegue. Causa de esto es haber creado la naturaleza al hombre de tal suerte, que todo lo puede desear y no todo conseguir; de modo que, siendo mayor siempre el deseo que los medios de lograrlo, lo poseído ni satisface el ánimo, ni detiene las aspiraciones”.⁽¹⁷⁾

El deseo y la ambición de poder es tan grande, que inmerso en la vida social –que es su medio idóneo en virtud de su naturaleza gregaria– el individuo agrade el medio biológico en que vive y lo que es peor aún, la convivencia con los otros. Dicho en otras palabras, el fin del Estado no existe, ni el bienestar general, ni la justicia, ni el orden jurídico más elemental; sin que exista una fuerza disciplinaria, un poder de imperio del Estado, cuya razón de ser es: ser él mismo.

VD) Maquiavelo llegó a considerar al Estado –al igual que lo expresó Hegel– como la expresión máxima de la conciencia ética. Esta conciencia ética se traduce claramente en el concepto de Patria como supremo valor: *“La idea de patria, según Maquiavelo, es superior a todo orden jurídico y a toda organización estatal. La Patria es, ante todo, una realidad espiritual, una realidad trascendente, en cuanto representa una comunidad indestructible entre las generaciones. Es ella la que merece todo sacrificio individual, y a su servicio se debe dirigir la existencia y la orientación del Estado”.*⁽¹⁸⁾

La patria es una realidad ética a fin de cuentas y el único valor absoluto, fundamental, el único elemento trascendental dentro del relativismo de toda mecánica política. Sólo en función de la idea de patria puede adquirir el Estado formas orgánicas y vitales. El Estado es en el campo ético, la fuente de la moralidad, fijando incluso los parámetros para la normativa colectiva y la normativa individual. Sin la existencia de esta entidad, la colectividad sería nada más que un conjunto de bestias.

VII) Este carácter ontológico del Estado es precisamente el orden fundamental que permite *“la audaz originalidad de Maquiavelo al*

(17) Maquiavelo, *Discursos...*, op. cit., p.p. 401, 402.

(18) Uscatescu, *op. cit.*, p. 97.

ECHANDI GURDIÁN: El concepto de Estado y los aportes de Maquiavelo...

proponer una verdadera subversión de categorías en las esferas de la política al conceder resuelta preeminencia a los dictados de la necesidad, a la razón de Estado, en desmedro de lo ideal".⁽¹⁹⁾ Veamos además lo que nos dice Maquiavelo en los *Discorsi*: "debe tenerlo en cuenta todo ciudadano que se encuentre en el caso de aconsejar á su patria, porque cuando hay que resolver acerca de su salvación, no cabe detenerse por consideraciones de justicia ó de injusticia, de humanidad ó de crueldad, de gloria ó de ignominia. Ante todo y sobre todo, lo indispensable es salvar su existencia y su libertad".⁽²⁰⁾

Podría argumentarse no obstante lo anterior, que tal concepción ideológica sería aceptable –incluso para nuestro mismo autor–, en un Estado–poder como antecedente previo a la consolidación de un Estado–nación; o bien, como paso anterior y necesario para consolidar su sueño republicano. Pero este planteamiento es para el Secretario parcialmente cierto, ya que su ideal republicano tampoco modifica sustancialmente su concepto de Estado. Las razones son tres. La primera, es –como se ha señalado– que la naturaleza humana determina la creación de un orden político absoluto. Hegel ha sido uno de los pensadores que mejor lo han interpretado en este sentido: "...*La primera visión que de la historia tenemos nos presenta las acciones de los hombres, como naciendo de sus necesidades, de sus pasiones, de sus intereses y de las representaciones y fines que se forjan según aquéllos: pero también naciendo de sus caracteres y talentos [...] Pero las pasiones, los fines del interés particular, la satisfacción del egoísmo, son, en parte, lo más poderoso: fúndase su poder en que no respetan ninguna de las limitaciones que el derecho y la moralidad quieren ponerles, y que en la violencia natural de las pasiones es mucho más próxima al hombre que la disciplina artificial y larga del orden, de la moderación, del derecho y de la moralidad [...] si miramos a los individuos con la más honda piedad por su indecible miseria, hemos de acabar lamentando con dolor esta caducidad y –ya que esta decadencia no es solo obra de la naturaleza, sino de la voluntad humana– con dolor también moral, con la indignación del buen espíritu, si tal existe en nosotros*".⁽²¹⁾ La

(19) Arocena, *op. cit.*, p. 82.

(20) Maquiavelo, *op. cit.*, p. 399.

(21) Hegel, GWF. *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal*. Alianza Editorial. Revista de Occidente. Madrid, 1986, p.p. 80, 81.

segunda razón es, que en Maquiavelo hay Estado o no hay Estado, es decir, que no concibe diferencias de categoría entre Estado-poder y Estado-nación, de manera que no existe un poder relevante en el orden social desprovisto de los elementos que constituyen el orden estatal: población, territorio, poder político, orden jurídico y soberanía. Ya se ha visto de modo convincente que para él, la existencia de “*lo stato*”, es consustancial a la existencia de la vida colectiva. La tercera razón es, que resulta inequívoco en su discurso, cómo el concepto de poder que implica el orden estatal, no depende de las formas de gobierno. Tanto la facultad de *imperium*, como la teoría de *la razón de Estado*, se dan en un régimen monárquico como en un régimen republicano. Es por esto, que su idea del Estado con carácter absoluto es extensible también a la República. Veamos de nuevo la cita tras anterior cuando se refiere a Roma. (Cfr. p. 29.)

Tomando todas estas consideraciones que se han expuesto, tenemos claro que Maquiavelo no fue un autor que desestimara la ética siendo cínico, sino que considera que existe en primer lugar, una normativa estatal y otra que sin aquella no podría existir, referida al campo moral e individual. Por esta razón enfatiza la diferencia entre la ética privada y la ética política, porque el Estado en el Renacimiento, se estaba consolidando apenas en España a la cabeza de Fernando de Castilla y Aragón. Por lo que insiste también en la importancia de un objetivo político claro y la necesidad de miras elevadas en el desempeño del poder: “...no se puede llamar valor a matar a sus conciudadanos, traicionar a los amigos, y carecer de fe, de humanidad y de religión; estos medios pueden llevar a adquirir el imperio, pero no la gloria”.⁽²²⁾ La coexistencia del Estado con el orden moral se armoniza bajo las dos variables que delimitan el ámbito de la libertad humana: la fortuna y la necesidad. La idea de la *necessità* convertida en doctrina de *la razón de Estado*, es lo que confiere a Maquiavelo su carácter único como pensador político. Viéndose el gobernante obligado por circunstancias insalvables, entonces sin titubear debe abocarse a cualquier acto que conduzca a la conservación del Estado.

La circunstancia histórica que le tocó vivir, le colocó en una realidad que se enfrentaba hacia dos formas de gobierno: la republicana y la monárquica. Por eso refiere que: “*Todas las formas de gobierno y*

(22) Maquiavelo. *El Príncipe*, op. cit., p. 102.

ECHANDI GURDIÁN: El concepto de Estado y los aportes de Maquiavelo...

todos los territorios en los que han sido dominados los hombres han ejercido su autoridad por medio de una república o de un principado. Los principados pueden ser: hereditarios o adquiridos".⁽²³⁾

Maquiavelo utiliza aquí la palabra principado para denominar en general cualquier forma monárquica o cualquier especie de Estado monárquico. Las monarquías pueden ser también hereditarias o electivas, centralizadas o admitiendo autonomías locales, absolutistas o civiles. Las formas republicanas pueden ser: repúblicas aristocráticas o repúblicas democráticas. Recordemos para estos efectos, las seis formas de gobierno en tres pares –ya referidas– que rescata de Grecia y de Roma.

D) CONCLUSIONES

Maquiavelo se inclinó en los *Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio* sin reservas por la República como forma idónea de gobierno. Y no lo hizo arbitrariamente, sino con argumentos como los vistos en páginas anteriores y el siguiente: *"Bien comparadas todas las cosas, creo que en estos casos de urgente peligro hay más constancia en las repúblicas que en los príncipes, pues aunque las repúblicas tengan los mismos deseos e intentos que los príncipes, la mayor lentitud en sus determinaciones les obligará a tardar más que éstos en faltar a sus compromisos"*.⁽²⁴⁾

Ya que la República va dirigida al logro de la prosperidad y bienestar del pueblo, y que conduce a una permanencia y estabilidad mayores que cuando existen solamente intereses particulares de grupos políticamente importantes. Agrega a esto, que el favor del pueblo siempre es más importante que cualquier otro aspecto. De aquí que hay más garantía de estabilidad política en una organización que permita mayor participación popular en la dirección de gobierno, que en otra donde tal quehacer se reserva a una o a un pequeño número de personas. En el *Discurso sobre la reforma del Estado de Florencia*, nos dice que el querer instaurar el principado, allí donde es necesaria la república, es cosa difícil, inhumana e indigna para cualquier hombre que desea ser considerado justo y bueno. El régimen republicano es

(23) *Ibíd.*, p. 79.

(24) Maquiavelo. *Discursos*, op. cit, p. 228.

aconsejado –sobre todo– para sociedades con tradiciones de virtud, de solidaridad, de lucha y de valor; donde en alguna oportunidad se ha puesto en evidencia que un individuo ha sido capaz de anteponer el criterio colectivo sobre el individual. Por el contrario, es imposible realizarlo en sociedades agobiadas por largas tradiciones de tiranía o en sociedades altamente corruptas: “...quien en los actuales tiempos quisiera fundar una república, le sería más fácil conseguirlo con hombres montaraces y sin civilización alguna, que con ciudadanos de corrompidas costumbres, como un escultor obtendrá mejor una bella estatua de un trozo informe de mármol que de un mal esbozo hecho por otro”.⁽²⁵⁾

Dentro de todo el discurso maquiaveliano, nada es más acertado que considerar el contenido del capítulo XXVI de *El Príncipe* que él tituló: *Exhortatio ad capessendam Italiam in libertatemque a barbaris vindicandam* (*Exhortación para defender a Italia de los bárbaros*) como determinante para la comprensión de todo el significado filosófico político de su autor. Su contenido nos explica sin ambages el por qué de un Estado y un poder absolutos y la razón de por qué llega tan lejos sin procurarlo, en su afirmación de un poder estatal con carácter ontológico: para hacer realidad la consolidación en Italia del Estado-nación.

“... si existen las circunstancias que den ocasión, a uno prudente y valeroso, de introducir una nueva forma que le honrara a él e hiciera la felicidad de los italianos, me parece que concurren tantas cosas en beneficio de un príncipe nuevo, que no sé si habrá nunca un momento más adecuado para esto [...] así al presente, para conocer el valor de un alma italiana, era necesario que Italia se hallara reducida a los términos que está ahora, y que fuera más esclava que los hebreos, más sierva que los persas, [...] de bodoque permaneciendo como sin vida, espera a aquel que pueda curarle sus heridas y ponga fin a los saqueos de la Lombardía, a los pillajes de Reame y de Toscana, y la cure de aquellas llagas que han sangrado durante tanto tiempo. La vemos rogando a Dios que le envíe alguien que la redima de las crueldades e insolencias de los

(25) Maquiavelo, *Discursos...* op. cit., p. 46.

ECHANDI GURDIÁN: El concepto de Estado y los aportes de Maquiavelo...

bárbaros. La vemos incluso muy pronta y dispuesta a seguir una bandera, con tal de que haya uno que la despliegue".⁽²⁶⁾

No significa empero, que Maquiavelo al considerar más difícil la instauración de un régimen republicano, admita que el ejercicio del poder monárquico necesariamente conduzca a una tiranía; pues nunca ésta puede ser una forma de monarquía. La tiranía es un vicio del principado monárquico que se torna en el ejercicio arbitrario del poder.

Al inclinarse por las formas republicanas, toma partido por un gobierno mixto, donde se combinen armónicamente dos elementos: el elemento monárquico o aristocrático y el elemento democrático; representados, el primero en una autoridad unipersonal o de un grupo selecto; y el segundo en una autoridad del pueblo. Su contribución al arte experimental del Estado, resulta en una especie de república autoritaria, cuya estructura política ha sido caracterizada por Pierre Mesnard, como sigue: "*Machiavel s'incline... vers un régime populaire, administré par un vigoureux pouvoir central assisté d' une organisation fortement hierarchisée. Le tout forme une institution indiscutablement démocratique, mais du genre particulier que l'on est convenu d' appeler le république autoritaire*".⁽²⁷⁾

Retomando el problema de la imposibilidad de la democracia, presente implícitamente en toda la obra maquiaveliana, y que viéramos ya en páginas anteriores, el término *de república autoritaria* –destacado en la cita anterior– es considerado por nuestro autor como el posible y mejor logro político. Esto reafirma una vez más, que para él en toda democracia posible existe una oligarquía y que todo régimen político es siempre gobernado por una minoría que él llama "*los grandes*". Como señala Raymond Aron trayendo a colación lo que expresa una célebre frase de los norteamericanos: *que si hay gobiernos del pueblo para el pueblo, no hay gobiernos del pueblo por el pueblo*. Con esta afirmación no sólo se afirma que las democracias solo son posibles parcial e imperfectamente, sino también que el gobierno de "*los grandes*" –como lo señaló Maquiavelo reiteradas veces– es inevitable. Más aún: que dentro de estos "grandes", dada la necesidad que existe de obtener el

(26) Maquiavelo. *El Príncipe*, cap. XXI, op. cit., p. 154.

(27) Citado por Mayer, *op. cit.*, p. 90.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (155-184) mayo-agosto 2009

más alto número de adeptos y conformar el organismo estatal, lo que gobierna en realidad, es el carácter de los hombres, ya que se ven forzados a desarrollar *virtudes* como la astucia, la sagacidad, el cálculo, la elocuencia, la fortaleza interior, entre otros, que son cualidades que como hemos visto pormenorizadamente, caracterizan el contenido de *virtú* renacentista fundamental en Maquiavelo, más que el de virtud griega y cristiana.

ECHANDI GURDIÁN: El concepto de Estado y los aportes de Maquiavelo...

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES. *La Política*. Barcelona. Editorial Iberia, Obras Maestras, 1968.
- AROCENA, Luis. *Estudio Preliminar a El Príncipe*. Puerto Rico. Editorial Universidad de Puerto Rico, edición bilingüe italiano-español, 1959.
- BURCKHARD, Jacob. *La Cultura del Renacimiento Italia*. Obras Maestras. Editorial Iberia. Traducción de Jaime Ardal, Barcelona, 1964.
- BURNHAM, James. *La Revolución de los Directores*. Buenos Aires. Editorial Sudamericana, 3ª. Edición, 1967.
- CASSIRER, Ernst. *El Mito del Estado*. México, D.F., Editorial Fondo de Cultura Económica, 1974.
- CHABOD, Federico. *Escritos sobre Maquiavelo*. México, D.F. Editorial Fondo de Cultura Económica, 1994.
- CHEVALLIER, Jean Jacques. *Los Grandes Textos Políticos*. Madrid, Editorial Aguilar, 1972.
- DURANT, Will. *El Renacimiento*. Tomo II. Buenos Aires. Editorial Sudamericana. Traducción C.A. Jordana, 1958.
- GARIN, Eugenio. *Medioevo e Rinascimento*. Roma. Editore Laterza, 1973.
- GEYMONAT, Ludovico. *Storia del Pensiero Filosofico e Scientifico*. Volume II. Garzanti Editore, Milano, 1975.
- HEGEL, Jorge Federico G. *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal*. Madrid. Alianza editorial. Revista de Occidente, 1986.
- HELLER, Agnes. *El Hombre del Renacimiento*. Barcelona. Ediciones Península. Traducción de Yvars y Antonio Prometeo Moya, 2ª edición, 1994.
- HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. México. Editorial Fondo de Cultura Económica, 6ª. Edición, 1968.
- MACHIAVELLI, Niccolò. *Opere di Niccolò Machiavelli*. Ugo Mursia editore. Terza edizione. Milano, 1967.
- MAQUIAVELO, Nicolás. *El Príncipe*. Revista de Occidente. Editorial Universidad de Puerto Rico. Puerto Rico, edición bilingüe (italiano-español), 1959.

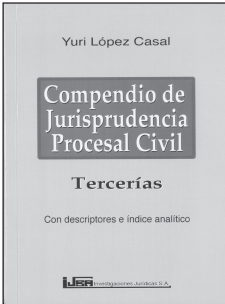
Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (155-184) mayo-agosto 2009

- MAQUIAVELO, Nicolás. *Obras Políticas*. El Príncipe. Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio. El Arte de la Guerra. Descripción de Alemania. Informe sobre los asuntos de Alemania, 17 de junio de 1508. Discurso acerca del Emperador. Descripción de Francia. Carácter de los Franceses. Buenos Aires. Librería El Ateneo. Traducido por Luis Navarro, 1952.
- MAQUIAVELO, Nicolás. *El Príncipe*. Bogotá. Editorial Bruguera. Círculo de Lectores, 1980.
- MAQUIAVELO, Nicolás. *Cartas Privadas de Nicolás Maquiavelo*. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Traducido por Luis Arocena, 1979.
- MAYER, J. *Trayectoria del Pensamiento Político*. México. Editorial Fondo de Cultura Económica, 1964.
- MEINECKE, Friedrich. *La Idea de la Razón de Estado en la Edad Moderna*. Traducción de Felipe González Vicen, Madrid. Institutos de Estudios Políticos, 1959.
- MORA Rodríguez. Arnaldo. *El Pensamiento Utópico del Renacimiento: Moro, Bacon y Campanella*. En: **Hombre y Sociedad en la Antigüedad en el Renacimiento**. Serie Académica 1, San José, Escuela de Estudios Generales, 1990, p.p. 214-232.
- MOUNIN, Georges. *Machiavel*. Presees Universitaires de France, 108 Blvd. Saint Germain, France, 1964.
- RIDOLFI, Roberto. *Maquiavelo*. México. Editorial Renacimiento, 1961.
- RITTER, Gerhard. *El problema Ético del Poder*. Ediciones de la Revista de Occidente. Madrid. Traducción de Rubio Llorente, 1972.
- ROMANO, Ruggiero y otro. *Los Fundamentos del Mundo Moderno*, Madrid, Editorial Siglo XXI, 4ª edición, 1974.
- ROMERO, José Luis. *La Revolución Burguesa Feudal en el Mundo*. Vol. I. Editorial Siglo XXI, 2ª. Edición, 1979.
- Maquiavelo Historiador*. Buenos Aires. Editorial Novoa, 1943.
- ROMERO Pérez, Jorge Enrique. *Partidos Políticos, Poder y derecho*. San José. Editores Syntagma, 1979.
- USCATESCU, Georges. *Maquiavelo y la pasión del Poder*. Madrid. Ediciones Guadarrama, 1969.



ROMERO-PÉREZ: Reseñas

Reseñas bibliográficas a cargo del Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

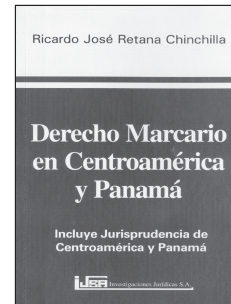


López Casal, Jury. **Compendio de jurisprudencia procesal civil**. Tercerías, con descriptores e índice analítico. Desde el año 2000 hasta el 2007, del Tribunal Primero Civil de San José. (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 374 páginas, 2008).

— o —

Retana Chinchilla, Ricardo José. **Derecho marcario en Centroamérica y Panamá**. Incluye Jurisprudencia de Centroamérica y Panamá (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 317 páginas, 2007).

En la *Presentación*, el autor nos expresa que las marcas de fábrica y comercio se han convertido en un instrumento que aporta un gran valor en el nuevo marco del comercio mundial, los fabricantes y comerciantes han entendido esto y realizan ingentes esfuerzos para aprovecharlas en busca de diferenciación en mercados cada vez más competidos y ante productos y servicios que tienden a ser más genéricos, de aquí la importancia de desarrollar una marca y convertirla en elemento diferenciador por los grandes beneficios que pueden aportar a la economía de las empresas.



Los capítulos que componen este libro, explican e informan acerca de los siguientes *principios*:

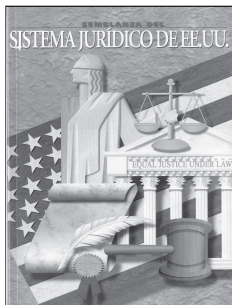
- | | |
|---------------------|------------------------------------|
| I. Registralidad | V. Especificidad (o, especialidad) |
| II. Libre opción | VI. No confusión |
| III. Temporalidad | VII. Mínimo uso |
| IV. Territorialidad | VIII. Legítima defensa marcaria |



Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (185-192) mayo-agosto 2009

Clarke, George, Director Ejecutivo. ***Semblanza del sistema jurídico de Estados Unidos de América*** (Washington; D.C.: Oficina de programas de Información Internacional. Departamento de Estado de los Estados Unidos, <http://usinfo.state.gov>, 226 páginas, 2001.

El contenido de este libro comprende estos capítulos:



- I. Historia y organización del sistema judicial federal
- II. Historia y organización de los sistemas judiciales estatales
- III. Jurisdicción y límites para la creación de políticas
- IV. Abogados, litigantes y grupos de interés en el proceso judicial
- V. El proceso en el tribunal penal
- VI. El proceso en el tribunal civil
- VII. Jueces federales
- VIII. Implementación e impacto de las políticas judiciales

Anexos:

La Constitución de los Estados Unidos de América

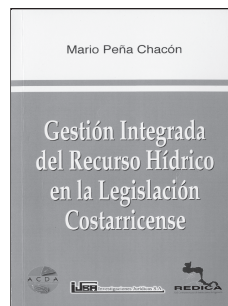
Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América

— o —

ROMERO-PÉREZ: Reseñas

Peña Chacón, Mario. ***Gestión integrada del recurso hídrico en la legislación costarricense*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 269 páginas, 2008).

En la *Presentación*, el autor nos informa que el agua dulce del planeta está distribuida de forma irregular. Actualmente, el continente asiático alberga el 60% de la población mundial y dispone sólo del 30% de los recursos hídricos del planeta, mientras que América del Sur alberga el 6% de la población mundial y disfruta del 26% de los recursos hídricos del mundo. En Costa Rica, la cuenca del Río Grande de Tárcoles es la más contaminada de Centroamérica.



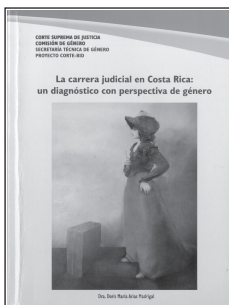
Los capítulos que integran este libro son:

- I. Derecho humano al agua
- II. La gestión integrada del recurso hídrico
- III. El nuevo esquema de los cánones ambientales
- IV. Canon ambiental por vertidos
- V. Canon por concepto de aprovechamiento de aguas
- VI. Tutela jurídica de los ecosistemas de humedal
- VII. Conclusiones

— o —

Arias Madrigal, Doris María. ***La carrera judicial en Costa Rica: un diagnóstico con perspectiva de género*** (Poder Judicial: Secretaría Técnica de Género, 323 páginas, s.f.)

En la *Introducción*, se indica que el presente trabajo tiene como finalidad analizar la incidencia de la carrera judicial, desde la perspectiva de género, en las mujeres juezas del Poder Judicial de Costa Rica en un periodo histórico de 25 años, en los que la profesionalización de la judicatura ha pasado a ser un tema central de la administración de justicia. También se pretende evidenciar los hechos relevantes, avances y desafíos de la carrera judicial, asimismo, se plantean recomendaciones que podrán tomarse en cuenta para evaluar, rectificar y mejorar la respuesta institucional.



Poco a poco, las mujeres han llegado a ocupar el 48% de los puestos de juezas y jueces en el Poder Judicial, sin embargo, existen múltiples cuestionamientos sobre la carrera judicial desde la visión de las mujeres juezas, pues la equidad numérica no implica la igualdad cualitativa. La perspectiva de género revela que las mujeres profesionales tienen desventajas derivadas de su condición femenina, aunque cuenten con igual preparación y ostenten cargos similares. Analizaremos las relaciones de cooperación y/o antagonismo implícitas en la intervención de las mujeres en el escenario de la judicatura que es un ámbito público y político –en sentido amplio–, para luego intervenir en el análisis de las fortalezas y limitaciones de las mujeres juezas, y su situación actual en la carrera judicial, desde una perspectiva de género incluyente.

La investigación planteó el análisis del fenómeno jurídico desde una nueva posición, la teoría del género, que es mucho más amplia que el tradicional método jurídico caracterizado por ser deductivo y exegético. La perspectiva de género comprende además del contenido de la norma, sus alcances, efectos y beneficios, con objetivo de eliminar la discriminación en contra de la mujer.

Este libro consta de dos partes:

En la *primera*, se establece el marco teórico que comprende un estudio de los antecedentes nacionales e internacionales de la carrera judicial.

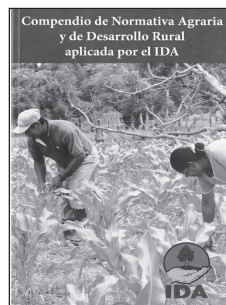


ROMERO-PÉREZ: Reseñas

En la *segunda*, se analizan los resultados de la investigación antes y después de la Ley de carrera judicial, el proceso de implementación y los efectos de la nueva legislación en las mujeres juezas.

— o —

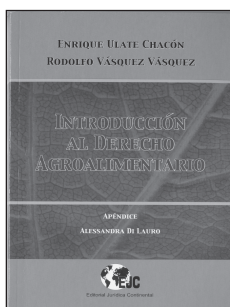
Bolaños Céspedes, Carlos. Compilador. **Compendio de normativa agraria y de desarrollo rural aplicada por el IDA** (San José: Instituto de Desarrollo Agrario, IDA, 483 páginas, 2008).



El Dr. Bolaños Céspedes, Presidente Ejecutivo del IDA, en la *Presentación*, nos afirma que esta publicación es obligada luego de que nuestra institución reformulara la mayoría de su normativa interna.

— o —

Ulate Chacón, Enrique; Rodolfo Vázquez Vázquez. **Introducción al Derecho Agroalimentario** (San José: Editorial Jurídica Continental S.A., 192 páginas, 2008).



En la *Introducción*, sus autores nos informan que asistimos al origen de nuevas exigencias de los consumidores de grandes mercados, como el europeo y el norteamericano, a los que interesa el desarrollo de políticas públicas orientadas a garantizar la calidad y la sanidad de los alimentos.

Esta obra se divide en dos títulos, divididos en capítulos:

Uno, Teoría General:

- I. Noción del derecho alimentario
- II. Elementos de la teoría general del derecho alimentario



Revista de Ciencias Jurídicas N° 119 (185-192) mayo-agosto 2009

Dos, Parte Especial:

- I. Las indicaciones geográficas o denominaciones de origen
- II. Fundamentos del derecho alimentario en Centroamérica
- III. Hacia el perfeccionamiento de una política agroalimentaria común

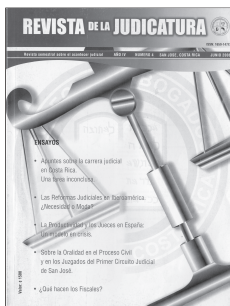
Apéndice: *Del alimento “seguro” al alimento “adecuado”.*

Prof. Alessandra Di Lauro

– o –

Revista de la Judicatura, N° 4, 2008. Asociación Costarricense de la Judicatura. San José.

Los ensayos que componen esta revista son los siguientes:



Apuntes sobre la carrera judicial en Costa Rica. Una tarea inconclusa.

Dr. Omar Vargas Rojas

Las reformas judiciales en Iberoamérica. ¿Necesidad o moda?

Dr. Javier Hernández García

La productividad y los jueces en España: un modelo en crisis.

Lic. Juan Pedro Quintana Carretero

Sobre la oralidad en el proceso civil y en los juzgados del primer circuito judicial de San José.

Máster Abel Jiménez Obando

¿Qué hacen los fiscales?

Lic. Miguel García Martínez y Lic. Sebastián Mesén Arias

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/revisión. Descripción física. (Colección). Notas. Disponibilidad y acceso [Fecha de consulta]. Número actualizado".
 Ejemplo: "Library of Congress. *History and development of the Library of Congress machine-assisted realization of the virtual electronic library* [en 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.lilicr.com
Tel. (506) 2235-0011
383275