CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL N° 98

Director: Dr. Víctor Pérez Vargas
Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

Distribución y canje:
Biblioteca Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

SUMARIO

Presentación ***5***
Dr. Víctor Pérez Vargas

Importancia del hecho técnico de la agricultura como fuente material del Derecho Agrario ***11***
Dr. Ricardo Zeledón Zeledón

Límites y alcances de las competencias de la Contraloría General de la República ***27***
Dr. César Hines Céspedes

Daño moral colectivo de carácter ambiental ***69***
MSc. Mario Peña Chacón

Avasallamiento de derechos de particulares en la Zona Marítimo Terrestre ***77***
Lic. Miguel Ruiz Herrera

Apuntes para la Historia del Derecho Hondureño. La Codificación ***91***
Lic. Jorge Francisco Sáenz Carbonell

La pérdida de oportunidad o chance ***117***
Lic. Federico Torrealba Navas

Los poderes creadores del Juez en el marco del Estado Constitucional de Derecho ***159***
Lic. Román A. Navarro Fallas

Los pactos parasociales ***217***
Licda. Ana Elena Castillo Chaves

Prolegómenos del Derecho Bancario ***247***
Lic. Luis Albán Arias Sosa

Finalización de la relación de empleo público de los servidores policiales ***255***
Lic. Randall Loría Rivera

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

En esta entrega navideña de 2010, la Revista Judicial publica trabajos sobre Derecho Agrario, Poderes y Limites de la Contraloría General de la República, Zona Marítimo Terrestre, Historia del Derecho, Responsabilidad civil por pérdida de chance o de oportunidad, Daño moral social, Poderes creadores del Juez, Pactos parasociales en el Derecho Societario, Derecho Bancario y Derecho del Trabajo.

El **Dr. Ricardo Zeledón Zeledón,** Presidente de la Asociación Costarricense de cultores del Derecho Agrario, Presidente del Comité Americano de Derecho Agrario, Presidente Emérito de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios, Académico Honorario de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de España, Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y Catedrático de la Universidad de Costa Rica, nos ha enviado el discurso que pronunció en la clausura del XI Congreso Mundial de Derecho Agrario, que se celebró en Toledo, en mayo de 2010, titulado **Importancia del hecho técnico de la agricultura como fuente material del Derecho Agrario**. El autor sostiene que las fuentes materiales son tanto hechos como valores. Dentro de los hechos, siguiendo al maestro Carrozza de la Universidad de Pisa, nos explica que la actividad productiva agrícola ha sido considerada por los cultores de ciencias agrarias con base en el desarrollo de un ciclo biológico referido a la cría de animales o de vegetales, que aparece ligado directa o indirectamente al disfrute de las fuerzas y de los recursos naturales, y que se resuelve económicamente en la obtención de frutos (vegetales o animales) destinados al consumo directo, sea como tales, sea previa una o múltiples transformaciones. En sus consideraciones conclusivas sostiene que, con el recurso a la utilidad práctica de la tridimensionalidad epistemológica, resulta más cómodo o comprensible discernir o descifrar del sistema de las fuentes del Derecho Agrario los productos o resultados de su desdoblamiento entre formales ubicables en la superestructura y materiales en la estructura (entre ellas fácticas y axiológicas). Explica como fenómeno único “el desdoblamiento del trinomio objeto, método y fuentes de la disciplina, diciendo que resulta comprensible, accesible y descifrable al científico (sobre todo si ha admitido el necesario acercamiento con la filosofía del derecho) cómo puede identificarse el trinomio objeto, método y fuentes del Derecho agrario formal constituido por las normas, diferente de dicho del agrario en el conjunto fáctico y en el conglomerado de los valores”.

El **Dr. César Hines Céspedes**, ilustre profesor de Derecho Público, participa con **Límites y alcances de las competencias de la Contraloría General de la República**. En su opinión, en algunas ocasiones tanto el máximo intérprete de la Constitución, como la misma entidad contralora, se atribuyen facultades que no están contempladas ni en la norma constitucional y que ni siquiera fueron objeto de discusión constituyente al momento de su creación. El autor considera que, el hecho de que la Contraloría General de la República sea un órgano constitucional, no apareja por esa sola condición, su independencia, como tampoco es independiente la Sala Constitucional, a la que al igual que a la Contraloría General de la República, se le atribuyó una

competencia específica y exclusiva. A su juicio, la calidad de órgano auxiliar con que se identifica constitucionalmente a la Contraloría General de la República significa que está orgánicamente adherida a la Asamblea Legislativa, como garante constitucional, supremo, del buen manejo de la hacienda pública. Seguidamente, se refiere a sus competencias constitucionales y legales. En sus conclusiones señala "el sobredimensionamiento de sus competencias que ha querido imponer la Contraloría General de la República, introduciéndose en temas que están fuera de sus alcances, con detrimento de aquellos sobre los que indiscutiblemente debe ejercerla, <y ejercerla bien>, tal es el caso de las concesiones públicas que, en su opinión, han sido un verdadero fracaso, con grandes pérdidas de recursos públicos y lo que es peor, con perjuicios insoportables para la población: carreteras mal construidas con montos de peajes elevados; reparación de vías a costos muy por encima del real; desviaciones de recursos hacia fines distintos a los destinados por la normativa y aprobación de presupuestos públicos sin atender las competencias y fines de la entidad fiscalizada; en fin, poca actividad de verdadero control y mucho activismo en temas de escasa o ninguna importancia".

Daño moral colectivo de carácter ambiental es el título del estudio del **Msc. Mario Peña Chacón**. Nuestro colaborador inicia su exposición mostrando la actualidad del tema del daño social y explicando que el daño moral colectivo es el atropello de intereses extrapatrimoniales plurales de un estamento o categoría de personas, cuya ligazón puede ser, esencialmente subjetiva u objetiva que genera una disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad en su totalidad, equivalente a una lesión a intereses colectivos no patrimoniales, causada por el daño acontecido en contra un bien catalogado como de naturaleza común o colectiva. Está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga, y fundándose en que se lesiona un bien colectivo en su propia existencia o extensión. El autor aclara que, tratándose de daño estrictamente ambiental, la titularidad en la pretensión resarcitoria no podría ser nunca individual pues generaría un enriquecimiento sin causa, sino únicamente grupal o colectiva, en el tanto, los montos obtenidos por la indemnización le pertenecen a la colectividad como un todo. En su parte final, nos informa sobre algunos precedentes argentinos.

Sobre las "órdenes de derribo" que emiten las Municipalidades, el **Lic. Miguel Ruiz Herrera** nos ofrece su polemizante artículo titulado **Avasallamiento de derechos de particulares en la Zona Marítimo Terrestre**. El Lic. Ruiz Herrera realiza un análisis los artículos 8, 16 y 24 de Ley de la Zona Marítimo Terrestre y considera que no ha sido bien interpretada. En su opinión, con estos procedimientos se violentan normas legales así como derechos subjetivos que el ciudadano tiene constitucionalmente protegidos, no solamente mediante el artículo 45 constitucional, sino gracias a otros textos fundamentales, así como a la jurisprudencia constitucional, la cual el autor documenta en sus referencias. En su criterio, también estas actuaciones son contrarias a los Votos 4869-04, 1764-02, 11932-01, 10537-01, 7975-01, 378-01, y 8015-99 de la Sala Constitucional los cuales son coincidentes y reiterativos, haciendo entonces que la jurisprudencia sea vinculante, ordenando que los actos públicos deban tener un substrato de justicia intrínseca, o sea, lo que se ha definido como el "debido proceso sustantivo" que surge del "principio de razonabilidad" desarrollado por la Sala. En sus conclusiones, sostiene que el administrado, en años pasados, ha sufrido de la disimulada complicidad de algunos jueces contenciosos con el funcionario público,

por un mal entendido "deber gremial". No obstante, ya nuestros Tribunales comienzan a tener el valor de recordar su deber de independencia y así emitir sentencias que harán más difícil que se repitan abusos cometidos en el pasado por el Estado. En esto han ayudado también tribunales arbitrales internacionales.

El gran historiador, Catedrático de la Universidad de Costa Rica, **Lic. Jorge Francisco Sáenz Carbonell**, colabora con su muy completa historia de la codificación en el Derecho hondureño, titulada **Apuntes para la Historia del Derecho Hondureño. La Codificación.** Nos relata interesantes aspectos sobre las diversas recopilaciones desde la Edad Media, entre ellas, la Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla de 1567, la Recopilación de leyes de los Reinos de las Indias de 1680 y la Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805. Nos aclara que también hubo algunas recopilaciones privadas, como como los Cedularios o la Biblioteca de Legislación Ultramarina de Don José María Zamora y Coronado. Luego se refiere a la codificación como antítesis de las recopilaciones: "Un Código era una sola ley, elaborada por un solo ente legislador, promulgada en un momento determinado, y todos sus preceptos pertenecían al mismo acto legislativo". Comenta las codificaciones centroamericanas en el siglo XIX, para terminar analizando detalladamente la historia de los diversos códigos hondureños hasta nuestros días.

La pérdida de oportunidad o chance, se titula la colaboración del **Lic. Federico Torrealba Navas**, profesor de Derecho Privado en la Universidad de Costa Rica, relativa al concepto conocido como "*perte d´une chance*", entendido como la desaparición de la probabilidad seria y real de un evento favorable, como categoría autónoma de daño indemnizable, tanto en el mundo contractual como en el extracontractual, tanto en el Derecho Privado como en el Público. El autor se refiere a sus cuatro elementos: un aspecto cierto: la preexistencia de una oportunidad objetiva y seria; un aspecto incierto: la preexistencia de un álea; un hecho interruptor del desenvolvimiento causal normal, atribuible al responsable y un resultado cierto: la supresión o reducción significativa de la oportunidad preexistente. Se adentra en la discusión sobre la certeza e indemnizabilidad del chance como daño. Aclara que, considerado éste como tal, si el actor solicita una indemnización de daños y perjuicios, el adjudicador -sea juez o árbitro- no incurre en ningún vicio de *extra petita* al conceder la pérdida de oportunidad, pues ésta está comprendida dentro de la esfera de significados posibles de la voz daño. Realiza la distinción entre la pérdida de chance, los perjuicios y el costo de oportunidad, el riesgo de daño futuro. Lo más importante, desde el punto de vista práctico, son los criterios que plantea el Lic. Torrealba para la delimitación en concreto de una pérdida de chance. Finalmente, el autor se refiere a la posición incierta de la jurisprudencia costarricense y desarrolla, analíticamente, diversos ejemplos de pérdida de oportunidad indemnizable.

Con gran amplitud y profundidad, el **Lic. Román A. Navarro Fallas** se refiere a un tema fundamental: **Los poderes creadores del Juez en el marco del Estado Constitucional de Derecho**; después de destacar en forma brillante la tarea interpretativa del Juez frente a los principios fundamentales y, en particular, la función del juez constitucional, el autor llega a la conclusión de que el Juez ya no es *"la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar ni la fuerza, ni el rigor de la ley"* como lo afirmaba MONTESQUIEU. Hoy, los jueces son creadores de Derecho, no solo de normas para el caso concreto, sino de normas generales por medio de la

jurisprudencia, estableciendo principios que prevalecen sobre las normas escritas de grado inferior (sean éstas legales o infralegales, según que la norma que interprete, integre o delimite el juez, tenga rango constitucional o legal). Además, considera que no es el Parlamento el que limita la discrecionalidad judicial, sino el juez (constitucional) el que le pone límite al Parlamento. El Lic. Navarro nos habla de la transformación total del rol del juez, tanto del juez constitucional como del juez ordinario. Hoy, se han extendido sus facultades y poderes creadores, pero con ello también la exigencia de racionalidad, se amplía su discrecionalidad pero también su responsabilidad.

La especialista en Derecho Comercial de la Universidad de Costa Rica, **Licda. Ana Elena Castillo Chaves**, nos ofrece su trabajo titulado **Los pactos parasociales**. Ella aclara que tales son no sólo aquellos convenios celebrados entre socios, sino que comprenden todos aquellos acuerdos celebrados por los socios con la sociedad o con terceros, al margen de la sociedad, sin embargo su investigación se centra en los primeros. Explica que lo característico de los pactos parasociales es que no se integran en el ordenamiento de la persona jurídica a que se refieren, sino que permanecen en el recinto de las relaciones obligatorias de quienes los suscriben. Nos informa acerca de la discusión doctrinaria sobre su licitud y sobre las clasificaciones usuales, antes de pasar al estudio de su validez, eficacia y ejecución. Seguidamente nos habla de la especial trascendencia de estos pactos en el caso de las sociedades que transan sus acciones en un mercado accionario. Al concluir expresa que si bien este tema no ha trascendido en nuestros tribunales de justicia, lo cierto es que es innegable que en la práctica jurídica costarricense estos pactos son celebrados con bastante frecuencia, lo cual representa un riesgo inminente para los interesados y para el mismo operador jurídico, por la incertidumbre imperante respecto de la validez y oponibilidad que nuestros jueces vayan a dar a este tipo de contratos. En razón de lo anterior, resulta necesario estudiar los alcances, naturaleza jurídica y principales características de este tipo de pactos, con el fin de determinar, la procedencia legal y eficacia de los pactos parasociales a la luz del ordenamiento jurídico costarricense.

En **Prolegómenos de Derecho Bancario**, el Lic. **Luis Albán Arias Sosa** analiza el tema de la supuesta autonomía de esta rama jurídica, vista como el conjunto sistémico y unitario de conocimientos acerca de las normas, de derecho público y privado, relativas a los bancos, su organización y negociaciones, tanto cuando se vinculan con la clientela como cuando lo hacen con el Estado. Las relaciones entre este último y las entidades bancarias son de carácter público, mientras las de éstas con los particulares pertenecen -en lo medular- a la esfera privada. El Derecho Especial Bancario resulta mixto, pues en su seno coexisten aparejadas normas jurídicas públicas y privadas, lo cual hace heterogénea su composición. Destaca también la primacía del interés público en la preservación los capitales e inversiones procedentes, en buena parte, de la población.

Finalización de la relación de empleo publico de los servidores policiales se denomina el estudio del **Lic. Randall Loría Rivera**, quien analiza La Ley General de Policía Nº 7410, en lo que se refiere a las formas en que se puede dar por finalizada la relación de servicio que une a los funcionarios policiales con la Administración. El autor comenta los diferentes supuestos: despido en período de prueba, cuando se compruebe que su nombramiento fue producto de un fraude o de cualquier otro error material grave, el acaecimiento del plazo fijado por la ley, para los servidores

policiales que hayan sido nombrados de manera provisional por motivos disciplinarios. Señala que hoy existen tanto servidores policiales incorporados como excluidos del Estatuto Policial y, por ende, los primeros gozan de estabilidad en sus puestos, mientras que los segundos no. Lo usual ha sido que quienes no han gozado de estabilidad han sido los funcionarios que ingresaron a los diferentes cuerpos policiales, antes de la entrada en vigencia de la Ley General de Policía. Por último -afirma- encontramos una causal, motivo, razón o forma más para el rompimiento de la relación de empleo público que une a los servidores policiales con la Administración, consistente en la ineficiencia, incompetencia o impericia manifiesta y comprobada de los primeros en el ejercicio de sus funciones. En sus conclusiones asegura que el administrado, en años pasados, ha sufrido de la disimulada complicidad de algunos jueces contenciosos con el funcionario público, por un mal entendido “deber gremial”. No obstante, ya nuestros Tribunales comienzan a tener el valor de recordar su deber de independencia y así emitir sentencias que harán más difícil que se repitan abusos cometidos en el pasado por el Estado.

IMPORTANCIA DEL HECHO TÉCNICO DE LA AGRICULTURA COMO FUENTE MATERIAL DEL DERECHO AGRARIO

Prof. Ricardo Zeledón Zeledón
Presidente Emérito de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios
Presidente del Comité Americano de Derecho Agrario

Discurso de clausura del Congreso, dictado en el XI CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO AGRARIO celebrado en Toledo, España, entre el 9 y el 11 de mayo de 2010.

1)- El hecho técnico de la agricultura, como fuente material, está llamado a cumplir una serie de funciones cardinales en el Derecho agrario contemporáneo. Sea para llegar a determinar los verdaderos límites de la materia y en esta forma poder señalar sus propias fronteras, para la comprensión más acabada de la disciplina conformada no solo por normas sino también por otras fuentes, en la integración de los hechos a la norma e incluso para alcanzar una mejor determinación de su propia noción científica.

Esto significa que (a) con el avance de las vicisitudes de la tecnología contemporánea en la producción agrícola, y en sus actividades conexas de transformación, industrialización y comercialización, en sus complejas relaciones con el ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el desarrollo sostenible, así como con la seguridad alimentaria en armonía con los derechos de los consumidores, permite determinar los contrastes o las coincidencias con el derecho agrario normativo y axiológico; (b) en unos casos el hecho técnico contribuye con la integración del orden jurídico para alcanzar un mayor grado de certeza del uso del verdadero derecho agrario, más allá de método tradicional limitado al recurso único a las normas; (c) en cuanto a la integración del derecho material fáctico a las normas, y (d) desde el punto de vista científico facilita la conceptualización más acabada de la noción exacta de la disciplina en cuanto a las entidades de las fuentes del Derecho agrario.

Filósofos y juristas perciben las complejas implicaciones de una “teoría de las fuentes” y la construcción de los procesos productivos del Derecho, comprendiendo dentro de éstas no solo las normas sino también la vida entera de la Sociedad. La juridicidad no se limita a la ideología normativa, porque abarca además los hechos donde debe ubicarse la realidad, y también los valores jurídicamente sentidos como tales por la colectividad.

Para las fuentes formales, denominadas otrora como escritas, se trata de un acto o un hecho jurídico, y en un procedimiento que le precede, de donde surge al mundo del derecho la fuente. Es solo la autorizada y regulada por el orden jurídica, de estricta observancia, obligatoria, general y abstracta. Solo el hecho

o acto creador de una norma, entendida esta con las características dichas prevista para la colectividad, puede ser calificada como fuente formal.

Para las fuentes materiales, llamadas con criterios históricos como no escritas, puede ser también un simple hecho jurídico, no destinado a la creación de la norma jurídica, no precedido de un procedimiento, consistente en la repetición de hechos o actos jurídicos con otra finalidad, de ahí la distinción dentro de las fuentes materiales entre hechos y valores.

Las fuentes materiales son las encargadas de darle vida a la norma que es estática, históricamente atrasada, desprovista de contenido. Por ello las fuentes materiales suplen la falta de contenido de la norma, le dan un cierto sentido u orientación que aquella perdió, la ubican en el tiempo y el espacio, le nutren de realidad y actualidad.

Es de suyo comprensible a esta altura del avance del desarrollo científico de la visión contemporánea del Derecho agrario que el estudio de las fuentes de la disciplina debe necesariamente comprender tanto las fuentes formales como las fuentes materiales, y dentro de estas últimas las referidas a los hechos y a los valores. Porque el agrario, típica disciplina de pocas normas, no puede, ni debe, limitarse a la tradicional concepción del uso exclusivo de las fuentes formales: ***quad non est in lege non est in jure***. Porque tal criterio resulta insuficiente, insatisfactorio, sobre todo engañoso del orden jurídico agrario.

Hoy, a diferencia de cuanto acontecía décadas atrás, las precisaciones surgidas a partir del tridimensionalidad epistemológica, es posible comprender cómo el Derecho, y en este caso el Derecho agrario, puede desdoblarse en un Derecho agrario normativo (conformado por las normas) y un Derecho agrario material (conformado por hechos y valores). Y en uso del mismo tridimensionalidad epistemológica resulta comprensible cómo ello también acontece con el objeto, el método y las fuentes del Derecho agrario. Esto es objeto, método y fuentes normativas, así como objeto, método y fuentes materiales.

Resulta, en especial, vibrante de emociones traer a escena todo cuanto en el pasado inmediato se trató de elaborar en el campo científico del Derecho agrario para sentar las bases lógico formales, así como la exploración de las fuentes materiales de los hechos fácticos y políticos, para luego tratar de impulsar la aventura de continuar por los senderos aún no recorridos, con los nuevos instrumentos para intentar la búsqueda de fórmulas constructivas tomando como base las exploraciones anteriores.

2)- Nadie como **Carrozza** hizo tan importantísimos aportes en el ámbito de las fuentes materiales, hace 35 años, en su obra más apreciada científicamente ***Problemi generali e profili di qualificazione del diritto agrario*** (Giuffré, Milano, 1975).

La obra se divide en dos grandes temas de magistral trascendencia para llegar a determinar y delinear, desde una orientación de teoría general del Derecho agrario, la materia propia de la disciplina. En el primero pretende sentar las bases para los elementos lógico formales del orden jurídico ***ius*** agrario. En el segundo explorar las ***forces creatrices*** de las cuales parecerían tener origen las relevantes anomalías y peculiaridades de las normas y de los institutos conformados por normas de la misma ***ratio***.

Sus investigaciones del hecho técnico y el hecho político, aunque no los identifico como materiales sino extrajurídicas, como fuentes indiscutibles de la materia, constituye el primer reconocimiento científico en lo que debería ser, muchos años después, la preocupación epistemológica de la temática referida al objeto, el método y las fuentes como fundamento de la sistemática, y la apertura para aventurarse en el ámbito aún más profundo de la interpretación jurídica.

A)- Para sentar las bases de los elementos lógico formales del Derecho agrario, se reelabora con mayor madurez "el problema de la definición", sin llegar a caer en el error de formular ninguna pero desautoriza muchos criterios y se inclina por una respuesta fundada en la empresa agraria. A partir de ahí se aventura en el perfil reconstructivo de "la noción de agrariedad": tanto en su fundamento como en su extensión. En lo que luego la doctrina se acostumbró en llamar la **teoría del ciclo biológico**, o **teoría de la agrariedad**. Entre muchas utilidades prácticas constituía la forma para determinar los límites de la disciplina. Servía para responder al interrogante de cuándo se está, y cuándo no se está, en presencia del Derecho agrario, o en otras palabras cuáles institutos, cuáles actividades, cuáles normas son o no son agrarias, o que parte de ellas se ocupan de la materia.

Esta teoría, por otra parte, fue lanzada en 1972 como prueba para la demostración de las hipótesis formuladas en el primer tomo del libro ***Gli istituti del diritto agrario*** (Giuffré, Milano, 1962) a la vieja discusión sobre la autonomía o la especialidad del Derecho agrario (en ***Rivista di diritto agrario*** 1928-1931). En esas hipótesis, muy breves, se refuta el viejo reto para los autonomistas de probar la autonomía a través de la demostración de principios generales ***ius*** agrarios. **Carrozza** propuso invertir el método. No volver a buscarlos de arriba hacia abajo, sino más bien estudiar la materia por institutos con el fin de encontrar otros principios quizá no tan generales y abstractos, sino, otros, más concretos, pero específicos y profundos, a partir de donde construir la disciplina, de abajo hacia arriba (según se explicó mejor en ***L' individuazione del diritto agrario per mezzo dei suoi istituti***, en ***Rivista di diritto civile***, 1975, p. 107 ss).
Para **Carrozza** la noción extrajurídica del fenómeno agrario es "ontológicamente hablando, la actividad productiva agrícola ha sido considerada por los cultores de ciencias agrarias en el desarrollo de un ciclo biológico referido a la cría de animales o de vegetales, que aparece ligado directa o indirectamente al disfrute de las fuerzas y de los recursos naturales, y que se resuelve económicamente en la obtención de frutos (vegetales o animales) destinados al consumo directo, sea como tales, sea previa una o múltiples transformaciones". Con este criterio comienza a clarificar el ***proprium*** de la actividad agrícola. Identifica las situaciones típicamente agrarias por la presencia de un ciclo biológico de producción vegetal o animal. Minimiza la centralidad de la relevancia de la tierra en la actividad agrícola. A la silvicultura la reconduce al cultivo de vegetales. Distingue la actividad agrícola del resto de las actividades. Con la agrariedad distingue las actividades industriales y comerciales. El fenómeno de la industrialización de la agricultura en modo alguno cambia la naturaleza de la actividad agraria.

B)- Los factores de especificación del ordenamiento jurídico de la agricultura llevan hacia la búsqueda de aquellas

fuentes, o el vocablo francés utilizado por **Carrozza** de ***forces creatrices***, del derecho propio de la agricultura del cual dan la impresión, o parecería, que encuentran origen en anomalías y particularidades de la normativa, y de la reagrupación de normas con la misma ***ratio***, relativa en función de factores de especificación, bajo el filtro catalizador de compatibilidad con la agrariedad.

Se encuentran dentro de estas cuatro categorías posibles, dada la cantidad de tipos, entendiéndose que las dos primeras estuvieron llamadas en el pasado a inspirar con larguísima prevalencia las motivaciones de origen de toda desviación del derecho agrario del derecho común.

a) El factor sociológico, en cuanto hasta hace poco se distinguía a la sociedad rural como sociedad particular en oposición a la sociedad urbana, y en oposición permanente entre ellas, donde la rural asumía un rol secundario.

b) La preeminencia de la costumbre sobre otros tipos de fuentes normativas. En su tiempo las costumbres agrarias ***secundum legem*** fueron admitidas, pero luego la técnica legislativa las abandono. La fabricación de las costumbres ***praeter legem*** mantienen, por el contrario, la puerta abierta. Empero en sede dogmática el material de las costumbres no constituye un instrumento de fácil investigación y sistematización.

c) Hay una serie de intervenciones del Estado en la agricultura, en todo tipo de conflicto, las empresas, la hacienda, el cual podría denominarse como “interés público de la agricultura”, derivado del fenómeno de la “publicización” no referible solo a la agricultura sino también a todo tipo de actividades en función de la soberanía estatal y de los entes locales que afectan la autonomía privada, individual y colectiva. En un tiempo se relacionó con la productividad y el aspecto económico, ahora también se refiere a la equidad referido a la prestación de trabajo. Esto ha venido afectando institutos como la propiedad agraria, los contratos agrarios, en una dialéctica del interés público de la agricultura.

d) El hecho técnico, constituido por un ***ius*** que se adhiere a la sustancia disciplinada como agro económica, e incluso más íntimamente a lo biológico, y por tal al ***proprium*** de esta según la idea misma de Giangastone Bolla.

Dentro de este orden de ideas es que surgen los enunciados de “hecho técnico” y “hecho político” como factores de especificación por su carácter de abstracción respecto de la legislación agraria, y a su vez con elementos concretos respecto de la realidad y la política agraria comunitaria.

3)- El concepto del hecho técnico de **Carrozza** no coincide con el de la agricultura, como síntesis de los fenómenos físicos y sociales de ella, con expresiones propias de la agronomía, la biología o la economía, sino como el ***quid*** de aspectos esenciales de tales fenómenos y la traducción de estos términos jurídicamente relevantes. El hecho técnico es un antecedente lógico de proposiciones generales y fundamentales del derecho y soporte de la regla jurídica.

En la tipicidad del derecho agrario no considera correcto el método de colocar el hecho técnico al lado de la costumbre con el mismo valor

de fuente, porque las diferencias técnicas y económicas importan en una diversidad de disciplinas solo en cuanto el ordenamiento las considere jurídicamente relevantes.

En contra de cuanto la doctrina sostiene respecto de las fuentes del Derecho, **Carrozza** formula una necesaria una revisión de la teoría y de la jerarquía de las fuentes para reconocerle al derecho agrario fuentes como el hecho técnico. Pues objeto del derecho agrario como ciencia y como técnica no deben ser exclusivamente las normas sino también los esquemas de comportamiento efectivo de los individuos.

El hecho técnico económico se insinúa en la formación de la disciplina de la agricultura especialmente como un conjunto de datos pre jurídicos imprescindibles en la organización del proceso productivo, al punto que la naturaleza de la actividad, en función de la cual la empresa agraria se distingue de la comercial, se determina en relación a una directa relación funcional entre el fundo y las actividades desarrolladas sobre el fundo.

Una manifestación de la normativa del hecho la encuentra en los casos de los negocios jurídicos, cuando el legislador autoriza el uso de las prácticas de las regiones o las prácticas de los lugares para integrar los derechos y las obligaciones como formas interpretativas o integrativas. Igual acontece con el Código civil cuando, al tratar de resolver problemas intersubjetivos, remite a las reglas de conducta inspiradas por las exigencias del arte, donde cabría el hecho técnico en cuanto a las “normas de la buena técnica agraria”.

Resulta interesante, en cuanto a la visión de futuro, la referencia al hecho técnico y la metamorfosis del derecho agrario. En cuanto pueda decirse vinculada tal relación a factores intrínsecos, y metamorfosis del hecho técnico que orienta y condiciona la evolución del sistema, tal es el caso de las mecanizaciones de los terrenos agrícolas, el proceso intensivo de racionalización en base a la vocación de los terrenos, los contratos agroindustriales, el sustrato sociológico del derecho agrario de una sociedad rural contrapuesta a la sociedad urbana con incidencia en las relaciones intersubjetivas y especialmente en los fenómenos asociativos en general, la pérdida de importancia de la tierra en cuanto factor de producción que tiende a desaparecer en producciones ortofructícolas en invernaderos hidropónicos o aeropónicos, la transformación de la agricultura de industrial a post industrial.

4)- El hecho técnico de la agricultura hoy parece haber recibido el influjo de la evolución en muchos ámbitos, cada vez más intrincados, derivados del entorno de un actividad ***in progress***, llena de vicisitudes y peligrosas relaciones con temas unas veces ininteligibles, de un mundo entrelazado entre muchos y muy diversos criterios a veces armónicos y otras veces contrapuestos.

Esta situación extraordinaria obedece a la entrada en escena de múltiples fenómenos transversales derivados del ambiente, el desarrollo sostenible, la seguridad alimentaria, los consumidores, cuyo impacto en la agricultura han multiplicado a grados impensables los hechos técnicos como antecedentes lógicos de las proposiciones generales y fundamentales del derecho, soporte de las nuevas reglas jurídicas.

Con el surgimiento de cada uno de estos fenómenos la inmensa mayoría de los criterios emergentes fueron hechos técnicos, antecedentes normativos, unas veces

transformados en reglas de conducta, pero en la mayoría de las veces se mantienen aún como hechos técnicos como fuentes materiales fácticas del Derecho agrario.

El Derecho agrario contemporáneo como receptor de los avances de la filosofía del derecho, con la teoría tridimensional del Derecho de **Miguel Reale**, y en concreto con la tridimensionalidad epistemológica, ha logrado superar muchos de los problemas formulados durante el Siglo pasado, y aún en estos tiempos, en los centros de cultura tradicionales. Porque faculta una construcción científica más avanzada, facilitadora de profundizar el sistema de las fuentes, así como la jerarquía de estas, con mayor libertad, para permitir al Derecho agrario el encuentro con su organicidad y completes.

Las fuentes materiales del derecho agrario encuentran indudablemente la rica realidad económica, social y cultural de la agricultura y de la Sociedad en su visión de esta actividad, como también el hecho técnico y el hecho político, sin embargo, siendo inmensamente rica la primera y la tercera de las fuentes mencionadas, este trabajo se limita al derecho material fáctico, en cuanto puedan los hechos conformar, entre varias funciones, el derecho en los términos de la ***conformatio legis ad factum.***

El hecho técnico se va a concebir en una visión contemporánea donde han de considerarse dentro de él aspectos referidos en un sentido distinto. El proveniente de la agricultura por medio de fenómenos transversales del Derecho como el ambiente, el desarrollo sostenible, la seguridad alimentaria y la protección de los consumidores.

Y el objetivo de este trabajo está orientado a analizar las primero el hecho técnico entre las cuatro transversalidades, luego entre las cuatro corrientes mencionadas al principio en cuanto fuentes del Derecho, como integración del orden jurídico agrario y en la búsqueda de una conceptualización más acabada de la noción exacta de la disciplina.

5) Cuando surgió el ambiente inicialmente aparecieron hechos técnicos para proponer un Derecho agrario respetuoso de los recursos naturales (del correcto uso de la tierra y el agua en la producción). Una agricultura en armonía con el ambiente, sin destruirlo ni degradarlo.

En todos sus documentos de origen el hecho técnico fue la característica saliente. Así se nota en Estocolmo en 1972, en la Carta de la Naturaleza de Nueva York en 1982, especialmente en la Cumbre de Rio de 1992, en la Declaración de la Cumbre, en la Agenda XXI, en la Convención sobre el cambio climático y en la Declaración sobre los bosques.

El primer efecto, ya para 1992, sin haberse promulgado el conjunto de normas que tales documentos requerían, fue el reverdecimiento percibido por todos los ordenamientos jurídicos cumplido por los hechos técnicos derivados de su impacto en las fuentes materiales. No por casualidad muchos agraristas se precipitaron y confundieron con dichos hechos al percibir una pérdida de sentido de lo agrario, de su disciplina, para abandonarla y emigrar hacia un derecho ambiental que nunca surgió porque ese reverdecer era tan solo una manifestación del fenómeno transversal.

El principio del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado asumió rango constitucional y marcó un gran impacto en la agricultura. Los ciudadanos ahora tenían la potestad de recurrir a los intereses difusos para su protección: cualquiera puede reclamar

a nombre de todos. No bastaba un Derecho agrario respetuoso de los recursos naturales ni una agricultura en armonía con el ambiente. A partir de entonces el hecho técnico concibe una agricultura no contaminada ni contaminante.

Los hechos técnicos comienzan a censurar y condenar la agricultura contaminante. La que contamina la misma agricultura, los recursos naturales como la tierra, los manantiales o ríos, las calles, los pueblos o zonas productivas sea por el mismo proceso productivo o por las actividades conexas a esta de transformación, industrialización o comercialización de productos agrícolas.

Porque la contaminación de cualquier tipo que ella sea constituye el signo de una agricultura retardataria, atrasada, inconsciente, cuyo destino debe ser la desaparición del proceso económico, por violación de hechos técnicos y normas económicas, sociales y ambientales de la Sociedad.

Como correctivo cada vez más hechos técnicos se convierten en normas dentro de las empresas agrarias para que hasta el más mínimo detalle de todo uso de equipos, químicos, y materiales no causen daños ni a los trabajadores ni a la agricultura, ni a las poblaciones, a través de la garantía de normas ISO 14.001, al tiempo que se propugna por importantes programas de reciclaje de desechos orgánicos y un ordenado sistema de recolección de desecho no orgánicos de las empresas en armonía con otras empresas y en colaboración con los municipios.

No se trata de costumbre o usos sino de hechos técnicos relacionados con la agricultura, derivados del ambiente, que han nutrido considerablemente las fuentes del Derecho agrario contemporáneo.

6) Con el desarrollo sostenible, como derecho encargado de unir dos derechos transversales: el ambiente y el desarrollo se conforma la síntesis más absoluta de la solidaridad porque aglutina dos derechos humanos de la tercera generación, y se le define como una estrategia de desarrollo cuya columna vertebral es el ambiente, de carácter transversal.

La inmensa mayoría de los hechos técnicos se introducen en la Declaración de la Cumbre, en la Agenda XXI, en la Convención sobre el cambio climático y en la Declaración sobre los bosques.

Particularmente en la Agenda XXI, concebida para preparar al mundo a los desafíos de este siglo. En este momento decisivo se identifican claramente los problemas los cuales constituyen en ese momento hechos técnicos. Se trata del agravamiento de la pobreza, el hambre, las enfermedades, el analfabetismo y el continuo empeoramiento de los ecosistemas. Y también se tiene claridad respecto de la oportuna integración de las inquietudes del ambiente y el desarrollo como instrumento para combatirlas.

En la Agenda XXI se encuentra el capítulo 32 sobre el fortalecimiento del papel de los agricultores, y es en el capítulo 14 donde se ubican los principales argumentos referidos a la problemática del derecho agrario, sobre todo en cuanto a las transformaciones sociales y los procesos de desarrollo sostenible vinculados a ellos (reforma agraria y desarrollo agrario), denominado “Fomento de la agricultura y del desarrollo rural sostenible”.

La conferencia tenía clara la necesidad de fortalecer el papel de los agricultores dentro del proceso de desarrollo sostenible porque la agricultura constituye la actividad central de

la población mundial: una tercera parte de la superficie de la tierra se dedica a esta actividad. Los hogares rurales del mundo han sido administradores de los recursos de la tierra. El sector, sin embargo, pese a tener crecimiento en algunas áreas, en la mayor parte está siendo golpeada por el aumento de la población, la deuda internacional, la baja de los productos básicos. Socialmente el panorama de los países pobres resulta más grave. En ellos buena parte de la población rural depende de una agricultura de pequeña escala, de subsistencia, organizada familiarmente, con acceso limitado a los recursos, la tecnología y otros medios de subsistencia y producción. Como consecuencia los pobres deben subsistir sólo de los recursos, explotándolos o destruyéndolos, incluidas las tierras marginales.

Con el desarrollo sostenible los hechos técnicos también permiten la formulación de una nueva agricultura. Es la agricultura orgánica, agricultura biológica o agricultura sostenible. Ha sido definida también como agricultura multifuncional, plurifuncional o polifuncional cuando junto a la actividad empresarial del ciclo biológico se desarrollan actividades de conservación de los recursos naturales.

Su fin es ejercitarse en armonía con la naturaleza. Deberá respetar el ciclo biológico. Los bienes destinados a la alimentación deben contribuir a mejorar la salud y a prolongar la vida de los consumidores.

A los nuevos conceptos vienen unidas nuevas obligaciones. Deberá ser económicamente orga nizada, socialmente justa y ecológicamente equilibrada.

7) El derecho a la seguridad alimentaria está ubicado en una etapa superior del derecho a la alimentación. También es un derecho humano de solidaridad, perteneciente a los de la tercera generación. Es de carácter transversal porque su fin no es identificarse con un determinado conjunto de normas, en diferentes rangos o jerarquías. Por el contrario su característica clave, como derecho fundamental, consiste en afectar todo el derecho, con una onda expansiva llamada a marcar todo el orden jurídico por su alto contenido ético, sus hechos, sus valores, sus principios, y su versatilidad para pasar de derecho internacional a derecho interno. La seguridad alimentaria está vinculada a muchísimos temas económicos, sociales, culturales, científicos, humanos. En el ámbito jurídico está llamado a marcar una impronta en todo el sistema del derecho porque redefine con nuevos planteamientos, aspiraciones y metas, a las disciplinas tradicionales.

Como es un derecho de todos, existen muchas interpretaciones respecto de su propio concepto. Interpretaciones diferentes de consumidores, de productores, de comercializadores, y naturalmente de los organismos internacionales vinculados al comercio, a la salud o a la agricultura.

Al derecho agrario este tema trascendental se le muestra como un instrumento de expansión, pues en los documentos se introducen sus institutos tradicionales más importantes, muchos de los cuales habían sido olvidado, o se consideraban superados. Empero concebidos éstos con una visión de solidaridad desde una óptica distinta, encontrándoles una utilidad práctica como la planteada en sus orígenes, se le ofrecen a la disciplina nuevas opciones, más remozadas pero a su vez de vigencia insospechada con un futuro promisorio y de mayor profundidad.

En 1996 la humanidad se comprometió a un mundo sin hambre. A cinco años de la

aprobación por parte de la Cumbre de la ***Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial*** y el ***Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre alimentación***, el problema se agravó, porque no se había llegado ni lejanamente a cumplir con la medida de sacar anualmente a 20 millones de personas del hambre. Desgraciadamente ya se acuña en la misma FAO el término de "inseguridad alimentaria", y los datos oficiales del mismo órgano de Naciones Unidas para 1998, 2000 y 2001, bajo el título ***El Estado Mundial de la agricultura y la alimentación*** son alarmantes.

En sentido parecido, sin que puedan subrayarse aportes significativos, debe mencionarse la reciente ***Declaración de la Cumbre Mundial sobre Seguridad alimentaria***, también de la FAO en Roma en noviembre de 2009.

La ciencia, la ingeniería genética, la tecnología, consideran a la agricultura como la más grande de las industrias, y por tal la comercialización de productos una de las actividades más gigantescas del mundo, donde los hechos técnicos prevalecen sobre las normas.

a) La sanidad vegetal y su influencia en los mercados para garantizar la seguridad alimentaria.

La mayoría de los países ponen atención a los hechos técnicos de la producción y a su modalidad, surgiendo en el ámbito internacional preocupaciones por el uso indebido de agroquímicos, así como el uso restringido del ingreso de productos no ajustados a las medidas sanitarias y fitosanitarias.

El derecho agrario debe adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias basadas en criterios de hechos técnicos científicos y siguiendo las tesis del comercio internacional, contrario a estas tesis, como obstáculos al comercio internacional.

Para los países en desarrollo es más difícil el control de calidad al predominar los pequeños productores, con más intermediarios organizados por cadenas estructuradas por las mismas transnacionales productoras y distribuidoras de agroquímicos que crean gigantescas cantidades de personas jurídicas para evitar todo tipo de responsabilidades civiles con los productores en relación con agroquímicos prohibidos o contaminadores de alimentos para el consumo nacional o para la exportación.

Al fundamentarse el derecho agrario en el elemento económico, caracterizado por el hecho técnico (agricultura) y el elemento social (participación del hombre en el proceso) opera un vínculo estrecho con la salud y seguridad alimentaria. En ese humanismo los productores agrícolas deben cumplir con las normas sanitarias y fitosanitarias establecidas.

La Declaración de Roma afirma el derecho de toda persona a tener acceso a alimentos sanos y nutritivos. Y en la Cumbre Mundial sobre la Alimentación se reconoció el vínculo entre seguridad alimentaria y control de la calidad e inocuidad de los alimentos, lo cual también se reafirma en el Plan de Acción.

Cuando un país no adopte las medidas sanitarias y fitosanitarias adecuadas tiene una situación desventajosa al no poder llegar a mercados internacionales, aunque algunos países en desarrollo han adoptado normas, directrices y códigos de prácticas internacionales recomendadas por la FAO a través de la Comisión del ***Codex Alimentarius*.**

En el tema de la agroalimentación existe una dialéctica entre comercio y ambiente, con un irrespeto marcado hacia el ambiente por la OMC y las transnacionales encargadas de suministrar a los productores consumidores de agroquímicos para sus empresas agrarias de agroquímicos peligrosos y contaminantes, pese a los grandes controles científicos existentes.

b) La disponibilidad de semillas en el agro como garantía del ejercicio de derechos fundamentales en la seguridad alimentaria.

La seguridad alimentaria es un derecho humano y la disponibilidad de semillas viene a ser uno de los tantos factores llamados a contribuir para su realidad, sin embargo en casi todos los casos los mercados exigen semillas transgénicas o producidas por la ingeniería genética, lo cual constituye una marcada limitación a este derecho humano, porque es un obstáculo, una dependencia económica de las grandes transnacionales.

La falta de semilla o de otros insumos es uno de los motivos de pobreza en el mundo. Por eso el Derecho agrario debería jugar un papel más enérgico para superarlo. Los diversos institutos del derecho agrario requieren ajustarse para darle cabida con su debida importancia.

Seguridad alimentaria significa acceso en todo momento a alimentos nutritivos, no solo en calidad y variedad sino también en cantidad y aceptados culturalmente. Por ello los pueblos, a fin de garantizarse alimentos para el futuro, deben asegurarse la disponibilidad de semillas. La seguridad de esas reservas implica la disponibilidad para los agricultores de cantidades adecuadas así como de calidad para la siembra de variedades adaptadas a cultivos en cualquier momento.

La posibilidad de disponer semillas cuando se requiere se vincula directamente con el respeto de varios derechos humanos. Con el ambiente porque al protegerse la biodiversidad se asegura la calidad y cantidad de semillas; con el derecho a la alimentación, a la paz, a la vida y, a la integridad de la persona. Contar con la cantidad necesaria de semilla de calidad en el momento oportuno permite el acceso al alimento también a la salud e integridad física de los seres humanos.

Un elemento del Plan Mundial de Acción para la Conservación y el Uso Sostenible de los Recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, de 1996, es la creación de una política de seguridad en la disponibilidad de semillas. Se propone ayudar a los agricultores para restablecer los sistemas agrícolas en los casos de catástrofes, definiendo cómo utilizar la ayuda humanitaria para crear esos sistemas sostenibles y aumentando la autosuficiencia.

Como se verá seguidamente en este campo hay toda una biotecnología, vinculada a la ingeniería genética, encargada de buscar otros fines comerciales antagónicamente distintos.

c) Dilema entre biotecnología y agricultura orgánica: riesgos y beneficios en el mercado agroalimentario.

La biotecnología y la agricultura orgánica surgen modernamente como alternativas de producción para el pequeño y mediano productor, con criterios encontrados y antagónicos y con el recurso a hechos técnicos de la más diversa índole.

La biotecnología responsable ofrece incrementar la producción agrícola como opción efectiva para enfrentar las necesidades alimentarias futuras y, con ello, respetando el derecho fundamental a la alimentación.

La biotecnología irresponsable es la que pretende empobrecer a los empresarios agrarios, haciéndolos depender de sus agroquímicos y productos para la producción como condición para ingresar a los mercados internacionales. Se trata de grandes empresas transnacionales, capitalistas, propias del proceso de la globalización, con intereses exclusivamente económicos, sin ningún tipo de ética ni de respeto por los derechos fundamentales (solo por los liberales o civiles de libertad) que creen en un comercio desenfrenado, y todo constituye un límite para la libre circulación de los bienes, sin importar el beneficio de sus clientes o las mayorías.

Dentro de este contexto, la agricultura orgánica juega un papel primordial dentro de las exigencias de los consumidores respecto del uso mínimo de sustancias contaminantes, basando la actividad agraria en técnicas más naturales y garantizando así a los consumidores la garantía del uso de un ambiente sano y en armonía con la naturaleza. Es una forma de agricultura más humana, mantiene la fertilidad de los suelos y la diversidad biológica. Esta modalidad de producción podría verse afectada por el costo adicional, no obstante, se puede incrementar facilitándole su acceso a gran cantidad de medianos y pequeños productores, convirtiéndose en el mejor método de producción.

Aunque estas modalidades de producción se ofrecen como una buena alternativa para los agricultores la economía de mercado la somete permanentemente a grandes riesgos.

Existe gran controversia sobre los probables impactos de los productos transgénicos tanto en el ambiente como en la salud humana. También existen reservas en cuanto al comercio por los países en desarrollo, pues los desarrollados podrían llegar a consumir los bienes que actualmente importan de aquellos. Por eso, en los países en desarrollo, se busca una diversificación de los cultivos de productos no tradicionales.

Otro riesgo de la biotecnología es el relativo a los derechos de propiedad intelectual, porque las empresas tienden a proteger su germoplasma por medio de patentes, pudiendo concentrarse la industria agrícola en pocas transnacionales y restringiéndose así las posibilidades de los agricultores.

Estas nuevas alternativas de producción, permiten un replanteamiento del derecho agrario, enriqueciendo sus fuentes, con el trinomio mercado, ambiente y consumidor.

La biotecnología no modifica la agrariedad porque las técnicas utilizadas forman parte del ciclo productivo, es fácilmente manejable por el hombre y culmina con la obtención de un producto. No obstante, aún persisten elementos de riesgo como son los cambios climáticos, la biodiversidad y los inherentes a la naturaleza de la planta, propios del ciclo biológico.

8) La figura del consumidor plantea un complejo dilema porque al adquirir relevancia y superar la figura del comerciante, intermediario histórico entre productor y consumidor, al anteponer justamente sus intereses ha alterado las normas tradicionales del mercado y exige productos agroalimenticios de mejor calidad, respetuosos y producidos en armonía con el ambiente, imponiendo a través de hechos técnicos, cada vez más originales y sutiles, severas medidas contra los empresarios agrícolas infractores de la normativa ambiental.

El dilema que se crea es entre mercado, seguridad alimentaria y ambiente, entre consumidores ricos o refinados en relación con los consumidores pobres.

Derivado de esta compleja telaraña creada a partir del nuevo paradigma del consumidor, en sus múltiples relaciones, surgen innumerables hechos técnicos para dar respuestas a todas y cada una de las exigencias, así como otros para anteponerse a las normas no escritas impuestas a la fuerza por el mercado.

Para el consumidor medio, vinculado a los mercados, considera su derecho exigir productos agroalimentarios de la más alta calidad con acceso a sus patentes, para deducir la mediación de controles sanitarios, de sus sello de origen para conocer el prestigio y la fama de la casa productora así como la zona de donde los bienes provienen. Requieren productos agroalimentarios presentados frescos y sanos, manipulados, manufacturados dentro de un proceso respetuoso de la naturaleza y su ciclo biológico, con un uso limitado de químicos, a través de métodos científicos y de una ingeniería genética de alto nivel encargada de mejorarlos, dentro de un proceso idóneo incapaz de afectar o alterar su calidad, e incapaz también de arriesgar o dañar en alguna forma la salud del agro consumidor.

Evidentemente es un consumidor exigente, de selección, observa si los bienes han sido producidos, transformados o industrializados, y hasta comercializados, con un marcado afán ético de mejorar su salud y por su medio garantizar un más alto nivel y calidad de vida.

Hay otros consumidores muy diferentes. Su capacidad adquisitiva no les permite escoger o seleccionar los bienes mejores. Este sector corresponde a la población en los países pobres. Acuden a mercados secundarios, o hasta terciarios, para adquirir productos agroalimenticios de más baja calidad, desechos algunas veces de los mercados más refinados, producidos sin controles sanitarios o sin atender a normas de salud indispensables

Para unos y otros consumidores existen diferentes tipos de organizaciones protectoras de sus derechos, posiciones distintas de los productores y los comerciantes según el tipo de mercado donde deban actuar, y naturalmente diversos riesgos en la salud y la vida de las personas.

El tema es de la más grande importancia en el mundo contemporáneo. En los países ricos donde la calidad de los productos, y no la falta de ellos, es lo más importante, el tema de las plagas y las enfermedades de los animales constituye un elemento de inseguridad alimentaria. En los países en vías de desarrollo o pobres, donde crece y se multiplica el hambre, la desnutrición, la mortalidad infantil, donde se convive con enfermedades y plagas de la más diversa índole, el impacto de la falta de una adecuada alimentación también constituye el fenómeno de la inseguridad alimentaria.

9) El argumento sobre el rol donde el hecho técnico debe jugar un importante papel dentro del Derecho agrario consiste en la necesidad de superar el método tradicional de limitar los trabajos científicos a las normas. Porque ese es tan solo una parte del gran ámbito de acción del orden jurídico agrario, el cual se completa también por las fuentes materiales, conformadas por los hechos y los valores, donde el hecho técnico juega un papel cardinal para la integración de la disciplina en la búsqueda de esa organicidad y completes necesaria para poder encontrar solución a todos sus problemas jurídicos dentro de la misma disciplina, sin necesidad de recurrir a otras ramas del Derecho.

Es bien sabido que, en uso de la dogmática jurídica, un estudio del Derecho agrario basado exclusivamente en las normas, por más profundo que se practique, jamás podrá alcanzar el calificativo de científico. Porque las fuentes no se agotan en las normas, sean estas derivadas de la Constitución Política, del Código civil, de la legislación especial, o más concretamente en la ley. Porque la dogmática se queda limitada a una ejercitación inútil de la superestructura del Derecho, de normas estáticas, vacías, sin contenido, promulgadas y pensadas para el pasado, que solo la estructura del Derecho material puede rellenar, satisfacer, colmar de actualidad para darle sentido de realidad (económica, social, cultural, política) y de los valores de la Colectividad donde las normas deben operar.

A lo anterior debe agregarse un presupuesto imprescindible en esta disciplina. Consiste en el uso de dos criterios también indispensables para el adecuado tratamiento científico, y para concebir un verdadero Derecho agrario: del que es o debería ser, y no el que fue o pudo ser. Son criterios horizontales y verticales necesarios para que, girando dentro del ordenamiento jurídico, lo abarquen todo.

En sentido vertical se encuentra el criterio de la jerarquía de las fuentes del Derecho agrario establecido normativamente en normas generales que requieren una interpretación propia para el agrario. Su fijación debe ser analizada cuidadosamente para comprender cuáles son las normas especiales. Propias. que se ubican en esa jerarquía, pese a lo que diga la norma específica, para determinar cuáles son y cuáles no son sus normas. Seguidamente ubicarlas en el rango que les corresponde para determinar su jerarquía, de suerte que ninguna norma de grado inferior pueda o trate de anteponerse a una de grado superior, o lo que es lo mismo que toda norma de rango superior siempre sea aplicada, respetada, en forma prioritaria y sin ninguna discusión sobre las inferiores.

En sentido horizontal se encuentra el criterio de la completes y de la organicidad**.** Su fin consiste en la aceptación que el mundo jurídico agrario se encuentra plagado de vacíos y contradicciones, en un sistema incompleto e incoherente, divorciado de la buena técnica y las nuevas realidades. Muy distintas de aquellas de cuando fueron promulgadas algunas normas (porque el legislador no se preocupa ni por dictar las reglas necesarias ni por actualizar las normas más antiguas), y esto hace indispensable saber utilizar todos los instrumentos jurídicos necesarios para encontrar solución, siempre, dentro del sistema de fuentes a cualquier situación jurídica práctica o teórica, completando los vacíos y salvando las contradicciones por medio de los principios generales del derecho para darle completes al sistema, en los términos como se indicará más adelante.

Las fuentes materiales, en línea de principios, están llamadas a convertirse en normas formales, como regla obligatoria, porque los hechos y los valores en tanto parte del Derecho, encargados de darle sentido a la norma, sea por lo que ocurre en la Comunidad o por lo que piensa o siente la Sociedad, necesariamente deberían convertirse en normas. Empero, por la dialéctica en que se encuentran siempre, con otros hechos y con otros valores, o en relación con las mismas normas ***ab antiguo***, pueden impedirles asumir rango normativo.

10)- Corresponde plantearse si, por una parte los hechos, o más concretamente los hechos técnicos de la agricultura, puedan conformar el derecho, y por otro lado si el hecho técnico puede permitir la posibilidad de probar la existencia de la integralidad de la materia.

a)- La Filosofía del Derecho ha sido siempre de la tesitura que los hechos integran la ley en el sentido de la máxima ***conformatio legis ad factum***, porque la norma en cuanto figura estática, incapaz de adecuarse a los tiempos y a las realidades, requiere de los hechos para cobrar vida, vigencia y actualidad.

En el territorio del agrario la explicación resulta más evidente. Porque se trata de una disciplina de pocas normas, con una superestructura caracterizada por reglas de conducta atrasadas, con ausencia de voluntad política en actualizarlas, y grandes vacíos o lagunas jurídicas, donde el hecho técnico está llamado a determinar la especialidad e identidad específica del Derecho agrario así como justificar el complejo de sus institutos característicos, o de los conjuntos de normas dispersas con la misma ***ratio***.

El hecho técnico no solo cumple la función de conformar la norma, en el sentido de la máxima, sino que cumple la función de adecuarla, renovarla, reemplazarla, restaurarla, remozarla, modificarla, ponerla al día en relación con el desfase que la norma tiene por el paso del tiempo entre su promulgación y el momento de su aplicación, por la falta de comprensión de los nuevos presupuestos y valores de la nueva Sociedad donde debe operar. El encuentro de las fuentes materiales fácticas agrarias con la norma constituye el momento dinámico que necesita la norma en su condición estática, de retraso histórico.

Igual, los hechos técnicos derivados de las diversas formas de producción agraria, en su vinculación con los fenómenos transversales contemporáneos, son proposiciones generales y fundamentales de Derecho, soporte de reglas jurídicas del Derecho agrario llamadas a conformar como hechos la normativa general de la disciplina.

11) El hecho técnico, aún cuando es tan solo una parte del derecho material fáctico, al incorporarse como elemento integrante del Derecho agrario permite probar la posibilidad cierta, y no solo hipotética, de completar las partes del todo, de abrir la ocasión para probar la existencia de la integralidad de la materia, para superar la tesis dogmática de una atención vinculada exclusivamente en la superestructura normativa, cuando la estructura tiene una riqueza tanto o igualmente importante a aquella.

Lo significativo de este planteamiento de la plena vigencia del hecho técnico dentro del derecho material fáctico agrario consiste en la probabilidad cierta de ir a su encuentro en caso de laguna o vacíos jurídico, recurriendo a los principios generales derivados del hecho técnico, descubrimiento inaceptable para la dogmática pero admisible en la tridimensionalidad epistemológica.

He aquí la completes. La que permite al Derecho agrario adquirir la aspirada característica de totalidad, de unidad sistémica. Y por esta vía también se ha de llegar a la organicidad, derivada de la construcción lenta y gradual de un sistema cada vez más completo, cada vez más acabado, incorporando institutos y más institutos a su vez mejor concebidos, como órganos del sistema, para que refleje un orden jurídico agrario pleno e integrado, vertebrado, fuerte, estructurado. Un orden jurídico susceptible de sistematicidad.

12)- Se llega así al análisis de un posible tratamiento científico del Derecho agrario para una conceptualización más acabada de su noción a través de sus fuentes jurídicas.

Con la incipiente construcción de la ciencia del Derecho agrario, dentro de la férrea construcción conceptual de la dogmática jurídica de varios siglos atrás, el recurso al derecho natural se insinuaba en como opción válida, nada despreciable. Porque esta corriente facultaba el análisis de fenómenos extrajurídicos. **Giorgio del Vecchio**, en su conocida obra ***I principi generali del diritto***, sostuvo que para tal efecto "debía existir un equilibrio entre la situación intrínseca de las cosas, de un lado, y del otro las respectivas reglamentaciones jurídicas". Opción, desde luego, inaceptable por la dogmática.

Por esto la obra de **Carrozza** es grande al intentar fórmulas creativas, como la de la tecnología del disfrute entre ***dominium*** y ***usus rei***, dentro de un ambiente adverso, con una cultura antagónica, infortunadamente hostil, incluso en la mente de sus cercanos discípulos fraguados en la cultura contraria a la del Maestro.

Con el recurso a la utilidad práctica de la tridimensionalidad epistemológica resulta más cómodo o comprensible discernir o descifrar del sistema de las fuentes del Derecho agrario los productos o resultados de su desdoblamiento entre formales ubicables en la superestructura y materiales en la estructura (entre ellas fácticas y axiológicas).

Explica como fenómeno único el desdoblamiento del trinomio objeto, método y fuentes de la disciplina. Porque resulta comprensible, accesible, descifrable al científico (sobre todo si ha admitido el necesario acercamiento con la filosofía del derecho) cómo puede identificarse el trinomio objeto, método y fuentes del Derecho agrario formal constituido por las normas, diferente del trinomio objeto, método y fuentes del agrario en el conjunto fáctico y en el conglomerado de los valores.

Científicamente la conceptualización más acabada de las entidades conformadoras del sistema pueden estar en una imagen, en una representación simbólica, una síntesis que podría llegar a constituir un ícono del Derecho agrario para el más detenido análisis de la forma como se van ocupando los diversos compartimentos de las distintas entidades conformadoras del gran, y a su vez, comprensible sistema.

En esta forma se logra alcanzar una noción más acabada y exacta del Derecho agrario, quizá como no se había logrado antes.

Podrá verse dónde se ubica y cuál es el papel llamado a cumplir por la agrariedad. Especialmente se descubrirá el amplísimo campo abierto a los principios generales del derecho, ya no solo provenientes del ámbito normativo donde la dogmática se aferra a afirmarlos, sino también del derecho material fáctico y axiológico, en los diferentes componentes de cada uno de ellos. Se abrirá un campo gigantesco con el tratamiento axiológico, al entrar en escena los valores, y entre ellos el alma de la disciplina: los derechos humanos de todas las generaciones. Junto al hecho técnico, para completar el derecho material fáctico agrario, deben a su vez formar parte del sistema de fuentes la realidad agraria y el hecho político, la primera como toda la fenomenología real (no solo histórica) que gira en torno al fenómeno de la agricultura, con sus personajes y adversarios, y el hecho político referido a las tendencias y acuerdos

de la clase política sobre la agricultura en una ideología no normativizada. Debatirán posibles ubicaciones para la doctrina y la jurisprudencia en tanto no resultan fuentes pero si se les admite con el carácter de informadoras del ordenamiento (ambas como segunda voz de la ley, la primera en el plano teórico, la segunda en el plano práctico).

Sera fácil ubicar el rol de la interpretación jurídica: el reto más grande del Derecho agrario contemporáneo. Ella no se desdobla, es una y única. Desde su buena posición giratoria y en la altura observa todos los elementos por todos sus ángulos, para producir una única representación, razonada, persuasiva, derivada de la valoración de la estructura y la superestructura, solo comprensible el recurso a la tridimensionalidad epistemológica.

Esta nueva visión de la noción del Derecho agrario contemporáneo brinda una conceptualización más acabada y exacta de la disciplina, una idea más sencilla apta, capaz, adecuada para utilizarla en un proceso y con un método científico.

LÍMITES Y ALCANCES DE LAS COMPETENCIAS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Dr. César Hines Céspedes

INTRODUCCIÓN

En el tratamiento del ordenamiento jurídico, sea en su lectura, interpretación y aplicación, se produce un fenómeno metajurídico, como lo es la deformación del operador jurídico en el manejo del idioma. Esto es, las consecuencias inmediatas de no saber leer, o bien, que sabiéndolo, no logra comprender el componente central de lo leído, que apareja como resultado seguro, una deficiente operación jurídica.

En el campo del Derecho, la correcta lectura es un componente sustancial para mantener bajo control los niveles de litigación, dado que múltiples conflictos no son consecuencia más que de una deformada comprensión de las normas que regulan determinada actividad. La génesis de los conflictos, más que una diferencia de criterio muchas veces es por el distinto nivel en los lectores.

En el campo del Derecho Administrativo y Público en general, se está desarrollando un fenómeno creciente, pero no por ello legítimo y, por el contrario, con infracción frontal al orden jurídico establecido por los órganos del Estado competentes. Esto es, el Constituyente y el Legislador. Se trata de una tendencia cada vez más creciente de legislar ex novo en algunos casos, a través de la interpretación o resolución de causas, con grave distorsión en la distribución de las competencias públicas.

Así por medio de la interpretación, se desconoce el verdadero sentido de una regla, cuya lectura llana y simple no requiere de ningún esfuerzo intelectual para conocer su verdadera finalidad. Bajo las condiciones anteriores, el orden jurídico piramidal cuya génesis doctrinal mejor conocida proviene de Kelsen, desapareció para convertirse en un conjunto de reglas folklóricas, sin verdadera fuerza material, dado que cada organización jurídica-política decide a lo interno en modelo y forma de aplicación.

La Contraloría General de la República, es un órgano de origen constitucional, con unas competencias generales, cuya reglamentación se dejó al legislador ordinario, y consecuentemente, sin que éste pueda salirse del surco elemental establecido por el Constituyente, pueda regular su ejercicio, ampliando o disminuyendo los espacios, pero siempre, desde el específico campo dispuesto por la Norma prima.

No obstante, como se verá Infra, en algunas ocasiones tanto el máximo intérprete de la Constitución, como la misma entidad, se atribuyen facultades que no están contempladas ni en la norma constitucional, que ni siquiera fue objeto de discusión constituyente al momento de su creación, por lo que se desconoce, de dónde proviene esa tendencia expansionista.

La transformación de las formas y los contenidos en la actividad administrativa, encaminada -para bien o para mal-, a implantar formas del Derecho privado, ajenas incluso a la finalidad de servicio público, debe ser acompañada de una novedosa reestructuración de las finalidades de la fiscalización y el control. De ahí que con el presente artículo, se intente demostrar, cómo, en la valoración de los límites y alcances de las competencias de la Contraloría General de la República, se acude a formas y contenidos ajenos a la realidad jurídica.

El tema no se acaba, pues antes de que este artículo vea la luz, ya se habrán producido tantos cambios en las formas y estructuras del Estado, que será necesario volver a retomar el cuestionamiento y replantearlo. Sin embargo el núcleo fundamental del tema se mantiene mientras la norma constitucional sea del mismo corte textual.

I.- El indicador histórico

La Contraloría General de la República no existió desde siempre en la estructura del Estado costarricense, desde que técnicamente pueda este ser llamado “Estado”, configurando una nula historia constitucional anterior a la Constitución Política de 1949, a partir de la cual fue reconocida como órgano de rango constitucional para el conocimiento de una única materia: hacienda pública.

Anteriormente a 1949, lo que se comprende como el control de la hacienda pública, carecía de la rigurosidad técnica, que se dice está en el torrente sanguíneo de este órgano de fiscalización y control. En la Constitución de 1859 se estableció como una función del Congreso *examinar las cuentas del año económico anterior*[1], pero dejando en el Poder Ejecutivo su administración y disposición[2].

En la Constitución Política de 1869, el examen de los informes anuales presentados por los Secretarios de Estado -los actuales ministros de gobierno-, estaba en manos del Congreso[3], quedando siempre bajo la determinación del Poder Ejecutivo la disposición de los recursos, esto es, su distribución[4]; situación técnica-jurídica, sostenida en los mismos términos en las Constituciones de 1871 y 1917[5].

La falta de respaldo histórico desde la perspectiva constitucional, apareja la imposibilidad de incorporar en su examen las características de su institucionalidad, es decir, la proyección en el tiempo de su finalidad republicana, como si dable traer a colación para el caso de los municipios, convertidos en pilar fundamental en la construcción del Estado costarricense, al menos hasta 1949, momento a partir del que perdieron toda autonomía real[6].

1 Constitución Política de la República de Costa Rica de 1859, artículo 90 inciso 5).
2 Ibíd., artículo 110 inciso 6).
3 Constitución Política de la República de Costa Rica 1869, artículo 67 inciso X).
4 Ibíd., artículo 107 inciso VI).
5 Véanse los artículos 73 inciso 12) y artículo 102 inciso 7) de la Constitución de 1871. En el mismo sentido, los artículos 77 inciso 11) y 99 inciso 8).
6 A pesar de que el artículo 170 de la Constitución Política, dispone que las corporaciones municipales son autónomas, la realidad es que el sometimiento a la ley ordinaria ha convertido dicha autonomía solamente en una declaración de principios, sin valor real en su estructura y actuación.

II.- Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República ha sido tema de larga discusión en épocas pasadas, aunque no para determinar los verdaderos alcances de sus competencias, como es el objeto del presente estudio.

Un valioso estudio sobre el fenómeno jurídico de la Contraloría General de la República, concluye que la Contraloría no es un órgano subordinado ni apéndice de la Asamblea Legislativa, sino independiente, tanto de ella, como de los demás poderes del Estado[7]. En resumen, los autores luego de un recorrido doctrinal sobre las diferencias existentes entre los modelos de descentralización administrativa y su inaplicabilidad a un órgano de fiscalización y control, con un previo análisis de las funciones estatales, concluyen que la Contraloría General de la República es un órgano constitucional con competencias exclusivas; que está cobijada por la personalidad del Estado sin que ello implique adherencia a ningún poder, y que la concesión a los Contralores y Subcontralores, de las inmunidades y prerrogativas de los miembros de los supremos poderes, resulta una confirmación de su independencia.

Las conclusiones de los autores de dicho estudio nos merece la más alta consideración, sin embargo no compartimos la tesis expuesta, porque adolece de una serie de debilidades que se expondrán Infra. Sin perjuicio de adelantarse un poco sobre el desacuerdo, se señalan, prima facie, algunos.

Que sea un órgano constitucional, no apareja por esa sola condición, su independencia, como tampoco es independiente la Sala Constitucional creada por el artículo 10 de la Constitución Política, a la que al igual que a la Contraloría General de la República, se le atribuyó una competencia específica y exclusiva.

No es enteramente cierto que el control de la hacienda pública, sea una competencia exclusiva atribuida a la Contraloría General de la República, en tanto es una obligación constitucional y legalmente impuesta para todos los funcionarios que tengan a su cargo la administración de recursos del Estado. Dicha obligación de control u fiscalización es de tal entidad para quienes por la naturaleza de sus cargos, deben resguardar los bienes públicos, que hasta se tipificaron conductas aplicables a los funcionarios que incumplan ese deber, por acción u omisión[8].

El principio de responsabilidad con génesis puntual en el artículo 9 de la Carta Política, reforzado con el numeral 11 de la misma Norma prima, es el primer eslabón de la cadena normativa para controlar el buen manejo de los fondos públicos. Seguidamente se pueden citar las potestades de fiscalización y control que tienen las Auditorías Institucionales, las que podrían, sin pasar por el tamiz de la Contraloría, ejecutar u ordenar ejecutar, las acciones que considere pertinentes, cuando se produzcan irregularidades en el manejo de los fondos estatales.

A la par de las anteriores, e Igualmente, sin pasar por el aval de la Contraloría General

7 UGALDE MARÍN, José y otros, La naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República, Revista de la Contraloría General de la República, número 31, diciembre de 1981, páginas 13 y siguientes.
8 Véanse los artículos 352, 353 y 354 del Código Penal.

de la República, está el Poder Judicial, que puede realizar un ejercicio de control de la hacienda pública, a través de la investigación, persecución, enjuiciamiento y sanción de los funcionarios públicos que cometan delitos contra ella.

La conclusión de los autores, de considerar que las atribuciones constitucionales de la Contraloría son exclusivas, tampoco pareciera tener un soporte sólido, cuanto la Constitución Política expresamdngd dispone que corresponde a la Asamblea Legislativa, ejercer "*definitivamente*" el control en el manejo de los fondos del Estado, como se verá más adelante en detalle[9].

El artículo 183 de la Carta Política establece que 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.

La independencia funcional y administrativa no hace a su naturaleza jurídica sino a la modalidad para el ejercicio de las competencias atribuidas, que por su naturaleza estrictamente técnica, tiene como pretensión principal, inmunizarla frente a intereses distintos a los estrictamente públicos.

En apoyo de la tesis comentada[10], se podría concluir que el término "*auxiliar*" que señala el artículo 183 de la Carta política, no necesariamente signifique la condición de "*apéndice*", porque bien podría considerarse que esa calidad constituya un medio al que puede recurrir la Asamblea Legislativa en el ejercicio del control político, consustancial al Parlamento.

Lamentablemente tal teoría no encuentra apoyo en el Derecho de la Constitución, considerado en su conjunto y en armonía. La incompetencia para participar en la confección del presupuesto; su obligación de rendir cuentas a la Asamblea, y; la atribución a ésta de aprobar definitivamente la liquidación presupuestaria, son argumentos que debilitan el criterio de la autonomía de la Contraloría General.

La calidad de órgano auxiliar con que se identifica constitucionalmente a la Contraloría General de la República significa que está orgánicamente adherida a la Asamblea Legislativa, como garante constitucional, supremo, del buen manejo de la hacienda pública. Un primer apoyo para esta posición es el artículo 1 de su Ley Orgánica, que reitera esa posición accesoria, y todavía con mayor vigor jurídico, el artículo 32 ibíd, que dispone:

> *"Art. 32: La Contraloría General de la República deberá presentar a la Asamblea Legislativa un informe acerca del cumplimiento de sus deberes y atribuciones del año anterior, que incluya una exposición de opiniones y sugerencias que considere necesarias para un uso eficiente de los fondos públicos y enviarlo a cada uno de los diputados, el 1º de mayo de cada año.*
>
> *Asimismo, la Contraloría General de la República presentará a la Comisión para el Control del Ingreso y Gasto Públicos de la Asamblea Legislativa, informes periódicos de la gestión presupuestaria del sector público y de las auditorías y denuncias que tengan repercusión sobre los recursos públicos que se estén administrando. La periodicidad de los informes será establecida por la Comisión supracitada. El Contralor General de la República comparecerá ante la Asamblea Legislativa o ante sus Comisiones, siempre que sea requerido, según lo dispuesto en el Reglamento de la Asamblea Legislativa".*
> *(Los subrayados son de referencia)*

Esta norma es un fiel reflejo de la subordinación orgánica en que se encuentra la Contraloría en relación con la Asamblea Legislativa, porque no solamente le impone la ejecución de tareas ineludibles, sino que además, las somete a un proceso de valoración y calificación por el Parlamento que podría generar una sanción contra los jerarcas en caso de incumplimiento.

Las tareas en los términos regulados, representan una muestra de la subordinación en la que se encuentra. Constituyen verdaderas obligaciones por la imperatividad del verbo, y ello es un componente que no se puede obviar para considerar su naturaleza de órgano dependiente, sin que en nada modifique dicha calificación, el hecho que tenga independencia funcional y administrativa, porque como ya se señaló, esa independencia funcional, tiene otras connotaciones[11], que hacen a su quehacer y no a su condición o calidad jurídica.

Ha sido doctrina común en nuestro medio, aludir a la naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República, como uno de los primeros fenómenos de la descentralización administrativa, sin que por ello perdiera su condición de órgano integrado a la Asamblea Legislativa[12].

En el Derecho Comparado se presenta el mismo fenómeno de integración al Parlamento, así la Constitución Política de Honduras dispone en su artículo 222:

> *"La Contraloría General de la República es un organismo auxiliar del Poder Legislativo, con independencia funcional y administrativa, encargado exclusivamente de la fiscalización a posteriori de la Hacienda Pública, teniendo entre otras las atribuciones siguientes:*
>
> 1. *Verificar la administración de los fondos y bienes públicos y glosar las cuentas de los funcionarios y empleados que los manejen;*
> 2. *Fiscalizar la gestión financiera de las dependencias de la Administración pública, instituciones descentralizadas, inclusive las municipalidades, establecimientos gubernamentales y las entidades que se costeen con fondos del erario nacional o que reciban subvención o subsidio del mismo;*
> 3. *Examinar la contabilidad del Estado y las cuentas que sobre la gestión*

9 En el estudio comentado, los autores confundieron la complacencia de la Asamblea Legislativa en relación con los informes que rinde la Contraloría -en el sentido que por pereza o exceso de trabajo resulta más cómodo aprobarlos sin mayores cuestionamientos-, con la potestad constitucional del Parlamento de ser el órgano que tiene la decisión final de aprobación de la liquidación. Véase al respecto, página 24 del estudio mencionado.

10 UGALDE, op. cit.

11 Está referido exclusivamente al tema técnico, para que el ejercicio del control de la hacienda pública, no se politice, al ser la Asamblea Legislativa, un órgano político por excelencia.

12 Puede verse en ese sentido a ORTIZ ORTIZ, Eduardo, La autonomía administrativa en Costa Rica, Revista de Ciencias Jurídicas número 8, 1966; ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Costa Rica, Estado Social de Derecho, Revista de Ciencias Jurídicas número 29, San José, 1976.

de la Hacienda Pública presente el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional y rendir a éste el informe correspondiente; y

4. *Ejercer las demás funciones que la ley orgánica le señale*".

En la Constitución Política española la situación tampoco es distinta, cuanto por el artículo 134 se le otorga a las Cortes Generales -compuesta por el Congreso de Diputados y el Senado-, la potestad de examen, enmienda y aprobación de los presupuestos generales del Estado[13], y al denominado Tribunal de Cuentas, la parte operativa de dicha gestión, insertándolo como un brazo de esas Cortes para el control de la hacienda pública.

Señala el artículo 136 de la Carta española:

"1. El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público.
Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.

2. *Las cuentas del Estado y del sector público estatal se rendirán al Tribunal de Cuentas y serán censuradas por éste.*
El Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción, remitirá a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido.
3. *Los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los Jueces.*
4. *La ley orgánica regulará la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas."*

En el caso de Argentina, es el artículo 85 de su Código Político el que regula a un órgano similar, señala el ordinal indicado:

"Art. 85º.- El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo. El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación. Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. El presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso. Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos". (subrayado es de referencia).

13 Dispone el artículo 134 mencionado: "*1. Corresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales, su examen, enmienda y aprobación. 2. Los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado. 3. El Gobierno deberá presentar ante el Congreso de los Diputados los Presupuestos Generales del Estado al menos tres meses antes de la expiración de los del año anterior. 4. Si la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos. 5. Aprobados los Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario. 6. Toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación. 7. La Ley de Presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea*".

Varios argumentos más pueden adjuntarse a la tesis de que la Contraloría General de la República es un órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa. 1) el histórico, atendiendo que antes de la Constitución Política de 1949, el control de la hacienda pública -aunque carente de rigurosidad técnica-, lo realizaba el Congreso; 2) la posición esgrimida por algún Constituyente en la discusión del tema, al señalar que la creación e incorporación en el texto constitucional de un órgano de fiscalización y control, hace al necesario contrapeso legislativo en la ejecución y liquidación del presupuesto, porque la Constitución es la que debe regular las relaciones entre poderes y no las del dominio doméstico, esto es, entre los órganos de un mismo poder[14], 3) la imposibilidad formal y material de oponerse, o condicionar el Presupuesto Nacional debidamente aprobado por el Parlamento, y; 4) la rendición de cuentas obligada del Contralor General al Congreso.

Otras normas constitucionales confirman lo anterior. El artículo 177 de la Carta, crea un órgano dependiente del Poder Ejecutivo, como responsable de la confección del Presupuesto de la República, concediéndole potestades de incluir o excluir partidas; por su parte el artículo 178 del Código Político, dispone que el proyecto de presupuesto será sometido a conocimiento de la Asamblea Legislativa; el artículo 179 establece que la Asamblea Legislativa podrá aumentar los gastos presupuestados por el Poder Ejecutivo, previo "informe" de la Contraloría General de la República, sobre su efectividad fiscal; el ordinal 180 en su párrafo segundo excluye a la Contraloría General de la República para la aprobación de las modificaciones presupuestarias decretadas por el Poder Ejecutivo en los recesos del Poder Legislativo, y finalmente, el artículo 181 ibídem, señala que la liquidación del presupuesto realizada por el Poder Ejecutivo, deberá ser conocida por la Contraloría General de la República, *que la remitirá a la Asamblea Legislativa junto con un dictamen, siendo este poder, quien apruebe o impruebe en forma definitiva.*

La sucesión de normas mencionadas, implican una sumisión orgánica de la Contraloría General de la República al Parlamento.

14 Véase: Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta Nacional, San José, 1957, número 162. Tomo III, página 421, ponencia de Rodrigo Facio.

III.- Competencias constitucionales

El artículo 184 del Código Político enlista las competencias de la Contraloría General de la República en forma genérica, sin reglamentar la metodología aplicativa para el cumplimiento de sus deberes y atribuciones, los que deja a cargo de la Ley ordinaria, a pesar de que expresamente no se hizo una remisión en ese sentido.

Entre las enumeradas por el ordinal mencionado están: "*1) Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República; No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella; 2) Examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las Municipalidades e instituciones autónomas, y fiscalizar su ejecución y liquidación; 3) Enviar anualmente a la Asamblea Legislativa, en su primera sesión ordinaria, una memoria del movimiento correspondiente al año económico anterior, con detalle de las labores del Contralor y exposición de las opiniones y sugestiones que éste considere necesarias para el mejor manejo de los fondos públicos; 4) Examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos; 5) Las demás que esta Constitución o las leyes le asignen*".

La característica más llamativa de ese elenco de atribuciones es la definida proyección de su marco de acción, circunscrito a la hacienda pública[15], definida como el conjunto de derechos y deberes del Estado, comprendiendo los activos en todas las dimensiones técnicas reconocidas, así como los pasivos que tienen incidencia en la contabilidad general del Estado.

La importancia de esa calidad especial de la competencia atribuida es una inclinación de origen, hacia el principio de eficiencia administrativa, con miras a la eficacia como resultado. El control de la hacienda pública encierra entonces, como finalidad primaria, asegurar que los recursos del Estado sean direccionados a la satisfacción de las necesidades generales que constitucional o legalmente debe proveer.

Ese principio fundamental de eficiencia, bien consolidado en el texto constitucional[16], es la motivación jurídica que nutre el ejercicio de la actividad de fiscalización y control de la hacienda pública, que podría desembocar en otras acciones -denuncias penales, demandas administrativas con reclamación civil, y similares-, pero solamente como lógicas y necesarias para el cumplimiento de la principal.

La investigación de actos y actuaciones que técnicamente constituyen delitos, cuya persecución y sanción le corresponde a otros órganos del Estado, autorizaría la participación del órgano contralor en la medida que los recursos comprometidos perjudiquen o impidan la plena satisfacción de un servicio del Estado, donde como segundo corolario, se tendría que su participación estaría supeditada

15 En la Constitución Política de Honduras señalada supra, el constituyente fue preciso al indicar que sus funciones están limitadas "exclusivamente", con lo que se evitó cualquier duda sobre su actividad.

16 La eficiencia como principio fundamental de la actividad del Estado en general, se obtiene de la relación de varias normas constitucionales, pero se anotan para nuestros fines, los artículos 140, incisos 3), 8) y 18), así como en el 191.

al vínculo (nexo) necesario entre la finalidad o destino de los recursos desviados y el interés general que se debe satisfacer, de manera directa o indirecta.

Esto es así, porque hay recursos que aún revestidos de esa naturaleza pública, quedan exentos del control de eficiencia correspondiente al órgano de fiscalización y control, que estaría limitado a asegurar que se utilicen en los términos que fueron presupuestados, sin potestades para determinar ninguna otra circunstancia adicional.

Como ejemplo de esas situaciones, son las sumas presupuestadas por algunos sujetos pasivos, para cumplir los compromisos derivados de las convenciones colectivas; los montos presupuestados para realizar "propaganda", que algunos denominan publicidad; los recursos asignados para los gastos de representación, ninguno de los cuales está sujeto al control de eficiencia, aunque sí al control contable. Incluso, en razón que la Contraloría no puede realizar administración activa, el control presupuestario que ejercita, carece de posibilidades fiscalizatorias para determinar, "*cuanto es suficiente*" para cumplir un mandato o satisfacer una prestación, como tampoco tiene la potestad para ordenarle a la Administración como y que rubros incluir en su presupuesto.

IV.- Competencias legales

Visto que la norma constitucional dispuso una competencia genérica, sería a través de la ley reglamentaria, el instrumento para la definición puntual del cauce procedimental aplicable para el cumplimiento de los deberes y atribuciones que le corresponden. Un pequeño paréntesis sobre este aspecto.

En buena técnica constitucional, las normas de esta jerarquía que requieren de un mayor desarrollo normativo para su plena eficacia, ordinariamente delegan esa labor al legislador ordinario, pero estableciendo lineamentos específicos sobre el contenido de las normas que desarrollarán el precepto constitucional.

Además de esas directrices puntuales que deberán cumplir las leyes reglamentarias, el mismo Constituyente determina la calidad o fuerza aplicativa que tendrán, para evitar el manoseo legislativo por razones de conveniencia u oportunidad[17]. El artículo 184 inciso 5) de la Constitución remite a la ley, cuya finalidad es ampliar el radio de acción de la entidad para lograr su cometido originario, pero en ningún caso, hacia o sobre actividades distintas a las que el Código Político designó. De otra forma indicado se diría que las leyes a las que hace referencia el inciso 5) del artículo 184 constitucional, serían para ampliar o disminuir sus competencias fiscalizadoras, incorporando o excluyendo sujetos -órganos y entes-, sometidos al control hacendario, pero siempre enmarcadas en el contexto de la protección de la hacienda pública, como

17 El ejemplo más claro de lo señalado en este aparte, es el artículo 24 de la Constitución Política de Costa Rica, en relación con las leyes especiales que deberán dictarse, en los casos en los que los principios de privacidad e intimidad podrían sufrir un debilitamiento. En el mismo sentido el artículo 45 ibídem, que exige mayorías calificadas de las leyes delimitantes del derecho consagrado.

mecanismo de garantía para la satisfacción de los intereses públicos que aquella busca satisfacer.

Aunque como se dijo, el Constituyente no hizo una delegación expresa al legislador ordinario, hay elementos, incluso metajurídicos, que obligan a aceptar la competencia de éste para el proceso de adecuación temporal de las competencias fiscalizadoras. La dinámica social y las decisiones de la más alta política de Estado, tienen efectos directos en el rol fiscalizador que deriva en reacomodos temporales de las competencias de la Contraloría General de la República, necesarios para adecuarse al texto y contexto en que deberá ejercer.

Los procesos de apertura comercial; el rompimiento de monopolios del Estado; la inclusión de entidades públicas en el mercado de bienes y servicios en régimen de competencia; son elementos políticos con efectos jurídicos en las competencias generales de la Contraloría General de la República, que vería reducido su ámbito de influencia, con la exclusión a su vez, de entidades que son desviadas en su accionar hacia modelos del Derecho Privado. Ese tema se desarrollará más adelante.

Cerrado el paréntesis, y en cuanto a las competencias legales de la Contraloría General de la República, se cita en primer término el artículo 1, de su Ley Orgánica que dispone una competencia general, en repetición simplificada de la norma constitucional, al señalar que *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*.

Por el artículo 4 ibídem, se puntualizan los sujetos sobre los que tiene competencia fiscalizadora, con la expresa indicación de que deben ser organizaciones que integren la hacienda pública. Se establece de esa manera el vínculo indisoluble y determinante de su potestad interventora, pues al interpretarse en sentido contrario, no estarían bajo su fiscalización ni control, las oficinas ajenas a la hacienda pública.

Ese mismo numeral dispone que la Contraloría General de la República tendrá competencia facultativa sobre:

"a) Los entes públicos no estatales de cualquier tipo.

b) Los sujetos privados, que sean custodios o administradores, por cualquier título, de los fondos y actividades públicos que indica esta Ley.

c) Los entes y órganos extranjeros integrados por entes u órganos públicos costarricenses, dominados mayoritariamente por estos, o sujetos a su predominio legal, o cuya dotación patrimonial y financiera esté dada principalmente con fondos públicos costarricenses, aun cuando hayan sido constituidos de conformidad con la legislación extranjera y su domicilio sea en el extranjero. Si se trata de entidades de naturaleza bancaria, aseguradora o financiera, la fiscalización no abarcará sus actividades sustantivas u ordinarias.

d) Las participaciones minoritarias del Estado o de otros entes u órganos públicos, en sociedades mercantiles, nacionales o extranjeras, de conformidad con la presente Ley.

e) Si se trata de entidades de naturaleza bancaria o financiera de las contempladas en este artículo y que sean extranjeras, la competencia facultativa de la Contraloría se ejercerá según los siguientes principios:

i) El control se efectuará a posteriori, para verificar el cumplimiento de su propia normativa.

ii) No comprenderá aspectos de la organización administrativa del ente ni de la actividad propia de su giro ordinario.

iii) No les serán aplicables la Ley de Administración Financiera de la República, ni el Reglamento de la Contratación Administrativa; tampoco deberán presentar, a la Contraloría, presupuestos para su aprobación.

iv) El respeto al secreto y a la confidencialidad bancaria, de conformidad con la Constitución Política y con la ley.

v) El respeto al ámbito de competencia de entidades fiscalizadoras o contraloras, a que se encuentren sujetos los entes en sus respectivos países.

vi) Las funciones de fiscalización encomendadas actualmente por ley a otras autoridades fiscalizadoras, las seguirán ejecutando estas, en la materia propia de su competencia.

vii) El respeto a los regímenes de auditoría a los cuales estén sometidos, sin que quepan conflictos de competencia con los jerarcas de esas entidades extranjeras, en cuanto a las directrices, las normas y los procedimientos de auditoría vigentes en los respectivos países.

viii) El ejercicio de su competencia por parte de la Contraloría no modifica la naturaleza jurídica ni la nacionalidad del ente u órgano.

Se entenderá por sujetos pasivos los que están sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República, de acuerdo con este artículo.

Los criterios que emita la Contraloría General de la República, en el ámbito de su competencia, serán vinculantes para los sujetos pasivos sometidos a su control o fiscalización".

Sin detallar en demasía sobre la competencia facultativa, es claro que el legislador mantuvo la concentración en los <fondos o recursos públicos>, limitando la intervención a la cantidad, medida o porcentaje de participación del Estado. En buen romance se diría, que la potestad facultativa deviene por la categoría excepcional del sujeto pasivo en el manejo de fondos públicos.

Por otro lado, por el excesivo celo provocado por acciones contrarias a la ética pública relacionada con el buen manejo de los fondos públicos, a la Contraloría General de la República, se le han asignado -debido al portillo abierto por el inciso 5) del artículo 184 de la Constitución Política- funciones, que se podrían denominar atípicas, no vinculadas directamente con sus finalidad original, lo que la desnaturaliza[18].

18 En varias oportunidades así también lo ha expresado la Contralora General de la República, siendo la última de ellas, en una entrevista pública al periódico La Nación, del 2 de mayo de 2010. Incluso por la Ley 8823 sancionada por el Poder Ejecutivo el 5 de mayo de 2010, se dispone la reforma de una serie de leyes, que faciliten la gestión pública, eliminándole en algunos casos, deberes al ente Contralor.

IV. a.- La potestad reglamentaria para el ejercicio de competencias públicas

Como organización con independencia funcional y administrativa para el desempeño de sus funciones, según dispone el artículo 183 constitucional, la Contraloría General de la República está en plena capacidad jurídica para darse las regulaciones autónomas para el régimen interior de sus despachos. Sin embargo ello requiere una reflexión.

La Carta Política no le otorga a ese órgano potestad reglamentaria en los términos que se le reconoce a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Tribunal Supremo de Elecciones, para regular a lo interno el ejercicio de sus competencias. En el caso del legislativo esa potestad reglamentaria de origen constitucional, le otorga al reglamento una categoría jurídica especial, superior incluso a la ley, cuya validez y eficacia dependen precisamente del cumplimiento de lo que esas regulaciones determinen.

La potencia del reglamento legislativo es muy fuerte, derivada no solamente de su origen normativamente supremo, sino porque su adopción y reforma requieren de votación calificada[19], normalmente reservada para leyes de gran contenido democrático, cuya puesta en escena demandan la mayor participación política posible.

En el caso del Poder Ejecutivo, la autorización constitucional es doble. Por un lado se le otorga la potestad de reglamentar las leyes, cuyo contenido está definido por el marco de la ley, no pudiendo regular más allá de lo que la norma permite, ni tampoco sobre temas no autorizados[20], y por el otro, puede dictar los reglamentos que necesite para ser eficientes en el cumplimiento de sus fines[21].

Ya se dijo que el reglamento a la ley, denominado reglamento ejecutivo, tiene como límite infranqueable, la ley que le da origen, y en el caso de los reglamentos para garantizar la eficiencia de los servicios, denominados reglamentos autónomos, tienen como límite, todo el ordenamiento jurídico, incluida por supuesto, la Constitución.

Implica que ningún reglamento autónomo -de los señalados en el inciso 18) del artículo 140 de la Constitución-, podría regular los derechos de los particulares, por encima o contra lo que disponen las leyes, ni tampoco podría ser creador de competencias públicas más allá, o en sentido distinto a como el legislador las reguló.

El otro órgano constitucional al que expresamente la Carta Política le reconoció potestad reglamentaria es el Tribunal Supremo de Elecciones, de acuerdo al artículo 102, incisos 3) y 6) respectivamente, de la Constitución Política. En el primero de los casos, la interpretación exclusiva de la materia electoral, le permitiría dictar regulaciones interpretativas que serían de obligado acatamiento, con lo que la reglamentación así producida, tendría la misma potencia de la norma que interpretó.

19 El inciso 22) del artículo 121 de la Constitución Política dispone como una atribución de la Asamblea Legislativa: "*Darse el Reglmento para su régimen interior, el cual una vez adoptado, no se podrá modificar sion por votación no menor de las dos terceras partes del total de sus miembros".*

20 Artículo 140, inciso 3) de la Constitución Política.

21 Artículo 140, inciso 18) ibíd.

Tratándose del inciso 6) del ordinal 102 constitucional, al permitírsele "dictar" las <medidas pertinentes, y adecuadas>, el Constituyente lo facultó para regular lo que los acápites señalados pretenden[22].

En el caso de la Contraloría General de la República, la potestad reglamentaria es de origen legal, cuya consecuencia inmediata es que las ordenanzas nacidas de esa licencia, están incuestionablemente sujetas a la ley -cualquiera que esta sea-. El artículo 23 de su Ley Orgánica dispone:

> *"La Contraloría General de la República tendrá la potestad exclusiva para dictar los reglamentos autónomos de servicio y de organización, en las materias de su competencia constitucional y legal".*

Igualmente, el artículo 20 ibídem, tiene una disposición semejante, aunque más concreta, relacionada con la contratación pública, al señalar que:

> *"La Contraloría General de la República determinará, reglamentariamente, las categorías de contratos que, por su origen, naturaleza o cuantía, se excluyan de su aprobación; pero, en este caso, podrá señalar, por igual vía, cuáles de estas categorías estarán sometidas a la aprobación por un órgano del sujeto pasivo".*

Es una potestad reglamentaria disminuida, limitada a regulaciones internas cuya finalidad es de organizar la distribución del trabajo -como componente del principio de eficiencia-, sin que a través de él, se puedan delegar competencias que la ley expresa y nominalmente otorga a oficinas u oficiales públicos.

Los reglamentos de organización y servicio no pueden equipararse a la ley que les da cabida existencial, ni por interpretación ni por extensión aplicativa, y en consecuencia, son de potencia reducida, tanto en el ámbito espacial como en el temporal. El artículo 23 de la Ley Orgánica de la Contraloría General, es claro en que las regulaciones tendrán como único ámbito aplicativo, las derivadas de sus competencias legales y constitucionales, esto es, el control y fiscalización de la hacienda pública, en cualquiera de las dimensiones que este sea ejercido[23].

Consecuencia inmediata de lo anterior, es que a través de esos reglamentos autónomos no podría intervenirse en el régimen jurídico de los derechos subjetivos de los ciudadanos, especialmente los derivados de la Norma fundamental, pues como lo señala el artículo 19 de la Ley General de la Administración Pública, son reserva de ley, sin perjuicio de los reglamentos "ejecutivos" que se dicten.

En ese mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional, al disponer que cualquier acto que limite, restrinja o suprima un derecho subjetivo, <debe estar

22 Dispone el inciso 6) del artículo 102 de la Constitución Política: "*Dictar, con respecto a la fuerza pública, las medidas pertinentes opara que los procesos electorales se desarrollen en condiciones de garantías y ibertad irrestrictas. En caso de que esté decretado el reclutamiento militar, podrá igualmente el Tribunal dictar las medidas adecuadas para que no se estorbe el proceso electoral, a fin de que todos los ciudadanos puedan emitir libremente su voto. Estas medidas las hará cumplir el Tribunal, por sí o por medio de los delegados que designe*".

23 Se entiende de esta manera, porque una forma de ejercer ese control, es, a manera de ejemplo, darle el refrendo a los contratos públicos, conforme la Ley de la Contratación Administrativa y su reglamento, o bien, demandar a las auditorías internas, la realización de investigaciones especiales o sobre temas y contenidos concretos.

amparado a una ley>, sin perjuicio de los Reglamentos Ejecutivos que se puedan dictar, señaló también las restricciones de estos Reglamentos en tan cara materia.

Se indicó:

"a.) En primer lugar, el principio mismo de "reserva de ley", del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el pronunciamiento previsto en la Constitución, para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales, todo, por supuesto en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-;

b.) En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas, ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su "contenido esencial"-;

c.) En tercero, que ni aun en los reglamentos ejecutivos, ni mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer, de donde resulta una nueva consecuencia esencial:

d.) Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley."[24]

Si aún el Reglamente Ejecutivo tiene esas limitaciones, con mucho más razón las tendrán, los reglamentos autónomos de organización y servicios, como se hizo referencia en la misma sentencia reseñada.

IV. b.- La delegación interna de potestades para el cumplimiento de sus fines

El reglamento autónomo de organización y servicio, es el conjunto de normas que una entidad u órgano público se dicta, para distribuir a lo interno, las distintas funciones de las unidades administrativas, constitutivo de una auténtica distribución del trabajo, y las condiciones de servicio, y del servicio. Estos reglamentos autónomos, pueden ser, solamente de organización; solamente de servicios o bien, ensamblar ambas necesidades en un único conjunto normativo.

Reconocida la potestad reglamentaria de la Contraloría General de la República, resta por determinar sus límites y alcances. Es conveniente señalar que el artículo 122 de la Ley General de la Administración Pública, no le reconoce valor jurídico a los actos internos -como un reglamento autónomo-, cuando son en perjuicio del particular, no así cuando lo sean en su beneficio.

Aunque la norma no es suficientemente clara, pareciera considerar que el reglamento

24 Sala Constitucional, número 3173 de las 14 horas 57 minutos del 6 de julio de 1993.

autónomo no sufre una integración automática al ordenamiento general del Estado, significando, para el caso concreto que se estudia, que, aún siendo la Contraloría un órgano del Estado, carece de la suficiente potestad para modificar las reglas derivadas de otros órganos con potestad legislativa[25].

Se interpretaría entonces, para darle armonía al contenido de la regla, que el legislador estableció, como límites al reglamento autónomo dictado por la Contraloría General de la República –así como a cualquier otro de la misma naturaleza-, las reglas emanadas del Poder Constituyente -ordinario o derivado-, las decretadas por el legislador ordinario, o bien, los reglamentos <ejecutivos> dictados por el Poder Ejecutivo.

Parece confirmar lo anterior, el ordinal 123 de la misma Ley General de la Administración Pública, al acreditar la relevancia externa ante los administrados y los tribunales comunes, de "*los actos internos*" que estén regulados por ley, reglamento u otra norma cualquiera del Estado.

Para la conclusión anterior es necesario armonizar ambas normas. Si el reglamento autónomo -como acto interno-, no puede afectar negativamente la esfera jurídica del administrado, pero sí puede hacerlo un <acto interno> que esté fundamentado en <una ley, en un reglamento o en otra norma cualquiera del Estado>, implicaría que la validez de ese acto interno estaría supeditada a su conformidad con el ordenamiento del Estado que le da origen, y su invalidez en caso contrario.

Es decir, la validez y eficacia de un acto de la Contraloría General de la República, cuyo respaldo normativo es un reglamento autónomo, estaría supeditada a que la decisión sea conforme a la Constitución, a la Ley, al Reglamento Ejecutivo o a cualquier otro reglamento dictado por otra autoridad con potestad reglamentaria superior a la de ese órgano de fiscalización y control.

El objeto del reglamento autónomo, es, como se dijo, la creación de órganos internos o bien, la regulación de las relaciones de éstos con otros de su mismo linaje, siendo el órgano interno aquel que se relaciona con otros del Estado, y no con particulares extraños a éste. Un reputado autor señaló que el órgano interno -creado por reglamento autónomo-, es el que tiene una función que depende para su ejercicio de otro acto, anterior o posterior, porque está destinado exclusivamente a hacer posible que otro órgano realice un acto válido con efecto propio o a permitir que el acto ya realizado surta efecto definitivamente[26].

Puede decirse, desde esa perspectiva, que el órgano interno desarrolla las diversas etapas del procedimiento administrativo; y órgano externo el acto principal, final y con efectos autónomos, como coronación del procedimiento. Los órganos internos que puede crear el reglamento autónomo resultan ser, a la luz de esta conclusión, los de proposiciones o excitativas u otros del mismo ente; los órganos de consulta; los órganos de información y recolección de prueba y los órganos de control[27].

25 El término legislativo se aplica en sentido genérico, relativo a quienes pueden dictar regulaciones vinculantes u obligatorias para todos o para cierto sector o grupo.

26 ORTÍZ, ORTÍZ, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, tomo I, San José, editorial Stradtman, primera edición, 1998, página 236.

27 Ibíd.

Conforme a lo señalado, los actos administrativos dictados por la Contraloría General de la República, con respaldo en un reglamento autónomo de organización y servicio, tendrían valor con efectos externos en la esfera de intereses del administrado, cuando esté a su vez respaldado por una norma legal -emanada del Parlamento-, o bien en un reglamento ejecutivo.

Siguiendo la línea jerárquica impuesta por el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública, los reglamentos autónomos están en el escalón más bajo de los actos reglamentarios, subordinados a los reglamentos dictados por los otros Supremos poderes, y con marcada razón, a las demás normas superiores.

De esta manera, la distribución interna de competencias de la Contraloría General de la República, para el mejor cumplimiento de sus fines, a través de los reglamentos autónomos de organización y servicio, no tendría efectos externos sobre la esfera de intereses de los particulares, sobre tres límites infranqueables.

IV. b.1.- El régimen jurídico de los derechos fundamentales

En un Estado democrático de Derecho, el régimen normativo de los derechos fundamentales está en la cúspide de su ordenamiento jurídico. Es el marco de referencia de la categoría de Estado y consecuentemente, su modificación solamente puede serlo a través de los órganos que tengan el nivel constitucional para hacerlo[28].

Ese límite fue reconocido por la más sólida doctrina administrativa costarricense, que logró introducirlo en la Ley General de la Administración Pública, al disponer en el artículo 19, que el régimen jurídico de aquellos derechos, está reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos, pero con expresa prohibición de los reglamentos autónomos.

Ahora bien, en no todas las relaciones de las personas con la Administración, se encuentra presente, cuestionado o reclamado, un derecho fundamental, siendo que esas relaciones estarían reguladas por normas infra legales, siempre que no sean contrarias ni por interpretación, ni por su texto, a reglas expresas de mayor jerarquía.

No obstante lo anterior, la aplicación al administrado de esas normas legales de inferior jerarquía, solamente pueden ser originadas en normas emanadas del ordenamiento jurídico del Estado, que como se vio líneas arriba, estaría compuesto por la Constitución, los Tratados, las Leyes del Parlamento y los Reglamentos Ejecutivos, siendo los reglamentos autónomos actos internos cuya validez está supeditada a su conjugación con aquel ordenamiento general.

Como corolario de lo anterior, el segundo límite a la validez externa del reglamento autónomo

28 En el caso de Costa Rica, serían los poderes constituyentes, conforme a los artículos 195 y 196 de la Constitución Política. No obstante lo anterior y al tenor del artículo 7 de la misma Carta, es posible engrosar las filas de estos derechos a través de la adopción de tratados internacionales de la materia, en ese caso no serían derechos fundamentales -porque no están insertos directamente en la norma fundamental-, sino pasarían a engrosar el conjunto de los derechos humanos.

frente al administrado, estaría focalizado en el artículo 122 de la misma Ley General, de repetida cita[29].

Un tercer límite al reglamento o bien, a los actos singulares que tienen como antecedente el reglamento autónomo, es el artículo 124 de la misma Ley General, que prohíbe la imposición de penas, exacciones, tasas, multas o cualquier otra carga a través de un instrumento normativo de esta naturaleza y categoría.

El cuarto límite a la aplicación externa del reglamento autónomo, está determinado por el artículo 59 ibídem, en relación con el ejercicio de potestades de imperio. Según el ordinal señalado, la regulación de las competencias debe provenir de la ley, cuando tenga atribuciones de potestades de imperio. Ante la claridad de la norma, la interpretación sale sobrando.

La potestad de imperio se puede definir como el espacio de acción reconocida a un poder público, con capacidad para rediseñar la esfera de intereses de una persona física o jurídica -ya sea suprimiendo, delimitando, declarando, u otorgando derechos-, sin una fuerza opositora que se lo impida, salvo el mismo ordenamiento.

En el ámbito de las competencias atribuidas a la Contraloría General de la República, y en el ejercicio del control y la fiscalización de la hacienda pública, se le otorgó potestad sancionadora, sin que se definiera el órgano que las ejercitaría, por lo que en ausencia de norma expresa, debe estarse a lo señalado por el artículo 3) de su ley orgánica que a la letra establece:

> *"La representación de la Contraloría General de la República corresponde a su jerarca, el contralor general, quien podrá delegarla en el subcontralor general. En las ausencias temporales del contralor, el subcontralor general tendrá, de pleno derecho, esa representación.*
> *Quedan a salvo las facultades expresamente conferidas por el ordenamiento jurídico a la Contraloría General de la República, sobre su participación e intervención ante los tribunales de justicia"*[30].

La potestad exclusiva de dictar resoluciones o actos administrativos represivos, recae en consecuencia en los dos funcionarios(as) señalados(as) por el numeral transcrito, porque no existe delegación legal de esas potestades en otro(s) órgano(s) distintos a los distinguidos por la norma en cuestión.

El ya mencionado artículo 59) de la Ley General de la Administración Pública, es consecuente con la reflexión anterior, al disponer:

> *"La distribución interna de competencias, así como la creación de servicios sin potestades de imperio, se podrá hacer por reglamento autónomo, pero el mismo estará subordinado a cualquier ley futura sobre la materia".*

Dicho de manera fácil y en aplicación de la doctrina[31], el(la) Contralor(a) General puede

29 Señala el artículo mencionado: "1. Los actos internos carecerán de valor ante el ordenamiento general del Estado en perjuicio del particular, pero no en su beneficio. 2. En este último caso el particular que los invoque deberá aceptarlos en su totalidad. 3. La violación de los reglamentos internos en perjuicio del particular causará la invalidez del acto y eventualmente la responsabilidad del Estado y del servidor público, en los términos de esta ley.

30 Este último párrafo fue producto de la reforma operada por el Código Procesal Contencioso Administrativo, que le otorgó a ese órgano, una participación más activa en los procesos.

31 Véase lo señalado por el profesor Ortíz Ortíz, sobre el valor de los reglamentos autónomos, citado en páginas anteriores.

delegar en otros órganos distintos, la ejecución de una serie de tareas para cumplir con la finalidad del órgano, pero al momento de hacerlas valer hacia lo externo de la organización, deben contar con su autorización expresa, a través de la firma, o de un acto de convalidación[32].

Significa que a través del reglamento interno se puede delegar, la investigación; procesamiento de datos; conclusiones, y recomendaciones de una determinada situación objeto de estudio, pero el resultado final, como conclusión definitiva de la actividad, le corresponde al órgano investido de la capacidad de comprometer a la entidad a lo externo.

Son indiscutibles, las elevadas funciones que el Constituyente le otorgó a la Contraloría General de la República, en cuyas espaldas descansa el enorme peso de la buena administración de los recursos públicos, cuyo deficiente manejo haría desaparecer la respetabilidad sustancial del Estado.

No obstante esa elevadísima validez democrática de sus funciones, no está eximida de ajustar sus actuaciones al bloque de legalidad impuesto por el artículo 11 de la Constitución, y artículos 6 y 11 de la Ley General de la Administración Pública, de manera que su finalidad política no constituye una licencia para apartarse de la regla de Derecho que ella demanda a los sujetos pasivos.

La misma indiscutible posición constitucional ostenta el Poder Judicial en la solución de los conflictos que demandan su concurso, pero no por ello, los jueces -en todas las categorías y niveles-, pueden aplicar antojadiza y arbitrariamente las reglas de Derecho que le son dadas para ejercer su elevado ministerio.

IV. b.2.- La validez de los actos de delegación

La competencia considerada como un elemento sustancial del acto administrativo, constituye el conjunto de facultades que un órgano legítimamente puede ejercer, en razón de la materia, el territorio, el grado o el tiempo. De ahí que algunos autores consideran que esta debe ser expresa, de origen legal directo o inmediato, o bien, de origen derivado, emergente de un reglamento dictado en consecuencia de leyes atributivas de competencia[33].

La competencia en razón del grado -única que interesa al objeto de estudio-, se refiere a la posición de un órgano dentro de la ordenación jerárquica de la Administración, y puesto que la competencia, por principio, es improrrogable, no puede el órgano inferior tomar la decisión que corresponde al superior, salvo los casos de delegación[34].

En la doctrina casera, se considera que la invasión de competencias de un órgano frente a otro, da como resultado una incompetencia relativa, que produce una nulidad del mismo tipo, dada la levedad de la violación y el hecho fundamental de que generalmente las autoridades de una misma línea jerárquica son regularmente capaces de resolver con un

32 En la Procuraduría General de la República sucede el mismo fenómeno, pero se resolvió de una manera sencilla. En toda manifestación de voluntad de ese órgano técnico jurídico, el funcionario que la emite agrega la muletilla: "*Con la aprobación del señor Procurador de la República, me permito*…", y con ello salva la ausencia de norma delegante.

33 GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, Colombia, 1999, página VIII-30

34 Ibíd.

mismo acierto todas las cuestiones relativas a la competencia global de la misma[35].

A esto es necesario reiterar que la delegación debe provenir de una expresa habilitación normativa, y tener origen, mínimo en la ley cuando comprenda el ejercicio de facultades de imperio, y bajo esa consideración el acto viciado de incompetencia puede serlo a partir de dos hipótesis básicas: a) cuando al órgano al que le ha sido conferido antijurídicamente una competencia, las actúa dentro de los límites concedidos, y; b) cuando siendo legítimo el acto de transferencia de competencia, el órgano se extralimita en su ejecución.

En la primera hipótesis la decisión adoptada por el órgano delegado, no agrede al ordenamiento, sino que el vicio del acto es de origen, por la imposibilidad jurídica de que el órgano actúe. En la segunda, no se produce el vicio de origen sino una infracción en el acto emitido en el ejercicio de la competencia delegada.

Nuevamente, en la primera situación el acto dictado resulta intrascendente, cuanto nunca debió haber sido dictado, y por esa intrascendencia, su nulidad es de arrastre, es la consecuencia de la invalidez del acto delegante, mientras que en la segunda, es el acto mismo el que resultaría inválido.

Para Ortíz Ortíz, el acto dictado por un órgano incompetente adolece de una nulidad relativa cuando se encuentra en la misma línea jerárquica del que resultaba competente, esto es, en una línea inferior al que tenía la plena capacidad jurídica[36]. Sin embargo a la luz de lo que dispone la Ley General de la Administración Pública, esa relatividad que predica el autor citado, resultaría intrascendente frente al juez.

Antes de analizar la relatividad que pregona el actor citado, es capital e interesante hacer un par de señalamientos. El primero es: ¿Qué significa que un órgano o funcionario se encuentre en la misma línea jerárquica del que es legal y expresamente competente? ¿Si está en la misma línea jerárquica, no implicaría, que ambos tengan el mismo nivel de competencias?

Si aplicáramos dicha tesis sin atender las múltiples estructuras administrativas, el concepto de "inferior jerárquico" no necesariamente sería comprensible de una competencia vertical, dado que todos los órganos distintos y por debajo de las más elevadas autoridades institucionales, están en línea jerárquica inferior.

En segundo lugar, y en atención a lo señalado en el párrafo anterior: ¿Implicará que cualquiera de los órganos o funcionarios inferiores, puede dictar el acto que le correspondía al órgano superior?

La razón y la lógica parecen indicar que no, porque el concepto de inferior jerárquico en línea descendente no solamente significaría el grado menor, sino también el nivel o grado de competencia que ese inferior tiene atribuida en relación con el superior, de manera que la única posibilidad razonable es que el inferior en referencia, sea el órgano que por disposición legal deba asumir la competencia en ausencia del superior.

35 ORTÍZ, ORTÍZ, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, tomo II, editorial Stradtman, San José, Costa Rica, 1998, página 433.

36 Ortíz Ortíz, op cit.

En relación con la relatividad de la nulidad que se señaló supra, el artículo 176 de la citada Ley General, dispone que el acto relativamente nulo se presumirá legítimo mientras no sea declarado lo contrario en firme, en la vía jurisdiccional. Entendida bien la norma, significaría que la declaración de nulidad en sede administrativa, es <optativa> para la Administración, y; b) que la permanencia activa del acto no depende del vicio sino de la decisión del destinatario de reclamarlo.

Expresamente el legislador remitió la anulación del acto relativamente nulo, al juez, sin pasar por el tamiz de la Administración autora, sin embargo, no parece existir obstáculo para que la Administración, de oficio o bien, por reclamo administrativo, lo anule, salvo donde existe un derecho subjetivo derivado del acto relativamente nulo.

No hay reparo para esa anulación administrativa del acto relativamente nulo, pero en el caso del juez, tiene la obligación procesal de anularlo, una vez demostrado el vicio que lo afecta, mientras que en sede administrativa, la Administración puede hacer caso omiso del vicio y mantener el acto. El juez <debe>, la Administración <puede>.

Es razonable y atendible, que una Administración objetiva y consciente, actúe de conformidad, una vez detectado y denunciado el vicio que ensucia el acto, con lo que además de apegarse a principios de economía procesal, estaría en los umbrales de la eficiencia administrativa para el manejo de los recursos públicos, que podrían verse afectados, en caso contrario.

Así es, el artículo 177 de la Ley General de la Administración Pública, dispone que la ejecución del acto relativamente nulo producirá responsabilidad civil solamente de la Administración, de manera que su anulación en sede administrativa, eliminaría un derroche innecesario de recursos para el pago de eventuales daños y perjuicios.

Por otro lado y en relación con el mismo ordinal 177, la exclusión de responsabilidad del funcionario ejecutante, es parcial, porque debe asumirla cuando es producto del dolo o culpa grave en la adopción del acto. Cualquiera de estas dos condiciones se consolidaría, cuando de previo a la emisión del acto o bien, cuando habiéndolo dictado, se hace de su conocimiento el vicio, y se mantiene firme en su decisión.

IV. b.3.- La validez de los actos de delegación originada en el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Contraloría General de la República

La validez de cualquier reglamento autónomo está supeditada a su armonía con el reglamento ejecutivo; con la ley -decreto legislativo emanado del Parlamento-, o frente a cualquier norma superior, conforme a la pirámide jurídica establecida en el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública.

La Contralora General de la República, en el ejercicio de sus potestades, emitió el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Contraloría General de la República[37] (en adelante el reglamento), que dispuso en el artículo 2), que las funciones encomendadas

37 Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Contraloría General de la República, número R-CO-16 publicado en La Gaceta número 76 del 20 de abril de 2007.

a la Contraloría General de la República en materia de procedimientos administrativos tendientes a declarar responsabilidades en el orden administrativo, civil o para declarar la nulidad absoluta de los actos o contratos a que se refiere el artículo 28 de su Ley Orgánica, estará a cargo de la División de Asesoría y Gestión Jurídica, sin perjuicio de las potestades de la Contralora y Subcontralora Generales.

Esa delegación debería entenderse en el sentido, que la oficina delegada, pueda iniciar y dirigir las investigaciones para los supuestos que la misma indica, lo que resultaría jurídicamente viable, sin que pueda entenderse incluida, la potestad de dictar actos que contengan potestades de imperio con incidencia en la esfera jurídica de terceros ajenos a la Contraloría.

El artículo 8) del reglamento delega en otros funcionarios distintos a la Contralora y Subcontralora General de la República, las decisiones finales en los procedimientos administrativos, con expresa confirmación por el artículo 10) ibídem[38]. Esa delegación de potestades carece de asidero normativo para sostenerse.

El respaldo jurídico para la emisión del reglamento, es el artículo 23) de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República[39], pero es en el artículo 77) ibíd, donde mejor se regula lo que interesa, pues de su contenido no se colige una autorización para la delegación de potestades sino para la organización interna para el mejor cumplimiento de sus fines[40].

Resulta jurídicamente improcedente una delegación de competencias con potestades de imperio, a través de un reglamento autónomo de organización, cuando en su ejercicio están comprendidos derechos fundamentales, que por su propia naturaleza gozan de reserva legal y además, con expresa prohibición para tocarlos sin el respaldo mínimo de una norma legal directamente emanada del Poder Legislativo.

38 Artículo 10.- **Funciones del órgano decisor**. El órgano decisor tendrá las siguientes funciones:
a) Archivar mediante resolución motivada la relación de hechos, si se advierten causas que impidan el inicio del procedimiento.
b) Requerir a la unidad interna que formuló la relación de hechos su ampliación, aclaración o corrección, así como cualquier otra diligencia para iniciar el procedimiento administrativo o mejor proveer.
c) Resolver sobre la imposición, modificación o levantamiento de medidas cautelares.
d) Ordenar el inicio del procedimiento administrativo.
e) Resolver el recurso de apelación interpuesto contra los actos dictados por el órgano director.
f) Requerir prueba para mejor resolver.
g) Dictar los actos que pongan fin al procedimiento administrativo.
h) Resolver el recurso de revocatoria interpuesto contra sus actos.
i) Comunicar, ejecutar o procurar la ejecución del acto final según corresponda.
j) Cualquier otra necesaria para el cumplimiento de la competencia asignada.

39 Artículo 23.- Potestad reglamentaria: La Contraloría General de la República tendrá la potestad exclusiva para dictar los reglamentos autónomos de servicio y de organización, en las materias de su competencia constitucional y legal.

40 En todos los casos en que, de acuerdo con la ley, deba darse oportunidad suficiente de audiencia y defensa en favor del afectado, lo mismo que en los casos en los cuales una resolución final de la Contraloría General de la República cause o pueda causar lesión grave a un derecho o a un interés legítimo, se observará cumplidamente la garantía del debido proceso, de conformidad con los principios contenidos en el Libro II de la Ley General de la Administración Pública y los procedimientos que, por la vía reglamentaria, establezca la Contraloría, sin perjuicio de lo establecido en la Ley de la Administración Financiera de la República y en su Reglamento, en materia de contratación administrativa, en cuyo caso se aplicarán los procedimientos ahí estipulados.

El reglamento de procedimientos administrativos, ordinariamente regula las investigaciones para la imposición de sanciones, civiles, administrativas o disciplinarias, y en cualquiera de los tres casos, se trataría de una supresión o delimitación de derechos subjetivos públicos, reservada al órgano o funcionario (a) al que expresamente se le haya asignado tal potestad.

Se podría señalar que el Reglamento para el Refrendo de los Contratos Públicos, adolece del mismo vicio de incompetencia orgánica. Sin embargo tal comparación no sería procedente, en tanto el sistema de relaciones en uno y otro cuerpo normativo es distinto en cuanto a los destinatarios.

En el reglamento de procedimientos administrativos, el destinatario es el sujeto-individuo, que mantiene o mantuvo una relación jurídico administrativa con la Administración Pública, en cuyo desarrollo se incurrió en alguna acción digna de investigación por parte del órgano contralor, mientras que el reglamento de refrendos, atiende a una relación interorgánica, donde la participación de la Contraloría atiende exigencia legales para reconocerle eficacia a una decisión administrativa.

La decisión de no refrendar un contrato, por ejemplo, eventualmente podría tener incidencia -en todo caso- <indirecta>, en la esfera de intereses del particular, pero la decisión no le suprime ni le delimita derechos, porque a través de ese reglamento no se modifica la relación jurídica entre el particular y la Administración activa, sino que la mantiene en suspenso mientras se corrigen los vicios del procedimiento de contratación que se indiquen en la fundamentación de la negación.

En el supuesto de falta de refrendo del contrato administrativo, el responsable de la supresión o delimitación del Derecho, sería el órgano o ente público con el que el particular mantiene la relación jurídica-administrativa, pero no la Contraloría General de la República, que se limita a inmovilizar temporalmente una decisión administrativa tomada a lo externo de ella[41].

El otro elemento sobre el que descansa la imposibilidad formal y material de delegar competencias atribuidas por la ley a un órgano en particular, es la composición subjetiva de ese órgano. El nombramiento de funcionarios de determinada jerarquía, de marcadas instituciones y definidos órganos, está delimitada por una serie de características atinentes al cargo, precisamente por las elevadas responsabilidades que la posición demanda.

La Constitución Política en unos casos y la ley ordinaria en otros, son las encargadas de establecer las condiciones personales y profesionales de los candidatos a determinados cargos, a los que se le atribuyen el cumplimiento de elevados fines del Estado, cuya envergadura no puede quedar a la libre determinación de funcionarios sin legitimidad democrática.

Los diputados tienen <asesores> y los magistrados <letrados>, pero aunque el grueso de trabajo de campo –o para utilizar un

41 La falta o ausencia del refrendo no hace a la validez del contrato sino a su eficacia en función de la ejecucion, de manera que si el acto de adjudicación es válido, el contrato sin refrendar se mantiene en suspenso hasta que se cumpla la condición suspensiva impuesta por el órgano contralor.

término más prosaico, de carpintería-, recaiga en alguno de esos funcionarios de menor rango, la responsabilidad formal y material que se derive de las decisiones, siempre recae sobre el elegido, que lo fue precisamente por sus condiciones personales.

Razonando al absurdo pero siguiendo la lógica del reglamento analizado, no pareciera existir posibilidad jurídica alguna, que por razones de volumen de trabajo, La Corte Plena a través de un reglamento autónomo, delegase el dictado de las sentencias en los escribientes de los despachos judiciales, o que por Reglamento de organización y de servicio, se delegue en la Directora del Registro Civil, la imposición de sanciones contra los infractores a las normas prohibitivas del Código Electoral.

Los criterios de idoneidad comprobada que exige el artículo 192) de la Constitución Política, apareja otro principio para el nombramiento de los funcionarios públicos, como es el principio de "*intuito personae*". Se reclama de los aspirantes al puesto, determinadas características en función de los límites y los alcances de los poderes que se le encomendarán, cuyo ejercicio correcto depende de esas condiciones personales, además, y en razón de las responsabilidades que apareja.

Esas razones imposibilitan la transferencia de competencias destinadas al elegido o seleccionado, hacia otro u otros funcionarios u órganos de inferior jerarquía no contemplados expresamente en la norma jurídica que otorga la competencia en cuestión, sobre todo, cuando del buen ejercicio de esas competencias, dependen el cumplimiento de los más elevados fines públicos que tienen a su vez comprometidos derechos subjetivos de suprema consideración o valoración jurídica.

El Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Contraloría General de la República, es válido, siempre y cuando se interpreten restrictivamente las facultades otorgadas a otros funcionarios distintos a la Contralora y Subcontralora Generales de la República, sea dicho, limitando su actividad -la de los órganos señalados en los ordinales 8) y 10)-, a instruir los expedientes administrativos hasta su remisión al órgano con competencias legales para dictar el acto final con incidencia en la esfera jurídica de terceros.

De ejercitarse potestades de imperio por funcionarios distintos a los máximos jerarcas institucionales, los actos estarían viciados de nulidad absoluta, conforme lo estatuye el artículo 166 de la Ley General de la Administración Pública.

Según esa norma, habría nulidad absoluta del acto, cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente. Si se atiende que uno de los elementos constitutivos del acto es la competencia y otro es la investidura, según informa el artículo 129 de la misma normativa, estaríamos frente a las infracciones calificadas como graves, que demanda su nulidad.

V.- Desfase temporal y confusión conceptual en las competencias de la Contraloría General de la República

En muchas ocasiones por la fuerza de la costumbre, y quizás también, por la pereza intelectual de consumirse en una lucha por modificar el estado de las cosas, se prefiere

dejarlas como <han sido siempre>. Esa pasividad produce desajustes interpretativos y aplicativos en detrimento de las nuevas realidades, y en múltiples ocasiones, ni siquiera son nuevas, sino dejadas de ver desde otros ángulos distintos <al de siempre>, produciendo en algunos casos, interpretaciones y aplicaciones que ya no son, que nunca debieron ser, o al menos, no en los términos en que lo fueron.

Los hechos son eso, hechos, y consecuentemente son inmutables, mientras que el Derecho, como la plasticina, es moldeable. El Derecho por su capacidad de transformación, es el que debe ajustarse a los hechos y no a la inversa, y consecuentes con esa realidad, la intervención de la Contraloría General de la República en ciertas áreas y frente a ciertos sujetos, no parece ajustarse a la realidad temporal, a las competencias otorgadas ni a los principios gestores de su creación.

V.1.- El caso de los bancos del Estado

Los bancos del Estado son entidades públicas por origen pero no por actividad. Se dice que son por origen por cuanto el artículo 189 de la Constitución Política así lo establece, sin que dicha norma sufriera la debida reforma que actualizara la realidad funcional a partir del año 1995, con la apertura bancaria.

El artículo 3) de la Ley General de la Administración Pública, dispone que el Derecho Privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos ordinarios de su giro, puedan estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes.

Bajo esa inteligencia normativa, habría que identificar la actividad de los bancos públicos o bancos del Estado en aras de justificar la intervención contralora cuando estos realizan esa actividad ordinaria sometida al Derecho común.

A la luz de una realidad evidente, los bancos estatales no ofrecen servicios públicos, no participan de la gestión pública, ni satisfacen técnicamente, necesidades generales, esto es, no forman parte de la estructura administrativa del Estado en su relación con su quehacer fundamental. La actividad de los bancos del Estado es una actividad de <interés público>, que no le es exclusiva, pues está declarada para la totalidad de los intermediarios financieros regulados en Costa Rica.

Por otro lado, los recursos financieros con los que los bancos públicos desarrollan su actividad ordinaria no son fondos públicos, sino <fondos del público>, esto es, dineros que captan en el mercado financiero -de los ahorrantes e inversionistas-, para realizar el proceso de intermediación. Los únicos recursos de los bancos del Estado de naturaleza pública, son los obtenidos de origen y los adquiridos con sus <ganancias>.

Dos realidades jurídicas conducen a excluir a los bancos del Estado, como sujetos pasivos de la fiscalización de la Contraloría General de la República, al menos en lo que a su actividad ordinaria se refiere. El primero de ellos, es la conversión comercial de los bancos (A) y el segundo, es la naturaleza jurídica de las relaciones laborales entre sus empleados (B)

A.- La conversión comercial

La doctrina francesa fue la principal gestora de la teoría del servicio público, concentrando la atención de la figura en el concepto de *prestación*, para desembocar, como corolario

de lo anterior, en que toda la actividad del Estado, por ser prestacional debía ser considerada servicio público[42].

Con la incorporación de nuevas formas de satisfacción de las necesidades generales, ya no solamente por medios estrictamente públicos, sino través de una combinación de participaciones, se llegó a proclamar la famosa crisis del servicio público, aceptable únicamente en cuanto a la repartición o extensión subjetiva de las actividades, donde algunas pasaron a ser ofrecidas bajo dos modalidades distintas y consecuentemente bajo dos regímenes jurídicos diferenciados.

El Estado incursionó en las actividades comerciales e industriales, bajo un régimen jurídico mixto, de Derecho Privado en cuanto a las relaciones entre los usuarios o destinatarios de la actividad y de Derecho Público para las relaciones internas entre los servidores del Estado y este como titular de la actividad o empresa[43].

Dentro de ese doble esquema se acudió también a la figura de la concesión, que se maneja bajo las mismas características anteriores, con un doble régimen jurídico aplicable a la actividad, con la diferencia que bajo esta modalidad, la participación del Estado estaría limitada a la fiscalización de la actividad en aras de asegurar el cumplimiento cabal de la prestación, dejando lo demás -la prestación en sí-, sometido a la normativa propia de la actividad en el mercado.

En el sistema financiero, con las reformas introducidas por la Ley 7558 del 3 de noviembre de 1995, el grueso de la actividad de intermediación financiera, reservada en principio, exclusivamente a los bancos públicos -y consecuentemente, bajo la dominante tesis francesa del servicio público-, pasó a convertirse en una actividad mercantil común, aunque de interés público[44].

Múltiples manifestaciones normativas, inclinan la balanza hacia esa tesis. El artículo 8 de la Orgánica del Sistema Bancario Nacional señala que los bancos pueden capitalizar por ley o a través de las <utilidades>; el artículo 9 hace referencia a las <utilidades> para crear un fondo de reserva legal; el artículo 12.1 dispone que deben cancelar el <impuesto sobre la renta>; el artículo 15 establece que todos los bancos regulados por la mencionada ley, pagarán el <impuesto sobre la renta>,

---

42 En forma general puede verse cualquier tratado sobre la materia, pero a manera informativa, se señalan: LAUBADÈRE, André, Traité de Droit Admnistratif, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1976, septième édition, VEDEL, George, Derecho Administrativo, editorial Aguilar, Madrid, 1980.

43 No obstante por jurisprudencia del Consejo de Estado francés, se le da un tratamiento de Derecho Público, a los daños provocados con la actividad o con ocasión de ella, donde el órgano de control administrativo, dispuso que el tratamiento de la responsabilidad en esas condiciones no pueden ser bajo las reglas del Derecho Privado, por cuanto si bien la actividad es mercantil o industrial, por los fines perseguidos no dejan de ser, de alguna manera, un servicio público.

44 La figura del interés público en este caso, no es por la actividad en sí, sino por las implicaciones que ella tiene en la salud de la economía nacional, de la que el Estado debe ser el principal garante, como operador directo -como sucede con la emisión de bonos, con el control de la inflación a través del Banco Central, con el control de la unidad monetaria, el circulante, etc-, o como fiscalizador. La Ley Orgánica del Banco Central dispone en su artículo 1), que éste es una institución autónoma, de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, integrante del Sistema Bancario Nacional. Su **objetivo fundamental**, es mantener la <estabilidad interna y externa de la moneda nacional y asegurar su conversión a otras monedas, promoviendo un sistema de intermediación financiero estable, eficiente y competitivo>.

salvo el Banco Central, y los artículos del 16 al 19 los somete a la vigilancia, control y fiscalización de la Superintendencia General de Entidades Financieras.

Por su parte todo el Capítulo I, del Título III, artículos 54 y siguientes, se refiere a estos bancos como <comerciales>, desarrollándose a lo largo de la ley, una reiterada y clara alusión a la actividad como <comercial>, identificándose con claridad y precisión la naturaleza jurídica de los fondos con los que participan en el mercado.

Específicamente los artículos 56 y 57 que a la letra disponen:

> *"Art. 56: Los bancos comerciales deberán tener respaldados, en el ciento por ciento, todo su pasivo y saldos acreedores, exclusivamente por los activos y saldos deudores determinados en el artículo anterior, y compuesto por las siguientes obligaciones, que serán contabilizadas en sus libros y detalladas en sus balances de conformidad con la naturaleza e índole especial de cada una de ellas, a juicio del Superintendente General de Entidades Financieras:*
>
> *1.- Las diferentes clases de depósitos constituidos, en ellos, diferenciados por su naturaleza y por los plazos y condiciones en que sean reembolsables.*
>
> *2.- Las obligaciones que resultaren de sus operaciones de crédito con el Banco Central de Costa Rica y con cualquier otra persona o entidad, de acuerdo con las disposiciones de esta ley.*
>
> *3.- Los saldos de las cuentas originadas por el movimiento normal de utilidades y resultados, y los demás que emanen de las operaciones previstas por la presente ley. Las comisiones e intereses de operaciones de préstamos y descuentos vencidas a más de ciento ochenta días, devengados y no percibidos, se contabilizarán como utilidades cuando no sean percibidos.*
>
> *4.- El monto de su capital y de las reservas que tuvieren, de conformidad con esta ley.*
>
> *Art. 57.- Todos los demás valores que permanezcan en poder de los bancos comerciales, tales como seguridades en garantía, valores en custodia o en comisión de cobro, bienes administrados en calidad de comisiones de confianza y cualesquiera otros similares, serán contabilizados para efectos de registro y control como cuentas de orden, debidamente individualizadas en los libros y balances de los bancos. También se computarán en esa forma o como obligaciones contingentes, según sea el caso, cualesquiera otros valores, operaciones y activos o pasivos que los bancos consideren conveniente registrar, con aprobación expresa del Superintendente General de Entidades Financieras".*

La reforma a la Ley 7558 del 3 de noviembre de 1995, no implicó, únicamente, la reforma al modelo de la actividad, sino también una reformulación del régimen jurídico aplicable, que incluye sin duda alguna, la relacionada a la Contraloría General de la República, cuya competencia constitucional y legal está reservada al control y fiscalización de la hacienda pública.

La categoría de <instituciones autónomas> otorgadas a los bancos públicos al tenor del artículo 189 de la Constitución y artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, inicialmente, se debió a los dos factores que los caracterizaron en su génesis: a) la titularidad de sus activos, y; b) la finalidad inicialmente concebida, de ser un componente más del <Estado social de Derecho>, que pretendía a través de un sistema financiero propio, coadyuvar en el proceso productivo, conjuntamente con otras entidades creadas al efecto[45].

En su origen, los bancos públicos debían establecer sus objetivos con fundamento en los planes y programas del Poder Ejecutivo, así el párrafo 1) del artículo 2 de la Ley del Sistema Bancario Nacional, dispone:

> *"Artículo 2.-Los bancos del Estado enumerados en el Artículo anterior son instituciones autónomas de derecho público, con personería jurídica propia e independencia en materia de administración. Estarán sujetos a la ley en materia de gobierno y deberán actuar en estrecha colaboración con el Poder Ejecutivo, coordinando sus esfuerzos y actividades. Las decisiones sobre las funciones puestas bajo su competencia sólo podrán emanar de sus respectivas juntas directivas". (Subrayado es suplido)*

Esta sujeción a la finalidad pública general del Estado, por mejorar las condiciones de vida de los habitantes, tenía todos los elementos para ser considerada un servicio público, tesis que se ve reforzada, por el artículo 3, inciso 4) de la Ley 7558 citada, que en lo que interesa establece, como un objetivo de los bancos:

> *"Evitar que haya en el país medios de producción inactivos, buscando al productor para poner a su servicio los medios económicos y técnicos de que dispone el Sistema".*

La reforma a la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional producida a través de la Ley 7558 del 3 de noviembre de 1995, convirtió una actividad de servicio público, a una de naturaleza mercantil, donde los bancos denominados del Estado no se diferencian en su actividad de los bancos privados, incluidos en la misma reforma como miembros del sistema financiero, con la salvedad lógica, del destino de las utilidades de unos y otros.

Así, los bancos públicos deben distribuir sus utilidades de conformidad con el artículo 12 de la Ley de repetida cita, mientras que los privados no están sujetos a esa regulación. Ante eso, el fenómeno jurídico inmediato es que los únicos recursos de los bancos públicos sujetos a la fiscalización de la Contraloría General de la República, son: a) el patrimonio inicialmente otorgado para iniciar su actividad; b) los activos que hayan producido a partir de ese patrimonio; c) las utilidades producidas al final de cada período fiscal, al tenor del artículo 12 ya citado, y; d) los activos que adquieran a partir o en utilización de esas utilidades.

Los demás recursos que administran esos bancos, son <recursos del público>, que están sujetos a los vaivenes, y peligros consustanciales de la actividad financiera. Esos recursos no forman parte de la hacienda pública, y por lo tanto están excluidos del

45 Los bancos públicos constituían el brazo financiero del que podían echar mano otras entidades públicas creadas para mejorar las condiciones de vida de los productores, especialmente agrícolas, como lo fue el Consejo Nacional de Producción y el Instituto de Tierras y Colonización, hoy día Instituto de Desarrollo Agrario.

control y fiscalización de la Contraloría General de la República.

Lo anterior tiene sólido respaldo en el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que dispone o conceptualiza la hacienda pública, así:

> *"Artículo 8.- Hacienda Pública: La Hacienda Pública estará constituida por los fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos.*
> *Respecto a los entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público o las entidades privadas, únicamente formarán parte de la Hacienda Pública los recursos que administren o dispongan, por cualquier título, para conseguir sus fines y que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante norma o partida presupuestaria, por los Poderes del Estado, sus dependencias y órganos auxiliares, el Tribunal Supremo de Elecciones, la administración descentralizada, las universidades estatales, las municipalidades y los bancos del Estado. Los recursos de origen distinto de los indicados no integran la Hacienda Pública; en consecuencia, el régimen jurídico aplicable a esas entidades es el contenido en las Leyes que las crearon o los ordenamientos especiales que las regulan.*
> *El patrimonio público será el universo constituido por los fondos públicos y los pasivos a cargo de los sujetos componentes de la Hacienda Pública. Serán sujetos componentes de la Hacienda Pública, el Estado y los demás entes u órganos públicos, estatales o no, y las empresas públicas, así como los sujetos de Derecho Privado, en cuanto administren o custodien fondos públicos por cualquier título, con las salvedades establecidas en el párrafo anterior".*

Expresamente en el párrafo segundo de la referida norma se indica, que los recursos distintos a los provenientes de los presupuestos públicos, "*no se considera parte de la hacienda pública*", y no parece necesario hacer un gran esfuerzo intelectual para distinguir el dinero captado de los ahorrantes e inversionistas, del dinero netamente público por su origen.

Para la correcta valoración de lo anteriormente expuesto, es necesario rescatar que la fiscalización y control de la actividad de los bancos en general, le corresponde a la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF) por disposición de los artículos del 16 al 19 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, mientras que la referencia a la Contraloría General de la República está limitada, según los artículos 34 y 190 ibídem, a la aprobación del presupuesto de los bancos públicos.

Para armonizar lo señalado en el párrafo segundo del artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en relación con los artículos 34 y 190 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, debe acudirse igualmente al artículo 12 del último cuerpo legal mencionado.

Este ordinal 12 de la Ley del Sistema Bancario Nacional, dispone la distribución

de las utilidades de los bancos estatales, estableciendo el porcentaje destinado a reinversión. Esos fondos catalogados como utilidades serían los incorporados a los presupuestos señalados en los numerales 34 y 190, porque los demás dineros, solamente están en custodia o administración de la entidad financiera.

Las limitaciones intervencionistas de la Contraloría General de la República en la actividad ordinaria de estos bancos se logra a través de un ejercicio de hermenéutica jurídica. Para esa concordancia interpretativa se tiene el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que establece:

> *"Los fines primordiales del ordenamiento contemplado en esta Ley, serán garantizar la legalidad y la eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción la Contraloría General de la República, de conformidad con esta Ley." (Subrayado es suplido)*

Resultan llamativos e indicativos de la tesis que aquí se sostiene, los artículos 27 y 28 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional. Señala el primero:

> *"Cada Junta Directiva ejercerá sus funciones con absoluta independencia y bajo su exclusiva responsabilidad, dentro de las normas establecidas por las leyes, reglamentos aplicables y principios de la técnica. Los miembros de las juntas directivas tendrán la más completa libertad para proceder en el ejercicio de sus funciones conforme con su conciencia y con su propio criterio, por cuya razón serán personalmente responsables de su gestión en la dirección general del respectivo banco. Sobre ellos pesará cualquier responsabilidad que conforme con las leyes pueda atribuírseles por dolo, culpa o negligencia. Quienes no hubieren hecho constar su voto disidente, responderán personalmente con sus bienes de las pérdidas que le irrogue al Banco, por la autorización de operaciones prohibidas por la ley, o que hayan sido autorizados mediante dolo, culpa o negligencia.*
> *La asunción de algún margen de riesgo comercial no será un hecho generador de responsabilidad personal en tanto haya tenido adecuada proporción con la naturaleza emprendida y no se haya actuado con dolo, culpa o negligencia; todo de conformidad con las reglas de la sana negociación bancaria. Tratándose de materia sancionatoria en todos los casos en que intervenga la Superintendencia General de Entidades Financieras (*), corresponderá al órgano que deba dictar el acto final dar la audiencia respectiva al funcionario o los funcionarios implicados.*
> *El presidente y los demás directores bancarios se concretarán en sus funciones al ejercicio de las atribuciones que por ley les han sido conferidas, sin abarcar funciones privativas de la administración, ni influir en los funcionarios encargados de dictaminar sobre el otorgamiento de créditos, ni gestionarlos por ellos mismos en favor de persona alguna, salvo extender referencias respecto al gestionante que conozcan. El incumplimiento de lo anterior será causal para que sean removidos por el Consejo de Gobierno".*

Para una mejor comprensión de la postura que se asume en el ensayo, se detallan algunos puntos:

a) *Se otorga absoluta independencia de criterio a la junta directiva, lo que no es propio de una organización jurídico política administradora de fondos públicos para la prestación de servicios públicos;*
b) *Hay libertad para proceder conforme a la conciencia, impropio de una entidad u órgano sujeto al principio de legalidad y a los principios cardinales del servicio público que sujetan la actividad a una determinada finalidad igualmente pública, predispuesta en la ley;*
c) *La responsabilidad personal de los directores podría darse por la causación de <pérdidas>, que es una figura propia del derecho comercial, mercantil, civil, pero no de la actividad administrativa con manejo de fondos públicos, que no sufren pérdidas sino sustracciones o deficientes administraciones.*
d) *Se alude al concepto de <riesgo comercial>, que es ajeno al criterio de servicio propio del destino de los fondos públicos;*
e) *Está limitado a la negociación bancaria, donde tampoco se refiere a la prestación de un servicio público;*
f) *Se remite la materia sancionatoria a la Superintendencia General de Entidades Financieras, no a la Contraloría General de la República. Esto implica que se trataría de una sanción por incumplimiento de reglas financieras y no de administración de fondos del Estado;*
g) *La remoción de los directores es competencia del Consejo de Gobierno sin participación de la Contraloría General de la República. Es clara que esa imposibilidad jurídica de destituir o recomendar su destitución deriva precisamente de la libertad que otorga la misma norma para que actúen conforme a su criterio, conocimiento y conciencia, excluyéndose cualquier tipificación de conducta, salvo la penal, que tampoco sería del resorte de aquella entidad de control y fiscalización.*

Por su parte el artículo 33 ibídem, confirma la tesis de la exclusión de los bancos del Estado al control <general> de la Contraloría General de la República, al establecer:

> **"***La asistencia puntual de los miembros de las Juntas Directivas a las sesiones, les dará derecho al cobro de dietas fijas, que irán determinadas claramente en los presupuestos anuales del banco. Esta será la única remuneración que podrán percibir por su servicios en el desempeño de sus funciones. <El monto de las dietas lo determinará el Consejo de Gobierno>. Los Gerentes, Subgerentes y demás empleados del banco que asistieren a las sesiones no tendrán derecho al cobro de las dietas". (Corchetes son de referencia)*

En el pago de la remuneración que reciben los miembros de las Juntas Directivas, se excluye la participación, control y fiscalización de la Contraloría General de la República, al no considerarse el pago de las dietas de naturaleza pública, pues si así se interpretara, la definición del monto debería estar predeterminada por una norma jurídica, al menos en sus contornos definitorios.

Por otro lado, los artículos 56 y 57 de la Ley de repetida cita, señala la naturaleza de los

dineros manejados por los bancos del sistema bancario nacional -sin definirla expresamente-, incluidos los bancos del Estado. Menciona la primera norma:

> *"Art. 56: Los bancos comerciales deberán tener respaldados, en el ciento por ciento, todo su pasivo y saldos acreedores, exclusivamente por los activos y saldos deudores determinados en el artículo anterior, y compuesto por las siguientes obligaciones, que serán contabilizadas en sus libros y detalladas en sus balances de conformidad con la naturaleza e índole especial de cada una de ellas, a juicio del Superintendente General de Entidades Financieras (*):*
> *1.- Las diferentes clases de depósitos constituidos, en ellos, diferenciados por su naturaleza y por los plazos y condiciones en que sean reembolsables.*
> *2.- Las obligaciones que resultaren de sus operaciones de crédito con el Banco Central de Costa Rica y con cualquier otra persona o entidad, de acuerdo con las disposiciones de esta ley.*
> *3.- Los saldos de las cuentas originadas por el movimiento normal de utilidades y resultados, y los demás que emanen de las operaciones previstas por la presente ley. Las comisiones e intereses de operaciones de préstamos y descuentos vencidas a más de ciento ochenta días, devengados y no percibidos, se contabilizarán como utilidades cuando no sean percibidos.*
> *4.- El monto de su capital y de las reservas que tuvieren, de conformidad con esta ley".*

Y lo confirma el numeral siguiente al establecer:

> *"Art. 57.- Todos los demás valores que permanezcan en poder de los bancos comerciales, tales como seguridades en garantía, valores en custodia o en comisión de cobro, bienes administrados en calidad de comisiones de confianza y cualesquiera otros similares, serán contabilizados para efectos de registro y control como cuentas de orden, debidamente individualizadas en los libros y balances de los bancos.*
> *También se computarán en esa forma o como obligaciones contingentes, según sea el caso, cualesquiera otros valores, operaciones y activos o pasivos que los bancos consideren conveniente registrar, con aprobación expresa del Superintendente General de Entidades Financieras".*

Al no ser dineros públicos los administrados por los bancos públicos, deberá sumarse a esa conclusión que las contrataciones de estas organizaciones financieras, que sean del giro ordinario de su actividad, escapan a los procedimientos de la contratación administrativa, así expresamente dispuesto por el artículo 2 de la Ley de la materia[46].

El concepto de actividad ordinaria fue desarrollado por la jurisprudencia constitucional, al señalar que se trata de:

> *"la actividad o servicio que constituye la prestación última o final de la*

46 El artículo 2 de la Ley de la Contratación Administrativa, dispone: "Se excluyen de los procedimientos de concursos establecidos en esta Ley las siguientes actividades: a) La actividad ordinaria de la Administración, entendida como el suministro directo al usuario o destinatario final, de los servicios o las prestaciones establecidas, legal o reglamentariamente, dentro de sus fines.

Administración que realiza frente al usuario o destinatario final, actividad o servicio que deben estar definidos previamente en la ley, y cuyo desarrollo puede hacerse mediante reglamento autónomo o de servicio, pero no ejecutivo"[47].

La resolución interpretativa de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia no fue todo lo clara y precisa que se hubiese deseado, toda vez que existen muchas actividades que no califican como prestación última, pero que resultan condición esencial para ofrecerla con calidad y eficiencia[48].

En otra resolución posterior el mismo órgano jurisdiccional resolvió que la actividad ordinaria "*no comprende la actividad propia que desempeña cada institución u oficina pública, entendida como los medios necesarios para el cumplimiento de los fines legales asignados a cada institución y oficina pública, ni de su funcionamiento, en tanto todas y cada una tiene encomendados fines específicos, por cuanto esto implicaría hacer nugatorio el régimen de la contratación administrativa (licitación pública)*"[49].

Conforme a esa jurisprudencia, la contratación administrativa resultaría el medio idóneo para todas las entidades y órganos sometidos al Derecho público, que tienen fines prestacionales específicos, asignados puntualmente por la Ley. En sentido distinto, no aplicaría para aquellas entidades, que aunque públicas, carecen de esa obligación prestacional directa.

Efectivamente, una lectura reposada de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, deja en evidencia que a los bancos públicos -por su origen y titularidad-, no se le impusieron fines especiales, específicos y distintos de los que puedan tener otras entidades participantes en el mercado de intermediación financiera.

Siguiendo la línea trazada por la jurisprudencia de la Sala Constitucional sobre el concepto de actividad ordinaria, toda la actividad de los bancos públicos estaría bajo esa característica, al indicarse que "*esta comprende el suministro directo con el usuario o destinatario final de los servicios o las prestaciones establecidas, legal o reglamentariamente dentro de sus fines*">⁵⁰, y siendo que los bancos públicos no prestan servicios públicos, toda su actividad se enmarcaría dentro del concepto de actividad ordinaria sin sujeción a las reglas de la contratación pública y consecuentemente fuera de la esfera de influencia de la Contraloría General de la República.

Ante ese panorama serían pocas las contrataciones de los bancos públicos sometidas a dichos procedimientos; estas entidades tampoco administran recursos provenientes de los presupuestos del Estado,

47 Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia, número 6458 del 22 de setiembre de 1998.

48 La construcción o remodelación de una oficina para ofrecer servicios financieros, es una condición esencial para la atracción de clientes, y mejorar la calidad de los servicios, sin que tal actividad pueda calificarse como excepcional, porque está dirigida al destinatario final.

49 Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia, número 6754 de las 15:36 horas del 23 de setiembre de 1998.

50 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 10997 de las 08:35 horas del 13 de diciembre de 2000. En este voto la Sala hizo referencia a servicio <o> prestaciones de origen legal o reglamentario, equiparando unos y otras, por lo que se interpretaría que la referencia a servicios sería a los <públicos>, porque los privados no tienen esa procedencia normativa, salvo el caso de la deslegalización.

quedando también este rubro, fuera del brazo contralor, y en cuanto a la aprobación del presupuesto, la fiscalización se delimitaría a la verificación del equilibrio entre las potenciales ganancias en relación con los gastos del periodo, necesarios para producirlas.

En razón de que el artículo 12 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario dispone un porcentaje para reinversión, el órgano contralor verificaría la utilización de ese porcentaje -que ya tendría la categoría de fondos públicos-, en aras de asegurar el fin dispuesto por la norma, que no es otro que la ampliación de sus activos.

B.- La naturaleza jurídica de las relaciones laborales entre sus empleados

Un elemento adicional que decanta hacia una liberación de dichas entidades del control de la Contraloría General de la República, es su régimen de salarios y la naturaleza jurídica de las relaciones de empleo. En cuanto al primer punto, se indica que los salarios de su alta jerarquía no están sujetos al Régimen de Salarios del Sector Público ni al rigor de la Autoridad Presupuesta.

En cuanto a la naturaleza jurídica del régimen de empleo, este es laboral privado o común, regulado por una Convención Colectiva -en la mayoría de los casos-, la que también dispone el régimen de incentivos económicos para los empleados sometidos a ella, lejos y ajenos al control de las unidades públicas especiales en la materia[51].

Múltiples resoluciones de la Sala Constitucional, por las que ha señalado que la capacidad de negociar convenciones colectivas, está limitada a los servidores que no participan de la gestión pública, liberando a los que no están incluidos en esa categoría, para convenir con el patrono, sus condiciones laborales y económicas[52], consolidan la posición doctrinal asumida.

El resultado de esa decisión jurisprudencial, en relación con el tema objeto de estudio, es que todos los que están amparados a una convención colectiva, no pueden ser considerados funcionarios públicos, y el régimen jurídico de su relación laboral, es del Derecho Laboral común, de lo que deriva otra consecuencia: la inaplicación de los artículos 71 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Dispone el ordinal mencionado:

"Artículo 71.—**Prescripción de la responsabilidad disciplinaria.** *La responsabilidad administrativa del funcionario público por las infracciones previstas en esta Ley y en el ordenamiento de control y fiscalización superiores, prescribirá de acuerdo con las siguientes reglas:*

a) En los casos en que el hecho irregular sea notorio, la responsabilidad prescribirá en cinco años, contados a partir del acaecimiento del hecho.

b) En los casos en que el hecho irregular no sea notorio -entendido este como aquel hecho que requiere una indagación o un estudio de auditoría para informar de su posible irregularidad- la responsabilidad prescribirá en

51 Autoridad Presupuestaria, por ejemplo.

52 Pueden verse entre otras, las sentencias 4453 de las 14:56 horas del 24 de mayo del 2000; 11946 de las 15:59 horas del 21 de noviembre de 2001; 7966 de las 16:59 horas del 31 de mayo de 2006 y 17440 de las 19:38 horas del 29 de noviembre de 2006.

cinco años, contados a partir de la fecha en que el informe sobre la indagación o la auditoría respectiva se ponga en conocimiento del jerarca o el funcionario competente para dar inicio al procedimiento respectivo.

La prescripción se interrumpirá, con efectos continuados, por la notificación al presunto responsable del acto que acuerde el inicio del procedimiento administrativo.

Cuando el autor de la falta sea el jerarca, el plazo empezará a correr a partir de la fecha en que él termine su relación de servicio con el ente, la empresa o el órgano respectivo.

Se reputará como falta grave del funcionario competente para iniciar el procedimiento sancionatorio, el no darle inicio a este oportunamente o el dejar que la responsabilidad del infractor prescriba, sin causa justificada". (Subrayados son suplidos por el autor).

Si la calidad de funcionario público está limitada a los que realizan gestión pública, esto es, los que tienen fuerza suficiente para imponer los lineamientos generales y concretos de la entidad, o dicho de otra manera, los creadores, gestores y administradores de las políticas institucionales, los que disponen la distribución del presupuesto, entonces, resultan inaplicables los plazos de prescripción del artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, para cualquier otro empleado que no tenga la categoría de funcionario público, tal y como lo diseñó la jurisprudencia constitucional[53].

Un cajero de un banco del Estado no es un custodio de la hacienda pública, sino un simple trabajador, cuyo objeto de trabajo está vinculado al trasiego de dinero, dar y recibirlo según sean los títulos que el cliente bancario le aporte. De ahí que la perdida o la sustracción del dinero en el cumplimiento de sus obligaciones laborales, no se reputaría como una infracción a la hacienda pública, primero, porque como ya se indicó, el dinero que maneja no son fondos públicos, y segundo, porque, carece de las facultades de disposición -gestión-.

Las consideraciones anteriores demuestran la necesidad de realizar análisis más rigurosos al momento de aplicar el Derecho, que como se dijo en el prólogo del ensayo, hay cierta tendencia a mantener el status quo interpretativo, no por bueno sino por pereza o comodidad.

VI- Las competencias de la Contraloría General de la República en otros casos

La participación de la Contraloría General de la República, también sufrió una enorme disminución competencial con la suscripción del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos, donde entre otras regulaciones, se impuso la apertura del mercado de seguros y las telecomunicaciones.

53 Para esos otros trabajadores sin categoría de funcionarios públicos, el plazo sería el del artículo 603 del Código de Trabajo.

VI. 1.- En el Caso del Instituto Nacional de Seguros

La Ley Reguladora del Mercado de Seguros, número 8653, incorporó al Instituto Nacional de Seguros (INS) en la categoría de empresa, aunque pública por su origen, no lo es en cuanto a su finalidad, salvo lo relacionado con los Seguros de Riesgos de Trabajo y el Cuerpo de Bomberos.

Esta normativa, dispuso en forma concreta y puntual, que la legislación aplicable a la actividad del INS como corredora de seguros, estará sometida a la ley especial, sea la Ley Reguladora del Mercado de Seguros, y por su orden, al Código de Comercio, al Código Civil y similares.

Al INS se le disecciona en tres partes para mantenerlo, una parte, como entidad administradora de un servicio público, como lo es, la protección a los trabajadores a través de la administración de los seguros de riesgos laborales, otra, para la ciudadanía en general a través del Benemérito Cuerpo de Bomberos, y la otra, como sociedad comercial como corredora de seguros.

El artículo 47 de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros, dispone en los incisos b) y c), la creación conjunta entre el INS y los bancos del Estado, así como con el Banco Popular, de sociedades para la comercialización de seguros, y les eliminó la garantía del Estado.

El artículo 51 ibídem, reformó la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos para inaplicarla al INS y a los bancos del Estado, excepto en lo que se refiere al trámite de aprobación del presupuesto, mientras que el artículo 52, reformó la Ley número 12, Ley de Monopolios de Seguros, para convertirlo -al INS-, en empresa aseguradora común, según se dispone en su artículo 1, y la somete a los tribunales comunes para dirimir los conflictos relacionados con el comercio de seguros, según dispone el artículo 2 de la reforma.

Todavía más. Por el artículo 9 de la Ley número 12 -Ley de Monopolios de Seguros-, reformada por la 8653 -Ley Reguladora del Mercado de Seguros-, se exceptúa de la aplicación de los procedimientos de contratación, todas las contrataciones necesarias para su desarrollo como entidad aseguradora, es decir, toda la que sea ajena al concepto de servicio público, como pueden catalogarse, los Riesgos de Trabajo, como el Cuerpo de Bomberos.

En esta materia, los alcances de las competencias de la Contraloría General de la República, quedaron reducidas a una mínima expresión, si se toma en consideración, el destino de las utilidades que los ejercicios fiscales le puedan dejar a la entidad.

Una consecuencia inmediata de la reforma operada, es la distinta nomenclatura que tendrían los empleados del Instituto, como empresa corredora de seguros, en cuya estructura y administración, la ley impone una asimilación total en relación con las demás sociedades que se dediquen al negocio.

Conforme al artículo 4 de la Ley 12, reformada, la Junta Directiva será nombrada por el Consejo de Gobierno, pero los nombrados deberán contar con las condiciones especiales señaladas en la Ley Reguladora del Mercado de Seguros; por su parte, esta Junta Directiva será la competente para nombrar al gerente y subgerentes que sean necesarios para la buena marcha de los negocios.

El artículo 6, inciso 4) de la Ley del INS, delegó en el Gerente General el nombramiento y

remoción de los empleados "*de conformidad con la normativa aplicable en la institución*", lo que implica la existencia de una doble categoría de empleados: los dedicados al servicio público -riesgos de trabajo, por ejemplo-, y los dedicados exclusivamente a la correduría de seguros. En esa medida, la distinción en la posición laboral institucional, determinará la normativa aplicable.

Conforme a la repetida Ley Reguladora del Mercado de Seguros, ningún empleado de las sociedades corredoras del seguros que pertenezcan al INS, total o parcialmente, podrá ser considerado como funcionario público, en orden de aplicarle la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República -salvo, claro está, los miembros de la Junta Directiva y Gerentes, que lo son para el INS como un todo-.

VI. 2.- El caso del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)

Similar situación se verificó con la promulgación de la Ley de fortalecimiento y modernización de las entidades del sector público de las telecomunicaciones, número 8660 del 8 de agosto de 2008, que reformó la estructura del ICE, para someterlo a un régimen de competencia, al menos en esta materia.

El artículo 6 de la mencionada ley dispone:

> *"El ICE y sus empresas, dentro del territorio nacional y fuera de él, serán competentes para lo siguiente:*
>
> *a) Generar, instalar y operar redes, prestar, adquirir y comercializar productos y servicios de electricidad, telecomunicaciones e infocomunicaciones, así como otros productos y servicios de información y otros en convergencia, de manera directa o mediante acuerdos, convenios de cooperación, aso-ciaciones, alianzas estratégicas o cualquier otra forma de asociación con otros entes nacionales o extranjeros, públicos o privados.*
>
> *b) Ser agentes del mercado eléctrico en los demás países que se adhieran al Tratado marco del mercado eléctrico de América Central, aprobado mediante la Ley N.° 7848, de 20 de noviembre de 1998, o a cualquier otro instrumento que en el futuro se suscriba y ratifique".*

La normativa ubica al instituto como otro proveedor en el mercado de las telecomunicaciones, y en esa condición ceja su condición de ente prestador de un servicio público, con lo que se modifica el concepto de hacienda pública, condición necesaria para la intervención de la Contraloría General de la República.

El régimen de conjunto del ICE, según esta normativa, es el de una empresa privada común, como lo ratifica el artículo 8 ibídem, al establecer:

> *"Al ICE y sus empresas, con el propósito de promover su competitividad, se les autoriza para que suscriban alianzas estratégicas, dentro del país y fuera de él, o cualquier otra forma de asociación empresarial con otros entes públicos o privados, nacionales o extranjeros, que desarrollen actividades de inversión, de capital, comerciales, de investigación, desarrollo tecnológico, prestación de servicios y otras relacionadas con las actividades del ICE y sus empresas. Los términos y las condiciones generales de las alianzas se definirán reglamentariamente.*
>
> *Las disposiciones del párrafo anterior no deberán afectar los procedimientos de concentración establecidos en la legislación y tendientes a prevenir, controlar y sancionar cualesquiera prácticas o condiciones contrarias a la competencia efectiva". (Subrayados son suplidos por el autor).*

El lenguaje de la normativa que se comenta, es preciso: actividad de comercio. Como se confirma con el numeral que a continuación se transcribe:

> *"Artículo 10: El ICE y sus empresas podrán implementar las prácticas comerciales usuales y legales en la industria y el comercio en general, como elaborar en forma separada o conjunta con otras empresas públicas o privadas, nacionales o internacionales, promociones incluyendo la dotación, gratuita o no, de equipo terminal, descuentos, patrocinios, paquetes de servicios y cualquier otra práctica de mercadeo. En este caso, el ICE y sus empresas estarán sujetos a las autorizaciones y demás condiciones que indique la ley.*
>
> *El ICE y sus empresas podrán implementar las prácticas usuales en el mercado, para mantener, capacitar y reclutar al personal, incluyendo a estudiantes de colegios técnicos y universitarios. El otorgamiento de becas para capacitación del personal estará restringido al costo de la matrícula, los materiales y, excepcionalmente, el viático y el transporte. Asimismo, podrán negociar acuerdos o contratos con cláusulas compromisorias de arbitraje; para ello, quedan habilitados para determinar la legislación aplicable a los actos o contratos celebrados con entidades de otros países".*

La implementación de prácticas usuales y legales en la industria y el comercio, apareja por lógica derivación, un alejamiento de la rigidez institucional que implica la aplicación de las normas de control y fiscalización que ejerce la Contraloría General de la República, pues de otra forma, carecería de sentido lógico la normativa en cuestión[54].

Importante para el análisis que se realiza, resultan los artículos 11 y 13 de la repetida ley, donde en forma expresa, se modifica la categoría de los recursos que maneja el ICE. Señala el primero de los ordinales indicados:

> *"Art. 11.- Para el cumplimiento de sus fines, el ICE y sus empresas están facultados para suscribir contratos de constitución de fideicomisos de cualquier índole, dentro del territorio nacional y fuera de él.*
>
> *Además, los fideicomisos constituidos en el país tendrán la fiscalización y supervisión de la Superintendencia Financiera correspondiente, mientras que a los constituidos fuera del territorio nacional se les aplicarán, en esta materia, las disposiciones de la legislación del país donde fueron constituidos.*
>
> *La actividad contractual de tales fideicomisos constituidos en el país, estará sujeta a los principios constitucionales de la contratación*

54 Si la finalidad de la ley, según indica la ley es un fortalecimiento y modernización para competir con otros operadores en el mercado, entonces, uno de los elementos centrales es la flexibilización de los controles, no tanto en relación con la hacienda pública sino con la disposición de los recursos.

administrativa. Los presupuestos de ingresos y egresos de estos fideicomisos, serán enviados a la Contraloría General de la República, para efectos informativos.
En el caso de los fideicomisos constituidos en el territorio nacional, el ICE y sus empresas podrán elegir libremente el fiduciario, entre los bancos del Sistema Bancario Nacional; para ello, este último deberá cumplir los requerimientos que dispongan el ICE y sus empresas, y coadyuvar en la consecución del interés público e institucional".

Hay que subrayar una correcta interpretación de este numeral para no incurrir en equívocos. Al disponerse en el párrafo tercero, que la actividad contractual de los fideicomisos constituidos en el país, estará sujeta a los principios constitucionales de la contratación administrativa, no significa en modo alguno, que deban suscribirse bajo las reglas de la Ley de la Contratación Administrativa.

Lo que dispone la norma es, realizar los fideicomisos bajos parámetros de publicidad, transparencia, objetividad, de obtener las mejores condiciones, sobre principios finalistas o teleológicos. La ratificación de lo anteriormente señalado, la otorga el párrafo final que establece que el ICE podrá elegir <libremente> al fiduciario entre los bancos del Sistema Bancario Nacional -ni siquiera lo obliga a escoger un banco de los llamados públicos-.

Para despejar cualquier duda sobre la limitada participación de la Contraloría como órgano de fiscalización y control, el penúltimo párrafo del numeral comentado, establece que la remisión de los presupuestos de ingresos y egresos de los fideicomisos, serán con efectos "*puramente informativos*".

Si bien es cierto en el tema de la contratación se le da alguna participación a la Contraloría General de la República, esta es mínima, por cuanto se dispone en forma puntual, que su participación será a "posteriori", dejando la administración del procedimiento de contratación, en manos de la Administración activa, sea, en este caso, el ICE, dado que las empresas creadas por éste, están excluidas[55].

Más interesante resulta el artículo 13, que sustrae del control financiero del Estado, los recursos que administra el ICE. Lo estipula de la siguiente manera:

55 El artículo 20 de esta Ley dispone: *La adquisición de bienes y servicios que realice el ICE estará sometida a las disposiciones especiales contenidas en esta Ley y en su Reglamento. La Ley de Contratación Administrativa, Nº 7494, de 1° de mayo de 1996, sus reformas, y su Reglamento se aplicarán de manera supletoria.*
La adquisición de bienes y servicios, que realicen las empresas del ICE constituidas como una sociedad anónima, quedarán excluidas de la Ley de Contratación Administrativa.
El ICE y sus empresas contarán con una Junta de Adquisiciones Corporativa cuyo objetivo es ejecutar los procedimientos de contratación administrativa correspondientes, incluyendo la adjudicación y las impugnaciones. La Junta se regirá por su reglamento autónomo.
Las resoluciones con efecto suspensivo que se dicten en sede administrativa o en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda en materia de contratación administrativa serán excepcionales. Para efectos de proteger el interés público, cuando se solicite la suspensión del acto, al solicitante se le fijará una caución, sin perjuicio de que el ICE y sus empresas, según corresponda, aporten la contracautela o garantía que se le fije. Una vez rendida la contracautela o garantía se levantará de oficio la suspensión del acto. La Contraloría General de la República ejercerá sus competencias bajo la modalidad de control posterior". (Resaltado es suplido por el autor)

"Art. 13.- Ni el Estado ni sus instituciones podrán imponer restricciones ni limitaciones financieras a las inversiones y al endeudamiento del ICE y sus empresas, que resulten ser ajenas o contrarias a esta Ley.
Ni el Estado ni sus instituciones podrán solicitar ni exigir transferencias, ni superávit, ni compra de bonos; en general, no se podrá obligar al ICE y sus empresas a mantener depósitos en cuenta corriente, ni en títulos del gobierno.
En caso de distribución de excedentes a favor del ICE o sus empresas, generados por la prestación o comercialización de productos o servicios de electricidad, telecomunicaciones, infocomunicaciones y servicios de información, así como la comercialización de otros productos y servicios desarrollados o comercializados por el ICE o sus empresas o por medio de alianzas con terceros, estos excedentes deberán ser capitalizados como reservas de desarrollo para el cumplimiento de sus fines".

La transformación del ICE para ubicarlo como un excomponente de la hacienda pública, se ratifica a partir del artículo 15 de la Ley de fortalecimiento y modernización que aquí se comenta, que a la letra estatuye:

"Art. 15.- El ICE y sus empresas podrán emitir todo tipo de títulos valores, en moneda nacional o extranjera, al interés, la tasa de amortización y el monto, que su Consejo Directivo determine de conformidad con la legislación aplicable. Dichos títulos tendrán la garantía que el ICE y sus empresas les señalen en el acuerdo de emisión; para ello, podrán titularizar sus ingresos actuales y futuros o sus bienes, mediante contratos financieros, tales como arrendamientos o fideicomisos, o podrán gravar sus bienes e ingresos.
Los títulos que emitan el ICE y sus empresas serán negociables libremente y podrán ser adquiridos por todos los entes públicos o privados, nacionales o extranjeros, incluyendo las operadoras de pensiones.
El ICE y sus empresas podrán emitir, vender y adquirir valores en el mercado financiero primario o secundario, directamente en ventanilla, o por medio de los puestos de bolsa de valores que se estime necesarios. Los valores podrán emitirse en serie o en forma individual y podrán ser objeto de oferta publica. Los bienes patrimoniales del ICE y sus empresas podrán garantizar dichas emisiones".

La normativa en cuestión -la Ley 8660-, da para más reflexiones, pero por ahora bástenos una más, relacionada con el régimen jurídico de su personal a partir de la promulgación de la ley. El párrafo final de artículo 10, norma:

"Art. 10.- El ICE y sus empresas podrán implementar las prácticas usuales en el mercado, para mantener, capacitar y reclutar al personal, incluyendo a estudiantes de colegios técnicos y universitarios. El otorgamiento de becas para capacitación del personal estará restringido al costo de la matrícula, los materiales y, excepcionalmente, el viático y el transporte. Asimismo, podrán negociar acuerdos o contratos con cláusulas compromisorias de arbitraje; para ello, quedan habilitados para determinar la legislación aplicable a los actos o contratos celebrados con entidades de otros países".

El texto refleja la desentronización de los principios constitucionales de la función pública, con desaplicación de los preceptos establecidos en el Derecho Administrativo, al tenor del párrafo primero del artículo 112 de la Ley General de la Administración Pública, cuya consecuencia directa e inmediata es la inaplicación del régimen sancionatorio establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

El artículo 16 de la Ley 8660 impuso una liberalización de los protocolos de contratación de personal, que será de regulación interna, considerando las necesidades institucionales para el logro de sus fines[56].

> *"Art. 16.- Ni el Estado ni sus instituciones podrán imponerles al ICE ni a sus empresas, restricciones cuantitativas ni cualitativas a la contratación de recursos humanos, que resulten ser ajenas o contrarias a esta Ley. El ICE y sus empresas tendrán autonomía e independencia en la elaboración y ejecución de su política de contratación de recursos humanos".*

En materia sancionatoria, los alcances del control y fiscalización de la Contraloría General de la República se cercenaron en tanto, con las salvedades de ley -miembros de la Junta Directiva y Gerentes-, los empleados del ICE, estarían regulados bajo un régimen de Derecho Privado sin aplicación de los regímenes disciplinarios de su ley orgánica como se había estilado hasta ahora[57].

Conclusiones

La múltiple legislación dictada en los últimos cinco años, ha producido una transformación en la estructura jurídica del Estado -en sentido lato-, por la modificación de la naturaleza jurídica de varias entidades otrora empetradas en el concepto y contexto de la Administración Pública.

Hoy día ese concepto doctrinal de Administración Pública tiene una connotación meramente formal, para referirse a las organizaciones jurídico políticas que conforman el sector, no así desde la perspectiva material, donde el desarrollo de las actividades dejaron de darse bajo la modalidad de servicio público, para convertirse en una actividad comercial bajo la égida del Derecho común o privado.

Incluso se ha producido una desenfrenada y poco estudiada inclinación, hacia la concesión de obra pública con servicios públicos, sin que los ejemplos reales en que se ha concretado, hayan demostrado que sean la mejor solución para la falta de recursos públicos para atender directamente los servicios derivados de aquellas.

56 Aquí se produce una diferencia sustancial. Cuando se estaba frente a una entidad pública cuya finalidad era la prestación de servicios públicos, las necesidades de contratación del personal estaba en función de las necesidades de recursos humanos que la eficiente prestación del servicio requería. Al señalarse ahora que esta contratación está en función de la finalidad del ICE como comercializador, se modifica el concepto para dar espacio al criterio del lucro, del beneficio económico, como fin principal.

57 Es preciso señalar que lo de la aplicación del régimen disciplinario de la Contraloría General de la República, no tiene limitada su aplicación desde la perspectiva estrictamente administrativa, esto es, dentro de la Contraloría General de la República, sino también por el mismo Poder Judicial, al momento de valorar las prescripciones que podrían darse ante las faltas indicadas en aquella ley.

Todas estas realidades han desembocado en una paulatina pero indetenible invisibilización de la Contraloría General de la República, que ha visto reducida su existencia a pocas organizaciones que por su naturaleza, no están en posibilidad de modificar su status, tal es el caso de los tres poderes del Estado más el Tribunal Supremo de Elecciones, Municipalidades, y otras similares.

Por otro lado no sobre señalar el sobredimensionamiento de sus competencias que ha querido imponer la Contraloría General de la República, introduciéndose en temas que están fuera de sus alcances, con detrimento de aquellos sobre los que indiscutiblemente debe ejercerla, <y ejercerla bien>, tal es el caso de las concesiones públicas que han sido un verdadero fracaso, con grandes pérdidas de recursos públicos y lo que es peor, con perjuicios insoportables para la población: carreteras mal construidas con montos de peajes elevados; reparación de vías a costos muy por encima del real; desviaciones de recursos hacia fines distintos a los destinados por la normativa; aprobación de presupuestos públicos sin atender las competencias y fines de la entidad fiscalizada; en fin, poca actividad de verdadero control y mucho activismo en temas de escasa o ninguna importancia.

El pequeño ensayo que se presenta, es solamente una pequeña muestra de la realidad jurídica, sobre los límites y alcances de las competencias de la Contraloría General de la República, las que por una añeja interpretación, se vieron ampliadas a confines inimaginables para el mismo Constituyente, pero que bajo un análisis más riguroso, se determina su disconformidad jurídica.

San José, 28 de julio de 2010.

DAÑO MORAL COLECTIVO DE CARÁCTER AMBIENTAL

MSc. Mario Peña Chacón[1]

"El daño moral colectivo de carácter ambiental sería entonces la disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad en su totalidad, equivalente a lesión a intereses colectivos no patrimoniales, causada por el daño acontecido contra el entorno natural que lo circunda"

La reciente condena por daño social acaecida en el caso por corrupción Caja-Fischel[2] relativa a "implicaciones a la economía nacional" por un monto de 639 mil dólares, así como el arreglo conciliatorio de 10 millones de dólares celebrado entre la Procuraduría General de la República y la transnacional francesa de telecomunicaciones Alcatel dentro del proceso penal ICE-Alcatel[3] por el mismo concepto, pusieron en la palestra pública costarricense a esta poco desarrollada figura del derecho civil de daños, prevista dentro del bloque de legalidad desde la promulgación del Código Procesal Penal de 1996[4].

Del daño en general y daño ambiental

Daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso. Bajo esta tesitura no hay responsabilidad civil si no media daño, así como no existe daño si no hay damnificado[5].

El daño se clasifica en *patrimonial y extra-patrimonial*. El primero es aquel que recae sobre bienes susceptibles de valoración económica, sean corporales o incorporales, o bien aquellos que no poseen una naturaleza patrimonial tales como la vida, la salud; caso contrario, el daño de tipo extrapatrimonial o moral es aquel que no conduce a una disminución del patrimonio por recaer en bienes fundamentales que no pueden ser valorados de una perspectiva pecuniaria, pero cuya única forma de reparación consiste en el resarcimiento económico, donde se incluyen las lesiones y vulneraciones a los

---

1 Consultor Legal Ambiental, profesor derecho ambiental de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Tecnológica Centroamericana de Honduras, mariopena@racsa.co.cr

2 Causa Penal por peculado número: 04-5356-042-PE, contra Rafael Angel Calderón Fournier y otros en perjuicio de la Caja Costarricense del Seguro Social y el Estado costarricense. Sentencia de primera instancia de las 14:05 horas del 05 de octubre de 2009 del Tribunal Penal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José, voto número 370.

3 Causa Penal por peculado número: 04-6835-647-PE,contra Miguel Ángel Rodríguez Echeverría y otros en perjuicio del Instituto Costarricense de Electricidad y el Estado costarricense

4 Ley número 7594 publicada en La Gaceta número 106 del martes 04 de junio de 1996.

5 Al respecto puede consultarse la sentencia número 66 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de las 14 horas 15 minutos del 12 de febrero de 1999.

derechos de la personalidad, a derechos fundamentales individuales o colectivos, así como el sufrimiento y molestias derivadas de tales afectaciones.

D*año ambiental* es toda acción, omisión, comportamiento u acto lícito o ilícito, ejercido por un sujeto físico o jurídico, público o privado, que altere, menoscabe, trastorne, disminuya o ponga en peligro inminente y significativo, algún elemento constitutivo del concepto ambiente, rompiéndose con ello el equilibrio propio y natural de los ecosistemas y sus principios rectores de autoregulación y autoperpetuación.

El daño ambiental puede recaer sobre bienes ambientales de naturaleza pública o privada. Lo anterior no obsta para que al mismo tiempo se vean afectados derechos intereses difusos, derechos subjetivos e intereses legítimos como los son la vida o salud de los habitantes y sus respectivos derechos de carácter patrimonial y extrapatrimonial.

Del daño moral colectivo

En el daño moral colectivo, el afectado ya no lo es una persona física o jurídica en su esfera individual o singular, sino un grupo o categoría que colectivamente y por una misma causa global, se ve atacada en derechos o intereses de significancia vital, tales como la paz, tranquilidad anímica, libertad individual, integridad física, el honor y los más caros afectos, por ello, el primer damnificado lo es la sociedad en su conjunto o bien, una generalidad indeterminada de sujetos, sin perjuicio de que simultáneamente, también pueda resultar afectados en forma particular, algunos de los individuos componentes del grupo.

Siguiendo la definición que da Galdós[6], el daño moral colectivo consiste en el atropello de intereses extrapatrimoniales plurales de un estamento o categoría de personas, cuya ligazón puede ser, esencialmente subjetiva u objetiva. En el primer caso, el daño se propaga entre varios sujetos -incluso sin vínculo jurídico entre ellos- y recae en un interés común, compartido y relevante, con aptitud para aglutinar a quienes se encuentren en idéntica situación fáctica. En el segundo supuesto, el factor atrapante es objetivo y de incidencia colectiva, porque media lesión a bienes colectivos o públicos, insusceptibles de apropiación o uso individual y exclusivo. En este supuesto la naturaleza del bien categoriza el daño, ya que a partir de él se propagan los efectos nocivos respecto de quienes disfrutan, usan o se benefician con el objeto conculcado. La comunicabilidad de intereses concurrentes no deriva de los sujetos, sino de un objeto público, cuyo daño expande sus efectos a una pluralidad de personas.

Como bien lo señala Lorenzetti[7], de lo que se trata es de la preservación del bien colectivo, no sólo como afectación de la esfera social del individuo, sino del bien colectivo como un componente del funcionamiento social y grupal. Debido a lo anterior, cuando se afecta ese bien de naturaleza colectiva, el daño moral está constituido por la lesión al bien a sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga, y fundándose en que se lesiona el bien colectivo

6 Galdós, J.M., Derecho ambiental y daño moral colectivo, algunas aproximaciones, 1998.

7 Lorenzetti, R.L., Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos, 1996. Daño ambiental colectivo: su reconocimiento jurisprudencial, 1997.

en su propia existencia o extensión, de modo que, el perjuicio inmaterial surge por la lesión al interés sobre el bien de naturaleza extrapatrimonial y colectiva.

De esta forma, por daño moral colectivo puede entenderse aquella disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad en su totalidad, equivalente a lesión a intereses colectivos no patrimoniales, causada por el daño acontecido en contra un bien catalogado como de naturaleza común o colectiva. Está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga, y fundándose en que se lesiona un bien colectivo en su propia existencia o extensión.

Sus detractores tradicionales le imputan ladificultad que entraña su estimación monetaria, su dificultad probatoria, el deseo de evitar que se lucre con el dolor humano, un posible aumento en reclamaciones frívolas o temerarias, así como la falta de precedentes judiciales en la mayoría de los ordenamientos y la inseguridad jurídica que ello acarrea.

Los reclamos que se le hacen, son los mismos que por muchos años se le han hecho al daño moral clásico (individual), y sin embargo, al día de hoy nadie niega su existencia, y de ahí la importancia de estos nuevos precedentes judiciales, mismos que servirán de parámetros con los cuales construir una base valorativa, siempre que el juzgador en su rol de perito de peritos, siga en su fijación criterios de equidad (principios de razonabilidad y proporcionalidad).

En Costa Rica, la figura del daño moral colectivo se encuentra prevista únicamente en el Código Procesal Penal bajo la denominación “daño social”, otorgándosele legitimación activa a la Procuraduría General de la República para la interposición de la acción civil resarcitoria para situaciones donde se vean vulnerados los intereses colectivos o difusos[8].

Daño moral colectivo de carácter ambiental

El ambiente es uno de esos bienes de carácter común y colectivo susceptible de generar, ante su contaminación y/o degradación generalizada, una condena indemnizatoria, ya se judicial o administrativa, por daño moral colectivo.

Al tratarse el medio ambiente de un bien de naturaleza común o colectiva, la minoración en la tranquilidad la sufra la colectividad como un todo, así como cada uno de los sujetos que forman parte de ella. El daño moral colectivo de carácter ambiental sería entonces la disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad en su totalidad, equivalente a lesión a intereses colectivos no patrimoniales, causada por el daño acontecido contra el entorno natural que lo circunda.

Saltan entonces preguntas y cuestionamientos sobre: ¿quién o quienes estarían legitimados para plantear este tipo de reclamo?, así como: ¿Qué hacer con los montos resarcidos en sentencia?

8 ARTÍCULO 38.-Acción civil por daño social La acción civil podrá ser ejercida por la Procuraduría General de la República, cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos. Código Procesal Penal, ley número 7594 publicada en La Gaceta número 106 del martes 04 de junio de 1996.

Es importante tomar en cuenta que existe un interés legítimo general en satisfacer necesidades humanas colectivas, no solamente en relación con los recursos naturales, sino también en orden a las sensaciones psicológicas, estéticas y estados de ánimo en función de la belleza escénica del paisaje, la tranquilidad del entorno y el equilibrio natural de la convivencia social.

De esta forma, la legitimación para accionar en defensa del ambiente, y por tanto, para reclamar la recomposición y la indemnización del mismo, corresponde a tanto al Estado por medio de la Procuraduría y la Fiscalía, a todos y cada uno de los sujetos de la comunidad afectada, así como también a grupos organizados (ONG´s).

Caso contrario, la titularidad en la pretensión resarcitoria tratándose de daño estrictamente ambiental , no podría ser nunca individual pues generaría un enriquecimiento sin causa,[9] sino únicamente grupal o colectiva, en el tanto, los montos obtenidos por la indemnización le pertenecen a la colectividad como un todo, encontrándose el juzgador obligado a analizar la mejor forma de repartir e invertir las sumas obtenidas satisfaciendo el interés colectivo (interés público ambiental), y en el caso que deban engrosar las arcas del Estado por el principio de caja único del Estado, éste deberá buscarle la forma que el autoridad de Hacienda destine las sumas obtenidas a planes en beneficio de la colectividad y el mejoramiento de su entorno natural.

Precedente jurisprudencial

Como precedente jurisprudencial y *leading case* sobre este tema del daño moral colectivo se encuentra el caso Municipalidad de Tandil contra T.A. La Estrella S.A. y otros, resuelto en segunda instancia por Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Azul, Argentina[10].

9 "La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso" Artículo 22 del Código Civil de Costa Rica.

10 Causa: "Municipalidad de Tandil c. T.A. La Estrella S.A.y otros", fecha: 22.10.1996. Referencia: Cámara de Apelaciones CyC Azul., Publicada por: JA. 1997-III-224, con nota de R. Lorenzetti, LL Actualidad del 25-2-97 con nota de Miguel F. De Lorenzo; ED 171-378, con nota de F. Trigo Represas; LL. BsAs. Año 4, Nº 3 abril 1997, p. 283, con nota de Matilde Zavala de Gonzalez; Revista de Jurisprudencia Provincial p. 88, con nota de Jorge Mosset Iturraspe. Supuesto de hecho: En el caso, un ómnibus de la empresa demandada, luego de desplazarse sin conductor por la pendiente de la calle Avellaneda de la ciudad de Tandil, colisiona contra la fuente y grupo escultórico "Las Nereidas" emplazado en la intersección de dicha arteria con las calles Pujol, 14 de Junio y Diagonal del Parque, provocando al mismo diversos daños. Contenido: La demanda se planteó por el resarcimiento de perjuicio patrimonial experimentado por el Municipio, consistente en el valor de los materiales y mano de obra necesarios para la restauración del referido grupo escultórico y en la disminución de su valor venal; pretendiéndose igualmente la indemnización del "daño a los intereses difusos o derechos públicos subjetivos" de toda la comunidad tandilense, dada la afectación del goce y disfrute estéticos que posibilitaba la contemplación de esa obra, ahora dañada, del patrimonio cultural de la Comuna. La sentencia hizo lugar a todo lo reclamado, con la aclaración de que el monto del resarcimiento por daño moral colectivo se destine a un patrimonio de afectación, para las obras de ornato y salubridad del presupuesto municipal, de forma tal que el Estado local, dueño y guardián de la escultura, resarce a través suyo el daño extrapatrimonial de toda la colectividad afectada, "porque aunque difuso o fragmentado, se tutela un derecho general, de incidencia colectiva, que el Estado debe preservar en consonancia con la postura del resarcimiento pleno del daño injustamente causado". Doctrina: a) No encontrándose en discusión la responsabilidad de la empresa de transporte demandada derivada de los daños causados a bienes del dominio público municipal -una fuente y un grupo escultórico emplazado en ella- al ser

(continúa en la siguiente página)

embestidos por un colectivo, se torna aplicable la doctrina del riesgo creado, a mérito de la cual el legitimado pasivo sólo se libera de responsabilidad si acredita la concurrencia, parcial o total, de una causa ajena, o sea la ruptura del nexo causal; b) la enumeración de los legitimados pasivos por riesgo creado previstos en el art. 1113, párr. 2 in fine del CC no es taxativa sino enunciativa y comprende, entre otros supuestos, a quién se sirve de la cosa productora del riesgo en su propio beneficio económico o interés; c) la esencia de la responsabilidad civil que consagra el art. 1113 párr. 2 del CC está en el riesgo creado más que en el hecho de provenir éste (o no) de una cosa. De allí que sus principios sean aplicables a otros sujetos pasivos distintos del dueño y del guardián, como por ejemplo quién genera, potencia o controla la actividad riesgosa; d) quién obtiene provecho o utilidad económica, aunque deje de ser el dueño o guardián, está obligado a responder por el daño injusto; e) debe admitirse la legitimación pasiva de la empresa de transportes demandada por ser quién se servía en su beneficio económico del colectivo, que fue la cosa productora del riesgo; f) la fuente y el grupo escultórico emplazado en ella que resultaron dañadas por el desplazamiento de un ómnibus, integran el patrimonio cultural de la comunidad en la que se encuentra ubicado y constituye un bien colectivo; g) el bien colectivo es un componente del funcionamiento social y grupal, por ello cuando se lo afecta, el daño moral está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga. De modo tal que el perjuicio inmaterial surge por la lesión al interés sobre el bien, de naturaleza extrapatrimonial y colectiva; h) son intereses difusos los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de grupos, clases o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, de una misma prerrogativa, de modo tal que la satisfacción del fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo, se extiende por naturaleza a todos. En igual sentido la lesión a cada uno afecta, simultánea y globalmente a los integrantes del conjunto comunitario; i) los intereses colectivos encuentran un punto subjetivo de contacto que radica en las llamadas formaciones sociales o cuerpos intermedios, porque estos intereses tienen como portavoz al ente exponencial de un grupo no ocasional, es decir una estructura orgánica no limitada a una duración efímera o contingente, sino individualizable como componente sociológico. En este sentido los intereses se traducen en colectivos, a través de un procedimiento de sectorialización y especificación; j) mientras que los intereses difusos son generales y en principio su tutela está conformada institucionalmente a "sujetos activos de la administración pública", los intereses "colectivos" son intereses colectivos que se imputan a grupos o asociaciones; k) dentro de la categoría de los intereses difusos se ha incluido lo atinente a la protección del patrimonio histórico y cultural; l) el interés difuso o fragmentado admite más de un titular o ninguno. Aparece algo así como un bien indivisible que permite cuotas identificadas en cada afectado, quiénes se hallan en unión tal que la satisfacción de uno sólo implica, en principio, la del grupo, así como la afección a uno, lo es también a la clase; ll) el interés difuso puede ser tanto un interés jurídicamente protegido o un derecho subjetivo -público o privado-; el primero responde a un derecho cuya consagración depende de la satisfacción que se le otorga, en cambio, el derecho subjetivo, tiene además del correlato "obligaciones" (derecho subjetivo privado) el poder-deber público de ampararlo; m) hay daño colectivo cuando se lesiona un interés de esa naturaleza, el que tiene autonomía y puede o no concurrir con los daños individuales, lo que revela una realidad "grupal"; n) el daño grupal es calificable como difuso en el sentido de que el goce del interés se muestra extendido, difundido, dilatado; se esparce, propaga o diluye entre los miembros del conjunto, sea que éste se encuentre o no organizado y compacto; ñ) cuando el interés es transindividual difuso, que afecta a toda la comunidad, ese interés es público, el titular es la comunidad y el legitimado el Estado. En estos casos aflora el rol del Estado como demandante y, en el derecho municipal local, incumbe al Intendente -como en la Provincia al Fiscal de Estado- ejercer la defensa de los derechos públicos subjetivos; o) el daño moral tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos; p) el daño moral no requiere prueba específica alguna en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el sólo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del accionante; q) el daño moral constituye toda alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra; r) a la admisión del daño colectivo ocasionado a una comunidad -incluidos sus ocasionales visitantes- por la privación del uso, goce y disfrute de un bien relevante del dominio público municipal se llega tanto si se parte del concepto de daño sufrido colectivamente como lesión aun bien público o colectivo, atendiendo a la naturaleza extrapatrimonial y colectiva de ese bien agraviado, como si se centra el enfoque en el estado espiritual disvalioso que recae en la esfera social de una categoría de sujetos -los habitantes de dicha comunidad que disfrutaban del bien- por la afección de una obra del patrimonio cultural local, que ostenta protección normativa constitucional; s) debe admitirse que la Municipalidad, a través de su Departamento Ejecutivo, actúe en representación de todos y cada uno de los sujetos de la comunidad cuyo derecho difuso se ha vulnerado. Ello es así, no sólo porque la Municipalidad es la dueña de la fuente con un grupo escultórico emplazado en ella dañados, obligada a su cuidado y conservación, sino porque ésta ha consentido que el monto del resarcimiento por daño moral colectivo sea destinado a un patrimonio de afectación, para las obras de ornato y salubridad del presupuesto municipal. De ese modo, el Estado local, dueño y guardián de la escultura resarce a través suyo el daño extrapatrimonial de toda la comunidad afectada porque, aunque difuso o fragmentado, se tutela un derecho general, de incidencia colectiva, que el Estado debe preservar en consonancia con la postura del resarcimiento pleno del daño injustamente causado.

Se trató de un asunto judicial donde el ente municipal interpuso demanda contra la empresa T.A. La Estrella S.A. y citó en garantía a su aseguradora, reclamando por los daños causados por un autobús propiedad de la demandada al grupo escultórico Las Nereidas. Un ómnibus de la empresa demandada, luego de desplazarse sin conductor por la pendiente en la calle Avellaneda de la ciudad de Tandil, colisiona contra la fuente y grupo escultórico "Las Nereidas" emplazado en la intersección de dicha arteria con las calles Pujol, 14 de Junio y Diagonal del Parque, provocando al mismo diversos daños.

La demanda se planteó por el resarcimiento de perjuicio patrimonial experimentado por el Municipio, consistente en el valor de los materiales y mano de obra necesarios para la restauración del referido grupo escultórico y en la disminución de su valor venal; pretendiéndose igualmente la indemnización del "daño a los intereses difusos o derechos públicos subjetivos" de toda la comunidad tandilense, dada la afectación del goce y disfrute estéticos que posibilitaba la contemplación de esa obra, ahora dañada, del patrimonio cultural de la Comuna.

La Cámara de Apelaciones reconoció legitimación procesal activa excluyente y exclusiva a la municipalidad en representación de los intereses difusos, en el tanto actuare en representación globalizante de todos y cada uno de los sujetos cuyo derecho difuso se vio vulnerado.

De igual forma, el mismo fallo reconoció que el monto del resarcimiento por daño moral colectivo se destinare a un patrimonio de afectación para las obras de ornato y salubridad del presupuesto municipal.

Además, la sentencia estableció que el daño moral no requiere prueba específica alguna en cuanto ha de tenérsele por demostrado por el sólo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del accionante.

De este modo, el Gobierno Local, propietario y guardián de la escultura resarce a través suyo el daño extrapatrimonial de toda la comunidad afectada porque, aunque difuso o fragmentado, se tutela un derecho general, de incidencia colectiva, que el Estado debe preservar en consonancia con la postura del resarcimiento pleno del daño injustamente causado.

Como segundo precedente jurisprudencial digno de análisis se encuentra la sentencia emanada de la Cámara de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo y Tributario de Buenos Aires, Argentina del 14 de agosto del 2008, referido al asunto "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ GCBA y otros s/ otras demandas contra la autoridad administrativa", también conocido como Casa Millán.

El asunto gravitó sobre la preservación del patrimonio histórico cultural debido a la demolición de casa histórica del barrio de Flores protegida legislativamente por el Código de Planeamiento Urbano (Ley Nº 449). La sentencia responsabiliza al Gobierno de la Ciudad y a la empresa constructora a quien imputa la ejecución de un acto otorgado por la Administración, recayendo una condena económica a ambos demandados por el daño moral colectiva causado.

Como aspecto importante a tomar en cuenta se tiene el reconocimiento de legitimación activa para actuar en defensa de los intereses difusos y colectivos, así como de reclamar el daño moral colectivo, por parte de Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires. De esta forma, el voto de mayoría dictado por el Dr. Centanaro manifestó:

"La Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires puede iniciar y proseguir, de oficio o a pedido del interesado (cualquier persona física o jurídica que se considere afectada por los actos, hechos u omisiones que se describen a continuación), cualquier investigación para esclarecer o rectificar actos, hechos u omisiones de la Administración, de prestadores de servicios públicos o de las fuerzas que tengan funciones de policía de seguridad local que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio o negligente de sus funciones y que afecten los derechos y garantías e intereses individuales, difusos o colectivos."

También cabe destacar el razonamiento de la Cámara en cuanto a la cuantificación de la condena y su destino final, al respecto expuso:

"…el monto de la condena se presenta como el modo de conjugar los intereses comerciales con la protección de los bienes sociales y, de tal manera, disuadir que el auge del comercio inmobiliario se transforme en una causal de daño a la comunidad". "… la preservación, recuperación y difusión del patrimonio cultural, por medio de un programa a llevar a cabo por la Comisión de Patrimonio Histórico de la Ciudad".

El reconocimiento del daño moral colectivo de carácter ambiental en Costa Rica cuenta con un precedente jurisprudencial por parte de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, la cual, mediante la sentencia número 675 de fecha veintiuno de setiembre de 2007, dentro del expediente: 02-000682-0163-CA, manifestó que ante el daño ambiental existen tres tipo de soluciones a adoptar:

a) ante la inminencia de nuevos actos, lo primero será -a modo de medida cautelar innovativa o de no hacer-, ordenar el cese de la conducta, ya que es la mejor forma de prevenir nuevos daños y dejar que el ecosistema comience a autorepararse.

b) Para los elementos del ambiente dañados en forma reversible, es decir, los que permiten su recuperación, se deberá buscar el restablecimiento específico " *in natura*", mediante una indemnización para solventar los gastos que irrogue llevar adelante los mecanismos concretos con ese fin.

c) En relación a los elementos afectados en forma irreversible, deberá examinarse la posibilidad de solicitar una compensación del "***DAÑO MORAL COLECTIVO O SOCIAL "***, en la medida en que ya no podrán ser disfrutados por la comunidad, lo que implica un menoscabo a un interés general tutelable.

BIBLIOGRAFÍA

Galdós, J.M., Derecho ambiental y daño moral colectivo, algunas aproximaciones, 1998.

Cafferatta, Néstor, Prueba y nexo de causalidad en el Daño Ambiental, en obra colectiva, Volumen 3, “Meio Ambiente e Acceso à Justiça”, Homenagem a Vladimir PASSOS DE FREITAS, 11º Congreso Internacional de Direito Ambiental, 27 de Maio a 1º de Junho de 2007, Sao Paulo, Brasil, Instituto O Direito po um Planeta Verde, Imprenta Oficial do estado de Sao Paulo.
Cafferatta, Néstor, Daño Ambiental Jurisprudencia, en Revista Jurídica La Ley. Año LXIII, número 131, Buenos Aires, 2003.
Lorenzetti, R.L., Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos, 1996. Daño ambiental colectivo: su reconocimiento jurisprudencial, 1997.

Peña Chacon, Mario, La Legitimación Procesal en el Derecho Ambiental, publicado en Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VII, marzo 2003, número 93, Editora Laguna, México y en Revista de Direito Ambiental, año 8, enero-marzo 2003, número 29, Editorial Dos Tribunais, Brasil.

Peña Chacón, Mario, Daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, agosto 2006, Costa Rica, accesible también en la página web del Centro de Derecho Ambiental de la UICN: http://www.iucn.org/themes/law/pdfdocuments/CEL10_PenaChacon03.pdf

Peña Chacón, Mario, Tesis de Derecho Ambiental, Editorial Jurídica Continental S.A., primera edición octubre 2008.

Peña Chacón, Mario, Daño ambiental y prescripción en Revista Derecho Ambiental y Ecología, número 29, febrero-marzo 2009, México; en el Dial.com, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento de Derecho Ambiental, febrero 2009, Año XI, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp; en revista Lex Difusión y Análisis, año XII, ,febrero 2009, número 164, México; Revista Electrónica de Derecho Ambiental “Medio Ambiente & Derecho”, Universidad de Sevilla, número 19, junio 2009, España, www.cica.es/aliens/gimadus/

AVASALLAMIENTO DE DERECHOS DE PARTICULARES EN LA ZONA MARÍTIMO TERRESTRE

Lic. Miguel Ruiz Herrera

Tema de actualidad, ante las “órdenes de derribo” que emiten las Municipalidades acatando erróneos pedidos de la Contraloría o de la Procuraduría, entes que se han negado, hasta hoy, a analizar con detenimiento la situación legal y han preferido seguir adelante sin contestar cuestionamientos específicos que se les ha presentado. Dichas entidades deberían estar concientes de las graves responsabilidades que asumen tanto los cuerpos municipales y los mismos funcionarios a título personal. Y de poco les servirá excusarse en los pedidos de la Contraloría y la Procuraduría.

Se violentan normas legales contundentes, así como los derechos subjetivos que el ciudadano tiene constitucionalmente protegidos. Más aún, en razón de artículos de ley que muchas veces son olvidados, los funcionarios públicos son responsables, aún con su propio patrimonio, por dichas acciones indebidas.

Y hay otro tema igualmente importante: el efecto devastador de naturaleza social de la aplicación de esos criterios erróneos, pues deben aplicarse por igual a todos, y en su mayoría los afectados son gente muy humilde, que depende de su presencia en esas zonas para su sustento diario.

La solución definitiva posiblemente estará en manos de los legisladores. Mientras tanto, no se deben dañar los derechos de estas familias con acciones de derribo, etc.

Esperamos lograr que -poco a poco- tanto las Municipalidades como la Contraloría y la misma Procuraduría comprendan que sus decisiones deben ceder ante la mucho más alta jerarquía de normas expresas, jerarquía que se inicia en la Constitución, que se complementa con artículos de leyes específicas sobre este tema (como lo es la misma Ley de la Zona Marítimo Terrestre que comentaremos en adelante). Y se deberían haber percatado que –a pesar de la preferencia de los jueces contenciosos de asumir posiciones en defensa del Estado[1] han existido hasta decisiones de jueces de la República, sentencias firmes que han condenado al Estado por esas pretensiones. En adelante también comentaremos algunas de ellas.

Normas Constitucionales y Decisiones de la Sala Constitucional: No debemos limitarnos a fijar la atención únicamente en el Artículo 45 de nuestra Constitución (que ya es bastante claro), sino también recordar el 39, el 27, el 41, y votos de la Sala Constitucional,

1 Don Eduardo describía el favoritismo hacia la Administración y en contra del administrado que don Eduardo detectaba en el Juez, así:
“…la solidaridad del Juez contencioso con el Estado, como empleado público que es. Es un problema de solidaridad gremial con el gobernante y el administrador… … El Juez contencioso está siempre mucho más cerca del Estado, y le gusta. Cuando le da la razón, se satisface; cuando se la quita, se siente solo y culpable”. (“Expropiación y Responsabilidad Pública”, pág. 113).

incluyendo votos como los números 1215-97, 113-98, 1484-02, 4857-96, 1217-96, 4205-96, y 5097-93, todos indicando que los límites que el Estado puede imponer a la propiedad privada, de acuerdo a su naturaleza, además de razonables, no deben "vaciar" su contenido pues serían inconstitucionales, al dejar de ser una limitación razonable para convertirse en una privación del derecho mismo.

Existen ya resoluciones como la 160-97, donde se condena al Estado indicándole que el derecho a la propiedad se encuentra constitucionalmente garantizado por lo que cualquier amenaza a éste o a su ejercicio no puede ser el fruto de un acto **arbitrario**, sino que para ser limitado el Estado debe iniciar proceso mediante acto administrativo razonado, en apego de los derechos de legalidad y defensa constitucionales.

El Derecho de Propiedad: Ha existido una tendencia a pretender que el derecho de propiedad es únicamente aquél inscrito en un Registro Público (afirmando que únicamente en estos casos –derechos inscritos- es cuando el Estado debe expropiar). Ya ha sido el Estado sancionado por dicha pretensión ilegal e inconstitucional. Desde sentencias de la Sala Constitucional como el voto 9281-99, el 4205-96 o el 3117-94, hasta artículos de ley como el Artículo 8 de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre analizado en adelante, o el 42 de esa misma Ley. En esos textos legales, propiedad no inscrita, sino poseída en propiedad, ha sido considerada como meritoria de ser expropiada cuando el Estado quiera recuperarla para su patrimonio.

Y esta categoría de propiedad es reconocida consistentemente por la legislación hasta el día de hoy (tal vez el más reciente ejemplo es la citada Ley contra el Enriquecimiento Ilícito, que ordena a determinados funcionarios declararla como parte del capítulo de Inmuebles en las declaraciones que deben efectuar). Por lo tanto, los conceptos trasnochados de los *"derechos absolutos del Estado en bienes demaniales"* ya no son admisibles ("*Dormitum aliquanto leges, nunquam moriuntur"* – "Las leyes duermen alguna vez, pero nunca mueren" – anónimo).

Si el Estado quiere sustraerle un terreno a un ciudadano, tiene que expropiarlo primero, de conformidad con la ley. Y el Estado debe entonces seguir todo el trámite necesario para respetar hasta el último resabio de sus derechos, o sea, previos actos administrativos razonados para justificar el interés público, notificaciones, y el juicio expropiatorio en donde se le conceda la debida oportunidad para defender el absoluto respeto de todos sus derechos, llegando a determinar -y habiéndole sido pagado efectivamente- el valor de reposición. **Antes no**.

Lo que dice la Ley de la Zona Marítimo Terrestre:
Artículo 8º*. Se declara de utilidad pública la zona marítimo terrestre a efecto de que los lotes, parcelas o mejoras ubicados en ella, que hubieren sido vendidos, adquiridos o* ***poseídos*** *en propiedad, por particulares,* ***puedan rescatarse para el patrimonio nacional por medio de expropiación****.*

Parecería que, en razón de la indolencia típica del costarricense, se ha leído sólo la primera parte del artículo, que contiene la declaratoria de utilidad pública de esa zona –permitiendo pronunciamientos complacientes de la Procuraduría- sin tener la prudencia de leer hasta el final del artículo, en donde ordena –como solución para el Estado cuando lotes o parcelas hayan sido vendidos, adquiridos o

simplemente **poseídos** en propiedad (véase que admite el caso de **posesión** en propiedad, casos de arrendamientos, etc., o sea, el caso de propiedad no inscrita en el Registro), que el Estado los recupere para el patrimonio nacional (admitiendo entonces esa Ley que han dejado de ser parte del patrimonio nacional) **por medio de expropiación.**

Este **deber ineludible de expropiar** es la solución que la ley otorga para no incurrir en una violación al Artículo 45 de nuestra Constitución que habría llevado a la declaratoria de inconstitucionalidad de esa ley. No puede ser obviado. Debe ser respetado hasta las últimas consecuencias, otorgándole al particular el debido proceso y todos y cada uno de los pasos (actos administrativos previos, juicio de expropiación, y previo pago).

Artículo 24: Y si se pensase que fue un "accidente" del legislador y no una actuación conciente y deliberada (lo que de todas maneras no afectaría pues "DURA EST LEX, SED EST LEX" - Digesto, Lib XL título IX), el legislador incluyó otra norma más, esta también reflejando el ineludible deber del Estado de expropiar zonas públicas que sean detentadas por particulares: este artículo 24 pide relocalizar a personas que las ocupen pero ordena, en caso de que no sea factible esa relocalización, la expropiación:

> *"…Se procurará su traslado a la zona restringida o su alineación a ella, con ayuda que se autoriza de la respectiva Procuraduría o del Instituto Costarricense de Turismo si se tratare de persona de escasos recursos económicos. De no ser posible lo anterior,* ***procederá su expropiación****."*

Por lo tanto, la supuesta falta de necesidad de expropiar terrenos **en zona pública** (o sea, en los primeros 50 metros), y la posibilidad de amedrentar con supuestas acciones legales, poco a poco irán quedando de lado ante la correcta interpretación de la ley, en concordancia con el respeto de las normas constitucionales respectivas.

Lo que Ordena el Artículo 16: Y si todavía existiese duda de esta actuación conciente y deliberada que ordena al Estado expropiar la zona marítimo terrestre, existe este otro artículo más, que dice:

> *"Toda cesión de derechos o* ***traspaso de terrenos****, mejoras o construcciones e instalaciones, a favor del Estado o sus instituciones, en la zona marítimo terrestre, ya fuere voluntariamente o* ***por medio de expropiación****…"*

Dicho texto asiste a despejar cualquier duda que se tenga sobre el deber inobjetable del Estado de expropiar en zona marítimo terrestre –inclusive en la zona pública de la zona marítimo terrestre- pues, de lo contrario, **¿para qué entonces incluyó el legislador dichos preceptos expresos, claros y contundentes**?

Las Normas en que se apoyan quienes abogan por demoliciones: Hay, en efecto, normas que piden demolición o cancelación de arrendamientos o de concesiones otorgadas, etc. Pero el nuevo desarrollo de la Sala Constitucional de los derechos subjetivos de los particulares, y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, brindan una serie de defensas efectivas, exigiendo el respeto del derecho a debido proceso, derecho de defensa, etc., de la proporcionalidad de las sanciones, de los derechos económicos derivados del derecho inviolable de propiedad, y presentan una serie efectiva de defensa con sanciones a los mismos funcionarios.

En adelante revelaremos cómo sentencias, u opiniones de la Procuraduría, se han dado en razón del engaño de parte de algún Magistrado de ingrata memoria que nos dijo que el texto de algunas leyes del Siglo XIX contenía frases que en realidad no existen ahí**.** Pero, dejando eso de lado por el momento**,** veremos la sentencia que más utiliza la Procuraduría:

> **Voto 441-91:** *Publicado en compilaciones de legislación turística en supuesto sustento de los derechos absolutos del Estado. En este caso, la Sala rechazó un intento de declarar inconstitucional normas de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre. Y esa determinación es la única que ha importado, sin acudir a lectura completa de lo que ordena, frases que se pretenden olvidar. Por ejemplo dice: "Además, la misma ley ha reconocido la existencia de propiedad privada en la zona marítimo terrestre"*

O sea, la Procuraduría, la Contraloría y los Municipios deben reconocer la existencia de propiedad privada aún en la Zona Marítimo Terrestre. Veamos otra frase de ésta:

> *"Así, la eficiencia de la Administración en la defensa de la dominicalidad de sus bienes, debe acompañarse de un respeto, aunque sin desproporción, a posibles derechos del particular"*

Se confirma que se deben respetar los derechos del ciudadano, tanto los evidentes (agregamos nosotros) como los posibles que ahí se citan. Y este respeto implica, como hemos visto, que el Estado, acatando el mandato del artículo 8 de la Ley 6043 DEBE EXPROPIAR antes de intentar cualquier acto de disposición o reivindicación.

Votos 4869-04, 1764-02, 11932-01, 10537-01, 7975-01, 378-01, y 8015-99: Estos votos son coincidentes y reiterativos, haciendo entonces que la jurisprudencia sea vinculante (votos reiterados de la Sala crean jurisprudencia vinculante), ordenando que los actos públicos deban tener un substrato de justicia intrínseca, o sea, lo que se ha definido como el "debido proceso sustantivo" que surge del "principio de razonabilidad" desarrollado por la Sala. Agregan que un acto limitativo de derechos sería razonable únicamente cuando cumple con una triple condición: debe demostrarse que es necesario, que es idóneo y que es proporcional.

En consecuencia, previo a cualquier acción limitativa de esos derechos, la Administración debe demostrar que ese pedido es **ineludiblemente necesario** para el Estado, o sea, que no hay otras alternativas que permitan llenar el fin público perseguido sin causar ese daño a los derechos del particular.

Una vez demostrado lo anterior, tienen además que demostrar que la alternativa de demoler es la única adecuada y apropiada para ese fin ("apropiado" significa "proporcionado para el fin a que se destina", y además deberá ser demostrado siguiendo procedimientos que otorguen el derecho de debida defensa al afectado).

Y además, deben demostrar que es "proporcional" (afirmación reiterativa de la Sala que nos insiste en la importancia de la proporcionalidad). La Sala nos ha definido la proporcionalidad como la "valoración de intensidad", o sea, si el medio utilizado para alcanzar un fin es además de razonable (adecuado), proporcional. El ejemplo dado por la Sala es si el imponer una sanción de confiscación del patrimonio se requiere realmente para castigar la defraudación fiscal, ejemplo en donde la Sala concluye que no es proporcional, independientemente de si es razonable o no.

¿Podrán los Municipios demostrar que órdenes de demolición –afectando los derechos consolidados por prescripción decenal (conocemos casos en donde han transcurrido más de 70 años desde que ese inmueble se construyó)- es razonable y es proporcional? Recordemos que la ley más bien define lo que es razonable y proporcional al fin de recuperar tierras para el patrimonio nacional: EXPROPIAR, lo que implica el previo pago del valor de reposición. Por lo tanto, no creemos que las Municipalidades tengan siquiera el sustento legal para intentar esa demostración.

Debido Proceso: De no haber existido un verdadero procedimiento administrativo que le otorgue los derechos de debida defensa a cada uno de los afectados, habría entonces claro desacato de lo que la Sala Constitucional ha ordenado repetidamente.

No se acataría entonces el mandato de la Sala Constitucional (Voto número 0845-95 y voto Nº 617-90…" o sea, jurisprudencia reiterada y vinculante de acatamiento obligatorio para las Municipalidades, la Contraloría y la Procuraduría), pues no les habrían otorgado las audiencias, las notificaciones, ni ninguno de los otros elementos del debido proceso que ha ordenado la Sala como elementos requeridos para otorgar las garantías y posibilidades de defensa que la Constitución prescribe para todos y cada uno de los ciudadanos.

El Derecho a ser intimado debidamente: Y dentro de tales derechos, se encuentra, ineludible, irremplazable, el derecho a ser intimado de los cargos, lo que la Sala Constitucional ha definido así:

> *¨…el principio de intimación, obliga al órgano encargado de realizar el procedimiento, a poner en conocimiento del afectado una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos y sus consecuencias legales. (Nº 2945-94).*

Aplicación del Procedimiento Administrativo de la Ley General de Administración Publica: Aunque existe un decreto que exonera al Código Municipal de la aplicación de esta ley, la Sala Constitucional ha ordenado la aplicación del procedimiento administrativo que ésta contiene, a pesar de ese decreto, en los casos en los que no exista un procedimiento que garantice de similar manera los derechos de los administrados. Por lo tanto, este procedimiento es de aplicación obligatoria también en este caso, como ha sido ratificado en innumerables sentencias (para casos sobre actuaciones de Municipalidades en la zona marítimo terrestre véase, por ejemplo, la resolución de la Sección Tercera del Tribunal, Nº 4553 de 14,00 hrs. de 10 de noviembre de 1995).

Citamos aquí algunos de los artículos que establecen obligaciones para el procedimiento que se deberá seguir antes de llegar a imponer esa decisión:

> *Art. 216, inciso 1: "La Administración deberá adoptar sus resoluciones dentro del procedimiento con estricto apego al ordenamiento y, en el caso de las actuaciones discrecionales, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquel."*
> *Artículo 218: "Las partes tendrán derecho a una comparecencia oral y privada con la Administración, en que se ofrecerá y recibirá en lo posible toda la prueba, siempre que la decisión final pueda causar daños graves a alguna o a todas aquellas, de conformidad con la ley". Esta comparecencia debe ser citada formalmente, pues de lo contrario*

se violentan derechos subjetivos constitucionales.
Artículo 219, inciso 2: "La omisión injustificada de dichos trámites causará indefensión y la nulidad de todo lo actuado posteriormente".
Si se hubiesen omitido dichos trámites, todo lo actuado sería nulo. Pero tal vez lo más interesante de este artículo es que expresamente sanciona con el término de "indefensión", lo que es un recordatorio del Constitucional Derecho de Defensa.
*Artículo 220: "El derecho de defensa deberá ser ejercido por el administrado en forma razonable. La administración podrá excepcionalmente limitar su intervención a lo prudentemente necesario… …**sin llegar a la supresión de los derechos de audiencia y defensa antes consagrados**…"*
El mandato es claro: No se deben suprimir los derechos de audiencia y defensa.
Artículo 221: "En el procedimiento administrativo se deberán verificar los hechos que sirven de motivo al acto final en la forma más fiel y completa posible para lo cual el órgano qué lo dirige deberá adoptar todas las medidas probatorias pertinentes o necesarias, aún si no han sido propuestas por las partes y aún en contra de la voluntad de éstas últimas."
Artículo 224: "Las normas de este libro deberán interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados…"

O sea, cualquier ámbito de discrecionalidad debe ser utilizado en favor del ciudadano administrado y en contra de la Administración.

No en vano nuestros Tribunales han sancionado a Municipalidades por no haber otorgado el debido derecho de defensa mediante procedimiento administrativo que garantice plenamente los derechos subjetivos del afectado. Véase la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo Nº 4554 del 10 de Noviembre de 1995.

<u>Exceso de Poder</u>: Debe siempre recordarse lo que la Sala ha definido como lo mínimo que debe contener el debido Derecho Defensa:

> *"Al respecto, la Sala ha dicho que:.. ...el derecho de defensa garantizado por el artículo 39 de la Constitución Política, y por consiguiente el principio de debido proceso, contenido en el artículo 41 de nuestra Carta Fundamental (...) y que para una mayor comprensión se ha sintetizado así: a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho a ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada".*

Se produce violación a los derechos subjetivos del propietario, cuando la Municipalidad ni siquiera haya seguido los pasos que la ley le exige para otorgar un mínimo de defensa. Véase únicamente como ejemplo, la resolución 2911 de 18 de junio de 1993, en especial párrafos como el siguiente :

> *"Al respecto la Sala considera que con dicha actuación se viola el debido proceso cuyos postulados se aplican o extienden a todos los procedimientos que eventualmente desemboquen en la imposición de algún tipo de sanción al administrado, y dentro de los cuales se incluye la correcta integración del órgano del procedimiento **que debe favorecer el desarrollo imparcial de todos los actos del proceso**".*

Y si acaso a algún funcionario de la Administración le preocupase la supuesta *¨pérdida¨* para la respectiva Municipalidad de esos terrenos –pérdida que en verdad no se da sino que la ley fija el camino para recuperar esas tierras- le citamos la frase de Fernando I de Alemania: ***"Hágase justicia aunque se hunda el mundo"***.

El Valor de Reposición: Será devastador el efecto en las finanzas públicas si se insiste en afectar a ciudadanos. Los Artículos 21 a 27 de la Ley de Expropiaciones definen cómo se determinará el "justo precio" que el Estado deberá al afectado para recuperar para el Patrimonio Nacional estos terrenos por medio de expropiación.

Incluye *"…la valoración independiente del terreno, los cultivos, las construcciones, los inquilinatos, los arrendamientos, los derechos comerciales, el derecho por explotación de yacimientos…"*. El valor debe ser dado a la fecha del dictamen y debe actualizarse cuando existan atrasos en el proceso. La ley fija las potestades de apelar el avalúo administrativo que haga el Estado, la facultad de atender a un arbitraje, y luego el proceso judicial en donde existe la posibilidad de nuevos avalúos, "tercer perito en discordia", apelaciones, prueba para mejor proveer, recursos, etc.

También, en concordancia con otras leyes comentadas, establece la posibilidad de "reubicar al expropiado", acordándolo con el expropiado, pero esta reubicación deberá ser *"…en condiciones similares a las disfrutadas antes de la expropiación*".

Pero este "precio justo" también ha sido objeto de resoluciones de nuestros más altos tribunales en donde se ha establecido el concepto de "valor de reposición". Este tema, por ejemplo, se ha tratado en la sentencia Nº 463 del 22 de Agosto del 91, en donde se establece que *"…quien debe soportar la pérdida en su patrimonio, tiene derecho al pago de una indemnización previa y acorde con la ley. Jurisprudencialmente, se ha dado ese calificativo, a aquélla que <u>permita la reposición del bien</u>, en el momento actual, lo que se puede establecer con la ayuda de expertos"*, y asimismo se ha establecido en la sentencia Nº 351 de las 10:30 horas del 18 de Julio de ese año.

¿Habrán investigado el costo de un terreno en condiciones similares, en donde puedan construir esas casas, con las mismas condiciones, ventajas, etc.? ¿Cómo lo lograrán en el caso de pescadores artesanales (la mayoría de los afectados)?

¿Será justo y correcto que importantes fondos sean desviados por la Municipalidad para pagar a unos pocos, cuando el Cantón tiene necesidades muy apremiantes en materia de salud comunal, de infraestructura vial, etc.? ¿No es que uno de los requisitos de validez del acto administrativo -y agregamos nosotros, de corrección moral- es que represente el beneficio del interés común de los administrados?

¿Será del interés de los vecinos que su Municipio desvíe fondos a pagar a pocos en

detrimento del interés vital de los demás? ¿No es que la Municipalidad, más bien, les estaría quitando la fuente de trabajo y bienestar a esos los vecinos afectados?

¿Con qué autoridad moral los miembros de Municipalidad, la Contraloría o la Procuraduría enfrentarán las congojas económicas y el costo de las expropiaciones?

La Irretroactibilidad de la Ley: Pero, además, hay muchos otros elementos que constituyen dicho acto en ilegal, inválido y nulo. Por ejemplo, el Artículo 34 de la Constitución claramente ordena:

> ***Artículo 34.-*** *A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas.*

Los funcionarios de la Procuraduría, las Municipalidades, la Contraloría, etc. generalmente centran su atención en solo una de las situaciones que contempla ese artículo: *"situaciones jurídicas consolidadas"* y así argumentan que, tratándose de bienes demaniales, esa situación jurídica a favor del administrado (en este caso, a favor de los propietarios de esos terrenos) no debe ser amparada.

No obstante, no se han percatado que ese principio contiene otras dos alternativas: *"persona alguna"* o *"sus derechos patrimoniales adquiridos"*. Y las preposiciones que contiene el texto entre uno y otro caso –en lugar de ser una *"y"* (que podría abrir el debate si dicho término es copulativo o disyuntivo), lo que contiene es una *"o"* en cada caso. Por lo tanto, la ley no puede aplicarse retroactivamente en este caso. Los derechos consolidados durante decenas de años no se ven afectados negativamente.

Por ello resulta aplicable, por ejemplo, lo que la Sala ha dispuesto en el voto 694-99, donde se ordenó que dicho principio se debe respetar no solo en razón de legislación nueva que los afecte sino también en el caso de mera interpretación, pues, *"…al igual que los demás relativos a los derechos o libertades fundamentales, no es tan solo formal, sino también y sobre todo material"*. Y este principio de irretroactividad ha sido también consagrado en el caso de propiedades en zona marítimo terrestre -contrario a lo que la Procuraduría ha sostenido- como en el caso de la sentencia de la Sala de Casación (Sala Tercera pues se trató de un caso penal), Nº 52 del 29 de enero de 1992.

O sea, los aspectos negativos de la Ley de Zona Marítimo Terrestre no deben ser aplicados retroactivamente (en contra de anteriores derechos que ustedes tienen).

El Fraude que se exhibe en interpretaciones por parte de algunos magistrados: La Procuraduría para justificar la aplicación retroactiva de la Ley de Zona Marítimo Terrestre, se ampara en la "demanialidad" que encuentran en un decreto del siglo antepasado que supuestamente creó la *"milla marítima"* a favor del Estado. Pero lo que ahí real y expresamente se creó fue una "prioridad de ocupación" por parte de pescadores, navegantes y salineros.

O sea, no reservó esa zona para el Estado, sino que dio prioridad a ciertos habitantes. La Procuraduría se ha amparado en interpretaciones dadas en sentencias de algunos pasados magistrados cuya salida del Poder Judicial fue escándalo público. En esas sentencias se cita como origen del *"derecho demanial imprescriptible"* del Estado sobre la zona marítimo terrestre, el Decreto 162 de

1828. Y la Procuraduría, renegando su deber (su Ley Orgánica le ordena además proteger al administrado) no ha querido verificar si lo que dichos magistrados citaron (la falsa cita de ese decreto), se ajustaba a la realidad. Se habrían percatado que:

> *Ese Decreto 162 no creó una zona de patrimonio exclusivo y absoluto para el Estado. El Decreto 162 lo que creó fue* **una reserva o asignación de uso a favor de particulares.** *E, igualmente importante, dicha zona debería ser* **baldío nacional***:*
> *"La Asamblea Constitucional del Estado libre de Costa-Rica, deseosa de proteger* ***a los que se dedican*** *con utilidad común, a la marina, pesquería, y elaboración de sales, removiendo los obstáculos que puedan embarazar tan benéficas é indispensables ocupaciones ha venido en decretar y decreta: Se reserva* ***en los terrenos baldíos*** *una milla de latitud sobre las costas del mar exclusive* ***á*** *(sic)* ***favor de la marina, pesquería y salinas****".*

Se trata de una simple reserva o prioridad de uso en favor de **particulares** dedicados a ciertas artes y oficios, y que se aplicaba **sólo sobre los terrenos que fuesen baldíos nacionales**, no a los terrenos reducidos a dominio particular. ¿Y la tantas veces cacareada *"declaratoria de Patrimonio Nacional, imprescriptible, inalienable, etc. etc.*". **Pues…. ahí no está!!.**

Esas sentencias y la misma Procuraduría, han citado también -como fuente confirmatoria de ese patrimonio exclusivo -supuestamente del Estado- de estos terrenos, el Decreto 128 de 1853. Pero una lectura de ese decreto nos indica que ahí simplemente se decreta un medio para facultar compensar a poseedores de tierras que ya existiesen en esas tierras pero que no fuesen navegantes, pescadores o salineros, y que serían desalojados por los navegantes, pescadores y salineros, facultando que se les reponga en otro sitio.

O sea, si en virtud de otro Reglamento (éste otro de 1839 y que reglamenta la manera de asistir a los que tuviesen derecho de prioridad sobre esas tierras), un pescador, navegante o salinero pedía que desalojaran a determinado poseedor de alguna tierra que ese pescador, salinero o navegante requería para pescar, navegar o dedicarse a producir sal -interviniendo entonces el interés público para solicitar ese desalojo- el Estado, facultado por este decreto 128, debía entonces compensar al desalojado con tierras en otro lado.

Y dicho Reglamento busca además evitar abusos en la concesión de compensación de tierras en otros sitios en esos casos, y establece reglas de control en cuanto a tamaño de áreas que se darían en compensación, y el deber de pagar al Estado si se les diese más área. Dice así:

> *"Art. 1º* ***Los que pretendieren la separación y reposición de la milla que posean*** *en las costas del mar, golfos o ríos navegables, tendrán derecho á ella, siempre que de la medida previa del terreno que la comprende, no resulten excesos suficientes para compensarla en todo ó en la parte que falte"*

O sea, el que fuese removido tendría derecho a pedir indemnización en tierras. Esto es muy diferente a cercenarle la propiedad al particular y darla al Estado.

Por lo tanto, todo el sustento para intentar aplicar retroactivamente la Ley de Zona Marítimo Terrestre -aplicarla a quienes ya estaban

en esa zona antes de su creación- **está falseado**, y dicha aplicación tiene entonces un claro efecto: **incrementa los daños y perjuicios que el particular afectado tiene derecho a reclamar de quien intente aplicársela.**

Debemos evitar que funcionarios públicos, bien intencionados, sufran por desconocimiento de la ley. Debe insistírseles que revisen, **por lo menos,** los Artículos 170, 172, 173 inciso 5, 191, 192, 199, 200, 201, 203, 204, 205, y 210 de la Ley General de Administración Pública. Sus textos generalmente se olvidan, y –en razón que en Costa Rica cada día se reclama a gritos la impunidad que ha existido hasta ahora- empezarán a ser recordados y aplicados con vigor cada día más (y muy posiblemente también las referencias a la jurisdicción penal que dichos artículos ordenan)**.**

Por lo tanto, parecería elemental regla de prudencia que los funcionarios de la Municipalidad le pidan a la Contraloría leer los artículos aquí antes citados.

El Deber de Probidad: Nuevo concepto que nos asistirá (como acaba de asistir a la señora Presidente en un conocido diferendo con la Asamblea Legislativa). Es de muy reciente creación: fue incorporado por el Art. 3 de la Ley N 8422 (Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito). Unicamente mencionamos que aquí se pide incluir en las declaraciones de bienes no solo la propiedad inscrita, sino propiedad en posesión, o sea, los casos de poseedores en propiedad, lo que parece ser ratificación de otros preceptos legales que reconocen en el simple derecho de posesión, a un derecho expropiable y compensable. Pero sugerimos que los funcionarios la Contraloría y la Procuraduría noten también las sanciones del Artículo 4, entre otros.

Las Leyes que afectan en especial el Proyecto Papagayo: La legislación especial para Papagayo, lejos de reforzar la posición mantenida por el Estado, más bien confirma los derechos de los particulares. Nótese que aún en este caso, **donde existía una desaforada voluntad de lograr el Estado ese ambicioso proyecto,** el legislador cuidó los derechos de los particulares que se verían afectados.

El ICT –siendo entidad pública- necesitó de una ley que lo autorizara a realizar ciertas actuaciones (principio de reserva de ley), y, por supuesto, la necesitó para adquirir las tierras. Por mandato expreso -de la Ley 6370- el ICT debía adquirir, vía negociación o expropiación, las tierras para ese desarrollo.

Algunos pretenden que dicho mandato deba interpretarse como circunscrito a las tierras que estuviesen inscritas en el Registro Público a favor de particulares. No existe esa posible interpretación en el texto de esa ley. El mandato es claro y se refiere a **todas** las tierras que contemplaría ese proyecto. Pero, además, la interpretación contraria habría causado una clara violación al Artículo 45 de la Constitución por parte de esa ley, la que muy posiblemente habría sido declarada inconstitucional.

Igualmente importante, dicha ley le impuso en su artículo 9 un plazo para completar esos procesos de adquisición o expropiación con el fin de no afectar desproporcionadamente los derechos de los particulares, diciendo, taxativamente:

> *"Al cumplirse ocho años de la publicación de la presente ley deberán quedar concluidos los tramites administrativos relativos a la adquisición por mutuo consentimiento de los inmuebles y derechos o en su caso publicado el correspondiente decreto de expropiación"*

La misma ley estableció una interesante sanción para el incumplimiento de ese plazo:

> *"En defecto de esos actos jurídicos las propiedades y los derechos de posesión quedarán automáticamente liberados de la declaratoria de utilidad pública y sus respectivos dueños recuperarán el ejercicio absoluto de los atributos del dominio sobre esos bienes y derechos".*

Ese texto lleva la discusión a otro campo: CUALQUIER ACCION QUE INTENTE LA ADMINISTRACIÓN ESTARÍA PRESCRITA:

> **¿ACCIONES PRESCRITAS?** *¿Prescripción en supuestos bienes demaniales a pesar de lo que establece el Artículo 1 de la Ley de Zona Marítimo Terrestre?*

Hasta este momento, abogados, procuradores y jueces han aceptado que los derechos sobre bienes demaniales son imprescriptibles. Como veremos, no se han percatado que la ley dice **algo muy diferente**: Lo que la ley establece es que **los bienes** son imprescriptibles, lo que es diferente a que **los derechos sobre ellos** sean imprescriptibles. Explicaremos en detalle esta sutil pero dramática diferencia.

Esta es la realidad. La prescripción hizo fenecer el derecho a dichas supuestas acciones. Esta afirmación, aunque sorprenda, **refleja la absoluta realidad legal:**

> **No hay un solo artículo de ley que ordene dicha imprescriptibilidad.** *Ciertamente el Artículo 1 de la Ley 6043 nos dice que* **los bienes** *localizados en esa faja de terreno de 200 metros son imprescriptibles. Y ello ha llevado a la Procuraduría a tratar de sustentarse en esta afirmación para sostener otro concepto que es diferente. Nadie discute que* **los bienes inmuebles** *localizados en esa faja sean imprescriptibles. El bien, en si mismo considerado, es imprescriptible***.** *Pero esa es la única afirmación que consta en la ley. No existe afirmación que catalogue de imprescriptibles a las acciones de defensa, de reivindicación, etc., que se quiera ejercitar sobre dichos bienes.* **Reto a la Municipalidad, la Contraloría o a la Procuraduría a que la encuentren**.

Mientras el bien exista, existirán derechos a su favor, y ello ocurre exactamente en la medida y bajo las condiciones que nuestra legislación ordena. Pero **los derechos** sobre un bien imprescriptible no necesariamente son imprescriptibles. **Si la ley expresamente no exime de prescripción a esos derechos, dichos derechos inexorablemente prescriben.** El mejor ejemplo lo es el Estado mismo. El Estado es imprescriptible. Pero los derechos del Estado de cobrar deudas, de despedir trabajadores, o los derechos de los trabajadores de demandar al Estado o de cobrarle deudas al Estado -quiérase o no- **PRESCRIBEN.**

Recordemos que Nuestro Código Civil (Art. 259) establece que ***"****Derecho real es el que se tiene en una cosa, o contra una cosa".* En este caso, tenemos una norma que ordena la imprescriptibilidad **de la cosa**, pero no nos dice absolutamente nada **de los derechos que se tengan en ella o contra ella.**

Podríamos aceptar que el Articulo 1 de la Ley 6043 aparentemente fue mal redactado. Pero esa mala redacción **no es responsabilidad del administrado**, ni permite otorgarle derecho alguno al Estado, precisamente, en perjuicio del administrado. Lo contrario es lo que el legislador ha ordenado expresamente: La Ley General de la Administración Pública **limita a favor del administrado** la posibilidad de interpretar normas en perjuicio de los

derechos del particular. Por ejemplo, el artículo 17 ordena que *"La discrecionalidad* ***estará limitada por los derechos del particular frente a ella****, salvo texto legal en contrario"*. Por ello, eebe existir texto legal expreso que permita una interpretación a favor del Estado u otras entidades estatales en este caso.

Al no existir dicho texto a favor de la Administración, el Artículo 17 de la Ley General de Administración Publica conmina a interpretar en salvaguarda de los derechos del particular. Y el particular, en este caso, tiene pleno derecho a seguridad jurídica, a no mantenerse en "ascuas" perennemente: **Tiene pleno derecho a que la institución de la prescripción opere en su favor**.

Si no existe norma alguna que indique **expresamente que los derechos** (derechos que facultan acciones) a favor o en contra de un bien localizado en zona marítimo terrestre no deben prescribir**, dichas acciones y derechos PRESCRIBEN,** de la misma manera que los derechos del Estado (Estado que es un ente imprescriptible) para reclamar en juicio una deuda, establecer un juicio de lesividad, despedir a un trabajador por una causal sucedida un par de años atrás, o establecer un juicio de reivindicación, SI PRESCRIBEN, pues no existe disposición legal que le otorgue esa "imprescriptibilidad" al derecho de actuar del Estado (ente que no prescribe).

Como si lo anterior no fuese ya suficiente ¿por qué entonces el legislador no incluyó el caso de los derechos sobre bienes demaniales dentro de los siete incisos que contiene el Artículo 880 del Código Civil (casos en que no corre prescripción)?
O sea, **el Legislador no legisló de conformidad con lo que la Procuraduría, la Contraloría o las Municipalidades se ilusionan o hubiesen querido.** Si el legislador lo hizo volitivamente o por error, **ello es irrelevante**. Es un texto legal que –si no es del agrado de la Procuraduría o de la Municipalidad- debe la Procuraduría o la Municipalidad ensayar modificarlo por los caminos que la Constitución manda: Un proyectito de ley enviado a la Asamblea Legislativa, debidamente publicado para dar oportunidad para que los ciudadanos podamos opinar al respecto, debidamente consultado (y no olviden a los indígenas ya olvidados muchas veces), proyecto que entonces pueda llegar a ser aprobado como ley de la República, con los votos requeridos al efecto (mayoría especial pedida para estos casos).

Mientras tanto esa modificación de ley no se produzca, todos (ciudadanos, gobernantes, y en especial los miembros del Poder Judicial) **deben respetar los derechos de los particulares**. *"Echad los perjuicios por la Ventana y entrarán por la puerta"* (Federico el Grande en carta a Voltaire). Insistiremos en eliminar este perjuicio.

¿Mala técnica legislativa? Tal vez lo fue. El Artículo 1 de la Ley Nº 6043 debió haber establecido –si esa fue la intención de los legisladores- que **los derechos** sobre los bienes situados en esa faja de 200 metros de zona marítimo terrestre serían imprescriptibles. **Así debió haber sido incluido en el proyecto de ley, así debió haber sufrido trámite, consultas, etc., y así lo debió haber dicho.** Pero no lo dijo.

Por lo tanto, las acciones para derribo de obras de más de diez años están prescritas: Al haber operado el plazo de prescripción decenal positiva, los derechos sobre esas construcciones se encuentran firmes y no podrán ser atacados. Se extinguió la posibilidad de ejercer alguna acción en contra de esta construcción. Y con ello… *"se crea la certeza para el deudor, de que aquel acreedor no va a contar más con la tutela del Ordenamiento Jurídico, pues su derecho precluyó"* (propósito de la institución de la prescripción). La prescripción extintiva es un modo de extinguirse los derechos (y ha sido definida como tal: "*un modo de extinción de los derechos resultante del silencio de la relación jurídica de que emanan, durante el tiempo señalado por la ley"* - Resolución Número 18437 del 22 de diciembre del 2006 de la Sala Constitucional). El supuesto derecho de impugnar construcciones de más de 10 años **está prescrito**.

La alternativa que la ley le otorga a la Administración es otra: Solicitar a la Procuraduría el inicio para la debida expropiación de esos terrenos. Pero ¿será éste propósito expropiatorio el que cumpla con los requisitos constitucionales y legales comentados arriba? ¿Se estará así sirviendo a los intereses de la comunidad?. Como antes analizamos, la respuesta es no.

Conclusiones:

a)- Una supuesta amenaza de demolición de obras atentaría contra el deber de no confiscar *("Principio de no Confiscatoriedad de la Propiedad o Patrimonio*" (ver sentencia 9281-99, exp. 5616-98), actitud que de seguirse adelante, permitirá a los afectados el reclamo de los consecuentes daños y perjuicios (***"Que las armas cedan ante la toga"***, decía Cicerón) además del deber de la Municipalidad de restituir las cosas a como estaban antes de dicha ejecución.

b)- Advertidos de esta situación los funcionarios, ese conocimiento de todo lo anterior será elemento primordial para recordarle a la Contraloría que se exponen la posible aplicación de sanciones por no cumplir el "Deber de Probidad" que contiene el Artículo 3 de la Ley de Enriquecimiento Ilícito, lo que asimismo facultaría a los vecinos afectados a demandar el pago de daños y perjuicios (artículos 190 a 194 de la Ley General de Administración Pública), recordando a la Contraloría también que deberán ser resarcidos inclusive del patrimonio de los funcionarios a cargo (pocas excusas tendrían para defender una determinación de *"ilegalidad absoluta y manifiesta").*

c)- Se deben tener también presentes los artículos 170, 172, 173 inciso 5, 191, 192, 193, 194, 199, 200, 201, 203, 204, 205 y 210, todos de la Ley General de la Administración Pública. Rara vez se ha intentado aplicarlos, tal vez por temor reverencial, pero estamos convencidos que no se trata de letra muerta, y, de ser necesario, empeñaremos nuestro mejor esfuerzo para que se respeten.

Reconocemos que no va a ser fácil. El administrado, en años pasados, ha sufrido de la disimulada complicidad de algunos jueces contenciosos con el funcionario público, por un mal entendido "deber gremial". No obstante, ya nuestros Tribunales comienzan a tener el valor de recordar su deber de independencia y así emitir sentencias que harán más difícil que se repitan abusos cometidos en el pasado por el Estado. Y en esto han ayudado también tribunales arbitrales internacionales.

Pero creemos que cada día más los funcionarios públicos conocen su deber hacia la comunidad, así como el papel de la Sala, y lo que está sucediendo los animará a ser más prudentes y no seguir abiertamente avasallando los derechos del particular. Y, en

caso de caer irremediablemente en un litigio (litigio que en todo caso la Administración tiene el deber de evitar), la lucha por lo correcto vale la pena intentarla. No sería el primer caso en que lo hacemos.

Y, finalmente, no debe olvidarse que la ley señala que el Interés Público **NO ES EL INTERES DEL ESTADO NI EL INTERES DE LA ADMINISTRACION.** Contrario a lo que comúnmente se alega, el interés público es prácticamente lo opuesto. **Y lo define la ley:** El Artículo 113 de la Ley General de Administración Pública:

Artículo 113.-

1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.

2. El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto.

3. En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia.

La indolencia que ha imperado en este país nos obliga a recordar a las instituciones del Estado que –citando a Cicerón- "Legum servi sumus ut liberi esse possimus" (Seamos esclavos de la ley para poder ser libres). ***El primer esclavo de la ley debe ser el Estado mismo****.*

APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO HONDUREÑO: LA CODIFICACIÓN

Jorge Francisco Sáenz Carbonell
Catedrático de la Universidad de Costa Rica

Introducción

Conforme se fortalecen más los lazos económicos y comerciales entre los países de Centroamérica, y aumenta el número de empresas con intereses simultáneos en dos o más de ellos, aumenta también la necesidad de que los abogados centroamericanos conozcan algo de los sistemas jurídicos imperantes en cada uno de esos países. En esta perspectiva, también es importante el estudio de la Historia del Derecho centroamericano, que puede ayudar a identificar áreas comunes y a explicar las semejanzas y diferencias entre los sistemas normativos nacionales.

Aunque la Historia jurídica centroamericana es rica, copiosa y variada, nunca ha sido objeto de un estudio general. El tema no ha llamado la atención ni de los historiadores ni de los juristas, y ni siquiera el desarrollo histórico del respectivo Derecho nacional parece haber despertado especial interés en ninguno de los países de la región. En aras de llamar la atención sobre este tema, y de contribuir al conocimiento de la Historia del Derecho centroamericano en general y del Derecho hondureño en particular, hemos preparado estos modestos apuntes sobre uno de los elementos más importantes de la evolución jurídica hondureña: la codificación.

Agradecemos la colaboración prestada para este trabajo por el doctor don Víctor Pérez Vargas, profesor de Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el estudiante don Jeffry Chinchilla Madrigal, asistente de la cátedra de Historia del Derecho de la misma Facultad, y la Embajadora de Costa Rica en Honduras, doña María de los Ángeles Gutiérrez.

I.- Recopilación y Codificación.

1.- La Tradición Recopiladora.

Desde la Baja Edad Media, y durante la Edad Moderna, algunos de los nacientes Estados europeos procuraron unificar sus sistemas jurídicos mediante la emisión de normas de carácter general para todo el país y la elaboración de recopilaciones, colecciones de normas de diversa fecha y origen, que se reunían, agrupadas por materias, en voluminosas colecciones, aunque sin un sistema de principios generales.

Cuando las provincias centroamericanas se independizaron de España en 1821, su sistema jurídico se basaba en el Derecho indiano, es decir, el emitido por las autoridades de la Corona de Castilla para sus dominios en América. A falta de norma indiana específica sobre alguna materia, el Derecho castellano regía en forma subsidiaria.

En ambos ordenamientos, las normas escritas eran la principal fuente del Derecho y por

ello era indispensable que los operadores de este tuvieran acceso fácil y rápido a las más importantes de las innumerables normas dictadas por la Corona y otras autoridades. Esto hizo que, de conformidad con la admirada tradición del Derecho romano justinianeo y del Derecho canónico católico, se adoptara el sistema de las recopilaciones, que consistía, sustancialmente, en seleccionar las normas de mayor utilización e importancia, resumirlas y clasificarlas para su inclusión en una sola obra, por lo general más o menos voluminosa, a la que se daba carácter oficial. Así se emitieron, por ejemplo, la Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla de 1567, la Recopilación de leyes de los Reinos de las Indias de 1680 y la Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805. También hubo algunas recopilaciones privadas, como como los *Cedularios* o la *Biblioteca de Legislación Ultramarina* de Don José María Zamoray Coronado.

Las recopilaciones habitualmente agrupaban en colecciones de varios tomos miles de leyes de distintas épocas y materias, que generalmente eran ordenadas por materias, aunque los niveles de coherencia y sistematización de cada recopilación variaban según los talentos de sus autores. Generalmente hacían gala de un lenguaje retórico, ampuloso y reiterativo. Como el ordenamiento se caracterizaba por su casuismo, en esa heterogénea acumulación de preceptos había desde normas fundamentales hasta regulaciones de detalles intrascendentes[1].

Para jueces, abogados y funcionarios gubernamentales, las recopilaciones eran valiosos auxiliares, ya que obviamente era mejor tener las leyes más importantes resumidas y clasificadas en una sola obra, aunque esta constase de varios tomos y centenares o miles de páginas, que localizar los textos de disposiciones aisladas en archivos y despachos gubernamentales. Sin embargo, el sistema recopilador también presentaba una serie de inconvenientes: salvo que lo dispusieran expresamente, las recopilaciones oficiales no derogaban las leyes no incluidas en ellas, que seguían teniendo plena vigencia. En consecuencia, podía ocurrir que en un litigio o una gestión administrativa se fundamentasen pretensiones en una ley desconocida o de escasa difusión, que por alguna circunstancia había sido dejada de lado por los recopiladores[2].

2.- La Codificación. Los Códigos Napoleónicos.

El término *código* había tenido diversos y no muy precisos significados en la historia jurídica; sin embargo, durante la Edad Moderna habitualmente designó obras jurídicas dotadas de una cierta unidad de elaboración y de una considerable ordenación formal; por ejemplo, en diversas oportunidades se habló del Código de las Siete Partidas, por tener esta obra tales características. Tal acepción se dejó gradualmente de lado en la Europa de la Ilustración, ya que desde fines del siglo XVIII la voz código se circunscribió a un nuevo tipo de texto jurídico: *una ley de contenido homogéneo por razón de la materia, que de manera sistemática y articulada, expresada con un lenguaje preciso, regulase todos los problemas de la materia unitariamente acotada*[3]. Prusia, Austria y Francia fueron los primeros países europeos en adoptar esta

1 TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, Editorial Tecnos, S. A., 2ª. reimpr. de la 4ª. ed., 1987pp. 465-466.
2 *Ibid.*
3 *Ibid.*, p. 465.

nueva modalidad, que estaba llamada a tener una extraordinaria difusión[4].

El código, en esta innovadora perspectiva, era una antítesis de las recopilaciones. Era una sola ley, elaborada por un solo ente legislador, promulgada en un momento determinado, y todos sus preceptos pertenecían al mismo acto legislativo. Sus dimensiones eran reducidas, y la homogeneidad de su contenido garantizaba su claridad y coherencia. Respondía a una ideología y una filosofía particular y a un plan lógico, que incluía un sistema de principios generales, además de preceptos concretos. Su lenguaje era preciso, sencillo y sobrio, sin nada de las metáforas de las recopilaciones. Con él se aspiraba a resolver todos los problemas que pudiesen presentarse en la rama del Derecho de que se tratase, y de las normas más amplias debían inferirse deductivamente todas las demás[5].

Cuando los países europeos empezaron a elaborar códigos, a *codificar* su derecho en lugar de recopilarlo, dedicaron su atención a ciertas áreas en particular. Por ello no todas las materias del ordenamiento se codificaron, sino solamente las consideradas especialmente importantes y más necesitadas de claridad y orden. Dada la alta calidad reconocida a los códigos de la Francia napoleónica, las ramas del Derecho privilegiadas por ella se convirtieron en las que habitualmente se estimó necesario codificar en otros países que se unieron a la acción codificadora: el Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Civil, el Derecho Procesal Penal y el Derecho Mercantil. El quinteto de los códigos de Napoleón se convirtió en modelo favorito para las acciones realizadas en tal sentido[6].

En el Estado liberal burgués desarrollado a partir de la Revolución francesa, la codificación del Derecho se convirtió en la consecuencia última y principal del racionalismo jurídico y en el resultado de una concepción sistemática del Derecho. El Derecho contenido en los códigos, al contrario de lo que sucedía con las recopilaciones o con los Derechos de naturaleza consuetudinaria, era visto como un Derecho completo, legal y que creaba seguridad jurídica en los ciudadanos. Éstos tenían acceso sin mayor dificultad a los textos codificados, cuyo lenguaje los hacía legibles e inteligibles para todos. La burguesía, que fue la clase impulsora y beneficiaria del movimiento codificador europeo, se aseguró de que éstos incluyesen un Derecho nuevo, basado en su ideología, y también de que sus normas delimitasen de modo estricto la función de los jueces, a fin de que se circunscribiesen a aplicar la ley literal y estrictamente[7].

Si se partía de la idea de que el Derecho codificado era fruto de la razón y en consecuencia apropiado y justo para la sociedad burguesa, se podía concluir que era aplicable a cualquier país y no solamente a aquél en el cual se redactó originalmente. En muchos países europeos y latinoamericanos se adoptó la práctica de copiar con ligeras modificaciones códigos foráneos con leves cambios[8].

Aunque en Francia se dictó el Código Civil de Napoleón en 1804, todavía el Derecho

4 *Ibid.*, p. 476.
5 *Ibid.*, pp. 465-467.
6 *Ibid.*, pp. 467 y 478-481.
7 *Ibid.*, pp. 469-475.
8 *Ibid.*, p. 476.

castellano se mantuvo un cierto tiempo aferrado a la tradición recopiladora, como se puso de manifiesto con la emisión, en 1805, de la Novísima Recopilación.

En 1808 las tropas napoleónicas invadieron España y el Rey Don Fernando VII fue hecho prisionero por Napoleón y recluido en Valençay. El monarca francés cedió la corona española a su hermano mayor José Napoleón, quien el 6 de julio de ese año otorgó en Bayona una Constitución a su nuevo reino. Esta Carta consagró expresamente la idea de la codificación, al disponer en uno de sus artículos que *"Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo código de leyes civiles y criminales"*[9]. Sin embargo, la Constitución de Bayona no llegó a tener ninguna positividad, ya que los españoles opusieron una heroica resistencia a la invasión francesa y el gobierno de Don José Napoleón I nunca pudo consolidarse. Surgieron diversas autoridades para gobernar el país durante la ausencia del Rey y tratar de organizar la defensa nacional; como parte de estos empeños se convocó a elecciones para diputados a Cortes. Las Cortes se reunieron el 24 de setiembre de 1810 en la isla de León y asumieron enseguida el carácter de asamblea constituyente; poco después se trasladaron a la ciudad de Cádiz.

3.- La codificación en el sistema constitucional de Cádiz.

Las ideas codificadoras llegaron pronto a Centroamérica. En 1811, cuando el regidor Don José María Peinado preparó las *Instrucciones* del Ayuntamiento de la ciudad de Guatemala para el Dr. Antonio Larrazábal, elegido como diputado a las Cortes de Cádiz, incluyó en ellas un proyecto de Constitución, en cuyo artículo 39 se decía que el Consejo supremo nacional:

> *"… tendrá el poder legislativo en toda la extensión de los códigos civil y criminal, político y económico."*[10]

Las Cortes de Cádiz apoyaron la idea de que España adoptase un sistema de códigos. En el *Discurso preliminar* con que la Comisión redactora presentó al plenario de las Cortes el proyecto de Constitución, se dijo que:

> *"… la falta de enlace uniformidad de los diferentes códigos de nuestra legislación, que están hoy día en observancia, demuestra hasta la evidencia la necesidad de establecer un sistema de legislación, sin el cual son inútiles ó ineficaces las mejores leyes civiles y criminales. Como toca a la Constitución determinar el carácter que ha de tener en una Nación el código general de sus leyes positivas, deben establecerse en ella los principios de que han de derivarse aquéllas y cualesquiera otras disposiciones que bajo el nombre de ordenanzas o reglamentos hayan de dirigir las transacciones públicas y privadas de los individuos de una Nación entre sí, ó las que celebren con los súbditos de otros Estados con quienes puedan entablar comunicación. Estas reglas no sólo han de servir para la formación de nuevas leyes, sino para dirigir a las Cortes en la derogación o reforma de las que sean incompatibles con el nuevo sistema… La reforma de las leyes criminales es sobre todo muy urgente, porque teniendo por objeto las acciones en que pueden interesarse inmediatamente la vida, la libertad y la buena reputación de las personas, toda dilación en su mejora es de la más grave trascendencia, todo error puede acarrear daños irreparables…. La igualdad de derechos proclamada en la primera parte de la Constitución en favor de todos los naturales originarios de la monarquía, la uniformidad de principios adoptada por V. M. en toda la extensión del vasto sistema que se ha propuesto, exigen que el código universal de leyes positivas sea uno mismo para toda la Nación, debiendo entenderse que los principios generales sobre que han de estar fundadas las leyes civiles y de comercio no pueden estorbar ciertas modificaciones que habrán de requerir necesariamente la diferencia de tantos climas como comprehende la inmensa extensión del imperio español y la prodigiosa variedad de sus territorios y producciones."*[11]

La Constitución aprobada por las Cortes consignó de modo expreso la política codificadora, al que disponer en su artículo 258 que:

> *"El código civil y criminal, y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes."*[12]

Las Cortes Constituyentes no tomaron ninguna disposición concreta para la formación de los códigos, pero sí lo hicieron las primeras Cortes ordinarias, que iniciaron sus sesiones en setiembre de 1813. El 5 de abril de 1814, la cámara procedió *"al nombramiento de los individuos que han de componer las comisiones encargadas de preparar los trabajos para la formación de los códigos civil y criminal"*[13]: para la redacción del Código Civil se nombró a don Ramón Utges, don José de Espiga y Gadea, don José Antonio Sombiela, don Manuel Ruiz Dávila, don Francisco Marina, don Antonio Tamaro y don Manuel de Lardizábal, y para la del Código Penal a don José María Calatrava, don Agustín Argüelles, don Manuel José Quintana, don Manuel Cuadros, don Eugenio Tapia, don Guillermo Moragues y don Nicolás Salcedo.

Las comisiones no llegaron a cumplir su cometido. Pocos días después de su designación, el Rey Don Fernando VII, de regreso en España después de varios años de cautiverio en Francia, restauró el absolutismo, disolvió las Cortes y declaró nulo todo lo actuado durante su ausencia[14].

En marzo de 1820 una revolución liberal en España restableció el régimen constitucional. Al entrar nuevamente en vigencia la Constitución de Cádiz y elegirse nuevas Cortes se reactivó

9 *Constitución de España de 6 de julio de 1808*, art° 96. El texto de la Constitución de 1808 figura en http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2038/2.pd

10 PEINADO, José María, *Instrucciones para la Constitución fundamental de la Monarquía Española y su gobierno*, Guatemala, Editorial del Ministerio de Educación Pública, 1ª. Ed., 1953, p. 21.

11 ARGÜELLES, Agustín, *Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el proyecto de ella (1812)*, en http://hc.rediris.es/01/Constituciones/discurso.htm.

12 *Constitución Política de la Monarquía Española de 19 de marzo de 1812*, art° 258. Su texto en http://hc.rediris.es/01/Constituciones/ce12.htm.

13 *Orden de 2 de abril de 1814*. Su texto figura en *Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes ordinarias desde 25 de setiembre de 1813, día de su instalación, hasta 11 de mayo de 1814, en que fueron disueltas*, Madrid, Imprenta Nacional, 1ª. Ed., 1821.

14 TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.*, p. 487.

la idea de la codificación[15]. En la sesión del 22 de agosto de ese año, las Cortes nombraron comisiones para la redacción de los códigos Civil, Penal, de Procedimientos Civiles y Penales y de Comercio[16].

En 1821 las comisiones respectivas sometieron a la consideración de las Cortes el proyecto de código penal y una parte importante del proyecto de código civil[17]. Este nunca llegó a ser aprobado por las Cortes, que dieron su aprobación al Código Penal el 8 de junio de 1822, cuando ya las provincias centroamericanas se habían separado de la Monarquía Española. El Código fue promulgado por el rey Don Fernando VII el 8 de julio siguiente, para empezar a regir el 1° de enero de 1823[18]. Posteriormente, ese texto legal habría de servir de modelo para el primer código centroamericano, el Código Penal emitido por El Salvador en 1825-1826, e indirectamente también para la parte penal del Código General promulgado en Costa Rica en 1841.

II.- La Codificación en la Federación Centroamericana.

Del liberalismo gaditano, la idea de que era necesario emitir códigos pasó al programa de los independentistas iberoamericanos. En el caso de Centroamérica se encuentran indicios de estas tendencias en fecha tan temprana como enero de 1822, cuando el célebre intelectual hondureño don José del Valle censuró severamente las Partidas, la Recopilación de Castilla y la Recopilación de Indias en un ensayo publicado en el periódico guatemalteco *El Amigo de la Patria*. Al referirse a la Recopilación de Castilla, Valle enumeró varios de los defectos más ostensibles del sistema de las recopilaciones, que se hallaban presentes también en la de Indias:

"*Lo que se llama Recopilación de Castilla no es en propiedad un Código legislativo… no es un todo sabiamente coordinado... Es una compilación de cédulas y leyes, íntegras o en extracto, dictadas por diversos Reyes, en circunstancias distintas, sin enlace, ni concatenación, todas en estilo diverso, y ninguna en el tono preciso y claro que debe ser el de la ley... Los compiladores reunieron leyes publicadas en siglos diferentes; y cada siglo tiene su lengua, sus opiniones, su lógica y su espíritu. Hacinaron confundidas unas con otras leyes constitucionales y bandos de policía: leyes de sucesión a la corona y reglamentos de gremios: leyes desusadas y cédulas u órdenes vivas. Equivocaron las fechas de algunas leyes, y atribuyeron otras a Reyes que no las habían dictad. Pusieron en unos títulos leyes enteras, cargadas de prólogos; y colocaron en otros fragmentos oscuros de cédulas mutiladas. Hicieron de alguna, extractos fieles; y alteraron en otras lo más esencial… No hay unidad en la Recopilación de Castilla. Es una taracea formadas de colores diversos: un cuerpo monstruoso compuesto de partes heterogéneas.*"[19]

15 *Ibid*., pp. 496-497.
16 SCANDELLARI, **Simonetta, "**La difusión del pensamiento criminal de Gaetano Filangieri en España", en *Nuevo Mundo. Mundos Nuevos*, 2007, en http://nuevomundo.revues.org/index3484.html
17 *Ibid*., pp. 497 y 538-539.
18 V. TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.*, pp. 495-497.
19 VALLE, José del, "Gobierno", en *Escritos del licenciado José Cecilio del Valle*, Guatemala, Editorial "José de Pineda Ibarra", 1ª. Ed., 1969, vol. II, pp. 200-201.

Es muy posible que las opiniones de Valle, que era abogado, fueran compartidas por muchos de sus colegas centroamericanos. Llama la atención, sin embargo, que la Asamblea Constituyente de las Provincias Unidas del Centro de América, que se reunió en Guatemala en junio de 1823 no consignara en la Constitución de la República Federal, emitida el 22 de noviembre de 1824, una provisión específica relativa a la codificación. Al parecer, los constituyentes no tenían en mente la emisión de códigos de vigencia general para todo el territorio centroamericano, sino que cada Estado formulara los suyos propios. Cabe señalar que ya desde junio de 1824, la Constitución del Estado de El Salvador había establecido en su artículo 29 que al Congreso estatal le correspondía la potestad de *"Formar el Código Civil y Criminal"* [20].

El artículo 10 de la Carta federal dispuso que cada uno de los Estados de la Federación era libre en su gobierno y administración interior y les correspondía todo el poder que por la misma Constitución no estuviere conferido a las autoridades federales[21]. Como ningún precepto constitucional reservó al Congreso o al Senado de la Federación la potestad de emitir códigos, cabía interpretar que eso era competencia de las legislaturas estatales. Y así lo confirmaba el artículo 161 de la Constitución, que daba a los jueces penales la potestad de imponer arresto por pena correccional, agregaba la frase *"previas las formalidades que establezca el Código de cada estado."*[22]

El Estado de El Salvador fue el que inició la codificación de su Derecho, con base en lo previsto en su propia Constitución. Uno de los diputados salvadoreños, don Mateo Ibarra, había viajado recientemente a España y de allí había traído un ejemplar del Código Penal aprobado por las Cortes en 1822 y puesto en vigencia a partir de 1823. Este texto sirvió para la redacción del primer Código Penal de El Salvador, que fue emitido en dos leyes distintas: la primera, que contenía la parte general, fue aprobada por el Congreso el 18 de abril de 1825 y sancionada el 11 de mayo siguiente, y la segunda, que contenía la parte especial, fue aprobada el 13 de abril de 1826 y sancionada el 18 de julio de ese mismo año[23]. Posteriormente, Guatemala adoptó una serie de proyectos preparados por el jurista norteamericano Edward Livingston para el Estado de Luisiana y la legislación complementaria necesaria: un Código de Reforma y Disciplina de Prisiones (el 26 de abril de 1834), un Código Penal (30 de abril de 1834), una Ley Orgánica de la Administración de Justicia por Jurados (27 de agosto de 1835), un Código de Procedimientos del Ramo Criminal y un Código de Pruebas Judiciales (ambos el 10 de diciembre de 1835), y un Libro de Definiciones. Sin embargo, estos códigos resultaron ser demasiado novedosos y polémicos para el medio guatemalteco, y su vigencia tuvo que ser suspendida poco después de su emisión[24]. Sin duda por influencia de los trabajos de la Asamblea del Estado de Guatemala, en Nicaragua surgió interés por

20 *Constitución de El Salvador de 12 de junio de 1824*, Art° 29. Su texto en **http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1575/9.pdf**
21 *Constitución de la República Federal de Centroamérica de 22 de noviembre de 1824*, art° 10, en http://www.mp.hn/Biblioteca/constituciones/1824.htm
22 *Ibid*., art° 161.
23 SILVA, José Enrique, *Compendio de Historia del Derecho de El Salvador*, San Salvador, Editorial Delgado, 1ª. Ed., 2001, pp. 40-41 y 59-60.
24 LUJÁN MUÑOZ, Jorge, *Del Derecho colonial al Derecho nacional: el caso de Guatemala*, en **http://www-gewi.uni-graz.at/jbla/JBLA_Band_38-2001/085_108.pdf**

los códigos Livingston, y se decidió adoptar en lo sustancial el Código Penal. El 27 de abril de 1837 la Asamblea del Estado aprobó el primer Código Penal de Nicaragua, inspirado en el de Livingston[25], y que al contrario de lo ocurrido con su gemelo guatemalteco, estaba destinado a tener una prolongada vigencia, ya que no fue derogado sino hasta 1879.

En Honduras, aunque la Constitución estatal aprobada en Comayagua el 11 de diciembre de 1825 disponía en el inciso 2 del artículo 32 que era atribución de la Asamblea del Estado *"Formar el código civil y criminal"*[26], no se emitió ningún código en la época federal.

III- La Codificación del Quinteto en los otros Países Centroamericanos.

Una de las preocupaciones de los gobiernos liberales centroamericanos fue la de lograr que los respectivos países pudieran contar con un conjunto propio de códigos modernos, que diera condiciones de racionalidad al ordenamiento jurídico y garantizase la seguridad jurídica, aspiraciones para las cuales el arcaico sistema de las recopilaciones parecía insuficiente. Los gobernantes centroamericanos, al igual que los de otros países del continente y de Europa occidental, dieron preferencia a las cinco grandes áreas codificadas en el Derecho francés por Napoleón: el Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Mercantil, el Derecho Procesal Civil y el Derecho Procesal Penal.

1.- Costa Rica.

El primer país centroamericano que codificó esas cinco áreas del Derecho fue Costa Rica. En 1841, durante el segundo gobierno de don Braulio Carrillo Colina, que a pesar de su naturaleza dictatorial fue marcadamente liberal y progresista, se emitió el Código General del Estado, dividido en tres grandes partes: Civil, Penal y Procesal, comprensiva esta última tanto del procedimiento civil como del penal. La mayor parte de la normativa de este código se inspiró en los dictados para Bolivia y Perú por el gobierno del mariscal Andrés de Santa Cruz y Calahumana[27]. El quinteto costarricense se completó en 1853, cuando el Congreso puso en vigencia en el país el Código de Comercio español de 1829, sustituido pocos meses después por una versión ligeramente modificada para adaptarla al ordenamiento nacional, el Código de Comercio costarricense de 1854[28].

2.- El Salvador.

En el mismo decenio de 1850 en que se completó el quinteto napoleónico en Costa Rica, en El Salvador resurgió el interés por la codificación, que hasta ese momento tenía como

25 V. CUAREZMA TERÁN, Sergio J., "El proceso penal en Nicaragua", pp. 603-605, en ZAFFARONI, E. R., y otros, *El proceso penal. Sistema Penal y Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa, S. A. de C. V., 1ª ed., 2000, *El proceso penal. Sistema penal y Derechos humanos*, México, Editorial Porrúa, pp. 597-684.

26 *Constitución de 11 de diciembre de 1825*, art° 32 inc° 2. Su texto puede consultarse en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471737651469628265679/index.htm.

27 Sobre el Código General costarricense de 1841, V. SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco, *Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica*, Santo Domingo de Heredia,Ediciones Chico, 2ª. ed., 2007, pp. 345-346 y 353-357, 366-369, 377-380, 395-398 y 411-414; SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco, "Transformaciones jurídicas del año 1841", pp. 441-461, en *Braulio Carrillo. El estadista*, San José, Imprenta Nacional, 2000, pp. 411-480.

28 SÁENZ CARBONELL, *Los sistemas… , op. cit.*, pp. 428-432.

único resultado el Código Penal de 1825-1826. En 1855 se emitió el Código de Comercio, inspirado en el español de 1829[29], en 1857 el de Procedimientos Civiles y Criminales y de Fórmulas[30] y en agosto de 1859 se sancionó el Código Civil, que entró en vigencia en mayo de 1860 y era una copia casi literal del Código Civil de Chile de 1855, preparado por el célebre intelectual Andrés Bello[31]. En setiembre de 1859 se emitió además un nuevo Código Penal, inspirado en el español de 1848[32].

3.- Nicaragua.

Al contrario que en los demás países del istmo, en Nicaragua no fueron los gobiernos liberales los que llevaron a cabo la primera codificación, sino las administraciones conservadoras del llamado período de los Treinta Años (1858-1893), el de mayor estabilidad y desarrollo institucional de la historia nicaragüense. En marzo de 1866 las cámaras legislativas de Nicaragua aprobaron un proyecto de código civil que era una copia casi literal del Código Civil de Chile y que fue promulgado por el Presidente don Tomás Martínez Guerrero el 25 de enero de 1867; sin embargo, no entró en vigencia sino hasta el 1° de octubre de 1871, seis meses después de su publicación[33]. El 30 de enero de 1867, el Presidente Martínez sancionó el segundo Código Penal de Nicaragua, que reemplazó al de 1837[34]. El Código de Comercio se emitió en marzo de 1869[35] y el de Procedimientos Civiles en 1871[36]. El quinteto se completó con la promulgación del Código de Instrucción Criminal que entró en vigor en 1879.

4.- Guatemala.

En Guatemala, la agresiva revolución liberal iniciada en 1871 fue la responsable de resucitar la idea de la codificación, frustrada a fines del decenio de 1830. En 1875, el gobierno del Presidente Justo Rufino Barrios y Auyón nombró una comisión para redactar un código civil y otro de procedimientos, pero en 1876 la reemplazó por una nueva, que en febrero de 1877 presentó el proyecto de código civil, inspirado en el Código Civil peruano de 1852, y el proyecto de código de procedimientos[37]. El 8 de marzo, Barrios promulgó ambos códigos. En ese mismo año se emitieron también el Código de Comercio[38] y el Código Penal[39].

29 SILVA, *op. cit.*, pp.41, 67-71.

30 *Ibid.*, p. 42.

31 GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª. Ed., 2000, p.. ; SILVA, *op. cit.*, pp. 42 y 77-79.

32 *Ibid.*, pp. 60

33 GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, p. 418.

34 CUAREZMA TERÁN, *op. cit.*, p. 606.

35 V. *Superintendencia de bancos y de otras Instituciones Financieras de Nicaragua. Reseña Histórica*, en http://www.superintendencia.gob.ni/index.php?cont=contenido_web&id=1&seccion=3

36 *Código de procedimientos civiles de la República de Nicaragua: redactado con arreglo a las disposiciones del código civil*, Managua, Imprenta de "El Centroamericano", 1ª. Ed., 1871.

37 GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, pp. 346-347.

38 *Código de Comercio*, Guatemala, Imprenta de Luna, 1ª. Ed., 1877.

39 *Código Penal*, Guatemala, Tipografía de "El Progreso", 1ª. ed., 1877.

IV.- El intento de codificación del gobierno de don José María Medina y el frustrado Código penal de 1866.

Después de la separación de Honduras de la Federación centroamericana (1838) y de un largo período de indefinición sobre el futuro del país, una Asamblea Constituyente reunida en Comayagua aprobó en febrero de 1848 una nueva Constitución para el Estado, cuyo artículo 29 señalaba en su inciso 2 que correspondía al Poder Legislativo *"decretar los códigos civil, criminal y de procedimientos, para toda clase de personas y delincuentes"*[40]. Sin embargo, pasaron varios años sin que se dieran pasos efectivos para poner en ejecución el precepto.

A principios de 1864, el gobierno del general don José María Medina decidió iniciar la codificación del Derecho hondureño, que en el ámbito centroamericano solamente habían efectuado para entonces Costa Rica y El Salvador. A instancias del Presidente Medina, el Poder Legislativo nombró una comisión de distinguidos jurisconsultos para que preparara proyectos de códigos, a fin de sustituir a la vieja legislación castellana e indiana. La comisión cumplió con su cometido; sin embargo, los textos que preparó no llegaron a emitirse como códigos, debido a la sublevación que estalló contra el gobierno de Medina en diciembre de 1864 y que dio lugar a la sangrienta represión conocida como *La ahorcancina de Olancho*, a mediados de 1865[41].

Medina logró mantenerse en el poder, y en setiembre de 1865 una Asamblea Constituyente convocada por su gobierno emitió una nueva Constitución. En el inciso 2 de su artículo 26 se indicaba que el Poder Legislativo podía delegar en el Ejecutivo, entre otras, la facultad de *"Decretar los Códigos Civil, Penal, de Procedimientos, de Comercio y Minería"*[42].

Para inicios de 1866 ya estaba bastante avanzado un proyecto de código penal, cuya redacción se había confiado al diputado don Carlos Madrid[43], Secretario del Congreso Nacional, quien además de haber sido Ministro General de Honduras, había sido juez en El Salvador durante varios años. A partir de esta experiencia, Madrid tomó como modelo el Código Penal salvadoreño de 1859, basado a su vez en el español de 1848[44], que gozaba de gran prestigio. Según el historiador del Derecho español don Francisco Tomás y Valiente,

> *"… es un texto técnicamente muy correcto, cuya estructura se ha respetado en los posteriores Códigos españoles hasta la actualidad y que en muchos preceptos revela la rigurosa severidad de un Estado liberal moderado, que lo utiliza como instrumento eficaz para defender el orden establecido…"*[45]

Como su modelo español, el texto preparado por Madrid era muy severo: prodigaba la pena de muerte e incluso describía el ceremonial que debía seguirse en las ejecuciones.

El 2 de marzo de 1866, el Congreso acordó delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de decretar los códigos, conforme al artículo 26 de la Constitución de 1865[46]. El 7 de marzo, el diputado Madrid remitió al Presidente Medina su proyecto de código, con una nota en la cual indicaba que lo había redactado con base en el Código Penal de El Salvador

> *"… que he practicado mucho tiempo como juez en aquella República, y he palpado las ventajas que la sociedad reporta, con una legislación clara y sencilla que aleja la odiosa arbitrariedad judicial. He consultado también el código español, que con pocas diferencias, es el mismo salvadoreño, y la obra de sus comentadores La Serna y Montalbán, actuales catedráticos en la Universidad de Madrid."*[47]

Al día siguiente, 8 de marzo de 1866, el Presidente Medina emitió un decreto mediante el cual se promulgaba el Código Penal, que transcribimos literalmente a continuación, por tratarse de la partida de bautismo de la codificación hondureña:

"JOSÉ MARÍA MEDINA

Teniente General y Presidente de la República de Honduras

A SUS HABITANTES

Sabed: que investido de las facultades señaladas en el artículo 26 de la Constitución, que se delegaron por el Soberano Congreso al P. E. en el decreto de 2 de Marzo del año corriente; y oído el voto de una comisión de Letrados.

DECRETO

Artículo 1.- Los 496 artículos contenidos en los tres libros del presente Código, son las únicas leyes penales vigentes en la República en las materias de que ellos tratan.

Artículo 2.- Treinta días después de publicado este Código regirá en toda la República.

Dado en Comayagua a 8 de Marzo de 1866.
JOSÉ MARÍA MEDINA

El Ministro de Gobernación y Justicia.

PONCIANO LEIVA."[48]

El Código Penal fue impreso lujosamente en París. Constaba de tres libros. El Libro I contenía disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y als penas. El Libro II trataba de los delitos y sus penas, y el III de las faltas y sus sanciones. Un

40 V. *Constitución de 5 de febrero de 1848*, art° 29 inc° 2. Su texto completo puede consultarse en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371307122384802980035/index.htm.
41 V. BARAHONA, Rubén, *Breve historia de Honduras*, Tegucigalpa, D. C., Talleres Tipográficos Nacionales, 1ª. Ed., 1946, pp. 132-133; BECERRA, Longino, *Evolución histórica de Honduras*, Tegucigalpa, Editorial Baktún, 16ª. Ed., 2001, pp. 120-121.
42 *Constitución de 28 de setiembre de 1865*, art° 26 inc° 2. Su texto completo puede consultarse en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01478403322625673132268/index.htm
43 Sobre Madrid, V. LEIVA VIVAS, Rafael, *Diplomacia y literatura en HonduraS. Notas de Rafael Leiva Vivas*, pp. 21-22, en http://www.conadeh.hn/CEDI/documentos/D987_DIPLOMACIA_DE_LITERATURA_EN_HONDURAS.pdf.
44 Así lo indica Madrid en una carta al Presidente Medina, fechada en Comayagua el 7 de marzo de 1866 e incluida en *Código Penal de la República de Honduras*, París, Librería de Rosa y Bouret, 1ª. ed., 1866, páginas preliminares, sin numerar.
45 TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.*, p. 500.
46 *Ibid.*
47 *Ibid.* Se refiere a la obra de Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán, *Elementos del derecho civil y penal de España: precedidos de una reseña histórica*, publicada por primera vez en Madrid en 1861.
48 El texto del decreto figura en *Ibid.*

título final contenía disposiciones comunes, y uno de sus artículos ponía de manifiesto las intenciones del gobierno de Medina de codificar también el Derecho Civil e incluso permite suponer que ya se había avanzado en esa dirección:

> *"Artículo 492.- Siempre que el código penal se refiera a disposiciones del código civil o de derecho, hasta tanto que el primero se publique, se entiende la referencia a la legislación civil vigente, y en su defecto a lo que se halle establecido por la jurisprudencia general; pero si no hubiere jurisprudencia fija sobre el caso, se entenderá consignada la disposición del código, para cuando la ley establezca lo conveniente."*[49]

A pesar de estas y otras manifestaciones, y de que Medina logró mantenerse en el poder durante varios años más, el Código Penal aprobado en 1866 no llegó a entrar en vigencia[50]

y no se dictó ningún otro sino hasta que se produjo la revolución liberal.

V.- La Codificación del Gobierno de don Marco Aurelio Soto Martínez.

La revolución liberal guatemalteca de 1871 tuvo graves consecuencias en Honduras, ya que el Presidente de Guatemala don Miguel García Granados y Zavala y su colega salvadoreño don Santiago González se aliaron para derrocar al general Medina y colocar en la presidencia hondureña al político liberal don Céleo Arias, quien inauguró su gobierno en mayo de 1872. Sin embargo, el país se vio pronto aquejado por nuevos conflictos bélicos, y en 1873 el nuevo Presidente guatemalteco Rufino Barrios y el Presidente salvadoreño González acordaron unir fuerzas para derrocar a Arias e imponer en la presidencia de Honduras a don Ponciano Leiva Madrid, antiguo Ministro de Gobernación y Justicia de Medina. Mientras de desarrollaba la lucha, una Asamblea Constituyente convocada por Arias aprobó en Comayagua una nueva Constitución, cuyo artículo 26 repetía de modo casi literal en su inciso 3 el precepto de la Carta de 1865, al decir que el Legislativo podía delegar en el Ejecutivo la facultad de *"decretar los Códigos Civil, Penal, de Procedimientos, de Comercio y Minería…"*[51]. Sin embargo, este precepto jamás llegó a aplicarse, ya que en enero de 1874 Arias tuvo que capitular y Leiva entró en Comayagua[52].

El nuevo gobernante tampoco logró consolidarse en el poder y cayó en desgracia ante Barrios, quien empezó a sospechar que aquel se había aliado con el Presidente salvadoreño González para derrocarlo. En 1876 Barrios declaró la guerra a El Salvador para reemplazar a González con don Andrés Valle y además decidió intervenir de nuevo en Honduras para propiciar la caída de Leiva. Después de muchas incidencias, Leiva tuvo que abandonar el poder. El doctor don Marco Aurelio Soto Martínez, abogado liberal hondureño que estando exiliado en Guatemala había sido Ministro de los Presidentes García Granados y Barrios, fue proclamado como nuevo Presidente de

49 *Ibid.*, artº 492.
50 LEIVA VIVAS, *op. cit.*, p. 22.
51 *Constitución de 23 de diciembre de 1873*, art° 26 inc° 3. Su texto completo puede consultarse en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02449465325133385754491/index.htm
52 BARAHONA, *op. cit.*, pp. 137-140.

Honduras e inauguró su gobierno en Amapala el 27 de agosto de 1876[53].

El doctor Soto llevó a cabo una vasta tarea de reorganización nacional y llevó a cabo muchas obras importantes para el progreso y la paz del país, postrado por muchos años de guerras intestinas y conflictos con los países vecinos. El 5 de febrero de 1880 convocó a una Asamblea Constituyente, que el 1° de noviembre emitió una nueva Constitución. En esta Carta, que entró en vigor el 1° de diciembre, se consagró gran parte del ideario liberal, laico y progresista de Soto y sus colaboradores, entre los que destacaba de modo significativo el Ministro General, principal ideólogo de la reforma liberal y uno de los más distinguidos intelectuales de la historia hondureña[54].

La Asamblea Constituyente además aprobó una Ordenanza Militar, una Ley de Tribunales y otra de Notariado, así como un importante conjunto de códigos: Civil, de Procedimientos, Penal Común, Penal Militar, de Comercio, de Minería, de Aduanas y de Instrucción Pública[55], que entraron en vigencia el 1° de enero de 1881.

El Código Civil se basó muy de cerca en el Código Civil de Chile redactado por Andrés Bello[56], e introdujo en el Derecho hondureño reformas radicales y muy polémicas para su tiempo, tales como el matrimonio civil y la prohibición de censos, fideicomisos y toda clase de vinculaciones[57]. También puso fin al régimen de herederos forzosos, eliminó las legítimas y las mejoras y estableció el sistema de libre testamentifacción, sin más limitaciones que la porción conyugal y la atención de las obligaciones alimentarias[58].

El Código Penal, denominado Penal Común para diferenciarlo del Penal Militar, tuvo como modelo el Código Penal español de 1870, del que en muchos aspectos fue copia casi literal[59]. Este Código, al igual que su modelo, estaba basado en el sistema de la llamada "aritmética penal", que convertía a los jueces en simples máquinas. Dividía los hechos punibles en crímenes, delitos y faltas. Cabe recordar es que la nueva Constitución (art° 6) proclamó la inviolabilidad de la vida humana el artículo 85 de la misma Carta establecía que *"Mientras se establece el régimen penitenciario, podrá imponerse la pena de muerte en los casos que designe la ley"*[60]. En diciembre de 1882 se decretó la construcción de una nueva penitenciaría, para cumplir con la intención de rehabilitar al delincuente[61].

El Código de Comercio fue copiado del Código mercantil español de Don Fernando VII, emitido en 1829[62].

53 *Ibid.*, pp. 140-141.
54 *Ibid.*, pp. 141-147; BECERRA, *op. cit.*, pp. 127-132.
55 BARAHONA, *op. cit.*, p. 142.
56 GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, p. 421.
57 GONZÁLEZ Y CONTRERAS, Gilberto, *El último caudillo*, México, D. F., B. Costa-Amic, Editor, 1ª. ed. 1946, p.P. 31.
58 GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, pp. 488-489.
59 *Código Penal de la República de Honduras*, Tegucigalpa, Tipografía Nacional, 1ª. Ed., 1880.
60 El texto de la *Constitución de 1° de noviembre de 1880*, que entró en vigencia el 1° de diciembre de ese año, figura en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12159085351210402976624/p0000001.htm#I_1_
61 SALAS, Luis, y RICO, José María, *La justicia penal en Honduras*, EDUCA, 1ª. Ed., 1989, pp. 31 y 33-34.
62 D'ANS, André-Marcel, *Honduras. Difícil emergencia de una nación, de un Estado*, Tegucigalpa, René Video Producción, 5ª. Ed., 2007, p. 171; REINA VALENZUELA, José, y ARGUETA, Mario, *Marco Aurelio Soto: reforma liberal de 1876*, Tegucigalpa, Banco Central de Honduras, 1ª. ed., 1978, p. 220.

El Código de Procedimientos, promulgado el 27 de agosto de 1880[63], regulaba tanto el proceso civil como el penal y estaba inspirado en la legislación española. Además de definiciones y reglas generales, contenía disposiciones sobre las rebeldías, la acumulación de autos, el desistimiento de la demanda, la demanda y el emplazamiento, la prueba en general, los trámites de apelación, el juicio ejecutivo, los juicios posesorios, el juicio de desahucio, el juicio arbitral, los juicios de comercio, los recursos de casación, los inventarios solemnes, el juicio criminal y el modo de substanciarlo, y los recursos de apelación y casación en lo criminal[64].

El 1° de enero de 1881 también entró en vigencia el Código Penal Militar, redactado por los abogados Carlos Alberto Uclés, Adolfo Zúniga y Jerónimo Zelaya[65]. Contenía disposiciones preliminares y disposiciones especiales y capítulos relativos a lesiones entre militares, corrupción, el estado de guerra y sus efectos, el falso testimonio y el soborno de testigos, la constitución de los tribunales militares, las reglas del procedimiento, el modo de proceder en caso de fuga y los procedimientos ante los tribunales militares[66]. Estaba inspirado en el Código Penal Militar italiano de 1869[67].

El Código de Minería fue copiado de la legislación minera chilena de 1874[68].

VI.- La Codificación del Gobierno de don Policarpo Bonilla Vásquez.

1.- Antecedentes.

La codificación de 1880-1881 no estaba destinada a una larga vida, como tampoco el gobierno de don Marco Aurelio Soto. Elegido como Presidente constitucional para el período 1881-1885, Soto terminó enfrentado con su antiguo patrocinador guatemalteco Barrios, y en agosto de 1883 tuvo que renunciar a la presidencia[69]. Para reemplazarle fue elegido popularmente el general don Luis Bográn Barahona, quien fue reelegido en 1887. Desde los inicios del gobierno de su sucesor, el general don Ponciano Leiva Madrid, elegido para el período 1891-1895, empezaron nuevamente las actividades revolucionarias y las luchas intestinas. Leiva tuvo que renunciar a principios de 1893. El general Domingo Vásquez Toruño, elegido para el período 1893-1897, fue derrocado a principios de 1894 por una invasión de exiliados hondureños encabezada por el doctor don Policarpo Bonilla Vásquez, con el respaldo del gobierno de Nicaragua[70].

Con la caída del general Vásquez Toruño quedó roto el orden constitucional. El Presidente Bonilla convocó a elecciones para

63 SUAZO LAGOS, René, y otros, "El proceso penal en Honduras", p. 369. Su texto figura en ZAFFARONI, y otros, *op. cit.*, pp. 357-402. Este detallado y valioso ensayo también puede consultarse electrónicamente en http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan028759.pdf.

64 *Código de Procedimientos de la República de Honduras*, Tegucigalpa, Tipografía Nacional, 1ª. Ed., 1880.

65 *Efemérides militares. Mes de enero*, en http://www.ffaah.mil.hn/index.php/historia-militar/efemerides-militares.html?showall=1.

66 *Código Penal Militar de la República de Honduras*, Tegucigalpa, Tipografía Nacional, 1ª. ed., 1881. Su texto también figura en http://www.archive.org/stream/cdigopenalmilit00hondgoog#page/n13/mode/1up.

67 V. D'ANS, *op. cit.*, p. 171.

68 REINA y ARGUETA, *op. cit.*, p. 220.

69 BARAHONA, *op. cit.*, pp. 144-147.

70 *Ibid.*, pp. 147-160.

una asamblea constituyente, que se instaló el 11 de julio[71]. Esta Asamblea aprobó el 14 de octubre de 1894 una nueva Constitución Política, que entró en vigencia el 1° de enero de 1895[72].

El 15 de abril de 1895, la Asamblea Constituyente, debido a que estaba agotada la edición de los códigos del país, acordó facultar al Poder Ejecutivo para nombrar una comisión que preparase las reformas requeridas por los Códigos Civil, de Comercio, de Minería, de Procedimientos, Penal y Penal Militar y Ordenanza Militar[73]. Para la redacción del Código Civil, el de Comercio y el de Minería fueron designados el doctor don. Adolfo Zúñiga y los licenciados don Jerónimo Zelaya y don Ángel Ugarte; para la del Penal y el de Procedimientos al doctor don Carlos Alberto Uclés y al licenciado don Leandro Valladares, y para la del Penal Militar y la Ordenanza Militar al licenciado don Pedro H. Bonilla y al general don Dionisio Gutiérrez[74].

2.- El Código Penal.

El 30 de junio de 1897, la comisión redactora de la nueva legislación penal presentó su trabajo, basado sustancialmente en el Código penal español de 1870, aunque con algunas reformas importantes, especialmente la supresión de la pena de muerte, abolida en Honduras por la Constitución recién emitida[75].

El nuevo Código Penal fue promulgado por el Presidente Bonilla el 29 de julio de 1898, para empezar a regir el 1° de enero de 1899.

3.- El Código de Comercio.

Para preparar el nuevo Código de Comercio, don Ángel Ugarte y don Jerónimo Zelaya se fundamentaron en el hasta entonces vigente de 1881, en el Código de Comercio de Guatemala de 1877 y muy especialmente en el Código de Comercio español de 1886[76]. El Código fue emitido el 15 de septiembre de 1898, se publicó en el diario oficial el 31 de diciembre siguiente y empezó a regir el 1° de enero de 1899. Era de carácter predominantemente objetivo. Constaba de un título preliminar referido principalmente a los actos de comercio (compraventa, permuta etc.) y de cuatro libros. El libro I se refería a la figura del comerciante y la contabilidad mercantil, el II regulaba los contratos y obligaciones mercantiles, el III trataba del comercio marítimo y el IV contenía la normativa sobre suspensiones de pago, quiebra y prescripción[77].

4.- El Código de Procedimientos.

La normativa procesal de 1880 fue derogada por el Código de Procedimientos del 31 de enero de 1899, inspirado en la legislación española. Estaba dividido en 1460 artículos distribuidos en cuatro libros, el primero de

71 SANSO, Aro (pseudónimo de Ismael Mejía Deras), *Policarpo Bonilla, Apuntes biográficos*, México, D. F., Imprenta Mundial, 1ª. ed. 1936, p. 273.

72 El texto de la *Constitución de 18 de octubre de 1894*, que entró en vigencia el 1° de enero de 1895, puede consultarse en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/08144174511970573087857/index.htm

73 V. el decreto respectivo en http://www.archive.org/stream/cdigodecomercio00hondgoog#page/n11/mode/1up

74 *Ibid.*

75 *Código Penal*, Tegucigalpa,Tipografía Nacional, 1ª. ed., 1898, pp. IX-XX. Su texto también puede consultarse en http://www.archive.org/texts/flipbook/flippy.php?id=cdigopenal00hondgoog

76 V. el dictamen de la Corte Suprema de Justicia sobre el nuevo Código y el informe de los redactores, cuyo texto puede consultarse en http://www.archive.org/stream/cdigodecomercio00hondgoog#page/n11/mode/1up

77 Ibid.; *Código de Comercio*, Tegucigalpa, Tipografía Nacional, 1a. ed.,1898.

disposiciones comunes, el segundo relativo a la jurisdicción contenciosa, el tercero a la voluntaria y el cuarto, al proceso penal[78]. Este último libro estableció en Honduras el juicio oral y público ante el jurado, que lo conocía a partir de la apertura del plenario[79]; sin embargo, tuvo una vigencia efímera, ya que fue derogado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 12 de setiembre de 1904.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1904 tenía un título preliminar y cinco numerados, distribuidos en 163 artículos. El título preliminar se refería a las potestades y deberes de los jueces penales ya l ejercicio de las acciones criminales y civiles. El título I versaba sobre el modo de sustanciar el sumario y el juicio escrito hasta la sentencia; el II trataba de los recursos de apelación, revisión y casación; el III regulaba las cuestiones incidentales, los sobreseimientos y las cauciones; el IV se refería al modo para exigir responsabilidad a los jueces y magistrados y a los procedimientos especiales contra ausentes y para perseguir delitos de injuria y calumnia, y en el V se contenía la normativa relativa a los juicios por faltas[80]. Esta Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1904 también tuvo una vida muy corta, ya que fue derogada por el Código de Procedimientos que empezó a regir el 1° de marzo de 1906[81].

5.- El Código Civil.

El proyecto de código civil que preparó la subcomisión formada por el doctor Zúñiga y los licenciados Zelaya y Ugarte fue sometido a la Corte Suprema de Justicia, pero esta encontró numerosos errores en el texto y propuso elaborar un nuevo proyecto, tarea en la cual también se aprovecharía el trabajo de la subcomisión, idea aceptada que fue aceptada por el Poder Ejecutivo el 19 de julio de 1897[82].

El nuevo texto fue redactado por los magistrados don Alberto Uclés y don Rómulo Ernesto Durón y aprobado unánimemente por la Corte Suprema, que lo presentó a la consideración del Ejecutivo el 31 de octubre de 1898, junto con un informe sobre el trabajo efectuado, en el cual se indicaba que además de mantener las reformas fundamentales introducidas por el Código de 1880, había tenido como modelo el Código Civil español de 1889. Dos meses después, el 31 de diciembre, el Presidente Bonilla decretó el nuevo Código Civil, que entró en vigor el 15 de setiembre de 1899[83] y que tenía 2070 artículos y dos adicionales relativos a su observancia.

El Código Civil de 1899 se ajustaba en su contenido al del Código civil español. Constaba de un título preliminar y cuatro libros. El libro I versaba sobre las personas; el II trataba de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones; el III se refería a los diferentes modos de adquirir la propiedad y el IV regulaba las obligaciones y contratos[84]. A fin de cuentas, lo que empezó como un proyecto para reformar el Código de 1880 terminó con la adopción de uno totalmente nuevo, ya que lo que a fin de

78 *Enciclopedia Universal Europeo-Americana*, Madrid, Espasa-Calpe, S. A., 1ª. ed., 1905-1930, vol. 28, p. 240.
79 El jurado existía en Honduras con anterioridad a esa legislación, pero solamente entraba a conocer del caso después de evacuados los traslados de buena prueba, por lo que el procedimiento seguía siendo escrito. V. SUAZO LAGOS y otros, *op. cit.*, p. 369. Además, una ley de 14 de noviembre de 1895 había establecido un jurado de seis integrantes para calificar los delitos de imprenta. V. *Enciclopedia…* , *op. cit.*, vol. 28, p. 241.
80 *Ibid*., vol. 28, pp. 240-241.
81 SUAZO LAGOS y otros, *op. cit.*, p. 369.
82 *Código Civil*, Tegucigalpa, Tipografía Nacional, 1ª. ed., 1898, pp. VI y ss.
83 *Ibid*, pp. IX y ss..
84 *Ibid*.

cuentas se hizo fue cambiar el Código chileno de 1855 por el español de 1889[85].

6.- El Código de Minería.

Además de los códigos ya reseñados, el 5 de setiembre de 1898 el Presidente Bonilla también emitió un nuevo Código de Minería, que era una versión actualizada del de 1881, con las diversas innovaciones que habían ido introduciéndose en el derecho minero mediante disposiciones especiales. El nuevo Código empezó a regir el 1ª de enero de 1899[86].

VII- La Codificación del Gobierno de don Manuel Bonilla Chirinos.

1.- Antecedentes.

Varios de los códigos emitidos entre 1898 y 1899 tuvieron una vida efímera, lo mismo que la Constitución de 1894. Concluido el período presidencial de don Policarpo Bonilla Vásquez, ascendió al poder don Terencio Sierra, elegido para el cuatrienio 1899-1903, pero el Congreso no efectuó la declaratoria correspondiente a las elecciones de octubre de 1902 y esto dio origen a nuevos conflictos. A fin de cuentas el Congreso, de un modo que muchos juzgaron inconstitucional, designó como nuevo Presidente a don Juan Ángel Arias, pero el general don Manuel Bonilla Chirinos, que se consideraba el verdadero vencedor en las elecciones de 1902, se alzó en armas a los pocos días y logró derrocar a Arias. El Congreso declaró a Bonilla triunfador en los comicios del año anterior, y el 17 de mayo de 1903 el general tomó posesión como Presidente constitucional. Sin embargo, a principios de 1904, exasperado por la fuerte oposición política que existía en su contra, Bonilla hizo encarcelar a los diputados oposicionistas, declaró el estado de sitio, asumió todos los poderes y convocó a una asamblea constituyente[87].

La Asamblea Constituyente de 1904 aprobó el 2 de setiembre la nueva Constitución Política, pero esta disponía en su artículo final, que *"La presente Constitución comenzará a regir cuando se decreten las leyes secundarias en armonía con ella…"*[88]. Por esta circunstancia, la Constituyente facultó al Poder Ejecutivo para designar una comisión encargada de revisar los códigos vigentes y otras leyes, a fin de armonizarlos con esa Carta fundamental. El 14 de noviembre de ese mismo año, el Presidente Bonilla creó una Comisión General de Legislación para la elaboración de proyectos de código civil y de procedimientos, código penal militar, penal común y fiscal, así como una serie de leyes especiales[89]. Se repetía, por consiguiente, el mismo fenómeno de 1895, y el resultado sería idéntico: una labor iniciada oficialmente con el propósito de ajustar los códigos vigentes a nuevos preceptos constitucionales, terminaría produciendo la derogatoria de aquellos y la emisión de nuevos.

Para enero de 1906 ya estaban preparados los proyectos de los nuevos códigos y leyes,

85 GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, p. 488.
86 http://www.archive.org/stream/codigodemineria00hondgoog#page/n12/mode/1up
87 BARAHONA, *op. cit.*, pp. 166-171.
88 *Constitución de 2 de setiembre de 1904*. Su texto puede consultarse en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12059439739035940765213/index.htm
89 GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, p. 419.

con excepción del referido al Código Fiscal. La Constituyente, urgida para poner en vigencia la nueva Constitución Política, y en atención a que la impresión de esos textos no podría concluirse sino hasta febrero, y que por la índole y extensión de los nuevos códigos y leyes la Asamblea no podría *"examinarlos con el detenimiento que su importancia exige y con la brevedad necesaria, para que comience a regir cuanto antes la nueva Constitución"*[90], acordó el 19 de enero autorizar al Poder Ejecutivo para que decretara y promulgara los nuevos códigos y leyes, a fin de que empezaran a regir el 1° de marzo. En esta fecha también entraría en vigor la Carta fundamental y tomaría posesión el general Bonilla como Presidente de la República, cargo para fue elegido por la propia Asamblea Constituyente, de conformidad con lo previsto en el artículo 146 de la nueva Constitución, que establecía: *"Por esta vez y para el primer período constitucional, la presente Asamblea hará la elección de Presidente de la República y de los Magistrado de la Corte Suprema de Justicia; debiendo recibirles la promesa de ley."*[91].

2.- El Código Civil.

El 8 de febrero de 1906, el Presidente Bonilla promulgó el nuevo Código Civil, para que empezara a regir el 1° de marzo. El texto, preparado por los abogados don Leandro Valladares y don Mariano Vásquez, y para cuya redacción se utilizó como modelo fundamental el Código Civil de Chile, tenía 2368 artículos y cuatro más sobre observancia, distribuidos aquellos en un título preliminar y cuatro libros, que versaban el I sobre las personas, el II sobre los bienes, su dominio, posesión, uso y goce; el III sobre la sucesión por la causa de muerte y las donaciones entre vivos, y el IV sobre las obligaciones y contratos. Este sistema:

> *"… era familiar a los hondureños, pues correspondía plena y exactamente al del código chileno; así lo dejó dicho expresamente la Comisión General de Legislación en su informe. Lo propio ocurría con el contenido de su articulado. Así, pues, Honduras retornó, en general, al primer código que tuvo en su historia, al de 1880, es decir al chileno, pero con modificaciones, a veces importantes, para las cuales se sirvió de "los más notables códigos de Europa y América". Así por ejemplo, en el articulado concerniente a la interpretación de la ley y las personas jurídicas, que desreguló sensiblemente, así como los esponsales …"*[92]

3.- El Código Penal.

Para el nuevo Código Penal, el cuarto de la historia jurídica hondureña, que también fue aprobado el 8 de febrero y entró en vigencia el 1° de marzo de 1906, los redactores tomaron como modelo el Código Penal español de 1870, es decir, el mismo que había servido para la redacción del Código Penal de 1899[93]. Cabe recordar que la Constitución de 1904 restableció la pena de muerte para varios delitos[94].

90 V. *Decreto N° 76 de 19 de enero de 1906*. Su texto figura en *Legislación militar centroamericana*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1ª. ed., 1997, pp. 512-513.
91 *Constitución de 2 de setiembre de 1904*. , art° 146.
92 GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, p. 423.
93 V. FRAGOSO, Heleno Cláudio, *O Direito Penal Comparado na América Latina*, en http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo30.pdf
94 V. SALAS y RICO, *op. cit.*, p. 35.

4.- El Código de Procedimientos.

El 1° de marzo de 1906 empezó también a regir un nuevo Código de Procedimientos, que derogó tanto el Código de Procedimientos de 1899 como la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1904 y volvió a reunir en una sola normativa la regulación de los procesos civiles y de los procesos penales[95]. El texto contenía 1306 artículos distribuidos en dos partes. La primera, que comprendía 1158 artículos, regulaba los procesos civiles; la segunda, que tenía 148 artículos contenidos en un libro único, los penales, con respecto a los cuales se mantuvo la tendencia de la ley de 1904, ya que se consagró un juicio penal sustancialmente escrito, ventilado ante un juez de Derecho[96] y de corte notoriamente inquisitivo[97].

5.- El Código Militar.

Además de los códigos ya reseñados, el 8 de febrero de 1906 el Presidente Bonilla también emitió un nuevo Código Militar. Este, que continúa aún vigente, consta de 646 artículos distribuidos en tres tratados. El tratado primero contiene un libro primero de disposiciones generales y un libro segundo relativo a los delitos y sus penas; el tratado segundo se refiere a la organización y atribuciones de los tribunales militares, y el tratado tercero regula los procedimientos militares. Un artículo final se refiere a la observancia del Código, que entró en vigor el 1º de marzo de 1906 y reemplazó al Código Penal Militar de 1881[98].

VII.- Las Codificaciones Posteriores.

El gobierno constitucional del general Bonilla tuvo una duración muy corta, ya que fue derrocado por una revolución en marzo7 de 1907. En setiembre de ese año, mediante un decreto, se puso nuevamente en vigencia la Constitución de 1894[99], que fue adoptada íntegramente por una nueva Asamblea Constituyente en febrero de 1908[100] y subsistió hasta 1924. Sin embargo, las nuevas autoridades no consideraron necesario resucitar los códigos de 1898-1899 y en consecuencia se mantuvieron vigentes los promulgados por el gobierno caído. De ellos, el Civil y el Militar continúan aún en vigor; el Penal y el de Procedimientos tuvieron una existencia bastante prolongada[101].

95 SUAZO LAGOS y otros, *op. cit.*, p. 369.
96 *Ibid*.
97 V. MORALES MONTALVÁN, Vilma Cecilia, *Implementación de la Reforma Penal en la República de Honduras*, en http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=770062
98 El texto del Código Militar de 1906 figura en *Legislación militar centroamericana*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1ª. Ed., 1997, pp. 512-626. También aparece en http://www.archive.org/stream/cdigomilitar00hondgoog#page/n0/mode/1up
99 Sobre la caída del general Bonilla, V. BARAHONA, Rubén, *op. cit.*, pp. 171-173.
100 V. *Decreto de 8 de febrero de 1908*, en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360626541469617165679/index.htm
101 En 1921, Honduras se unió con El Salvador y Guatemala en la resucitada República Federal de Centroamérica. En la Constitución de la nueva federación, aprobada en Tegucigalpa el 9 de setiembre de ese año, se estableció (artº 86 incº 2) que era atribución del Poder Legislativo federal *"Unificar la legislación civil, comercial, penal y procesal, decretando, al efecto, los Códigos que deben regir en los Estados y en el Distrito Federal."*; sin embargo, la unión fue efímera y a principios de 1922 los tres estados participantes reasumieron su soberanía. El texto de la *Constitución de la República Federal de Centroamérica de 1921* figura en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/00367407811103873087857/p0000001.htm

1.- El Derecho Internacional Privado. El Código Bustamante.

Honduras fue uno de los países signatarios de la Convención de Derecho Internacional Privado suscrita en La Habana en febrero de 1928, que se conoce como Código Bustamante. En abril de 1930 este tratado fue ratificado por el gobierno hondureño, y al mes siguiente se depositó el correspondiente instrumento de ratificación. Un aspecto importante es que, al contrario de muchos países del hemisferio, Honduras no formuló reservas ni en la firma ni en la ratificación del Código[102].

2.- El Derecho Mercantil. Los Códigos de 1940 Y 1959.

De los cinco textos integrantes de la codificación de don Policarpo Bonilla, el único código que alcanzó una vigencia considerable fue el de Comercio, ya que subsistió durante casi medio siglo. Su reemplazo se efectuó cuando el gobierno del Presidente Tiburcio Carías Andino, mediante el decreto No. 118 de 5 de marzo de 1940, emitió un nuevo Código de Comercio, que fue publicado en el periódico oficial *La Gaceta* No. 11.128 de 14 de junio de ese año.

El Código de 1940 tuvo una vida bastante breve, ya que fue derogado en 1950 por el actual Código de Comercio, emitido durante la administración del doctor don Juan Manuel Gálvez Durón. El nuevo texto se basó en el proyecto de código de comercio mexicano de 1947, que reconocía y reglamentaba de modo minucioso la negociación comercial y sus elementos subjetivos y objetivos, y mantenía tanto el concepto de los actos de comercio como la figura del comerciante[103]; el texto mexicano, a su vez, se basaba principalmente en el Código Civil italiano de 1942[104].

Los principales redactores del nuevo Código, que fue aprobado por el Congreso en mayo de 1950, mediante el decreto 73-50[105], fueron el doctor don Joaquín Rodríguez y Rodríguez, jurista español exiliado, y los juristas hondureños don Roberto Ramírez y don Urbano Quesada[106]. El Código de 1950 fue considerado como uno de los tres más notables código mercantiles latinoamericanos del siglo XX[107]; parte de su normativa ha servido como modelo para las legislaciones de otros países, entre ellas el Código de Comercio de Costa Rica de 1964[108].

En enero de 1979 Honduras ratificó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá en 1975[109], y en octubre de 2000 la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento

102 V. http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-31.html
103 V. CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M., *La recodificación sustantiva del Derecho Mercantil*, en www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/7/dtr/dtr1.htm
104 BARRERA GRAF, *op. cit.*. p. 55.
105 *Código de Comercio*, Tegucigalpa, D. C., Talleres Tipo-Litográficos, 1ª. Ed., 1950. También figura en http://www.honduraslegal.com/legislacion/comercio.htm
106 BARRERA GRAF, *op. cit.*. p. 55.
107 Según *Ibid.*, p. 55, el jurista chileno Julio A. Olavarría, en su obra *Los Códigos de Comercio latinoamericanos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª. Ed., 1961, pp. 95 y 109 y ss., consideró que los tres más notables códigos mercantiles latinoamericanos del siglo XX habían sido el de Nicaragua y el de Panamá, ambos de 1916, y el hondureño de 1950.
108 SÁENZ CARBONELL, *Los sistemas…* , *op. cit.*, p. 433.
109 V. http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache%3Aj7GbgZYN4wJ%3Awww.cainco.org.bo%2Fccac%2FLegislacin%2FConvenci%25C3%25B3n%2520de%2520Panam%25C3%25A1.pdf+convenci%C3%B3n+de+panam%C3%A1+ratificaciones+honduras&hl=es&gl=cr&sig=AHIEtbS5Tw456ImBJWIRbYSnqrddEeZRqw&pli=1

y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, suscrita en Nueva York en 1958[110].

3.- El Derecho del Trabajo. El Código de 1959.

En 1949, año en que llegó a su fin el prolongado régimen dictatorial del Presidente Tiburcios Carías Andino, surgió el Comité Coordinador Obrero (CCO), organización que unificaba a los diversos sectores de trabajadores hondureños y que fue la primera en exigir la emisión un Código de trabajo, leyes de protección a la niñez y otras reformas laborales. En los años siguientes hubo una serie de fuertes movimientos de reivindicación laboral, especialmente la gran huelga bananera de 1954, y se crearon nuevas e importantes organizaciones sindicales[111]. La Constitución Política aprobada el 19 de diciembre de 1957 consignó una novedosa serie de derechos laborales y en su artículo 134 estableció que

"Es de utilidad pública la emisión del Código de Trabajo que regulará las relaciones entre el capital y el trabajo colocándolos sobre una base de justicia social, de modo que ese garantice al trabajador las condiciones necesarias para una vida normal, y al capital una compensación equitativa de su inversión."[112]

La llegada al poder del doctor don Ramón Villeda Morales, elegido para el período 1957-1963 por la misma Asamblea Constituyente que emitió la Constitución de 1957, repercutió favorablemente en el campo jurídico laboral. Además de implantar en Honduras el seguro social y de dictar otras medidas en beneficio de las clases trabajadoras[113], el gobierno del doctor Villeda Morales logró la emisión de un Código de Trabajo, que fue aprobado mediante decreto legislativo 189-59 de 19 de mayo de 1959 y publicado el 15 de julio siguiente[114].

El Código de Trabajo consta de 875 artículos, distribuidos en 11 títulos. El título I contiene disposiciones generales. El título II se refiere a los contratos de trabajo; el II al trabajo sujeto a regímenes especiales; el III a las jornadas, descansos y salarios; el IV a la protección a los trabajadores durante el ejercicio del trabajo; el VI a las organizaciones sociales; el VII a los conflictos colectivos de trabajo; el VIII a la organización administrativa del trabajo; el IX a la jurisdicción especial de trabajo y el X a los procedimientos en los juicios de trabajo. El título XI contiene disposiciones varias[115].

4.- El Derecho Minero. El Código de Minería de 1970.

Mediante decreto 143 de 26 de octubre de 1968, el Congreso Nacional aprobó un nuevo Código de Minería, que entró en vigor en julio de 1970, una vez publicado en el diario oficial, y reemplazó al Código de 1898. El nuevo texto constaba de 116 artículos distribuidos en 16 títulos, a saber: I, de las generalidades; II, de

110 V. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html
111 *Movimiento Obrero*, en http://todo.honduraslaboral.org/leer.php/136
112 *Constitución de Honduras de 19 de diciembre de 1957*, artº 134. El texto de la Constitución de 1957 puede consultarse en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01478404433725684232268/p0000001.htm#I_4_
113 V. BARAHONA, Marvin, *Honduras en el siglo XX. Una síntesis histórica*, Tegucigalpa, Editorial Guyamuras, 1ª. ed., 2005, p. 190.
114 Código del Trabajo, Tegucigalpa, Talleres Tipo-Litográficos Nacionales "Ariston", 1ª. ed., 1964. El texto del Código también puede consultarse en http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/29076/64849/S59HND01.htm
115 Ibid.

la exploración; III, de la explotación; IV, de la tramitación de las concesiónes de explotación de lotes mineros; V, del Registro Público de Minería; VI, de las disposiciones comunes a los títulos anteriores; VII, de las substancias minerales especiales; VIII, de las canteras; IX, del régimen tributario; X, del fomento de la minería; XI, de la cancelación de los permisos y concesiones; XII, del uso y aprovechamiento del suelo; XIII, de las eralciones entre concesionarios; XIV, del control técnico y administrativo; XV, de las sanciones, y XVI, de las disposiciones finales y transitorias[116].

5.- El Derecho de Familia. El Código de Familia de 1985 Y El Código de la Niñez y de la Adolescencia de 1996.

Después de un largo período de inestabilidad y de regímenes militares de facto, el 11 de enero de 1982 se aprobó una nueva Constitución Política, en cuyo marco se realizó el retorno a los gobiernos civiles. El nuevo ordenamiento sirvió también como base para la emisión de una serie de nuevos códigos, que procuraban reforzar los derechos humanos y la vigencia del Estado social de Derecho en Honduras.

El primero de estos nuevos códigos fue el Código de Familia, emitido mediante el decreto 76-84 de 11 de mayo de 1984 y publicado en el diario oficial el 16 de agosto de 1984, para empezar a regir un año después. Al entrar en vigor en 1985, este código derogó la mayor parte de las disposiciones del Código Civil de 1906 relativas a las personas, para reemplazarlas por normas que establecieron el Derecho de Familia en Honduras como disciplina jurídica autónoma.

El Código de Familia consta de 338 artículos, distribuidos en 11 títulos. El título I se refiere a la organización de la familia, el II al funcionamiento de la familia, el III a la paternidad y la filiación, el IV a la adopción, el V a la patria potestad, el VI a los alimentos, el VII a la terminación del matrimonio, el VIII a la tutela y el IX al parentesco. El título X contiene disposiciones finales y transitorias[117].

Parte de las disposiciones del Código de Familia fueron sustituidas el 5 de setiembre de 1996, al entrar en vigencia el Código de la Niñez y de la Adolescencia, aprobado mediante el decreto 73-96 de 30 de mayo anterior[118].

6.- El Derecho Penal. El Código de 1985.

Como parte de las nuevas orientaciones del Derecho hondureño en cuanto al respecto efectivo de los derechos humanos, se preparó un proyecto de código penal, inspirado fundamentalmente en el Código Penal Tipo para Latinoamérica[119], para reemplazar a la vetusta normativa de 1906. El nuevo Código Penal fue aprobado mediante decreto 144-83 de 26 de setiembre de 1983 y publicado en la Gaceta oficial el 12 de marzo de 1984, para entrar en vigencia un año después, el 12 de marzo de 1985[120].

El nuevo Código consta de 426 artículos, distribuidos en tres libros. El primero es la

116 El texto del Código de Minería de 1970 figura en http://www.ciprodeh.org.hn/Leyes%20Descargables/CODIGO%20DE%20MINERIA.pdf
117 El texto del Código de Familia de 1985 figura en http://www.iin.oea.org/badaj_v/docs/lcofhn84.htm
118 http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dbe70415.html
119 SUAZO LAGOS y otros, op. cit., p. 370.
120 El texto del Código Penal de 1985 figura en http://www.oas.org/juridico/mla/sp/hnd/sp_hnd-int-text-cp.pdf.

parte general. El segundo es la parte especial, referida a los delitos y sus penas. El tercero regula las faltas y sus sanciones. Hay un título final de disposiciones transitorias y finales[121].

7.- El Derecho Procesal Penal. Los Códigos de 1985 y 2002.

Al entrar en vigencia el Código Penal de 13 de marzo de 1985, empezó también a regir un Código de Procedimientos Penales, emitido el 24 de octubre anterior. Este Código contenía normas relativas a los fundamentos del procedimiento penal; competencia, recusaciones y excusas; actos procesales; procedimientos especiales; juicios sobre faltas; proceso penal y del modo de substanciarlo; recursos contra las providencias y sentencias, e incidentes del juicio criminal [122]. Este Código de Procedimientos Penales de 1985 fue el primero de ese nombre en la historia jurídica de Honduras, pero :

> *"… no era en absoluto un nuevo código, pues no hacía más que refundir en un solo texto las disposiciones comunes del procedimiento civil con las disposiciones propias del procedimiento penal, extraídas ambas partes del derogado Código de Procedimientos de 1906." [123]*

Aunque el nuevo Código derogaba las normas del Código de Procedimientos de 1906 relativas a materia criminal, mantuvo sus defectos:

> *"… es de corte inquisitivo, las garantías procesales de defensa resultan limitadas en el proceso y algunas hasta desconocidas, lo que desequilibra en su totalidad todas las actuaciones procesales referidas, a favor lógicamente del ente acusador y en perjuicio del encausado." [124]*

A fines del siglo XX se emitió en Honduras una serie de leyes que mejoraron de modo importante el proceso penal, especialmente en lo referente a la situación del imputado. En 1995, y como iniciativa de ley de la Corte Suprema de Justicia, se sometió al Congreso Nacional un anteproyecto de código procesal penal, que se dirigía fundamentalmente a que se pasara del sistema inquisitivo del código de 1906 a un sistema acusatorio moderno [125]. El texto, preparado por connotados juristas hondureños y extranjeros, tuvo como principal fuente el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, en algunas normas directamente y en otras mediante los códigos y proyectos latinoamericanos que siguen la orientación de aquel [126].

El proyecto contenía trascendentales innovaciones:

"… la introducción del juicio oral y público; la separación entre las fases de investigación y juzgamiento, según el cual se confía la primera al Ministerio Público y la segunda a tribunales colegiados, poniendo así término a la criticable figura del juez inquisidor y sentenciador; la introducción de criterios de oportunidad frente al criterio de legalidad…; el desarrollo del principio de presunción de inocencia; la inclusión de alternativas a la prisión preventiva y la regulación del principio

121 Ibid.
122 http://www.glin.gov/view.action?glinID=20700
123 SUAZO LAGOS y otros, op. cit., p. 370.
124 Ibid., p. 371.
125 Ibid., pp. 359-361.
126 Ibid., p. 399.

de proporcionalidad para limitar la duración de ésta; el otorgar a las víctimas la oportunidad de una participación más activa en el proceso." [127]

El proyecto de 1995 sirvió de fundamento para la emisión del Código Procesal Penal aprobado por el Congreso Nacional el 19 de diciembre de 1999, que empezó a regir el 20 de febrero de 2002[128].

El Código de 2002 contiene 447 artículos distribuidos en cinco libros. El primero contiene disposiciones generales, el segundo regula el procedimiento ordinario, el tercero se refiere a los recursos, el cuarto a la vigilancia y control de la ejecución de las penas y las medidas de seguridad y el quinto a los procedimientos especiales[129].

8.- El Derecho Procesal Civil. El Código Procesal Civil de 2009.

Entre las principales inquietudes imperantes en el ámbito judicial y forense de Honduras a fines del siglo XX y principios del XXI estuvo la necesidad de renovar sustancialmente la normativa del proceso civil, contenida en el Código de 1906. Una serie de distinguidos abogados hondureños y extranjeros, entre ellos el jurista valenciano don Juan Luis Gómez Colomer[130], preparó un proyecto de código procesal civil, que fue sometido al Congreso Nacional por la Corte Suprema de Justicia. La comisión designada por el Congreso para estudiar el proyecto, después de indicar que el Código de 1906 ya había cumplido su papel histórico y no respondía ya a los retos derivados de la evolución social y económica del Derecho privado, en lo referente a la protección efectiva de los Derechos constitucionales individuales y a las exigencias del moderno tráfico jurídico mercantil, rindió un dictamen afirmativo que indicaba, entre otras cosas:

> *"… resulta evidente que el exceso de formalismos que todo proceso escrito lleva consigo favorece la burocracia y la lejanía entre el juez y el ciudadano, dando lugar a una justicia impersonal y, en último término, autoritaria por ser poco transparente, difícilmente comprendida y por todo ello de difícil aceptación por parte de la ciudadanía a la que va dirigida. Debe destacarse que la propuesta de reforma contenida en el Dictamen ha sido el producto de profundas y amplias discusiones y reflexiones jurídicas, en cuyo proceso de elaboración y en su consecución por una Justicia pronta y efectiva, ha sido una constante, como no podía ser de otra manera, la estricta observancia a las garantías constitucionales, así como a principios y prácticas del Derecho Internacional contenidos en tratados y convenios internacionales suscritos por nuestro país; mismos que deben informar un debido proceso, procurando no solamente el debido respeto de las mismas, sino más allá de esto, promoviendo a través de su articulado el fortalecimiento y promoción efectiva de Derechos fundamentales como sin duda lo son los de petición, defensa, igualdad, a un juicio sin dilaciones indebidas, así como la garantía a una obligada imparcialidad judicial."*[131]

Mediante decreto 211-2006 el Congreso Nacional aprobó la ley que emitía el Código Procesal Civil, que fue publicada el 26 de mayo de 2007 y debía entrar en vigencia dos años después. Efectivamente, el nuevo Código entró en vigor en esa fecha, pero casi enseguida se creó una considerable confusión en el ámbito judicial, ya que no se contaba con una serie de elementos para su debida aplicación. La Corte Suprema de Justicia dirigió entonces una solicitud al Congreso nacional para que se suspendiera temporalmente la vigencia del Código y se fijara una fecha para que entrara nuevamente en vigor, por considerar que aún *"no contaba con las herramientas necesarias para su efectiva implementación"*, tales como leyes complementarias, manuales, diagramas del flujo del nuevo proceso civil, formularios y reglamentos. El Congreso accedió a la petición y en agosto de 2009 se suspendió la vigencia del Código durante 15 meses, hasta el 1° de noviembre de 2010. Mientras tanto continuará aplicándose la legislación de 1906[132].

El Código de 2009, ya aprobado pero todavía sin vigencia efectiva, consta de 932 artículos, distribuidos en un título preliminar y seis libros. El libro I contiene disposiciones generales. El II versa sobre prueba, el III sobre medidas cautelares, el IV sobre procesos declarativos, V sobre medios de impugnación y el VI sobre ejecución forzosa. Los últimos artículos contienen disposiciones transitorias, derogatorias, adicionales y finales[133].

En materia procesal cabe mencionar también la Ley de Conciliación y Arbitraje aprobada por el Congreso Nacional en octubre de 2000, que entró en vigencia el 7 de marzo de 2001[134].

9.- Otros Códigos.

Además de los códigos ya reseñados, en el último decenio del siglo XX se emitieron en Honduras el Código de Salud, mediante decreto número 65-91 de 28 de mayo de 1991[135] y el Código Tributario, mediante el decreto 22-97 de 8 de abril de 1997[136].

Por otra parte, el Código de Minería vigente desde 1970 fue reemplazado por la Ley General de Minería, aprobada el 30 de noviembre de 1998, y publicada en *La Gaceta* el 6 de febrero de 1999[137].

127 Ibid., p. 400.
128 Código Procesal Penal, Tegucigalpa, Casa Blanca, 1ª. ed., 2000. Su texto también puede consultarse en http://asjhonduras.com/cms/docs/golpe/CODIGO%20PROCESAL%20PENAL%202002.pdf
129 Ibid. Sobre la puesta en ejecución de la reforma derivada del nuevo código, V. MORALES MONTALVÁN, op. cit.
130 Sobre Gómez Colomer, http://www.aneca.es/media/186149/academia_cv_catedraticossupl_sociales_gomez.pdf
131 El texto del dictamen de la comisión figura en http://www.riaej.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=71&dir=DESC&order=name&limit=5&limitstart=10.
132 V. periódico El Heraldo, Tegucigalpa, 21 de agosto de 2009. Puede consultarse electrónicamente en ttp://www.elheraldo.hn/Pa%C3%ADs/Ediciones/2009/08/22/Noticias/Suspenden-aplicacion-del-Codigo-Procesal-Civil
133 Ibid.
134 Su texto figura en http://www.cejamericas.org/doc/legislacion/hond_ley_conciliacion.doc
135 Su texto figura en ttp://www.honduraslegal.com/legislacion/legi040.htm
136 Su texto figura en hhttp://www.honduraslegal.com/legislacion/legi394.htm
137 V. Un breve sumario y análisis de la Ley General de Minería, en http://www.revistazo.com/oct-03/leymineria.htm

LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD O CHANCE

Federico Torrealba Navas[1]

I- Generalidades:

1- Concepto:

La doctrina y jurisprudencia francesas han desarrollado el concepto de "*perte d´une chance*" o pérdida de una oportunidad, como categoría autónoma de daño indemnizable[2]. La doctrina[3] y la jurisprudencia[4] latinoamericanas han acogido dicho concepto con total naturalidad –incluido el galicismo "*chance*"--, como un instituto perfectamente adaptable a los viejos odres de los códigos de influencia napoleónica[5]. Y es que, si bien el ante-proyecto francés de reforma a los regímenes de obligaciones y prescripción dedica una disposición expresa a la *perte d´une chance*[6], lo cierto es que, tanto en Francia[7], Italia[8] y España[9], como en Argentina[10] y Colombia[11], la doctrina de la pérdida de chance ha florecido pretorianamente, sin necesidad de reformas legislativas. En los sistemas del *Common Law*, por su parte, se ha desarrollado la "*lost chance doctrine*"[12], que, según veremos, ofrece una solución alternativa a los excesos e inequidades del sistema "**todo o nada"**, o

---

1 Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

2 Según se verá, la jurisprudencia arbitral costarricense, ha hecho suyo dicho concepto, el aval expreso de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia; aunque en un fallo reciente la Sala deja traslucir ciertas reservas.

3 Es de obligada consulta el trabajo de don Víctor **PÉREZ VARGAS**: *La pérdida de chance y la tutela del "affidamento" en un reciente laudo costarricense*, en: **Liber Amicorum per Francesco d. Busnelli**, Volume II, Giuffré Editore, Milano, 2008, pág 427 a 446.

4 Ver *infra*, sección VIII.

5 Y es que, en realidad, la noción de pérdida de chance no es propiamente, un "*vino nuevo*". Según veremos, el primer caso reportado por la jurisprudencia francesa data de finales del Siglo XIX.

6 El proyecto del nuevo artículo 1346 del *Code Napoléon* dispone: "*La perte d´une chance constitue un préjudice réparable distinct de l´avantage qu´aurait procuré cette chance si elle s´était réalisée.*" V. **CATALA, Pierre**: **Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription**. Ministère de la Justice, París, 2006.

7 V. **VINEY**, Geneviève et Patrice **JOURDAIN**: **Les conditions de la responsabilité**. **Traité de droit civil (sous la direction de Jacques GUESTIN), 3e édition**, L.G.D.J., Paris, 2006, P. 91

8 V. **ALPA**, Guido, **Tratatto di Diritto civile. IV. La Responsabilità Civile**. Giuffrè Editore, Milano, 1999, p 514-517.

9 V. **YZQUIERDO TOLSADA**, Mariano: **Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual**, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 152-155; y **VICENTE DOMINGO**, Elena, et al: **Tratado de Responsabilidad Civil**. Coordinado por L. Fernando **REGLERO CAMPOS**, Thomson Aranzadi, Navarra, p. 261-263.

10 En la riquísima literatura argentina de responsabilidad civil los estudios sobre las chances son incontables. Un buen compendio se encuentra en el volumen de la **Revista de Derecho de Daños**, año 2008-1, dirigida por Jorge **MOSSET ITURRASPE** y Ricardo Luis **LORENZETTI**, dedicado a las"*Chances*", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008.

11 En la doctrina colombiana, es muy agudo **TAMAYO**, Javier: **Tratado de la Responsabilidad Civil. Tomo IV. De los Perjuicios y su Indemnización**. Temis, Bogotá, 1999, pp.32-35.

12 Ver: **EPSTEIN**, Richard: **Cases and Materials on Torts**, Sixth Edition, Aspen Law & Business, Nueva York, 1995, pp. 482-488; **MARKESINIS**, B.S. & S.F. **DEAKIN**: **Tort Law**. Clarendon Press, Oxford, Fourth Edition, United Kingdom, 1999; y **CANE**: **Tort Law and Economic Interests**. Clarendon Press, Oxford, 1996.

de balance de probabilidades[13]; función que también encarna, en los sistemas de tradición romanista, la noción de la pérdida de chance.

Superadas algunas resistencias apriorísticas[14], la figura en estudio encaja perfectamente –*tanto en el mundo contractual como en el aquiliano, tanto en el Derecho Privado como en el Público*[15]-- dentro de la locución genérica "**daños y perjuicios**[16]". A nivel ético, la pérdida de chance se ancla en el **principio de reparación integral**: En efecto, una indemnización que no tome en cuenta la patente realidad fáctica de las oportunidades frustradas a raíz del evento dañoso, se representa como injusta e insuficiente para colmar el principio de equivalencia entre daño y reparación. La figura de la pérdida de chance funge como instrumento acrisolador del daño y de la conexión causal. Con esta figura es posible rebanar finamente la grasa aleatoria y dejar el corte magro del verdadero perjuicio causado.

La **pérdida de oportunidad** se define como la desaparición de la probabilidad seria y real de un evento favorable[17]. Bajo esta categoría se indemnizan tanto menoscabos de naturaleza **patrimonial** –*v.gr.*, la pérdida de las oportunidades de devengar un lucro o de economizar determinados costos--, como daños **extrapatrimoniales**, por ejemplo: la pérdida de la oportunidad de supervivencia[18] o la pérdida de la oportunidad de curación; o **mixtos**, como la privación de chances de superación profesional. Nuestra doctrina más autorizada propone un concepto amplio de este rubro indemnizatorio, al considerar que el "…*chance resarcible está fundamentado en una probabilidad de maduración de una situación jurídica, tanto de una expectativa como de un interés legítimo*"[19] (es decir, la noción abarca mucho más que la mutilación del capullo de un derecho subjetivo).

2- Orígenes:

A- En el Derecho Privado:

La noción de pérdida de chance tiene antecedentes muy antiguos en la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa, que se remontan a finales del siglo XIX[20]. A lo largo del siglo XX la noción de pérdida de chance tuvo una explosión temática en la jurisprudencia francesa, llegando a incluir una rica variedad de pérdidas de oportunidad: de promoción profesional y laboral; de concertación de contratos; de desarrollo de empresas nuevas o existentes; de conquista de nuevos mercados; de obtención de lucro; de participación en concursos (el ejemplo arquetípico ha sido la participación en carreras de caballos); de curación y supervivencia, etc[21]. En la actualidad la figura se encuentra consolidada en la jurisprudencia.

B- En el Derecho Público:

El primer caso de pérdida de chance citado por los comentaristas de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés fue el **caso Bacon**, de 3 de agosto de 1928, en el que se condenó a la Administración a indemnizar a un funcionario la pérdida de oportunidades de ascenso a las que hubiera tenido legítimo derecho. Desde entonces y hasta el presente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha mantenido una línea uniforme y paralela[22]con la línea jurisprudencial de la *Cour de Cassation*, que reconoce la naturaleza de *préjudice certain* y, por consiguiente, el carácter indemnizable de la *perte d´une chance*. Entre muchas, la jurisprudencia administrativa ha considerado indemnizables: la pérdida de oportunidad de aplicar a exoneraciones fiscales; de obtener adjudicaciones en contrataciones administrativas; de desarrollar actividades profesionales concordes con los títulos universitarios del administrado, de obtener la reconducción de concesiones administrativas; de supervivencia y curación (a raíz de faltas en los servicios públicos hospitalarios), etc[23].

II. Elementos de la pérdida de oportunidad

El concepto jurídico de pérdida de oportunidad[24] se construye a partir de los siguientes cuatro elementos:

1- Un aspecto cierto: La preexistencia de una oportunidad objetiva y seria.

El primer elemento de la figura en estudio es un **componente fáctico**: la existencia objetiva, con anterioridad al hecho dañoso, de una

13 Ver *infra*, la Sección V, punto 1-d.

14 Según veremos, *a priori* la figura parece contradecir la exigencia de certeza del daño indemnizable. Pero el pensamiento jurídico contemporáneo se ha encargado de desmitificar tales recelos, al exigir la existencia de una oportunidad seria y descartar las meras especulaciones. Los aspectos aleatorios se depuran, castigando el *quantum debitur*.

15 V. **SALLET**, Frédérique: **La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique**. Préface de Jacques Moreau. L.G.D.J., Paris, 1994, p. 2 y ss.

16 Recordemos cómo dicha expresión, que históricamente se limitó rígidamente al daño emergente y al lucro cesante (daños económicos), se ha dilatado progresivamente, para recibir dentro de su esfera semántica a los daños extrapatrimoniales.

17 V. **LE TOURNEAU**, Phillipe y Loïc **CADIET**: **Droit de la Responsabilité**, Dalloz, 1998, p. 213. Según la Corte de Casación francesa, "*l´élément de préjudice constitué par la perte d´une chance presente un caractère certain chaque fois qu´est constatée la disparition (…) de la probabilité d´un événement favorable encoré que, par définition, la réalisation d´une chance ne soit jamais certaine*". (Cass. Crim., 6 juin 1990, citada por **CHARTIER**, Ives: **La réparation du préjudice**. Dalloz, París, 1996, p. 13.

18 V. **ZIVIZ**, Patricia: *Il risarcimento per la perdita di* chances *di sopravvivenza*, en **Responsabilità Civile e Previdenza**. Rivista bimestrale di doctrina, giurisprudenza e legislazione. Directa da Giovanni Iudica-Ugo Carnevali. Milano, Giuffrè Editore, Vol LXIII, No. 3., 1998, pp. 705-727.

19 **PÉREZ VARGAS**, Víctor, *opus citatem*, p. 427.

20 El primer caso registrado data del 17 de julio de 1889 y se refería a la responsabilidad de un mandatario judicial por la omisión de interposición de un recurso en tiempo útil; tema, éste, que es recurrente en la jurisprudencia sobre pérdida de chances. V. **VINEY**, Geneviève et Patrice **JOURDAIN**: **Les conditions de la responsabilité**. **Traité de droit civil (sous la direction de Jacques GUESTIN), 3e édition**, L.G.D.J., Paris, 2006, P. 91

21 *Ibidem*. Vease la tipología que se presenta en la Sección V.

22 El paralelismo de las jurisprudencias judicial y administrativa se reflejó en la admisión casi simultánea de la pérdida de chance en materia médica, acaecida en ambas sedes a mediados de los años sesenta del Siglo anterior. V. **SALLET**, *op cit*.,, p. 3 y ss.

23 *Ibidem*. Ver también: **PAILLET**, Michel: **La responsabilité administrative**, Dalloz, París, 1996, p. 197 y ss.

24 "*Si parla –in generale—di perdita di* chances*, quando la condotta colpevole del danneggiato abbia influito in termini negativi sull´ottenimento di un certo vantaggio e, nel contempo, non possa essere dimostrata la sussistenza di un nesso causale tra la perdita del vantaggio e la condotta colpevole, essendo tale risultato positivo per definizione aleatorio. In casi del genere, il dubbio connesso al giudizio di causalità si riflote sul tipo di danno che può essere risarcito: il pregiudizio viene incarnato, infatti, non già nella perdita del vantaggio sperato, bensi nella perdita delle* chances *favorevoli che quel risultato potesse essere ottenuto e che sono state vanificate dal comportamento del danneggiante. Le conseguenze sfavorevoli subite dalla vittima, pertanto, non assumono la natura di un danno futuro, ma sono rappresentate da un pregiudizio attuale consistente nella perdita di un´occasione favorevole.*" **ZIVIZ**, op.cit. p. 707.

oportunidad **real y seria** de evitar una pérdida o de obtener un beneficio[25]. La oportunidad jurídicamente relevante no puede basarse en meras conjeturas o especulaciones, sino que ha de cimentarse sobre circunstancias concretas anteriores al evento dañoso, a partir de las cuales se pueda anticipar el mantenimiento o el desarrollo de un curso de acontecimientos favorable al sujeto afectado. El examen retrospectivo del *status quo ante* (el estado de cosas previo al hecho dañoso) debe mostrar, en estado germinal, la simiente de otro estado de cosas preferible. Esta es, propiamente, la **oportunidad** que ostentaba el perjudicado antes del evento dañoso, y que resulta frustrada como consecuencia de éste. La pre-existencia objetiva de la oportunidad constituye un **hecho** que ha de ser acreditado con base en los elementos comunes de prueba.

Para ser jurídicamente relevante, la oportunidad ha de ser **seria**, es decir, con probabilidades razonables de realización, conforme al curso ordinario de los acontecimientos. El requisito de seriedad permite colar y descartar los reclamos fantasiosos y extravagantes[26].

Es importante resaltar que el carácter *potencial* de la oportunidad en modo alguno demerita su carácter de **hecho jurídico**, es decir, su condición de segmento de la realidad digno de reconocimiento y tutela --presuponiendo, claro está, su licitud y su concordancia con los valores del ordenamiento jurídico[27]--.

El reconocimiento, por el Derecho, de la **realidad ontológica** y del **valor actual** de las oportunidades, concuerda con el reconocimiento que, en otras disciplinas, se atribuye al mismo fenómeno. En el ámbito financiero, por ejemplo, el valor de los activos se ve decisivamente determinado por las proyecciones futuras. Lo dicho se hace patente, por ejemplo, en las transacciones de **fusión o adquisición de empresas**. Para calcular el valor de la empresa que se pretende adquirir o absorber, se pondera, a **valor presente**, su capacidad potencial para generar utilidades futuras. Tal proyección se cuantifica sobre la base de **datos objetivamente constatables**, como la cantidad de unidades productivas disponibles, el acceso a fuentes de financiamiento, el posicionamiento en el mercado, la clientela actual, el tamaño y la profundidad del mercado potencial, los recursos humanos disponibles --incluidos no sólo aquellos con los que ya cuenta la empresa, sino también los que ofrece el mercado--, la competitividad de los bienes o servicios, la situación regulatoria (permisos o concesiones administrativas), el entorno macroeconómico, etc. Todas estas variables permiten a los expertos en valoración de empresas[28], sustentar con razonabilidad de las proyecciones de generación de utilidades futuras, y ponerle un precio, hoy, a la compañía. La frustración de tales proyecciones originada en la interferencia nociva de otro, implica la desaparición de un valor económico preexistente. Dicho fenómeno, en el plano jurídico, puede ser planteado en clave de pérdida de oportunidad.

El reconocimiento jurídico del fenómeno de la oportunidad subyace en muchas figuras consagradas por el Derecho positivo. Por ejemplo,

25 V. **CHARTIER**, *op.cit.*, p.14.
26 Ver *infra*, Sección V, 2, a.
27 V. **PÉREZ VARGAS**, Víctor: **Derecho Privado**, Tercera edición San José, pp. 149-191.
28 Ver: **CARVAJAL ZAMORA**, Jose Julio: **Metodología para la Valoración de una Empresa Industrial del Sector Calzado en Costa Rica**. Tesis para la Maestría Profesional en Administración y Dirección de Empresas. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, mayo de 2001.

en los institutos de la *patente de invención*[29] y del *establecimiento comercial e industrial*[30]. Lo que define a la invención patentable es su aptitud potencial para las aplicaciones industriales. Lo que define al establecimiento comercial o industrial no es la conjunción agregativa de sus componentes individuales, sino **su teleología**: la organización empresarial a los fines de la generación de riqueza. El valor del establecimiento se determina, no mediante la suma de los valores individuales de sus elementos, sino con base en su **potencial sinérgico** para generar lucro. La Corte de Casación italiana ha comparado el fenómeno de la pérdida de chance con la pérdida del *avviamento* comercial[31], donde la potencialidad del perjuicio en modo alguno opera en detrimento de su resarcibilidad.

2- Un aspecto incierto: La preexistencia de un álea.

El segundo componente de la figura de la pérdida de la *chance*, es la preexistencia de un **componente aleatorio**: el riesgo de no realización de la oportunidad. Al enfocarse el *status quo* anterior al evento dañoso, se verá al damnificado *emplazado* en una situación propensa a un desenvolvimiento favorable; pero también se podrán apreciar circunstancias objetivas que podrían haber tenido incidencia negativa sobre la realización de la oportunidad. Según veremos[32], este margen de incertidumbre jurídicamente relevante es lo que distingue a la figura de la pérdida de chance de otras figuras como el daño futuro y el lucro cesante.

Conviene tener presente que si bien el concepto de pérdida de oportunidad entraña un álea, **éste no se indemniza**. Precisamente, de lo que se trata es de discernir las variables inciertas, para excluirlas de la indemnización. Al álea se le asigna una fracción porcentual que se excluye expresamente del *quantum debitur*, para dejar, únicamente, la fracción correspondiente a los aspectos ciertos del daño. Para efectos indemnizatorios, se **calcula la probabilidad** de la materialización de la oportunidad, de acuerdo con el curso ordinario de los acontecimientos; o, dicho en otros términos, se descuenta el riesgo de no realización de la oportunidad[33]. De esta forma, el concepto de pérdida de oportunidad **no viene a contraponerse al principio de certeza del daño, sino a confirmarlo**.

3- Un hecho interruptor del desenvolvimiento causal normal, atribuible al responsable.

El tercer elemento de la figura de la pérdida de chance es la **interrupción del curso causal normal** de los acontecimientos por virtud de un hecho --activo u omisivo[34]-- atribuible al responsable, cuyo efecto es la erradicación o el debilitamiento de la oportunidad preexistente al hecho dañoso. La interferencia nociva se produce en un momento en que no es posible determinar si, a falta del hecho dañoso, la oportunidad se habría realizado a plenitud. El hecho nocivo elimina o socava la oportunidad preexistente, pero no el álea preexistente. Eliminada la oportunidad, el dilema aleatorio se eterniza, de tal suerte que ya nunca se podrá

29 Cfr. Ley 6867 *sobre Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales*.
30 Arts 478 y ss. del *Código de Comercio*.
31 Cass. 25.6.1981, n. 4137 y 4.5.1982, n. 2765, citadas por Guido **ALPA**, op.cit., p. 516.
32 Ver infra, Sección IV.
33 Ver infra, Sección VI.
34 Típicamente, en la responsabilidad médica: La omisión de tratamientos o diagnóstico oportuno.

saber si aquélla habría de materializarse, a falta del hecho dañoso. La historia queda para siempre truncada, sin su capítulo final.

4- Un resultado cierto: La supresión o reducción significativa de la oportunidad preexistente.

A raíz de la acción u omisión atribuida al responsable, se constata un resultado cierto, también de naturaleza **fáctica**: La –usualmente irreversible-- desaparición o la patente reducción de la oportunidad preexistente. Si antes del hecho dañoso el damnificado contaba con un posicionamiento favorable, ahora, *ex post facto*, resulta claro que tal condición, o ha desaparecido o ha menguado significativamente[35]. Por ejemplo, si antes de una campaña difamatoria el damnificado ostentaba una trayectoria profesional exitosa y ascendente, de tal forma que era posible augurar el acceso a puestos y niveles de ingreso superiores, ahora, luego de la diseminación de imputaciones estigmatizadoras, resulta ser que las puertas se han cerrado, que las oportunidades han decrecido sustancialmente, y que el damnificado se ve repelido por la *elite* profesional a la que parecía destinado a pertenecer. El resultado de la interferencia nociva no es hipotético, sino un hecho constatable empíricamente, por medio de elementos comunes de prueba. Para demostrar la pérdida de chance, el actor debe acreditar dos órdenes de hechos: Por un lado, las circunstancias que preexistían al evento dañoso. Por otro, las circunstancias resultantes de la acción u omisión del responsable.

III. La discusión sobre el carácter indemnizable de la pérdida de chance.

Los principales argumentos *en contra* del carácter resarcible de la pérdida de oportunidad suelen orbitar en torno a cinco centros gravitacionales: 1. Si se trata o no de un *daño*, en el sentido técnico del término. 2. Si se trata de un daño *cierto*, o si, por el contrario, se trata de una mera especulación conjetural de lo que pudo ser. 3. Si se trata de un daño susceptible de medición y cuantificación; 4. Si ha de calificar como daño actual o si, por el contrario, se trata de un daño futuro; y 5. Si se trata de un *tertium genus*, o si la figura puede reducirse a alguna de las categorías tradicionales de daño indemnizable. Analicemos cada uno de ellos.

1- ¿Es un daño?

Para quienes gustan de la simetría y el orden, la noción de pérdida de chance es un tanto incómoda, pues se resiste a una clasificación neta. ¿Es, como lo son el lucro cesante y el daño emergente, un daño económico? ¿Es, como lo son el *pretium doloris* y el daño de afección, un daño moral? ¿Es, *per se*, un daño, o acaso no es sino–zahieren algunos escépticos-- una técnica para ahuyentar el fantasma de la incertidumbre?

El mejor modo de abordar la cuestión es partir del concepto jurídico de daño. Menuda tarea, pues ya sabemos que los conceptos jurídicos de uso más común suelen ser los más polisémicos y los que mayor espacio dejan a la discreción de los adjudicadores[36].

35 "*Mais il existe une certitude, qui justifie une indemnisation: cette chance de réaliser un gain, ou d´eviter une perte, et quie était dans l´ordre posible –sinon probable—des choses, ne peut plus se produire.*" **CHARTIER**, Yves, *op. cit*., p. 14.

36 En palabras de **PERELMAN**, "*…plus les notions juridiques applicables sont vagues et indeterminées, plus grand est le pouvoir d´appréciation laissé aux juges.*". **PERELMAN**, Chaïm: *Les notions à contenu variable en droit. Essai de synthèse*. En: **Les notions à contenu variable en droit**. Etudes publiées par Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst, Bruylant, Bruselas, 1984, p. 365.

En el Derecho moderno de la responsabilidad civil, el concepto de daño indemnizable --en sentido amplio-- se nutre de sendos componentes agregativos que conviene analizar: Uno fáctico y otro normativo. El daño es, a la vez, un hecho –sujeto a prueba--, y una categoría jurídica –una *fattispecie*--. Para que un reclamo indemnizatorio pueda tener éxito, deben reunirse ambos elementos: La prueba de circunstancias fácticas y el *encuadramiento* de ese fenómeno en una categoría dentro de un catálogo conceptual –que no es taxativo, pero sí intersubjetivamente selectivo—que aglutina el elenco de los "**daños indemnizables**". Por ejemplo: Si yo pruebo que la destrucción de mi vehículo nuevo me generó una profunda frustración, pero la comunidad de entendidos –y, en especial, los adjudicadores--, consideran que el amor a las cosas no es un daño moral de afección indemnizable, probé el aspecto fáctico, pero no el encuadramiento en una categoría normativa respetable y aceptada intersubjetivamente como meritoria de una indemnización[37]. Así ocurrió durante años con muchas de las categorías de daño moral que hoy día son de aceptación generalizada. En una época pretérita el daño de moral afección por la pérdida de seres queridos y el daño estético no eran miembros del exclusivo club de los daños indemnizables. Hoy lo son.

Analicemos con mayor profundidad ambos elementos –el fáctico y el normativo—del concepto jurídico de daño indemnizable.

En primer lugar, el daño indemnizable tiene un **componente de hecho**. El hecho nocivo implica una modificación desfavorable en la realidad *actual o potencial* del damnificado. De este modo, el evento dañoso origina, bien una modificación del estado de cosas preexistente, o bien una interrupción en el desenvolvimiento de un proceso dinámico favorable. En el primer caso, el daño se aprecia sin mayor esfuerzo, por contraste entre el *antes* y el *después*: Antes del evento, la víctima tenía un vehículo impecable; después, le quedó una masa de chatarra. En el segundo caso, la apreciación del daño requiere una labor intelectual un tanto más sofisticada de proyección del curso probable de los acontecimientos a falta del hecho atribuido al demandado. El análisis del lucro cesante exige este ejercicio de razonamiento retrospectivo-prospectivo de lo que hubiera ocurrido a falta del hecho calificado provisionalmente como dañoso. Al analizar el elemento fáctico del daño, la materia prima es el discurso descriptivo de la realidad del damnificado antes y después del evento dañoso. Sin embargo, ese insumo es, a menudo, insuficiente. A veces es indispensable, al menos en lo que concierne al lucro cesante y a daños futuros, figurar un estado de cosas virtual que, por tal, carece de correspondiente en la realidad. Si hablamos de daños futuros, como, por ejemplo, los dispositivos ortopédicos que requerirá de por vida una persona permanentemente discapacitada, el operador no tiene otro camino que anticipar los daños futuros con base en las estadísticas de expectativa de vida, pero nadie puede anticipar el futuro: La persona puede vivir más o menos.

Por otra parte, el concepto de daño indemnizable tiene un **componente normativo**. La ley y la jurisprudencia, con el apoyo de la doctrina, han ido desarrollando

37 Sobre el carácter no indemnizable del daño moral por la destrucción de un vehículo nuevo, ver Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, número 2005-00108 de las 9:40 horas del 18 de febrero de 2005.

categorías conceptuales o tipologías de lo que se *deben considerar* daños indemnizables. Esto significa que no toda mutación fáctica desfavorable del *status quo* del damnificado "tipifica" dentro de alguna de las categorías conceptuales aceptadas intersubjetivamente como daños indemnizables. En la actualidad, la definición de tales categorías corresponde, fundamentalmente, a la jurisprudencia, aunque en algunos sectores el legislador interviene en la definición de un determinado elenco oficial de daños indemnizables[38].

La noción de pérdida de chance u oportunidad se construye a partir de ambos componentes: el fáctico y el normativo. A nivel fáctico, es un hecho sujeto a prueba determinar si el actor gozaba de oportunidades serias y reales para aspirar a la conservación o a la realización de un estado de cosas favorable. Por ejemplo, si lo que se reclama es la pérdida de oportunidad de realización profesional como arquitecto, de gran utilidad sería probar que a la fecha del acaecimiento del evento calificado como dañoso el actor cursaba un año avanzado de la carrera de Arquitectura, y que su trayectoria estudiantil estaba adornada de buenas calificaciones. Tal prueba permite inferir, razonablemente y sin necesidad de incurrir en especulaciones, que la persona gozaba de una oportunidad seria y concreta –que no ostenta el ciudadano común que jamás puso un pie en la Facultad de Arquitectura—que obtener las acreditaciones necesarias para el ejercicio de la profesión en cuestión. Si, en virtud de un evento atribuible al demandado, tal carrera se ve truncada, es muy claro que las oportunidades concretas, patentes y demostrables que el damnificado ostentaba antes del hecho dañoso, han sido suprimidas.

A nivel jurídico, la admisión o no de la pérdida de chance, como categoría abstracta de daño indemnizable, depende, en mucho, de reconocimiento de la figura en el ámbito intersubjetivo de los entendidos. Asidero a nivel positivo, lo hay: En el principio general de justicia del artículo 41 de la *Constitución Política* y en la dúctil locución "daños y perjuicios" presente en las grandes cláusulas de responsabilidad obligacional y aquiliana (artículos 702 y 1045 del *Código Civil*).

2- ¿Es un daño cierto?

La principal crítica que se suele dirigir contra la figura en estudio es el carácter incierto o hipotético de las chances cuya indemnización se pretende. Pero, en realidad, lo que es incierto no es la oportunidad, sino su realización. La oportunidad, propiamente dicha, constituye un dato cierto constatable a partir de la apreciación objetiva de circunstancias fácticas. El que no se conozca o pueda conocer con certeza cuál hubiera sido el resultado final a falta del hecho dañoso, no implica que el daño sea incierto o hipotético, ya que sí se sabe, con certeza, el estado fáctico de probabilidad anterior

38 Por ejemplo, el artículo 194 de la *Ley General de la Administración Pública* estatuye que en materia de daños especiales o discriminatorios originados en la conducta lícita del Estado, es únicamente indemnizable el daño emergente, y no el lucro cesante. Otro ejemplo es el artículo 706 del *Código Civil*, que limita los daños indemnizables a causa del incumplimiento de obligaciones pecuniarias, a las consecuencias meramente económicas, indemnizables por vía de intereses. Los daños morales están implícitamente excluidos.

al evento, esto es, la **pre-existencia objetiva de la oportunidad**[39]; y se sabe, también, el resultado cierto del evento dañoso: La desaparición definitiva o la significativa reducción de la oportunidad pre-existente. La pérdida de chance es un fenómeno histórico que ha de ser demostrado *in concreto* por medio de los elementos comunes de prueba.

Cabe recordar, en cuanto a la certeza de la pérdida de chance, el siguiente pasaje de los **MAZEAUD** y **TUNC**[40], relativo al caso arquetípico tomado de la jurisprudencia francesa de finales de Siglo XIX[41]: la pérdida de oportunidad de ganar carreras de caballos –originada, *v.gr*., en la tardanza de un transportista que, a sabiendas del objeto de su contrato[42], por culpa impide que el caballo llegue a tiempo para la salida de la carrera--:

> *"Las probabilidades que se han perdido no son siempre "los castillos en el aire" de Perrette y de su cántaro de leche. A veces son reales. Ciertamente, la víctima aduce un perjuicio que contenía una virtualidad y eso es lo que hace sean cuales sean las cualidades del caballo, nadie puede afirmar que habría llegado primero, y por eso no puede reclamar el premio su propietario; pero, al negarle a ese propietario una suma igual al premio, tal vez se le causa una injusticia, porque nadie puede sostener que el caballo no habría ganado la carrera.*
> *Pero, como observa muy exactamente LALOU, el perjuicio no deja de ser menos cierto: el caballo tenía una probabilidad de llegar; esa probabilidad es la que se ha perdido; y esa probabilidad, en el momento de la carrera, tenía cierto valor, que, aun cuando sea difícil de avaluar, no deja de ser menos indiscutible."*

Cabe observar, finalmente, que vínculo causal se establece entre el hecho generador y la desaparición de la oportunidad preexistente al evento dañoso. Por ello es que no se trata de un daño incierto o hipotético, en la medida en que no se presupone la realización de la oportunidad, sino tan sólo su existencia.

39 En palabras de **TAMAYO**: "*A primera vista, podría decirse que no hay lugar a la indemnización, ya que el daño no es cierto, puesto que no había la seguridad de que la víctima hubiera obtenido el beneficio esperado, en caso de no haber mediado la conducta ilícita del demandado. //Sin embargo, nosotros estamos de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, que consideran que en tales circunstancias hay lugar a indemnizar puesto que el daño sí es cierto y la única dificultad que resta es la de fijar el monto indemnizable. En efecto, el que tiene la posibilidad de ganar algo, dispone de un bien económico que inclusive a veces puede enajenarse, como cuando se vende un derecho litigioso, o un billete de lotería. El valor, desde luego, depende del porcentaje de probabilidades de éxito que se tienen con esa oportunidad. El daño consiste no en la pérdida del premio o de la pretensión, sino en la pérdida de la oportunidad de conseguirlos." "…cuando el demandado ha privado a la víctima de la posibilidad de obtener un beneficio, entonces se produce un daño que debe ser indemnizado, y cuya evaluación se hará teniendo en cuenta el número de probabilidades que tenía el actor de haber conseguido la ganancia.*" **TAMAYO**, Javier: **De la Responsabilidad Civil. Tomo IV. De los Perjuicios y su Indemnización**. Temis, Bogotá, 1999, pp.32-35.

40 **MAZEAUD**, Henri y León; **TUNC**: André: **Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual**. Tomo I, Volumen I. Traducción de la quinta edición francesa, por Luis **ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO**. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p. 312.

41 Limoges, 24 de marzo de 1896. Ibid.

42 Cabe acotar que en el Derecho civil francés de los contratos, únicamente son indemnizables los daños previsibles, salvada la hipótesis de dolo. Esto no aplica en el Derecho costarricense, donde el deudor sí responde por los daños imprevisibles concatenados con el incumplimiento de la obligación. Así fue resuelto en el caso de un transportista que, sin preverlo, causó con su tardanza en el transporte internacional de un motor, que un vehículo pudiera participar en una carrera automovilística: Sala Primera de la Corte, 214-F-S1-2009.

3- ¿Es un daño indemnizable?

Otro de los dardos que suelen lanzarse contra la figura de la pérdida de chance, apunta a las dificultades intrínsecas que ofrece la valoración de oportunidades, a los fines de la liquidación del *quantum debitur*. Y es que, si bien el adjudicador puede –en los casos en los que tal información ha sido recabada como parte del acervo probatorio-- apoyarse en estadísticas, a los fines de establecer un porcentaje de probabilidades de realización del evento favorable, la determinación en definitiva nunca deja de ser prudencial, aproximativa y –si se quiere—arbitraria.

El antídoto contra el veneno de la crítica apuntada fue descubierto desde hace muchos años, y no es otro que aquel que en su momento patentó el daño moral para fraguarse una plaza dentro de la lista oficial de daños indemnizables: El hecho de que un perjuicio pueda presentar dificultades de evaluación, no lo hace menos indemnizable. En el Derecho moderno de la Responsabilidad Civil son muchas las hipótesis de daños indemnizables cuya cuantificación matemática es imposible[43]¿Cómo valorar el *pretium doloris*? ¿Cómo darle un precio al oprobio y la estigmatización? ¿Cómo se puede traducir a una suma pecuniaria el riesgo de confusión generado entre el público consumidor por los productos apócrifos? Todos estas categorías de daño indemnizable ofrecen la misma dificultad y, respecto de todos ellos, es en última instancia el juez quien fija el *quantum* indemnizatorio, en ejercicio de sus poderes soberanos de apreciación. La falta de parámetros precisos para la medición del daño o para su cuantificación, no constituye, *per se*, un obstáculo insalvable para reconocer el carácter indemnizable de un daño.

4- ¿Es un daño futuro?

La teoría general de la responsabilidad civil suele distinguir entre daños actuales y daños futuros. Los primeros son los que ya se han materializado a la **fecha focal** del análisis, entendida, ésta, como la fecha en que se sitúa intelectualmente el operador jurídico. Los segundos son los que, a la misma fecha, se representan como hechos futuros ciertos. Esta clasificación atañe tanto al daño emergente como al lucro cesante. Daños emergentes actuales serían, por ejemplo, los costos ya incurridos por el damnificado para auto reparar o aminorar el daño, *v.gr*., la reparación del vehículo colisionado. Daños emergentes futuros serían, por ejemplo, los gastos en dispositivos ortopédicos que una persona permanentemente incapacitada deberá incurrir durante el resto de su vida. Lucro cesante actual serían las ganancias que, a la fecha focal del examen, ya debían haber ingresado al patrimonio del damnificado. Lucro cesante futuro serían las ganancias proyectadas para materializarse en una fecha posterior a la fecha del análisis. La diferencia fundamental entre los daños actuales y los futuros es que, respecto de éstos, el operador jurídico debe *pronosticar* lo que habría de ocurrir en un futuro. Respecto de los daños actuales, el operador cuenta con mayores elementos de juicio, *históricos*, para inducir qué hubiera ocurrido, probablemente, a falta del evento dañoso. Esto no excluye, sin embargo, que deban realizarse suposiciones, apoyadas en datos objetivos.

43 V. **VINEY**, Geneviève et Patrice **JOURDAIN**: **Les conditions de la responsabilité**. **Traité de droit civil (sous la direction de Jacques GUESTIN), 3e édition**, L.G.D.J., Paris, 2006, P. 91

El estudio de la casuística jurisprudencial en el Derecho comparado revela que, generalmente, las pérdidas de oportunidad consideradas indemnizables son las ya consumadas. Una pérdida de oportunidad futura parece ser demasiado hipotética como para abrir espacio a la indemnización. Por ejemplo, si a raíz de una falta médica, un sujeto queda con propensión a sufrir, en el futuro, una afectación de la salud, pero al presente se encuentra en perfecto estado físico, la tendencia de los adjudicadores es ver un daño hipotético, no indemnizable. Aunque, según veremos más adelante, bien puede hablarse, en tales casos, de un daño consumado: el riesgo **actual** de un daño futuro, el cual es susceptible de indemnización, *per se*[44]. Ahora bien, si a la fecha focal del análisis, la pérdida de oportunidad se presenta como un hecho histórico, y ya se cuenta con certeza de la desaparición definitiva de una oportunidad única e irrepetible, *v.gr.*, de curación, el reclamo cuenta con mayores posibilidades de éxito, en clave de pérdida de chance. Como se expuso anteriormente, uno de los elementos de la pérdida de chance es la **pre** existencia objetiva de la oportunidad. De allí que, según veremos enseguida, algunos consideren que la pérdida de oportunidad sea una **especie del género daño actual consumado**, en la medida en que se suprime un *bien*[45] que, de previo al evento dañoso, ya integraba la esfera de intereses y derechos jurídicamente relevantes del damnificado.

5- ¿Es un tertium genus?

Otra de las discusiones que suele avivar la noción de pérdida de chance, es si se la debe considerar como un tipo particular, *sui generis*, de daño indemnizable, o si, por el contrario, es reductible a alguna de las categorías indemnizatorias tradicionales (daño emergente, lucro cesante, daño moral). *A priori*, esta discusión parecería tener interés meramente académico. Sin embargo, lo que en definitiva se resuelva goza de decisivo interés práctico, a los fines de la aplicación del principio procesal de congruencia (*ultra petita*, *extra petita*). La pregunta, concretamente, es si hay que pedir, expresamente, la indemnización de pérdida de oportunidad; o si el juzgador dispone de espacio de discrecionalidad, a la luz del principio *iura novit curia*, para otorgar la indemnización de pérdida de chance, aun cuando ésta no haya sido pedida en forma expresa. En términos generales, cabe observar que la noción en estudio es encuadrable bajo el –hoy[46]- dilatadísimo espectro semántico de la locución “daños y perjuicios”. De modo tal que si el actor reclama una indemnización integral de daños y perjuicios, no se vulnera el principio de congruencia si el juzgador concede una pérdida de chance. Sin embargo, si lo que se reclama es, específicamente, la indemnización de un “daño emergente”, un “lucro cesante” y/o un “daño moral”, cobra vigencia la discusión sobre si la figura de la pérdida de chance resulta ser una subespecie de alguna de dichas nociones, o si, por el contrario, se trata de un rubro autónomo cuya concesión habría de requerir una pretensión *ex profeso*.

Cabe observar que las opiniones doctrinales están divididas en torno a la clasificación de la pérdida de chance dentro de la tipología

44 Ver *infra*, Sección IV, 3.

45 En sentido amplio, comprensivo de cualquier interés económico o moral digno de tutela, ex art. 41 de la *Constitución Política*.

46 En épocas pretéritas, la expresión daños y perjuicios se circunscribía y limitaba a la mancuerna de daños económicos: *damnum emergens-lucrum cessans*.

tradicional de daños indemnizables. Para algunos, la pérdida de chance califica como un daño emergente, en la medida en que, al integrar el patrimonio del damnificado al momento del advenimiento del evento dañoso, su supresión implica un verdadero decrecimiento patrimonial, es decir, un daño actual consumado[47]. Hay quienes, por el contrario, encuadran la pérdida de oportunidad como un daño moral[48]. Otros, equiparan la noción a un lucro cesante al que se le descuenta el riesgo de no realización. Sin embargo, según veremos en la última parte de este trabajo, el estudio de la jurisprudencia comparada nos revela cómo la noción de pérdida de chance suele dar cabida a afectaciones sumamente heterogéneas, tanto patrimoniales -p.ej., la pérdida de la oportunidad de devengar ganancias y de evitar daños económicos-, sino también morales -*v.gr.,* la pérdida de oportunidad de curación y supervivencia, y la pérdida de oportunidad de evitar daños morales de afección-.

Por nuestra parte, adherimos la tesis de que la pérdida de oportunidad viene a ser una especie de **daño**, sea económico o moral. La noción de daño -cuando se la contrapone al lucro cesante-, presupone un estado de cosas anterior al evento dañoso, caracterizado por la presencia, dentro de la esfera jurídica del damnificado, de un **bien** en el más amplio sentido, comprensivo de los derechos patrimoniales sobre cosas corporales e incorporales, derechos de crédito, derechos de propiedad intelectual, valores de la personalidad y demás **intereses jurídicos** dignos de tutela, incluidos los intereses morales de la persona (art. 41 de la *Constitución Política*). La oportunidad indemnizable suele ser una realidad fáctica digna de tutela por el ordenamiento, materializada en proyectos de vida, proyectos empresariales o negocios, carreras académicas, deportivas o profesionales y, en general, posiciones de ventaja concreta en las que el damnificado se ha emplazado de previo al hecho dañoso, y que poseen la aptitud para evolucionar hacia estadios fácticos preferibles. El evento que suprime la oportunidad suele cercenar transversalmente el proceso dinámico o evolutivo en que se encontraba el individuo justo antes del acaecimiento del hecho, en una coyuntura histórica donde resulta imposible saber si el estado de cosas preferible se haría realidad. Si se toma como punto focal ese corte y se mira hacia atrás, se podrán apreciar muchos tallos mutilados, es decir, las oportunidades perdidas. En síntesis: El evento dañoso viene a restar algo valioso que el damnificado ya tenía en su esfera jurídica, *ex ante*. Algo que siendo lícito, había de considerarse como digno de tutela y respeto, no sólo por el ordenamiento en general, sino por los demás sujetos que se relacionen con el individuo, en atención al principio *alterum non laedere*, piedra angular del contrato social. Este fenómeno calza dentro del concepto jurídico de daño: **Todo aquello que el damnificado perdió** como consecuencia del hecho atribuido al responsable.

El calificar la pérdida de chance como una especie del género daño tiene importantes consecuencias jurídicas, que conviene destacar. En primer lugar, en cuanto concierne al **principio procesal de congruencia**, si el actor solicita una indemnización de daños y perjuicios, el adjudicador -sea juez o árbitro- no incurre en ningún vicio de *extra petita* al conceder la pérdida de oportunidad, pues ésta está comprendida dentro de la esfera de significados posibles de la voz daño[49]. Por otra parte, en cuanto concierne a la **responsabilidad por actividad lícita y funcionamiento normal** de la Administración Pública, la pérdida de chance sería indemnizable al tenor de lo dispuesto en el artículo 194 del *Ley General de la Administración Pública*[50]. La Administración debe indemnizar a al administrado el valor de las oportunidades perdidas, como contrapartida del beneficio recibido por la colectividad a raíz del sacrificio particular impuesto discriminatoriamente al individuo.

IV. Distinción entre la pérdida de chance y otros conceptos:

1- Distinción con el lucro cesante.

A diferencia del lucro cesante, que es un perjuicio económico, la pérdida de chance puede referirse tanto a aspectos económicos -incluida la pérdida de oportunidad de devengar un lucro, o la pérdida de oportunidad de evitar un daño emergente-, como morales: la pérdida de oportunidad de curación, o la pérdida de oportunidad de sobrevivencia, etc. El concepto en estudio es **más amplio** en cuanto a contenidos que el lucro cesante, que claramente se encuadra como un tipo de afectación patrimonial: Las ganancias o réditos dejados de producir. En la pérdida de oportunidad la relación de causalidad se establece entre el hecho dañoso y la **pérdida de una oportunidad**, no sólo de lucrar, sino también de otras aspiraciones legítimas, no necesariamente patrimoniales, como conservar o recuperar la salud. Aparte de la mayor amplitud *temática* de la noción de pérdida de oportunidad, conviene fijar la atención en las diferencias relativas a la conexión causal y al objeto sobre el cual recae la existencia de certeza.

Para refinar el análisis comparativo -excluyendo otras modalidades de pérdida de chance-, contrapongamos, únicamente, el **lucro cesante** y la **pérdida de oportunidad de obtención de lucro**.

El concepto de lucro cesante requiere una relación de causalidad entre el hecho dañoso y la **frustración de una ganancia**. Se requiere, por consiguiente, un grado de certeza de que, a falta del evento dañoso, el damnificado hubiera obtenido un beneficio patrimonial. En el lucro cesante la certeza recae sobre la frustración de una **ganancia** que el damnificado aún no tenía, mientras que en la pérdida de chance la certeza recae sobre la frustración de la **oportunidad** que el damnificado ya tenía, de lucrar o de acceder a tales o cuales fuentes de lucro. Obsérvese la diferencia de enfoque:

47 En tal sentido, **YZQUIERDO TOLSADA**, op.cit., p. 153. En el mismo sentido, la decisión adoptada en sesión unitaria por la Corte de Casación italiana el 19 de diciembre de 1985, citada por **ALPA**, op.cit., pp. 516-517, donde se considera a la chance como un elemento del patrimonio, es decir, un bien.

48 En tal sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo de 1999, con ocasión de la pérdida de oportunidad de impugnar una sentencia, a causa de la negligencia del abogado director. Citada por Elena **VICENTE DOMINGO**, op.cit., p. 262.

49 Así lo consideró la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el caso *Disexport*, que comentaremos más adelante: Sentencia número 766-F-2001, de las 16:10 del 26 de setiembre de 2001.

50 Esta norma declara indemnizable el daño, pero no el lucro cesante:
Artículo 194.- *1. La Administración será responsable por sus actos lícitos y por su funcionamiento normal cuando los mismos causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión.*
2. En este caso la indemnización deberá cubrir el valor de los daños al momento de su pago, pero no el lucro cesante. (…)

En un caso se tiene una razonable certeza de que, de no haber ocurrido el evento dañoso, el damnificado iba a realizar una ganancia. En otro, no se tiene plena certeza sobre la realización del lucro, pero sí sobre la existencia objetiva de las condiciones propicias para lucrar o para acceder a fuentes de lucro. La relación de causalidad se establece, en un caso, entre el evento dañoso y la supresión del lucro; y, en otro, entre el evento dañoso y la eliminación de la oportunidad de lucrar, o de acceder a niveles superiores de ingreso. *A priori*, parecería un juego de palabras, pero un examen casuístico permite reflejar la utilidad, la autonomía conceptual e, incluso –según veremos-- la posible concurrencia de ambas figuras, que permiten calibrar y ajustar el sistema indemnizatorio a mayores grados de precisión y equidad.

El lucro cesante y la pérdida de chance de lucrar difieren en cuanto a sus **exigencias probatorias**. La carga de la prueba del lucro cesante es más pesada que la carga de la prueba de la chance de lucrar. Para probar el lucro cesante, usualmente se requiere demostrar, *in concreto*, la preexistencia de una relación jurídica específica, es decir, un título o un derecho de crédito del que pueda derivarse razonablemente la certeza de la ganancia anticipada. Por ejemplo, si lo que se reclaman son rentas, se exige la demostración, no solo de titularidad, sino de la preexistencia de un contrato o, al menos, de un precontrato de locación. Igualmente, si lo que se reclama es la frustración de una venta, es preciso acreditar la preexistencia de contrato o de un precontrato de compraventa, o al menos, de una oferta firme recepticia de concertación de un contrato. En materia de pérdida de chance, por el contrario, no es necesario demostrar la existencia de una relación jurídica específica. Basta con demostrar la titularidad sobre un bien o derecho apto para la generación de réditos o frutos y la mutilación de la potencialidad de obtener ganancia a raíz del hecho dañoso. En el ejemplo del inmueble generador de rentas, si no se tiene un contrato específico de arrendamiento a los fines de probar el lucro cesante, puede inferirse la pérdida de oportunidad de lucro, prácticamente *in re ipsa*, a partir del hecho mismo de la interferencia nociva en la disponibilidad del bien o en su potencial locativo.

El lucro cesante y la pérdida de oportunidad de obtener ganancias difieren también en cuanto a sus **efectos**. En la pérdida de oportunidad de lucro lo que se indemniza es, únicamente, **una fracción** del lucro cesante proyectado. La fracción excluida corresponde al **factor aleatorio**, que cobra relevancia jurídica en la pérdida de oportunidad. No es que en el lucro cesante no hay un álea. En la mayoría de los casos lo hay, por la simple imposibilidad de garantizar con absoluta certidumbre qué hubiera ocurrido a falta del hecho dañoso. Lo que ocurre es que cuanto el adjudicador considera tener certeza *razonable* de que la ganancia se hubiera realizado, acoge integralmente el reclamo de lucro cesante, y el álea citado deviene jurídicamente irrelevante. En la pérdida de oportunidad la fracción indemnizada corresponde a la **probabilidad** de realización del lucro, es decir, al valor económico de la oportunidad de lucrar erradicada a raíz del evento dañoso. Sería incorrecto decir que el lucro cesante se indemniza integralmente y la pérdida de oportunidad no. Ambos rubros se indemnizan integralmente. Lo que ocurre es que, para constatar la oportunidad indemnizable es preciso, primero, calcular el lucro cesante total, como valor de referencia y luego depurarlo descontándole el riesgo de no realización de la ganancia.

En la indemnización del lucro cesante normalmente se pasa por alto –es decir, se considera jurídicamente irrelevante-- el álea intrínseco a la realización efectiva de prácticamente cualquier ingreso futuro proyectado. Consideremos el siguiente ejemplo. En el caso *Micangeli vs. DHL*[51], se concedió al actor, a título de lucro cesante, el 100% de la suma que, a título de patrocinio, iba a percibir un corredor por la conducción de un vehículo en la competencia automovilística "*Las Tres Horas de Costa Rica*". El plan original se frustró a raíz de que no llegaron a tiempo al país, en virtud del incumplimiento del transportista demandado, las piezas necesarias para habilitar el vehículo en cuestión para la competencia. En la especie, se condenó a la empresa transportista a indemnizar el 100% de lucro cesante consistente en la suma total dejada de percibir por el patrocinio pactado con un tercero. Como puede apreciarse, la sentencia da por sentado el cumplimiento del patrocinador, con lo cual se prescinde de un **riesgo asociado al efectivo cumplimiento de todo contrato**. También se da por sentado que, de haber cumplido el transportista, las piezas iban a ser instaladas a tiempo, y el vehículo iba a estar habilitado para competir. Es **imposible** que el juzgador pueda tener total y absoluta certeza de que, a falta del evento dañoso –es decir, en caso de haber llegado a tiempo los repuestos del motor--, los eventos se hubieran desarrollado en tal o cual sentido. No es posible asegurar con 100% de certidumbre que el patrocinador hubiera cumplido debidamente la prestación convenida, ni, tampoco, que por vía de ejecución forzosa el derecho de crédito se hubiera necesariamente transformado en una suma tangible de dinero. (¿Cuántos débitos se quedan sin pagar? ¿Cuántas sentencias sin ejecutar?). Lo cierto del caso es que, en materia de lucro cesante, no es posible --en la mayor parte de los casos--, que el adjudicador (juez o árbitro) tenga 100% de certeza de que, a falta del hecho dañoso, la ganancia se hubiera realizado. Lo que se puede llegar a tener es, ciertamente, un grado de convicción razonable, *ceteris paribus*. La presunción de un estado de cosas constante, que presupone que no habrían de emerger obstáculos ulteriores para la realización efectiva del lucro proyectado, constituye, *stricto sensu*, una conjetura; una supresión, si se quiere, arbitraria, de un álea. De lo cual se sigue que en el lucro cesante el factor aleatorio relativo a las vicisitudes normales que pueden afectar la efectiva percepción de la ganancia proyectada adquiere el *status* de hecho jurídicamente **irrelevante**. En el lucro cesante, un grado de certeza inferior al 100% le genera al damnificado una indemnización del 100%. Ahora bien, si las dudas adquieren un peso suficiente como para influir en el estado de convicción del juez sobre si, en efecto, tal lucro se hubiera realizado a falta del evento dañoso, lo normal, bajo un sistema indemnizatorio de **todo o nada**[52], que prescinda de concepto de pérdida de chance, es el rechazo total de la demanda. La noción de pérdida de chance ofrece a los operadores y adjudicadores, **una vía alternativa al sistema del todo o nada**, donde el factor aleatorio se excluye de la indemnización, sin que, por ello, arrastre al vacío de la irrelevancia jurídica la certeza que pudiera recaer sobre la erradicación de las condiciones preexistentes, propicias y favorables a la realización de una ganancia proyectada.

---

51 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 214-F-S1-2009 de las 9:36 horas del 10 de marzo de 2009.
52 Ver *infra*, Sección V, 1 (c).

El lucro cesante y la pérdida de oportunidad de lucrar **pueden concurrir** en un mismo caso. Supóngase que, en virtud de un evento dañoso X, se le impide de por vida a una joven abogada continuar ejerciendo su profesión, actividad que, a la fecha del evento dañoso, le deparaba un ingreso mensual promedio de dos mil dólares estadounidenses. El cálculo de lucro cesante parte de la fuente cierta de lucro que gozaba la damnificada al momento del hecho, la cual podría ser el ejercicio de labores como abogada *junior* o abogada asistente en un bufete de abogados, labor por la que percibía los citados dos mil dólares mensuales, en promedio. Es claro que la proyección del lucro cesante implica la consideración de variables como la expectativa de vida productiva, la formación de un fondo de retiro, las proyecciones en el costo de la vida y del valor del dinero en el tiempo, etc. Sin embargo, un examen más minucioso permite observar que si esta persona, a sus veinticinco años ya gozaba de una posición profesional consolidada, es razonable presumir que a sus treinta y cinco o cuarenta y cinco años hubiera accedido a niveles profesionales más retributivos. Máxime si sus antecedentes personales, académicos y laborales denotaban excelencia, talento y una trayectoria ascendente. A esta persona no solamente se le suprimió el lucro cesante consistente en sus dos mil dólares mensuales de abogada *junior*, proyectados y ajustados en el tiempo que le restaba de carrera profesional, sino de la oportunidad de ascender, de escalar a niveles y posiciones superiores de ingreso, que son los que la Abogacía y cualquier otra disciplina reserva a sus cultivadores más esforzados. No sólo se le coartó el salario mensual, sino que se le suprimió la plataforma de lanzamiento, el sitio donde se había posicionado para alcanzar su legítima aspiración de impulsarse hacia un proyecto de crecimiento profesional. Parece ser, incluso, contrario a la experiencia y a la lógica presumir lo contrario, a saber, que esta persona se iba a quedar de por vida cumpliendo funciones asistenciales, que eran las reflejadas y retribuidas mediante los dos mil dólares mensuales. En un caso como el descrito, parece muy claro que, *además* del lucro cesante apoyado en la certeza de una fuente establecida de lucro, debería abrirse espacio a una indemnización complementaria, adicional, por pérdida de oportunidad, a fin de colmar y satisfacer a plenitud las demandas de justicia del **principio de reparación integral**. Para calcular el valor económico de la oportunidad de crecimiento perdida, debería seguirse un método como este: Primero: Proyectar una curva de ingresos que considere el acceso escalonado y progresivo a niveles superiores de ingreso. Segundo: Proyectar una curva de ingresos que contemple el lucro cesante puro, el que parte de la conservación lineal del mismo ingreso como abogada asistente. Tercero: A la primera curva restar la segunda (la cual se indemniza integralmente a título de lucro cesante). Cuarto: Al saldo, se ha de calcular un factor de probabilidad, lo cual, según se verá, se realiza de modo empírico, prudencial, aunque bien pueden contribuir, de estar disponibles, datos estadísticos o comparativos (*v.gr.,* ¿Cómo evolucionó la vida profesional de un conjunto de personas con similares características?). Eliminado el factor aleatorio, queda un porcentaje destinado a indemnizar la oportunidad perdida.

Consideremos otro ejemplo de **concurrencia de lucro cesante y pérdida de oportunidad**, ahora en el ámbito empresarial. Supóngase que, en virtud de un evento dañoso, una empresa de transportes se ve privada de activos equivalentes a un millón de dólares. El análisis de lucro cesante ha de tomar en cuenta la capacidad productiva y lucrativa

que ostentaba la empresa al momento del evento dañoso, incluyendo variables como la flotilla de vehículos que se disponía antes del evento, la cuota de mercado de la empresa, los recursos humanos con que contaba la compañía, la estructura de costos, etc. Sobre la base de tales elementos ciertos -históricos-- de la organización productiva de la empresa, es posible realizar una proyección razonable de las utilidades netas que hubiera generado la empresa sin necesidad de nuevas inyecciones de capital. Sin embargo, este análisis puede resultar insuficiente, si existen bases serias para considerar que la empresa tenía posibilidades de crecimiento a partir de la reinversión de utilidades, por ejemplo, en la adquisición una flotilla de vehículos adicionales y la expansión de sus operaciones. En este punto, la figura de la pérdida de oportunidad puede ser útil para compensar las posibilidades de crecimiento frustradas a raíz del evento dañoso. El concepto de pérdida de oportunidad puede ser muy útil para balancear la certeza incuestionable de las posibilidades de crecimiento con el álea del eventual comportamiento del mercado.

2- Distinción con el costo de oportunidad

El concepto económico y financiero del costo de oportunidad alude al valor del aprovechamiento alternativo de los recursos económicos. Esta noción muestra, en el plano económico, la más amplia regla de la vida de toda elección implica, al mismo tiempo, una renuncia.

El concepto jurídico de pérdida de chance puede coincidir con el concepto económico de costo de oportunidad, pero *no necesariamente*. Veamos: Si un sujeto ha invertido 100 unidades monetarias en una negociación que luego se trunca debido a que la contraparte ha roto las tratativas en forma abusiva, el costo de oportunidad abarca, en términos generales, el valor económico de la asignación de las 100 unidades monetarias a una negociación o actividad lucrativa alternativa. *Jurídicamente*, el referido costo de oportunidad puede desagregarse o descomponerse en distintos daños indemnizables, comprensivos de daños emergentes, lucro cesante y pérdida de oportunidad. El daño emergente estaría integrado por dos partidas: las 100 unidades monetarias erogadas sin contrapartida útil y la fracción del capital erosionada a consecuencia de la inflación y la depreciación monetaria. El lucro cesante serían los rendimientos mínimos de crecimiento que un capital de 100 le hubiera podido deparar a su titular, *v.gr.*, una inversión a plazo en un banco estatal, durante el plazo en cuestión. La pérdida de oportunidad serían las opciones negociales más lucrativas y menos conservadoras que el damnificado dejó pasar o dejó de emprender por estar atado a la negociación truncada. La pérdida de oportunidad se ubica en una banda de rendimiento superior al lucro cesante, pero se ve castigada por la depuración del factor aleatorio; aunque, como puede apreciarse, son rubros independientes, agregativos. En suma, sería razonable suponer que, por la no disposición de un capital de 100, el damnificado sufrió: 1. Un daño emergente equivalente a los costos hundidos. 2. Un daño emergente equivalente los puntos porcentuales necesarios para restituir el valor original del capital (puntos de indexación). 3. Un lucro cesante equivalente a los puntos porcentuales que una inversión conservadora le hubiera generado al titular, de haber tenido el capital en su poder; y 4. Una pérdida de oportunidad de obtener rendimientos adicionales, en exceso del lucro cesante. Todos estos rubros encuadran dentro de la noción económica de costo de oportunidad.

3- Distinción con el riesgo de daño futuro

La creación de riesgo tiene dos roles claramente distinguibles en el universo conceptual de la responsabilidad civil. En un caso --el más común--, el riesgo creado funge como **factor de atribución** de responsabilidad, usualmente objetiva[53]. En otro –menos conocido y poco estudiado por la doctrina--, la creación de un **riesgo** –también llamada **peligro de daño futuro**[54]--constituye una **categoría de daño**, indemnizable *per se*[55]. En esta hipótesis, la creación del riesgo es, en sí misma, el daño indemnizable, y puede derivar de la culpa o de cualquier otro factor de atribución de responsabilidad. La doctrina francesa[56] recoge, entre otros, los siguientes ejemplos tomados de sus repertorios de jurisprudencia: El riesgo de muerte originado en la pérdida de un órgano, el riesgo de agravación de un incendio a causa la instalación de reservas de combustible en zonas residenciales, el riesgo de confusión de la clientela en la competencia desleal, el riesgo de desprotección originado en la omisión de contratar seguros obligatorios, etc. Todos estos riesgos actuales de daños futuros constituyen daños indemnizables en cuanto tales.

El riesgo o peligro de daño futuro se compone de los siguientes elementos:

a- Un estado de cosas ex ante, caracterizado por una situación de riesgo (X);

b- El acaecimiento de un hecho (activo u omisivo), atribuible, al responsable y que viene a modificar negativamente status quo ante.

c- El surgimiento -como consecuencia del hecho atribuible al responsable-, de un nuevo estado de cosas ex post, caracterizado por la emergencia de un riesgo actual y serio de un mal futuro (Y), que bien puede ser la agravación de la situación de riesgo preexistente (X + Y).

El riesgo **actual** de daño futuro puede ser considerado como un daño indemnizable *per se*; sin que sea necesario, a los fines de su indemnización, esperar a ver si se materializa o no el riesgo. De la comparación entre el estado de cosas *ex ante* y el estado *ex post*, se puede evidenciar la naturaleza **cierta** del riesgo de daño futuro, siempre que se trate de un riesgo serio, objetivamente aprehensible y susceptible de demostración. Así como en la pérdida de oportunidad no se indemnizan los sueños fantasiosos -los “castillos en el aire” de los **MAZEAUD**-, en el riesgo futuro no se han de indemnizar los malos presentimientos ni los presagios agoreros.

El surgimiento de un nuevo riesgo puede constituir un **dato objetivamente constatable**, y cuando es el efecto de un hecho atribuible a otro en virtud de un factor de atribución de responsabilidad civil, un **daño indemnizable**. Por ejemplo: Si el nuevo riesgo es la mayor

53 Aunque también cabe la creación culpable de riesgos.
54 V. **ZANNONI**, Eduardo: El beneficio o ganancia Frustrada y las meras chances. Los daños hipotéticos o eventuales (lucro cesante, pérdida de chances y peligro de daño futuro), en : **Chances**. **Revista de Derecho de Daños**, 2008-1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, pp. 89-109.
55 V. **VINEY**, Geneviève et Patrice **JOURDAIN**: **Les conditions de la responsabilité**, op.cit., p. 91.p. 88-89.
56 Ibidem, nota 412.

propensión a padecer problemas de salud, es claro que las primas de los seguros de vida que el damnificado se proponga tomar a futuro se incrementarán, al haberse incrementado el riesgo general de siniestralidad. Además el nuevo riesgo pasa a integrar el elenco de condiciones preexistentes, que quedarán excluidos de cobertura al tomar una póliza de gastos médicos. Los efectos **actuales** del riesgo de daño futuro no se agotan en las cuestiones de la accesibilidad o el precio de los seguros, sino que, en cuanto concierne a temas de salud, puede imponer un determinado estilo de vida al damnificado, al punto de tener que verse privado de ciertas actividades o goces, y de tener que vivir bajo la presencia constante de una espada de Damocles. Si el nuevo riesgo es la instalación -a contrapelo de las regulaciones urbanísticas- de una fábrica de municiones y explosivos en una zona residencial, el efecto inmediato pue-de ser el desmedro del valor venal de los inmuebles circunvecinos.

Cabe advertir que no suele ser tarea sencilla convencer a los adjudicadores de que el riesgo de un daño futuro sea un riesgo **actual** y cierto y, por tanto, indemnizable. Algunos juzgadores tienden a ver una simple conjetura, una posibilidad hipotética no susceptible de indemnización. Así lo consideró la jurisprudencia argentina –bajo la crítica de un destacado autor[57]--, en el caso de un niño recién nacido que, en la sala de neonatología, fue asperjado con agua excesivamente caliente. En tal caso, la prueba pericial consideró que había un riesgo de daños en el epitelio germinal (productor de espermatozoides), pero que habría que esperar a que el niño se desarrollase para poder hacerle un espermograma concluyente.

Comparemos las figuras de la pérdida de chance y el riesgo de daño futuro.

En la **pérdida de chance**, el damnificado tiene, de previo al evento dañoso, una oportunidad seria de acceder a un estado de cosas preferible o de evitar un perjuicio. Es, entonces, a raíz del evento atribuido al responsable, que esa oportunidad **pre-existente** desaparece o decrece sustancialmente. Desde este punto de vista, la noción pérdida de chance viene a ser una especie de daño actual consumado, pues implica la desaparición de un bien que el actor ya tenía dentro de su esfera de derechos e intereses jurídicamente relevantes. Por lo general, a la fecha focal de la demanda la pérdida de chance suele representarse como un hecho histórico[58]. En la creación de riesgo futuro el esquema se invierte: el efecto del hecho atribuido al demandado no es hacer *desaparecer* una oportunidad preexistente, sino hacer *surgir* el **riesgo de un daño futuro**.

Las figuras *pérdida de chance* y el *riesgo de daño futuro* comparten sendos denominadores comunes: **1.** La existencia de un **elemento cierto**, con la diferencia de que en la pérdida de chance el elemento cierto es la *desaparición* de una oportunidad pre existente, mientras que en el riesgo futuro es el *surgimiento* de un nuevo riesgo; y **2.** La existencia de un **elemento aleatorio** que debe ser descontado de la indemnización. Si lo que se indemniza es el riesgo actual de un evento desfavorable futuro e incierto, la indemnización debe descontar la probabilidad de que no llegue

57 V. **ZANONI**, *op. cit*., pp. 100-102.
58 En tal sentido, ver **MAZEAUD-TUNC**, *op.cit.*, p. 307.

a materializarse el riesgo. Si lo que se indemniza es la pérdida de chance, se debe descontar la probabilidad de que no se hubiera llegado a realizar la oportunidad. La diferencia radica en que en la figura de la pérdida de oportunidad el componente aleatorio se ubica cronológicamente en el estado de cosas *ex ante*; mientras que en la figura del riesgo de daño futuro el componente aleatorio se ubica temporalmente en el estado de cosas *ex post*.

V. Funciones legítimas e ilegítimas del instituto de la pérdida de oportunidad:

Conviene discernir las funciones legítimas que puede asumir la pérdida de chance –acordes, como se verá, con el principio de reparación integral--, de otras ilegítimas. Ello contribuirá a disipar algunos resquemores apriorísticos y a demostrar la robustez científica de la figura en estudio.

1- Funciones legítimas:

La noción de pérdida de chance tiene una cuádruple función: **a)** Permite demarcar los límites del perjuicio causado; **b)** Permite establecer sólidamente el vínculo de causalidad; **c)** Sirve al principio de reparación integral, al ofrecer una solución alternativa a los excesos del sistema del "todo o nada"; y **d)** Funge como instrumento de equidad en las hipótesis de concurrencia causal. Estudiemos cada una de dichas funciones legítimas.

a- Delimitar el daño:

La figura de la pérdida de chance funge, en primer término como instrumento conceptual útil para deslindar los aspectos ciertos -y, por tanto, indemnizables- del daño, de los aspectos inciertos –que, en cuanto tales, no son susceptibles de resarcimiento--. La figura presta sus servicios al principio de reparación integral, en dos sentidos: Por un lado, elimina el exceso, al depurar y excluir de indemnización de las consecuencias hipotéticas, meramente conjeturales. Por otro, remedia el defecto, al rescatar fenómenos nocivos objetivamente constatables que, de otro modo, podrían ser absorbidos por el agujero negro de la irrelevancia jurídica.

Al segregarse los aspectos hipotéticos, el reclamo indemnizatorio cobra una mayor credibilidad. El "resto reservado", es decir, la oportunidad perdida, sí puede ser descrito y probado por los medios de prueba de un hecho. Tal credibilidad se logra al concentrase la atención en aquellas afectaciones objetivamente constatables, a los fines de satisfacer el requisito de certeza del daño.

Ejemplo: Concluida la etapa de organización e inversión pre operativas, una empresa de transporte aéreo de mercaderías incursiona en un determinado segmento del mercado o ruta comercial (ej, San José-Madrid), habiendo habilitado dos aeronaves a la prestación de los servicios. En los primeros meses de operación, la empresa se posiciona en el mercado y obtiene una cuota creciente de participación en el mercado de importaciones y exportaciones, desde y hacia ambos extremos de la ruta mercantil. La empresa tiene proyecciones de generación de renta y de reinversión de utilidades, a fin de expandir operaciones mediante el arrendamiento de dos nuevas aeronaves. En esas circunstancias, sobreviene un hecho dañoso que interrumpe drásticamente el desarrollo de la actividad comercial de la empresa. En un caso como el que se plantea, el concepto de pérdida de oportunidad puede ser muy útil para excluir

aspectos aleatorios, como la receptividad del mercado a la expansión de operaciones y, en general, la efectiva realización de las expectativas de crecimiento, las cuales dependerán, en última instancia, de una pluralidad de factores y variables, con un mayor o menor grado de incertidumbre. Al mismo tiempo, la noción de pérdida de oportunidad sirve para rescatar los aspectos ciertos, como lo es la preexistencia de una estructura empresarial y de un negocio en marcha con perspectivas serias de crecimiento. Certeza absoluta de la realización del lucro proyectado, no se tiene. Pero sí una certeza razonable de la preexistencia de las condiciones fácticas propicias para el florecimiento de una actividad mercantil con curva ascendente de crecimiento.

Al replantearse el daño, no en clave de lucro cesante, sino en clave de pérdida de oportunidad de generación de lucro, el reclamo emerge bajo una nueva luz de razonabilidad. La pérdida de chance sirve para describir con mayor precisión la verdadera entidad del daño causado. Además, según pasamos a exponer, el concepto sirve para anudar firmemente el nexo causal.

b- Ceñir el vínculo causal:

Encorsetado el daño dentro de su dimensión cierta, la figura de la pérdida de chance permite ajustar un sólido y apretado vínculo causal entre el hecho atribuido al responsable y el resultado dañoso. Según lo ha hecho ver la doctrina italiana[59], la cuestión de la resarcibilidad de la pérdida de oportunidad atañe principalmente al estudio de la causalidad jurídica.

Ejemplo: Una aseguradora rechaza la solicitud del asegurado, de pre autorizar servicios médicos en el extranjero al amparo de una póliza de gastos médicos, oponiendo la interpretación extensiva de una cláusula de limitación de cobertura o cualquier otro argumento falaz. A raíz del rechazo de la gestión, el asegurado se ve impedido de recibir oportunamente a la atención médica de primer orden en el extranjero, a la que hubiera podido acceder de haber sido aprobada oportunamente la gestión. El paciente fallece. *Ex post facto*, se demuestra que el argumento inicial de la aseguradora para denegar la pre autorización de servicios era ilegítimo y se prueba el incumplimiento contractual. Se pregunta: ¿Qué tipo de daño resulta indemnizable? ¿Pueden los allegados de *de cujus* reclamarle a la aseguradora responsabilidad –naturalmente aquiliana- por el daño moral de afección por la pérdida de un ser querido? En un caso como el planteado, parece muy difícil establecer una conexión causal entre el incumplimiento oportuno de la obligación de la aseguradora y el fallecimiento del asegurado. Para ello, se debería tener absoluta certeza de que, de haber recibido el tratamiento médico en cuestión, la persona se hubiera curado. Tal grado de certidumbre es prácticamente imposible de acreditar. Sin embargo, cambiando el enfoque, se podría llegar a demostrar, por ejemplo, con ayuda de estadísticas, que al asegurado se le privó, irreversiblemente, de una oportunidad única de supervivencia, de la que hubiera gozado de haber tenido acceso a los servicios cubiertos por la póliza. La conexión causal no es entre el incumplimiento contractual y la muerte del sujeto, sino entre el incumplimiento contractual y la pérdida de chance de sobrevivencia. En lo que concierne a los adeudos, la conexión causal, en el plano extracontractual, es entre

59 V. **ALPA**, op. cit., p. 515.

un incumplimiento contractual replanteado en clave de falta al deber genérico *neminem laedere*, y la pérdida de la oportunidad de evitar el daño moral de afección consistente en la desaparición del ser querido. En tal caso, se puede probar, objetivamente: Primero: Que el damnificado directo tenía una oportunidad objetiva preexistente de sobrevivencia, derivada de dos circunstancias objetivamente constatables: Disponibilidad de recursos económicos hasta la cobertura de la póliza de gastos médicos; y las estadísticas de supervivencia para dolencias similares en un hospital extranjero de primer orden. Segundo: Que dicha oportunidad fue coartada a raíz de una conducta antijurídica de la empresa aseguradora. Tercero: Que, *par ricochet*, los damnificados indirectos perdieron la oportunidad de evitarse el dolor y el sufrimiento por la pérdida del ser querido (el daño moral de afección).

c- Ofrecer una opción equitativa al sistema del todo o nada.

Una de las funciones capitales de la figura de la pérdida de chance es, a nuestro juicio, la de ofrecer una solución correctiva de las rigideces e injusticias del sistema del "todo o nada", a fin de satisfacer, con mayor fidelidad, los mandatos del principio de reparación integral del daño. El principio de reparación integral ordena que se ha indemnizar *todo* el daño causado, pero *únicamente* el daño cierto resultante del hecho generador de responsabilidad civil. La noción de pérdida de chance sirve, según se verá, como un instrumento de precisión, útil para calibrar finamente la balanza de la justicia, evitando que se incline hacia uno u otro lado, evitando pecar por exceso o por defecto.

Pero…(se preguntará el ilustrado lector) ¿qué es el sistema del *todo o nada*? Ciertamente, esta noción es poco conocida en la literatura de Derecho de Daños de tradición civilista. Es, en cambio, una noción de uso frecuente en la literatura y la jurisprudencia del *Common Law*. Sin embargo, según veremos, este concepto resulta ser útil para describir algunas premisas metodológicas *implícitamente* aceptadas en el Derecho de tradición civilista -incluido el Derecho costarricense-. Conviene advertir que cuando describamos la regla *all-or-nothing*, imperante en el Derecho inglés y en parte de las Cortes estadounidenses, el lector formado bajo la tradición romanista-francesa eventualmente podría suponer, *a priori*, que se trata de un precepto jurisprudencial ajeno a *nuestro* modo de pensar. Sin embargo, una reflexión más concienzuda, nos revelará que nuestra propia jurisprudencia acoge y aplica la misma regla del *todo-o-nada*, sólo que no en forma explícita. Dicha regla se aplica como pre comprensión implícita.

¿En qué consiste la regla *all-or-nothing*? En términos simples, la regla "*todo o nada*", también denominada teoría del balance de probabilidades --aplicada por las cortes inglesas y por los tribunales estadounidenses más ortodoxos--, consiste en lo siguiente: Si del acervo probatorio resulta presumible ("*more likely than not*"), con un grado de certeza superior al 50%, que el resultado dañoso fue consecuencia de la conducta del demandado, éste ha de cargar con el 100% de la indemnización. Si, por el contrario, el grado de certeza no alcanza a inclinar a la derecha la balanza de probabilidades, sino que es del 49% o menos, la demanda se rechaza totalmente. O todo, o nada.

La aplicación de la regla "*all-or-nothing*" ha generado focos de insurgencia en la jurisprudencia estadounidense, por considerarse, en algunos casos, excesivamente

rígida e injusta. Dicha dialéctica se ha cristalizado en la formulación de la "*lost chance doctrine*" (doctrina de la oportunidad perdida), introducida -en el Derecho estadounidense- en el caso *Herskovits v. Group Health Cooperative*[60], del año 1983[61]. En dicho caso, se discutió la cuestión de la responsabilidad que le correspondía al demandado por la detección tardía de un cáncer de pulmón en circunstancias tales que, de haber sido diagnosticado el mal en su fase uno, el paciente hubiera tenido 39% de probabilidades de supervivencia por cinco años. Al haber sido detectado en una fase más avanzada, dichas probabilidades se redujeron al 25%. La sucesión del causante, no estando en posibilidades de probar que con la detección temprana y un adecuado tratamiento, el paciente hubiera sobrevivido para colmar su normal expectativa de vida, reclamó una indemnización por la reducción de probabilidades de supervivencia, derivada del errado diagnóstico inicial. Al tenor de la regla "todo o nada", el reclamo hubiera estado destinado al fracaso, habida cuenta que existía una probabilidad superior al 50% de que el paciente hubiera fallecido por causas naturales. Sin embargo, la Corte de Apelaciones consideró que la disminución, en un 14%, de las probabilidades de supervivencia derivada del error de diagnóstico era suficiente para acoger la demanda. En el caso Hicks v US, 368 F. 2d 626, 632, la Corte de Apelaciones del Cuarto Distrito de los Estados Unidos postuló el siguiente *obiter dictum*: "*Cuando la acción u omisión negligente de un demandado ha suprimido efectivamente la oportunidad de sobrevivencia de una persona, no le corresponde al demandado formular conjeturas sobre la medida de las oportunidades que él mismo puso fuera de toda posibilidad de realización. Si había una posibilidad sustancial de sobrevivencia y el demandado la destruyó, es responsable*"[62]. En el Derecho estadounidense, la jurisprudencia de las cortes estatales se encuentra actualmente dividida entre la regla "*all-or-nothing*" y la "*lost chance doctrine*", aunque ésta muestra una tendencia *in crescendo*[63].

En el Derecho inglés domina la citada teoría del balance de probabilidades -cuya consecuencia es la aplicación de la regla *all-or-nothing*- con algunas excepciones (como de oportunidad. Se encuentran otros casos en los que las cortes, sin llegar a admitir expresamente el carácter indemnizable, *per se*, de la pérdida de oportunidad, han condenado a abogados ("*solicitors*") a indemnizar las oportunidades perdidas de obtener beneficios económicos, a raíz de la omisión de presentar una demanda (*Kitchen v. Royal Air Forces Association)*; por la conciliación negligente de un reclamo por menos de su verdadero valor (*Thompson v. Howley*); o por la omisión de la oportunidad de negociar más favorablemente

60 664 P.2d 474 (Washington, 1983), citada por Richard **EPSTEIN**, *op.cit.* pp. 482-488. Ver el análisis crítico que sobre el mismo precedente se hace en **GLANON**, Joseph W: **The Law of Torts**. 3rd. ed., Aspen, New York, 2005, pp. 170-171.

61 Vid: **MARKESINIS**, B.S. & S.F. **DEAKIN**: **Tort Law**. Clarendon Press, Oxford, Fourth Edition, United Kingdom, 1999, pp. 181-184.

62 Traducción libre del autor, del siguiente pasaje reproducido por **EPSTEIN** y por **MARKESINIS-DEAKIN** en sus obras citadas: "*…when a defendant´s negligent action or inaction has effectively terminated a person´s chance of survival, it does not lie in the defendant´s mouth to raise conjectures as to the measure of the chances that he has put beyond the possibility of realisation. If there was any substantial possibility of survival and the defendant has destroyed it, he is answerable.*". *Hicks v. US* 368 F. 2d 626, 632 (4th Circuit Court of Appeals).

63 *Ibidem*, p. 487.

la distribución de derechos y responsabilidades en un contrato de arrendamiento (*Allied Maples Group Ltd. V. Simmons & Simmons*)[64]. Además, en la cuantificación de daños por incapacidad permanente, es usual que la compensación por futuras ganancias perdidas sea reducida mediante una tasa de descuento representativa de las normales vicisitudes de la vida y las eventuales contingencias no atribuibles al demandado, que pudieren influir negativamente, a futuro, en el pleno desarrollo de la vida productiva del damnificado.

En lo concerniente a la pérdida de oportunidades en materia de salud, uno de los casos líderes es *Hotson v. East Berkshire AHA*, del año 1987, donde el juez de juicio acogió la demanda de pérdida de oportunidad de curación originada en un error de diagnóstico oportuno de las lesiones sufridas por un niño de 13 años que cayó de un árbol. La evidencia médica mostró que, en los casos de diagnóstico y tratamiento oportuno, el 25% de los pacientes se evitan la necrosis en las coyunturas que llegó a desarrollar el joven. Los actores adujeron que, a consecuencia de la negligencia médica, se privó al paciente de la oportunidad de ser uno de los 25 entre 100 que se cura, evitando la necrosis con un tratamiento oportuno. El juez de juicio acogió la demanda. Sin embargo, la *House of Lords* la revocó, aplicando la regla ortodoxa del balance de probabilidades: Para establecer la relación causal, se requería una probabilidad superior al 50%. En este caso, la regla *all-or-nothing* dio al traste con la pretensión indemnizatoria.

La dicotomía planteada en el Derecho anglosajón entre la "*all-or-nothing rule*" y la "*lost chance doctrine*", no deja de guardar cierta similitud con la divergencia que se plantea, en los países de tradición civilista romano-francesa –y, concretamente, en el Derecho costarricense-- entre quienes rechazan y quienes defienden la noción de pérdida de chance. La posición contraria a la resarcibilidad de la pérdida de chance es, en el fondo, una teoría del "**todo o nada**". O hay "*certeza"* de la conexión causal entre la acción u omisión del demandado y el daño (*v.gr*.,la muerte del paciente) y se indemniza todo el daño o perjuicio. O hay dudas y se rechaza totalmente la demanda. No hay puntos intermedios. Sin embargo, la práctica revela que la certeza no siempre es absoluta. De hecho, respecto de algunos daños indemnizables, ese grado de certeza absoluta es imposible de alcanzar.

Si se examinan de cerca algunas categorías generalmente aceptadas como daños indemnizables, se observará que, algunas de ellas implican –a menudo de manera intrínseca y necesaria--, una dosis de conjetura, que a la postre se reputa como jurídicamente irrelevante. El operador completa la imagen del rompecabezas, con piezas que extrae de su propia industria intelectual. Lo que equivale a decir que el grado de incertidumbre carece, en estos casos, de influencia determinante o cuantitativa en el efecto de la responsabilidad civil: El daño se indemniza al 100%, aunque el adjudicador no tenga 100% de certeza.

Consideremos con mayor detenimiento dos categorías indemnizatorias cuyo reconocimiento es hoy generalizado: El **daño emergente futuro** y el **lucro cesante** –tanto consumado como futuro--. En uno y otro caso es prácticamente imposible que el adjudicador llegue a tener un grado absoluto de certeza, por

64 Vid, **MARKESINIS-DEAKIN**, *op.cit*, p. 181-184 y **CANE**, *ibid.*, p. 137.

cuanto en ambos se requiere una proyección de lo que pudo ser a falta del hecho dañoso, o de lo que podrá ser a consecuencia de éste. Examinemos el *daño emergente futuro*, como podrían ser los costos de los dispositivos médicos y de los servicios de asistencia que requerirá la persona permanentemente incapacitada. En tales casos, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que existe un grado de certeza suficiente entre el evento dañoso y los daños futuros, a los fines de aceptar la indemnización. Sin embargo, lo cierto es que dicho grado de certeza no es –ni puede ser-- absoluto, pues se basa en la expectativa de vida del damnificado. Puede ocurrir, naturalmente, que la persona llegue a vivir más, o menos. He aquí un innegable aspecto aleatorio que, o suele ser preterido, o bien reputado como jurídicamente irrelevante, al menos en cuando concierne al grado de certeza exigido para acoger el reclamo indemnizatorio.

Examinemos, ahora, el *lucro cesante*. Cuando el reclamo de lucro cesante se acoge, el adjudicador por lo general razona que mediante la conexión causa-efecto entre el evento atribuido al demandado y la supresión de una fuente de lucro, puede considerarse satisfactoriamente demostrado el lucro cesante indemnizable. La prueba de la existencia de la fuente de lucro suele ser, en buena parte de los casos, un contrato que le habría de representar al damnificado la realización de una ganancia, de no haber acaecido el hecho dañoso. Sin embargo, en tales casos el operador normalmente hace caso omiso de un álea intrínseco a la ejecución de todo contrato: el riesgo de inejecución. Puede ser que yo tuviera un derecho de crédito derivado de un contrato, pero… ¿qué me garantizaba el cabal cumplimiento del deudor? ¿Qué me garantizaba su solvencia o su moral de pago? ¿Cuántos contratos no se incumplen cotidianamente? Cabe observar que cuando el juez o el árbitro avalan el reclamo de lucro cesante, dan por hecho que el lucro anticipado era ya, prácticamente, una realidad; una fruta al alcance de la mano del damnificado. Si el lucro derivaba de un crédito, se da por sentado que el crédito iba a ser pagado tal cual. Aquí la certeza se completa con una dosis de fe, con la cual se termina por conjurar la ineluctable incertidumbre ligada a la efectiva realización de una ganancia esperada. De lo cual se deriva que, con un grado de certeza necesariamente inferior al 100%, se acoge el 100% del reclamo indemnizatorio.

Lo expuesto en el párrafo anterior también se aplica a la inversa. En buena parte de los casos, el aspecto aleatorio, las dudas o la falta de pruebas respecto de la realización del daño emergente futuro o la ganancia proyectada, terminan por descalabrar el reclamo indemnizatorio. Aquí el agnosticismo del adjudicador opera en contra del demandante.

La teoría civilista de la pérdida de chances, al igual que la doctrina estadounidense de la "*lost chance*", procuran de algún modo moderar o matizar ese rígido escenario del "**todo o nada**". La noción civilista de pérdida de oportunidad, **sin renunciar al dogma de certeza** del daño y del nexo causal, replantea el enfoque, aduciendo que el daño y el nexo causal son **otros**: Si la enfermedad no se diagnosticó a tiempo, sin que por ello pueda establecerse un sólido vínculo causal entre la omisión y la muerte del paciente, el daño no es la muerte, sino **otro**: La pérdida de oportunidad de sobrevivencia. Y el nexo causal ya no es entre la omisión y el deceso, sino **otro**, que viene a ligar el error de diagnóstico con el *nuevo* daño develado a partir del cambio de prisma, a saber: la pérdida de oportunidades

de sobrevivencia. De este modo, por vía de esta suerte de "novación" de los elementos en juego, se abre espacio a un punto intermedio entre el "**todo o nada**", al tiempo que se respetan los principios de existencia y certeza del daño, de conexión causal entre la acción u omisión atribuida al demandado y el resultado dañoso, y de reparación integral del daño (-*Reparación integral, ¿de cuál daño?- Del* nuevo *daño*). La doctrina anglosajona de la "*lost chance*" no pasa por ese intríngulis conceptual, pero llega al mismo resultado práctico. Allí se reconoce lisa y llanamente que el adjudicador, en muchos casos, no puede llegar a un convencimiento total sobre si la conducta del demandado causó, efectivamente, el daño. Pero que ese estado de duda no implica, necesariamente, que se deba declinar el reclamo, siempre se demuestre que, en virtud de la acción u omisión del demandado, se redujeron las probabilidades de supervivencia.

Un ejemplo representativo de la aplicación jurisprudencial de la regla "**todo o nada**" se encuentra en el caso *Acreedores del Banco Federado vs. Banco Central de Costa Rica*[65], relativo a una acción colectiva de responsabilidad administrativa por los daños y perjuicios sufridos por los acreedores como consecuencia de la quiebra de un banco del Sistema Bancario Nacional. Los actores consideraban que la Administración Pública incurrió en culpa *in vigilando*, por el incumplimiento de sus deberes de control, regulación y fiscalización del grupo financiero al que pertenecía el fallido. A título de indemnización, se reclamaba todo cuanto hiciere falta para satisfacer integralmente los créditos de los acreedores de la quiebra (capital e intereses), más daño moral. El Juzgado de primera instancia rechazó el reclamo, aduciendo falta de conexidad causal entre las faltas alegadas y el daño reclamado. El Tribunal *Ad Quem*, por su parte, revocó la sentencia y declaró con lugar la demanda indemnizatoria. La Sala Primera de la Corte casó por el fondo la sentencia del Tribunal y confirmó la del Juzgado. En su análisis, el Alto Tribunal planteó la cuestión en clave de causalidad: "*Conviene recordar que, esta Sala ha dicho en reiteradas ocasiones, que dentro del análisis del nexo de causalidad, debe asociarse la conducta de la Administración al efecto lesivo a los derechos o intereses del particular. De allí se hace necesario determinar si la conducta administrativa señalada como lesiva, puede considerarse como la causa adecuada que produjo por consecuencia y efecto derivado, el daño que se reclama. Esto porque la acción será considerada como la causa generadora del daño, en la medida en que el hecho particular haya potenciado la concreción del menoscabo que se reclama, de modo que este último surja como una consecuencia inmediata y directa de aquel. (…). En el caso de examen, en ningún momento se demostró la existencia de un nexo de causalidad entre la crisis de Coovivienda y la quiebra del Banco Federado, sino que pese a que se alega la existencia de hechos que afectaron a esas dos entidades, las cuales pertenecían a un mismo Grupo Financiero, es decir, al Grupo Fedecrédito R.L.; en el proceso no se logró demostrar que la crisis de aquella primera conllevara a la quiebra de la segunda*. " Y más adelante, agrega: "*…en la resolución de alzada no se le atribuye al Banco Central alguna falta específica, en relación a su deber de fiscalización o tutela respecto al Banco Federado, sino que se le imputa una*

65 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 1008-F-2006 de las 9:30 horas del 21 de diciembre de 2006.

omisión al supervisar a Coovivienda, sin que se demuestre, tal y como se señalara en líneas precedentes, no sólo la existencia de tal conducta, sino su efectiva repercusión en la quiebra del Banco Federado."

Consideró, la Sala Primera de la Corte, que no se había acreditado una conexión causal entre las faltas atribuidas a la Administración Pública y los daños reclamados por los actores, derivados de la quiebra. "*Ésta* (la quiebra)*, lejos de ser una situación atribuible a la SUGEF en la fiscalización oportuna de un giro normal, en realidad obedece a una decisión de quienes entonces eran los directivos y gerentes de ambas entidades…".*

La demanda, en el caso comentado, se planteó en términos de **todo o nada**, lo cual de alguna manera se reflejó y quedó cristalizado en el péndulo de los *por tantos* de las sentencias de primera y segunda instancias y de la resolución definitiva de la Corte Suprema de Justicia. La discusión giró en torno a si la Administración Pública, por su conducta omisiva, había o no causado la quiebra del banco fallido. El caso, sin embargo, se prestaba para un enfoque alternativo en clave de **pérdida de chance**, eventualmente más fecundo para la parte actora. Presuponiendo que los actores hubieran estado en condiciones de probar la culpa *in vigilando* de la Administración –prueba que en la especie echa de menos el Alto Tribunal—cabía indagar –y, en su caso, probar-- si los acreedores del banco perdieron una oportunidad seria de evitar una pérdida económica. En otras palabras, la pregunta no era tanto si la Administración Pública causó o no la quiebra de la entidad, sino si la Administración tenía a su alcance los medios –jurídicos y fácticos—para detectar e interrumpir oportunamente la cadena causal originada por la mala administración del banco y que culminó en el descalabro financiero de la institución, en perjuicio de sus acreedores. Cabía, entonces, preguntar si, como resultado de la inercia pasiva de la entidad pública a cargo de la supervisión del sistema financiero, se perdieron –en perjuicio de los acreedores— oportunidades de intervención curativa, a los fines de evitarle al banco su fatídico destino y a los acreedores su pérdida. En un caso como éste, posiblemente resulte imposible determinar y probar *ex post facto*, con absoluta certeza, si una intervención sanadora oportuna hubiera salvado al banco de la quiebra. Pero sí sería asequible demostrar, con un grado de certeza suficiente como para abrir espacio a la indemnización, la pre-existencia objetiva de las oportunidades serias de recuperación financiera --presuponiendo un funcionamiento normal y eficiente del sistema público de fiscalización y control de entidades financieras--, y su subsecuente desaparición a raíz del funcionamiento anormal o ilegítimo de los entes públicos encargados de la función supervisora. Cabe enfatizar que, como cualquier otro daño indemnizable, la prueba de la existencia previa y de la supresión sobreviniente de la oportunidad requiere una demostración *in concreto*. No va de suyo, cada vez que quiebra una entidad financiera privada, que el Estado deba responder, cual garante subsidiario. Es preciso demostrar la existencia de faltas específicas del servicio público, en conexión causal con la frustración de una oportunidad seria y real de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio. El enfoque propuesto concuerda con las aspiraciones legítimas del inversionista normalmente prudente y razonable: Quien invierte en una entidad financiera privada sabe (o debe saber) muy bien que el Estado no es su garante solidario o subsidiario; pero, por otro lado, debe poder confiar en que si el Estado permite la operación ostensible de un banco, es porque éste se encuentra sometido

a los mecanismos permanentes de control y fiscalización estatuidos por el ordenamiento jurídico. Y si tales mecanismos fallan, resulta legítimo indagar si existe conexión causal entre la indulgencia administrativa y el daño sufrido; o, al menos, entre tales faltas del servicio público y la pérdida de oportunidades de evitar el daño.

d- Fungir como instrumento de equidad en las hipótesis de concurrencia causal

La figura de la pérdida de chance funge como instrumento de equidad en las hipótesis de concurrencia de procesos causales. Desde este punto de vista, el concepto en estudio ofrece, nuevamente, una alternativa al sistema del todo o nada, el cual se manifiesta, en el caso de pluralidad de fenómenos causales, en la aplicación de las reglas de responsabilidad solidaria e *in solidum*[66].

Analicemos cómo funciona, en principio, el sistema del todo o nada en materia de fenómenos causales múltiples. Supóngase, por ejemplo, que un sujeto queda encargado de la custodia de una casa de habitación. Por descuido negligente, deja abierta una ventana de la casa, circunstancia que aprovechan unos hampones para saquear el inmueble. En un caso como el planteado, se presenta un concurso de faltas: Por un lado, la falta dolosa de los ladrones; por otro, la negligencia del custodio. Surge la duda de si, de haberse cerrado diligentemente las ventanas, se hubiera evitado el robo. De la respuesta a esta pregunta depende la condena *in solidum* del custodio, si es que su falta se limita al incumplimiento de una obligación; solidaria, si es que actuó en connivencia con los malhechores; o bien su absolución. Esta pregunta engendra un cuestionamiento de causalidad: Lo que se procura establecer es la conexión causa-efecto entre la conducta del custodio y el resultado dañoso. Esta indagación conduce a preguntar qué hubiera ocurrido a falta del hecho dañoso, es decir, si el cierre de la ventana hubiera ofrecido a los delincuentes un obstáculo insalvable o un elemento disuasivo a los fines de evitar el robo. Supóngase que en lugar de una ventana abierta, se trata de la activación de un sistema electrónico de alarma con conexión automática a un centro de monitoreo con vigilancia armada a cinco minutos de distancia. En tal caso, cabe preguntar de qué forma hubieran reaccionado presumiblemente los antisociales de haberse activado la bocina de la alarma. ¿Hubieran huido? ¿Hubieran tomado un par de objetos sin llegar a desmontar pantallas de televisión ni abrir cajas fuertes? Lo cierto es que, bajo el sistema de todo o nada, el custodio responde por el todo, en caso de darse por probada una falta en conexión causal con el resultado dañoso; o por nada, en caso de considerarse que, aun de haber procedido dentro de los límites de la diligencia que le era exigible, el hecho dañoso siempre se hubiera consumado. En un ejemplo como el propuesto, la noción de pérdida de oportunidad ofrece una solución alternativa, claramente más ajustada al principio de reparación integral. Visto que es imposible definir con certeza qué hubiera ocurrido de haber estado cerrada la ventana o activado el sistema de alarma, lo más razonable es atenerse a los hechos concretos objetivamente constatables: Desde el ángulo visual del propietario, la conducta negligente del custodio implicó la supresión de una oportunidad objetiva de evitar total o

66 Las obligaciones *in solidum* son aquellas con causa distinta y objeto común. Por ejemplo, la obligaciones indemnizatorias a cargo del causante de un daño y de su asegurador de responsabilidad civil.

parcialmente un daño. De este modo, en caso de condenatoria, el custodio responde, no necesariamente por el 100% del daño, si es que existe un margen aleatorio relativo a cómo se hubieran desarrollado los acontecimientos a falta del hecho dañoso.

La jurisprudencia española registra un caso ilustrativo de la utilidad del concepto de pérdida de chance en presencia de procesos causales múltiples[67]. Un trabajador de una fábrica de helados sufrió un accidente laboral que implicó la amputación de una mano. El personal médico a cargo del transporte del paciente transportó la mano amputada al hospital, a fin de su reimplantación. Sin embargo, la mano fue transportada en hielo sintético, no en hielo natural, como procedía conforme a las buenas prácticas paramédicas. A consecuencia de lo anterior, la mano llegó congelada, muerta, y se perdió toda oportunidad de reimplantación. En tal caso, hubiera resultado excesivo imputar al personal médico la pérdida de la mano, pues cuando llegaron al lugar del hecho el accidente ya había ocurrido. La noción de pérdida de chance permitió reducir la concurrencia causal de la falta médica a una más justa medida: La pérdida de oportunidad de reimplantación de la mano --habida cuenta, además, que no había, como no suele haberla, certeza plena de que la operación hubiera tenido éxito--.

2)- Funciones ilegítimas:

a- Incentivar el oportunismo

Una de las preocupaciones que, a nivel de política judicial, puede suscitar la consagración jurisprudencial de la noción de pérdida de chance, es el eventual desbordamiento incontrolable de la litigiosidad. Temor que, dicho sea de paso, suele anteceder la introducción de toda nueva categoría de daño indemnizable. Podría creerse que abrir las puertas al resarcimiento de oportunidades, podría anegar el sistema de administración de justicia con una avalancha de reclamos frívolos de supuestas oportunidades perdidas.

Este desasosiego carece de fundamento, no sólo porque la figura ha gozado de una existencia pacífica y sobria, durante muchos años y en países con sistemas y tradición jurídica afines al nuestro, sino porque la noción científica de pérdida de chance tiene su propia estructura de defensas conceptuales para repeler y desincentivar los reclamos extravagantes. En primer lugar, no es *cualquier* oportunidad la que adquiere relevancia jurídica, sino una oportunidad **real y seria**, arraigada en elementos de prueba sujetos a una **apreciación *in concreto***. Si, *v.gr.*, quien escribe estas líneas se presentare a estrados reclamar la pérdida de oportunidad de hacer carrera como jugador de fútbol profesional, dicho reclamo carecería del menor sustento probatorio y estaría condenado al más rotundo fracaso. Vale el ejemplo extremo

67 Sentencia de 10 de octubre de 1998 (EDE 25080), citada por Mariano **YZQUIERDO TOLSADA**, op.cit., p. 154. Comenta dicho fallo el ilustre tratadista español, en los siguientes términos: "*Entiende el Supremo que hubo negligencia en la ATS, pero también que no se le podía imputar el fracaso en el reimplante, pues, incluso aunque el miembro no hubiera llegado al centro hospitalario, como llegó, en avanzado estado de congelación, resulta que ni siquiera en condiciones normales es seguro el éxito en la operación. Lo que sí se le imputó fue entonces la simple pérdida de la oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano de la que no se sabe si hubiera dado resultado. Una pérdida de expectativas que se valoró en un millón quinientas mil pesetas.*"

para mostrar cómo el reclamo de pérdida de oportunidad está sujeto a las mismas exigencias y rigurosidades probatorias que cualquier otro daño indemnizable. Quien alega haber perdido una oportunidad por causa de otro, tiene la carga de probar, en primer término, las circunstancias fácticas de las que se puede derivar, con certeza razonable, la **preexistencia** objetiva de la oportunidad cuya desaparición se reclama.

Por otra parte, la ponderación y exclusión, a los fines indemnizatorios, del **factor aleatorio**, sirve para desestimular aquellos reclamos en los que la probabilidad de la realización del evento favorable es muy frágil. Si alguien me sustrae un entero de lotería cuyo número y serie no puedo recordar o probar, ciertamente me priva de una chance de ganar el Premio Mayor, pero el aspecto aleatorio es tan substancial, que posiblemente mi oportunidad llegaría a estimarse en el módico precio de adquisición del entero de lotería. De este modo, si alguien pretende activar el sistema de Administración de Justicia a los fines de reclamar nimiedades, o incluso fantasiosas y disparatadas oportunidades perdidas, muy probablemente topará de frente con el severo rechazo del reclamo, condena en costas incluida; o bien con la aplastante realidad de una indemnización acorde a la verdadera entidad del perjuicio, igualmente nimia. Con lo cual se evitaría crear incentivos perversos a la búsqueda oportunista de oportunidades perdidas.

b- Disimular la falta de pruebas:

La noción pérdida de chance tampoco sirve para disimular la falta de pruebas. Como vimos, la parte actora debe probar, con los elementos de prueba con que acreditan los hechos, la existencia previa de la oportunidad, así como la conexión causal entre la acción u omisión atribuida al responsable y la desaparición de la probabilidad de realización. Además, debe probar la seriedad de la oportunidad suprimida y la existencia de un grado de probabilidad de realización suficientemente alto, equivalente a la indemnización pretendida. Lo anterior no excluye, naturalmente, la aplicación de presunciones humanas (*res ipsa loquitur*), cuando lo perdido es la oportunidad de evitar, por ejemplo, un daño moral de afección. En síntesis: La pérdida de oportunidad no es distinta, en cuanto a las exigencias probatorias, de cualquier otro daño indemnizable.

c- Creación de premios de consolación

La pérdida de chance no implica una condena por dudas. Todo lo contrario. La condena presupone que el juzgador ha llegado a la convicción, con base en el acervo probatorio, de que el damnificado ha sufrido, a raíz de la acción u omisión atribuible al demandado, una mutación desfavorable de su *status quo ante*, a raíz de la eliminación de las condiciones de hecho que contenían, en germen, un estado de cosas preferible. Al acoger el reclamo de pérdida de oportunidad, el adjudicador pone, en el lado de balanza de la indemnización, un *quantum debitur* **razonablemente** equivalente a los efectos comprobados de la injerencia nociva del demandado en los proyectos y en la dinámica evolutiva del damnificado. Se propende a la reparación integral del daño. Advirtamos que, por más que se quiera, no siempre es posible crear una ecuación matemática entre daño y reparación. A semejantes aspiraciones de exactitud ya renunció, desde hace muchos años, el Derecho de la Responsabilidad Civil, desde el momento en que se terminó por reconocer el carácter indemnizable del daño moral. La reparación integral no siempre implica una equivalencia con arreglo a precios de mercado. A fin de

cuenta, lo que está en cuenta es una cuestión de Justicia: *Ius est Ars boni et aequo*.

VI. Metodología de determinación del quantum debitur:

La justipreciación de la pérdida de oportunidad se hace, normalmente, en dos etapas: a) Se calcula el perjuicio total sufrido por el damnificado; y b) Se calcula y descuenta el riesgo de no realización de la oportunidad. De este modo, se llega a un *quantum debitur* destinado a indemnizar **integralmente**[68] la pérdida de oportunidad, en la medida en que ésta resulta atribuible al demandado.

1- Cálculo del daño y/o perjuicio total

El primer paso consiste en identificar y estimar los daños y perjuicios sufridos por la víctima, con arreglo a los principios y técnicas propias del Derecho común.

Cabe advertir que la noción de pérdida de chance con frecuencia se utiliza a modo de elipsis, para expresar en forma sintética ideas más complejas. Por ejemplo, si se habla de pérdida de chance de supervivencia, en estricto sentido lo que se indemniza no es la pérdida de la oportunidad de conservar la vida, pues –al menos en el estado actual de nuestro Derecho positivo—la vida humana, en sí misma considerada, carece de valor económico. Los rubros indemnizables en las hipótesis de pérdida de la vida humana son los efectos asociados del fallecimiento de la persona, como el sufrimiento de sus adeudos (daño moral de afección), la desaparición de un proveedor (pérdida de créditos alimentarios), etc. En forma simétrica, en caso de pérdida de chance de supervivencia, los rubros indemnizables serían la pérdida de la oportunidad de evitar un daño moral de afección, la pérdida de la oportunidad de conservar un crédito alimentario, etc.

2- Descuento del componente aleatorio

La segunda fase del cálculo de la indemnización consiste en calcular y descontar el porcentaje aleatorio, es decir, el riesgo preexistente de no realización de la oportunidad. Este paso es necesario para reforzar el principio de certeza: Lo que se indemniza es, propiamente, la pérdida de una probabilidad cierta, no un álea. Es necesario, entonces, castigar el *quantum* al que se arribó en la primera fase, mediante la aplicación de una tasa de descuento representativa del álea. Por lo demás, el descuento del factor aleatorio permite excluir la indemnización de oportunidades poco serias.

La experiencia jurisprudencial extranjera nos revela que la determinación del factor aleatorio se realiza, por parte de los adjudicadores, de modo *prudencial* –vale decir, **empíricamente**--[69]. Lo cual no excluye que se pueda echar mano de estadísticas y peritajes para determinar, no sólo la pre existencia misma de la oportunidad, sino el grado de probabilidad de su realización. La utilización

---

68 Con las limitaciones intrínsecas que dicho principio afronta en materia de daños extrapatrimoniales, donde es materialmente imposible establecer una ecuación daño = reparación. Como se sabe, en el campo de los daños morales, el principio de reparación integral asume una función expresiva-simbólica, consistente en comunicarle a la víctima y a la colectividad que la pérdida no ha sido irrelevante para el Derecho.

69 Ver: **PIEDECASAS**, Miguel: *La pérdida de chance en la CSJN*, en **Chances**. **Revista de Derecho de Daños**, 2008-1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008,. pp. 179-180.

de estadísticas es particularmente frecuente en materia de pérdida de oportunidades de supervivencia y de curación. Las estadísticas médicas sobre el porcentaje de pacientes que se salvan o curan en circunstancias análogas, resultan ser útiles no sólo para determinar la preexistencia objetiva de la chance, sino para justipreciar el *quantum debitur*. Lo que sí es cierto es que no es posible exigir, respecto de este rubro, una demostración científica con arreglo a las leyes de la Estadística y del Cálculo de Probabilidades, pues, en tanto que la regularidad estadística se apoya en la ley de los grandes números[70], aquí lo que se trata es de apreciar la probabilidad de realización de una oportunidad concreta y específica. Exigir una prueba de este tipo equivaldría a exigir una *probatio diabólica*, lo que conduciría a descartar por anticipado la resarcibilidad de la pérdida de chance. Amén que en muchas hipótesis no ha de haber información estadística disponible; lo cual, *per se*, no debería ser óbice para que se satisfaga el crédito indemnizatorio. Como se sabe, el Derecho de la responsabilidad civil tiene renunciadas las pretensiones de exactitud matemática entre daño y reparación (de lo cual resulta ser viva encarnación el daño moral).

VI. La pérdida de oportunidad en la jurisprudencia costarricense.

A pesar de no tratarse de un concepto propiamente novedoso en la doctrina y jurisprudencia de muchos países de tradición civilista, la pérdida de chance se mantuvo durante mucho tiempo fuera del menú de los tribunales costarricenses. No fue sino hasta el año 2001, con motivo del caso *Disexport Internacional y Autos Chic, S. A. contra Societé Genérale de Surveillance Holding, S. A.*[71]*,* que la *perte d´une chance* hizo su debut triunfal en el escenario costarricense, con el unánime aplauso desde el palco oficial de la Sala Primera de la Corte. Sin embargo, posteriormente la misma Sala –con distinta integración—ha dejado entrever, en el caso *Hampton y Hampton vs. I.C.E*[72]*,* ciertas reservas sobre la adaptabilidad de la figura en estudio al ordenamiento costarricense.

1- El caso Disexport:

En el caso *Disexport Internacional y Autos Chic, S. A. contra Societé Genérale de Surveillance Holding, S. A.*, el Tribunal Arbitral *iuris* a cargo de la resolución del conflicto, reconoció y declaró el carácter indemnizable de la oportunidad de devengar un lucro,

70 **LAPLACE** (1749-1827) , uno los precursores del Cálculo de Probabilidades, definía la probabilidad de un suceso como "*la razón entre el número de casos favorables y el de todos los casos posibles*". Por su parte, la ley empírica de regularidad estadística indica que "*la frecuencia relativa de un suceso tiende a estabilizarse cuando el número de experimentos crece indefinidamente*". "*Si lanzásemos al aire sucesivamente una moneda, en la mayoría de las ocasiones comprobaríamos que, en la medida en que aumente el número de tiradas, la frecuencia relativa del suceso* c*,* obtener cara*, se irá acercando a ½. Esto constituye un hecho empírico cuya generalización a un experimento cualquiera se conoce como* **ley de regularidad estadística** *y que podemos enunciar del siguiente modo:* la frecuencia relativa de un suceso se estabiliza cuando el número de tiradas crece indefinidamente." **FERNÁNDEZ-ABASCAL**, **GUIJARRO**, **ROJO** y **SANZ**: **Cálculo de Probabilidades y Estadística**. Ariel Economía, Barcelona, 1994, pgs. 6, 32.

71 Laudo de las 15:00 horas del 30 de abril de 2001, dictado por el Tribunal arbitral ad-hoc integrado por los doctores Víctor Pérez Vargas (Presidente), Enrique Castillo Barrantes y Sergio Artavia Barrantes, confirmado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (resolución número 766-F-2001, de las 16:10 del 26 de setiembre de 2001).

72 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 371-F-S1-2009.

suprimida a los actores como consecuencia del incumplimiento, por la demandada, del contrato de consorcio concertado a los fines de la participación en la licitación de "**RITEVE**" (revisión técnica de vehículos). Se concedió a los actores, a título de indemnización por pérdida de oportunidad de realizar una ganancia (calificada en la parte dispositiva, a los fines de congruencia, como "indemnización parcial de perjuicios"), la suma de $3.671.105.75 (tres millones seiscientos setenta y un mil ciento cinco dólares con setenta y cinco centavos). A dicho monto se llegó mediante el cálculo del perjuicio total y su multiplicación por un porcentaje prudencial de probabilidades de realización del lucro –el cual, en el caso comentado, hubiera dependido de diversas variables, como la adjudicación efectiva de la licitación y la obtención de utilidades a lo largo de la vida del contrato--.

2- Posición de la Sala Primera: Una bienvenida calurosa…algunas dudas subsecuentes.

En el caso *Disexport*, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia[73] avaló tanto la calificación del perjuicio como *pérdida de oportunidad*, como el método elegido por el Tribunal *juris* para la determinación del *quantum debitur*. La Sala enmarcó dichos encuadramiento y método dentro de los poderes soberanos de apreciación del juez y del árbitro. Afirmó el Alto Tribunal:

"XII. *En el primer motivo, aún cuando la demandada lo califica como "violación al principio del contradictorio" y la Sala en uso del principio del iura novit curia lo considera como una típica incongruencia, la censura se dirige a señalar la existencia de una indemnización ajena a las pretensiones de las actoras, fuera del objeto del proceso. Esto porque, según se indica, el laudo se apartó de la naturaleza y consecuencias de la resolución contractual e incluso de lo solicitado, pues en ningún momento las actoras formularon el tema de la* ***pérdida de oportunidad de ganar la licitación ni tampoco de la probabilidad posterior de obtener el resultado proyectado****. Este es, prácticamente, el mismo argumento formulado por las actoras para discutir el monto de la indemnización, la única diferencia es la forma como ese ruego se entrelaza con una causal determinada. Para la Sala* ***los criterios utilizados por el Tribunal Arbitral para establecer el quantum de la indemnización no necesariamente debieron ser solicitados por las actoras, son criterios derivados de la lógica, de la experiencia, de la ponderación racional de una serie de factores para arribar a un monto ajustado a lo pedido y lo negado****. Para llegar a esa valoración por parte del Tribunal Arbitral las partes participaron en el contradictorio, por eso no puede señalarse la infracción a este principio, pues desde el inicio del proceso afirmaron y negaron, probaron y contraprobaron, alegaron y contraalegaron, sobre el tema de la responsabilidad y la indemnización económica. Como lo alegado es la falta de indicación de las actoras de los criterios utilizados por el Tribunal ello en sí mismo no constituye la causal de incongruencia, pues* ***lo contrario significaría aceptar el razonamiento absurdo de que al fallar en el laudo solo se podría aceptar la responsabilidad absoluta, como lo pretende la actora en los US $27 millones, o ningún tipo de responsabilidad como sería la pretensión de la demanda. La justa ponderación entre lo pretendido por una***

73 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 766-F-2001, de las 16:10 del 26 de setiembre de 2001.

parte y también lo pretendido por la otra, atendiendo a las circunstancias propias en las cuales se desarrolló una relación contractual concreta, o se pudo haber cumplido, es una tarea natural de todos los órganos judiciales, o extrajudiciales, encargados de fijar una indemnización, y esos criterios no son suministrados por las partes sino considerados por los jueces, atendiendo siempre a la búsqueda de una determinación justa o lo más justa posible*. Resulta evidente la falta de concordancia de las partes con el monto fijado, pues a unas les parece muy bajo y a la otra muy alto, pero esa es una* ***típica aplicación de normas de fondo, de valoración de pruebas, de criterios racionales o lógicos****, cuya determinación en ningún caso puede ocasionar el vicio de incongruencia pues se encuentra* ***dentro de los parámetros de discusión de las partes, de los hechos involucrados en el proceso, de la gravedad del perjuicio, en fin de una serie de factores cuya ponderación siempre deben cumplir los juzgadores***." (el énfasis es nuestro)

Cuando parecía que la figura de la pérdida de oportunidad había adquirido carta de ciudadanía en nuestro Derecho positivo, la misma Sala Primera de la Corte, en el caso *Hampton y Hampton vs. I.C.E*[74], insinúa sutilmente –sin llegar a un rechazo explícito--tener dudas sobre la adecuación de dicha figura al ordenamiento costarricense. El Alto Tribunal parece reservar para otro momento la toma definitiva de posición pues, de toda suerte, en el caso concreto no había pruebas de la preexistencia de una oportunidad seria y palpable:

Al margen de la posición que pueda tener esta Sala sobre la procedencia de esta figura en el ordenamiento jurídico costarricense, lo cierto del caso es que el afectado no ha comprobado la existencia de una oportunidad, una situación de ventaja, real, que haya sido frustrada como consecuencia de una actuación ilegítima, aspecto sobre el cual el proceso se encuentra ayuno de pruebas.

Convendrá, por consiguiente, seguir muy de cerca la futura evolución pretoriana de la figura en estudio, a fin de determinar si habrá, o no, de alcanzar el *status* de **jurisprudencia reiterada**[75]. Si se nos admite un vaticinio --por lo demás empírico--, diríamos que las chances de consolidación jurisprudencial de la figura de la pérdida de chance son muy favorables, dada la vocación de nuestro Alto Tribunal a catapultar nuestro Derecho de la responsabilidad civil hacia la modernidad. Vocación que se ha hecho patente en la introducción de figuras novedosas, como la indexación no convencional de obligaciones pecuniarias[76], el reconocimiento de intereses retroactivos sobre la cláusula penal[77] y la responsabilidad objetiva por el hecho nocivo de las cosas[78]--entre otras--; cuyo sostén, a nivel positivo, es la cabeza de ángulo de nuestra catedral normativa: el artículo 41 de la *Constitución Política*. No sería, entonces, cosa de extrañar, el que llegare a consagrarse en forma definitiva una figura que, como la que aquí hemos estudiado, goza de pleno

74 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 371-F-S1-2009.
75 Respecto del cual se predica la integración al Derecho positivo, *ex art,* 9 del *Código Civil*.
76 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 1016-F-2004 de las 9:30 horas del 26 de noviembre de 2004.
77 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 731-F-2002 de las 10:55 del 25 de septiembre de 2002.
78 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 30-F-2005 de las 10:45 horas del 27 de enero de 2005.

reconocimiento y prestigio en los principales ordenamientos europeos y latinoamericanos de estirpe romano-francesa.

VII. Tipología y casuística de pérdidas de chance indemnizables.

Las posibles aplicaciones de la noción de pérdida de chance son ilimitadas[79]. Cabe, no obstante, presentar un elenco de las hipótesis más recurrentes de chances indemnizables en los repertorios de jurisprudencia de tradición civilista.

1- La pérdida de oportunidades laborales y profesionales:

Uno de los principales focos temáticos de la jurisprudencia sobre pérdida de chance, es la interrupción de proyectos personales en el plano profesional, laboral y académico.

La jurisprudencia italiana ha considerado resarcible la pérdida de oportunidad de desarrollo de la carrera de un artista, a consecuencia de la lesión de su imagen[80].

Por su parte, la justicia argentina ha acogido reclamos por pérdida de oportunidad de desarrollar carreras deportivas. Por, ejemplo, el caso de un joven que, a raíz de un accidente, vio frustradas sus aspiraciones de convertirse en boxeador profesional[81]; o el caso de futbolista Claudio Caniggia, a quien el Club Bocajuniors le negó, ilegítimamente, la libertad de contratación.[82].

En Francia, a partir de la decisión vertida en el caso Bacon[83], de 3 agosto de 1928, la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés inauguró una línea jurisprudencial que se ha mantenido constante, que considera indemnizable la pérdida de oportunidades de ascenso o de promoción profesional o laboral. Esta línea se ha extendido, en la jurisprudencia administrativa, a la pérdida de oportunidades de obtención de diplomas, grados académicos y puestos de trabajo sujetos a concurso público, originadas en el funcionamiento irregular de la Administración Pública[84].

En materia de pérdida de oportunidad de obtención de grados académicos y profesionales –y, por consiguiente, de mejoramiento de la condición social--, la jurisprudencia civil francesa suele ponderar, *in concreto*, las cir-

79 V. **CHARTIER**, *op.cit*., p.15.
80 Trib. Milano, 29.4.1976, citada por **ALPA**, Guido: **Tratatto di Diritto civile. IV. La responsabilità civile**. Giuffrè Editore, Milano, 1999, p. 515.
81 CACirc.Jud. del Noreste de Chabut, 13-5-2005; L.L. Patagonia2005-1161, citada por Matilde **ZAVALA DE GONZÁLEZ** y Rodolfo **GONZÁLEZ ZAVALA**, en *Chances afectivas*, en: **Chances**. **Revista de Derecho de Daños**, 2008-1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, p.160. Dice la sentencia: "*Corresponde hacer lugar al rubro por pérdida de chance solicitada por un accidentado, toda vez que de la prueba testimonial resulta como evidente que existió la probabilidad de que accediera a una carrera deportiva como boxeador profesional, circunstancia que no se dio, y en la que indudablemente influyó el accidente y la naturaleza de las lesiones sufridas con la consiguiente incapacidad sobreviniente*."
82 *Caniggia vs. Club Atlético Boca Juniors*, CNAT, Sala VII, 12-3-2002, cit. por **PIEDECASAS**, Miguel: *La pérdida de chance en la CSJN*, en **Chances**. **Revista de Derecho de Daños**, 2008-1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008,. p.176.
83 Citado por **SALLET**, Frédérique: **La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique**. Préface de Jacques Moreau. L.G.D.J., Paris, 1994, p. 2 y ss.
84 Vid. **PAILLET**, Michel: **La responsabilité administrative**, Dalloz, París, 1996, p. 197 y ss.

cunstancias en las que se hallaba la víctima a la fecha del evento dañoso, *v.gr.*, su nivel académico y su grado de avance en los estudios[85]. En el caso de un estudiante que se vio obligado a interrumpir sus estudios a raíz de un síndrome frontal sufrido a consecuencia de un accidente automovilístico, se consideró que había perdido "*...una oportunidad seria de adquirir una situación mejor a aquella a la cual sus facultades actuales le permiten aspirar*"[86].

Se ha reconocido, a las víctimas indirectas (*par ricochet*), en caso de fallecimiento de la víctima directa, la pérdida de oportunidad de mejorar su situación social. Tal es, por ejemplo, el caso de una viuda, a quien se le reconoció el derecho a ser indemnizada por la pérdida de la oportunidad de beneficiarse de la carrera ascendente de su marido, fallecido en un accidente[87]. La jurisprudencia argentina registra casos similares[88]. En los casos de lesiones físicas, se ha reconocido la pérdida de chances laborales, por ejemplo, a consecuencia de un daño estético[89], o de la pérdida de un brazo, en el caso de una persona dedicada a trabajos manuales[90].

2- La pérdida de oportunidad de obtener ganancias.

La pérdida de oportunidad de lucro se concede, usualmente, cuando el actor demuestra haber estado en emplazado en una situación idónea para desarrollar una actividad económica lucrativa, pero sin poder probar la existencia de **relaciones jurídicas concretas** con sujetos determinados. Por ejemplo, en el caso de la frustración de la oportunidades de atraer una clientela potencial, a raíz de la inserción de un número telefónico erróneo en las Páginas Amarillas de la guía telefónica[91]; de comercializar una cosecha a consecuencia de la fumigación de un fundo vecino[92]; de obtener crédito para actividades productivas a raíz de la errónea inclusión en una lista de morosos y su difusión por Internet[93]; o de vender inmuebles a raíz de un embargo preventivo[94].

3- La pérdida de oportunidad de recibir rentas.

La jurisprudencia argentina registra dos tipos de hipótesis: 1. Si el propietario ostenta **un título**, es decir, un contrato o un precontrato de

85 V. **LE TOURNEAU**, Philippe: **Droit de la responsabilité et des contrats**. Dalloz, Paríz, 2006-2007, p. 394.
86 "*…une chance serieuse d´acquérir une situation meilleure que celle à laquelle ses facultés actuelles lui permettent de prétendre"*. CA Pau, 27 oct. 1998, JAMP 1999/1175, citada por **LE TOURNEAU**, *op.cit*. p. 394.
87 Cass. Crim., 24 de febrero de 1970, JCP G 1970, 16456, citada por **LE TOURNEAU**, *loc.cit.* p. 1428.
88 CCCom.de Rosario, sala 3, 3-7-2007; cit por cit. por **PIEDECASAS**, Miguel: *La pérdida de chance en la CSJN*, en **Chances**. **Revista de Derecho de Daños**, 2008-1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008,. p.176
89 CCCom. de San Martín, sala II, 13-2-2007. En **Chances**, *op.cit*., p. 333.
90 SCJ de Mendoza, sala I, 5-11-2004.
91 CNCom., sala B, 3-9-2007.
92 CCCom, de Paraná, sala 2ª, 7-9-2005, en **Chances**, *op.cit.*, p. 491.
93 CNCom, sala E, 5-9-2006, *ibid*, p. 307.
94 CNCom, sala D. 6-9-2005, *loc.cit. "Es procedente la indemnización por pérdida de la chance sufrida por un cliente bancario con fundamento en la imposibilidad que tuvo de vender ciertos inmuebles de su propiedad debido a las medidas cautelares trabadas sobre ellos por el banco, pues si bien es cierto que la traba de embargo sobre un bien no importa prohibición para que éste sea objeto de contrato ni traba de disponibilidad de la cosa, pueden existir interesados que prefieran realizar las operaciones sin condicionamientos ni espera alguna, lo que implicaría una pérdida de chance, que debe ser reparada."*

arrendamiento, el damnificado tiene derecho a la indemnización del **lucro cesante**. 2. A falta de un contrato o de un precontrato específico, se reconoce la **pérdida de oportunidad** de obtener rentas[95].

4- La pérdida de oportunidad de ganar un juicio.

Los tribunales argentinos con frecuencia han acogido reclamos dirigidos contra abogados, a quienes se ha atribuido la pérdida de la oportunidad de ganar un juicio, a causa de un actuar negligente. Por ejemplo: Por no haber presentado la demanda, mediando un mandato[96]; o por haber dejado perimir o caducar la instancia y prescribir la acción[97]; o por no haber apelado en tiempo útil, o presentado el memorial de agravios, o producido la prueba ofrecida[98]. En tales supuestos, el juez debe realizar "un juicio dentro de un juicio", es decir, proyectar cómo se hubiera resuelto probablemente el caso, de no haber mediado el acto de negligencia. La demanda se acoge, naturalmente, sólo cuando se acredita la pre existencia de una chance seria de ganar el juicio. Además, cuando la perención de la causa no impide el replanteamiento del caso, por no haber prescrito el derecho, se ha considerado no haber daño[99].

5- La pérdida de oportunidad de ganar un premio o un concurso

Las carreras de caballos han espoleado la creatividad jurídica, para montar, a partir de las vicisitudes del hipódromo, el modelo emblemático de la pérdida de oportunidad de participar (y de obtener ganancias) en competencias y concursos. El primer caso, del año 1957, se refería a las peripecias de un *jockey* malintencionado[100].

6- La pérdida de oportunidades administrativas: Exoneraciones fiscales, licencias, visados y adjudicaciones de contratos administrativos.

La jurisprudencia administrativa francesa ha acogido reclamos de indemnización de pérdida de oportunidades de exoneración

95 "*Para que el actor hubiera podido reclamar un lucro cesante debió tener un título, como sería por ejemplo acreditar que tenía alquilado el inmueble y por el daño padecido el locatario resolvió el contrato. En esta hipótesis los cánones frustrados constituirían el lucro cesante, porque se tenía derecho a los mismos pero se vio perdida esa ganancia por la injerencia del daño. En cambio, ello no está acreditado en autos ni se argumenta, sólo se dice que no se puede arrendar el inmueble por las filtraciones sufridas que lo tornan inhábil o no deseable por quienes han tenido interés en arrendarlo.// En función de lo expuesto, debe desestimarse la pretensión de la actora a que se le indemnice con una suma equivalente a dos años de cánones locativos, pero como se ha acreditado en autos una "pérdida de chance" propongo a mis pares se conceda una indemnización equivalente sólo a seis (6) meses de cánones locativos…*". CCCMin. De San Juan, Sala Primera, 31-3-2004. En **Chances**, **Revista de Derecho de Daños**, 2008-1, pp. 538-539. En el mismo sentido, CSJ, 26-10-2000, con ocasión de la retención indebida de un inmueble al cabo del contrato de arrendamiento, *ibid*, pp. 464-465. La sentencia SCJBA de 21 de 11 de 2001, indicó: "*La frustración de acceder a la libre disponibilidad de un inmueble ubicado en un centro de veraneo, no corresponde indemnizarla como lucro cesante si no se acreditó la existencia de un contrato de locación o la promesa de darla en esa calidad. Su reparación está conformada por el fracaso de la posibilidad de alquilar el inmueble durante todo el tiempo en que el demandante se vio privado del mismo a título de pérdida chance*." *Ibid*., p. 336.
96 CCCMin. de Mendoza, 24-11-94, **Chances**, *op.cit*.,p. 432.
97 Entre muchos, ver: CCMin. de San Juan, Sala Primera, 25-6-2004. **Chances**,*op.cit*. pp. 527-530.
98 CNCiv., sala K, 29-4-2004, **Chances**, *op. cit*.,p. 287.
99 C2aCom.de laPlata, sala III, 22-2-2005, en **Chances**, *op.cit*., pp. 320-321-
100 CE, 5-4-1957, *Entreprise Chemin*, Leb P. 244, citado por Frédérique **SALLET**, *op.cit*., p.3.

fiscal (caso *Les Ardosières d´Angers*[101]), de obtener licencias de importación (caso *Société Beccaria*[102]), y de adjudicación de contrataciones administrativas (caso *Sieur monti c/ commune de Ranspach*[103]).

Igualmente, la jurisprudencia argentina ha acogido de reclamos de pérdida de oportunidad basados en la demora de una municipalidad en el visado de unos planos[104]; en la inhabilitación incorrecta de una cuenta bancaria por parte del Banco Central de la República Argentina[105]; o en la rescisión ilegítima de un contrato administrativo[106].

7- La pérdida de oportunidad de evitar daños económicos.

La jurisprudencia francesa registra abundantes casos en los que se ha considerado resarcible la pérdida de oportunidades de evitar daños. Por ejemplo: la pérdida de la oportunidad de no contratar, en las hipótesis de incumplimiento de obligaciones precontractuales de información[107]; la pérdida de la oportunidad de evitar un siniestro, originada en el mal funcionamiento de un sistema de televigilancia[108]; la pérdida de la oportunidad de evitar el riesgo de resiliación de un contrato de arrendamiento, atribuida a la omisión de un notario[109];

8- La pérdida de oportunidades de curación o de supervivencia

Quizá el ámbito más polémico de la pérdida de chance, es el relativo a la pérdida de oportunidades de curación o de supervivencia. Es aquí donde suelen encabritarse los guardianes de la ortodoxia, oponiéndose violentamente al resarcimiento de daños hipotéticos o conjeturales. No hay forma humana –dicen-- de conocer, *con plena certeza*, cómo se hubiera comportado o reaccionado el organismo humano, de haber recibido tal o cual tratamiento o de haberse diagnosticado tal o cual dolencia en un momento determinado[110]. Y es que en materia de faltas médicas suele presentarse una imbricada concurrencia de procesos causales. El paciente ya presenta problemas de salud. Al momento en que el galeno es llamado a intervenir, ya está en curso un proceso causal debido a la enfermedad o las lesiones que sufre la persona. Las preguntas siempre difíciles de responder son: 1. ¿De qué modo la actuación médica (activa u omisiva) vino a entrelazarse con el proceso causal preexistente?; 2. ¿Qué efectos hubiera tenido una actuación distinta?; 3. En tal caso, ¿habría mejorado la salud del paciente? Y, finalmente –a fin de paliar o acaso reducir la incertidumbre--: ¿Perdió, *al*

101 V. **PAILLET**, Michel: **La responsabilité administrative**, Dalloz, París, 1996, p. 198-199.
102 Ibid.
103 Ce, Sect, 13-5-1970, cit. por **SALLET**, op.cit., p. 45.
104 TSJ de Neuquén, 22-2-2007, cit. por **PIEDECASAS**, Miguel: *La pérdida de chance en la CSJN*, en **Chances**. **Revista de Derecho de Daños**, 2008-1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008,. p.176
105 CNCCom. de Mercedes, sla I, 26-9-2006, ibídem.
106 CNCiv., sala B, 9-4-81, *Taximac S. A. v. Municipalidad de la Capital*, cit. por **PIEDECASAS**, Miguel: op. cit. p.177.
107 CA Rennes, 9 julio 1975, cit. por **LE TOURNEAU**, op. cit., p. 1425.
108 Cass. 1re civl, 6 octubre de 1998, cit. por **LE TOURNEAU**, ibid.
109 CA París, 1re ch. B.12 de enero de 1999, cit por **LE TOURNEAU**, ibid.
110 Véase la aguda reflexión que, sobre el tema de pérdida de chances de curación y sobrevivencia, ofrece Marcelo **LÓPEZ MESA** en su trabajo "*Responsabilidad civil médica y pérdida de chance de curación*", en **Revista de Derecho de Daños**, bajo la dirección de Jorge **MOSSET ITURRASPE** y Ricardo Luis **LORENZETTI**, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, pp. 7-52. Muy recomendable, también, es la obra especializada de Juan Manuel **PRÉVÔT** y Rubén Alberto **CHAIA**: **Pérdida de Chance de Curación**, Astrea, Buenos Aires, 2007.

menos, el paciente, a causa de la actuación médica, una oportunidad razonable y seria de salvar la vida o de mejorar su estado de salud? Las dificultades suelen acentuarse debido al hecho de que usualmente, en tales campos, los dictámenes periciales suelen ser extremadamente prudentes y conservadores en cuanto al establecimiento de vínculos de causalidad[111].

A pesar de las dificultades probatorias y de principio, la jurisprudencia favorable al resarcimiento de pérdidas de chances de supervivencia y de curación es abundante, tanto en el Derecho Privado como en el Derecho Público. En Francia, tanto la Corte de Casación como el Consejo de Estado tienen establecido el carácter indemnizable de este tipo de daños, desde mediados de los años sesenta[112].

a jurisprudencia administrativa francesa ha acogido reclamos de indemnización de pérdida de chances de supervivencia y curación originadas –usualmente-- en faltas de organización y servicio de los hospitales estatales y –excepcionalmente—en factores objetivos de atribución de responsabilidad administrativa[113]. El juez administrativo, al igual que el juez judicial, no ha observado, en el álea consubstancial a los aspectos relativos a la salud, óbice para rechazar los reclamos de pérdida de oportunidad de curación o sobrevivencia[114]. Dicho álea no elimina el carácter de *prejudice certain*. A modo de ejemplo, cabe citar las siguientes pérdidas indemnizables de oportunidad: de evitar una amputación, originada en la falta grave de un cirujano[115]; de sobrevivencia, a causa de un retardo injustificado --de más de 26 horas-- en la transmisión de los resultados de exámenes de laboratorio[116]; de recobrar el uso normal de una pierna, a causa de un error de diagnóstico y de la realización tardía de exámenes de laboratorio[117]; de recuperación de la fuerza muscular, a causa de la excesiva dilación entre dos operaciones[118]; de sobrevivencia, a causa del reenvío negligente a otro hospital[119], etc. Mención aparte merecen otras hipótesis en las que la falta de información oportuna o suficiente --al paciente o a sus parientes--, ha sido considerada como la causante de la pérdida de oportunidad de curación. A causa de dicha omisión, el paciente o sus parientes no han podido decidir, por ejemplo, el oportuno traslado a un centro especializado[120]. En otros casos la causa eficiente de la pérdida de oportunidades de curación o sobrevivencia es la desatención negligente, por parte del personal del centro hospitalario, de las advertencias efectuadas por los parientes[121].

111 V. **VINEY-JOURDAIN**, *op.cit.*, p. 95, nota 451.
112 Cfr. **VINEY** y **JOURDAIN**, *op. cit.*, p. 95 y ss; y **SALLET**, *op.cit.*, p. 3.
113 Por ejemplo, en un caso en el que, a consecuencia de una vacunación obligatoria, se aceleró la evolución de la leucemia padecida por un niño (caso *Époux Boghossian*, de 23 de febrero de 1972, citado por **SALLET**, *op.cit.*, p. 48). Se aplicó, allí, un régimen de responsabilidad sin falta estatuido en el *Code de la Santé Publique*.
114 V. **PAILLET**, Michel: **La responsabilité administrative**, Dalloz, París, 1996, p. 198.
115 Consejo de Estado, 6 de febrero de 1974, Sieur Gomez, ADJA 1974, p.456, citado por **SALLET**, *op.cit.*, p. 52.
116 Corte Administrativa de Apelaciones de París, 13 de junio de 1989, Consorts Lahouel, *ibídem*.
117 Corte de Nancy, reunida en asamblea plenaria, de 13 de junio de 1989, *ibídem*.
118 Corte Administrativa de Apelaciones de Burdeos, 6 de junio de 1989, Centre Hospitalier de Guéret, *ibídem*..
119 Consejo de Estado, 20 de marzo de 1991, *Centre Hospitalier Régional de Toulousse*, *ibídem*..
120 Consejo de Estado, 9 de julio de 1975, *Sieur Grandclément*; y 2 de diciembre de 1977, *Dame Rossier*, ambos citados por **SALLET**, *op.cit*., p. 53.
121 Consejo de Estado, 24 de abril de 1964, *Hôpital-Hospice de Voiron*, citado por **SALLET**, *loc.cit*.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español registra el caso de una pérdida de oportunidad de reimplantación de la mano amputada de un trabajador, a causa de haber sido transportada la mano en hielo sintético y no en hielo natural[122]

9- La pérdida de oportunidades a raíz de la negativa al reconocimiento de un hijo.

La jurisprudencia argentina ha acogido reclamos de pérdida de oportunidades –*v.gr.*, de haber recibido una mejor educación, de haber crecido bajo condiciones mejores de existencia-- originadas en la **falta de reconocimiento de hijos**[123]. En estos casos, se ha postulado la inferencia del daño *in re ipsa*, sin que sea necesario probar que el hijo haya padecido necesidades. Se infiere, por presunción humana, que el reconocimiento del hijo hubiera implicado mayores oportunidades de desarrollo personal[124]

10- Pérdida de chances de asistencia alimentaria.

La jurisprudencia francesa suele acoger los reclamos de pérdida de oportunidad de **asistencia alimentaria**, tanto en materia de vínculos familiares de derecho, como en materia de vínculos *de facto*. Por ejemplo, las oportunidades de asistencia alimentaria perdidas por cónyuges, hijos, parejas de hecho e hijos afectivos de las víctimas directas de accidentes de tránsito[125]. Sin embargo, en materia de oportunidades de asistencia alimentaria de parte de descendientes, la jurisprudencia francesa se manifiesta bastante hostil[126].

La jurisprudencia argentina ha desarrollado una línea conforme a la cual, en caso de fallecimiento de un niño, se reconoce a los padres el derecho a una indemnización por la pérdida de chance de recibir asistencia alimentaria de parte del hijo perdido, cuando, por virtud del paso del tiempo, los roles generacionales de productividad se hubieren invertido. Esta tesis jurisprudencial, hoy de aceptación mayoritaria en la Argentina[127], tiene

122 Sentencia de 10 de octubre de 1998 (EDE 25080), citada por Mariano **YZQUIERDO TOLSADA**, op.cit., p. 154. Comenta dicho fallo el ilustre tratadista español, en los siguientes términos: "*Entiende el Supremo que hubo negligencia en la A.T.S., pero también que no se le podía imputar el fracaso en el reimplante, pues, incluso aunque el miembro no hubiera llegado al centro hospitalario, como llegó, en avanzado estado de congelación, resulta que ni siquiera en condiciones normales es seguro el éxito en la operación. Lo que sí se le imputó fue entonces la simple pérdida de la oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano de la que no se sabe si hubiera dado resultado. Una pérdida de expectativas que se valoró en un millón quinientas mil pesetas.*"

123 Por ejemplo, Suprema Corte de Mendoza, Sala I, 25 de mayo de 2004, citada por **MEDINA**, Graciela: *Pérdida de chance y responsabilidad por daños en el Derecho de Familia*, en **Chances. Revista de Derecho de Daños**, 2008-1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 31.

124 "*Resulta evidente que por carecer de aporte alimentario el reclamante debió verse impedido de un mejor bienestar, de una mayor educación, de mejores esparcimientos y que se trata de hechos que no requieren prueba, pues es de público y notorio que con mayores ingresos se tienen mayores posibilidades…*" CCCLab. de Gualeguaychú, 4-9-2007. **Chances**, *op. cit*. pp 487-488.

125 V. **LE TOURNEAU**, *op.cit.*, n. 1428.

126 V. **LE TOURNEAU**, op.cit., p. 393.

127 Aunque no sin estar expuesta a críticas, al menos en cuanto modelo indemnizatorio general. V. **ZANONI**, Eduardo: *El beneficio o ganancia frustrada y las meras chances. Los daños hipotéticos o eventuales*, en: **Chances. Revista de Derecho de Daños**, 2008-1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, pp. 102-107.

la particularidad de que cobija la pérdida de chances alimentarias actuales, sino también la pérdida de chances futuras de recibir alimentos, incluso, de un hijo en gestación[128]. Esta doctrina se originó, históricamente[129], en una época en la que, por razones particulares del Derecho positivo imperante, la indemnización de daño moral estaba condicionada a la comprobación de un delito penal. A fin de no dejar a los padres sin indemnización, en los casos en que, por no haber delito penal de por medio, no cabía indemnización de daño moral, la jurisprudencia halló una válvula de escape hacia la justicia en la figura del pérdida de chance de un lucro. Posteriormente, el requisito del delito penal fue eliminado del Derecho positivo argentino, a los fines de la procedencia de la indemnización del daño moral de afección; pero, para entonces la tesis de la resarcibilidad de la pérdida de chance de alimentación futura ya estaba muy arraigada en la cultura jurídica argentina.

128 C2aCCom.de la Plata, sala III, 15-2-2007. En **Chances**, *op.cit.*, p. 329.

129 Según explica **ZANONI**, citando a **ORGAZ** y a **IRIBARNE**. Ibidem, p. 105

LOS PODERES CREADORES DEL JUEZ EN EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Lic. Román A. Navarro Fallas

SUMARIO

Introducción

I)- Reconocimiento positivo de los poderes creadores del juez

1- Se reconocen y legitiman los poderes creadores del juez, cuando se le prohíbe abstenerse o excusarse de fallar por falta de norma aplicable.
2- El reconocimiento de un contenido sustancial del derecho, tiene como corolario la admisión de la tarea creadora del juez en su interpretación y aplicación.
3- Papel del juez en la funcionalidad del estado. La creación judicial como cooperación necesaria entre poderes.
4- Incremento del papel creador del juez como consecuencia del lugar que ocupan la constitución y los derechos fundamentales en el estado constitucional de derecho.

II)- Legitimación democrática de los poderes creadores del juez.

1- Legitimación democrática de origen y de ejercicio. El principio de mayorías.
2- Derechos humanos y legitimación democrática de la actividad creadora del juez.

III)- La posición que ocupa el juez en el orden jurídico. Especial referencia al juez constitucional.

1- El juez en el estado constitucional de derecho. Superación de la posición del juez en el estado legal de derecho.
2- La posición del juez constitucional.
3- La posición del juez ordinario en el derecho de la constitución. El caso de costa rica.
4- El caso español. La posición del juez ordinario en el orden constitucional.
5- El papel del juez ordinario a la luz del derecho comunitario.
6- El papel del juez interno en la aplicación del derecho internacional.

IV)- papel creador del juez derivado de la interpretación a partir de principios del ordenamiento jurídico.

1- La creación judicial en la identificación de principios.
2- Los poderes del juez en la valoración sobre la pertinencia del principio.
3- Los poderes creadores del juez en la integración del derecho por medio de principios jurídicos.

4- El reconocimiento de derechos a partir de principios.
5- Poderes en la atribución de sentido de interpretación en sentido estricto de las normas a partir de principios.
6- Poderes en la determinación del contenido del principio y del ordenamiento.
7- Poderes creadores del juez en la valoración de los erectos de sus sentencias.
8- Poderes creadores del juez derivados de su tarea armonizadora y de jerarquización de los principios jurídicos.

V)- perfil del juez creador en el marco del estado constitucional de derecho.

Conclusión.

LOS PODERES CREADORES DEL JUEZ EN EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Lic. Román A. Navarro Fallas

INTRODUCCIÓN

A partir de la revolución francesa se desarrolló una confianza ciega en el legislador (único legitimado democráticamente para regular las conductas humanas) y una desconfianza en la actividad creadora del juez. El Parlamento era el representante del interés general. La ley, respondía al interés general. Cualquier otro poder, debía estar subordinado a ella. En virtud de lo anterior, se estableció que el juez debía ser *"…la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar ni la fuerza, ni el rigor de la ley…"* (MONTESQUIEU)".

Dentro de este orden de ideas, el Parlamento controlaba la aplicación e interpretación de las leyes. Todo juez que tuviera una duda sobre el correcto sentido de una norma legal, debía consultar al Parlamento la interpretación de la misma, antes de proceder a su aplicación. Con el tiempo, el papel del juez evolucionó. Primero se le permitió la interpretación literal (escuela de la exégesis) y en caso de oscuridad normativa, previa solicitud, se le autorizaba a interpretar; luego, se le autorizó integrar el Derecho mediante la analogía, en todos aquellos casos en que el ordenamiento presentaba lagunas. Con posterioridad, se admitieron los criterios de interpretación extensiva y restrictiva, siempre como métodos idóneos para salvaguardar el texto y la voluntad general allí expresada. El proceso de subsunción del hecho en la norma, es un fiel reflejo de esta corriente mecanicista del juez. Durante los siglos XIX y XX especialmente, toda esta corriente de pensamiento fue superada.

En efecto, durante este período los poderes del juez se incrementaron, paralelo al reconocimiento de la incapacidad del Parlamento para dar respuesta acabada a todos los problemas que la realidad presenta. Se reconoce la ineludible tarea creadora del juez. Los cambios en la concepción del Derecho, tienen como corolario un cambio en la concepción del método y ambos, provocan un cambio en la posición y papel del juez en el orden jurídico. En consecuencia, la ley, otrora sacralizada, se debilita frente a los derechos humanos, que se entienden ahora como materia constitucional y para garantizarlos, se somete la ley al control de Tribunales Constitucionales.

Hoy, no son los jueces los que consultan al Parlamento, son las Cámaras las que consultan al juez (al menos al juez constitucional). Ya no es el Parlamento el que controla la actividad judicial, ahora son los jueces los que controlan la actividad parlamentaria (en Costa Rica el juez constitucional, en España también el juez ordinario desde el Derecho Comunitario). Ya no son los parlamentarios los que limitan la discrecionalidad judicial (aunque pueden), ahora es el juez el que limita la discrecionalidad o libertad del Parlamento (el juez constitucional en Costa Rica, constitucional y ordinario en España). No es el Parlamento el que inter-

preta de manera definitiva el Derecho, son los jueces quienes realizan esta labor. No es el juez la boca que pronuncia la ley, son los parlamentarios los que solo pueden querer lo que la Constitución, el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional (en particular el Derecho Internacional de los Derechos Humanos) quiere que quieran. Esta superioridad del juez, en particular del juez constitucional se observa en el efecto erga omnes de sus sentencias.

Se ha pasado de una concepción formal a una material del Derecho. Prima la sustancia sobre la forma, lo que supone una inversión total de las jerarquías originales. El ordenamiento jurídico continúa, no podría ser de otra manera, reconociendo los elementos formales que componen el Derecho, pero los subordina a los componentes materiales o sustanciales. Dentro de este contenido material, los principios jurídicos pasan a ser reconocidos como elementos principales, fundamentales del orden jurídico.

Los principios jurídicos no sólo son reconocidos por el ordenamiento, también se les asigna un sitial, unas funciones y una eficacia hasta entonces desconocida. El Derecho no avanza hasta allí, a la transformación del Derecho la acompaña una transformación del método, y a la transformación del Derecho y del método los acompaña, como no podría ser de otra manera, una transformación del papel del intérprete, en particular de los poderes y el papel del juez. Aumenta la discrecionalidad del juez, pero también su responsabilidad. Su actividad ya no es mecánica, es creadora, no es libre es vinculada, no es arbitraria es racional. Este nuevo papel del juez, demanda una legitimación democrática y sus poderes, demandan límites, parámetros, que permitan someter su ejercicio a control objetivo y racional.

I- Reconocimiento Positivo de los Poderes Creadores del Juez

El ordenamiento jurídico reconoce expresa o implícitamente los poderes creadores del juez. Ese reconocimiento no supone mera tolerancia, ni la imposibilidad de evitarlo. Por el contrario, los poderes creadores del juez son necesarios e indispensables para "cerrar" el Derecho o completar el orden jurídico, garantizar el Estado Constitucional de Derecho y administrar justicia en una sociedad democrática. Como veremos, el constituyente primero y el legislador después, le asignan al juez la aplicación del Derecho de un modo independiente, imparcial y objetivo, dentro de un territorio determinado a un pueblo políticamente organizado y a los extranjeros que habitan ese espacio territorial. Su actuación está encaminada a tutelar los derechos e intereses de personas físicas o jurídicas, independientemente de la nacionalidad, procurando la aplicación efectiva del Derecho.

No cabe hablar de poderes creadores del juez si entendemos que el ordenamiento es completo, pleno y que el legislador es omnipotente y omnisciente. Si desmitificamos el Derecho, obviamente, aparece con claridad meridiana la indispensable tarea creadora del juez. Más aún, si concebimos el Derecho como una realidad formal y sustancial, con un contenido inmanente de valores, fines, principios y derechos, entre otros, la tarea creadora del juez no sólo es inevitable, sino además necesaria. El ordenamiento reconoce expresa o implícitamente estos poderes creadores del juez.

1- Se reconocen y legitiman los poderes creadores del juez, cuando se le prohíbe abstenerse o excusarse de fallar por falta de norma aplicable.

El artículo 5, párrafo segundo de la ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica establece (LOPJ): "Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes". Se trata de un reconocimiento legislativo, en primer lugar, de la imposibilidad de prever todas y cada una de las situaciones futuras y de regular todas las posibilidades que se puedan presentar en las relaciones humanas. Es un reconocimiento de las limitaciones del legislador. En segundo lugar, reconoce que el ordenamiento no es completo, ni pleno y por consiguiente, admite la existencia de lagunas y la necesidad de llenarlas, como una exigencia del interés público para resolver las controversias humanas. Finalmente, reconoce y asigna un papel creador al juez, a quién le ordena la tarea de colmar esas lagunas, creando la norma o regulación "inexistente" para alcanzar la finalidad propuesta por el ordenamiento, de administrar justicia y de satisfacer el derecho fundamental de toda persona a una tutela judicial efectiva.

Se infiere de la norma, una superación de la idea positivista de colmar el orden jurídico con elementos externos al Derecho. Por el contrario, la norma reconoce la existencia de lagunas, pero asimismo, que tales lagunas pueden y deben ser colmadas por el juez desde el mismo ordenamiento jurídico, en particular echando mano a los principios, garantías, límites, fines, derechos y valores inmanentes al orden jurídico. Los principios son normas no escritas del orden jurídico y cumplen una función integradora, como ya sabemos.

2- El reconocimiento de un contenido sustancial del Derecho, tiene como corolario la admisión de la tarea creadora del juez en su interpretación y aplicación.

El orden jurídico reconoce que el Derecho tiene un contenido sustancial y le asigna al juez la obligación de actuar ese derecho sustancial, a sabiendas, de que con ello realizará una inevitable tarea creadora. Esa tarea, así entendida, es consecuencia, en primer lugar, de la misma naturaleza sustancial del Derecho, ya que determinar el valor, los fines, los límites y su alcance, los principios y el espacio jurídico de protección que les corresponde, es una tarea creadora, donde la discrecionalidad del juez se ve ampliada e incrementada.

Cuando la Constitución Española (art. 1 CE), reconoce como valores superiores del orden jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (lo que supone el reconocimiento y juridicidad de muchos otros valores), y cuando reconoce los principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad, irretroactividad de las normas no favorables, la seguridad, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad, entre otros (art. 8,9,13.3, rúbrica del capítulo III del Título primero, art. 53.3 CE), está reconociendo un contenido sustancial del Derecho Constitucional. Contenido que debe actuar el juez constitucional y todos los ciudadanos y los poderes públicos (art. 9.1) y por ende, incluidos los jueces constitucionales, y los ordinarios cuando examinan la validez de las normas legales a aplicar (art. 5 LOPJE).

Esa actuación de la Constitución por los jueces, supone una actividad creadora que es conforme con la voluntad del constituyente. En efecto, el constituyente no hizo reconocimiento expreso de algunos de los valores y principios en la Constitución, para que quedaran en una mera declaración lírica, un "canto a la bandera" o una mera declaración de valores y principios sin contenido jurídico, ni valor práctico alguno. El constituyente sabía, que estaba incorporando cláusulas abiertas (cuál de las constitucionales no lo es), cuya interpretación y alcance "delegaba" en el juez constitucional (también en el ordinario en la medida que veremos) y en el legislador.

En síntesis, el reconocimiento expreso de algunos valores y principios en la Constitución, tiene como consecuencia:

A- Revela la validez, vigencia y existencia constitucional de un contenido axiológico y principial en la Constitución. El reconocimiento expreso demuestra que el Constituyente está consciente de que esos valores y principios informan todo el orden constitucional e infraconstitucional. Desde luego, que no se trata de un numerus clausus, esos valores y principios son solo la cabeza visible, la punta del "iceberg", de cuyo reconocimiento se sirven todos aquellos que son contenido implícito del orden jurídico en general, de cada norma, de cada derecho, de cada principio en particular.

B- Supone una sujeción del poder y de toda conducta humana a un orden de valores y principios. En otras palabras, su reconocimiento constitucional no es una mera declaración. La Constitución los propugna y garantiza día a día, es decir, los actualiza constantemente en la aplicación y en la interpretación del Derecho de la Constitución y de todo el orden jurídico.

C- La actuación de ese Derecho, por tanto, la aplicación e interpretación de esos contenidos supone una interpretación valorativa y principialista, que de suyo trae aparejada una discrecionalidad judicial que la misma naturaleza del valor y del principio suponen, a la par, que vinculan aquella interpretación y aplicación sirviendo de límites a la tarea creadora del juez.

D- El constituyente no ignora que para que tales principios, valores y contenidos tengan eficaz realización se requiere la cooperación y participación de todos los poderes públicos: del legislador, de la administración y del juez. En este último caso, como veremos, es imprescindible su papel de contralor, de garantía objetiva del cumplimiento y desarrollo de aquellos valores y principios. El juez, especialmente aunque no exclusivamente el juez constitucional, controla que la aplicación–creación (en el sentido de Kelsen), que realizan los poderes constituidos sean coherentes con el contenido de la Constitución. El juez constitucional es, en última instancia, el garante de la Constitución, pieza vital en el engranaje del Estado de Derecho Constitucional. El constituyente espera de los poderes públicos, por ende también del juez, que actualicen su obra atendiendo con primacía los valores, principios y derechos por él reconocidos y todos aquellos compatibles con estos. Ese papel trae consigo un reconocimiento ineludible de una tarea creadora del juez constitucional primero y del ordinario después, mediante la cual el juez contribuye en la conformación, determinación y delimitación de las decisiones fundamentales del Estado.

Siguiendo lo dispuesto por la Constitución, el ordenamiento infraconstitucional reconoce un contenido material, esencial del ordenamiento y exige al juez su interpretación, aplicación y actualización. En efecto, los artículos 3.1 del Código Civil español y diez del costarricense establecen: "*Las normas se interpretarán* según… *la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas*." (El destacado es nuestro). Pues bien, la norma jurídica, por lo visto, supera en mucho la literalidad con que usualmente se le mira. Su contenido es amplísimo, tanto que es imposible conocerlo mediante la aplicación de la interpretación literal o de la voluntad del legislador, por tanto, el intérprete, en especial el juez, al que nos referimos, tiene que estar investido no sólo de unas herramientas metodológicas importantes para aquella tarea, sino que además de poderes creadores, que el mismo Derecho le reconoce. Cuando los respectivos Códigos civiles exigen que la interpretación se haga "*atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad"* (art. 10 CC) de las normas, está reconociendo poderes creadores al intérprete, para que descubra, comprenda y aplique aquel contenido.

Nótese además, que la norma va dirigida al intérprete, es una orden interpretar con esa prioridad material, con lo que el mismo Derecho Positivo no sólo presupone la ineludible tarea creadora del juez, sino que también la exige. Ambos artículos reconocen que esas normas, con ese contenido que les es propio, responden a una realidad social, en particular a la realidad social del tiempo en que se aplica; con ello, el legislador reconoce otra tarea creadora al juez, además de la de descubrir su sentido y contenido, la de adaptar ese sentido y contenido a la realidad social del tiempo en que se aplica la norma.

El juez, principal intérprete de la norma, debe acudir a la interpretación armado de un conjunto de reglas metodológicas que le permitan superar la literalidad del texto y descubrir sus profundidades que a simple vista parecen ocultas.[1] Por eso la actividad del juez es una actividad creadora. Interpretar es reconducir las normas a ese sentido material que le es inmanente,[2] sin que con ello se esté saliendo de la ley. Cuando el juez declara los principios, los valores, los fines, los derechos, las garantías y límites contenidos en las

---

1 *" Sin acudir a los principios generales que son los únicos instrumentos disponibles para dar sentido a las instituciones y para articular ésta en el sistema general del ordenamiento. Desde esta base, hasta las últimas operaciones mentales de la interpretación, ésta está entera, y no puede no estar, dominada por los principios generales; tal es la diferencia, como observa certeramente ESSER, entre una interpretación jurídica y una comprensión filológica de un texto, y la justificación del hecho elemental de que la interpretación de la ley escrita sea un menester técnico y no gramatical, para el cual hay que acudir armados con categorías y principios jurídicos. De ahí que la interpretación sea una actividad creadora" GARCÍA DE ENTERRÍA, Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho, op. cit. pp. 22-26.*

2 *" Interpretar es reconducir las normas a esos principios, los cuales son hoy para los juristas españoles de dos clases; los "superiores" contenidos en la Constitución (y aquí, por la amplitud de estos principios -Justicia, dignidad humana, libertad, igualdad, etc.- entran virtualmente todos los tradicionalmente tenidos por Derecho Natural), y los institucionales, que articulan alrededor de un núcleo institucional dado, a la vez, una idea material de la justicia referida a una concreta relación social con el funcionamiento interno de todos los elementos técnicos que la institución organiza." GARCÍA DE ENTERRÍA, Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho, op. cit. pp 133-134*

normas no está haciendo otra cosa que afirmar el sentido objetivo del ordenamiento jurídico[3] según la escala jerárquica de sus fuentes.

En definitiva, de lo establecido por los artículos 3.1 y 10 de los Códigos Civiles de España y Costa Rica respectivamente, podemos extraer:

A- El objeto de la interpretación es el contenido o esencia de las normas jurídicas; contenido o esencia que el artículo 3.1 y 10 de los respectivos códigos civiles llaman "espíritu y finalidad". El Derecho tiene tanto elementos formales como sustanciales. Hay, sin embargo, una primacía de lo sustancial sobre lo formal. Primacía que se pone de manifiesto cuando expresa *"…fundamentalmente al espíritu…",* con esa expresión, claramente da a entender que el sentido inmanente de las normas prevalece sobre el sentido literal y formal de éstas;

B- La norma regula, ordena y reconoce la colaboración del juez en el perfeccionamiento del Derecho. En efecto, se recoge la idea sustancial del Derecho, pero se reconoce que la tarea de descubrir y aplicar aquella realidad jurídica le corresponde al intérprete, quién queda ceñido a los principios (pro- espíritu, por ejemplo) que le establece. El juez queda autorizado para interpretar el lenguaje de la norma, a sabiendas de que en cada interpretación hay una elección y por ende una creación, es decir un margen de libertad frente al texto.

C- De la misma manera le autoriza a acudir al contexto para desentrañar su significado, así como a los antecedentes históricos y legislativos, por tanto a una selección de las normas y documentos pertinentes. Le autoriza adecuar el sentido y contenido del Derecho a la realidad del tiempo en el que se aplica, lo que supone, una valoración por parte del juez de la realidad social vigente y contrastarla con la anterior, es decir, con aquella cuando la norma fue creada y que ella revela. Por esta vía el legislador autoriza al juez a comportarse como "legislador dinámico" (a diferencia de él que es un legislador estático), adaptando los contenidos para que respondan a una realidad y,

D- Finalmente, reconoce que no es la letra de la ley la que debe perdurar, la que el juez en particular y el intérprete en general debe conservar; a diferencia de Napoleón, nuestro legislador, reconoce que su obra sólo seguirá viva si el juez la actualiza cada día y extrae de ella, sus principios, los fines, derechos y valores, la esencia o sustancia que es lo que debe pasar a la historia, esa es su obra, pero sólo lo logrará si en ella participa activamente el intérprete, en particular el juez.

---

3 "Es, por tanto, un cometido importante de la Jurisprudencia poner en manos del juez métodos con cuya ayuda pueda éste cumplir esta tarea de modo objetivo y definitivo. Pero, de vez en cuando, al desarrollar judicialmente el Derecho no se trata sólo de colmar lagunas legales, sino de adoptar y conformar ulteriormente nuevas ideas jurídicas que, en todo caso, han sido insinuadas en la propia ley, cuya realización por parte de la jurisprudencia de los tribunales rebasa, por ello, el plan original de la ley y lo modifica más o menos. Se comprende que también esta clase de desarrollo del Derecho, si ha de estar justificada sólo debe tener lugar en consonancia con los principios directivos de todo el orden jurídico; es más, muchas veces será motivada precisamente por la aspiración a hacer valer estos principios en mayor medida de lo que en la ley ha ocurrido." LARENZ, Metodología de la Ciencia del Derecho, Ariel, Barcelona, 1994, p. 359.

El juez es para el legislador un colaborador, participa de su tarea y es necesario que así lo haga. Desde luego, el legislador tampoco le está firmando un cheque en blanco. La norma le fija límites generales. En primer lugar, le regula su objeto, luego le sugiere un método y finalmente, lo vincula a ciertos principios. El juez no es totalmente libre en el desempeño de la tarea encomendada.

3- El papel del juez en la funcionalidad del Estado. La creación judicial como cooperación necesaria entre poderes.

Toda la organización del Estado está informada y estructurada sobre la base del principio de funcionalidad.[4] En virtud de este principio constitucional, las tareas del Estado se encuentran divididas y asignadas a diversos órganos evitando la concentración de funciones (principio de no delegación o de división de poderes), pero, al mismo tiempo establece la relación entre éstos, de manera que cooperen entre sí para lograr la consecución de los fines del Estado como organización (principio de cooperación entre poderes); al mismo tiempo, el principio de funcionalidad procura la existencia de salidas en caso de que aquella cooperación se vea entorpecida de forma que siempre se garantice el funcionamiento del Estado (principio de no bloqueo). Se entiende, desde el principio de funcionalidad, que las funciones de legislar, administrar y juzgar son distintas pero complementarias, se necesitan mutuamente para la consecución cabal de los fines del Estado y satisfacer el interés público, siendo su núcleo duro, los derechos fundamentales.

Veamos un ejemplo del valor operativo del principio de funcionalidad en el Derecho Constitucional costarricense, para luego sacar nuestras conclusiones sobre el valor del principio para los poderes creadores del juez. En primer lugar, el párrafo primero del artículo 9 de la Constitución establece que *"El Gobierno de la República…lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial".* El principio de funcionalidad supone esa "unidad" de acción, cumpliendo cada uno su función de manera independiente, pero cooperando entre si y no obstruyéndose así mismos en el ejercicio de aquellos propósitos. El párrafo segundo del numeral 9 citado, reconoce expresamente el principio de no delegación o de división de poderes *"Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias".* La causa y el fin de la no concentración no se puede encontrar en la misma organización del Estado, es externa a ella, es precisamente lo que la legitima, la mediatiza y condiciona su organización: los derechos fundamentales de las personas, en particular los de libertad. Ahora bien, el Legislativo aprueba las leyes (art. 105 CP), pero el Ejecutivo en una labor de cooperación debe sancionarlas, promulgarlas, reglamentarlas y velar por su exacto cumplimiento (inciso 3, art. 140 CP). Tiene asimismo, el derecho de veto (inciso 5 art. 140 y 126 CP) mediante el cual el Ejecutivo en una labor de cooperación realiza un control subjetivo de oportunidad

---

4 Por tratarse de un principio que informa la organización, es un principio instrumental, por ende, debe guardar conformidad con el principio de limitación constitucional, en virtud del cual los derechos fundamentales le ponen límite a los poderes públicos. De esta manera el principio de limitación constitucional le da sentido al principio de funcionalidad. Así por ejemplo, la división de poderes o principio de no delegación, como lo señaló KARL LOEWENSTEIN, tiene por fin, la protección de la libertad.

(político) y objetivo (de constitucionalidad) de las leyes, en el sistema presidencialista que nos rige.[5] ¿Que sucedería si este instrumento pusiera en peligro la necesaria cooperación para el buen funcionamiento del Estado?, bueno, la Constitución establece dos salidas (principio de no bloqueo), que la Asamblea Legislativa podría resellar la ley vetada, solo que ahora con la concurrencia de una mayoría calificada en el Parlamento (artículo 127 CP) y el Ejecutivo no podrá negarle la sanción pertinente; o consultar a la Sala Constitucional cuando las razones son de constitucionalidad, lo resuelto por la Sala será vinculante para ambas partes.

Corresponderá al juez constitucional y ordinario según el caso, fiscalizar la constitucionalidad y legalidad de la funcionalidad (en sus tres principios) del Estado. Así, por ejemplo, cuando el juez constitucional se comporta como legislador negativo realiza labores de control, pero cuando excepcionalmente se comporta como legislador positivo realiza labores de cooperación, aunque por este medio podría saltar la frontera hacia la intervención. Esta tarea de cooperación la realiza también cuando interpreta la Constitución, determinando su sentido y contenido y cuando da interpretación a las leyes conforme con la Constitución. Las controversias se resuelven mediante la sujeción de todos los poderes públicos a los precedentes y jurisprudencia constitucional (erga omnes), en virtud de lo cual, sus resoluciones se imponen también sobre las decisiones legislativas. Sin embargo, para evitar un posible bloqueo a la decisión política legítima y democrática del Parlamento, por contradicción con la posición del Tribunal Constitucional, el Legislativo podría ejercer sus funciones constituyentes derivadas y mediante una reforma constitucional variar aquella jurisprudencia (principio de no bloqueo). De esta manera, el juez constitucional y el ordinario, como se verá más adelante, participan en las decisiones fundamentales del Estado y contribuyen al correcto funcionamiento del ejercicio del poder en un Estado democrático y constitucional de Derecho, para la realización y salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas.

¿Para qué toda esta explicación?, para poner de manifiesto que la tarea del juez en general y la creadora en particular no está excluida ni prohibida por el orden jurídico, sino todo lo contrario, es necesaria, ineludible e imprescindible para el correcto funcionamiento del Estado Constitucional de Derecho. Es al juez constitucional y ordinario según el caso, a quienes corresponde fiscalizar y garantizar que aquellos contenidos materiales del ordenamiento jurídico alcancen su respeto y realización plena. Para ello, no pueden participar en esta tarea con actitudes mecánicas, como en el pasado se pensó, por el

5 *Los jueces ejercen un control objetivado que sirve de garantía (aunque no es la única) para el cumplimiento de las obligaciones (punto de vista subjetivo), en particular, las limitaciones, garantías y derechos que establece el orden jurídico (punto de vista objetivo). Como se ve no es lo mismo el límite, la garantía y el control. El control es una garantía, pero no agota éstas. Se trata de una garantía objetiva y de un control objetivado. Hay controles políticos, por tanto subjetivos, de oportunidad, que se ejerce según la libertad y elección voluntaria del controlante, ejercido por órganos políticos; mientras los controles jurídicos, son objetivados, su parámetro es objetivo, previo e indisponible por el controlante, que debe ejercerlo de manera necesaria (obligatoria) y generalmente por órganos imparciales y técnico jurídicos. Los primeros realizan juicios de oportunidad y los segundos de legalidad. El control no es un límite, por el contrario, es el que los hace respetar y los hace efectivos. Sobre el particular véase ARAGON Manuel; La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, año 6, número 17, mayo-agosto, 1986, p. 17-33.*

contrario, sólo mediante una actitud dinámica y creadora, "dibujando" con sus sentencias los perfiles materiales del ordenamiento jurídico constitucional e infraconstitucional, contribuirá al eficaz funcionamiento del Estado en particular y de la sociedad en general. Esta tarea creadora del juez está incluida expresa o implícitamente en los principios estructurales que informan la Constitución y cumplen tanto con una labor de control como con el principio de cooperación.

4- Incremento del papel creador del juez como consecuencia del lugar que ocupan la Constitución y los derechos fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho.

La Constitución, que por naturaleza contiene cláusulas abiertas se ha convertido no sólo en la norma suprema en el ordenamiento jurídico interno, si no que además, debido a ello, se ha convertido también en un parámetro de interpretación obligado para el juez constitucional y para el juez del orden común, que deben interpretar todo el ordenamiento jurídico a la luz del contenido constitucional, lo que supone una tarea creadora del juez en su labor interpretativa.

La tarea interpretativa del juez común se ha visto ampliada por el valor normativo de la Constitución y del Derecho Internacional de los derechos humanos (y del Derecho comunitario, especialmente en el caso europeo), dado que se convierten en parámetros obligados de interpretación. El juez puede y debe atribuir sentido a las normas legales e infralegales acordes con aquellos contenidos. Eso supone una tarea inevitablemente creadora, que facilitará una jurisprudencia principialista, axiológica y finalista.

Toda esta corriente viene impulsada por el lugar que ocupan en el sistema jurídico los derechos fundamentales. La interpretación del ordenamiento jurídico desde los derechos fundamentales ha transformado el Derecho. En efecto, la mayoría de las instituciones, normas y figuras jurídicas han sido reinterpretadas, gozando ahora de un sentido que antes no tenían. Piénsese por ejemplo, en las medidas cautelares y el proceso en general a la luz del derecho a una tutela judicial efectiva; en el papel y lugar que ocupa la ley y como veremos, el juez, en el orden jurídico. Los derechos fundamentales dotan al juez en general y constitucional en especial de poderes creadores, única manera de hacer posible su efectiva realización.

En definitiva, los poderes creadores del juez, están reconocidos y exigidos por el ordenamiento jurídico. Sin ese papel creador del juez (aunque vinculado, como ya vimos), no se actualiza ni realiza el Derecho. Sin la cooperación y control judicial no se logra el Estado de Derecho, ni se administra justicia en nuestras sociedades democráticas.

II)- Legitimación Democrática de los Poderes Creadores del Juez

En relación con la legitimación democrática del juez y de su actividad creadora, tenemos dos tesis: la primera es aquella que legitima los poderes creadores del juez acudiendo a una concepción bastante reducida de democracia, es decir, al concepto de democracia formal, representativa y por tanto, como voluntad de mayorías. La segunda tesis, vincula la legitimación de de la actividad creadora del

juez con los derechos fundamentales, por tanto con una concepción sustancial y no meramente formal de democracia.

1- Legitimación democrática de origen y de ejercicio de la creación jurídica de los jueces. El principio de mayorías.

La legitimación democrática del poder judicial español emana del artículo 1.2 de la Constitución española (CE) que al respecto expresa: *"La soberanía reside en el pueblo del que emanan los poderes del Estado."* Sin embargo, LÓPEZ GUERRA[6] nos aclara que esa legitimación la tiene el Poder en abstracto (art. 117 CE), pero no los que administran justicia, esto es los jueces. Muy acertadamente el autor hace diferencia entre legitimación de origen (nombramiento en el cargo) y legitimación de ejercicio (actuación de las competencias propias del cargo). Así por ejemplo, la legitimación democrática de las Cortes Generales (Compuestas de dos cámaras: Senado y Congreso de los Diputados), viene de la elección popular, mediante sufragio universal, libre, igual, directo y secreto de todas y todos los ciudadanos españolas. El presidente del Gobierno (en el caso español que tiene un sistema de monarquía parlamentaria) no lo elige de manera directa el pueblo español, sino que lo nombra el Rey, después de que el Congreso de los Diputados le otorga la confianza al candidato propuesto por él. La legitimación democrática (de origen) del Presidente le viene dada por el voto de confianza del Congreso de los Diputados (art. 99 CE) órgano democrático por excelencia y por el nombramiento del Rey que actúa las competencias constitucionales. El Rey no tiene legitimación democrática de origen, su legitimación viene dada por herencia no por elección, empero, sí goza de legitimación democrática de ejercicio, en tanto sus actuaciones se ajusten a la Constitución democráticamente aprobada. Los magistrados y jueces los nombra el Consejo del Poder Judicial, que es el órgano de gobierno del mismo (art. 122). El Consejo General del Poder Judicial está integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, quién lo presidirá y veinte miembros nombrados por el Rey, doce de entre los jueces y magistrados y cuatro a propuesta de cada una de las cámaras de las Cortes Generales. Los miembros del Tribunal Constitucional también son nombrados por el Rey a propuesta de cada Cámara, del Presidente del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial (art. 159 CE). En conclusión, la única legitimación democrática de origen de los miembros del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional viene de que su nombramiento le compete a un órgano cuyas actuaciones (no su origen) se ajustan a la constitución democrática. Los magistrados y los jueces en España no son escogidos por órganos con legitimación democrática de origen, como sería el caso, si su escogencia y nombramiento lo realizaran las Cortes Generales.

La legitimación democrática (de ejercicio) del juez le viene dada por la sujeción a la ley y a la Constitución (obviamente esta premisa supone, en primer lugar, que la ley y la Constitución son un producto democrático). Según LÓPEZ GUERRA, esta legitimación elimina la posibilidad de una función innovadora o creadora del juez con respecto de

6 *LOPEZ GUERRA Luis. La Legitimación democrática del Juez; Madrid, Cuadernos de Derecho Público, Instituto Nacional de Administración Pública, Número 1, mayo-agosto, 1997.*

la ley (por la sujeción del juez a la voluntad general).[7] Son corolarios de la sujeción del juez a la ley y a la Constitución, la imparcialidad, la objetividad, la necesidad de motivación de sus sentencias, donde demuestre la conformidad de sus actos con la ley (vinculo entre norma y decisión); y la irresponsabilidad política del juez, puesto que su actuación no es libre, sino vinculada a la ley. Asimismo, la sujeción del juez a la ley (art. 117.1 CE) explica –según LÓPEZ GUERRA- la ausencia de control difuso de la constitucionalidad de las leyes en el sistema español, porque el juez está sujeto a la ley y por tanto no puede inaplicarla. Esa sujeción del juez a la ley, a la voluntad popular expresada en el Parlamento, obliga al juez a estar sujeto a la letra de la ley, su tarea creadora quedaría fuera de ese "paraguas" legitimador. La voluntad popular es el único origen de la legitimación democrática; dentro de esta teoría, los derechos fundamentales son fundamento del principio democrático, pero ello solo supone que las mayorías deben respetar los derechos fundamentales aunque sean los de una sola persona.

Ahora bien, para LOPEZ GUERRA es evidente que todo juez crea derecho. En primer lugar, porque tienen el deber jurídico de resolver y el ordenamiento jurídico tiene lagunas y contradicciones que le obligan a resolver creando Derecho; o en segundo término, cuando eligen entre posibles interpretaciones. En ambos casos el juez crea normas individuales para el caso concreto y normas generales. Entre éstas últimas podrían entrar los principios según la tesis que de ellos se sostenga. Esa capacidad creadora es reducida, toda vez que el juez debe atenerse al sistema de fuentes establecido. Los jueces tienen una función democrática al controlar el ejercicio democrático de la ley, para garantizar la voluntad popular, pero esa voluntad no puede ir en contra de lo derechos humanos. Para él, un juez electo por democracia directa tendría su creación legitimada, pero la ley, la imparcialidad y objetividad del juez podrían verse, con razón, relegadas.

Según LÓPEZ GUERRA, un mecanismo para otorgar legitimación democrática de origen a los jueces españoles, sería encomendarle el nombramiento de los magistrados a las Cortes Generales o Parlamento, como ocurre en América Latina, en algunos casos por mayorías calificadas para superar el partidismo. En este caso, la legitimación de origen se deriva del principio de mayorías y de la representación política en el marco del sistema democrático. En el caso de que el juez fuera electo popularmente, mediante sufragio directo, universal, libre y secreto, el juez debe tener también responsabilidad política, a diferencia de hoy, donde la responsabilidad del juez es objetiva y no subjetiva, jurídica y no política.

Siguiendo esta tesis, en Costa Rica la legitimación de origen de los magistrados es indirecta, mediante el nombramiento que de ellos hace la Asamblea Legislativa, mediante mayoría calificada (art. 121.3, 157 y 158 CP). Mientras que la legitimación de ejercicio la encontramos en la sujeción de sus actuaciones a la Constitución y la ley (art. 154 CP). La legitimación de los poderes creadores de los jueces vendría dada por su conformidad con el ordenamiento jurídico superior (Constitución, tratados y leyes), por tanto, en la medida que dicho ordenamiento se lo permita (como ya nos

7 *LÓPEZ GUERRA Luis. La Legitimación democrática del Juez, op. cit. p. 50.*

consta) y por la aplicación de la jurisprudencia de las Salas de casación, encargadas de dar uniformidad a la aplicación del Derecho y de la Sala Constitucional, en tanto gozan de legitimación democrática de origen de carácter indirecto y su jurisprudencia se legitima en la conformidad de sus fallos con el ordenamiento jurídico (de origen democrático) que aplican.

En definitiva, los poderes creadores del juez encuentran legitimación democrática (de ejercicio) en la medida que su actividad creadora: a) se encuentre reconocida expresa o implícitamente en el ordenamiento jurídico; b) sea conforme con el contenido formal y sobretodo sustancial de dicho ordenamiento; c) sea validada por las Salas de la Corte Suprema de Justicia y sea conforme con ella. La legitimación democrática (de origen) es de carácter indirecta, se funda en el nombramiento que de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia hace la Asamblea Legislativa.

2- *Derechos humanos y legitimación democrática de la actividad creadora de los jueces.*

La segunda tesis, sostiene que la legitimidad democrática del juez le viene dada por los derechos fundamentales, anteriores al Estado y a la Constitución, que esta reconoce y recoge, pero no crea. Más aún, la sujeción del juez, es primeramente respecto de los derechos fundamentales, por encima de la misma ley, la que debe guardar conformidad con ellos, con lo que los derechos fundamentales se convierten en parámetros sustanciales de racionalidad de las decisiones judiciales. Esta es la tesis que sostiene FERRAJOLI :

> *"Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicional, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos. En consecuencia, el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad en droits: puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquellos se ejercen." Más adelante dirá: "Aquí, de nuevo, no juega el principio de mayoría. Es más, no sólo resulta extraño, sino que está en contradicción con el fundamento específico de la legitimación del poder judicial. Ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso o falso lo que es verdadero…"*[8]

Los derechos fundamentales cambian la relación entre el juez y la ley. Para empezar, cuando la Constitución establece la sujeción del juez a la ley, ya no se entiende esta como sujeción a la letra de la ley y tampoco como sujeción a la ley únicamente en sentido formal. Así, toda interpretación judicial de la ley, trae consigo un juicio sobre la ley misma y sólo está

8 *FERRAJOLI Luigi; Derechos y Garantías. La ley del más débil, TROTTA, Madrid, I edición, 1999. Pág. 26-27*

sujeto a ella, si es conforme con la Constitución, entendida como sistema de garantías sustanciales. Cuando el contraste deviene en una contrariedad con la Constitución, el juez debe cuestionar la validez de la ley. Esto supone que la legitimación del juez no le viene de la democracia formal, de la representación popular de los Parlamentos y mucho menos del principio de mayorías, como algunos han querido verlo, sino de los derechos humanos, de los que todas las personas son titulares y de donde el juez recibe su legitimidad, precisamente para controlar que los derechos fundamentales sean reconocidos, respetados y promovidos por igual a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría. En efecto, el juez garantiza esos derechos aún contra la mayoría. De manera que su independencia como juez, es un corolario y por tanto garantía de esa supremacía de los derechos fundamentales, frente a todos, incluso, frente al legislador.

> *"Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos. …debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría e incluso los demás en su totalidad se unieran contra él; dispuesto a absolver por falta de pruebas aun cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aun cuando esa misma opinión demandase la absolución."*[9]

La legitimación de los poderes creadores del juez, pero también de su independencia, imparcialidad y objetividad, vienen dados por su relación con los derechos fundamentales y en virtud de estos, por su sujeción al ordenamiento jurídico, pero no ya a cualquier ordenamiento jurídico, sino a uno, conforme con aquellos. Sus poderes creadores, como ha quedado demostrado, no es un mandato de cada mayoría parlamentaria, es un reconocimiento expreso o implícito de la Constitución, y de la leyes que se dictan conforme con ella. Sí, la legitimación del juez está directamente relacionada con la del orden jurídico y ambos la tienen, sí las actuaciones del primero y el contenido del segundo, guardan conformidad con los derechos humanos fundamentales.

Siguiendo este orden de ideas, también se puede decir que el constitucionalismo ha sido superado por normas internacionales, comunitarias o de Derecho Internacional que vinculan a los Estados a los derechos humanos fundamentales. De lo anterior se infiere que la legitimación del juez, interno o internacional viene siempre de la supraestatalidad de los derechos fundamentales. Esta tesis resulta de enorme utilidad práctica para explicar –como en adelante se hará- la posición del juez (constitucional y ordinario) en el marco del Derecho de la Constitución, el Derecho Comunitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Es necesario e ineludible contar con un juez creador. El mismo orden jurídico lo reconoce y lo exige. Se requiere un juez de principios, esto es, un juez que realice su tarea centrada en descubrir y actuar los principios jurídicos contenidos en el ordenamiento.

9 *FERRAJOLI Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, op. cit. p. 26-27.*

Los principios se hacen indispensables en el Derecho Administrativo dada la imposibilidad de codificación y sistematización de la materia. En el Derecho Constitucional dada la indeterminación de sus normas, en el Derecho Público Internacional por la escasez de las mismas. Todas estas ramas del Derecho requieren, aunque por razones distintas, una sistematización de la materia siguiendo los principios jurídicos que la informan. La única forma para que opere el Estado de Derecho frente a los poderes cada vez mayores de la Administración, del legislador o de los Estados, es si a ella oponemos un Derecho material, sustancial, integrado, sustentado y estructurado por principios. La legalidad formal para frenar la arbitrariedad administrativa es insuficiente (GARCIA DE ENTERRIA).

III)- la posición que ocupa el juez en el orden jurídico, especial referencia al juez constitucional.

Los derechos fundamentales cambiaron la relación entre el juez y la ley. En consecuencia, en este punto, estudiaremos la posición jurídica del juez en el marco del Estado Legal y del Estado Constitucional de Derecho, estudiaremos la diferente posición que ocupan el juez constitucional y el juez ordinario, frente a la ley, la Constitución, el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

1- El juez en el Estado Constitucional de Derecho. Superación de la posición del juez en el Estado Legal de Derecho.

El Estado Legal de Derecho se caracterizó[10] por: **a)** la división de los poderes del Estado en legislativo, ejecutivo y judicial, siendo el poder legislativo, como emisor de las leyes, el que se encuentra en la cumbre de la organización Los restantes poderes deben sujetarse a la ley; **b)** La primacía de la ley, que sólo puede ser anulada por otra ley. Todas las demás normas que no tienen rango de ley deben someterse a ella, tal es el caso de reglamentos, ordenanzas… dictadas por la Administración, las que solo serán válidas en la medida en que hayan sido establecidas dentro del ámbito delimitado por la ley y siempre que no sean contrarias a ésta; **c)** La reserva de ley. Toda regulación que se refiera a los derechos fundamentales de los ciudadanos, especialmente a la libertad y a la propiedad, sólo pueden tener lugar por medio de ley. Se concibe a la ley como la protectora de los derechos y libertades fundamentales de la persona; **d)** El principio de legalidad, aplicable a todos los actos de la autoridad del que se deriva que ésta no tiene más poderes que los que le confiere la ley y debe ejercerlos en favor del Bien Común, que las mismas leyes señalan; **e)** La ley debe ser decretada o aprobada por un órgano: el Parlamento, mediante la representación popular, de manera que la ley repose en el principio democrático; **f)** La actividad parlamentaria la informaba el principio de libre disposición de la Constitución y el principio de libre configuración social. No es que estos principios no estén presentes hoy, es que en el Estado legal de Derecho, gozaban de

10 *Seguimos en este punto el excelente trabajo de GARCÍA PELAYO Manuel, Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho. El Tribunal constitucional español. Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente, San José, números 23-24, años 9-10.*

una extensión y amplitud que no se les conoce en la actualidad. El Parlamento desarrollaba libremente la Constitución, regulaba y limitaba los derechos fundamentales sin controles ni parámetros superiores que determinaran la validez de sus actos; **g)** La existencia de una jurisdicción independiente de la propia Administración, que decide en cada caso planteado sobre la legalidad de sus actos: la jurisdicción contencioso administrativa. Se trata de la justiciabilidad de la Administración. Como se observa, el juez controla la legalidad del actuar administrativo, está por encima de los actos administrativos, de los que pueden declarar su nulidad cuando no guardan conformidad con la ley, pero, está por debajo de la ley, la que debe aplicar sin reservas y sin cuestionamiento alguno.

La posición jurídica del juez del orden común es evidente, es el garante de la legalidad, está sometido al imperio de la ley, como todavía expresa la Constitución española (art. 117.1) y la costarricense (art. 49 CP). La Constitución carecía de valor normativo, por lo que el juez no tenía parámetro alguno desde el cual cuestionar válidamente la ley aplicable al caso concreto. Sus actos, debían ser acatados por la Administración, de manera que cuando actuaba debía considerar la jurisprudencia de los tribunales contencioso administrativos. Si mediante la interpretación de la ley, el juez excedía la voluntad del legislador, éste podía reformar o interpretar la ley corrigiendo la actuación judicial.

Esta situación, no obstante, no impidió una rica jurisprudencia a partir de principios. Por el contrario, el Derecho Administrativo es obra de la jurisprudencia más que del legislador, especialmente pero no exclusivamente, del Consejo de Estado francés. Con el juez de lo contencioso, el ordenamiento jurídico (fundamentalmente civil) dejó de ser "letra muerta", para convertirse en "espíritu viviente" para el interés público y para los derechos del administrado frente a la Administración, dejó de ser una obra perecedera, casuística, para en su lugar, dar paso a principios que ordenaban y daban unidad al ordenamiento disperso, que explicaban el fenómeno jurídico administrativo mejor que la legislación vigente. Esa jurisprudencia a partir de principios fue la fuente de la legislación no a la inversa.

En este sentido se expresa RUBIO LLORENTE:

> *"La inserción en el esquema clásico de nuestro Constitucionalismo de un juez creador del Derecho y no ya simple aplicador automático de la ley no suscita, sin embargo, problemas insolubles en cuanto el juez siga estando sometido a la ley. Se puede aceptar incluso una libertad interpretativa que desborda los estrechos límites de los métodos tradicionales de interpretación…porque el legislador dispone siempre de la posibilidad de corregir la desviación del juez modificando o sustituyendo el precepto interpretado, sin verse sometido él mismo a limitación alguna en esta tarea, bien sea porque la Constitución no impone condicionamiento o limitación alguna a los contenidos posibles de su voluntad, bien sea porque no existe ninguna otra instancia que pueda discutir o controlar la interpretación que el legislador haga de los preceptos que fijan tales condiciones o límites"*[11].

11 *LLORENTE RUBIO Francisco. Prologo a la interpretación de la Constitución de Enrique Alonso García, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p XX y XXI).*

Sin embargo, el Estado Legal de Derecho evolucionó hacia el Estado Constitucional de Derecho. Transformación operada en Europa, especialmente durante la segunda mitad del siglo XX. El Estado Constitucional de Derecho mantiene, pues, los contenidos descritos del Estado Legal de Derecho, pero subordina sus formas a los nuevos principios que el Derecho de la Constitución implica.

En efecto, el Estado Constitucional de Derecho se caracteriza por: **a)** La división esencial entre poder constituyente y poderes constituidos, no pudiendo los poderes constituidos invadir la esfera reservada al constituyente; **b)** Una limitación y configuración del ámbito válido de actuación de los poderes del Estado, donde pueden moverse lícitamente, sin violar la esfera que la Constitución reserva a la autodeterminación y autorregulación de la sociedad con sus sistemas económico, cultural, social y personal, que en términos generales están incluidos en el contenido esencial de los derechos que le son fundamentales a la persona y en el sistema de libertad (art. 28 CP); **c)** La supremacía constitucional. El principio de supremacía significa que la Constitución se eleva al mundo de normas jurídicas vinculantes y por ende, la Constitución prevalece sobre la ley y los restantes actos jurídicos del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes, de allí, la inconstitucionalidad de todo acto que no sea conforme con la Constitución (art. 10, 48, 154 CP); **d)** La sumisión de todos los poderes públicos a la Constitución, incluido por tanto, el Poder Legislativo; **e)** La jurisdicción constitucional. La existencia de tribunales constitucionales por encima de todos los poderes públicos que hacen del Derecho de la Constitución un verdadero Derecho. Controlan la conformidad de todo el ordenamiento jurídico infraconstitucional con la Constitución. Sus fallos son vinculantes erga omnes; **f)** La existencia de una limitación recíproca entre los derechos fundamentales y las normas de organización. Los conflictos se resuelven en favor de la primacía de los derechos fundamentales.

Diferencias entre el Estado Legal y el Estado Constitucional de Derecho

Estado Legal de Derecho	Estado Constitucional de Derecho
Principio de primacía de la ley (se afirmaba la ley, que representaba la voluntad general, por sobre cualquier otro acto del Estado). Había Constitución pero sin valor normativo.	*Principio de supremacía de la Constitución.* Se le reconoce a la Constitución como la norma de mayor rango y fuerza (por tanto con valor normativo) del Estado.[12]
Principio de legalidad (consecuencia de la supremacía de la ley, todos los actos de la Administración debían tener fundamento en una ley)	*Principio de constitucionalidad.* En adelante, todos los actos del Estado deben ser conformes con la Constitución y todos los poderes sujetos a ella.

12 *El principio de supremacía de la Constitución sobre la ley aporta seguridad jurídica dado que ahora la ley ya no se ajusta a las notas de generalidad (hay leyes concretas y específicas o leyes a medida), publicidad, discusión o debate (pierde importancia dado el protagonismo de comisiones legislativas y partidos políticos).*

Principio de reserva de ley (los derechos humanos, especialmente las libertades públicas y la propiedad solo se regulan por medio de ley).	*Principio de reserva constitucional* (El contenido esencial de los derechos humanos y un ámbito general de libertad fuera del alcance del legislador ordinario).
Jurisdicción contencioso administrativa (Encargada de velar por la supremacía de la ley, la legalidad administrativa, en síntesis que la Administración se subordine a la Ley, principal acto del Estado, por su carácter democrático).	*Jurisdicción constitucional.* En cualquiera de sus modalidades (descentralizada y no especializada; descentralizada y especializada; centralizada y no especializada; centralizada y especializada). Para la defensa de los DHF en su acepción subjetiva y como valores objetivos que sustentan el orden jurídico, control de constitucionalidad y resolución de conflictos constitucionales.
División del Estado en tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial. Con primacía, expresa o tácita del Parlamento (emisor de la ley), considerado por algunos como el soberano (modelo inglés).	*División en poder constituyente y poderes constituidos.* La soberanía reside en el pueblo y se autolimita y expresa a través de la Constitución.
Principio de libertad. (Áreas exentas de la injerencia de la Administración, cada época interpreta la amplitud de esa área, según la concepción sea liberal o no). Área sujeta a la reserva de ley.	*Principio de autodeterminación de las personas y de autorregulación de la sociedad. Principio de limitación constitucional.* Distinción entre: Competencia fundamental del Estado y el sistema de competencias en el Estado.
La ley carece de control judicial. Solo era modificada o deroga por otra ley	*La ley es sometida a control de constitucionalidad.*
Principio democrático (origen democrático del poder y legitimación de ejercicio, en la conformidad con la ley, principio de mayorías).	*Principio democrático derivada no de la representación, sino de la titularidad de derechos fundamentales, fuera incluso de las mayorías democráticas.*

La posición jurídica del juez en el Estado Constitucional de Derecho varía según se trata del juez constitucional o el de la jurisdicción común y según se trate de sistemas concentrados, difusos o mixtos de constitucionalidad. En el control difuso se le concede al juez ordinario, el poder para actuar como juez constitucional (caso norteamericano). En este sistema, las sentencias sólo inaplican la ley y tienen efectos ínter partes. La jurisprudencia es unificada mediante la doctrina del stare decisis, teniendo carácter obligatorio para los jueces los precedentes de la Suprema Corte. En los sistemas concentrados, en sentido opuesto, la materia constitucional es conocida por un órgano especializado, cuyas sentencias tienen efectos declarativos y retroactivos, anulan y desaparecen del orden jurídico la norma contraria, y sus decisiones tienen efecto erga omnes. El sistema mixto, tiene características de ambos. En los sistemas difusos predomina un control sobre la eficacia de las normas jurídicas, mientras que en los concentrados el

control recae sobre la validez de la norma o acto inconstitucional. En los sistemas difusos cualquier juez revisa la constitucionalidad de las normas legales que aplica, pudiendo inaplicar la norma que considera contraria a la constitución. En los sistemas concentrados son los jueces constitucionales los llamados a declarar la inconstitucionalidad de las leyes, no pudiendo hacerlo el juez del orden común. En los sistemas mixtos, los jueces ordinarios se comportan igual que en el sistema difuso, inaplican la norma al caso concreto y los jueces constitucionales declararan con exclusividad la inconstitucionalidad de las leyes. Como se observa, las sentencias del juez constitucional siempre tienen mayor rango, fuerza y resistencia que las leyes, asimismo las del juez ordinario que interpreta y aplica la constitución, con la única excepción del juez ordinario en los sistemas concentrados que siguen subordinados a la ley, sin embargo, pueden formular una consulta sobre su constitucionalidad al Tribunal Constitucional.

2- La posición del juez constitucional.

Independientemente del sistema de que se trate, el juez constitucional no se encuentra en el mismo nivel que los restantes poderes constituidos del Estado. En este sentido se expresaba PIZA ESCALANTE:

"la jurisdicción constitucional no se encuentra en el mismo nivel que los poderes y órganos constitucionales ordinarios, desde que su función es precisamente, nos guste o no, la de garantizar la sumisión de todos ellos al Derecho de la Constitución de donde proviene toda su legitimidad, de manera que solo el poder constituyente –y no incluso en el concepto el simple poder reformador de la Constitución por el Parlamento- todo esto, por supuesto, de la potestad del legislador para regularlos en lo no esencial."[13]

Siguiendo este mismo orden de ideas MAURO CAPPELLETTI:

> *"Desde un punto de vista cualitativo, la voluntad constitucional posee, en nuestro ordenamiento, no solamente carácter de mayor resistencia, sino también de preeminencia respecto a las otras voluntades y en especial respecto a la voluntad legislativa ordinaria, la cual es jurídicamente válida sólo si es conforme a ella"*[14]

El juez constitucional se encuentra vinculado a la Constitución. Los tribunales constitucionales fiscalizan, garantizan, dinamizan, actualizan los contenidos constitucionales. No es un poder más del Estado, precisamente porque su tarea es la de control jurídico objetivo. Los poderes constituidos se subordinan a sus decisiones, que se imponen erga omnes, pues a ellos se les ha conferido el control de la constitucionalidad de las leyes. Sólo con fundamento en el principio de funcionalidad constitucional, el Parlamento, en ejercicio del poder constituyente, puede en la medida que la Constitución no lo prohiba, reformar la ley fundamental con el propósito de corregir la jurisprudencia constitucional. Desde luego, este ejercicio podría ser estéril como lo ha apuntado RUBIO LLORENTE:

13 *PIZA ESCALANTE Rodolfo. Loa valores en la interpretación constitucional. en La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho. Op. cit. p. 115.*

14 *CAPPELLETTI Mauro. Proceso, ideología y sociedad. Buenos Aires, Editorial Jurídicas Europa América, 1974, p. 392.*

"El legislador queda desprovisto de instrumentos (al menos de instrumentos legítimos) para contrarrestar la acción del juez y éste se alza como intérprete supremo de la ley fundamental, por encima del legislador mismo, que no puede actuar sobre la constitución para enmendar la actuación del juez, no sólo porque no tiene (o no puede tener) la facultad de reformarla, sino porque aunque la tuviera, le resultaría siempre imposible configurar los preceptos constitucionales de modo tal que se limite eficazmente la libertad del juez, pues los preceptos materiales de la Constitución, a diferencia de los preceptos legales, no pretenden disciplinar conductas o habilitar para concretas actuaciones de ejecución, sino garantizar el respeto a determinados valores, a asegurar a los ciudadanos unos derechos que tanto si actúan simplemente como límites frente a la ley (derechos de libertad), como si requieren de esta para su ejercicio (derechos de participación y de prestación o, en general, derechos de configuración legal), pero sobre todo en este segundo caso, han de ser necesariamente definidos en términos que hagan posibles diversas políticas, esto es, diversas interpretaciones."[15]

Aunque las decisiones del juez constitucional parecen invadir la competencia de otros poderes, en realidad no es otra cosa que control, es decir, la interpretación y aplicación de normas, valores y principios que tienen un carácter preeminente en el orden jurídico.

La interpretación constitucional tienen una dimensión política, porque aunque sus fallos son jurídicos, sometidos a métodos jurídicos, tienen efectos políticos y por su carácter creativo, el contenido sobre el que recaen y la fuerza vinculante que poseen, se enmarcan dentro de las decisiones fundamentales del Estado (LOEWENSTEIN).

En el Estado Constitucional de Derecho el juez constitucional goza de una posición suprema, por encima de la de los poderes constituidos, sólo subordinado a la Constitución, obra del poder constituyente originario o reformador.

3- La posición del juez ordinario en el Derecho de la Constitución. El caso de Costa Rica.

La posición del juez común en el ordenamiento ha cambiado, ya no es la que se le señalaba en el Estado legal de Derecho. La Constitución y en general el Estado Constitucional de Derecho ha traído consigo una transformación profunda en este campo. Así lo expresa GARCIA DE ENTERRIA, *"la técnica del control judicial de las leyes, que constituyendo uno de los grandes temas del momento presente, hace expreso, ya desde su mismo planteamiento, la inversión de la relación tradicional entre el juez y la ley y una subversión definitiva del primado absoluto de ésta."*[16] En efecto, la Constitución ha venido a imponer una serie de valores y principios, esto es, contenidos, que por si misma es un testimonio de la superación del positivismo. Todos los poderes, incluido el legislador está sujeto a ella. Son valores, fines, principios y garantías con valor normativo. El

15 *RUBIO LLORENTE Francisco. Prologo a la Interpretación de la Constitución de Enrique Alonso García, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p 20-21.*

16 *GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho, op.cit., p. 30.*

juez está obligado a acatar la Constitución por tanto a aplicarla. El juez actúa los contenidos constitucionales. Un sistema de valores no es positivista por su misma naturaleza y requiere para interpretarlo herramientas nuevas y dotar a quién está llamado a usarlas de poderes suficientes para el cumplimiento de su tarea. Cuando la Constitución establece la sujeción del juez a la ley, ya no se entiende esta como sujeción a la letra de la ley, ni a cualquier ley, sino solo a aquella coherente con los contenidos constitucionales (art. 1 LJC). Toda interpretación judicial de la ley, trae consigo un juicio sobre la constitucionalidad de ley y sólo está sujeto a ella, si es conforme con la Constitución.

La superioridad que el juez ordinario puede tener sobre la ley le viene de la Constitución, del valor democrático de ésta y sobre todo de la superioridad de los derechos fundamentales. La jurisprudencia ordinaria no puede oponerse a la ley, debe ser conforme con ella, salvo que del examen resulte inconstitucional. Frente a la legitimidad democrática de la ley, el juez común sólo puede oponer la legitimidad democrática de la Constitución y la superioridad de los derechos humanos.

Esa ineludible posición del juez ante la ley, deviene como corolario de la dificultad para separar por materias lo ordinario de lo constitucional, cuando lo constitucional informa todo el orden jurídico. La revisión de la constitucionalidad de la norma a aplicar al caso concreto, la inaplicación si el examen arroja resultado negativo, la aplicación si el resultado es positivo, la interpretación conforme con la Constitución en caso de que esa vía sea posible, son todas muestras de la supremacía del Derecho de la Constitución y de la vinculación a éste de todos y por ende, del juez del orden común, es una conclusión obligada de esa posición superior y general de la Constitución.

En Costa Rica, la Constitución establece en el artículo 154 que el Poder Judicial está sometido a la *"Constitución y a la ley".* Por otra parte, el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece: *"Los funcionarios que administran justicia no podrán: 1) Aplicar leyes u otras normas o actos de cualquier naturaleza que sean contrarios a la Constitución Política. Si tuvieren duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, deberán hacer la consulta correspondiente a la jurisdicción constitucional. Tampoco podrán interpretarlos o aplicarlos de manera contraria a los precedentes o jurisprudencia de la Sala Constitucional."* Finalmente, sólo en lo concerniente al juez de lo contencioso administrativo, la Ley General de la Administración Pública establece en el artículo 6 el contenido de las fuentes formales del ordenamiento jurídico administrativo*: "1) La jerarquía de la fuentes del ordenamiento jurídico administrativo se sujetará al siguiente orden: a) La Constitución Política; b) Los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana; c) Las leyes y los demás actos con valor de ley; d) Los decretos del Poder Ejecutivo…."*. Como se observa, los jueces en Costa Rica deben aplicar la Constitución y garantizar su supremacía jurídica, así como los precedentes y jurisprudencia de la Sala Constitucional (intérprete supremo, no exclusivo, de la Constitución) y cuyas sentencias son vinculantes erga omnes (art. 13 LJC).

La Sala Constitucional interpretando esas normas citadas, juntamente con lo dispuesto por los numerales 10 (concede la competencia a la Sala de declarar la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público), 48 (Los recursos de hábeas corpus y de amparo como competencia de la Sala Constitucional) y 49 (establece la jurisdicción contenciosa para garantizar la legalidad de la función administrativa) de la Constitución y con lo dispuesto en la Ley de la jurisdicción Constitucional (Ley 7128 de 18 de agosto de 1989), mediante sentencias 3035-96, 3036-96 y 3038-96, delimitó el papel y posición del juez común respecto de los actos de los restantes poderes, en especial, frente a la ley.

a- El Derecho de la Constitución es *"… vinculante por sí mismo para todas las autoridades y personas, públicas y privadas, inclusive, con mayor razón, para los tribunales de justicia, de todo orden y de toda materia. En este sentido la Sala ha definido, con valor vincular erga omnes de sus precedentes y jurisprudencia (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), los alcances de dicha sujeción con respecto a los tribunales de justicia, a los que corresponde el ejercicio universal y exclusivo de la función jurisdiccional …como sigue: a) El Derecho de la Constitución les vincula directamente, y así deben aplicarlo en los casos sometidos a su conocimiento, sin necesidad de leyes u otras normas o actos que lo desarrollen o hagan aplicable, lo mismo que deben interpretar y aplicar todo el resto del ordenamiento en estricta conformidad con sus normas y principios"* [17]

De la cita anterior se desprende que de conformidad con nuestro Derecho de la Constitución y de conformidad con la jurisprudencia de la Sala, los jueces ordinarios se encuentran sujetos y vinculados por la Constitución y están por tanto, obligados a interpretar el orden jurídico a la luz de ella. La Constitución y mejor aún el Derecho de la Constitución se erige como regla de interpretación y como parámetro de validez y legitimidad de la actuación del juez común. Para tal ejercicio, el juez del orden común no requiere de leyes u otros actos que desarrollen la Constitución; lo que no es otra cosa, que el valor normativo de toda la norma suprema.

Asimismo, el juez común, por propia autoridad, puede interpretar el ordenamiento jurídico conforme con la Constitución. Esta tarea supone diferentes fases o pasos: i) la revisión, de la norma legal a la luz del Derecho de la Constitución; ii) si la norma legal se revela inconstitucional; entonces, iii) cabe la posibilidad de conservar la norma (principio de conservación de las normas), para lo que el juez procederá a atribuirle un sentido conforme con el Derecho de la Constitución. Desde nuestro punto de vista, en esta labor interpretativa, el juez ordinario ha ganado poderes capitales.

Los principios constitucionales son parámetros de interpretación obligado para los jueces ordinarios. Las normas legales y la interpretación que de ellas realicen los jueces del orden común deben guardar total conformidad con los principios del Derecho de la Constitución. Si existen precedentes o jurisprudencia de la Sala, el juez debe considerarlos también en su interpretación, en virtud de lo dispuesto por el art. 13 LJC.

En conclusión, el juez ordinario puede y debe por propia autoridad interpretar y aplicar el Derecho de la Constitución y atribuirle a las normas legales o reglamentarias, cuando sea posible, una interpretación conforme con

17 *Sentencia de la Sala Constitucional número 3038-96. En idéntico sentido Sentencias de la Sala Constitucional números 3036-96 y 3035-96.*

la Constitución y el sentido que le atribuye la Sala Constitucional mediante la jurisprudencia. Resta saber, si el juez del orden común puede desaplicar una norma legal o una ley, y si esto es posible, en que casos puede hacerlo.

> *b- "Sin embargo, al hacerlo no pueden desaplicar, por su propia autoridad, leyes u otras normas que consideren inconstitucionales, en cuyo caso deberían formular ante la Sala la correspondiente consulta judicial de constitucionalidad, en la forma prevista por los artículos 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 8 inciso 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:…Lo anterior, salvo que existan precedentes o jurisprudencia de esta Sala Constitucional, los cuales si deberían acatar, incluso cuando para hacerlo deban desaplicar leyes y otras normas que resulten incompatibles con ellos …Está claro que el juez del orden común ostenta esa facultad, siempre y cuando los precedentes y la jurisprudencia constitucionales permitan el encuadramiento del nuevo caso subjudice, pues tal es el propósito de la norma contenida en el artículo 8.1 párrafo final de la Ley Orgánica del Poder Judicial."* [18]

Si el juez ordinario realiza un juicio de constitucionalidad sobre normas legales o leyes, puede, como ya nos consta, interpretar y aplicar la Constitución si el juicio de constitucionalidad es positivo; o, interpretarla conforme si el juicio es negativo, pero la norma ofrece la oportunidad de conservarla.

Ahora bien, si el juez se encuentra frente a un resultado negativo sobre la constitucionalidad de la norma o leyes a aplicar, pero en este caso, no cabe la posibilidad de salvar la norma mediante una interpretación conforme con la Constitución. El juez que se encuentre en esta hipótesis tiene dos posibilidades: **1)** la desaplica o inaplica, en el supuesto de que existan precedentes o jurisprudencia de la Sala sobre el particular y de que el caso (o norma) se subsuma en la norma jurisprudencial. Sólo que aquí, como lo pone de manifiesto CASTRO LORÍA, ya no sería por propia autoridad,[19] sino una consecuencia de la autoridad de la Sala Constitucional, toda vez que le corresponde al juez ordinario aplicar de forma obligatoria la jurisprudencia y precedentes del intérprete de la Constitución. **2)** Consultar a la Sala, dado que sobre el particular no existen precedentes ni jurisprudencia constitucional. El juez común no tiene potestad para desaplicar por propia autoridad como si sucede en los sistemas difusos de control de constitucionalidad.

El juez del orden común tiene una atribución de competencias para desaplicar las leyes limitada a los precedentes y jurisprudencia de la Sala. Si no existen precedentes o jurisprudencia constitucional, el juez ordinario se vería en la obligación de consultar aunque la inconstitucionalidad de la ley o norma legal sea evidente y manifiesta. En nuestro sistema concentrado, la Sala es la competente para anular y expulsar del ordenamiento jurídico, cualquier ley o norma que considere inconstitucional.

La aplicación de la Constitución por el juez ordinario (sin necesidad de desarrollo legislativo) es una prueba más de su eficacia directa, y de su supremacía jurídica. La inaplicación garantiza la eficacia de la norma superior (constitucional) pero no resuelve el problema de la validez de la norma inferior (anulación); esa sanción está reservada en los sistemas concentrados a los tribunales constitucionales. Los jueces que inaplican realizan funciones similares a que cumplen los jueces en los sistemas difusos. La sentencia del juez común sólo tiene efectos ínter partes y sólo afecta la eficacia del acto, sin producir cosa juzgada material, quedando sujeta a revisión constitucional.

Todo juez debe realizar un enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de la norma que va aplicar o interpretar. El resultado puede ser positivo, en cuyo caso seguirá adelante con su tarea enjuiciadora; o tiene dudas sobre su constitucionalidad, en cuyo caso realiza la consulta de constitucionalidad o finalmente, su juicio es negativo, la norma es inconstitucional, en cuyo caso inaplica la norma o la interpreta de manera que sea conforme con los principios, normas y valores constitucionales y en aplicación y eficacia del principio de regularidad jurídica.

Conviene señalar que la Sala, respecto de la potestad de desaplicar normas del ordenamiento jurídico, realiza una distinción entre los jueces del orden común. En efecto, trata de manera distinta a los jueces de lo contencioso administrativo. Sustenta su razonamiento en que los jueces de lo contencioso son los llamados constitucionalmente a velar por la legalidad de los actos de la función administrativa y por tanto, pueden declarar la nulidad y expulsar del ordenamiento jurídico administrativo cualquier acto y norma propias de esta función contrarias a las leyes. Veamos:

> *c- "…en tratándose de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y dado que ésta sí tiene competencia constitucional para conocer de la legalidad y, por ende, de la constitucionalidad de los actos y normas administrativas (artículo 49 de la Constitución Política), en este caso la prohibición de desaplicar por propia autoridad las normas constitucionales se limita a las de rango de ley formal, de manera que sí pueden- deben hacerlo con las de rango infralegal. … En consecuencia…los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son competentes para garantizar directamente los derechos y libertades fundamentales frente a las vías de hecho y, en general, a los actos o normas de la Administración; competencia que les corresponde concurrentemente con la de amparo encomendada a esta jurisdicción Constitucional y, desde luego, sin perjuicio de la supremacía de esta última y de la vinculatoriedad de su precedentes y jurisprudencia…."*[20]

> *"…los tribunales contenciosos administrativos sí pueden- deben conocer de la violación de derechos fundamentales, que lo es, por definición, del Derecho de la Constitución…"*[21]

El juez contencioso administrativo puede anular por propia autoridad, esto es, sin la necesidad de que sobre el particular existan precedentes o jurisprudencia de la Sala, los reglamentos ilegales e inconstitucionales

18 *Sentencia de la Sala Constitucional número 3038-96. En idéntico sentido ver también sentencias 3036-96 y 3035-96.*
19 *CASTRO LORÍA Juan Carlos, La aplicación directa de la Constitución por parte de la Jurisdicción ordinaria y la tutela efectiva de las situaciones jurídicas de los administrados. IVSTITIA, Nº 129, septiembre, 1997.*
20 *Sentencia de la Sala Constitucional, 3035-96, en sentido similar: 3036-96 y 3038-96 del 21 de junio de 1996.*
21 *Sentencias de la Sala Constitucional, 3035-96, en sentido similar: 3036-96 y 3038-96 del 21 de junio de 1996.*

(artículo 6.1, 8 y 11.1 LGAP, 1 CPCA, 49 CP). Es además, constituido en garante de los derechos fundamentales consagrados en el Derecho de la Constitución frente a las actuaciones materiales de la Administración no fundadas en acto administrativo eficaz: vías de hecho. Por esta vía el juez de lo contencioso, concurre con el juez constitucional en la protección de los derechos fundamentales (Amparo de legalidad).

El juez contencioso puede entonces, como cualquier juez del orden común, interpretar y aplicar el Derecho de la Constitución; interpretar las normas legales conforme con la Constitución y la doctrina de la jurisprudencia constitucional, cuando esto es posible; desaplicar o inaplicar las normas legales y leyes contrarias a los jurisprudencia de la Sala Constitucional; y, consultar a la Sala sobre la constitucionalidad de la leyes que a su juicio tienen vicios de constitucionalidad. Pero además, y esta es la diferencia con respecto de los restantes jueces del orden común, puede declarar la nulidad de los reglamentos por vicios de constitucionalidad y proteger los derechos fundamentales, por la vía del amparo de legalidad.

La inaplicación del juez ordinario afecta la eficacia y no la validez de la norma. Empero, dentro de los jueces del orden común, solo los jueces de lo contencioso afectan también la validez de las normas infralegales. El juez constitucional afecta la validez de cualquier acto o norma; además, la Sala Constitucional revisa lo resuelto por los jueces ordinarios, que no resuelven con valor de cosa juzgada material sobre estos asuntos, sólo ínter partes y solo con efectos ex nunc (salvo el juez de lo contencioso que también lo hace ex tunc dentro del ámbito de su competencia). El justiciable siempre puede acudir a la jurisdicción constitucional. La Sala resuelve sobre la validez de la norma, con efectos erga omnes, con valor de cosa juzgada material y también con efectos ex tunc.

La interpretación y aplicación del Derecho de la Constitución por el juez ordinario, es una garantía de la funcionalidad, eficacia y supremacía del Derecho de la Constitución. Asimismo, representa la garantía de coherencia, unidad y sistematicidad formal y material del ordenamiento infraconstitucional con el Derecho de la Constitución. Es por tanto, impensable, en la mayoría de los casos, la separación material de la interpretación y aplicación del ordenamiento en normas infraconstitucionales y constitucionales.

4- El caso español. La posición del juez ordinario en el orden constitucional.

En España, al igual que en Costa Rica, el Tribunal Constitucional no tiene el monopolio de enjuiciamiento, sino sólo el de rechazo de la norma inconstitucional. El Tribunal es el intérprete supremo, pero no el único de la Constitución.[22] Este papel del juez ordinario,

22 *"El Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, pero no el único, y nuestros Jueces y Tribunales están obligados a interpretarla, no solo para declarar derogadas las normas anteriores que se le opongan, o inconstitucionales las posteriores de rango infralegal que la infrinjan, sino también para solicitar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto de las Leyes posteriores, cuya constitucionalidad les parezca cuestionable o para resolver negativamente, optando por la aplicación de la Ley impugnada, las alegaciones de inconstitucionalidad que puedan hacer las partes. En uno y otro caso, el juez ordinario actúa como juez de la constitucionalidad, con entera libertad de criterio…" (El destacado es nuestro). Sentencia del TCE 4/1981, de 2 de febrero, Voto salvado del Magistrado RUBIO LLORENTE..*

es además de lógico, el acorde con el orden constitucional y con el sentido de justicia que ésta promueve. Para RUBIO LLORENTE, negar esos poderes del juez ordinario, es negarle su posición constitucional, toda vez, que en virtud de ésta, a él le corresponde determinar la norma aplicable al caso concreto.[23]

El enjuiciamiento y decisión de los jueces ordinarios, sólo tiene efectos ínter partes, para el caso concreto que se encuentra subjudice. Pudiendo, el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución corregir la interpretación y aplicación que, de la Constitución, realicen los jueces, en esta ocasión con efectos generales, erga omnes.[24]

En definitiva, en el ordenamiento jurídico español, el juez ordinario comparte con el constitucional la potestad de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes anteriores o posteriores a la Constitución. El juez constitucional es el intérprete supremo, pero no el único de la Constitución. La norma suprema vincula tanto a particulares, como a los poderes públicos, incluido por ende, también a los jueces del Poder Judicial (art. 9.1 CE y 5 LOPJE). Respecto de las normas preconstitucionales, cuando el juez del orden común tiene certeza de que la norma es contraria a la Constitución (porque está derogada o por inconstitucionalidad sobrevenida), puede inaplicar la ley o norma legal al caso concreto. Respecto de las normas legales posconstitucionales, si el juez tiene dudas formulará la cuestión de inconstitucionalidad (art. 5 LOPJ). Si por el contrario tiene certeza de la inconstitucionalidad de la norma, podrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o, si la norma puede conservarse, la interpretará conforme con la constitución (art. 5.3 LOPJE). Todos los jueces ordinarios tiene la potestad para interpretar y aplicar la Constitución, por tanto, inaplicarán los reglamentos contrarios a ella (art. 6 LOPJE); los que además podrán ser anulados por el juez de lo contencioso administrativo (art. 9.4 LOPJE). Los recursos de casación puede declararse con lugar por encontrar que el derecho aplicable transgrede la constitución (art. 5.4 LOPJE). El juez del orden común es garante de los derechos y libertades públicas contenidas en el capítulo segundo del título primero de la Constitución (art. 7 LOPJE) y en todo caso, los jueces ordinarios a la hora de interpretar y aplicar la Constitución deberán considerar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, el papel del juez ordinario español no termina aquí. En efecto, la Constitución también le asigna al juez común, en particular al juez de lo contencioso administrativo, una posición relevante respecto de ciertas normas con rango o valor de ley. En efecto, el juez de lo contencioso administrativo, también pueda controlar la ultra vires en el ejercicio de la delegación legislativa, en concreto respecto de los decretos legislativos, de conformidad con

23 *"La determinación de cual sea la norma aplicable al caso controvertido, es decir, la norma vigente…, es facultad propia de los Jueces y Tribunales que integran el poder judicial, …Son también los Jueces y Magistrados que integran el Poder Judicial quienes, al determinar cuál sea la norma aplicable, han de hacer uso del principio de jerarquía, negando, en consecuencia, aplicación a aquellos preceptos contradictorios con otros … la única limitación que la Constitución impone en este punto a la competencia del Juez Ordinario es la que, contenida en el art. 163, se refiere a la Ley." Sentencia del TCE 4/1981, de 2 de febrero. Voto salvado del Magistrado RUBIO LLORENTE.*

24 *"No carece, sin embargo, el Tribunal Constitucional de facultades para rectificar, si ello fuera necesario, la interpretación defectuosa que los órganos del Poder Judicial pudieran hacer de la Constitución." Sentencia del TCE 4/1981, de 2 de febrero. Voto salvado del Magistrado RUBIO LLORENTE.*

lo dispuesto en el art. 82.6 de la Constitución y art. 9.4 LOPJE. Por otro lado, puede controlar la conformidad de las leyes autonómicas con las leyes marco que establece la Constitución en el artículo 150 CE. En ambos supuestos, el juez ordinario se impone sobre normas de rango o valor de ley, haciendo respetar con ello, la normativa, los principios de organización y los contenidos inmanentes a la Constitución.[25]

En todos los supuestos en que el juez ordinario realiza contralor de constitucionalidad o interpreta y aplica la constitución, lo resuelto tiene efectos ínter partes y ex nunc. El Tribunal constitucional puede conocer de lo resuelto y corregir la interpretación y aplicación defectuosa, esta vez con efectos erga omnes y también ex tunc.

Es evidente, que ninguno de los sistemas –ni el costarricense ni el español– son sistemas concentrados puros, ambos tienen elementos propios de los sistemas mixtos, los jueces ordinarios actúan como jueces de la Constitución, con las limitaciones que cada ordenamiento reconoce. Sus resoluciones tienen, en cuanto proceden, los mismos efectos que en un sistema difuso. Mientras que el Tribunal Constitucional (Sala constitucional en el caso de Costa Rica) conserva el monopolio de expulsar la norma legal del orden jurídico, con efectos generales.

En todo caso, nos parece que el juez ordinario, con el tiempo, se le irán reconociendo mayores competencias y un papel más activo en el control de la constitucionalidad y en la protección de los derechos fundamentales. Ese creciente papel vendrá de la mano de una cada vez mayor sensibilidad del juez ordinario por los valores, derechos y principios constitucionales, a partir del desarrollo jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales. Como apunta PACE entre más penetran los valores, principios y derechos constitucionales en la mentalidad del juez ordinario, paralelamente, en ese mismo grado, se incrementan sus poderes y el sistema se perfecciona[26].

Los sistemas concentrados no son los idóneos para salvaguardar la Constitución y los derechos fundamentales. Los Tribunales constitucionales tienden, por un lado, a estar saturados de casos, o, a no proteger los derechos fundamentales por el mínimo de casos que reciben, y por otro, tienden a dividir la justicia en ordinaria y constitucional, en compartimentos estancos, contrario a la naturaleza del orden jurídico y al sentido material que le es inmanente, especialmente, debido a la unidad que al orden jurídico le dan los valores, principios y derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, como base y cúspide del orden jurídico. El Derecho de la Constitución lo debe aplicar el juez ordinario

25 *SORIANO José Eugenio, Los Poderes del juez, la ley y la reforma del contencioso (a propósito de las competencias de las Salas de los Tribunales superiores de justicia); Revista Administración Pública, número 124, enero-abril, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, páginas 65-93.*

26 *"Cuanto más penetran los valores constitucionales en la cultura individual de los Jueces, tanto más la tutela de los derechos constitucionales se hace difusa en cualquier nivel de la jurisdicción" PACE Alejandro, Derechos Fundamentales y Jurisdicción Ordinaria en Italia; La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales, Madrid, CIVITAS, 1991. P .95.*

y controlar el constitucional. Lo idóneo, nos parece, es el sistema mixto[27].

Es una revolución provocada por los derechos fundamentales y por los valores y principios que los informan. Mediante una jurisprudencia ordinaria a partir de principios, los jueces del orden común pueden interpretar el ordenamiento ordinario a la luz de la Constitución, armonizando su contenido y sentido con los valores, fines, garantías, derechos y principios constitucionales; puede, con fundamento en principios constitucionales inaplicar o desaplicar leyes y reglamentos, o declararlos nulos (en el caso del juez contencioso); además, puede reconocer o derivar derechos subjetivos a partir de los principios y en todo caso, garantizar los existentes; integrar el orden jurídico; limitar el ejercicio de los poderes públicos, cuando con ello se atente contra el contenido esencial de los derechos fundamentales. En definitiva, el juez del orden común ha ganado responsabilidades capitales, que debe atender con herramientas metodológicas nuevas. El juez ordinario debe acercarse a la ley con una actitud y mentalidad distinta, a la que le ha caracterizado por siglos. Ya no está sujeto a ella de la misma forma que antaño. Ya no es (si acaso alguna vez lo fue) la boca que pronuncia la ley. Su nuevo papel (en realidad el de siempre, o al menos el que nunca debió abandonar) es el de ensanchar el contenido del orden jurídico, dibujar sus contornos y desarrollar su estructura, sobre la base de una jurisprudencia a partir de principios jurídicos. La sustancia ha ganado sobre la forma (sin que ésta pierda relevancia), para garantizarlo, el juez ve incrementados sus poderes creadores, su discrecionalidad, pero también su responsabilidad, objetividad y apego al Derecho. La jurisprudencia debe ser fiel testimonio de este cambio y eso es válido, tanto para el caso español como para el costarricense.

5- El papel del juez ordinario a la luz del Derecho Comunitario.

Esta es una hipótesis, que todavía para el caso costarricense no revista la misma profundidad y extensión que si tiene en el caso español. La razón es simple, existe un escaso desarrollo del Derecho comunitario centroamericano. Costa Rica se encuentra inmersa dentro del Sistema de Integración Centroamericana (SICA), aprobó la normativa comunitaria, pero ha sido contundente y consistente en rechazar la jurisdicción de la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ), órgano equivalente al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que se encarga de uniformar la interpretación y aplicación del Derecho Comunitario europeo. Desde esa perspectiva, los jueces costarricenses están obligados a aplicar prioritariamente el Derecho Comunitario centroamericano, aunque sus

27 *No habría aquí, como se comprende, división material posible entre Constitución y legalidad ordinaria, en cuanto que ésta, como los tribunales que la aplican, tiene que impregnarse toda ella de los valores constitucionales, y en concreto de los derechos fundamentales. Por ello, la intervención del Tribunal Constitucional sería forzosa cuando esa legalidad y esa actuación judicial ordinarias no reflejasen esos valores y mucho más si los hiciesen obstáculos; aclarado lo cual, e impuesto con la primacía de su posición el nuevo criterio como un criterio efectivo en la actuación posterior judicial, el Tribunal Constitucional no tendría por qué perder tiempo en insistir de nuevo en casos idénticos; precisamente, porque no puede ni debe haber asignación material de espacios separados entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, el Tribunal constitucional deberá dejar ese campo ya aclarado constitucionalmente y buscar otros en que tal aclaración resulte necesaria u oportuna; la lucha por la justicia, y en concreto en el ámbito de los derechos fundamentales, es infinita y no concluye nunca." GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, Reflexiones sobre la ley y los principios Generales del Derecho, p. 158-159.*

fallos no encuentren revisión en la instancia judicial creada para garantizar la supremacía del Derecho Comunitario.

En relación con el papel del juez del orden común como garante del Derecho Comunitario europeo y con fundamento en los principios del efecto directo y de la supremacía del Derecho Comunitario sobre el estatal, el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas estableció, desde hace más de treinta años, en el caso Simmenthal lo siguiente:

> *"El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de esas normas, dejando inaplicada, si fuera necesario, y por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que sea necesario solicitar o esperar la eliminación previa de esta última, por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional."*[28]

En ejecución de esta jurisprudencia comunitaria, el Tribunal Constitucional español, reconoció en la sentencia 28/1991 de 14 de febrero, que el juicio que se realiza sobre la conformidad de la legislación española con al Derecho Comunitario no es de constitucionalidad, por tanto, no corresponde a ese Tribunal resolver la cuestión, sino al juez ordinario. En vista del principio de supremacía del Derecho comunitario, del principio de efecto directo y del principio pro communitate, el juez ordinario tiene potestad para la inaplicación de la ley que surja con posterioridad a la publicación del Derecho comunitario y que sea contraria a éste. El Tribunal considera que no toda violación al Derecho comunitario comporta una violación de la Constitución, lo que significa que el Derecho comunitario no forma parte del bloque de constitucionalidad, al menos en su totalidad, ni en todos los supuestos, por tratarse de un problema de determinación de la norma aplicable al caso concreto, el juez ordinario es el llamado al control de la regularidad jurídica existente entre el ordenamiento jurídico español y el comunitario. Asimismo, los derechos que se deriven del Derecho comunitario y que no encuentren cobertura en los reconocidos en la Constitución, serán protegidos por las vías ordinarias y no por el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo.

El juez ordinario español tiene las siguientes potestades derivadas de la superioridad del Derecho comunitario sobre el nacional, y de los demás principios que lo informan: **1)** La potestad para interpretar y aplicar el Derecho comunitario, dando interpretación a las normas nacionales de conformidad con los principios de aquel, siempre que con ello, se respete la primacía y se garantice la eficacia del Derecho comunitario. El juez ordinario se levanta como el garante de la supremacía del Derecho comunitario y de su eficacia directa. **2)** En el supuesto, de que se encuentre ante una norma legal posterior a la publicación del Derecho comunitario aplicable, contraria a éste, el juez debe inaplicar al caso concreto las normas del ordenamiento estatal. Esa inaplicación tiene eficacia inter partes, y efectos ex nunc, por tanto, carece de efecto general, y sólo recae sobre la eficacia de la norma legal, no sobre su validez y vigencia. Será, en primer lugar el Estado, quién en cumplimiento de sus obligaciones comunitarias deberá eliminar del

28 *Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de marzo de 1978, caso Administration de finances de l`Etat c. Simmenthal.*

orden jurídico la norma contraria al Derecho Comunitario. **3)** El Tribunal de Justicia podrá conocer con posterioridad de lo resuelto, y declarar la inconformidad con efectos erga omnes en el seno de la comunidad. En esto se revela la superioridad del juez comunitario y de sus sentencias sobre el juez y las sentencias de cualquier juez nacional. **4)** En la hipótesis de que se trate de una norma anterior a la publicación de la norma comunitaria, el juez tiene competencia para declarar la derogatoria de aquella. En efecto, la norma legal quedaría derogada con el nacimiento de la norma comunitaria, en virtud del principio de que norma superior deroga la anterior de igual o inferior rango. **5)** Si el juez, tiene duda sobre la contrariedad, debe formular la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas[29].

Es fácil deducir los amplios poderes (creadores) que el Derecho comunitario concede al juez del orden común. Por un lado, incorpora todos los principios del Derecho comunitario que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha reconocido; y por otro, puede identificar nuevos principios en el ordenamiento jurídico comunitario, susceptibles de ser confirmados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; y finalmente, le pone límite al ordenamiento y poderes públicos internos a la luz de aquellos principios.

6- Sobre el papel del juez interno a la luz del Derecho internacional.

No nos vamos a referir aquí al Derecho internacional General, sino específicamente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y del valor en el Derecho interno de las sentencias e interpretaciones que del DIDH realizan los respectivos Tribunal Internacionales, la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respectivamente.

a- El caso de Costa Rica.

Se ha aceptado de forma pacífica la jurisprudencia de la Sala Constitucional, que con fundamento en lo dispuesto por el artículo 48 CP, ha sostenido que todo instrumento de derecho internacional, esto es, no los tratados ratificados por Costa Rica, sino también cualquier declaración sobre derechos humanos de ámbito multilateral o conforme con la costumbre internacional, tiene igual valor que la Constitución. Pero, en la medida en que conceda mayores derechos y garantías al ser humano, prevalece sobre la Constitución. Por tanto, el Derecho internacional de los derechos humanos tiene aplicación inmediata y directa en Costa Rica, con rango igual o superior a la Constitución, según el caso.

"En tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derecho Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores

29 *Sobre el particular puede consultarse el trabajo de ALONSO GARCÏA María Consuelo. La facultad del juez ordinario de inaplicar la ley interna posterior contraria al Derecho comunitario; en Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Constitucionales, # 138, septiembre-diciembre, 1995, Madrid, páginas 203-223.*

derechos o garantías a las personas, privan por sobre la Constitución"[30]

Este reconocimiento que nuestra jurisprudencia constitucional hace del Derecho Internacional de los derechos humanos, tiene su fundamento; en primer lugar, en la convicción, de que en materia de derechos humanos no hay separación posible entre Derecho internacional y Derecho interno, nosotros preferimos hablar del Derecho de los derechos humanos, a secas. No puede haber separación, porque se incurriría en los mismos errores, que si pretende separar el Derecho constitucional del Derecho ordinario. En segundo término, y en relación estrecha con el primero, uno de los principios fundamentales que informan el Derecho de los derechos humanos, es el principio pro homine. Eso significa, que la jerarquía de las normas que regulan los derechos humanos no están determinadas por aspectos formales sino sustanciales. La norma superior es aquella que más proteja al ser humano, y como lo ha reconocido la Sala Constitucional, para esto es irrelevante si la norma es legal, reglamentaria, internacional o constitucional.

Queda por ver qué valor tienen en Costa Rica las sentencias y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como Tribunal internacional regional, en materia de derechos humanos, en tanto, es el órgano encargado de controlar la conformidad del actuar de los Estados Americanos a la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica y en general al DIDH; y en su caso, declarar las violaciones y exigir a los Estados partes la reparaciones a los derechos conculcados, a la luz de esa Convención y del DIDH.

La Sala Constitucional ha reconocido, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana, tiene el mismo valor de la norma que interpreta y aplica:

> *"Debe advertirse que la Corte Interamericana de Derecho Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derecho Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar las leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio- el mismo valor de la norma interpretada."*[31]

Este reconocimiento es posible, gracias a la comprensión de un Derecho de los Derechos humanos indivisible, de aplicación inmediata y directa en Costa Rica, y del reconocimiento de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en tanto realiza interpretación de la Convención es el órgano natural, por tanto, sus sentencias y resoluciones, tienen el mismo valor que la norma que interpreta y aplica, independientemente de si se dictan en ejercicio de la función contenciosa o consultiva. Se infiere, entonces, que sus fallos tienen un valor igual o superior a la Constitución, en tanto que teniendo el mismo valor de la norma que interpretan o aplican, rige lo ya señalado respecto del valor del Derecho Internacional de los Derechos humanos. Sin embargo, en el eventual supuesto de que se diera una jurisprudencia conservadora, timorata o restrictiva de la CIDH, rige la norma y jurisprudencia más favorable a la protección y garantía de los derechos humanos de las personas, ya se trata de jurisprudencia de la Sala Constitucional o de los tribunales y jueces del orden común.

30 *Sentencia de la Sala Constitucional número 6830-98, y en sentido similar: 1319-97, 2313-95 y 3435-92.*
31 *Sentencia de la Sala Constitucional número 2313-95.*

Si se reconoce un valor constitucional o supraconstitucional al DIDH y la aplicación inmediata y directa de los valores, fines, derechos, garantías y principios por él contenidos, o en su caso, desarrollada y reconocida por la Corte Interamericana, obviamente, este Derecho y la jurisprudencia que lo desarrolla, puede y debe ser aplicados por los jueces del orden común. Es más, la Sala ha entendido que esta es una forma, mediante la cual Costa Rica cumple con las obligaciones derivadas de aquellos instrumentos y una manera eficaz de hacerlos efectivos.

"Una de las maneras de hacer cumplir la Convención Americana de Derechos Humanos, aparte de la actividad legislativa, es la emisión de fallos judiciales, que integrando la Constitución, el Derecho Internacional y la Legislación interna, produzcan el mismo efecto que la promulgación de una norma de carácter legislativo (ley o Decreto Ejecutivo) previsto por la Convención. De manera que, aún ante la ausencia de una norma específica, la jurisprudencia, en tanto derecho judicial, puede otorgar plena protección al individuo en sus derechos"[32]

Después de esta exposición, sobre el papel del juez interno, constitucional u ordinario, respecto del Derecho internacional de los derechos humanos, es imaginable, el ámbito material de contenidos que tiene a su disposición, tanto el juez constitucional como el juez ordinario. Implica incorporar a su jurisprudencia los valores, principios, fines, derechos, garantías, límites, obligaciones, etc., propios del Derecho internacional o del Derecho de los derechos humanos a secas, y con ello, las reglas o principios metodológicos o de razonamiento, propias de estos sistemas jurídicos, de uso común por los jueces internacionales de derechos humanos, en tanto, con esas herramientas metodológicas se garanticen mejor los derechos humanos fundamentales de las personas.

b- El caso español.

En el Derecho español la situación no difiere de la costarricense. En virtud del artículo 96 CE, *"Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno…",* por tanto, son de aplicación obligada para los jueces y autoridades públicas (art. 9 y 117.1 CE), sin necesidad de norma que los desarrolle.

En este sentido, el Convenio Europeo para la salvaguarda de los derechos humanos tiene una eficacia inmediata y directa en el ordenamiento jurídico español. En igual sentido, aunque algunos duden de ello[33], la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es vinculante para los jueces (constitucionales y ordinarios) españoles, en virtud de que de acuerdo con el Convenio (art.

32 *Sentencia de la Sala Constitucional número 6982-94.*
33 *"Es difícil determinar el valor que tienen en la interpretación constitucional las resoluciones de los órganos encargados de interpretar y aplicar los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos a los que se refiere el artículo 10.2 CE. En principio lo que debe condicionar la interpretación son los instrumentos y no sus interpretaciones oficiales, las cuales no tienen mayor valor que la interpretación que de los mismos textos pueda hacer el Tribunal Constitucional. Quién tiene autoridad para interpretar la Constitución completándola con instrumentos internacionales sobre derechos humanos es también quién tiene la competencia para interpretar dichos instrumentos par que sirvan de complemento hermenéutico" RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑÍZ Joaquín. Principios, fines y derechos fundamentales; DYKINSON, Madrid, 2000, p. 191.*

45), el TEDH es el órgano competente para interpretarlo, de manera que su interpretación vendría a ser necesariamente considerada a la hora de interpretar la Constitución y el Derecho interno de conformidad con lo dispuesto por el 10.2 de la Constitución. Esta parece ser la tesis mayoritaria.

Entendemos, que cuando el art. 96 CE establece que la norma relativa a los derechos fundamentales (del derecho interno) se interpretará "conforme", significa que se ajustarán al contenido y garantías de aquellas normas y por tanto a su interpretación. Hay aquí un reconocimiento de superioridad del DIDH. No son pocas las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en las que se aplican estos Convenios, Tratados y la Declaración Universal de Derechos Humanos, o se hace mención y también se acoge, lo resuelto por el TEDH.

IV)- Papel creador del juez derivado de la interpretación a partir de principios del ordenamiento jurídico.

Acudimos a la maduración de una corriente de pensamiento jurídico, en virtud de la cual se abre paso una nueva concepción del método y del objeto de estudio del Derecho. Por consiguiente, el objeto de estudio del Derecho no es más un sistema cerrado de normas con pretensión de autosuficiencia, sino más bien, lo que ese orden normativo contiene, lo que en apariencia ese orden jurídico no expresa pero que está allí, esperando ser descubierto, con "herramientas" metodológicas cada vez más depuradas. El juez ya no es un ser inanimado frente a la norma, sino el develador de su riqueza. La búsqueda de la verdad científica (adecuación de la idea a la cosa), ha llevado a la interpretación jurídica a superar los viejos moldes del formalismo, del positivismo y del literalismo, para residenciarse en reglas sustantivas tendientes a conocer el contenido del Derecho, como bien lo decía ESSER hay una gran diferencia entre una interpretación jurídica y la comprensión filológica de un texto.[34] Sin duda, todo este cambio ha generado una transformación en los poderes del juez, principal intérprete del Derecho, pero también mayor conciencia y depuración de sus límites y del control consiguiente.

La interpretación a partir de principios, es un método o regla del método jurídico que le permite al juez descubrir o conocer un aspecto del objeto de análisis (ordenamiento jurídico), en aras de alcanzar mayores grados de justicia sin atentar contra la seguridad jurídica.[35] Nos consta, que el Derecho alberga en su seno una serie de contenidos materiales, de entre los cuales destacan los principios o relaciones objetivas. Tanto los principios en si mismos considerados como el método o regla para conocerlos no son nada precisos, por lo que revierte en una amplia discrecionalidad judicial, que le permite al juez una actividad creadora en la identificación de los principios, en la determinación de su contenido, en la valoración sobre su pertinencia, en su

34 *Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho, CIVITAS, segunda edición, Madrid. P. 24-25.*

35 *Sobre los principios jurídicos y la interpretación a partir de principios, pueden consultarse mis apuntes en: NAVARRO FALLAS Román; Los principios jurídicos y la interpretación a partir de principios en el Derecho Público, en Principios Constitucionales, Investigaciones Jurídicas, San José, 2008. De hecho, este trabajo podría entenderse como continuación o complemento del que aquí se cita.*

utilización para colmar las lagunas del ordenamiento o atribuir sentido a las normas y figuras jurídicas existentes, o en el momento de armonizar, ponderar y jerarquizar principios (lo mismo puede decirse respecto de los fines, valores, etc.). La escogencia misma de la interpretación principialista supone una elección que también debería de justificar.

La utilización por el juez, de los poderes puestos a su disposición, para una labor creadora, tiene por objetivo el fortalecimiento del Estado Constitucional de Derecho en las sociedades democráticas. Garantizar la vinculación de todos y en particular del poder, al Derecho, contribuir a la superación de la forma en beneficio del espíritu de la norma y eliminar barreras formales que los principios no siempre suelen respetar, como las divisiones entre derecho interno e internacional, la jerarquía formal de fuentes o el fraccionamiento del Derecho en ramas, ordenamientos o sistemas jurídicos. No estamos negando la existencia de diferencias jurídicas entre ordenamientos, fuentes o sistemas normativos, esas particularidades tienen vida jurídica precisamente porque responden a una estructura de principios propia; no, en su lugar estamos afirmando que todas tienen un tronco, una armazón común, una rica sabia que los alimenta, una impronta que nos permite encontrar una comunión íntima, una unidad de sentido, que supera, en mucho, todos los vínculos u obstáculos formales.

1- La creación judicial en la identificación de principios.

El juez puede identificar los principios en las convicciones jurídicas de la sociedad o en el ordenamiento jurídico vigente. El primer supuesto sólo es válido en aquellos casos en que no existen normas que, al menos tangencialmente, le sean aplicables. En este caso, la costumbre es la fuente primaria y material de los principios. Así nació el Derecho Civil y el Derecho Internacional y se ha desarrollado el Derecho Anglosajón. En la segunda hipótesis, el juez se encuentra con un ordenamiento jurídico ya existente, independientemente de si éste regula adecuadamente los hechos sometidos a su conocimiento (deficiencia de la regulación), en este caso, el juez identifica a partir de lo existente, los principios aplicables a esa realidad. Así, es como ha surgido la estructura de principios del Derecho Administrativo, del Agrario, del Mercantil, del de Familia, del Derecho Laboral, sobre la base del Derecho Civil existente. Todas estas ramas del ordenamiento y del conocimiento jurídico tienen hoy principios propios, pero tienen un tronco común: el Derecho civil y sus principios, que les sirve para integrarlo e interpretarlo supletoriamente. La mayoría de las figuras jurídicas del Derecho civil han sido instrumentalizadas, dotándolas de sentido propio y enmarcándolas dentro de una teoría unitaria, edificada sobre una estructura de principios propia, que responde a un objeto específico y delimitado.

En la actualidad, con la irrupción del valor normativo de la Constitución y la supremacía del Derecho de los derechos humanos, y con la incorporación de los Estados en organizaciones supranacionales, cuyo ordenamiento los vinculan (Derecho comunitario), asistimos a una reinterpretación de los institutos, figuras y normas de cada una de esas ramas del ordenamiento y del conocimiento jurídico. Es el Derecho de la Constitución y en particular el derecho de los derechos humanos (también del Derecho Comunitario, más en Europa que entre nosotros), un nuevo tronco común, que con su amplio contenido material, invade todo el sistema, dotándolo de un nuevo sentido.

Así como otrora el juez participó identificando aquellos principios arquitecturales de cada uno de estos Derechos, hoy, participa en su reinterpretación, sin dejar de lado la inacabable tarea de descubrir las relaciones objetivas (principios) que informan el orden jurídico vigente y que el cambiar de los tiempos, las nuevas realidades que se enfrentan, los nuevos conflictos que a la luz de esas realidades surgen, ayudan a poner aquellos principios a la vista de sus descubridores.

Por consiguiente, podemos afirmar que la jurisprudencia es una fuente de principios, en la medida que los juridifica, cuando éstos son recogidos de la costumbre, de las convicciones jurídicas de la comunidad; o bien, cuando los descubre y declara como contenido fundamental del ordenamiento jurídico. El poder del juez está en identificarlos, descubrirlos, declararlos (juridificarlos cuando no lo están), y darles aplicación jurídica, eficacia, esto es: "vida de entre los muertos".

Es la utilización creativa, por el juez, de sus poderes, lo que determina la eternidad de su obra y su mayor contribución social y jurídica. Como bien apunta GARCIA DE ENTERRIA, el éxito de los romanistas estuvo en que no depositaron su esperanza en un orden positivo perfecto (es imposible que lo haya), sino en que supieron extraer los principios rectores del Derecho[36].

2- Los poderes del juez en la valoración sobre la pertinencia del principio.

La valoración que realizan los jueces sobre la pertinencia, el mayor peso o importancia de un principio respecto de otros en la interpretación y aplicación al caso concreto, es una tarea que revela la discrecionalidad y la creatividad judicial en el ejercicio de los poderes puestos por el Derecho a su disposición. En efecto, el juez escoge, elige, valora entre una gama de principios, cual es el más pertinente al caso concreto. Esta tarea supone una discrecionalidad judicial amplia, aunque vinculada al razonamiento jurídico, al contenido del ordenamiento y a las reglas de la interpretación.

3- Los poderes creadores del juez en la integración del Derecho por medio de principios jurídicos.

Frente a las lagunas (ausencia de norma escrita) el juez no puede abstenerse porque el Derecho, lo obliga, en salvaguarda del interés público de que se haga justicia pronta y cumplida. Por consiguiente, el juez puede ejercer los poderes de que le dota el ordenamiento para subsanar el vacío mediante la interpretación a partir de principios, lo que supone la utilización de principios ya existentes o bien, identificar o descubrir aquellos aplicables al caso, dentro del ordenamiento jurídico.

36 *"La superioridad del Derecho Romano sobre otros sistemas jurídicos históricos anteriores o posteriores estuvo justamente, no ya en la mayor perfección de sus leyes (acaso las de Licurgo, o las de cualquier otro de los grandes legisladores mitificados, fuesen superiores), sino en que sus juristas fueron los primeros que se adentraron en una jurisprudencia según principios, la cual ha acreditado su fecundidad, e incluso, paradójicamente, su perennidad, y hasta su superior certeza frente a cualquier código perfecto y cerrado de todos los que la historia nos presenta." GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo; Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho, op. cit. p. 34-35.*

Los principios que el juez descubra con la finalidad de colmar lagunas del ordenamiento tienen, en el Derecho costarricense, al menos el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan o en su defecto, tendrán rango de ley y prevalecerán sobre las normas escritas de grado inferior.[37]

Frente a la laguna, los jueces disponen del plexo de valores, fines, derechos, principios, garantías, etc., contenidos en la Constitución, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico infraconstitucional. El principio que identifique y aplique tendrá el rango de la norma que interpreta, integra o delimita (art. 7 LGAP y 5 LOPJ).

En el supuesto, cada vez más escaso, de que no sea posible extraer un principio pertinente para el caso del ordenamiento existente, siendo necesario para el juez recurrir a la costumbre y a las convicciones jurídicas de la sociedad, el principio (extrasistemático) sólo será válido si guarda conexión con los principios sistemáticos. Cosa distinta, son aquellos supuestos en que el Juez recurre para colmar lagunas a los principios o reglas unívocos de otras ciencias o técnicas; en cuyo caso, el juez debe respetarlos, aunque se trate de elementos extrajurídicos, que no guardan ninguna relación con los jurídicos, pero que resultan juridificados para ejercer control de legalidad sobre aquellos actos jurídicos que los suponen.

4- El reconocimiento de derechos a partir de principios.

Una de las manifestaciones más claras de los poderes del juez constitucional, que nada impide que la realice el juez ordinario, es el reconocimiento de derechos fundamentales a partir de principios jurídico constitucionales o del Derecho de la Constitución (incluye los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos). Ahora bien, esta labor creadora es posible a partir de cualquier principio (constitucional o no). Por esta vía, es posible reconocer una amplia gama de derechos subjetivos a los administrados.

Los principios tienen una área jurídica de protección o ámbito de influencia. Ese espacio no es otra cosa que un amplio margen de libertad en favor de las personas, donde se encuentra el contenido esencial de los derechos (zona intocable por los poderes públicos) y aquella otra zona susceptible de limitación, pero que también encuentra protección por aquellos otros principios que informan las limitaciones el límite de los límites a los derechos, tales como los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Pues bien, en este amplio espacio de libertad protegido, es posible identificar una serie de derechos subjetivos (fundamentales o no), tendientes todos a la satisfacción de necesidades de las personas o de valores contenidos en el principio. No nos olvidemos

37 *En este sentido el párrafo segundo del artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica, establece: "Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley." El artículo 7 de la Ley general de la Administración Pública además agrega: "Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior".*

que todos los principios son garantías de derechos y nos atrevemos a decir, también fuentes de derechos subjetivos. En esta tarea se revelan los amplios poderes del juez, que el ordenamiento ha puesto en su mano, para la mejor protección de las personas, frente a las constantes injerencias del poder y también, frente a cambios sociales que ponen de manifiesto la necesidad del reconocimiento de ciertos derechos que en el pasado eran impensables (en realidad creo que así surgieron todos los derechos, piénsese en el derecho de propiedad, los derechos de participación, los derechos de la mujeres, los derechos a la información y a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, etc).

En el plano constitucional, el principal ejemplo lo encontramos en la Suprema Corte de los Estados Unidos. A lo largo de su historia, la Suprema Corte ha ido creando nuevos derechos e incorporándolos al Bill of Rights, mediante una interpretación basada en principios, en particular, con fundamento en los principios de igual protección (Enmienda XIV) y del debido proceso legal (Enmiendas V y XIV). La exigencia de respetar la garantía del debido proceso, pasó, gracias a la jurisprudencia de la Suprema Corte, de tener un sentido procesal adjetivo, formal, a tener un sentido material y sustantivo. El principio del debido proceso legal sustantivo se le conoce también como el principio de razonabilidad, en virtud del cual, las leyes deben guardar conformidad con los valores y principios constitucionales.

Como contenido del principio del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, la Suprema Corte norteamericana ha reconocido una serie de derechos, tales como: la libertad contractual, el derecho a la privacidad; el derecho al desarrollo de la personalidad; dentro de este, la libertad para usar anticonceptivos, el matrimonio, la inmunidad personal, la autoeutanasia y otros más discutibles y controverciales como el aborto. Asimismo, en virtud de dicho principio ha puesto límite a los poderes públicos, protegiendo los derechos y la libertad de las personas frente: "a) actuaciones gubernamentales sobre la mente (ámbito de la libertad de conciencia, formación educativa obligatoria, condicionamientos coercitivos…); b) intromisiones gubernamentales en el cuerpo; c) control gubernamental sobre el cuerpo (decisiones relativas al nacimiento, o a la muerte); d) interferencias del gobierno en la elección del plan, diseño o estilo de vida (aceptación de riesgos, preferencias sexuales, vocación, viajes, apariencias); e) control de las pistas informativas de la vida (reputación y relaciones); f) derechos de asociación, como consecuencia de los derechos de la personalidad."[38]

Por otro lado, con fundamento en el principio de igual protección la Suprema Corte revisa todas aquellas normas o leyes que restrinjan o afecten negativamente la capacidad de una clase de personas (no de todas, en cuyo caso actuaría el *due process*) para ejercer los derechos fundamentales. Con base en este principio la Suprema Corte estableció una serie de categorías sospechosas o parámetros con fundamento en los cuales examina las leyes. Así nacieron como categorías sospechosas la raza u origen étnico, extranjería, hijos ilegítimos, el sexo, entre otros.

Es cierto, a raíz de estos reconocimientos se abren polémicas en torno a la creación judicial,

38 *DÍAZ REVORIO Francisco Javier, Valores Superiores e Interpretación constitucional, Madrid, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 1997, p. 475.*

algunas veces sobre su legitimidad (que algunos pareciera pretenden encontrar en la sociedad misma y no en el ordenamiento jurídico en sí mismo considerado),[39] y en la mayoría sobre sus alcances y límites. Cada vez hay menos discusión sobre el papel creador del juez, sus poderes en este campo son inevitables y más aún, convenientes, eso sí, siempre con sustento y fundamento en el ordenamiento jurídico en general y en el texto constitucional en especial. Los principios y los valores podrán tener una gran amplitud de contenido, pero a pesar de ello no pueden ser ignorados, deben ser aplicados. La conformidad de éstos y más profundo, de su contenido (derechos reconocidos a su amparo) con el ordenamiento, no es una tarea fácil, tampoco arbitraria, es susceptible de discusión y control racional.

Los derechos reconocidos a su amparo no son por tanto, creaciones artificiales, "ases sacados de la manga" del juez, son, en la generalidad de los casos, la expresión de los espacios de libertad jurídicamente protegidos a las personas en el ámbito de influencia del principio. Es por ello, una labor y unos poderes justificados por su conformidad con el contenido sustancial del ordenamiento jurídico.

5- Poderes en la atribución de sentido o interpretación en sentido estricto, de las normas a partir de principios.

Interpretar es reconducir las normas a los principios (GARCÍA DE ENTERRÍA). El juez tiene amplios poderes para atribuir sentido a la norma jurídica a la luz de los principios aplicables. Con esta labor el juez le da un sentido coherente a todo el ordenamiento jurídico, a una rama o a una institución jurídica, delimita el área de influencia del principio y determina el contenido del principio y de todo el ordenamiento jurídico. Toda interpretación judicial de una norma implica necesariamente una conformación valorativa de ésta.[40] El proceso de interpretación debe estar dominado por los principios jurídicos.

La jurisprudencia a partir de principios es un "soplo de vida" para esos cuerpos normativos "muertos". Sólo por medio de ella es posible sujetar al poder, y a los sujetos jurídicos en general, a un Estado de Derecho en sentido material. Cobrando entonces, sentido las actuaciones de las personas físicas y jurídicas y de los poderes públicos, sometidos ahora a un plexo de valores, principios y derechos fundamentales, que le dan unidad de sentido y razón de ser al Derecho mismo. La interpretación a partir de principios elimina la

39 *"El reconocimiento del derecho a la privacy o la desegregación racial fueron decisiones que, si bien en el fondo tenían similar significado y finalidad (la imposición al legislador del contenido de valores) contaron con un mayor respaldo social, puesto que puede hablarse de un cierto consenso social en torno a que la protección de la libertad conlleva el derecho a una actividad sexual privada, o a usar métodos anticonceptivos, o que una igualdad real entre las razas implica la integración de las mismas. En cuanto al caso Roe, la polémica decisión sobre el aborto, pone de manifiesto la dificultad con que se encuentra el Tribunal cuando sobre un tema falta cierto consenso social. En realidad, las decisiones de los Tribunales constitucionales sobre el aborto suelen ser polémicas en la mayoría de los países del mundo precisamente porque falta actualmente un cierto consenso social en la materia." DÍAZ REVORIO Francisco Javier. Valores superiores e interpretación constitucional, op. cit. p. 490.*

40 *"Los principios generales, que son los únicos instrumentos disponibles para dar sentido a las instituciones y para articular éstas en el sistema general del ordenamiento. Desde esta base, hasta las últimas operaciones mentales de la interpretación, ésta está entera, y no puede no estar, dominada por los principios generales;... De allí que la interpretación sea una actividad creadora,…"GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho, Madrid, CIVITAS, 1986, p. 24.*

dictadura de las formas, sin que éstas dejen de tener relevancia jurídica, sólo que se considerarán en su debido contexto. Es la superación del leguleyismo.

El juez debe velar por la legalidad sustancial, aquella que consagra una ley válida, esto es conforme con la Constitución sus valores, principios y derechos fundamentales. El juez, como hemos visto, está obligado a acatar la constitución, por tanto a aplicarla. Por consiguiente, el juez debe interpretar el ordenamiento jurídico conforme con la Constitución, con el Derecho Comunitario y con el Derecho Internacional de los Derechos humanos. El juez tiene ahora mayores responsabilidades. Ya no guarda sujeción a cualquier ley, ésta se a debilitado frente al sistema de valores, principios y derechos del Derecho de la Constitución y del Derecho comunitario. Sólo es válida y por tanto aplicable, aquella ley que guarde conformidad con aquellos principios y contenidos, a los que el juez debe prioritaria sujeción. Toda norma legal que transgreda los contenidos constitucionales del Derecho Internacional de los derechos humanos o del Derecho comunitario, debe ser expulsada, inaplicada o interpretada conforme, según el caso.

Todo el positivismo se sustentó en el principio democrático representativo, acatar la ley que era la voluntad general. Hoy se entiende que por encima de la democracia representativa (formal) están los derechos humanos, de manera que ni aún la voluntad popular puede ir en contra de ellos. El juez es el protector de esos derechos, por tanto aún contra la mayoría y la voluntad popular. El debilitamiento de la ley se ha visto acelerado por la importancia adquirida por fuentes internacionales y por los derechos humanos fundamentales que colocan al hombre en un plano superior a las leyes. Lo que también, ha traído como consecuencia, un incremento de la actividad creadora del juez.

La interpretación a partir de principios es siempre una interpretación progresiva. En la actualidad, quién nos da muestras de la veracidad de la afirmación, es la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales. Algunos, como la Suprema Corte de los Estados Unidos, le han dado vida permanente a una constitución que ya cuenta con más de doscientos años y que nadie llamaría vieja, caduca, porque tiene respuesta a las exigencias de los tiempos, gracias a una jurisprudencia principialista de la Suprema Corte. La estructura del principio supone un contenido axiológico, cuya concepción puede verse afectada por el tiempo, lo que permitirá a su intérprete, adaptar su contenido o área de influencia de tal manera que el valor o valores en él contenidos se vean realizados. Asimismo, es progresiva, porque el descubrimiento de nuevos principios es una labor siempre inacabada. Muchos de ellos van apareciendo, conforme hechos de la realidad nunca imaginados van develando su existencia, o el ingenio humano los va descubriendo. Pueden ocurrir progresos en la interpretación, provocados a partir de los principios existentes, tanto, porque se perfecciona su contenido lo que redunda en una mayor comprensión del sistema normativo; como porque, con el tiempo, puede cambiar la relevancia de los principios existentes, lo que genera un cambio en la concepción del ordenamiento e informa la nueva creación normativa, es quizá el ejemplo de lo que ha

venido sucediendo en los últimos veinte años con el principio de eficacia.[41]

Los principios deben ser usados por el juez dentro de una construcción técnica, metódica y no como simples referencias. La racionalidad de su utilización estará determinada por la conformidad del método con el objeto interpretado, y por la adecuación de los resultados con el objeto de análisis. Si algunos de los principios no guarda una intersubjetividad (acuerdo sobre su validez entre juristas o especialistas del Derecho), al menos debe guardar concordancia con aquellos que si gozan de ese prestigio. Todos los principios deben guardar conformidad con el orden jurídico, es esta regla, la que hace posible considerarlos como objetivos y la labor del juez como interpretativa, de lo contrario, estaríamos, ante creaciones subjetivas del juez, extrajurídicas, sin legitimación alguna en el orden jurídico y sin posibilidad de ejercer sobre ellas control de objetividad. Debido a ello, la interpretación, aunque creadora es una tarea vinculada.

La interpretación a partir de principios es siempre creativa, ya se haga a partir de las normas o de la institución jurídica, como sugiere GARCÍA DE ENTERRÍA: *"La apertura de la institución hacia la vida, por su conexión rigurosa con la experiencia de un círculo determinado de problemas; la presencia en su seno de valores superiores, cuya realización plena no es nunca alcanzable; la articulación siempre móvil entre las distintas instituciones según el grado de su distinto desarrollo o los cambios parciales introducidos en el sistema, que se prolongan a todo el conjunto; la significación distinta que de un mismo y único problema puede resultar de una pluralidad de proyecciones desde otros tantos centros institucionales; la posibilidad de invención de nuevos principios por su casuística cada vez más apuradamente analizada, o por obra de la doctrina, hacen del pensamiento institucional algo necesariamente vivo y dinámico, en cuyo incesante fluir encuentra justamente su expresión la auténtica vida del Derecho. Intervenir activamente en ella es la pasión del verdadero jurista –y también su honor más seguro."*[42] Interpretar es encontrar el sentido inmanente de la norma. Sentido que se encuentra en conexión con otras normas, problemas o situaciones de la realidad que conforman una institución jurídica. Cada institución tiene su sentido propio y por ende sus principios. A su vez la institución forma parte de otra mayor o de una rama del conocimiento y ésta quizá de otra mayor. Todas ellas conectadas indisolublemente por su esencia, es decir, por los principios generales del derecho. Es esta la tarea del juez descubrirlos, interpretarlos y aplicarlos.

La interpretación a partir de principios supone la interpretación de toda norma, aun aquella cuyo tenor literal es claro y no ofrece dudas, por la sencilla razón, de que aun en esa hipótesis la norma se verá enriquecida a la luz de su interpretación con referencia al principio o principios que la informan. Por otra parte, puede que la norma no resulte conforme con los principios y que requiere una interpretación distinta a la que siempre ha recibido o se desprende de su literalidad, para que guarde coherencia con aquellos. Es evidente que han sido superados aquellos

---

41 Sobre el particular, puede consultarse la obra de ARIÑO ORTÍZ Gaspar; Principios de Derecho Público Económico, Granada, CONARES Editorial, 1999.

42 GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho, op. cit. p. 69.

principios interpretativos del positivismo, que afirmaban que donde no había duda no se debía interpretar, o aquellas que consideraban que el juez tenía que limitarse a pronunciar la ley. *"Como se ha visto, nunca un acto humano ni siquiera el más "integralmente" vinculado o predeterminado, puede sustraerse a su "necesidad (y responsabilidad) de ser libre", o sea de ser, a un tiempo, acto de voluntad y de pensamiento…"*[43] Queda claro que el acto del juez no es un acto mecánico, ni nunca lo ha sido, es un acto libre, cognitivo y voluntario, vinculado, esto es sujeto a ciertas reglas (de método y objeto), lo que es aplicable tanto al juez ordinario como al constitucional, porque entre ellos lo que hay es un diferente objeto de estudio, unas normas más abstractas, por tanto una diferencia de grados en esa actividad libre, cognitiva y voluntaria. De más está decir que también el juez ordinario interpreta la constitución y el Derecho internacional de los Derechos Humanos y Comunitario y está obligado a hacerlo. La única manera de integrar esas normas de contenido amplio, y de concretar esos conceptos jurídicos indeterminados, o el contenido de los principios, es mediante una interpretación creadora, inspirada en los fines, principios y valores de todo el ordenamiento.

6- Poderes en la determinación del contenido del principio y del ordenamiento.

Los jueces encuentran en este punto uno de los espacios de mayor amplitud para el ejercicio de su capacidad creadora. Determinar el contenido de los fines, los valores, los principios o los derechos fundamentales, es siempre una actividad creadora. Nadie niega que esa tarea se encuentra vinculada, pero que en ella, el juez goza de amplia discrecionalidad. Cada una de esas figuras tiene un contenido vago o indeterminado, pero determinable conforme al Derecho.

7- Poderes creadores del juez en la valoración de los efectos de sus sentencias.

Son innegables los efectos políticos, económicos o sociales de las sentencias, especialmente de los Tribunales Constitucionales. En no pocas ocasiones sus sentencias representan la victoria política, por medios jurídicos, de agrupaciones partidarias. Los perdedores suelen levantar la voz, desde sus plataformas políticas, contra los Tribunales Constitucionales. En otras ocasiones, es el Estado quién sufre el coste financiero, las imprevisiones presupuestarias y hasta las consecuencias macroeconómicas negativas derivadas de los efectos económicos de las sentencias constitucionales. No menos serías son aquellas que tienen fuertes repercusiones en el entramado social, provocando polémica y división de opiniones respecto del fallo (en este sentido, en otros países, se han dictado sentencias relativas a la admisión del aborto o del matrimonio entre personas del mismo sexo).

Debemos hacernos esta pregunta ¿deben los jueces valorar en todos los casos los posibles efectos de sus sentencias, a efectos de moderar sus fallos? ¿De no ser así, en qué casos deben considerar sus efectos y en cuáles no?

El consecuencialismo jurídico (resolver considerando las consecuencias o efectos de las sentencias) supone introducir criterios

43 *CAPPELLETTI Mauro. Proceso, ideología, sociedad, Ediciones Jurídicas- Europa América, Buenos Aires, 1974, p. 422-423.*

utilitaristas en el fallo. Atender a los posibles efectos de las decisiones judiciales, sugiere que el juez en cada decisión estará buscando la mayor satisfacción para el mayor número posible de personas, o en su defecto, el menor mal posible para el menor número de ellas. Estos criterios, aunque tienen cabida en el Derecho, podrían estar introduciendo cierta primacía a factores externos frente a los internos del orden jurídico. En esta hipótesis, el juez estaría transgrediendo su deber de imparcialidad, objetividad y de sometimiento al Derecho (salvo claro, que el ordenamiento reconociera este principio).

Por el contrario, desde la perspectiva jurídica debe el juez atender la integridad del Derecho, primar aquellos principios, valores, derechos, fines y garantías contenidas en el mismo.[44] Esta es la idea que informa los derechos fundamentales. Los jueces deben aplicarlos, aun contra las mayorías. El derecho de uno prevalece aunque las mayorías se opongan a reconocérselo. Si atendemos a los posibles efectos del fallo y a fines utilitaristas, estaríamos relativizando los derechos fundamentales y dejando sin protección a las minorías frente a las mayorías. En eso consiste su valor normativo.

En virtud de lo anterior, el juez debe abocarse a la tarea de aplicar el Derecho con la mayor fidelidad posible. Los derechos fundamentales, los principios jurídicos y las garantías a favor de los derechos se levantan como límites contra la posibilidad de que el juez resuelva atendiendo únicamente o con primacía a los efectos de sus sentencias. Sin embargo, dicho esto, hemos de reconocer que los posibles efectos de las decisiones judiciales no son ajenos al Derecho. Siempre dentro de los fines del Derecho, este le permite al juez que para el mejor cumplimiento y satisfacción de lo que el ordenamiento prescribe, modere los efectos jurídicos de sus sentencias. Estas valoraciones son legítimas cuando guardan coherencia y conformidad con el contenido del sistema jurídico, esto es, que no contradigan los principios y derechos fundamentales del ordenamiento, independientemente de que se produzcan como consecuencia de una discrecionalidad judicial, una disposición clara del ordenamiento o por la existencia de una laguna en el orden jurídico.

Un clásico ejemplo, lo constituyen la obligación que tienen los jueces constitucionales de moderar los efectos retroactivos de sus sentencias declarativas y anulatorias de normas o leyes inconstitucionalidad. En particular, la medida es pertinente debido a los efectos retroactivos (ex tunc) y erga omnes de los fallos de los tribunales constitucionales. En este sentido, el artículo 91, párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica establece: *"La sentencia constitucional de anulación podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, y dictará las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales."* Esta norma le ha permitido a la Sala Constitucional, salvaguardar en esos supuestos, los derechos adquiridos de buena fe al amparo de la norma o ley declarada inconstitucional, así como actuar de legislador positivo, poniendo en vigencia leyes antes derogadas, o redactando

44 *"La consistencia exige que por muy deseable que sea cierta decisión desde el punto de vista consecuencialista, no debe ser adoptada si contradice alguna norma válida y vinculante del sistema" RODRÍGUEZ- TOUBES MUÑÍZ Francisco Javier; Valores superiores e interpretación constitucional, op. cit. p. 107.*

en su lugar la nueva norma, con la finalidad de no afectar la seguridad jurídica y proteger adecuadamente los derechos fundamentales.

8- Poderes creadores del juez derivados de su tarea armonizadora y de jerarquización de los principios jurídicos.

Resuelta la identificación y la pertinencia del principio, el juez se aboca a la resolución del caso mediante la aplicación de aquellos principios, ya sea interpretando la norma aplicable, o bien, aplicándolos directamente al caso concreto. Sin embargo, antes de la aplicación de los principios, el juez debe en aquellos supuestos en que dos o más principios resultan pertinentes, procurar armonizarlos o jerarquizarlos según el caso.

Esta tarea, supone una labor creadora, discrecional, mediante la cual el juez determina la correcta aplicación del principio, valora el grado de influencia sobre las normas, situaciones jurídicas y hechos que resuelve. Este momento encierra una elección cuidadosa del juez, a él le corresponde sopesar entre valores o bienes jurídicos, entre contenidos o áreas de influencia de los principios, entre jerarquías que generalmente no están del todo claras. En los supuestos de armonización de principios, el juez debe velar porque ninguno quede vacío de contenido. En el caso de jerarquización se aplica aquel que resulte especial para el caso, pero siempre que su aplicación guarde conformidad con el principio general.

En caso de conflicto entre regla y principio, los que privilegian la seguridad jurídica le asignan un valor prima facie de validez a la regla. En nuestro caso, que privilegiamos el valor justicia, sin que, como ya lo hemos expuesto, eso signifique descuido alguno de la seguridad jurídica, postulamos la primacía del principio sobre la norma. Al contrario, en el primer supuesto, se parte de la presunción de conformidad de la regla con el principio, por eso, la carga de la prueba en caso de oposición entre ambos corresponde al que argumenta la supremacía del principio. En la segunda hipótesis, la conformidad de la regla con el principio debe demostrarse, si se quiere aplicar también ésta. En todos los casos, si la norma no soporta el examen a la luz del principio, se inaplica (en los términos expuestos supra), se interpreta conforme o se anula según las competencias que para ello tenga el juez. Esta potestad de velar por la supremacía de los principios jurídicos amplía de una manera importante los poderes creadores del juez.

En conclusión, los poderes creadores del juez en el Derecho se revelan con especial profundidad y agudeza en la interpretación a partir de principios. En ella el juez asume un papel inevitable, pero también, necesariamente creador. Mediante la utilización de este canon metodológico, el juez delimita el contenido y alcance material del Derecho. Con su interpretación, supera la apariencia de las normas jurídicas, traspasa el velo que oculta su contenido y esencia, devela el lado oculto de la norma y del sistema, lo que no aparece a simple vista, lo que no se deduce de la literalidad del artículo. Siguiendo este camino descubre la sólida estructura sobre la que reposa y se sostiene el ordenamiento jurídico como un todo. Descubrir un principio jurídico no es únicamente producto de la aplicación de un método. No es posible escarbar las profundidades del orden jurídico sin ingenio. En efecto, esa tarea creadora es posible, gracias en primer lugar al ingenio humano y en segundo, al uso o aplicación correcta de

un método. Esa labor creadora trae aparejado un mayor margen de discrecionalidad judicial, en parte, porque la labor de identificar los principios alcanza cierto grado de dificultad y exige en no pocas veces un agudo sentido jurídico (sentido hiperlógico o sentido común aplicado al Derecho), aunado al manejo de una exquisita técnica, y donde además, tanto el proceso de "construcción" o descubrimiento del principio, como el principio mismo, son tan solo susceptibles de discusión racional. El juez tiene pues, una tarea creadora pero dicha tarea se encuentra vinculada al texto, entiéndase al sistema, no debemos olvidar que el juez legitima sus decisiones en la racionalidad de la argumentación jurídica expresada en sus sentencias y en la conformidad de éstas con el Derecho mismo.

Es cierto que los poderes de los jueces son legítimos, en tanto su ejercicio guarde conexión con el contenido material del orden jurídico. Su actividad creadora dista mucho de ser arbitraria. Sólo será racional, si su interpretación y aplicación soporta el control objetivo.

En el estado actual del Derecho, nos parece, que la tendencia se orienta a fijarle al juez y en general al intérprete del Derecho, los grandes límites, más que hacer de él "la boca que pronuncia la ley".

> *"…parece existir acuerdo casi unánime en los intentos metodológicos más modernos en que el objetivo final de la metodología jurídica consiste en eliminar la arbitrariedad de la práctica jurídica y conseguir el mayor grado posible de racionalidad de la misma."*[45]

En virtud de lo anterior, los jueces deben observar algunos límites que determinan la racionalidad o en su defecto, la arbitrariedad de sus decisiones. Los jueces constitucionales por la naturaleza del Derecho que aplican y de los poderes de que gozan; y los ordinarios, en tanto que también tienen como parámetro de interpretación y aplicación la Constitución, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Comunitario (en el caso español), lo que, como ya se ha dicho, incrementa ampliamente sus poderes y sus facultades creadoras, deben sujetarse al menos a las siguientes reglas, en el ejercicio de aquellos poderes y de estas facultades:[46]

1- Sus motivaciones siempre deben guardar conexión con los principios del ordenamiento jurídico. Cuanto menor sea la conexión objetiva, más importancia cobran las cualidades subjetivas del juez, es en ese momento que debe hacer brillar, su templanza, su humildad y autocontrol, pero también su sentido común.

2- El juez debe resolver echando mano a las armas metodológicas de la Ciencia Jurídica, por más amplios, imprecisos y carentes de sistematización que estos sean. No debe, en principio, acudir a su tarea interpretativa armado de criterios metodológicos extrajurídicos (sociológicos, políticos, económicos), salvo cuando claramente se puedan instrumentalizar a los propiamente jurídi-

---

45 GARCÍA AMADO Juan Antonio; Teorías de la Tópica Jurídica. Madrid, I edición, CIVITAS, 1991, p. 291.

46 Sobre el particular véase a DÍAZ REVORIO Francisco Javier; Valores superiores e interpretación constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 489.

cos; a pesar de la naturaleza política, económica o sociológica de la cuestión que se resuelve. Mucho menos, debe ir inspirado en convicciones o valoraciones ajenas al ordenamiento. La legitimación de sus respuestas está en la conformidad de éstas con el ordenamiento, en particular con su estructura de principios.

3- El Tribunal debe, en principio, respetar sus decisiones anteriores, de forma que, mediante la interpretación de los principios y valores fundamentales va creando una serie de precedentes que disminuyen su discrecionalidad, ya que para apartarse de ellos se requiere una especial fundamentación añadida.[47]

4- El juez tomará en cuenta las consecuencias de sus fallos y por tanto la popularidad o no de éstos, sólo en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico lo permita, o su creación, sea necesaria para integrar el orden jurídico lagunoso. Finalmente, cuando valore la proporcionalidad y razonabilidad de las decisiones legislativas, debe respetar el pluralismo, esto es, debe controlar que la decisión elegida por el Legislador es al menos una de las coherentes con el orden jurídico y su estructura de principios, aunque no sea la más idónea de entre todas las posibles.

V)- Perfil del juez creador en el marco del estado constitucional de derecho.

En los albores del tercer milenio, nadie se atreve a negar la labor creadora del juez, aunque, como ya quedó estudiado, todavía se discute su legitimidad y aun no hay acuerdo sobre sus alcances y límites. Durante las postrimerías del siglo XIX y durante el siglo XX hemos visto acrecentarse el activismo judicial. El Derecho como ciencia y como sistema de principios, valores y derechos ha sido construido, en mayor medida por los jueces. Los juristas hemos sido testigos de sus grandes aciertos y también de sus yerros. La aventura, sin embargo, arroja resultados positivos. El juez ya, desde hace tiempo, no es la “boca que pronuncia la ley” como un “ser inanimado”, es por el contrario, quién le da el soplo de vida, es quién descubre su espíritu, su sentido inmanente, quién la hace eficaz y además, quién la hace comprensible al ciudadano.[48]

No tiene igual perfil el juez de la legalidad formal, el que en su sus sentencias cita y funda sus fallos en los artículos de la codificación existente, que aquel, que trasciende su literalidad, para descubrir su contenido, para

47 *En este sentido, el Tribunal Constitucional español mediante sentencia 201/1991, de 28 de octubre, expresa: “los órganos judiciales pueden modificar sus propios precedentes, siempre que lo hagan en términos que permitan apreciar que el nuevo criterio interpretativo ha sido adoptado como solución genérica dotada de vocación para ser aplicada en casos futuros y no como cambio inadvertido por el órgano judicial o que sea fruto de voluntarismo selectivo frente a supuestos anteriores resueltos de modo diverso.” Sobre el cambio de precedente y la obligación de una especial motivación, para que permita el control y fiscalización sobre la racionalidad y objetividad (no tanto sobre la verdad) del fallo, puede verse; GASCON ABELLÁN Marina; La técnica del precedente y la argumentación racional; TECNOS, Madrid, 1993.*

48 *“los resultados de las más modernas concepciones del pensamiento, las cuales en el acto (todo acto) del hombre, ven y subrayan no ya la estructura mecánica y la determinación (amoral), sino el momento libre, dinámico, creador e imprevisible de la “elección”. Esa elección encuentra en sí misma, en su propio manifestarse como necesaria renuncia (elección de una cosa entre varias), y psicológicamente como inquietud. Como incertidumbre y como angustia, la medida y la conciencia de su propia libertad, y por consiguiente de la responsabilidad de quién la lleva a efecto.” CAPPELLETTI Mauro. Proceso, ideología y sociedad; op. cit. p. 419-420.*

descubrir, más allá del “velo” la verdad jurídica, los principios, los valores, las garantías, fines y derechos, que como un tesoro, están allí, reservados sólo para aquellos que creen en ellos que tienen la valentía, la disciplina, el conocimiento, la perseverancia y la prudencia para descubrirlos. Es la diferencia entre sentencias cuya vida se agota en el caso concreto y sentencias que lo trascienden y se erigen como columnas del Derecho como ordenamiento y de la sociedad como sistema de vida; es la misma diferencia que hay entre el casuismo jurisprudencial y las sentencias de principio; es la diferencia entre el juez cuya mirada no supera el entramado normativo y aquel, con gran alcance de miras, que trasciende el horizonte de la literalidad. Los tesoros no suelen encontrarse en la superficie y sólo están disponibles para aquellos que con conocimiento y con las herramientas correctas escarban para encontrarlos.

Esa fue la tarea realizada por los pretores romanos, el Derecho privado se construyó edificándolo en cimientos y columnas de principios, que hicieron posible que todavía hoy, su obra siga viva, trascendiendo el crisol de los siglos. Que decir, del Derecho administrativo, obra del Consejo de Estado francés mediante una jurisprudencia principialista, separándose del Derecho civil y sus principios e instrumentalizándolos cuando al interés general convenía, su obra, siempre inacabada, pero perenne, es un faro de luz que busca emuladores. Así como no existió Derecho Administrativo, ni estado legal de Derecho sin una justicia administrativa que lo hiciera eficaz y le sirviera de garantía, tampoco existiría Derecho constitucional, ni Estado Constitucional de Derecho sin una justicia constitucional que lo hiciera posible, nuevamente, son los jueces quienes superando la literalidad del texto, hurgando muchas veces a falta de norma, en las convicciones sociales, en su historia, pero con la mirada puesta en su futuro, extrae los principios rectores, decisiones fundamentales que delimitarán los límites al ejercicio del poder, el ámbito válido dónde se pueden mover lícitamente los poderes públicos, sin afectar las libertades de las personas. Ese fue el caso del Juez Marshall y de la sentencia en el caso Marbury vs Madison. Allí nació el control constitucional de las leyes y el valor normativo de la Constitución, antes, sólo era un papelillo. En sus faenas han entrado otros, procurando siempre, aportar su grano de arena, para perfeccionar un edificio del que todavía no se vislumbra su fin. Que decir, del juez comunitario, del juez del Derecho Internacional y en particular del Derecho Internacional de los derechos humanos, que sobre una jurisprudencia a partir de principios han contribuido a una mayor justicia y en general, al mayor bienestar humano. Son todos una gran nube de testigos, que exigen de sus relevos en la historia, llevar más allá lo que ya ellos empezaron.

Sí, los poderes del juez se han incrementado pero también su responsabilidad. Entre más libertad, mayor responsabilidad correlativa, mayor prudencia, mayor autocontrol, en esto reside su grandeza y también su tragedia, como bien lo señalaba el juez PIZA ESCALANTE:

> *“La grandeza y también la tragedia de los Tribunales constitucionales consiste precisamente en que su único límite es la propia disciplina de sus jueces, disciplina que le enseña a ser humildes frente al ejercicio legítimo de los poderes ordinarios, especialmente del legislador, y les induce a la consiguiente “auto limitación” –el self restrant de*

los norteamericanos– a que aquella humildad naturalmente les conduce."[49]

El juez constitucional actúa toda la constitución, no hay normas excluidas de su competencia, por tanto actúa tanto las normas, como los valores en ella reconocidos y los principios en ella contenidos. Claro que las normas constitucionales o aquellas en la legislación ordinaria que contienen conceptos jurídicos indeterminados, fines o valores constriñen menos al intérprete, quien en virtud de ellas, tiene mayor libertad de interpretación, por tanto mayor responsabilidad. Como estas normas abundan en el orden constitucional, la responsabilidad de los jueces constitucionales se incrementa paralelamente a su libertad. Situación en la que también se encuentran los jueces ordinarios, dado que como hemos visto, han incrementado su discrecionalidad con la obligada aplicación del Derecho Constitucional, del Comunitario y del Derecho de los derechos humanos.

El juez en su labor interpretadora se debate entre dos valores esenciales, polos opuestos pero reconciliables de su trabajo: la seguridad y la justicia. La seguridad se ve satisfecha en mayor medida por la literalidad, por el apego del juez a la apariencia de la norma y a cánones hermenéuticos como la interpretación literal o la voluntad del legislador. Mientras, que la justicia suele satisfacerse en mayor medida mediante una labor creadora del juez, mediante la cual corta hasta encontrar la sabia que informa el enramado del Derecho Positivo. Para ello, requiere cánones, reglas o métodos diferentes. Requiere echar mano a herramientas como la interpretación teleológica, la interpretación a partir de principios, la jurisprudencia de intereses o de la jurisprudencia de valores (interpretación axiológica). Todas ellas arriesgan en seguridad porque acrecientan los poderes discrecionales del juez, pero tienden a satisfacer mejor la justicia. El equilibrio entre ambos, y en especial, que nunca se traspase el límite de la arbitrariedad y se mantenga en los cauces de la racionalidad, es el deber de todo juez.

En virtud de lo anterior, la interpretación plantea otro conflicto: entre la sujeción del juez al Derecho y su conciencia como juez, a la que como ser humano no puede renunciar. De dos cosas debemos estar seguros: que el juez nunca debe (ni puede) ser un autómata y de que no traspase los límites de la racionalidad jurídica. Este conflicto pone a prueba la templanza del juez. La interpretación jurídica está lejos de ser una actividad lógica, es también y sobre todo axiológica, pero a pesar de la discrecionalidad interpretativa, está muy distante de ser una actividad arbitraria, es una actividad racional y por tanto, controlable con apego a ciertos parámetros.[50]

Los jueces –especialmente pero no exclusivamente los constitucionales- no sólo deben cumplir los requisitos de capacidad técnica exigibles per sé, sino que, dada la misión de creadores del Derecho, deben además tener una calificación especial, una

49 *PIZA ESCALANTE Rodolfo; Los Valores en la Interpretación constitucional, op. cit, p.115-116.*

50 *"El juez y esto es lo que hace tan complicada la labor judicial, está obligado a equilibrar los principios de la lógica con la estimativa, la forma racional y el contenido axiológico, y no puede prescindir o inclinarse excesivamente por ninguno de ellos, si pretende alcanzar la serena imparcialidad en la cual radica la verdadera grandeza de su función." FIX-ZAMUDIO Héctor, Breves reflexiones sobre la interpretación constitucional. En la Jurisdicción constitucional; Editorial JURICENTRO, San José, 1993, p. 98.*

visión sistemática del orden jurídico, un celo por la justicia material, por la "ideología" de la Constitución, entendida ésta, no como una ideología partidaria, sino como el plexo de valores, derechos y principios contenidos por el Derecho de la Constitución. Debe tener la virtud de leer la Constitución a la luz de su tiempo, pero, dictando sentencias de principio, que informen no sólo los hechos presentes, sino que lleven la impronta de la solución de situaciones futuras. Estos requisitos debe llenarlos con mayor razón, los jueces constitucionales y aquellos de la jurisdicción ordinaria que se encuentran en la cúspide, competentes para resolver las apelaciones, casación o revisión, es decir, aquellos responsables de controlar la interpretación y aplicación uniforme del Derecho.

Hoy día, "el éxito de la justicia es inversamente proporcional al descrédito que afecta a las instituciones políticas clásicas".[51] La justicia suele ser el lugar donde se discute y resuelven los cuestionamientos al político y las cuestiones políticas. Muchas de las disputas de los partidos políticos, o de la fracciones parlamentarias, o en su caso, de éstas o de los grupos de presión con el Gobierno, se resuelven en los tribunales de justicia, especialmente en los tribunales constitucionales, ante la incapacidad para encontrar una solución por los cauces políticos o institucionales. Si bien, como hemos admitido, los jueces cumplen una labor política, mediante el ejercicio de la función de control y mediante la colaboración con el buen funcionamiento del Estado y con la participación en las decisiones fundamentales de éste, también es cierto, que nunca podría pensarse en un "gobierno de los jueces", por la naturaleza de su función (objetiva y sujeta a parámetros jurídicos, esto es objetivos), por el hecho de que los asuntos le llegan aisladamente y sujeta a la iniciativa de las partes (salvo la materia penal que es de oficio). Por las razones antes apuntadas, los jueces nunca podrían plantearse el desarrollo de una política integral, planificada y subjetiva.

La interpretación constitucional es jurídica y sujeta a parámetros jurídicos, aunque se le reconozcan efectos políticos. En realidad, cuando el juez garantiza la norma suprema y su ideología (plexo de valores, derechos y principios constitucionales), gradúa y delimita, conforme a ella, las competencias de los órganos constitucionales, resuelve sus conflictos de competencia, demarca el espacio jurídico válido en el cual se pueden mover lícitamente los poderes públicos y garantiza un ámbito de libertad del ciudadano. Cuando pondera valores o armoniza principios, cuando privilegia un valor o principio sobre otro, cuando realiza interpretaciones extensivas o restrictivas de los derechos fundamentales, reconoce derechos, o desarrolla la Constitución, colma lagunas, concretiza valores, etc, realiza una tarea fundamental del Estado, toma decisiones fundamentales, que repercuten directamente en las decisiones políticas y en la organización y vida social, de aquí la necesidad de que sus fallos ofrezcan respuestas sistemáticas, equilibradas a la luz de la Constitución, prudentes y conservadoras a veces, arriesgadas y progresistas en otras. La Constitución dice lo que el juez constitucional dice que dice, de allí la necesidad de que el juez sea prudente en el ejercicio de ese grande poder, que no conoce otro control superior más que su propio autocontrol (subjetivo). Es decir, las grandes conquistas objetivas (garantías

51 *GARAPÓN Antoine. Juez y democracia; Editorial Flor del Viento, 1997, p. 41.*

jurídicas) contenidas en el Derecho, están en manos y reposan sobre las cualidades subjetivas de los jueces constitucionales. En efecto, en la realidad, el mayor límite al poder del juez constitucional, reside en su humildad, en la grandeza de espíritu, en la templanza, en la prudencia, en la valentía y a la vez en el respeto a las instituciones.

Es cierto, que el juez constitucional en *"su papel de control supremo del Estado y de operador de una Constitución - instrumento de Gobierno- le obliga a meditar y ponderar cuidadosamente las secuelas de sus pronunciamientos, máxime si ellos tienen efectos vinculantes erga omnes"*[52], como es el caso de los constitucionales. Sin embargo, la valoración de los posibles efectos de sus fallos nunca debe ser razón suficiente para dejar de aplicar los principios, derechos y normas constitucionales. Es decir, el juez está vinculado por el Derecho de la Constitución y, como ha quedado dicho, sólo puede admitirse esta consideración consecuencialista y utilitarista a falta de regla clara y a condición, de que el fallo sea conforme con el plexo de valores, principios y normas contenidos en la Constitución.

Del juez en general y del constitucional en particular se exige que sea un defensor de la ideología de la Constitución. Nunca la de un partido político. Los partidos políticos tienen en el Parlamento y en el Ejecutivo suficientes defensores de sus ideologías, las que también deben encontrar protección dentro del marco plural de la constitución, es decir, los políticos pueden querer lo que la Constitución les permite querer y no pueden ir en contra de ella (salvo mediante la convocatoria del poder constituyente), para llevar adelante su política. El juez que se vista con la camisa partidaria desnaturaliza la función de juez y fracasa en el importante papel encomendado.

Un juez debe aspirar a que el ordenamiento en general y el Derecho de la Constitución en particular, pase de ser simple papel a convertirse en una realidad, como lo hizo el juez Marshall. Antes de él, la Constitución de los Estados Unidos era un papel, después de él, tenía valor normativo, era eficaz. En efecto, la eficacia del Derecho está en manos de los jueces. Son éstos los llamados a garantizar la efectividad del Estado de Derecho constitucional, a velar por una legalidad sustancial, y por la primacía de los derechos fundamentales. Para ello, debe convertir su estrado en un poder frente al poder.

El juez en general y el constitucional en particular debe tener la habilidad y capacidad de leer los tiempos y anticiparse a ellos. "La grandeza del juez Shaw – nos dice SCHWARTZ BERNARD- reside en su sentido del futuro por el que preveía las necesidades que habrían de surgir, para fijar los principios jurídicos que habrían de darles respuesta."[53] Sus sentencias son de principio, entiendo por éstas, aquellas sentencias que se fundan en principios, que tienen por vocación trascender el caso concreto para el que surgen, que serán el principio jurisprudencial del futuro, porque están llamadas a resolver de forma igual todos aquellos casos similares.

Muchas veces, para ello, el juez de los principios, tiene que sufrir por el rechazo de

52 *SAGUÉS Nestor Pedro. La interpretación constitucional instrumento y límite del juez constitucional. En La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho; San José, Costa Rica, EUNED, 1996, p. 8.*

53 *SCHWARTZ Bernard, Los diez mejores jueces de la historia norteamericana, Madrid, CIVITAS, 1990, p. 53.*

sus opiniones por las mayorías en el seno de su tribunal. No debemos olvidar que los votos salvados de hoy, son las sentencias de mayoría del mañana, siempre que, sus votos particulares, tengan por contenido el descubrimiento, la aplicación armónica, o la intuición de la prevalencia en el tiempo de ciertos principios sobre otros. En la historia norteamericana, al juez Holmes se le reconoce la labor de profeta, fue quién con sus votos particulares anticipó el futuro.[54]

El juez debe tener la habilidad de elevarse al "cielo" de los principios y hacerlos realidad en la tierra, en la vida cotidiana del hombre. Un juez práctico no podrá levantarse sobre sus pies, siempre apegados a las normas, a los casos concretos. Un juez teórico, siempre estará volando en los aires sin posibilidad alguna de hacer realidad los valores, principios y libertades constitucionales. Tiene que tener la riqueza teórica para fundar sus fallos, pero sobre todo la habilidad de concretar y conectar lo general con lo particular (el caso concreto, la norma, el hecho), y a la vez, la capacidad de inducir de lo particular (la norma, la figura, el instituto jurídico) el principio general.

Un juez, cualquier juez, necesita celo por el Derecho, por sus principios, por su sentido material de justicia. La obra del juez son sus sentencias. Con ellas colabora en la construcción de un edificio jurídico llamado Estado social y democrático de Derecho, o ayuda a destruirlo. Debe tener la aspiración que sus sentencias sean seguidas. El tribunal es un templo donde quién entra requiere tener devoción por la justicia. Sus sentencias deben tener la vocación de trascender las fronteras del tiempo. Las prerrogativas, poderes, y facultades del juez siempre serán mejores si están en mejores manos. Tiene el deber de ejercitar hasta el máximo el poder de juzgar y por ende, la ley, la constitución. El pueblo soberano que lo tiene allí en una función constitucional, lo demanda. Debe aprovechar la ocasión para transformar el Derecho a partir de los principios jurídicos.

Los jueces son la mejor garantía de que las leyes y la constitución o los principios sean vinculantes o simplemente meras promesas, fórmulas retóricas, sin eficacia, ni contenido, alejadas de la realidad. Para lograr ese cometido, es razonable que excepcionalmente sustituya a la Administración y al legislador, pero sólo excepcionalmente, en ejercicio de labores de control y en aras de hacer efectivo el respeto a los derechos humanos en los que aquellos también encuentran legitimidad y razón de ser.

Sus sentencias tienen principalmente una finalidad práctica: resolver conflictos jurídicos; cómo lo ha destacado repetidamente la Corte Suprema de los Estados Unidos, desde "Martín vs Hunter" (1816). Esto implica que las decisiones del juez en general ni del constitucional en particular, tienen por qué tener los alcances de la literatura jurídica, a pesar de la función docente que también suelen tener sus fallos.[55] El juez tiene la obligación de poner en sencillo lo difícil, hacerlo comprensible para el justiciable quién ha de cumplir lo resuelto. Sin embargo, las motivaciones en las que funda su sentencia deben quedar lo suficientemente explicitadas, sólo por medio de ellas es posible controlar la conformidad

54 *SCHWARTZ Bernard, Los diez mejores jueces de la historia norteamericana, op.cit, p. 56.*

55 *Sobre el particular, puede verse SAGUÉS Néstor Pedro La interpretación constitucional instrumento y límite del juez constitucional, La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho, EUNED, San José, 1996, p. 5*

de sus fallos con el Derecho, la legitimidad de los principios presupuestos, la validez de los descubiertos, de la jerarquía alegada y de la armonización realizada. No olvidemos, que la legitimidad democrática de sus actuaciones se encuentra en la conformidad de sus acciones en el ejercicio de sus competencias, con el Derecho y su sentido material.

El juez en general y el constitucional en particular, no pueden lícitamente proponerse otros fines, valores y principios que no sean los del Derecho como tal y de la constitución en especial. Si algo distingue la función jurisdiccional de cualquier otra (legislativa, política en sentido estricto), es su imparcialidad y objetividad. En efecto, en virtud de la imparcialidad el juez no debe involucrarse en el conflicto a él sometido, a favor de ninguna de las partes. En virtud de la objetividad, debe hacerlo con total apego al Derecho, tanto formal como material. La sujeción al Derecho es un corolario de la exigencia de objetividad. Los valores, principios, garantías y derechos que el juez debe querer son aquellos protegidos y reconocidos por el ordenamiento jurídico; es cierto, que como hemos señalado, el juez es un ser humano y está inmerso en la sociedad a la que juzga, pero como también hemos expresado, la grandeza de su obra está en que se pueda abstraer de esa realidad y verla desde afuera con el prisma del Derecho, al tiempo que examina éste a la luz de la realidad, para adaptarlo, en la medida de lo posible al tiempo en el que juzga. *"Es curioso que en sus propias limitaciones estribe la dignidad y grandeza de su obra"*[56].

Hoy, no se busca un juez mecánico, ni mucho menos lógico, la misma subsunción se sabe que tiene su momento de valoración en el escogimiento de la premisas y que al final, el resultado es sólo una reafirmación de la premisa mayor, de manera que aquella selección y valoración condiciona el resultado; tampoco se busca el juez activista sin limitación alguna, al estilo de lo que propugnaba la Escuela del Derecho Libre. Por el contrario, se admite la ineludible creación judicial, y la poca rigurosidad científica del Derecho, por tanto, lo que se busca es al menos una argumentación racional, con fundamento en el orden o sistema jurídico, éste orden, si cumple ciertas exigencias mínimas, se convierte en parámetro de racionalidad (FERRAJOLI),[57] Es decir, el razonamiento del juez y por ende, su motivación debe girar alrededor de todo el sistema, de las derechos fundamentales y porque no adelantarlo, de sus principios que son las auténticas garantías de aquellos derechos, del espacio reservado al actuar de las personas sin injerencia pública, límites al poder y columnas sobre las que reposa el Estado de Derecho. El juez está obligado a

56 *PIZA ESCLANTE Rodolfo. Los valores en la interpretación constitucional, en La jurisdicción Constitucional y su influencia en el Estado de Derecho, EUNED, San José, p. 106.*

57 *"…más allá de la heterogeneidad y de la ambivalencia de sus presupuestos teóricos y filosóficos, es cierto que los principios mencionados, tal y como se han consolidado en las constituciones y las codificaciones modernas, forman en su conjunto un sistema coherente y unitario. La unitariedad del sistema, …depende a mi modo de ver del hecho de que los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y fiabilidad del juicio y por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad." FERRAJOLI Luigi; Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Valladolid, TROTTA, tercera edición, 1998, p. 34.*

la objetividad y a la abdicación valorativa,[58] es decir, no puede anteponer sus propios valores (política jurídica) a los contenidos en el sistema, debe, por tanto, sujeción a la ley y al Derecho; su razonamiento debe fundarse en el contenido y esencia del orden jurídico. De la racionalidad y objetividad de su razonamiento deriva su legitimidad, incluso su legitimidad democrática. Lo importante, es que sus decisiones resistan el control de los juristas una vez que han sido cotejadas con el sistema jurídico y con la realidad que aquel resuelve y este regula[59]. En virtud de los principios de objetividad, imparcialidad y neutralidad axiológica, el juez se abstiene de aplicar sus propios valores (salvo cuando coinciden con los del ordenamiento) para aplicar los del sistema jurídico. No se trata entonces de una creación jurisprudencial libre, sino vinculada (GARCIA DE ENTERRIA), sujeta a parámetros jurídicos y susceptible de comprobación positiva[60]. El juez tiene una obligación de neutralidad, o dicho de otra forma de objetividad.

Esa exigencia de objetividad y de racionalidad en sus decisiones se desprende del mismo artículo 3.1 del Código Civil español y 10 del costarricense. En efecto, la objetividad se infiere en la medida que obliga al juez a buscar el sentido o "espíritu" del orden jurídico, por tanto, no fuera de él. La construcción teórica del juez debe soportar la comprobación de su adecuación a ese orden jurídico. La racionalidad, por el contrario, se desprende de las reglas que el legislador sugiere para que el juez realice la tarea interpretativa. Hoy se sabe, que la racionalidad de todo razonamiento estriba en que se haga siguiendo un método o conjunto de reglas preestablecidas. El juez debe acudir a su tarea creadora armado de una serie de categorías metodológicas, por cierto novedosas, que le permitan descubrir aquel espíritu sin salirse de la racionalidad debida.

El deber de los jueces es resolver apegados al Derecho, cualquiera que sea la concepción amplia o restringida que de él se tenga, no el de actuar como un político procurando el interés general con los medios a su alcance. La decisión judicial ha de reposar en la convicción del juez de que está actuando conforme a Derecho y nunca inspirado en fines sociales

58 *Sobre el particular se puede consultar a: CALSAMIGLIA Alberto, Introducción a la Ciencia Jurídica, Barcelona, ARIEL, tercera edición, 1990, páginas de la 93 a la 126. También, críticas al ideal de imparcialidad del juez y de abdicación valorativa las encontramos en FERRAJOLI Luigi, Derecho y Razón, op. cit. pág. 56.*

59 *"Los términos legales señalan sólo un marco, más o menos amplia, dentro del que la decisión ha de recaer, es la suya una función meramente limitativa. Aun cuando se respete la ley, ésta deja siempre un margen de libre decisión, por la necesidad de que sea interpretada, por la existencia de las lagunas, por la selección y calificación de los hechos que se enjuician, etc. Lo que se quiere evitar es la presencia de la arbitrariedad en esos momentos en que las valoraciones de las que decide son dirimentes. Como explican AARNIO, ALEXY y PECZENIK, se parte del entendimiento de que no es de hecho posible ningún procedimiento de producción estatal del Derecho que pueda brindar en todo momento a los sometidos al Derecho y a los encargados de aplicarlo reglas capaces de resolver cada cuestión jurídica, de modo que a partir de tales reglas se pueda fundamentar como irrefutable una decisión. La existencia de casos en los que, conforme a un mismo material normativo, cabe distintas decisiones, justificaría la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica, apta para colmar esta laguna en la racionalidad de la práctica jurídica. Como dice HASSEMER, con la teoría de la argumentación jurídica se trata de lograr "una teoría que fundamente, justifique y limite el proceder argumentativo de la praxis." GARCÍA AMADO Juan Antonio; Teorías de la tópica jurídica; op cit, p. 313-315.*

60 *"…toda la polémica actual sobre la base de los fundamentos y el alcance de la judicial review sobre las leyes es, justamente, la polémica sobre los límites del poder del juez y es uniforme la aceptación de su poder creador, aunque siempre sobre el punto de partida del texto constitucional o de sus valores fundamentales, naturalmente y no en su contra." GARCÍA DE ENTERRÍA. Eduardo, Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho, Madrid, CIVITAS, primera edición, 1986, p. 97.*

extranormativos, o que estándolo, refleje su compromiso con otros intereses que no sean el celo por el Derecho, cuando este cumple los requisitos mínimos exigidos por una sociedad democrática y justa.

El juez, a diferencia del intelectual, no puede elegir el problema que desea estudiar (salvo contadas excepciones -certiorari norteamerico-), pero, al igual que aquel y a diferencia del político, puede tomarse cierto tiempo para llegar a una conclusión mesurada (lo que muchas veces no puede hacer el político, al que los hechos se le imponen y debe tomar decisiones contra el tiempo). El juez dispone, en principio de todos los hechos y del contenido integral del orden jurídico, se le juzgará por las convicciones jurídicas que se forme y por lo acertado de sus decisiones. El juez no puede ser una persona que se conforme con andar entre las cosas que ya existen, aunque debe guardarse de sentir repudio por lo que ya existe, es un hombre o mujer que sacan cosas nuevas y viejas del mismo cofre. Se pide de él una misión creadora, hacer grandes cosas, “parir” creaciones basadas en principios, con pretensión de principio. El juez tiene que tener la mirada puesta en la justicia, que los derechos fundamentales, los valores y principios constitucionales revelan y los pies en los hechos y el Derecho. El juez de principios es el que le toma el pulso a su tiempo y lo hace de grata memoria para la historia.

CONCLUSIÓN

El juez de hoy ya no es *“la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar ni la fuerza, ni el rigor de la ley”* como lo afirmaba MONTESQUIEU. Hoy, los jueces son creadores de Derecho, no solo de normas para el caso concreto, sino de normas generales (jurisprudencia, principios, etc.), que prevalecen sobre las normas escritas de grado inferior (sean éstas legales o infralegales, según que la norma que interprete, integre o delimite el juez, tenga rango constitucional o legal).

La relación del juez con el Parlamento ha cambiado, hace dos siglos el juez consultaba al Parlamento sobre el sentido y contenido de las leyes. El Parlamento mediante la interpretación auténtica evacuaba la consulta y conservaba la ley sacrosanta. Hoy, el Parlamento consulta al juez (al menos al constitucional) sobre el sentido de la norma (constitucional) y es éste, el que le indica si su interpretación de la Constitución es válida o no. No es el Parlamento el que limita la discrecionalidad judicial, sino el juez (constitucional) el que le pone límite al Parlamento.

El ordenamiento jurídico reconoce expresa o implícitamente esos poderes creadores del juez, de tal forma que se encuentran legitimados democráticamente y su ejercicio se entiende, como una tarea de cooperación necesaria entre poderes en el marco de la funcionalidad del Estado.

La superación del Estado Legal de Derecho que evoluciona a un Estado Constitucional de Derecho, así como la incorporación en el Derecho Interno del Derecho Comunitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y fundamentalmente, el lugar que ocupan en el ordenamiento jurídico los derechos fundamentales, así como la superación del positivismo jurídico y la primacía del Derecho sustancial sobre lo formal, han traído consigo una transformación total del rol del juez, del constitucional pero también del juez ordinario. Hoy, se han extendido sus facultades y poderes creadores, pero con ello también la exigencia de racionalidad, se amplía su discrecionalidad pero también su responsabilidad; su actividad no es arbitraria es racional, no es subjetiva es objetiva, no es libre es vinculada (sujeción al Derecho), privilegia la justicia sin dejar de lado la seguridad jurídica; es sustancial, metódica, intersubjetiva, racional y objetiva. El juez debe procurar que sus sentencias sean de principio, que tengan una vocación de trascender el caso concreto. El juez construye el edificio jurídico a base de sus sentencias. Esa es su obra y con fundamento en ella, la historia juzgará su aporte a la justicia. Un juez creador no es un burócrata. Si cumple con esa labor sagrada, el ciudadano dormirá en paz, porque verá en él un garante de sus derechos. Ese juez, con esas facultades y capacidades, pero también con esos límites es necesario, lo reclama la realización plena de los derechos humanos, la justicia y el Estado Constitucional de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA:

ALONSO GARCÍA María Consuelo; La facultad del juez ordinario de inaplicar la ley interna posterior contraria al Derecho comunitario; en Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Constitucionales, # 138, septiembre-diciembre, Madrid, 1995.

ARAGON REYES Manuel; La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, año 6, número 17, mayo-agosto, 1986.

ARIÑO ORTÍZ Gaspar; Principios de Derecho Público Económico, Granada,

CONARES Editorial, 1999.

CALSAMIGLIA Alberto, Introducción a la Ciencia Jurídica, Barcelona, ARIEL, tercera edición, 1990.

CAPPELLETTI Mauro; Proceso, ideología y sociedad, Buenos Aires, Editorial Jurídicas Europa América, 1974.

DÍAZ REVORIO Francisco Javier; Valores Superiores e Interpretación constitucional, Madrid, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 1997.

FERRAJOLI Luigi; Derecho y Razón; Teoría del garantismo penal, Valladolid,

TROTTA, tercera edición, 1998.

FERRAJOLI Luigi; Derechos y Garantías. La ley del más débil, TROTTA, Madrid, primera edición, 1999.

FIX-ZAMUDIO Héctor; Breves reflexiones sobre la interpretación constitucional. En la Jurisdicción constitucional; Editorial JURICENTRO, San José, 1993.

GARAPON Antoine; Juez y democracia; Editorial Flor del Viento, I Edición en español, Madrid, 1997.

GARCÍA AMADO Juan Antonio; Teorías de la Tópica Jurídica. Madrid, I edición, CIVITAS, 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo; Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho, Madrid, CIVITAS, primera edición, 1986.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo; La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la revolución francesa; Alianza Editorial, Madrid, 1999.

GARCÍA PELAYO Manuel; Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho. El Tribunal constitucional español, Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente, San José, números 23-24, años 9-10.

GASCÓN ABELLÁN Marina; La técnica del precedente y la argumentación racional; TECNOS, Madrid, 1993.

LARENZ Karl; Metodología de la Ciencia del Derecho, Ariel, Barcelona, 1994.

LÓPEZ GUERRA Luis; La Legitimación democrática del Juez; Madrid, Cuadernos de Derecho Público, Instituto Nacional de Administración Pública, Número 1, mayo-agosto, 1997.

LLORENTE RUBIO Francisco; Prologo a la interpretación de la Constitución de Enrique Alonso García, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

NAVARRO FALLAS Román; Objeto y método del Derecho a la luz del artículo 10 del Código Civil; Revista Judicial, número 94, San José, diciembre, 2009.

NAVARRO FALLAS Román; Los principios jurídicos y la interpretación a partir de principios en el Derecho Público, en Principios Constitucionales, Investigaciones Jurídicas, San José, 2008.

PACE Alejandro; Derechos Fundamentales y Jurisdicción Ordinaria en Italia; *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales, Madrid, CIVITAS, 1991.*

PÉREZ GUILHOU Dardo; El Poder Judicial: órgano político y estamental; en El Poder5 Judicial; DEPALMA, Buenos Aires, 1989.

PIZA ESCLANTE Rodolfo; Los valores en la interpretación constitucional, en La jurisdicción Constitucional y su influencia en el Estado de Derecho, EUNED, San José, 1996.

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑÍZ Joaquín; Principios, fines y derechos fundamentales; DYKINSON, Madrid, 2000.

SAGUÉS Néstor Pedro; La interpretación constitucional instrumento y límite del juez constitucional, La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho, EUNED, San José, 1996.

SCHWARTZ Bernard; Los diez mejores jueces de la historia norteamericana, Madrid, CIVITAS, 1990.

SORIANO José Eugenio; Los Poderes del juez, la ley y la reforma del contencioso (a propósito de las competencias de las Salas de los Tribunales superiores de justicia); Revista Administración Pública, número 124, enero-abril, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Sentencia de la Sala Constitucional números 3435-92, 2313-95, 3038-96, 3036-96 y 3035-96, 6982-94, 1319-97, 6830-98.

LOS PACTOS PARASOCIALES

Licda. Ana Elena Castillo Chaves

SUMARIO

Introducción

Capítulo primero
Aspectos generales

I. Conceptualización de los pactos parasociales
A. Definición de pactos parasociales
B. El sindicato de acciones

II. Antecedentes históricos

III. Naturaleza jurídica de los pactos parasociales

IV. Caracterización y contenido de los pactos parasociales
A. Caracterización y contenido
B. Categorización de los pactos parasociales

Capítulo segundo
Validez y eficacia de los pactos parasociales

I. La validez de los pactos parasociales

II. La eficacia de los pactos parasociales
A. El contrato como ley
B. El principio de inoponibilidad
C. La ruptura del principio de inoponibilidad
D. Tratamiento legal en el derecho comparado

III. La ejecución de los pactos parasociales
A. Acción de daños y perjuicios
B. Ejecución forzosa
C. Resolución contractual
D. Mecanismos de autotutela

Capítulo tercero
Casos especiales

I. Los pactos parasociales en las sociedades cotizadas
A. Obligaciones de información
B. Obligación de promover una opa

Conclusión

Bibliografía

LOS PACTOS PARASOCIALES

Licda. Ana Elena Castillo Chaves

Introducción

El derecho debe estar acorde con la realidad y los cambios sociales, es decir con lo que algunos autores han denominado el *derecho vivo*. En este desarrollo constante, los hombres de negocios han ideado mecanismos que les permiten a las sociedades de las cuales forman parte tomar decisiones más agiles y eficientes que se ajusten a sus necesidades. Una de las formas más utilizadas para este fin son los pactos o convenios de accionistas, también conocidos como pactos parasociales, que se han ideado como mecanismos para influir en la vida de la sociedad.

Los pactos parasociales surgen como un fenómeno de la economía moderna, derivado de la participación de grandes grupos de inversionistas en los mercados accionarios quienes, de alguna manera, buscan tener o mantener un cierto control en la sociedad.

Esta figura promovida originalmente por los propios empresarios, ha tenido un auge impresionante en el último siglo. Ante esta realidad los juristas han ido poco a poco adentrándose en el estudio del tema, encontrando en el proceso amplios debates sobre la admisibilidad de este tipo de pactos en el ámbito societario. Pese a que en los últimos tiempos la doctrina ha ido aceptando con menor recelo la validez de los pactos parasociales, aún nos enfrentamos con una gran cantidad de ordenamientos jurídicos que se muestran tímidos a manifestar la aceptación expresa de esos acuerdos o que, como en el caso de Costa Rica, no existe tratamiento legal sobre la materia.

Precisamente, esta laguna manifiesta en el ámbito jurídico nacional sobre los pactos parasociales nos impulsa a intentar un primer acercamiento al tema, con el fin de comprender los alcances, naturaleza jurídica y principales características de este tipo de pactos, con el fin de determinar, en un apartado posterior, la procedencia legal y eficacia de los pactos parasociales a la luz del sistema costarricense.

Originalmente el concepto de pactos parasociales se entendía referido primordialmente a pactos celebrados entre algunos o todos los socios de la sociedad. Sin embargo, con el paso del tiempo se han incluido como pactos parasociales no solo aquellos convenios celebrados entre socios, sino que se comprenden todos aquellos acuerdos celebrados por los socios con la sociedad o con terceros, al margen de la sociedad. Ahora bien, cabe señalar para efectos de precisar al alcance de la presente investigación, que estos últimos pactos, sea los celebrados entre los socios y la sociedad y entre los socios y terceros, no serán objeto de consideración en este trabajo, limitándose el mismo al análisis de los pactos parasociales acordados únicamente entre accionistas de la sociedad.

Capítulo primero
Aspectos generales de los pactos parasociales

1- Conceptualización

A- Definición de Pactos Parasociales

La expresión ***"pactos parasociales"*** ha sido utilizada por la doctrina para designar los convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad, con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que la rigen.[1]

Esta denominación, fue acuñada por el autor Giorgio Oppo, quien impuso esta expresión en su obra "Contratti Parasociali" en el año 1942.[2]

Procurando un mejor entendimiento de la razón de ser de estos pactos y sus alcances, cabe destacar las palabras del Dr. Pedrol que sobre los mismos ha indicado: *"Los accionistas con auténtica mentalidad de socio y no de simple inversor o especulador entran en la sociedad y permanecen en ella interesados en su política de dirección, respecto de la cual tienen ideas propias normalmente, un solo accionista no puede poseer la participación suficiente en el capital para asegurarle que los votos emitidos en la junta sigan una línea coincidente de cómo debe administrarse la sociedad. Y se ve obligado entonces a buscar alianzas con otros accionistas que tengan un pensamiento común a afín para influir conjuntamente sobre la voluntad social."*[3]

Por su parte, el autor Ignacio Escuti, los define de la siguiente manera: *"Son pactos estipulados entre los socios (algunos o todos) y, eventualmente con terceros, para regular extraestatutariamente los vínculos entre ellos en relación al ente o a los órganos sociales, reglamentando en forma genérica o con algún grado de precisión ciertas pautas de conducta de los firmantes con referencia a la estructuración de la sociedad e incidencia en sus decisiones.*[4]

Tales pactos, según definición del Dr. Certad, "*responden a la necesidad de recolectar y coordinar las fuerzas para un más incisivo ejercicio de los derechos sociales, tanto de parte del grupo de control, que de esa manera forzara su poder asegurándose una mas solida línea de administración, cuanto de los socios minoritarios, que podrán utilizar al máximo los instrumentos que el ordenamiento predispone para una acuciosa obra de control y de contraste al grupo mayoritario."*[5]

En el derecho anglosajón estos pactos son referidos como *Shareholders Agreements* que en una manera sumamente simple se han definido como *aquellos contratos que especifican derechos y deberes de los accionistas cuando aquellos prescritos por*

1 *PAZ-ARES, Cándido. "El Enforcement de los Pactos Parasociales". Actualidad Jurídica Uría & Menéndez. No. 5. Madrid, 2003. P. 19*
2 *ESCUTI, Ignacio. De la Sindicación de Acciones a los Contratos Parasociales. Argentina, 2006. P. 1*
3 *PEDROL, A. La anónima actual y sindicación de acciones, citado por CAAMAÑO, Carlos. -Sindicación de Acciones-. Revista Electrónica de Derecho Mercantil. Argentina. P.2*
4 *Escuti. Op cit. P. 1*
5 *CERTAD MAROTO, Gastón. -Derecho Societario y Normas de Orden Público-. Revista de Ciencias Jurídicas. No. 117. San José, Setiembre-Diciembre, 2008. P. 75*

ley o por los estatutos no se consideran convenientes (traducción libre del autor).[6]

b- El Sindicato de Acciones

Dentro de los pactos parasociales, encontramos una categoría de concertaciones parasociales mediante las cuales los socios se comprometen a actuar de una manera determinada en relación con sus participaciones accionarias o a votar en las asambleas de una forma pactada[7]. Esta modalidad de pactos, es lo que en la doctrina se ha denominado *Sindicatos de Acciones* o *Sindicato de Accionistas,* cuya finalidad puede ser lograr el control de la sociedad (sindicación de acciones con fines de mando) o evitar la dispersión de acciones (sindicación de bloqueo).

En este sentido, siguiendo la terminología utilizado por cierta parte de la doctrina, se hace referencia a los ***sindicatos de accionistas***, que en palabras de los autores Richard y Muiño, "*pertenecen a la categoría de los contratos parasociales, denominándose así esos contratos por encontrarse fuera del ordenamiento social, al surgir de acuerdos al margen del contrato social, pero que viven a la sombra de la sociedad y presuponen su existencia."*[8].

Al igual que para el concepto de pacto parasocial, las definiciones que se han dado de sindicato de acciones o sindicato de accionistas son numerosas. Entre estas podemos citar las siguientes:

"Se llama sindicato de acciones en general a todo convenio, pacto o asociación destinado a reglamentar fuera de la sociedad anónima, el ejercicio de los derechos emergentes de la tenencia de acciones en dicha sociedad, y en especial el de voto ya fuera mediante el mandato condicionado a terceros o la obligación del accionistas de ejercerlo en determinado sentido."[9]

"Se trata de: a) un acuerdo, contrato, pacto o convenio colectivo, concertado por los accionistas de una sociedad anónima; b) su fin el influir en la vida y marcha de la sociedad; c)el acuerdo podrá ser secreto o público, instrumentado o tácito, reconocido o ignorado por la sociedad; d) sus integrantes podrán hacer valer su voluntad colectivamente o por mandatario; e) una condición indispensable del acuerdo es el compromiso de los interesados de no desprenderse de sus acciones, salvo en las condiciones que el mismo acuerdo determine."[10]

Este tipo de sindicatos de acciones, se han clasificado por la doctrina en dos grandes grupos[11]:

a- **Sindicato de Voto:** También denominado sindicato de mando, de gestión o de administración. Este tipo de acuerdos regulan el poder de voto de un grupo de accionistas (sindicados) agrupándolos

6 *"Shareholder agreements specify the rights and duties of shareholders when those prescribed by law and regulation are thought not to be appropriate" (http://www.haas.berkeley.edu/groups/finance/Shareholderagreements1.pdf. CHEMLA, Gilles y otros. "An Analysis of Shareholder Agreements. 2002. P 1)*
7 *RICHARD, Efraín y MUIÑO, Orlando. Derecho Societario. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004. P. 490*
8 *RICHARD y MUIÑO. Op Cit. P. 489*
9 *MASCHERONI. La Sindicación de Acciones, citado por RICHARD y MUIÑO. Op Cit. P. 492*
10 *FARES. La Sindicación de Acciones, citado por RICHARD y MUIÑO. Op Cit. P. 492*
11 *Cf. RICHARD y MUIÑO. Op Cit. P. 493-494*

y sometiéndolos a una misma dirección en el ejercicio del derecho de voto. En palabras de RICHARDS, "*son convenios que tienen por objeto la emisión por los socios de su derecho de voto para influir en la vida social de acuerdo con las directivas predeterminadas por el grupo sindicado.*"[12]

b- **Sindicato de Bloqueo:** Consiste en un convenio mediante el cual los accionistas se comprometen a no transferir sus acciones o a limitar la transferencia bajo ciertos supuestos. En síntesis, son acuerdos que al final del día lo que pretenden es la restricción o limitación a la libre transferencia de las acciones durante un cierto tiempo.

Asimismo, los sindicatos de acciones pueden clasificarse, según el medio acordado para lograr la sindicación[13]:

a- **Sindicato con retención de títulos:** Como su nombre lo indica, en este supuesto los accionistas conservan sus títulos, pudiendo ejercer el voto de dos maneras: (i) el accionista se obliga a votar en un sentido acordado previamente por el sindicato, o (ii) el accionista otorga poder a un síndico para que ejerza el voto en su representación.

b- **Sindicato con transmisión de títulos:** En este supuesto, los accionistas se desprenden de sus títulos, entregándolos al mandatario, ya sea en carácter de depositario o entregándole la titularidad del dominio, en forma ficticia.

En concordancia con las definiciones anteriormente expuestas, podríamos concluir que los sindicatos de acciones son un tipo de pacto parasocial, una sub-especie dentro de la especie de los pactos parasociales. No obstante lo anterior, dejando de lado las precisiones terminológicas, para efectos de este trabajo no haremos distinción entre ambos conceptos, por lo que en el desarrollo de este estudio haremos referencia indistintamente a uno u otro término.

2- Antecedentes históricos

En cuanto a los orígenes históricos de los pactos parasociales, bien podemos establecer, que los mismos nacen en el derecho anglosajón que por su flexibilidad y carácter consuetudinario facilitó a los hombres de negocios el agruparse para el ejercicio de sus derechos a lo interno de la sociedad de la cual formaban parte[14].

En este derecho surgen dos figuras jurídicas de suma importancia, que constituyen precisamente los antecedentes de los pactos parasociales. La primera de ellas se conoce como "Trust sajón" o "fideicomiso inglés", el cual fue utilizado principalmente en la edad media como un mecanismo para evadir impuestos reclamados por el Estado como consecuencia de las herencias. Así, los bienes eran transferidos a un fideicomiso o "trustee", el cual era el encargado de transmitirlo a su vez a los herederos, producida la muerte del causante. Posteriormente dicho instituto fue evolucionando y se constituyó como un mecanismo, efectivo, de organización del patrimonio.

12 Ibid. P. 493
13 Cf. Ibid. P. 494
14 Cf. RODRÍGUEZ AGUILAR, Germán y ROJAS FAJARDO, Max. Acuerdos Externos de Accionistas en la Sociedad Anónima. Tesis para optar el grado de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, 1998. Pp. 62-64 y CAAMAÑO. Op Cit.

El segundo instituto relevante es el "voting trust" que surgió, a partir del siglo pasado en Inglaterra y los Estados Unidos, como un mecanismo de los accionistas para transmitir la propiedad de sus acciones a un fideicomiso, según el cual se nombraba un "trustee" que era el titular de las acciones y el responsable de ejercer el derecho de voto en las juntas de la "Corporation".

En este período, los pactos de sindicación eran concebidos como "gentlemen agreements", o pactos de caballeros. Consistían en simples acuerdos entre los socios cuya finalidad era formar un criterio previo a las Asambleas de Accionistas. No se contaba con ningún medio coercitivo para obligar a los restantes socios sindicados a cumplir con el compromiso pactado, ni se contaba con ningún fundamento legal que permitiera iniciar una acción de responsabilidad contractual contra el socio incumpliente.

Partiendo de esos compromisos de caballeros, nos encontramos con las formas más complejas de pactos que conocemos hoy en día, cuyo objeto puede ser de la más variada naturaleza.

No obstante la evolución de este tipo de pactos, tradicionalmente los mismos no fueron aceptados con facilidad por la doctrina ni las legislaciones de corte romano. Así por ejemplo, en Francia, en el año 1937 se emitió un decreto de ley, en el que se declaraba la nulidad de los convenios de voto, lo cual en definitiva influiría en la legislación de diversos países europeos. En el caso de Italia, esta figura no se encontraba regulada, dejándose la interpretación y análisis de los pactos parasociales en manos de la jurisprudencia, mediante la cual se fue aceptando paulatinamente la celebración de estos convenios, siempre que no contrariaran principios éticos o de orden público.

No es sino hasta en años recientes que este tipo de acuerdos han sido aceptados por la doctrina mayoritaria. Incluso en los países cuyo derecho es de origen romano, los cuales tradicionalmente han sido más escépticos en su aceptación, han sido reconocidos los pactos parasociales, ya sea a través de regulaciones expresas o mediante la interpretación de los operadores del derecho.

3- Naturaleza jurídica de los pactos parasociales

Los pactos parasociales constituyen un fenómeno de la práctica societaria, cuya finalidad es integrar o, incluso, superar el ordenamiento legal o estatutario de las relaciones societarias, estableciendo vínculos asumidos por los socios entre sí, o frente a la sociedad o frente a terceros, que no se derivan de la ley ni del pacto social, sino que surgen de acuerdos ajenos o extraños a la regulación de la sociedad[15].

Los pactos entre titulares de acciones se encuentran amparados por la libre iniciativa privada y por la libertad de empresa, constituyendo una manifestación de la autonomía de la voluntad en el ejercicio de la actividad empresarial y de la libertad negocial. Sobre esta materia cabe destacar que nuestra Constitución Política reconoce, como un derecho constitucional, la libertad de empresa[16].

Siguiendo con lo anterior, podemos decir que los pactos parasociales son verdaderos contratos, aspecto que es ampliamente aceptado por la

15 Cf. RICHARD y MUIÑO. Op Cit. P. 489
16 Derivado de los principios recogidos en los artículos 46 y 50 de nuestra Constitución Política.

doctrina y por lo tanto, en lo que corresponda se les aplica las disposiciones del derecho de las obligaciones y los contratos.

Los pactos parasociales son verdaderos contratos, con eficacia jurídica para las partes contratantes, lo cual constituye un primer punto para establecer su naturaleza jurídica. De forma más detallada se ha ubicado a los pactos parasociales entre los contratos plurilaterales de organización, toda vez que entre los accionistas miembros del pacto existe una comunidad de fines. Siguiendo a Garrone, podemos definir los contratos plurilaterales en los siguientes términos: *"los contratos plurilaterales tienen por fin organizar grupos o categorías: sociedades, sindicatos de accionistas, consorcios, etcétera, que mantienen una existencia más o menos duradera de la colectividad de asociados que, en muchas ocasiones, llega a sobrepasar la duración de la vida individual de estos. Ello significa que los contratos plurilaterales son contratos de organización: la actividad de esos entes habrá de desarrollarse en el tiempo y afectara a personas, bienes y derechos en forma y con alcances diversos".*[17]

Para comprender la verdadera naturaleza de estos convenios, es necesario resaltar la estrecha relación que hay entre el contrato de sociedad y el pacto parasocial, pues entre ellos existe una relación de accesoriedad donde el contrato de sociedad es el contrato principal y los contratos entre accionistas son los contratos accesorios. Como consecuencia de esta relación, diversos autores han concluido que la naturaleza jurídica de uno tiene relación con la otra, de ahí que la discusión ya superada en doctrina, sobre la naturaleza contractual de la sociedad, es aplicable en su totalidad a los acuerdos de accionistas[18].

Para concluir sobre la naturaleza jurídica de estos convenios de accionistas, cabe decir, en palabras de Rodríguez Aguilar y Rojas Fajardo que: *"… su naturaleza jurídica consiste en ser contratos plurilaterales de organización, de carácter parasocial y estructura sui géneris. Lo último debido a que su estructura varía, según las distintas formas en que pacten los socios, pues resulta imposible abarcar la infinidad de formas que utilizan los socios para ponerse de acuerdo y constituir los sindicatos"*[19].

4- Caracterización de los pactos parasociales

a- Características y Contenido de los Pactos Parasociales

Lo característico de los pactos parasociales es que no se integran en el ordenamiento de la persona jurídica a que se refieren, sino que permanecen en el recinto de las relaciones obligatorias de quienes los suscriben.[20]

En esta misma dirección, el Dr. Certad ha indicado que: *"La característica principal de tales pactos, cuyo contenido puede asumir los más variados objetos, es la de ser una convención que se coloca formalmente fuera del acto constitutivo y del estatuto de la sociedad pero que produce reflejos sustan-*

17 GARRONE. Manual de Derecho Comercial, citado por RODRÍGUEZ AGUILAR y ROJAS FAJARDO. Op. Cit. P. 73
18 RODRÍGUEZ AGUILAR y ROJAS FAJARDO. Op. Cit. P. 71
19 Ibid. P. 77
20 PAZ-ARES, Cándido. -El Enforcement de los Pactos Parasociales-. Actualidad Jurídica Uría & Menéndez. No. 5. Madrid, 2003. P. 19

ciales sobre la organización creada con el contrato social, esto es, representan un interesante muestra de la autonomía privada en materia societaria, sea que revista la forma de una clausula derogatoria del pacto constitutivo (como en el caso de clausulas que inciden sobre los quórum de las asambleas o sobre su funcionamiento) o cuando, ejerciendo su libertad contractual, los socios creen una estructura organizativa intermedia entre ellos y la sociedad destinada a influir diversamente sobre el contrato social."[21]

Precisamente, por esta característica de ser ajenos al ordenamiento de la sociedad, la aceptación de este tipo de pactos ha sido ampliamente debatida en la doctrina. Para algunos autores la sindicación de acciones constituye un ámbito oscuro que roza con la ilicitud, haciendo alusión a las siguientes consideraciones[22]:

a- Se tratan de un convenio secreto entre un grupo de accionistas, frente al resto de los socios.

b- Influye en la voluntad social, dejando de lado los intereses de los socios no sindicados.

c- Conllevan reuniones en las que no todos los socios pueden participar.

d- Transgreden el principio deliberativo.

e- Se impone la obligación de votar con un criterio unitario por un tiempo determinado

f- Se puede transformar en un mecanismo abusivo y opresor de las minorías.

g- No hay legislación que regule la materia.

h- El convenio es inoponible a la sociedad

El pacto parasocial, como se expuso en el apartado anterior, es un contrato, que como lo deriva del artículo 1009 de nuestro Código Civil se perfecciona en el momento en que dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común. Como contrato que es, el pacto parasocial tiene las siguientes características[23]:

a- Plurilateral: Es un contrato que puede ser suscrito por una pluralidad de partes.

b- Accesorio: Se considera un contrato accesorio del contrato de sociedad, pues depende de la existencia y validez de este último, de modo que de no haber sociedad el pacto parasocial carece de sentido y en consecuencia el contrato no posee objeto y se vuelve jurídicamente imposible.

c- Extrasocietario o Parasocial: Se trata de un contrato al margen de la sociedad, que no es oponible a la sociedad ni obliga a la misma.

d- Intuito Personae: La persona del socio es esencial en este tipo de contratos.

e- Nominado: Son designados por la ley bajo una denominación especial.

21 CERTAD. Op. Cit. P. 75
22 CAAMAÑO. Op. Cit. P. 2
23 CAAMAÑO. Op. Cit. P. 5

f- Atípico: No tiene una regulación legal específica.

g- De organización: Generalmente están dirigidos a regular las relaciones entre los socios firmantes, de modo que se da la unión de voluntades de varios socios con determinadas características incidiendo en el régimen de gobierno de la sociedad.

h- Carácter de secreto: El contrato, en principio, solamente concierne a quienes formen parte del mismo.

i- Consensual: Se perfecciona por el simple consentimiento de las partes.

j- Informal: No requiere de formas especiales para su constitución.

Los pactos parasociales, como se verá, se encuentran sometidos al principio de autonomía de la voluntad, razón por la cual su contenido puede ser muy amplio y de una naturaleza sumamente variada. A efectos de ilustración, citamos algunos de los convenios más usuales en materia de pactos parasociales:

a- Pactos de limitación del derecho de transferir acciones.

b- Pactos que buscan mantener unidos a los socios en la toma de decisiones sobre el gobierno de la sociedad, poniéndose de acuerdo de forma previa para votar en las asambleas de forma unitaria.

c- Pactos de formas en que se realizarán futuros aumentos de capital social.

d- Acuerdo sobre el reparto de dividendos en una forma distinta a la prevista en los estatutos

e- Otorgamiento de beneficios a los socios fundadores

f- Regulaciones de futuros aportes.

g- Regulación del ingreso de nuevos socios.h- Establecimiento de reglas sobre competencia con la sociedad

b- Categorización de los Pactos Parasociales

La doctrina ha establecido distintas clasificaciones de los sindicatos o acuerdos de accionistas, con el fin de comprender las diversas modalidades que este tipo de acuerdos pueden presentar en la práctica. Como suele darse en materia de establecer clasificaciones, las hay de muy diversas categorías, según los criterios adoptados por los diferentes autores. Una de las clasificaciones más comunes es la clasificación de los sindicatos de acciones, expuesta brevemente en la sección A del Capítulo Primero, razón por la cual no haremos referencia, nuevamente, a la misma.

Para efectos de este trabajo, nos remitiremos a la clasificación propuesta por el profesor Paz-Ares, siguiendo una categorización aceptada por gran parte de los tratadistas españoles, que nos parece bastante acertada.

Esta clasificación propone la agrupación de los pactos parasociales en tres grandes categorías[24]:

a- Pactos de Relación: Este tipo de pactos se distinguen por su neutralidad frente a la sociedad. En ellos los socios buscan regular sus relaciones, sin mediación de la sociedad. Algunos ejemplos de esta categoría de pactos son los siguientes: i) aquellos pactos dirigidos a establecer derechos de adquisición preferente sobre las participaciones sociales, ii) los "pactos de no agresión", es decir aquellos que buscan establecer obligaciones de no incrementar la participación en el capital por encima de un porcentaje determinado; iii) los que imponen obligaciones de ceder o adquirir participaciones en determinadas circunstancias; iv) cláusulas de cobertura de las pérdidas de unos socios por otros y v) cláusulas de redistribución de dividendos sobre bases distintas a las fijadas en los estatutos, entre otros. En términos generales, lo característico de este tipo de pactos es que no inciden directamente en la esfera social.

b- Pactos de Atribución: Son aquella modalidad de pactos que se celebran con el fin de atribuir ventajas para la propia sociedad, de modo que quienes los suscriben asumen una serie de obligaciones frente a la sociedad, por lo que en este caso sí hay una incidencia del pacto en la esfera social. Se puede citar como ejemplo de este tipo de pactos aquellos que establecen obligaciones de financiación adicional de la sociedad por parte de los socios o aquellos que imponen al socio el deber de abstenerse de competir con la sociedad.

C- Pactos de Organización: Dentro de esta categoría de pactos se encuentran, si se quiere, los pactos más problemáticos y debatidos jurídicamente. Este tipo de pactos encierran la voluntad de los socios de reglamentar la organización, el funcionamiento y la toma de decisiones en la sociedad, es decir, en síntesis lo que pretenden es el control de la sociedad, bien sea para concentrarlo, distribuirlo o transferirlo. La variedad de este tipo de pactos es muy amplia y por lo general se instrumentan mediante convenios y sindicatos de voto, pudiendo referirse a temas tan variados como la composición del órgano de administración, el régimen de modificaciones estatutarias, pactos de arbitraje para deshacer situaciones de bloqueo o *deadlock*, pactos sobre la información que debe brindarse a los socios, entre muchos otros.

Capítulo segundo
Validez y eficacia de los pactos parasociales

1- Validez

Los pactos parasociales se han desarrollado, como se indicó previamente, como consecuencia del interés de los accionistas de regular de una manera más eficiente sus relaciones entre ellos y la sociedad, así como para tener o mantener un cierto control o incidencia en la misma.

En este sentido, el profesor Certad Maroto ha expresado: *"Provenientes del derecho anglosajón, la utilización de los denominados "pactos parasociales" o "shareholder agreements" se ha incrementado últimamente como una vía de solución satisfactoria para tantos problemas que plantea, continuamente, el funcionamiento de las sociedades de capital. El problema es que nuestro código no se refiere a ellos, ni siquiera los menciona, y entonces la pregunta que surge es acerca de su validez y eficacia, y para agravar aún*

24 Cf. PAZ-ARES. Op. Cit. Pp. 19-20

más la situación, no tenemos conocimiento de que nuestra jurisprudencia se haya referido a ellos."[25]

Siendo mecanismos ampliamente utilizados en la práctica societaria, resulta necesario, como bien lo indica el Dr. Certad, analizar la legalidad y validez de este tipo de pactos.

En un principio, como se señaló en un apartado anterior, la validez de estos pactos no era reconocida. A manera de ejemplo podemos citar la jurisprudencia italiana que atacó la procedencia de los pactos parasociales, por considerarlos violatorios del Orden Público. Así encontramos la sentencia de Casación número 136 del 25 de enero de 1965 que dispuso: *"Las normas que disciplinan la estructura y el funcionamiento de las sociedades regulares, dada la incidencia de su actividad en la vida comercial e industrial del país... no son de interés privado sino de orden público.* En esta misma línea otras sentencias declararon la nulidad de *"todo pacto entre socios que establezcan un conjunto organizativo o funcional del organismo societario, distinto al establecido por el legislador… como nulo es el pacto con el que vengan decididos por los socios en lugar que por la asamblea, los criterios de nombramiento de los administradores."*[26]

No obstante lo anterior, esta posición conservadora ha sido paulatinamente superada, para admitir criterios más flexibles con respecto al reconocimiento de los pactos parasociales. En la actualidad, podemos concluir que, mayoritariamente, los pactos parasociales son permitidos como emanación del Principio de Autonomía de la Voluntad, siempre y cuando los fines perseguidos sean permitidos por las normas generales de derecho. Es decir, la celebración de pactos parasociales es reconocida como un mecanismo utilizado por los accionistas de una sociedad para regular sus relaciones internas, siempre que con ellos no se contraríe el pacto social o la ley.

Siguiendo con lo anterior, para el análisis de la validez de los pactos parasociales, dada su naturaleza contractual, resulta indispensable en primera instancia, atender a las disposiciones de nuestro Código Civil sobre los requisitos de validez de las obligaciones y los contratos. Sobre este tema resultan de interés las disposiciones de los artículos 627 y 1007 del Código Civil, que en lo que interesa establecen:

> *"Artículo 627: Para la validez de la obligación es esencialmente indispensable:*
> *1.- Capacidad de parte de quien se obliga.*
> *2.- Objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación.*
> *3.- Causa justa."*
>
> *"Artículo 1007: Además de las condiciones indispensables para la validez de las obligaciones en general, para las que nacen de contrato se requiere el consentimiento y que se cumplan las solemnidades que la ley exija".*

De modo que podríamos decir que, en tanto los pactos parasociales cumplan los requisitos indicados en los artículos referidos podrían considerarse válidos. Sin embargo, es igualmente indispensable para su procedencia, que los mismos, sean conformes con el Ordenamiento Jurídico costarricense, de modo que no atenten contra la moral, las buenas costumbres ni el orden público que igualmente rigen las relaciones jurídicas en nuestro medio.

25 *CERTAD. Op. Cit. Pp. 74-75*
26 *Sentencias Nº 136 del 25 de enero de 1965, Nº 3181 del 17 de abril de 1990, Nº 5778 del 22 de diciembre de 1989 y Nº 326 del 18 de enero de 1988, citadas por GIORDANO, citado por CERTAD. Op. Cit. Pp. 75-76*

En este sentido, cabe destacar lo dispuesto por el artículo 28 de nuestra Constitución Política:

> *"Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la Ley".*

Por su parte, resulta igualmente esencial citar las disposiciones de los artículos 3 18 del Código Civil de nuestro país:

> *"Artículo 3: El uso y la costumbre regirán en defecto de Ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contradictorios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo."*
>
> *"Artículo 18: La exclusión voluntaria de la Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos, solo serán validos cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros."*

En consonancia con lo anterior, se puede sostener que la validez de los pactos parasociales se encuentra igualmente sujeta a la no contrariedad del principio de Orden Público que, como indica el Dr. Certad, *"atraviesa transversalmente al derecho societario y, por las implicaciones que determina, constituye un fuerte limite a la autonomía privada"* [27].

Ahora bien, para el mejor entendimiento de la limitación que implica el orden público sobre la autonomía de la voluntad privada, es necesario comprender que *"el orden público, como limite a la actuación contractual, no sirve para individualizar una supremacía del interés público sobre el interés privado con la consecuencia de que este deba ceder frente aquel, sino que expresa, mas simplemente, la necesidad de que los sujetos de derecho privado con sus convenciones, no destruyan aquellos valores fundamentales en los que se funda el orden social y que realicen sus relaciones respetando aquellos valores y aquellos principios que el Estado considera esenciales y caracterizadores de la organización social en un determinado momento histórico"*[28].

En razón de lo anterior, podemos concluir entonces que los pactos parasociales, deben tenerse por válidos y lícitos, en tanto no se encuentre en ellos una lesión a la ley, ni a los principios que inspiran el ordenamiento jurídico costarricense, incluyendo el de orden público.

El razonamiento anterior nos lleva a concluir con el Dr. Certad, a manera de síntesis, lo siguiente: *(i) Que el Juez no puede sustituir al legislador prohibiendo lo que el legislador nunca ha prohibido; (ii) Que si no es posible afirmar con certeza que una clausula del acto constitutivo de una sociedad contrasta, por aspectos esenciales(y no marginales), con el orden público, esto es, con aquellos principios que el ordenamiento considera esenciales, la clausula deberá considerarse totalmente valida; y (iii) En la relación entre autoridad y libertad, todo lo que no está prohibido debe reputarse admitido*[29].

27 *CERTAD. Op. Cit. P. 68*
28 *CERTAD. Op. Cit. P. 83*
29 *Ibid. Pp. 84-85*

2- Eficacia

La eficacia de los pactos parasociales ha sido entendida partiendo de dos premisas fundamentales: La primera de ellas consiste en la regla recogida en el artículo 1022 de nuestro Código Civil que establece que el contrato es ley entre las partes y la segunda referida al Principio de Inoponibilidad.

A- El Contrato es Ley entre las Partes

Dada la naturaleza contractual de los pactos parasociales, a efectos de entender su eficacia resulta necesario hacer referencia a la máxima que rige la eficacia de los contratos, recogida en el artículo 1022 del Código Civil que expresa: "*Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes."*

Esta disposición encierra el principio de la eficacia relativa de los contratos, entendido como aquel según el cual las partes del contrato son las únicas sobre las cuales recaen los efectos del contrato[30].

B- El Principio de Inoponibilidad

Tradicionalmente, la doctrina ha considerado que en materia de pactos parasociales se aplica el Principio de Inoponibilidad. Lo anterior, tiene su explicación en el hecho de que los pactos parasociales, según vimos líneas atrás, se caracterizan por ser pactos celebrados al margen de la sociedad, es decir que no se integran en el ordenamiento de la persona jurídica, por lo que se ha considerado que permanecen en el campo de las relaciones privadas de quienes lo suscriben.

Siguiendo esta tesis, durante mucho tiempo la doctrina y las legislaciones han sido reacias a aceptar la exigencia de estos convenios entre accionistas frente a la sociedad, considerándolos como pactos válidos solamente entre los otorgantes, de modo que ante su incumplimiento únicamente se reconocía a la parte afectada el derecho a reclamar una indemnización por el daño sufrido.

La regla de la inoponibilidad obedece precisamente a que lo pactado por los socios no es oponible a la sociedad, porque esta es un tercero respecto de aquellos. En palabras del profesor Paz-Ares *"la ratio de la inoponibilidad radica, así pues, en la idea de ajenidad: la ajenidad de la sociedad respecto de los firmantes del pacto"*[31].

Este principio implica, entre otras cosas: (i) que los efectos del pacto no pueden afectar a la sociedad ni a sus miembros u órganos; (ii) que los pactos no pueden hacerse valer frente a terceros y (iii) que no pueden utilizarse los instrumentos de ejecución de la sociedad para sancionar su incumplimiento, por ejemplo no puede excluirse de la sociedad al socio que incumpla un compromiso asumido en un pacto parasocial o impugnar un acuerdo social por infracción de un convenio de voto.[32]

Esta inoponibilidad de los pactos parasociales ha sido reconocida tradicionalmente por los ordenamientos jurídicos europeos de corte latino, como el español, que en el artículo 7.1 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone lo siguiente: *"Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad"*.

30 Cf. RODRÍGUEZ AGUILAR y ROJAS FAJARDO. Op. Cit. P. 61
31 PAZ-ARES. Op. Cit. P. 36
32 Ibid. P. 31

Esta posición se ha fundamentado en que *existe una tajante separación entre el contrato de sociedad y los pactos parasociales que obliga a dejar a la sociedad totalmente al margen de dichos pactos*[33]*,* de modo que ni la sociedad puede hacer efectivos los pactos parasociales frente a los socios, ni los socios pueden hacerlos efectivos frente a la sociedad.

C- Ruptura del Principio de Inoponibilidad

No obstante lo indicado en los párrafos anteriores, algunas tendencias doctrinales recientes han avanzado hacia un reconocimiento de la eficacia de los pactos parasociales frente a la sociedad, en algunos casos particulares, cuando, según sostienen, la regla general de separación se resquebraja.

El profesor Paz-Ares señala que, en ciertos supuestos, el principio de inoponibilidad pierde sentido. Para fundamentar esta posición, hace un análisis de las distintas categorías de pactos parasociales, en los siguientes términos[34]:

i- En el caso de los pactos de atribución, en los cuales los socios asumen la obligación de procurar ventajas o beneficios a la sociedad, sostiene que es posible para la sociedad reclamar directamente a los socios firmantes del pacto el cumplimiento de sus obligaciones, aún cuando la sociedad no haya suscrito el pacto. Lo anterior con fundamento en la figura del contrato a favor de tercero, regulado en el artículo 1257 del Código Civil español, que dispone lo siguiente: *"…Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada."*

ii- En cuanto a los pactos de relación, el análisis es similar al anterior, sosteniendo que si bien estos pactos se desarrollan en el ámbito interno de los socios, nada impide que se puedan plantear ciertas pretensiones frente a la sociedad, con base en el derecho común de las obligaciones. Así por ejemplo, en los pactos en que se ha acordado a favor de un socio que ha hecho una contribución especial a la sociedad, el derecho de obtener una parte de los beneficios que les corresponde a los otros socios según las reglas estatutarias, es posible que para la ejecución de este derecho se establezca una cesión anticipada del derecho de dividendo a favor de este socio particular y en ese caso, si dicha cesión es notificada a la sociedad el socio cesionario podría reclamar el pago a la sociedad, según las reglas de cesión de créditos.

iii- En los supuestos de pactos de organización se presentan las mayores dificultades, por ejemplo cuando un socio invoca la existencia del pacto para impugnar un acuerdo adoptado por la sociedad en contravención del pacto. En estos casos, siguiendo el principio de la inoponibilidad, la respuesta tradicional ha sido la negación de imponer el pacto parasocial a la sociedad, considerando precisamente que la propia voluntad de los socios ha sido segregarlo del ámbito societario, de modo que la sociedad se ha considerado como un tercero respecto de los firmantes del acuerdo.

33 Ibidem.
34 Cf. PAZ-ARES . Op. Cit. P. 31-38

Sin embargo, el autor Paz-Ares considera que esta doctrina se vuelve frágil en aquellos casos en que las partes del pacto y las partes del contrato social son las mismas[35], posición que ha sido objeto de enorme controversia en la doctrina. En este sentido, la jurisprudencia española, según expone el profesor Paz-Ares, paulatinamente ha ido reconociendo la idea de que los pactos parasociales son oponibles a la sociedad cuando todos los socios forman parte de él, si bien fundamentándose en argumentos no tan precisos, como lo son: *la ficción de la existencia de una junta general, la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica* y *el principio de buena fe y abuso del derecho*.

Para mayor entendimiento de esta posición, haremos una breve referencia a algunos de los casos citados por el profesor Paz-Ares:

1- Caso Munaka[36]: Los cuatro accionistas de Munaka firmaron un contrato en el cual acordaron proceder a la reducción del capital social y posterior disolución de la sociedad. No obstante lo anterior, en la Junta General celebrada dos meses más tarde, no solo no se acordó reducir el capital, sino que acordaron ampliarlo, con votación de tres a favor y uno en contra. El socio disconforme impugnó el acuerdo de aumento de capital por contravenir el pacto concertado por todos los socios y el Tribunal anuló la ampliación declarando que es exigible el cumplimiento de pacto por el cual los socios se habían comprometido a reducir el capital, recurriendo al artificio de que el pacto social constituyó un acuerdo informal de Junta Universal.

2- Caso Hotel Atlantis Playa[37]: Se celebró un pacto de fideicomiso en el cual el socio A, titular del 100% del capital social, reconoce que el 13% del capital pertenece a la socia B. Posteriormente se celebra una Junta General a la que únicamente asiste el socio A, quien según los registros de la sociedad es el único socio y se toman acuerdos de modificación de estatutos. La socia B impugna los acuerdos tomados en esa asamblea alegando que ese tipo de acuerdos, según los estatutos, requerían para su aprobación el voto favorable de dos socios como mínimo, no pudiendo ser tomados por un solo socio, aunque él reúna la mayoría del capital. El Tribunal Supremo declaró con lugar la demanda considerando que en ciertos casos debe apartarse el artificio de la sociedad anónima para decidir los casos según la realidad, acogiendo la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las sociedades con el fin de evitar que con esa ficción o forma legal se perjudiquen intereses privados o públicos.

3- Caso Promociones Keops[38]: Para obtener un crédito el único accionista de la sociedad constituye una prenda sobre la totalidad de sus acciones. Los estatutos atribuían el derecho de voto al acreedor pignoraticio, no obstante las partes en el contrato de prenda acordaron que los derechos de voto correspondían al deudor pignoraticio. En un determinado momento, el acreedor amparándose en los estatutos celebra una asamblea general y adopta una serie de acuerdos lesivos para el deudor. El Registro, considerando que en el caso particular hay coincidencia entre los firmantes del pacto y los miembros de la sociedad puesto que no hay otros socios distintos del que suscribió el pacto, deniega la inscripción de los acuerdos aduciendo mala fe en la actuación del acreedor pignoraticio y el principio básico de que no puede favorecerse el ejercicio abusivo de los derechos.

35 *En este sentido Escuti sostiene que los pactos parasociales suscriptos por todos los socios y la sociedad son oponibles a esta y a los restantes socios: siempre pueden ser invocados por los suscriptores en contra de los restantes suscriptores, aunque no puedan oponerse ni perjudicar a terceros. "No hay interés digno de protección para parapetarse en el concepto de persona jurídica (no estamos hablando del abuso de la personalidad) si no se afectan los de terceros cuando se proyecta un pacto parasocial entre la totalidad de los suscriptores del mismo y se lo proyecta hacia la sociedad a la manera de una decisión adoptada en una asamblea unánime."*

36 *Sentencia del Tribunal Superior del 26 de febrero del 1992, citada por PAZ-ARES. Op. Cit. P. 33*

37 *Sentencia del TS del 24 de set de 1987 citada por Paz-Ares. Op. Cit. P. 34.*

38 *Resolución del RDGRN del 26 de oct de 1989 citada por Paz-Ares. Op. Cit. P. 35*

Si bien los resultados alcanzados en los casos anteriores son los mismos, el profesor Paz-Ares considera que los argumentos utilizados no son los estrictamente correctos, sino que debe admitirse que en ciertos casos la regla de la inoponibilidad queda privada de la finalidad que la justifica y entonces puede ser desaplicada. Esto es, cuando hay coincidencia subjetiva de partes de los pactos parasociales y del contrato de sociedad (es decir cuando todos los socios suscriben el pacto) y cuando hay coincidencia objetiva de los resultados del derecho de obligaciones y del derecho de sociedades (es decir los resultados que se obtienen aplicando el derecho contractual son los mismos que se obtienen aplicando el derecho de sociedades, por ejemplo en el caso de impugnación de acuerdos sociales), la regla de la inoponibilidad pierde sentido y por lo tanto queda abierta la vía para acudir al ámbito societario a efectos de hacer efectivos los pactos parasociales[39].

Una vez expuesta la posición del profesor Paz-Ares, consideramos que esta teoría es debatible conforme con nuestro derecho de sociedades. En cuanto a la sostenida coincidencia subjetiva, se evidencia una confusión de los conceptos *socios* y *sociedad*. Es decir, si bien todos los socios han firmado el pacto parasocial, no puede confundirse a estos con la sociedad, es decir la sociedad no se corresponde únicamente con los socios, la sociedad creemos es más que el cúmulo de sus accionistas. Por otro lado, con respecto a la coincidencia objetiva, si bien el resultado que se podría alcanzar finalmente puede ser el mismo, lo cierto es que en el caso de impugnación de acuerdos sociales las causas de impugnación son de carácter restrictivo y por lo tanto no sería posible llegar al resultado deseado por esta vía.

D- Tratamiento legal de los pactos parasociales en el derecho comparado:

Caso de España:

La legislación española sigue el Principio de la Inoponibilidad expuesto en el apartado anterior, considerando que los pactos parasociales surten efectos únicamente respecto de las partes contratantes, de modo que no son oponibles a terceros, dentro de los cuales se incluye a la misma sociedad.

En este sentido, el artículo 7.1 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone lo siguiente: *"Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad".*

39 *Cf. PAZ-ARES. Op. Cit. Pp. 36-37*

Caso de la Unión Europea:

En la normativa de la Unión Europea sobre la Sociedad Anónima Europea no se hace referencia al tema de los pactos parasociales. El Reglamento número 2157/2001 emitido por el Consejo Comunitario el 8 de octubre del 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, en su artículo 3 dispone que la Sociedad Europea se regirá por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que la sociedad tenga su domicilio social.

Asimismo, el artículo 9 del citado reglamento establece que respecto de las materias no reguladas por el Reglamento, la Sociedad Europea se regirá (i) por las disposiciones legales que adopten los Estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieran a las Sociedades Europeas o bien, (ii) por las disposiciones legales de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social.

En razón de lo anterior, no hay una normativa comunitaria que se pueda aplicar de forma general a los pactos parasociales en una sociedad anónima europea, sino que el tratamiento legal será de conformidad con el derecho interno de cada Estado miembro, según sea el domicilio social de la sociedad de que se trate.

Caso de Perú:

El Derecho de Sociedades peruano siguiendo la corriente anglosajona, ha avanzado hacia la posición del reconocimiento de los pactos parasociales frente a la sociedad. En esta línea, el artículo 8 de la Ley General de Sociedades de Perú dispone:

> *"Son válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto le sea concerniente, los convenios entre socios o entre estos y terceros, a partir del momento en que le sean comunicados. Si hubiera contradicción entre alguna estipulación de dichos convenios y el pacto social o el estatuto, prevalecerán estos últimos, sin perjuicio de la relación que pudiera establecer el convenio entre quienes lo celebraron."*

Según la anterior disposición, la sociedad está obligada a respetar los convenios entre socios y entre estos y terceros, en todo aquello que le concierne, con dos condiciones: (i) que le sean debidamente comunicados y (ii) que el pacto no contradiga las disposiciones del pacto social o estatuto. Esto implica, por ejemplo que una sociedad no podría inscribir una transferencia de acciones, si el socio vendedor incumplió las estipulaciones de un pacto parasocial del cual él era parte y según el cual debía otorgar un derecho de preferencia a otros socios.

Caso de República Dominicana:

La nueva Ley General de Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, de República Dominicana, en su artículo 194 reconoce la validez de los pactos parasociales:

> *"Los pactos entre accionistas celebrados con el objeto de reglamentar, entre ellos, y por un período determinado, el control de la sociedad, la compra y venta de acciones, el ejercicio de los derechos de preferencia, la conducción de los negocios sociales, el voto colectivo, la composición del capital social o cualquier otro interés legítimo serán válidos cuando no sean contrarios a una regla de orden público, a una disposición imperativa de los estatutos o al interés social. Estos convenios no podrán estipularse a perpetuidad."*

No obstante el reconocimiento de la validez de los pactos parasociales no se resuelve con base en esta normativa, el tema de la eficacia de los mismos frente a la sociedad. Desafortunadamente, para el momento de realización de este trabajo, la normativa referida fue recientemente aprobada, razón por la cual no ha habido desarrollos jurisprudenciales ni interpretativos de la materia, que permitan un mayor ahondamiento en la interpretación de esta disposición.

Caso de Estados Unidos:

Si bien en los Estados Unidos, por la forma de organización estatal adoptada y el régimen jurídico que le caracteriza, no es posible hacer referencia a una regulación general sobre el tema, cabe destacar que con la emisión del *Revised Model Business Corporation Act*, se ha uniformado en cierta medida la regulación de los *Shareholders Agreements*, como se denominan en este Ordenamiento, toda vez que este cuerpo normativo se promulgó con la finalidad de que pueda ser adoptado por los diferentes estados para regular el derecho de las *corporations.*

Específicamente, en materia de acuerdos de accionistas, estos han sido reconocidos por la legislación norteamericana, que en esta ley modelo ha dispuesto lo siguiente:

> *"7.30. VOTING TRUSTS*
> *(a) One or more shareholders may create a voting trust, conferring on a trustee the right to vote or otherwise act for them, by signing an agreement setting out the provisions of the trust (which may include anything consistent with its purpose) and transferring their shares to the trustee. When a voting trust agreement is signed, the trustee shall prepare a list of the names and addresses of all owners of beneficial interests in the trust, together with the number and class of shares each transferred to the trust, and deliver copies of the list and agreement to the corporation's principal office.*
> *(b) A voting trust becomes effective on the date the first shares subject to the trust are registered in the trustee's name. A voting trust is valid for not more than 10 years after its effective date unless extended under subsection (c)…"*

> *"7.31. VOTING AGREEMENTS*
> ***(a)*** *Two or more shareholders may provide for the manner in which they will vote their shares by signing an agreement for that purpose. A voting agreement created under this section is not subject to the provisions of section 7.30.*
> ***(b)*** *A voting agreement created under this section is specifically enforceable."*

> *"7.32. SHAREHOLDER AGREEMENTS*
> ***(a)*** *An agreement among the shareholders of a corporation that complies with this section is effective among the shareholders and the corporation even though it is inconsistent with one or more other provisions of this Act in that it:*
> *(1) Eliminates the board of directors or restricts the discretion or powers of the board of Directors;*
> *(2) Governs the authorization or making of distributions whether or not in proportion to ownership of shares, subject to the limitations in section 6.40;*

(3) Establishes who shall be directors or officers of the corporation, or their terms of office or manner of selection or removal;

(4) Governs, in general or in regard to specific matters, the exercise or division of voting power by or between the shareholders and directors or by or among any of them, including use of weighted voting rights or director proxies;

(5) Establishes the terms and conditions of any agreement for the transfer or use of property or the provision of services between the corporation and any shareholder, director, officer or employee of the corporation or among any of them;

(6) Transfers to one or more shareholders or other persons all or part of the authority to exercise the corporate powers or to manage the business and affairs of the corporation, including the resolution of any issue about which there exists a deadlock among directors or shareholders;

(7) Requires dissolution of the corporation at the request of one or more of the shareholders or upon the occurrence of a specified event or contingency; or

(8) Otherwise governs the exercise of the corporate powers or the management of the business and affairs of the corporation or the relationship among the shareholders, the directors and the corporation, or among any of them, and is not contrary to public policy

***(b)** An agreement authorized by this section shall be:*

(1) Set forth (A) in the articles of incorporation or bylaws and approved by all persons who are shareholders at the time of the agreement or (B) in a written agreement that is signed by all persons who are shareholders at the time of the agreement and is made known to the corporation;

(2) Subject to amendment only by all persons who are shareholders at the time of the amendment, unless the agreement provides otherwise; and

(3) Valid for 10 years, unless the agreement provides otherwise.

***(c)** The existence of an agreement authorized by this section shall be noted conspicuously on the front or back of each certificate for outstanding shares or on the information statement required by section 6.26(b). If at the time of the agreement the corporation has shares outstanding represented by certificates, the corporation shall recall the outstanding certificates and issue substitute certificates that comply with this subsection. The failure to note the existence of the agreement on the certificate or information statement shall not affect the validity of the agreement or any action taken pursuant to it. Any purchaser of shares who, at the time of purchase, did not have knowledge of the existence of the agreement shall be entitled to rescission of the purchase. A purchaser shall be deemed to have knowledge of the existence of the agreement if its existence is noted on the certificate or information statement for the shares in compliance with this subsection and, if the shares are not represented by a certificate, the information statement is delivered to the purchaser at or prior to the time of purchase of the shares. An action to enforce the right of rescission authorized by this subsection must be commenced within the earlier of 90 days after discovery of the existence of the agreement or two years after the time of purchase of the shares.*

***(d)** An agreement authorized by this section shall cease to be effective when shares of the corporation are listed on a national securities exchange or regularly traded in a market maintained by one or more members of a national or affiliated securities association. If the agreement ceases to be effective for any reason, the board of directors may, if the agreement is contained or referred to in the corporation's articles of incorporation or bylaws, adopt an amendment to the articles of incorporation or bylaws, without shareholder action, to delete the agreement and any references to it.*

***(e)** An agreement authorized by this section that limits the discretion or powers of the board of directors shall relieve the directors of, and impose upon the person or persons in whom such discretion or powers are vested, liability for acts or omissions imposed by law on directors to the extent that the discretion or powers of the directors are limited by the agreement.*

***(f)** The existence or performance of an agreement authorized by this section shall not be a ground for imposing personal liability on any shareholder for the acts or debts of the corporation even if the agreement or its performance treats the corporation as if it were a partnership or results in failure to observe the corporate formalities otherwise applicable to the matters governed by the agreement.[40]*

***(g)** Incorporators or subscribers for shares may act as shareholders with respect to an agreement authorized by this section if no shares have been issued when the agreement is made."*

Países en los que no hay regulación:

De los diversos países consultados, cabe destacar que en Argentina, México y Honduras, al igual que ocurre en el caso costarricense, no se ha regulado expresamente el tema de los pactos parasociales o sindicatos de acciones.

En razón de lo anterior, la interpretación y la determinación de la procedencia y eficacia de este tipo de acuerdos entre accionistas han quedado en manos de los Tribunales, quienes por la vía jurisprudencial han definido los alcances de estos pactos.

En el caso particular de Honduras, el Código de Comercio no regula el tema de los pactos parasociales. No obstante, dicho Código en su artículo 714 establece que las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos en los límites legalmente impuestos. También pueden celebrar contratos que no correspondan a los tipos que este Código fija, siempre que persigan intereses dignos

---

40 Artículos 7.30, 7.31 y 7.32 del Model Business Corporation Act.

de la tutela jurídica. Asimismo, el articulo 715 contempla que los contratos mercantiles que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales y por las especulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento o en el Código Civil.

Por su parte, el Código Civil en su artículo 1547 establece que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público.

Con fundamento en lo anterior, los operadores del derecho hondureños, según consulta realizada a abogados de ese país, admiten y defienden la viabilidad de este tipo de pactos, en tanto se apeguen a las exigencias del ordenamiento jurídico hondureño expuestas.

III- Ejecución de los Pactos Parasociales

Partiendo del Principio de Inoponibilidad, expuesto anteriormente, y que es mayoritariamente seguido por la doctrina, se ha concluido que los pactos parasociales únicamente tienen efectos entre las partes contratantes. De modo que, ante un eventual incumplimiento del acuerdo, el pacto no puede ser oponible ni a la sociedad ni a terceros, de modo que la responsabilidad del socio incumpliente será únicamente frente al o a los socios afectados con el incumplimiento.

Dada su naturaleza contractual, la ejecución del pacto parasocial, ante un eventual incumplimiento, se debe resolver mediante el sistema de remedios dispuesto por el derecho general de las obligaciones y de los contratos.

Si un pacto parasocial es válido, se convierte en ley entre las partes (artículo 1022 del Código Civil). En razón de lo anterior, no hay razón para no admitir que quien está interesado en su cumplimiento no pueda recurrir a los mecanismos de ejecución previstos por nuestro Ordenamiento Jurídico para la defensa y protección de los intereses contractuales[41].

Los principales remedios que pone a disposición el derecho común:

a- **La acción de indemnización de daños y perjuicios:** es el remedio más común que nos proporciona la responsabilidad contractual, en cuya virtud la parte que haya incumplido el contrato queda obligada a reparar los daños y perjuicios que haya causado a la contraparte con su incumplimiento. En este sentido el artículo 702 del Código Civil dispone: *"El deudor que falte al cumplimiento de su obligación, sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor…"*

El problema que presenta en la práctica de este mecanismo es la dificultad de cuantificar el daño. Ante esto es aconsejable establecer previamente en el contrato una cláusula penal.

b- **La acción de cumplimiento o ejecución forzosa:** Nuestro ordenamiento contempla la posibilidad de solicitar judicialmente la ejecución forzosa de la prestación debida. El artículo 693 del Código Civil dispone que:

41 *Cf. PAZ-ARES. Op. Cit. P. 21*

> *"Toda obligación civil confiere al acreedor el derecho de compeler al deudor a la ejecución de aquello a que está obligado."*

La eficacia de este remedio variará en función de la naturaleza de la prestación que se pretenda hacer valer, ya sea si consiste en una prestación de *dare, facere, volere* o *non facere*. Atendiendo a la diversa naturaleza de la prestación incumplida, cabe hacer mención de las disposiciones de nuestro Código Civil que interesan al efecto:

> ***"ARTÍCULO 694.-*** *Si la obligación de entregar se refiere a una cosa cierta y determinada que se halle en poder del deudor, el acreedor puede pedir siempre el cumplimiento de la obligación y debe ser puesto en posesión de la cosa."*

> ***"ARTÍCULO 695.-*** *Cuando la obligación de hacer no exige para su cumplimiento la acción personal del deudor, si éste se negare a realizarla, podrá el acreedor ser autorizado para hacerla ejecutar por cuenta del deudor, o ejecutar la autoridad."*

En el caso de los Pactos de Organización, descritos anteriormente, que generalmente se traducen al final del día en obligaciones de voto, algunos autores cuestionan la posibilidad de recurrir en este campo a la acción de ejecución forzosa, basándose en los siguientes argumentos: i) se menoscaba la libertad de decisión del socio, ii) se limita el proceso de deliberación necesario para la formación de la voluntad social y iii) se coarta las posibilidades de defensa de la sociedad y los límites de la cosa juzgada.

El autor Paz-Ares rebate estos argumentos sosteniendo lo siguiente[42]: i) No es cierto que se atente contra la libertad de voto, por la sencilla razón de que dicha libertad incluye la de vincularse contractualmente, es decir que la libertad de voto no debe entenderse únicamente en el momento de celebrarse la asamblea, de modo que la ejecución forzosa solo lleva al socio a cumplir el compromiso que libremente asumió en el pacto; ii) En cuanto al proceso de deliberación debe tenerse en cuenta que si bien es teóricamente laudable en la práctica no necesariamente se cumple, ni es exigido por ley, máxime considerando que el socio está legalmente autorizado para delegar su voto; iii) Por último, respecto de la limitación de las posibilidades de defensa de la sociedad, debe aclararse que la ejecución forzosa no se dirige contra la sociedad, sino contra el socio firmante del pacto. Esto no puede considerarse que deje en indefensión a la sociedad pues el juez deberá comprobar que la obligación (en este caso el voto en determinado sentido) es válida y procedente, además de que el acuerdo resultante puede ser impugnado por las causas legales o por contradecir el interés social.

En relación con esta discusión, la doctrina italiana se ha inclinado generalmente por rechazar la ejecución forzosa de los convenios de voto[43], mientras que por su parte la cuestión no tiene duda en el derecho anglosajón donde la ejecución *in natura* de los pactos parasociales se ha reconocido como un *equity remedy*[44].

Ahora bien, aún en el supuesto de que este remedio sea aceptado para la ejecución de

42 *Cf. PAZ-ARES. Op. Cit. Pp. 23-25*
43 *Cf. TORINO. Contratti Parasociali, citado por PAZ-ARES. Op. Cit. P. 24*
44 *Cf. PAZ-ARES. Op. Cit. Nota 21*

los pactos parasociales, en la práctica este mecanismo no es del todo prometedor, toda vez que para cuando el incumplimiento sea declarado en sentencia ya la junta llevará algún tiempo de celebrada.

a- Acción de resolución: Los pactos parasociales pueden protegerse, además con los remedios resolutorios que brinda el derecho de los contratos. Por lo que, otra acción legal a la que el socio afectado por el incumplimiento del pacto, podría acudir es a la acción de resolución del contrato. En este sentido, el artículo 692 del Código Civil reconoce este derecho del acreedor: *"En los contratos bilaterales va siempre implícita la condición resolutoria por falta de cumplimiento. En este caso la parte que ha cumplido puede exigir el cumplimiento del convenio o pedir se resuelva con daños y perjuicios."* (el subrayado no es del original).

b- Mecanismos de Autotutela: Las partes pueden reforzar los compromisos asumidos en el pacto, mediante la previsión de otros mecanismos de ejecución o garantía que aseguren en mayor medida el cumplimiento del pacto. En la práctica una de las formas más comunes de hacerlo es a través del establecimiento de cláusulas penales o mediante instrumentos de igual significación, como pueden ser la atribución de un *put* o un *call* frente al incumpliente, en cuyo caso este último quedará obligado a adquirir por encima del precio de mercado las participaciones sociales del socio que ejercita el *put* o a transferir sus participaciones al socio que ejercita el *call* por debajo del precio de mercado[45].

Tercero
Los Pactos Parasociales en las Sociedades Cotizadas

1- Los Pactos Parasociales en las Sociedades Cotizadas

En el caso de las sociedades que transan sus acciones en un mercado accionario, el tratamiento de los pactos parasociales reviste de una especial trascendencia, dadas las particulares circunstancias que afectan a las sociedades cotizadas.

En este sentido, el profesor León Sanz señala que "*en los pactos parasociales de las sociedades cotizadas se produce un entrecruzamiento de plano de las acciones como valores negociables y de su consideración como posiciones subjetivas en una corporación. Desde la perspectiva de la ordenación del mercado de valores, los pactos parasociales resultan potencialmente restrictivos y su celebración puede afectar la formación de los precios, se trata de acuerdos que afectan la liquidez de los valores porque presuponen el condicionamiento de la titularidad y la transmisión de los valores, implican un obstáculo para que se puedan llevar a cabo ofertas públicas de adquisición de acciones…, colocan a las titulares del pacto en una suerte de posición de bloqueo que les permite influir de manera significativa en la determinación del precio y pueden servir como cauce para adquirir el control de una sociedad cotizada."*[46]

La regulación de los pactos parasociales en las sociedades cotizadas, busca precisamente

45 *Cf. PAZ-ARES. Op. Cit. P. 29*

46 *LEÓN SANZ, Francisco José. -La reforma de la regulación de OPAs y el régimen de los pactos parasociales de las sociedades cotizadas-. Noticias de la Unión Europea. Nº 285. España, Octubre 2008. P. 115*

poner un freno a este tipo de situaciones. En términos generales, las legislaciones europeas en relación con los pactos parasociales han establecido las siguientes regulaciones:

a- Obligaciones de Información:

Con respecto a las obligaciones de información de los pactos parasociales, podemos citar a manera de ejemplo la Ley del Mercado de Valores de España, que en su artículo 112 dispone lo siguiente:

"… La celebración, prórroga o modificación de un pacto parasocial que tenga por objeto el ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinja o condicione la libre transmisibilidad de las acciones o de obligaciones convertibles o canjeables en las sociedades anónimas cotizadas habrá de ser comunicada con carácter inmediato a la propia sociedad y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, acompañando copia de las cláusulas del documento en el que conste, que afecten al derecho de voto o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones o de las obligaciones convertibles o canjeables. Una vez efectuadas estas comunicaciones, el documento en el que conste el pacto parasocial deberá ser depositado en el Registro Mercantil en el que la sociedad esté inscrita.

El pacto parasocial deberá publicarse como hecho relevante.

En tanto no tengan lugar las comunicaciones, el depósito y la publicación como hecho relevante, el pacto parasocial no producirá efecto alguno en cuanto a las referidas materias, sin perjuicio de la restante normativa aplicable.

Cualquiera de los firmantes del pacto parasocial estará legitimado para realizar las comunicaciones y el depósito a los que se refiere el apartado anterior, incluso aunque el propio pacto prevea su realización por alguno de ellos o un tercero..."

Según la anterior disposición, se impone la obligación de publicar ciertos pactos parasociales, con el fin de reforzar el régimen de transparencia que rige las sociedades cotizadas. Precisamente, se busca con este deber de publicidad el dar a conocer determinados pactos que, por su contenido, pueden incidir en la estructura de control de las sociedades o en la liquidez de los valores. Como vemos, la publicidad requerida afecta a aquellos pactos parasociales referidos al ejercicio del derecho de voto en las asambleas generales y los que restrinjan o condicionen la transmisibilidad de las acciones.

Adicionalmente, como parte del deber de información, se imponen los siguientes deberes: (i) comunicar la existencia de este tipo de pactos como un hecho relevante (Artículo 82 de la Ley del Mercado de Valores de España), (ii) dar a conocer los pactos parasociales en el informe sobre gobierno corporativo de la sociedad y en la página Web de la sociedad (Artículo 116 de la Ley del Mercado de Valores de España) y (iii) publicar los pactos parasociales en el Registro Mercantil (Artículo 112 de la Ley del Mercado de Valores de España).

Las anteriores obligaciones se fundamentan en la consideración de que la información de estos pactos resulta importante para los inversores, pues de esta manera se puede conocer, entre otras cosas, quién tiene influencia en el control de la sociedad.

Según se detalla en la normativa del Mercado de Valores de España, el cumplimiento de estos deberes de publicidad es un requisito indispensable para la eficacia de estos pactos, además de que el incumplimiento de esta obligación constituye una falta administrativa.

Llama la atención, que la normativa citada sujete la eficacia del pacto al cumplimiento de esta publicidad, es decir, que a partir del cumplimiento de los deberes de publicidad, *"los pactos parasociales son plenamente eficaces y producen las consecuencias jurídicas que le son propias"*[47]. Ahora bien, debe entenderse que la publicación de ninguna manera afecta el régimen de eficacia dada a los pactos parasociales en el régimen legal español, por lo que de conformidad con la normativa en la materia, una vez publicado, el pacto parasocial solamente produce efectos entre las partes firmantes, de modo que la sociedad tiene la consideración de un tercero respecto al pacto por lo que no queda afectada por su contenido[48]. Asimismo, el contenido del pacto, tampoco es oponible a terceros que contraten con los socios suscribientes del pacto, de modo que, en palabras de Léon Sanz, *"la mera publicidad del pacto conforme a lo dispuesto en el artículo 112 LMV no es suficiente para desvirtuar la buena fe del tercero…"*[49]

b- Obligación de Promover una OPA

Para efectos de regular la adquisición del control en estas sociedades, el artículo 60 de la Ley del Mercado de Valores de España exige que en caso de que por medio de un pacto parasocial se adquiera el control de la sociedad, los accionistas favorecidos con él deberán presentar una Oferta Pública de Adquisición de Acciones (OPA).

"Artículo 60: Quedará obligado a formular una oferta pública de adquisición por la totalidad de las acciones u otros valores que directa o indirectamente puedan dar derecho a su suscripción o adquisición y dirigida a todos sus titulares a un precio equitativo quien alcance el control de una sociedad cotizada, ya lo consiga:

a- Mediante la adquisición de acciones u otros valores que confieran, directa o indirectamente, el derecho a la suscripción o adquisición de acciones con derechos de voto en dicha sociedad;

b- Mediante pactos parasociales con otros titulares de valores; o

c- Como consecuencia de los demás supuestos de naturaleza análoga que reglamentariamente se establezcan…"

Precisamente, la obligación de presentar una OPA se establece como consecuencia de la adquisición del control de una sociedad, lo cual según se indica en el artículo supra transcrito puede alcanzarse mediante la suscripción de un pacto parasocial. En la normativa española, se considera que se ha adquirido el control cuando se alcanza una participación superior al 30% de los derechos de voto o cuando se nombren más de la mitad de los directores.

Ahora bien, para la aplicación de la anterior obligación, reviste especial importancia la definición de cuáles pactos parasociales

47 *LEÓN SANZ. Op. Cit. P. 123*
48 *Cf. Ibidem*
49 *LEON SANZ. Op. Cit. P. 123*

tienen como consecuencia la adquisición del control en una sociedad.

En este sentido, el autor León Sanz, plantea los siguientes criterios en procura de determinar aquellos pactos que conllevan la adquisición del control: *"Se considera que existe un concierto con el fin de obtener el control en todas aquellas acciones concertadas que habilitan para establecer una política común en lo que se refiere a la gestión de la sociedad o que tienen por objeto influir de manera relevante en la misma.*

Resulta necesario, por tanto, que se den una serie de notas para que se entienda que se obtiene el control mediante un concierto:La relación entre los titulares de valores integrantes del concierto ha de tener una cierta estabilidad y consistencia…

El concierto ha de tener por objeto el establecimiento de una política común en la sociedad afectada…

Por último, la acción en concierto ha de hacer posible el ejercicio de una influencia relevante en la gestión de la sociedad…"[50]

Si bien, consideramos que por las especiales características de las sociedades cotizadas, es necesario regular el tema de los pactos parasociales de una forma especial, creemos que la exigencia del régimen español de publicar el contenido del pacto en el Registro Mercantil es innecesaria, pues con ello implica dar a conocer no solo las materias relativas al control de la sociedad, sino que se pone en conocimiento de terceros cuestiones irrelevantes para el mercado de valores, que puedan estar igualmente comprendidas dentro del pacto.

Conclusión

Es innegable que los pactos parasociales o acuerdos privados de accionistas, independientemente de que se encuentren previstos o no por los diferentes ordenamientos jurídicos, son comúnmente utilizados por los empresarios en el curso de sus negocios sociales.

Estos pactos, como quedó expuesto en la presente investigación, revisten especial importancia, toda vez que a través de ellos los socios han ideado un mecanismo para influir en la vida de la sociedad de una forma más ágil y acorde con sus intereses.

Si bien, como vimos, paulatinamente la doctrina ha ido aceptando con menor recelo la validez de este tipo de acuerdos, aún nos encontramos con una gran cantidad de ordenamientos jurídicos en los cuales no existe tratamiento legal alguno sobre la materia. Esta falta de regulación del tema en nuestro medio, ha dado pie al surgimiento de una serie de lagunas a las que resulta necesario dar respuesta desde el punto de vista del derecho societario.

Consideramos, que si bien este tema no ha trascendido en nuestros tribunales de justicia, lo cierto es que es innegable que en la práctica jurídica costarricense estos pactos son celebrados con bastante frecuencia, lo cual representa un riesgo inminente para los interesados y para el mismo operador jurídico, por la incertidumbre imperante respecto de la validez y oponibilidad que nuestros jueces vayan a dar a este tipo de contratos.

50 *LEÓN SANZ. Op. Cit. P. 128*

En razón de lo anterior, resulta necesario estudiar los alcances, naturaleza jurídica y principales características de este tipo de pactos, con el fin de determinar, la procedencia legal y eficacia de los pactos parasociales a la luz del ordenamiento jurídico costarricense.

Desde nuestra perspectiva, consideramos que en tanto, este tipo de pactos no contradigan disposiciones de orden público, son válidos y eficaces entre las partes, como manifestación del principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, no serán oponibles a terceros mientras no salgan de la esfera privada de las relaciones entre los socios.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

ELÍAS, Enrique. Derecho Societario Peruano: La Ley General de Sociedades. Editora Normas Legales, Trujillo, Perú, 1999.

ESCUTI, Ignacio. De la Sindicación de Acciones a los Contratos Parasociales. Argentina, 2006.

PÉREZ VARGAS, Víctor. Derecho Privado. Tercera Edición. Litografía e Imprenta Lil, S.A. San Jose, 1994.

RICHARD, Efraín y MUIÑO, Orlando. Derecho Societario. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.

Tesis:

RODRÍGUEZ AGUILAR, Germán y ROJAS FAJARDO, Max. Acuerdos Externos de Accionistas en la Sociedad Anónima. Tesis para optar el grado de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, 1998.

Revistas:

CERTAD MAROTO, Gastón. “Derecho Societario y Normas de Orden Público”. Revista de Ciencias Jurídicas. No. 117. San José, Setiembre-Diciembre, 2008.

LEÓN SANZ, Francisco José. “La reforma de la regulación de OPAs y el régimen de los pactos parasociales de las sociedades cotizadas”. Noticias de la Unión Europea. No. 285. España, Octubre 2008.

PAZ-ARES, Cándido. “El Enforcement de los Pactos Parasociales”. Actualidad Jurídica Uría & Menéndez. No. 5. Madrid, 2003.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. “Los Pactos Parasociales anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Transparencia”. Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil. Universidad Complutense, Madrid, Enero, 2007.

Sitios de Internet:

http://www.togas.biz/articulos/Derecho-Mercantil/Societario/Los-estatutos-sociales-y-los-pactos-parasociales-en-las-sociedades-mercantiles.html BEGOÑA, Vera. “Los estatutos sociales y los pactos parasociales en las sociedades mercantiles.” Publicado en Julio, 2007.

http://books.google.co.cr/

books/09Shareholders+Agreements:+A+Tax+and+Legal+Guide&sourceBERNSTEIN, Jack y otros. “Shareholders Agreements: A Tax and Legal Guide”. 2004.

http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/caama-01.pdf CAAMAÑO, Carlos. “Sindicación de Acciones”. Revista Electrónica de Derecho Mercantil. Argentina.

http://www.haas.berkeley.edu/groups/finance/Shareholderagreements1.pdf CHEMLA, Gilles y otros. “An Analysis of Shareholder Agreements. 2002

Leyes:

Código Civil. Ley No. 3 de 1 de enero de 1888. 5ta Edición. San José, IJSA, 1998.

Código de Comercio. Ley No. 3284 de 30 de abril de 1964. 12va. Edició. San José, IJSA, 2000.

Constitución Política de la República de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949. San José, Publicaciones Jurídicas, 1998.

Ley General de las Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada. No. 479-08. República Dominicana.

Ley del Mercado de Valores. No. 37. España.

Ley de Sociedades. Real Decreto Legislativo 1564/1989. España.

Ley General de Sociedades**.** No. 26887, Perú.

Reglamento número 2157/2001. Emitido por el Consejo Comunitario Europeo, el 8 de octubre del 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, Unión Europea.

Model Business Corporation Act. Tercera Edición. Estados Unidos de América, 2002.

PROLEGÓMENOS DE DERECHO BANCARIO[1]

Lic. Luis Albán Arias Sosa

Agradecimiento
A Roy Alfaro Vargas por sus calificados criterios.

Introducción

Motivan estos apuntes la importancia, en paulatino aumento, alcanzada por la materia jurídico-bancaria. Ella implica atentos exámenes para su entendimiento y delimitación. Más trabajos respecto a este campo le suponen mayor impulso y coherencia. El sobrio aporte aquí propuesto ambiciona contribuir en dichos esfuerzos. Por eso, la específica intención perseguida es hacer un deslinde inicial de este especial tópico.

En consecuencia, los objetivos regentes de este artículo son los ahora relatados:

- Explicar el Derecho Bancario a partir de una perspectiva originaria e híbrida.
- Señalar su falta de autonomía.
- Exponer aquellos atributos que lo configuran.

Resulta así perfilado, a través de sus patrones elementales, el ámbito de maniobra de la disertación.

Así las cosas; en este estudio bibliográfico, orientado a formular criterios fundados acerca de la temática, se abarca desde la significación de la rama considerada, transitando por su naturaleza, hasta llegar a sus singularidades intrínsecas.

Prolegómenos de Derecho Bancario[*]

A- Noción

En el mundo moderno, cada día, es muy frecuente encontrarse con: bancos comerciales, financieras, casas de cambio de moneda, mutuales, cajas de ahorro, entidades banqueras hipotecarias, cooperativas y demás.[2] Todas ellas regentadas, en mayor o menor grado, por una banca central.[3] Ésta es la autoridad del sector, tiende a garantizar la eficiencia y estabilidad del mismo.[4] Para lo cual cuenta con poderes de orientación y control.[5] Por eso el resto de integrantes del sistema, antes reseñados, deben cumplir con las regulaciones que estipule.[6]

El complejo institucional precedente y, más importante, el público involucrado con éste; determinan la necesidad de una atención jurídica apropiada. Por cuanto nuevas relaciones ameritan ser regladas, inéditas figuras requieren cuidado, originales prácticas económicas merecen tratamiento, abusos y peligros deben evitarse; en fin, es la ocasión del Derecho Bancario.[7]

A saber:[8] el conjunto sistémico y unitario de conocimientos[9] acerca de las normas,[10] de derecho público y privado, relativas a los bancos,[11] su organización[12] y negociaciones;[13] tanto cuando se vinculan[14] con la clientela[15] como si lo hacen con el Estado.[16]

* *Las notas al pie se encuentran al final del artículo*

Las relaciones entre este último y las entidades banqueras son de carácter público,[17] mientras las de éstas con los particulares[18] pertenecen -en lo medular- a la esfera privada.[19] Es decir,[20] existe la interacción de ambas ramas[21] por tener un mínimo común denominador: la banca.[22] En la orbita publicista están -sobre todo- las normas concernientes al banco propiamente dicho[23] y en la privatista aquellas referidas a su actividad.[24] Admítase, entonces, una normativa cuyo origen y naturaleza resultan disímiles.[25]

Resta solamente por señalar, en cuanto a la dicotomía recién expuesta, que el intervencionismo estatal, durante muchos períodos ausente, obedece –en específico- a la sentida necesidad de proteger a quien es considerado más débil.[26] Y también –en general- a asegurar el cuantioso ahorro captado por el conglomerado de entidades banqueras.[27]

No caben dudas, por lo examinado hasta aquí, sobre la evidente especialidad del objeto regulado por el Derecho Bancario: una amplísima[28] actividad. Ésta lo determina interna y externamente.[29] Pues en función de ella se norman aspectos organizativos y mecanismos de vinculación con el mercado.[30] Resumiendo, su objeto abarca toda la cosmología de la banca.[31]

B- Rango

Ante todo lo expresado, ¿vendría a ser la contemplada acá una rama autónoma? Eso sí, teniendo claro lo relativa que resulta la “autonomía” en el campo jurídico.[32] Por cuanto, el Derecho es uno solo.[33] Hay articulación orgánica entre sus diversas partes componentes.[34] Ninguna es por completo autosuficiente, más bien se presenta una estrecha unión.[35] Como corolario, cualquier eventual independencia debe ser entendida según el sentido recién apuntado.[36]

Siempre en esta tesitura, tres[37] son los criterios proveedores de autonomía:[38] principios exclusivos (tan peculiares y excepcionales que no encuentran parangón), ordenamiento propio (un cuerpo separado y armónico) y estudio diferenciado (en los ámbitos académico y doctrinal).[39] La primera pauta autonómica es la más difícil de cumplir. Los postulados productores de emancipación, acreditan un auténtico viraje respecto de los preceptos generales; no puede tratarse de un leve giro.[40]

Tener un grupo de normas muy suyas, segundo criterio imperioso, es algo tradicionalmente instado. La repercusión social, económica y política de la materia a regular; debe conducir a la presencia de una integral legislación consagrada a tutelarla.[41] La instrucción, por su lado, contiene el compromiso de equiparse a la usual en ramas arraigadas.[42] Con otras palabras, desde este ángulo didáctico,[43] sería ostentar la posibilidad de recopilar y exponer en forma separada.[44]

Ahora bien, ¿cómo le va al Derecho Bancario con esa terna de menesteres? Para los conocedores, al no ser distintos de los encontrados en otros ordenes[45] y quedarse cortos en rasgos,[46] sus principios carecen de exclusividad. Además, pese a ciertas leyes especiales dispersas,[47] adolece de un ordenamiento jurídico propiamente dicho;[48] según los entendidos su legislación es deficiente y cambiante.[49] Tampoco el aspecto didáctico se verifica a cabalidad. Las universidades si acaso imparten un curso de postgrado[50] y la doctrina[51] tiende a ser escasa.[52]

La falta de la tríada de criterios autonómicos,[53] coloca al renglón bancario como Derecho Especial.[54] Amén de que -trío autonomista aparte- sin codificaciones de relevancia, con reducida jurisprudencia y aún pocos agentes involucrados; lejos de poder segregarse,[55] es más bien probable su permanencia integrando el Derecho Administrativo y el Derecho Mercantil.[56]

C- Particularidades

Así las cosas, quedan por observarse las características moldeadoras del Derecho Especial Bancario. Éste resulta Mixto,[57] en su seno coexisten aparejadas normas jurídicas públicas y privadas;[58] lo cual hace heterogénea su composición.[59] Esto último no debe asustar; una realidad compleja, como la aquí cubierta, amerita una plena atención por normativas de diverso signo.[60]

Asimismo presenta, siendo su segunda peculiaridad, un Primado del Interés Público.[61] Ello al guardarse un celoso cuidado, por virtud del poder policial asignado,[62] en preservar los capitales e inversiones procedentes, en buena parte, de la población.[63] Igualmente es catalogado de Masivo.[64] Por cuanto la amplísima actividad a regular, se realiza de modo uniforme y constante.[65] Convirtiendo el banco la “repetición” en una verdadera industria.[66]

El siguiente rasgo lo designa como Profesional.[67] Al estar dirigido, en grado sumo, a sujetos expertos y preparados para la temática bancaria.[68] También es considerado Enclave de la Buena Fe. Porque se dedica a gestar confianza en la entidad banquera y en su personal,[69] lo cual es primordial para la concurrencia.[70] Pues muchas veces, máxime con el auge de los medios electrónicos, las obligaciones son constituidas sin papeles o rúbricas.[71]

Su penúltima característica: Tecnológico.[72] Hace frente a notables avances en los servicios a suministrar.[73] Los pasos cartularios, cada vez más, ceden lugar a la automatización.[74] Finalmente, recibe el calificativo de Formal.[75] Puesto que sus formalidades condicionan, respecto a validez y pruebas, el funcionamiento de la banca.[76]

CONCLUSIÓN

En las postrimerías de estas consideraciones resulta apropiado y congruente, enfatizando puntos primordiales, establecer el arqueo de lo hecho. Nótese, por tanto, el parecer medular trazado.

Una profusa combinación de aspectos (el sinnúmero de entidades, su autoridad central, los vínculos, modelos y procedimientos surgidos, la imperativa tutela, etc.) suscitan el Derecho Bancario.

Éste goza de fisonomía mixta, con diversos matices según la esfera implicada (sujetos intervinientes, regulación de banca, actividad empresarial).

Su calificativo jurídico, por carecer de criterios autonomistas, es el de rama especial.

Exhibe una conformación dual ante la primacía del interés general y el alto volumen de tecnificadas operaciones a cargo de rectos conocedores**.**

Así es como arriban a puerto, conforme el rumbo previsto, las distintas ideas blandidas desde los preludios de esta labor.

BIBLIOGRAFÍA*

Libros

Benélbaz (Héctor) y Coll (Osvaldo)
Sistema Bancario Moderno, Buenos Aires, Ediciones Depalma, s.n.e., T. II, 1994.

Boneo (Eduardo) y Barreira (Eduardo)
Contratos Bancarios Modernos, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, s.n.e., 1994.

Bonfanti (Mario)
Contratos Bancarios, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, s.n.e., 1993.

Jiménez (Humberto)
Derecho Bancario, San José, EUNED, Tercera reimpresión de la 1 ed., 2000.

Méndez (Odilón)
La Investigación Científica, San José, Investigaciones Jurídicas, 2 ed., 2002.

Morales (Francisco)
Fundamentos de la Actividad y los Negocios Bancarios, Bogotá, Ediciones Jurídicas Radar, Primera edición, 1991.

Ortega (Luis)
Derecho Bancario, Guayaquil, Edino, s.n.e., s.a.

Ruiz (Humberto)
Derecho Bancario, México, Oxford, primera edición, 2003.

Tapia (Alberto)
Derecho Bancario, Barcelona, Cálamo, s.n.e., 2002.

Villegas (Carlos)
Operaciones Bancarias, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, s.n.e., 1996.

Revistas

Benélbaz (Héctor)
El Derecho Bancario y la Constitución Nacional. **Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones**, Buenos Aires, #127-128, abril de 1989, pp. 1-63.

Bravo (Roger)
Desde un Punto de Vista Cualitativo y Cuantitativo. ¿Se Puede Hablar de un Derecho Bancario Autónomo o No? Revista Judicial, San José, #72, mayo de 1998, pp. 35-50.

Jiménez (Humberto)
Teoría General de la Actividad Bancaria. **Ivstitia**, San Pedro, #230-231, febrero-marzo del 2006, pp. 14-25.

Mora (Fernando)
Actividad Bancaria: ¿Servicio Público o Empresa? **Ivstitia**, San Pedro, #236-237, agosto-setiembre del 2006, pp. 4-12.

Tratado

Martorell (Ernesto)
Tratado de los Contratos de la Empresa, Buenos Aires, De Palma, s.n.e., T. II, 1996.

Obras Colectivas

Campobasso (Gian Franco)
La Evolución de los Servicios Bancarios y Financieros en el Ordenamiento Italiano, **Derecho Bancario y Financiero Moderno**, Buenos Aires, Ad-Hoc, Primera edición, 1999, pp. 137-166.

Gerscovich (Carlos)
Marcos del Derecho Bancario y Financiero, **Derecho Bancario y Financiero Moderno**, Buenos Aires, Ad-Hoc, Primera edición, 1999, pp. 33-113.

Trabajos Finales de Graduación

Rudín (Nicole)
Los Efectos que Produce en el Sistema Bancario Nacional, los Embargos sobre las Cuentas de Reserva del Banco Central de Costa Rica y la Implementación de Nuevos Sistemas Legales de Seguridad a la Red de Protección Bancaria, San José, Tesis para optar por el título de Licenciada en Derecho, Escuela de Derecho de la Universidad La Salle, 2007.

Notas al pie

1 S.S.C. – I.T.C.R., Santa Clara, 2008

2 Dichas entidades conformando una unidad, pues no actúan aisladamente, son la dimensión institucional bancaria. Así: Tapia, 2002, p.17 y Villegas, 1996, p.24.

3 "... que inviste la calidad de organismo contralor de todo el sistema, ..." Boneo y Barreira, 1994, p.31. "Las funciones de coordinación, regulación y control del sistema bancario nacional las cumple el Banco Central, ..." Sala Constitucional citada por Rudín, 2007, p.70.

4 Inventada a consecuencia de la Depresión del 29, otro de sus principales cometidos es posibilitar la intermediación financiera. Asimismo: Gerscovich, 1999, p.38 y Jiménez, 2006, p.25.

5 El llamado "poder de policía bancario". De esta forma: Corte Suprema de Justicia Argentina citada por Gerscovich, 1999, p.42.

6 En conclusión, el Estado fiscaliza la actividad a través de su Banco Central. De este modo: Benélbaz, 1989, p.14; Benélbaz y Coll, 1994, p.329 y Campobasso, 1999, p.140.

7 Ver en igual sentido, Rodríguez citado por Bravo, 1998, p.37 y Rudín, 2007, pp.66 y 71.

8 La presente noción, aquí depurada, se recobra de varios ilustres académicos. Rodière y Rives-Lange, Garrigues, Rodríguez, Vázquez, Acosta, Rocco y Giraldi citados por Benélbaz, 1989, pp.1-6; además, Rodríguez, Broseta, De Camargo, Garrigues y Abrao citados por Bravo, 1998, pp.37-38 y 40.

9 "... rama específica de las ciencias jurídicas que estudia la industria financiera ..." Benélbaz y Coll, 1994, p.321.

10 "... rama del derecho destinada al estudio y análisis de los principios y normas que rigen la actividad bancaria." Bravo, 1998, p.40.

11 "... los profesionales del comercio de banca, ..." Rodière y Rives-Lange citados por Benélbaz, 1989, p.1. Tal es su protagonismo que hay hasta quienes definen a partir de ellos. Derecho Bancario sería, entonces, el bloque de disposiciones dirigidas a la persona denominada "entidad banquera". Boneo y Barreira, 1994, p.36. Estaría conformada la materia en cuestión por las personas, cosas y negocios típicos de la operatividad bancaria. De esta manera: Rodríguez citado por Martorell, 1996, p.19.

12 "... creación, funcionamiento y vigilancia, ..." Vázquez citado por Benélbaz, 1989, p.3.

13 "... los actos, contratos y operaciones a que da lugar el Dinero ..." Ortega, s.a., p.36.

14 "Delfino ..., configura al Derecho Bancario, como formado exclusivamente por el conjunto de normas jurídicas que disciplinan las relaciones inherentes al comercio bancario." Delfino citado por Boneo y Barreira, 1994, p.37.

15 "... –se- enmarca la actividad del negocio jurídico bancario como relación interbancaria y de la banca con las personas públicas o privadas, sean estas últimas físicas o jurídicas." Vázquez citado por Benélbaz, 1989, p.3 –lo entre guiones no es del original-.

16 Acá atañen: "...; la protección de los intereses del público y las facultades de las autoridades de la materia." Ruiz, 2003, p.26.

17 "... es una actividad muy vinculada con el desarrollo de los pueblos, y que por lo tanto tiene un carácter de interés público." Ortega, s.a., p.40.

18 "Al Derecho Bancario muchos lo clasifican como de orden privado, ..., por ser un ordenamiento que primordialmente regula actividades particulares ..." Ortega, s.a., p.40.

19 No se funden el Derecho Público y el Privado. "..., sino que son perfectamente separables ..., siendo posible agruparlas en un conjunto orgánico de disposiciones administrativas y de disposiciones estrictamente particulares." Ortega, s.a., pp.46-47. Menos tajante, el siguiente criterio: "..., la doctrina mayoritaria ha marchado por los carriles de una interacción "publico-privada", receptando los grandes moldes del derecho común pero reconstruyéndolos - ... – para que puedan albergar las nuevas necesidades ..." Bonfanti, 1993, p.16.

20 Ya no es como antes. "Una actividad que se ejerce profesionalmente no es libre, como sucedía en un pasado no muy lejano, sino que se encuadra en un ordenamiento publicístico, ..." Molle citado por Benélbaz, 1989, p.3.

21 ... por lo que dentro del mismo acto unos elementos pueden estar sometido al Derecho Administrativo y otros al Derecho Privado." García y Ramón citados por Jiménez, 2000, p.32.

22 Para el ámbito patrio afirmase que la banca central y los bancos estatales son de índole publica, por su lado es de esencia privada el ligamen de cualquier entidad banquera con su cliente. Jiménez, 2000, p.31.

23 "... régimen de autorizaciones, de control administrativo y de condiciones imperativas de contratación ..." Broseta citado por Bravo, 1998, p.39.

24 "... por su condición de empresarios mercantiles." Broseta citado por Jiménez, 2000, p.30.

25 En esto seguimos a un estudioso del tema. Benélbaz, 1989, p.1.

26 Frente a una parte usualmente poderosa y especializada, se encuentra otra urgida de recursos económicos e ignorante de la materia. De tal manera: Jiménez, 2006, p.20.

27 Por eso: "... el estado establece normas de subordinación a las que deberán ajustarse las entidades y las personas físicas que actúan en el mercado financiero." Villegas citado por Bravo, 1998, p.39. Ver en igual sentido, Boneo y Barreira, 1994, p.26 y Gerscovich, 1999, p.41.

28 El hecho aislado no justifica un esfuerzo social por regularlo, debe tratarse de una actividad significativa (fomentar la circulación del dinero) que amerite ser acogida por el Derecho. De tal forma: Ortega, s.a., pp.36 y 43.

29 En esto secundamos doctrina nacional. Bravo, 1998, p.46.

30 Tales como: estructuración empresarial, gestión intrínseca, documentación negocial y tramitología operativa. Así: Molle citado por Benélbaz, 1989, p.2 y Tapia, 2002, p.17.

31 Término acuñado en Argentina. Benélbaz y Coll, 1994, p.321.

32 "..., debido a la fundamental unidad del ordenamiento jurídico ..., la autonomía de cualquier rama del derecho debe ser juzgada como relativa." Meza citado por Bravo, 1998, p.46.

33 Unidad del Derecho. Asimismo: Fonrouge citado por Jiménez, 2000, p.34.

34 "..., no existe rama del derecho que no se nutra de otras, ..." Jiménez, 2000, p.33.

35 "... desde una perspectiva jurídica no podemos considerar la autonomía como un criterio absoluto, ..., por cuanto cualquier rama ... acepta el recurrir hacia otras ... para integrar y resolver problemas ... propios de su misma materia ..." Bravo, 1998, p.40.

36 "... la industria financiera moderna, ..., no está inserta en un campo autónomo absoluto, sino que tiene puntos tangenciales con todas las disciplinas del derecho, ..." Garrigues citado por Benélbaz y Coll, 1994, p.320.

37 Algunos mencionan, como un posible cuarto criterio, a la jurisdicción especializada. Tribunales y procesos específicamente previstos para dilucidar los asuntos de cierta materia. Ballarín citado por Bravo, 1998, p.41 y Jiménez, 2000, p.35.

38 Autonomías: científica, legislativa y didáctica. De esta forma: Villegas citado por Benélbaz y Coll, 1994, p.320.

39 En esto apoyamos publicaciones locales. Bravo, 1998, p.41 y Jiménez, 2000, p.33.

40 Ver en igual sentido, Biasse citado por Ortega, s.a., p.46 y Rudín, 2007, p.70.

41 En esto seguimos a varios expertos. Jiménez, 2000, p.33; Ortega, s.a., p.47 y Rudín, 2007, p.70.

42 Como pueden ser, por ejemplo y a juicio hispánico, el Derecho Civil o el Derecho Comercial. Tapia, 2002, p.18.

43 "... para su enseñanza y mejor entendimiento." Ortega, s.a., p.47.

44 Ello por la conveniencia de una mejor sistematización y, principalmente, por la necesidad de enfocar singulares relaciones e intercambios que exigen un trato jurídico distinto. De este modo: Garrigues citado por Bravo, 1998, p.43. Ver en igual sentido, Martorell, 1996, p.21 y Ortega, s.a., p.48.

45 "... derecho obligacional o contractual común, ..." Martorell, 1996, p. 21.

46 "..., en el sentido de que ... resulten peculiares y excepcionales frente a otras ramas, ..." Rodríguez citado por Benélbaz, 1989, p.2.

47 "Nuestra legislación bancaria no es un sistema integrado que se agote en sí mismo, ..., prácticamente depende y se sustenta en otras ramas del derecho." Jiménez, 2000, p.34.

48 "..., no podemos hablar de que en Costa Rica exista a nivel legislativo, una autonomía clara y determinada de la banca, ..." Bravo, 1998, p.48.

49 "... la norma legal deviene imprecisa por el batiburrillo de disposiciones de corta duración que se van dictando, ..." Martorell, 1996, p.21. "... el Estado modifica las reglas de manera casi constante." Rives-Lange citado por Bonfanti, 1993, p.15.

50 "..., para analizar y estudiar las entidades bancarias, las actividades que ellas realizan, los contratos que celebran y las relaciones con las entidades reguladoras y con los sistemas de control." Rodríguez citado por Benélbaz, 1989, p.2.

51 Un afamado maestro español le reconoce cierta autonomía doctrinal. Garrigues citado por Martorell, 1996, p.21.

52 Ver en igual sentido, Bravo, 1998, p.48; Jiménez, 2000, pp.34-35 y Martorell, 1996, p.21.

53 Igual le sucede al: Derecho Concursal, Derecho de Bolsa, Derecho de Seguros, Derecho de Sociedades, Derecho de los Títulos Valores, Derecho Monetario, etc. De este modo: Cottely citado por Benélbaz, 1989, p.4; Bonfanti, 1993, p.15 y Rodríguez citado por Bravo, 1998, p.37.

54 "... aquel cuyas normas consagran desviaciones a la línea de los principios generales." Pugliatti citado por Martorell, 1996, p.20.

55 Tan no se da la partida, que un cúmulo de los múltiples negocios de la banca son calificados como "actos mercantiles". Es decir, incumben al Derecho Comercial. De esta manera: Benélbaz y Coll, 1994, p.324; Boneo y Barreira, 1994, p.35 y Bonfanti, 1993, p.18. "..., los actos que realizan los bancos son en su esencia actos mercantiles." Ortega, s.a., p.45.

56 Ver en igual sentido, entre otros, Benélbaz, 1989, p.1; Rodríguez citado por Boneo y Barreira, 1994, p.39 y Bonfanti, 1993, p.15.

57 "... el carácter "mixto" del derecho bancario (público y privado) es de por sí una característica particular." Benélbaz y Coll, 1994, p.320. "... derecho administrativo sobre las instituciones de crédito, ... otro primordialmente privado sobre las operaciones de crédito." Martorell, 1996, p.22. Ver en igual sentido, Bravo, 1998, p.42 y Tapia, 2002, p.18.

58 "... –el- Derecho Bancario está integrado por un conjunto de normas mixtas: unas de derecho publico y otras de derecho privado ..." Sala Constitucional citada por Rudín, 2007, p.70 –lo entre guiones no es

del original-. "Las primeras corresponden al derecho público administrativo y las últimas ... integran el derecho contractual bancario." Cámara Federal de Rosario, Sala B, citada por Boneo y Barreira, 1994, p.28.

59 Regulase gran variedad de aspectos (autorizaciones, inversiones de reservas, publicidad de balances, fiscalizaciones, relaciones patrimoniales, clientela, etc.). De tal manera: Ortega, s.a., p.46.

60 "-el- sujeto predominante y unificador de las mismas ... es el "banco"." Boneo y Barreira, 1994, p.38 –lo entre guiones no es del original-.

61 Ver en igual sentido, Gerscovich, 1999, p.41; Jiménez, 2006, p.20 y Rudín, 2007, p.73.

62 "... que ejerce el Estado por intermedio de la banca central." Fargosi citado por Benélbaz, 1989, p.13.

63 "... -captación del ahorro público y su empleo en el otorgamiento de crédito- son funciones de interés público." Mora, 2006, p.6.

64 "... –por- la reiteración de actos." Bravo, 1998, p.44 –lo entre guiones no es del original-.

65 Con base en machotes y formularios. De tal forma: Jiménez, 2006, p.18 y Tapia, 2002, p.18.

66 En esto secundamos al ilustre profesor hispano. Garrigues citado por Bonfanti, 1993, p.18.

67 Al ser aplicable a un veraz especialista: "..., es muy frecuente ... entregar un bien o incluso un capital entero al banco para que sea éste quien, dada su experiencia, su capacidad, sus múltiples relaciones, y su poder, lo administre por el cliente." Morales, 1991, p.351.

68 El desempeño esperable del banquero es el de un avezado perito. Así: Gerscovich, 1999, p.41 y Jiménez, 2006, p.24.

69 Éste poseedor de: "... una honestidad y entereza moral especial, ..." Jiménez, 2006, p.19.

70 "... un valor sustancial del sistema ... es la confianza que inspira toda organización bancaria solidamente constituida." Boneo y Barreira, 1994, p.27.

71 En esto seguimos escuela sudamericana. Benélbaz y Coll, 1994, p.322 y Morales, 1991, p.348.

72 Ver en igual sentido, Benélbaz, 1989, p.7; Bonfanti, 1993, p.17 y Bravo, 1998, p.44.

73 "..., el impacto de la tecnología, -es- de directa y profunda incidencia en "el banco hipermoderno"." Martorell, 1996, p.24 –lo entre guiones no es del original-.

74 "... ha terminado la tiranía del papel y del papel moneda." Vasseur y Alegría citados por Benélbaz y Coll, 1994, p.322.

75 En esto secundamos a un interesante artículo. Bravo, 1998, p.44.

76 "Las formas a observar en la realización de los actos bancarios obedecen a reglas uniformes impuestas por la rapidez, y otras a resoluciones del ente rector, ..." Benélbaz, 1989, p.7.

* Recabada durante la primera parte del 2008. Las bibliotecas consultadas fueron: Asamblea Legislativa, Banco Central de Costa Rica, Colegio de Abogados y Poder Judicial.

FINALIZACIÓN DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO DE LOS SERVIDORES POLICIALES

Lic. Randall Loría Rivera

SUMARIO

Índice

Introducción

Sección A- La Libertad de Nombramiento y Remoción de los Miembros de las Fuerzas de Policía según la Constitución Política

I- El artículo 140 de la Constitución Política

II- La Ley General de Policía Nº 7410 de 1994

Sección B- Las Causas, Motivos o Formas de Extinción de la Relación de Empleo Público que une a los Miembros de las Fuerzas de Policía con la Administración, según la Legislación Vigente

I- De la Cesación de la Relación de Empleo Público por No Aprobar el Período de Prueba

II- De la Cesación de la Relación de Empleo Público por Fraude o Grave Error Material en el Nombramiento

III- De la Cesación de la Relación de Empleo Público por Acaecimiento del Plazo Legal

IV- De la Cesación de la Relación de Empleo Público por Causas Disciplinarias

IV.I- Del Despido Sin Responsabilidad Patronal por Incumplimiento de las Obligaciones Derivadas de la Disponibilidad de Servicio

V- Del Libre Despido de los Miembros de las Fuerzas de Policía por No Estar Incorporados en el Estatuto Policial

VI- De la Finalización de la Relación de Empleo Público por Ineficiencia, Impericia o Incompetencia de los Miembros de las Fuerzas de Policía

Sección C- De las Consecuencias del Rompimiento de la Relación de Empleo Público de los Miembros de las Fuerzas de Policía

Conclusiones

Bibliografía

FINALIZACIÓN DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO DE LOS SERVIDORES POLICIALES

Lic. Randall Loría Rivera

Introducción

Hasta el año 1994, por disposición de la misma Constitución Política, el Poder Ejecutivo tenía la libertad plena no sólo de nombrar sino también la de remover a los miembros de las fuerzas de policía existentes en el país, independientemente de la existencia o no de una justa causa para ello. Entonces las plazas destinadas a la seguridad pública se convirtieron en un preciado botín político, que usualmente se repartía por parte del Gobierno de turno a sus simpatizantes, precisamente por haber recibido de ellos o de algún pariente de éstos, ayuda durante los procesos electorales.

Obviamente tal festín fue advertido por los legisladores, quienes entonces deciden impulsar una legislación que permitiera una mayor profesionalización en la prestación del servicio seguridad pública a la vez que permitiera una tutela de los derechos de los trabajadores policiales, en aras de un eficiente y eficaz servicio público de seguridad. Es por ello que surge en 1994, la Ley General de Policía.

La Ley General de Policía Nº 7410 viene a constreñir hasta cierto punto las potestades supradescritas, puesto que ahora se establecen requisitos mínimos que debe respetar la Administración para el nombramiento de miembros de las diferentes fuerzas de policía del país, empero además regla las diversas formas en que se puede dar por finalizada la relación de servicio que une a los funcionarios policiales con la Administración.

Pues bien, esto último es lo que nos interesa, y por ello el objetivo principal de este trabajo lo constituye el identificar las diferentes formas en que se puede dar por terminada la relación de servicio que une a los miembros de las fuerzas de policía con la Administración de acuerdo a la legislación vigente.

Veremos como esa relación puede terminar aún hoy por la simple voluntad del patrono-Estado, independientemente de que exista una causa justa o no para ello, así como por causas que permiten al patrono-Estado aplicar el despido a título de sanción disciplinaria, entre otras formas.

Se aclara de una vez que si bien es cierto pudimos habernos limitado a analizar una sola de las formas de terminación de la relación de empleo público, también lo es que decidimos adentrarnos en las diferentes formas que en nuestro criterio autoriza la Ley General de Policía, para realizar un trabajo más completo.

Sección A
La Libertad de Nombramiento y Remoción de los Miembros de las Fuerzas de Policía Según la Constitución Política

I- El Artículo 140 de la Constitución Política

El artículo 140 de la Constitución Política establece:

> *"Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:*
> *1) Nombrar y* ***remover libremente a los miembros de la fuerza pública****, a los empleados y funcionarios que sirvan cargos de confianza, y a los demás que determine, en casos muy calificados, la Ley de Servicio Civil…"*

Este artículo determina la potestad que tiene el Poder Ejecutivo no sólo de nombrar sino además de remover libremente a los miembros de la fuerza pública. Nos parece importante aclarar el concepto de *"fuerza pública",* así como las posibles razones por las cuales el Poder Ejecutivo ostenta esa libertad de nombramiento y remoción. Así, la Sala Constitucional, señala:

> *"Para efectos de esta consulta podemos definir el concepto de* ***fuerza pública*** *como el conjunto de cuerpos de seguridad -y sus agentes- que bajo la dependencia del Poder Ejecutivo tienen como finalidad mantener el orden público y velar por la seguridad de los habitantes con funciones fundamentalmente preventivas y ocasionalmente represivas. Por disposición Constitucional -y seguramente por motivos históricos ya que en ellas descansa como único cuerpo armado, el poder que apareja la tenencia y el uso de las armas- la Constitución no sólo confiere el mando supremo de ella al Poder Ejecutivo, sino que,* ***por razones obvias de ser funcionarios de absoluta lealtad establece también -como atribución del Presidente y del respectivo Ministro- nombrar y remover a los miembros que componen dicha fuerza pública****".*[1]

Entonces vemos que bajo la apreciación del máximo órgano constitucional de nuestro país, la libertad de nombramiento y remoción de los miembros de las fuerzas de policía, la posee el Poder Ejecutivo en razón de la lealtad que dichos miembros deben guardar no solo con este Poder sino con la Nación misma.

Sin embargo, dicha potestad fue utilizada por parte del Poder Ejecutivo durante mucho tiempo para nombrar como miembros de las distintas fuerzas de policía del país, a aquellas personas normalmente afines al color político del Gobierno de turno –*independientemente de sus conocimientos teóricos y/o prácticos*- y por ende, para despedir a aquellos que no compartían los mismos ideales políticos, de lo cual resultaba un desdén por la eficiencia y eficacia con la que debe actuar la Administración.

Esto se desprende de los comentarios realizados por miembros de la Comisión Especial Legislativa instaurada para tratar el tema de la Ley General de Policía de 1994. Así, en las actas del expediente respectivo, se menciona lo siguiente:

1 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto Nº 1588-91 de 9:30 hrs. de 16 de Agosto de 1991.

> *"C. SELECCIÓN Y RECLUTAMIENTO DE PERSONAL*
> *3. La selección y reclutamiento de los miembros de policías especiales debe realizarse mediante pruebas psicológicas técnicas y de destreza, que permitan identificar a los funcionarios idóneos para ejecutar labores especiales de policía.*
> *Además, deben establecerse requisitos morales, educativos, físicos y mentales, que se respeten rigurosamente en el momento de la selección. El ingreso a estos cuerpos debe ser, por lo tanto,* ***despolitizado*** *y altamente profesionalizado. (…)*
> *5. SELECCIÓN, CAPACITACION Y ESTABILIDAD LABORAL.*
> *5.1. Selección*
> ***Las formas de reclutamiento y la influencia política en el nombramiento de los funcionarios de policía, han sido objeto de preocupación constante por parte de los estudiosos y especialistas en la materia, al igual que por los políticos y funcionarios.*** *Existe consenso de la necesidad de profesionalizar el sistema de reclutamiento, -incluyendo exámenes médicos exhaustivos, estudios psicológicos adecuados y objetivos bien definidos-, lo anterior aparejado a un acuerdo político entre los partidos mayoritarios* ***para evitar que los nombramientos policiales respondan a criterios absolutamente políticos, y no a escogencias de tipo técnico****.*
> *b) La estabilidad Laboral*
> *La comprensión de la necesidad de profesionalización en estos térmi-nos planteó la necesidad de la estabilidad laboral. Se entendió que la profesionalización no puede lograrse si no es mediante un proceso dialéctico que involucra la teoría y la práctica y que ella requiere, además, una inversión económica importante, inversión que sin la estabilidad se convierte en un mero costo no recuperable, con consecuencias financieras importantes para el presupuesto de la Nación.(12)*

(12) Las manifestaciones e inquietudes sobre la necesidad de profesionalización y estabilidad e, igualmente, los análisis sobre la manera de lograr ello desde el punto de vista formal y material fue actividad constante en las sesiones de la Comisión. Entre otros, podemos leer los siguientes comentarios:

> *"…****cambiar de fuerza pública cada cuatro años bajo esa pésima costumbre de que las policías son los botines políticos****….Eso es jugar con la seguridad del ciudadano al cual hay obligatoriamente que garantizarle su seguridad y su tranquilidad…creo que increíblemente la misma legislación coadyuva para que ocurran estas situaciones…" (Lic. Angel Edmundo Solano. Acta Nº22 de la sesión de las nueve horas del nueve de octubre de mil novecientos noventa)…"*[2]

Este abuso de la potestad de nombramiento y remoción fue cuestionada a nivel de nuestro Tribunales, al señalarse que:

> *"En el inciso 1) del artículo 140 de la Constitución Política, nombrar y remover libremente a los miembros de la fuerza pública, a los empleados y funcionarios que sirven cargos de*

2 Dictamen de la Procuraduría General de la República Nº C-029-2000 del 16 de Febrero del año 2000.

confianza, entre otros, son atribuciones que corresponden exclusivamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno actuando conjuntamente. Este artículo tiene relación con el inciso 5) del artículo 23 de la Ley orgánica del Ministerio de Seguridad Pública. ***Si bien el artículo 140 evitó un fuero militar y da la potestad al Presidente y al Ministro en forma conjunta de despedir a los Miembros de la Fuerza Pública, no significa que sea un ejercicio arbitrario por parte de la administración sino que debe ser fundado en razones de orden público relacionadas con los intereses de la Seguridad del País, toda vez que como lo establece el artículo 15 de la Ley General de la Administración Pública "la discrecionalidad podrá darse incluso por ausencia de la ley en el caso concreto, pero estará sometida en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable". Así que en todo Estado de Derecho debe otorgarse al afectado el mínimo derecho de defensa independientemente de la decisión que vaya a tomarse. Es decir, el hecho de que se le otorgue a los funcionarios contemplados por dicha norma constitucional la mínima oportunidad de defensa, no enerva la potestad constitucional de despido atribuida al presidente conjuntamente con el Ministro de que se trate…"***[3]

Ahora bien, esa indeseable costumbre de nombramiento y remoción de los miembros de las fuerzas de policía bajo criterios básicamente políticos y no técnicos fue advertida por los legisladores, quienes entonces deciden impulsar una legislación que permitiera una mayor profesionalización en la prestación del servicio seguridad pública a la vez que permitiera una tutela de los derechos de los trabajadores policiales. Es por ello que surge en 1994, la Ley General de Policía.

II- La Ley General de Policía Nº 7410 de 1994

La General de Policía N. 7410 fue emitida el 26 de mayo de 1994, con los fines básicos de una mayor profesionalización de los miembros de las fuerzas de policía del país así como la protección de sus derechos, en aras de alcanzar mayor eficiencia y eficacia en el servicio público de seguridad.

Al respecto, se señala:

> *"La idea fundamental que privó para el establecimiento del "Estatuto Policial", mediante la Ley No. 7410 de 26 de mayo de 1994, fue la de constituir un cuerpo normativo que viniera a definir la relación de trabajo de los miembros de las fuerzas de policía del país con un criterio técnico, a fin de garantizar no solo la eficiencia del servicio prestado sino la de tutelar los derechos de esa clase de trabajadores en la Administración Pública; siendo que, para adquirir esa particular protección, sería pertinente que el funcionario obtuviera los requisitos que hoy efectivamente los establece el numeral 49 de la Ley de consulta…"*[4]

3 Sentencia Nº 5134-93, de las 14:00 hrs. del 15 de Octubre de 1993 de la Sala Constitucional.

4 Dictamen de la Procuraduría General de la República Nº C-132-98 del 03 de julio de 1998.

Se agrega:

"La Ley General de Policía (nº 7410 de 26 de mayo de 1994) vino a regular la actividad policial del país, estableciendo principios generales de actuación, normas de organización y de competencia de los distintos cuerpos policiales y creando un Estatuto Policial. Dicho Estatuto se ideó con dos objetivos básicos: garantizar la eficiencia en el mantenimiento de la seguridad pública y proteger los derechos de los servidores policiales.

> *El artículo 41 de la ley de cita, al referirse al alcance de las disposiciones relativas al Estatuto Policial, señala que dicho instrumento regulará las relaciones entre el Poder Ejecutivo y los servidores miembros de las distintas fuerzas de policía…"*[5]

Y otra cita extensa, empero de sumo interés es la siguiente:

> ***"Régimen posterior a la promulgación de la Ley General de Policía***
>
> *El contenido de la Ley General de Policía se desarrolló teniendo como motivo las necesidades detectadas por los mismos legisladores. El órgano legislativo tuvo en cuenta las deficiencias que se presentaban en la prestación del servicio y consideró, en lo fundamental, que la eficiencia no se puede lograr sin una relación laboral debidamente regulada; sin una profesionalización de las fuerzas de policía y sin un trato digno para sus agentes (como sujetos titulares de derechos fundamentales y como agentes llamados a ejercer una función en la que el riesgo de los derechos fundamentales de los habitantes de la República es mayor).*
>
> *El diagnóstico de la prestación de este servicio público motivó el establecimiento de una sección especial, dentro de la Ley General de Policía, que se denominó "Del Estatuto Policial", dedicada estrictamente a la regulación del trato que debe desarrollarse en la relación laboral entre el Estado y los miembros de la Fuerza Pública. Ello aun cuando la integridad de la Ley regula la función policial y la Ley, a la vez, no es el único instrumento regulador de la misma".*

Expresamente se dispuso el Legislador en el artículo 41:

> *"El presente Estatuto regulará las relaciones* ***entre el Poder Ejecutivo y los servidores miembros de las distintas fuerzas de policía****, con el propósito de* ***garantizar la eficiencia*** *en el mantenimiento de la seguridad pública y de* ***proteger los derechos de estos servidores."***

Tal y como se desprende de este artículo, dos son los objetivos fundamentales del Estatuto: ***eficiencia*** *(eficiencia implicando en ella el respeto de los derechos fundamentales de los habitantes de la República) y* ***garantía de los derechos de estos servidores****.*

Dentro de este marco, cuyo soporte lo es en todos los sentidos el respeto de los derechos fundamentales de todos y cada uno de los habitantes de la República, se dio especial importancia a dos aspectos esenciales, intrínsecamente relacionados: la profesionalización y la estabilidad laboral.

5 Dictamen de la Procuraduría General de la República Nº C-225-98 del 3 de noviembre de 1998.

1. *Acuerdos fundamentales contenidos en el Estatuto*

a. La profesionalización de las fuerzas de policía

Del diagnóstico de la situación del servicio de la seguridad pública surgió, como una deficiencia fundamental, la falta de profesionalización. Se estableció que era necesario tener agentes de policía idóneos para atender las necesidades de la sociedad civil en forma eficaz, entendiendo dentro de este concepto: la eficiencia en cuanto a la prevención y represión de las ofensas con el respeto de los límites propios del sistema republicano que establece nuestra Carta Magna en su artículo 1º y desarrolla a través de todo su articulado. (…)

b. La estabilidad Laboral

La comprensión de la necesidad de profesionalización en estos términos planteó la necesidad de la estabilidad laboral. Se entendió que la profesionalización no puede lograrse si no es mediante un proceso dialéctico que involucra la teoría y la práctica y que ella requiere, además, una inversión económica importante, inversión que sin la estabilidad se convierte en un mero costo no recuperable, con consecuencias financieras importantes para el presupuesto de la Nación.(12)

(12) Las manifestaciones e inquietudes sobre la necesidad de profesionalización y estabilidad e, igualmente, los análisis sobre la manera de lograr ello desde el punto de vista formal y material fue actividad constante en las sesiones de la Comisión. Entre otros, podemos leer los siguientes comentarios: (…)

"… El tercer punto es el de la estabilidad laboral. Si hacemos un buen reclutamiento y damos una buena capacitación y entrenamiento, lo lógico es que esas personas permanezcan largo tiempo en sus cargos, con categorías, con rangos, y con toda una carrera, y estatutos policiales que les permita hacer de su vida esta actividad con vocación, con disciplina y con cariño.

Pero no podemos reclutar y entrenar bien,- y mantener a la gente si no le damos estímulos; y en este sentido hay que fortalecer los ya existentes. Creemos que son insuficientes; prueba de ello es la deserción tan grande dentro de los cuerpos policiales.

En síntesis, buen reclutamiento con buena capacitación, con un régimen de estabilidad laboral, y con incentivos, nos garantiza que la gente pueda hacer carrera policial que no tenemos y que desgraciadamente no se ha hecho…." (Diputado Muñoz Quesada. Referencia al informe final emitido por la Comisión en relación con el trabajo realizado de conformidad con el primer encargo. Acta de la sesión Nº 32, de las nueve horas quince del catorce de mayo de mil novecientos noventa y uno)." (…)

"…La aplicación del régimen de Servicio Civil tiene implicaciones vitales en los métodos de selección, promoción, sanciones y estabilidad laboral. El propósito primordial de esta condición es garantizar la estabilidad de los miembros y prevenir la politización del sector de empleados públicos. La decisión de excluir intencionalmente la mayoría de los cuerpos policiales de este régimen indica una falta de compromiso con la profesionalización de la policía y ha afectado gravemente el desarrollo de estas instituciones…

La inestabilidad de la carrera policial se refleja en las expectativas de permanencia en el trabajo…

Este cuadro revela la poca expectativa de la estabilidad laboral entre los oficiales de policía costarricenses. Muy pocos escogen esta profesión como empleo a largo plazo y la gran mayoría no creen que su trabajo tenga futuro.

"…Creo que la principal contribución que va a hacer esta comisión por medio del anteproyecto, me parece de dos órdenes: uno el definir principios de la actuación policial que define el proyecto; la otra es el crear la base jurídica para promover la estabilidad laboral de la policía.

Esta última me parece todavía la más importante.

…lo fundamental es la cuestión de la estabilidad, porque sin estabilidad no hay profesionalización, sin estabilidad no hay modernización, sin estabilidad no hay institucionalización.

Porque básicamente qué capacidad de modernizar y hacerle frente a nuevas tecnologías policiales va a tener un individuo, que deserta rápidamente, que está un año y medio en la guardia…Qué capacidad de profesionalizarse en el sentido de desempeñar de acuerdo a los méritos sus cargos, va a tener la gente si no hay incentivo para continuar ahí…Creo que el gran mérito del proyecto es casualmente ese…" (Lic. Constantino Urcuyo. Acta Nº46 de la sesión de las ocho horas con treinta minutos del veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y uno. Inquietudes y comentarios reiterados, entre otras, en la sesión de las ocho horas con cuarenta minutos del siete de abril de mil novecientos noventa y dos, según Acta Nº 3. El énfasis es nuestro).

En relación con las consecuencias de la falta de estabilidad o del derecho a la permanencia de los servidores policiales en relación con la profesionalización se precisaron, entre otros, los siguientes aspectos fundamentales:

a. El Estado perdía la inversión realizada en la capacitación.

b. Se afectaba la eficiencia de la función policial en cuanto se perdían recursos humanos idóneos para el cumplimiento de este cometido del Estado.

c. Se afectaba la dignidad del servidor policial en cuanto su situación laboral evidentemente era precaria y, consecuentemente, muy vulnerable, ya que se entendía que su permanencia en la función policial dependía de la mera voluntad del Poder Ejecutivo (aun cuando el Ordenamiento Jurídico no legitima ninguna arbitrariedad ni aun, por excepción, tampoco en este reparto administrativo.(…)

De esta manera se asumió que la potestad comprendida en el artículo 140 inciso 1) de la Carta Política en modo alguno podía interpretarse como autorización para la arbitrariedad (la cual, de ninguna manera tiene cabida en el Derecho). Consecuentemente, sólo era posible sino además necesario, bajo el amparo de la Constitución, establecer un marco jurídico que incluyera tanto ***la forma de inicio como de extinción de la relación de servicio de la Fuerza Pública****.*

Igualmente, fue determinante la necesidad de dar un trato digno a los miembros de la Fuerza Pública, considerando las características propias de las funciones policiales pero sin discriminación de los demás servidores públicos, en cuanto a su condición de titulares de los derechos fundamentales.

Consecuentemente, el Legislador, además de establecer los requisitos de ingreso, los deberes y las funciones, y de regular otros aspectos,

consagró el ***derecho a la estabilidad laboral*** *así como otras condiciones dignificantes de la función policial. Dispuso en el artículo 59 de la Ley General de Policía, dentro del Capítulo V, llamado* ***"De los derechos y los deberes de los miembros de las fuerzas de policía":***

"… ***Articulo 59.- Derechos****.*

Los miembros de las fuerzas de policía protegidos por esta Ley gozarán de los siguientes derechos:

a) Estabilidad en sus puestos, siempre y cuando ingresen al servicio de acuerdo con los requisitos exigidos en el presente Estatuto y si cumplen con sus deberes en la prestación del servicio, según las condiciones determinadas en esta Ley y sus Reglamentos.

El servidor solo podrá ser removido de su puesto cuando incurra en una falta grave, de conformidad con el ordenamiento jurídico, o cuando, para mejorar el servicio, se determine su ineficiencia o incompetencia manifiestas, conforme a las disposiciones de esta Ley…."[6]

De lo dicho entonces tenemos pues que, si bien la Constitución Política establece en su artículo 140 inciso 1), la libre potestad de nombramiento y remoción de los miembros de las distintas fuerzas de policía del país, también lo es que, debido a que se detectó que dicha potestad por parte del Poder Ejecutivo había sido utilizada no en función de lograr la eficiencia y eficacia del servicio público de seguridad, sino en muchos casos para satisfacer compromisos políticos con sus simpatizantes, es que se impulsa por parte de los legisladores una ley con la que se pretende normar todo lo relacionado a la actividad policial, incluyendo el establecimiento de reglas específicas para regular la relación de servicio que une a los funcionarios policiales con la Administración. Esta es la Ley General de Policía N. 7410 del 26 de Mayo de 1994, la cual precisamente, y en cuanto a lo que nos interesa, viene a definir no sólo los requisitos que deben cumplir los aspirantes a formar parte de las fuerzas de policía, sino las causas, motivos o formas para extinguir la relación de empleo público que los une a la Administración. Claro está, no se deja de mencionar que por una situación especial que quedó plasmada el mismo cuerpo policial citado, aún hoy el Poder Ejecutivo mantiene incólume su potestad de remover *–exista o no causa justa-* a ciertos funcionarios de las fuerzas de policía, específicamente a aquéllos que no se encuentren incorporados al Estatuto Policial previsto en la Ley General de Policía.

Pasemos entonces a ver las causas, motivos o formas previstas en la legislación vigente para extinguir la relación de empleo público que une a los miembros de las fuerzas de policía con la Administración.

Sección B
Las causas, motivos o formas de extinción de la relación de empleo público que une a los miembros de las fuerzas de policía con la administración, según la legislación vigente

De previo a conocer las causas, motivos o formas previstas en la legislación vigente para extinguir la relación de empleo público que une a los miembros de las fuerzas de policía con la

6 Dictamen de la Procuraduría General de la República Nº C-029-2000 del 16 de Febrero del año 2000.

Administración, creemos pertinente precisar que cuando nos referimos a fuerzas de policía, son aquellos cuerpos policiales previstos en la Ley General de Policía N. 7410. Para ello resulta de interés citar los artículos 2 y 6 que disponen;

"ARTICULO 2.- FUERZAS DE POLICIA Y CARACTER DE SUS MIEMBROS.
Para la vigilancia y la conservación de la seguridad pública, existirán las ***fuerzas de policía*** *necesarias. Sus miembros son funcionarios públicos, simples depositarios de la autoridad. Deberán observar y cumplir, fielmente, la Constitución Política, los tratados internacionales y las leyes vigentes."*

"Artículo 6º—Cuerpos. Las ***fuerzas de policía*** *encargadas de la seguridad pública, son las siguientes:* ***la Guardia Civil, la Guardia de Asistencia Rural, la policía encargada del control de drogas no autorizadas y de actividades conexas, la Policía de Fronteras, la Policía de Migración y Extranjería, la Policía del Control Fiscal, la Dirección de Seguridad del Estado, la Policía de Tránsito, la Policía Penitenciaria, la Policía Escolar y de la Niñez****, así como las demás fuerzas de policía, cuya competencia esté prevista en la ley."*

También es importante señalar que la Ley 7410, ha sufrido varias reformas, mediante las cuales básicamente se han incluido nuevos artículos *–o se han modificado-* que han hecho correr la numeración originaria. Una de las reformas más importantes y a la cual nos referiremos brevemente más adelante, se relaciona con la ampliación del plazo de prohibición *–a 10 años-* de reingreso a las fuerzas de policía para aquellas personas que hayan sido despedidas con justa causa.

Pasemos entonces a ver cuáles son las causas, motivos o formas previstas en la normativa vigente para extinguir la relación de empleo público que une a los miembros de las fuerzas de policía con la Administración.

I- De la cesación de la relación de empleo público por no aprobar el período de prueba

En el Capítulo IV de la Ley General de Policía N. 7410, denominado, "INGRESO A LAS FUERZAS DE POLICIA Y NOMBRAMIENTOS", específicamente en el artículo 65 se establecen los requisitos para el ingreso a las fuerzas de policía al señalar:

"ARTICULO 65- REQUISITOS.
Para ingresar al servicio de las fuerzas de policía, se requiere:

a) Ser costarricense.
b) Ser mayor de dieciocho años y ciudadano en el ejercicio pleno de sus derechos.
c) Jurar fidelidad a la Constitución Política y a las leyes.
d) No tener asientos inscritos en el Registro Judicial de Delincuentes, por delitos dolosos.
(Así reformado el inciso anterior por el articulo 7° inciso a) de la Ley N° 8696 de 17 de diciembre de 2008).
e) Poseer aptitud física y moral para el desempeño idóneo del cargo.
f) Someterse a las pruebas y los exámenes que esta Ley y sus Reglamentos exijan.
g) Ser escogido de las listas confeccionadas mediante los procedimientos establecidos en este Estatuto y sus Reglamentos.
h) Haber concluido el tercer ciclo de la Enseñanza General Básica.

i) Pasar satisfactoriamente el perío-do de prueba previsto en esta
j) Cumplir con cualquier otro requisito que establezcan la presente Ley, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables."

Este artículo debe relacionarse con el numeral 69 que dispone:

"ARTICULO 69.- PERIODO DE PRUEBA.
***Las personas que ingresen al servicio policial solo estarán cubiertas por el presente Estatuto, luego de cumplir, satisfactoriamente, con un período de prueba de seis meses, contados a partir de la fecha de su nombramiento.** Este período de prueba rige para todos los que inicien el contrato laboral y también, para todos los ascensos y traslados, en cuyo caso ese período se reducirá a tres meses."*

De la relación de ambas normas se ha interpretado que la persona que quiera no sólo formar parte de las fuerzas de policía sino además estar cubierta por el Estatuto Policial, que le concede *estabilidad* en su puesto, debe cumplir una serie de requisitos y pruebas –*muchas de ellas no precisadas en la ley sino que pueden establecerse vía reglamento*-, entre las que se cuenta un ***período de prueba de seis meses en el cargo o puesto respectivo***.[7]

Este período de prueba no sólo resulta oportuno y conveniente sino necesario, en razón de que se presume que la Administración debe hacerse con el personal que resulte más *idóneo* para el cumplimiento de sus cometidos; en este caso un *eficiente y eficaz servicio público de seguridad.*

Durante el período de prueba de seis meses, quien sea nombrado en una plaza de seguridad, debe demostrar que cuenta con las condiciones físicas y mentales para poder desenvolverse de manera idónea en la misma. Si de acuerdo al criterio de la Administración –*el cual por cierto no está supeditado a algún criterio técnico u de otro tipo*- tal idoneidad no es acreditada por el

7 En el Dictamen de la Procuraduría General de la República, **C-234-2001** del **27 de agosto de 2001, se dice:**
"En esa dirección, cabe indicar que dicha disposición, evidentemente, contiene un primer mandato, en el sentido de que **las personas que ingresen al servicio policial solo estarán cubiertas por el Estatuto, luego de cumplir satisfactoriamente con un período de prueba de seis meses, que se contará a partir de la fecha de su nombramiento.** Tal precepto en los términos establecidos, permite apreciar que **una cosa es ingresar al servicio policial o a las fuerzas de policía, y otra es estar cubierto o amparado por el Estatuto Policial, al que solo se puede ingresar, entre otros requisitos, si se ha cumplido satisfactoriamente con el citado período de prueba de los seis meses.** Así mismo, **caber señalar que la aprobación de dicho período tampoco garantiza la inmediata inclusión al citado instrumento estatutario.** Además, es importante establecer con claridad a partir de cuándo se inicia el cómputo de dicho período. **La norma en cuestión, sobre este particular, dispone que será a partir de la fecha de su nombramiento, lo cual necesariamente debe entenderse, que es a partir de la fecha en que la persona inició su relación de servicio como miembro regular de las fuerzas de policía a que se refiere el Capítulo II del Título II de la Ley General de Policía, nombrada de conformidad con las normas prescritas en dicha Ley y sus Reglamentos**. Para los servidores nombrados antes de la vigencia de la citada Ley, la fecha de su nombramiento sería, igualmente, aquella en la que inició su relación como servidor regular de las fuerzas de policía de ese entonces, nombramiento que, desde luego, debió ajustarse a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes en esa oportunidad, en las que también se exigía un período de prueba como requisito de ingreso. Tal es el concepto que lleva inmerso el término "nombramiento", el que al tenor de la Ley General de la Administración Pública, requiere de un acto válido y eficaz de investidura (art. 111). **Lo anterior implica, necesariamente, que el período de prueba no puede computarse a partir de la fecha de ingreso o incorporación al Estatuto, pues de todas formas, ya se indicó que el ingreso a las fuerzas de policía, y la incorporación al Estatuto, son cosas distintas**."

interesado, aquélla tiene la potestad de dar por finalizada la relación que los une, y aunque la norma no prescribe nada al respecto, se parte que tal cesación no genera ningún tipo de responsabilidad a aquélla.

Sobre la finalización de relaciones entre patronos y empleados durante el período de prueba, la doctrina ha señalado:

*"El **período de prueba** tiene su justificación en el carácter personalísimo del contrato de trabajo y en la necesidad de que, ambas partes, se aseguren de las aptitudes de la contraparte."*[8]
*"De acuerdo con el Código de Trabajo, para el otorgamiento del preaviso rigen las siguientes reglas, según la antigüedad laboral: Antes de los tres meses no hay obligación de preaviso; pues se está en **período de prueba**."*[9]

Y con respecto a la finalidad del período de prueba, se ha indicado:

*"Por la prestación del trabajador durante esta **etapa experimental**, puede el empresario apreciar en la práctica su capacidad profesional, la adaptación a la tarea que se le asignará, así como descubrir, en la convivencia inmediata y más o menos prolongada, sus cualidades personales de toda índole que se valoren en el trabajo. / Durante esta fase, puede el trabajador comprobar también si le convienen y agradan los servicios que deba desempeñar, a más de valorar las condiciones de compartir más o menos indefinidamente, de consolidarse la relación laboral, su vida profesional con el empresario y con sus compañeros de actividades."*[10]
*"La finalidad del **período de prueba** en una relación laboral es la de que el patrono realice todas aquellas pruebas o prácticas necesarias para calificar al trabajador y así poder determinar si es apto o no para el puesto."*[11]

Los Tribunales de nuestro país también han tenido la oportunidad de referirse a la finalización de las relaciones entre patronos y empleados durante el período de prueba, sobre todo dentro del ámbito del empleo privado, aunque estimamos válidas sus consideraciones para el empleo público.

Así la Sala Segunda, en su sentencia Nº 229 de las 9:00 horas del 17 de Mayo de 2002, indicó:

*"Los artículos 28 y 29 del Código de Trabajo, de manera implícita, contemplan la posibilidad de que tanto el trabajador como la parte empleadora, antes de que la relación de trabajo alcance los tres meses, puedan ponerle fin, sin tener que cancelar, a la otra, las indemnizaciones previstas en dichos numerales, según corresponda. De ahí, se deriva el denominado **período de prueba**; el cual debe entenderse en el sentido de que, cualquiera de las partes del contrato*

8 BALLESTER PASTOR María Amparo, "***El período de prueba***", Valencia, primera edición, Editorial Tirant lo blanch, 1.995, p. 9.
9 Cascante Castillo, German Eduardo, "***Manual Práctico de Legislación Laboral***", 1º Edición, San José, Costa Rica, IJSA, Marzo del 2003, p. 96
10 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, "***Compendio de Derecho Laboral***", Tomo I, Buenos Aires, Editorial Heliasta, S.R.L., tercera edición, 1.982, pp. 613-614.
11 Vargas Chavarría, Eugenio, "***El Contrato Individual de Trabajo***", 1º Edición, San José, Costa Rica, IJSA, Enero de 2006, p. 137

de trabajo puede, libremente, durante dicho período, terminar la relación, sin responsabilidad alguna."

La misma Sala, en su sentencia Nº 596 de las 10:00 horas del 3 de Octubre de 2001, resolvió:

"En el Código de Trabajo no se regula, de manera expresa, un plazo determinado de tal ***período denominado de prueba****, pero se ha entendido que el mismo resulta de tres meses; dado que, antes de dicho período, cualquiera de las partes puede ponerle fina a la relación, sin responsabilidad alguna."*

En una sentencia de anterior data, dijo esta Sala:

"El artículo 29 del Código de Trabajo, establece indemnizaciones a cargo del patrono y a favor del trabajador, en el supuesto despido, con responsabilidad patronal; siempre que los servicios se hayan prestado en un período no menor a tres meses. De lo así dispuesto se deduce la existencia del llamado ***período de prueba****, durante el cual, el patrono puede cesar al trabajador, sin que deba cancelarle a éste ninguna indemnización. En términos generales, durante ese intervalo, el empleador puede ponerle fin a la relación sin ninguna responsabilidad, según estime conveniente o no mantener, en el puesto, a la persona contratada."*[12]

Y en dos sentencias recientes, la misma Sala, refiriéndose propiamente a dos casos del régimen de ***empleo público***, uno en el ámbito municipal y el otro en el ámbito sector público centralizado, señaló:

"III.- ***SOBRE EL DESPIDO EN PERÍODO DE PRUEBA****: El período de prueba tiene su justificación en el carácter personalísimo del contrato de trabajo (…). Dicho período consiste en una fase preliminar, común a ambas partes, durante el cual, el trabajador demuestra su aptitud, así como su adaptación a la tarea encomendada, durante el cual, cualquiera de las partes puede hacer cesar la relación de trabajo, sin responsabilidad alguna. (…) En el Código de Trabajo no se regula, de manera expresa, un plazo determinado de tal período denominado de prueba, pero se ha entendido que el mismo resulta ser de tres meses; dado que, antes de dicho período, cualquiera de las partes puede ponerle fin a la relación, sin responsabilidad alguna. El Código Municipal establece en el artículo 133 del Capítulo IV SELECCIÓN DE PERSONAL, del Título V EL PERSONAL MUNICIPAL, textualmente que "Todo servidor municipal ha de pasar satisfactoriamente un* ***período de prueba hasta de tres meses de servicio****, contados a partir de la fecha de vigencia del acuerdo de su nombramiento." Debe entenderse que, aparte de la natural finalidad del período de prueba, en virtud de esta norma se establece que el mismo será necesario para poderle conceder, al servidor municipal, la protección que contempla dicho Código; entre ellas, el derecho a la estabilidad previsto en sus artículos 146 inciso a) y 150, según los cuales, salvo las excepciones contempladas en ese cuerpo normativo, los servidores municipales no pueden ser despedidos de sus puestos a menos que incurran en las causales de despido que prescribe el Código de Trabajo y en el propio Código Municipal y conforme con el procedimiento sancionador señalado en el último artículo citado. En consecuencia, ese período sirve no sólo para que el patrono, en su caso el Alcalde Municipal, valore las cualidades del servidor municipal, sino también para que, este último, decida si el cargo en el que fue nombrado resulta conveniente a sus intereses y, a la vez, realmente idóneo. Pero, por otra parte, según el artículo 133 citado, el período ahí previsto debe ser superado por el trabajador, para que pueda gozar de las normas protectoras contempladas en dicho Código Municipal. Consiguientemente, de ese mismo artículo se desprende -a contrario sensu- que* ***durante dicho período de hasta tres meses de servicio existe libertad de despido.*** *Ahora bien, esa norma dispone también, ciertamente, que ese período de prueba debe ser superado "satisfactoriamente" para que, como se dijo, el servidor municipal pueda gozar de las normas protectoras contempladas en dicho Código Municipal; sin embargo, analizado este cuerpo normativo,* ***en él no se establece que, a fin de determinar si el servidor ha pasado -satisfactoriamente, o no- ese período de prueba, el Alcalde deba basarse, necesariamente, en algún elemento, por ejemplo, un dictamen técnico, menos aún, obligatorio y vinculante; como tampoco, informarle al servidor afectado respecto de los motivos del despido****. En otras palabras, del artículo 133 del Código Municipal se desprende, sin lugar a dudas, la* ***libertad del Alcalde Municipal para poder despedir al servidor, durante el período de prueba;*** *y en particular, cuando considera que no ha pasado satisfactoriamente ese período;* ***sin que, por otro lado, se pueda discutir luego la cuestión sobre la razonabilidad y objetividad de esa consideración, ya que, a diferencia de otros regímenes -p. Ej.: el Estatuto de Servicio Judicial- en el régimen municipal se echa de menos la existencia de una norma que establezca la obligación, en este caso del Alcalde, de fundamentar las causas que justifican la decisión adoptada, vale decir, la obligación de indicar y comunicar los motivos (que no necesariamente deben ser faltas graves) en que la Alcaldía Municipal sustenta su decisión; cuestión ésta que, por lo mismo, queda librada, enteramente, a la conveniencia de la Alcaldía Municipal****."* [13]

*"****IV.- SOBRE EL PERÍODO DE PRUEBA:*** *(…) En primer término debemos indicar que la doctrina ha definido el* ***período de prueba*** *como una* ***fase preliminar de la relación laboral en situación precaria del trabajador, tanto en el sector público como en el privado****. Al respecto Cabanellas señala: "Dentro de la contratación laboral, por* ***período de prueba, contrato a prueba o contrato de ensayo****, se conoce una*

12 Sala Segunda, Sentencia N. 948 de las 08:10 horas de 24 de Noviembre del 2000.

13 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las 09:30 hrs de 6 de Mayo del 2005.

fase preliminar, de especial inestabilidad e índole experimental. Se ha definido como "el espacio de tiempo en el cual el trabajador demuestra su aptitud profesional, así como su adaptación a la tarea encomendada, y durante el cual cualquiera de las partes puede hacer cesar la relación que las vincula.(…)¨ (énfasis agregado Pág. 513). Sobre los efectos de ese período en la relación laboral, el mismo autor señala: "Por la prestación del trabajador durante esta etapa experimental, puede el empresario apreciar en la práctica su capacidad profesional, la adaptación a la tarea que se le asignará, así como descubrir, en la convivencia inmediata y más o menos prolongada sus capacidades personales de toda índole que se valoren en el trabajo". (Cabanellas de Torres Guillermo: Compendio de Derecho laboral (actualizado por José N. Gómez Escalante), Tomo I, 4ª Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2002, folios 513 y 514, el destacado es de quien redacta). También se ha dicho que "Por lo que al empresario respecta, la significación de la prueba estriba principalmente en estos dos objetivos: comprobar la aptitud técnica, así como, en general, las condiciones personales de rendimiento y éticas– del interesado sometido a prueba, y evitar negativamente, los riesgos de un contrato de trabajo celebrado ya inicialmente, con carácter definitivo, dados los lazos de estabilidad que tal contrato puede suponer desde el punto de vista jurídico positivo." (Alonso García Manuel: Curso de Derecho del Trabajo, 9ª Edición, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1985, página 439.) Según Palomeque y Álvarez de la Rosa "La regulación jurídica del ***período de prueba*** *está hecha con un concreto objetivo: que cualquiera de las partes pueda durante la duración de la prueba resolver el contrato sin dar explicación alguna, sin preavisar y sin derecho a indemnización. Esa situación de provisionalidad es la esencia misma de este pacto que favorece al empresario permitiéndole conocer mejor al trabajador con quien va a convenir". (Palomeque López, Manuel Carlos y Álvarez de la Rosa Manuel: Derecho del Trabajo, 7ª Edición. Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., España, 1999 página 744.)* ***De la doctrina transcrita se colige que la esencia del período de prueba es permitir que el empleador pueda medir la capacidad del trabajador, sus conocimientos sobre la labor contratada, su aptitud laboral y sus capacidades personales en general, todo en aras de premiar con la estabilidad -cuando se trata del sector público- al servidor (a) que garantiza el buen servicio público, para el que existe la obligación de los jerarcas de garantizar la escogencia de personal idóneo.*** *En nuestro medio, el período de prueba, en el régimen de empleo público regido por el Estatuto de Servicio Civil, está regulado en el artículo 30 que dispone: "Para que un servidor público reciba la protección de esta ley, debe pasar satisfactoriamente un período de prueba hasta de tres meses de servicio contados a partir de la fecha de vigencia del acuerdo de su nombramiento". Por su parte el numeral 31 de ese cuerpo normativo, refiriéndose al período de prueba dice : "a) Por regla general solo se aplicará en los casos de*

iniciación de contrato, pero a juicio del Jefe respectivo podrá exigirse en todos los casos de promoción o traslado en que convenga para garantizar mejor el servicio público". El artículo 50, de ese mismo cuerpo de leyes, dispone: "Los actuales empleados o funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo, comprendidos en esta ley, quedarán de pleno derecho protegidos por ella,(…)". Como puede notarse, solo en el caso de los funcionarios o empleados que estaban laborando cuando entró en vigencia el Estatuto de Servicio Civil, se les exime del período de prueba de 3 meses para figurar como servidores regulares y adquirir estabilidad.

V.- SOBRE EL DESPIDO EN EL PERÍODO DE PRUEBA: *Por discutirse en esta litis la procedencia de un* ***despido en período de prueba****, la Sala estima conveniente hacer algunas precisiones de interés antes de avocarse al análisis del caso concreto. En este orden de ideas debemos señalar que* ***los servidores públicos pueden ser despedidos sin responsabilidad patronal, en período de prueba, sin que se requiera la existencia de una falta de las establecidas en la normativa especial que los regula o en el artículo 81 del Código de Trabajo.*** *Esto es así porque el numeral 31 del Estatuto de Servicio Civil, establece que "…b) El Ministro o Jefe autorizado podrá despedir libremente al empleado durante el período de prueba, pero deberá informar al Director General acerca de los motivos que tuvo para hacerlo; c) El Director General podrá ordenar la remoción de cualquier servidor durante el período de prueba, siempre que encuentre que su nombramiento fue el resultado de un fraude, de una confusión de nombre o de otro error material evidente, en cuyo caso el interesado será oído de previo, para lo cual se le concederá un plazo de tres días". Como puede notarse,* ***el inciso b) faculta al Ministro o Jefe autorizado para proceder a despedir a un servidor que esté en período de prueba, sin necesidad de justificar el despido; de manera que, por regla general, durante el período de prueba no se requiere cumplir con el debido proceso para despedir a un funcionario del Poder Ejecutivo,*** *es por eso que sólo se exige la comunicación a las jefaturas en el supuesto del inciso b) del artículo 31, por lo que no se limita la potestad de despedir. El inciso c) de ese numeral, se refiere a los despidos en período de prueba cuanto se descubre que el nombramiento fue el resultado de un fraude, de una confusión de nombre o de otro error material evidente; exigiendo, en cualquiera de esos supuestos, oír al servidor previo al despido. Sobre este tema existe jurisprudencia tanto de la Sala Constitucional como de esta Sala. Al respecto, en el caso del aquí actor, en el voto número 6986-04, de las 15:42 horas del 29 de junio del 2004, la Sala Constitucional resolvió en los siguientes términos "este tribunal observa que la separación del cargo del recurrente se produjo dentro del período de prueba al que aluden los artículos 30 y 31 del Estatuto de Servicio Civil. Sobre el particular, la Sala Constitucional en sentencia N° 6529 de las 12:33 hrs. del 4 de noviembre de 1994 indicó: "I.- Esta sala ha reconocido que* ***para que un servidor público reciba la protección que la ley aplicable***

contempla para cada caso concreto, debe pasar satisfactoriamente un periodo de prueba -el que generalmente es de tres meses de servicio- contado a partir de la fecha de vigencia del acuerdo de su nombramiento en propiedad; *también ha reconocido por regla general que el período de prueba se aplicará en los casos de iniciación de contrato, pero a juicio del jerarca respectivo podrá exigirse en todos los casos de promoción o traslado en que convenga, para garantizar mejor el servicio público y que el Jefe autorizado podrá despedir libremente al empleado durante el período de prueba". Con esos argumentos declaró sin lugar el recurso de amparo planteado por el actor (folios 460 a 463 de los autos). También en el voto número 1241-97, de las 17:36 horas del 26 de febrero de 1997, en lo de interés dijo "…estima la Sala que lo actuados por la Administración no resulta ilegítimo, ni por ende violatorio de derecho fundamental alguno, pues conforme se desprende de la documentación allegada a los autos, los amparados fueron separados de sus cargos dentro del período de prueba conforme lo establecido en los artículos 30 y 31 incisos a) y b) del Estatuto de Servicio Civil, amén de determinarse también que las referidas resoluciones, se encuentran debidamente fundamentadas…". (En similar sentido pueden verse de esa Sala los votos números 948 de las 8:10 horas del 24 de noviembre de 2000, 136 de las 9:35 del 23 de febrero y 596 de las 10:00 del 3 de octubre, ambas de 2001)."*[14]

Como en esta sentencia se citan algunas resoluciones de la Sala Constitucional que se refieren al cese de funcionarios durante el período de prueba, podemos agregar otra como lo es la de las diez horas con veintisiete minutos del treinta de Abril del dos mil cuatro, que en lo que interesa señala:

> ***"IV.- Sobre el despido durante el período de prueba. Este Tribunal Constitucional ha conocido sobre el tema del despido durante el período de prueba establecido por el Estatuto del Servicio Civil y se ha forjado un criterio uniforme a partir del cual la Administración puede remover libremente a los funcionarios que no demuestren idoneidad durante dicho período de prueba****. Así por ejemplo, en sentencia número 6287-94, de las quince horas cincuenta y siete minutos del veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, esta Sala estableció en lo conducente que:*
> *"...IV.-* ***No lleva razón el recurrente al afirmar que resulte contrario al debido proceso, el hecho de que el patrono despida al trabajador en el período de prueba, toda vez que la finalidad de este instituto es garantizar al primero la eficacia del servidor en el desempeño de las funciones encomendadas, por esa razón no resulta arbitraria la destitución que se acordara en ese lapso, siempre y cuando se fundamenten las causas que justifican la decisión adoptada****..."*
>
> *A partir de lo anterior, considera este Tribunal que el despido del que fue objeto la recurrente, no resulta violatorio de ninguno de sus derechos constitucionales, pues si bien es cierto el período de prueba de la recurrente inició el tres de noviembre del dos mil tres y el despido se hizo efectivo a partir del cinco de febrero del año dos mil cuatro, el mismo tiene fundamento en el oficio DRH-RS-139 de la Dirección de Recursos Humanos del Ministerio de Justicia y Gracia, de fecha veintiséis de enero del dos mil cuatro, en el cual se consignó que la recurrente no reunía las condiciones de idoneidad necesarias para el puesto en el que se desempeñaba****. Es decir, la evaluación en la que se fundamenta el despido de la amparada, sí se encuentra dentro del período de prueba. De igual manera, considera la Sala que el acto que motivó el despido de la amparada está debidamente motivado en la evaluación que se le realizó en dicho periodo y que consta en su expediente administrativo.***
>
> ***V.-*** *Por otro lado,* ***conviene indicarle a la recurrente que este es un Tribunal de Garantías y por esa razón los alegatos respecto a las supuestas violaciones al principio de legalidad, se deben ventilar en las sedes respectivas, sea en la vía administrativa, o por los tribunales judiciales ordinarios, una vez agotada dicha vía,*** *tal como lo estableció esta Sala en su sentencia número 6287-1994, de las quince horas cincuenta y siete minutos del veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, que dispuso en lo que interesa: "V. Como del propio libelo de interposición del recurso y de la documentación a él acompañada se desprende, que la separación del cargo del amparado se produjo dentro del período de prueba a que aluden los artículos 33 y 34 inciso b) del Estatuto de Servicio Judicial, lo actuado no resulta arbitrario y el amparo por ello improcedente. Por otra parte,* ***la inconformidad que tuviera el recurrente con la oportunidad y conveniencia de la medida acordada, constituye un diferendo de mera legalidad que no corresponde discutir en esta sede -toda vez que con ellos no se lesionan, en forma directa, derecho fundamental alguno de aquél-, sino en la contenciosa o laboral respectiva.*** *Por todo lo expuesto, el amparo resulta improcedente y así debe declararse..." (Lo resaltado no pertenece al original). Así las cosas,* ***las disconformidades que tenga la amparada respecto a los criterios utilizados para su evaluación durante el periodo de prueba, deben ser ventilados en las vías ordinarias, pues excede las competencias confiadas a este Tribunal Constitucional, al cual no le corresponde revisar lo resuelto por las autoridades recurridas en el ejercicio de sus potestades, ni revisar los atestados de la amparada para determinar si es idónea para el cargo que aspira****…"*[15]

14 Sentencia 2008-000461 de la SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, de las 09:30 hrs del 29 de Mayo de 2008.

15 Sentencia 2004-04529 de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, de las 10:27 hrs del 30 de Abril de 2004.

De las últimas tres resoluciones citadas, dos de ellas dictadas por la Sala Segunda y la otra por la Sala Constitucional, referidas a casos de ***empleo público***, se deriva claramente que en criterio de la jurisprudencia patria, ***la Administración puede cesar de manera libre y sin condicionamiento alguno a los servidores públicos durante el período de prueba, si éstos no han demostrado idoneidad durante tal plazo***. Además, se deriva que ***la decisión de la Administración, en términos generales resulta ser discrecional en tanto y en cuanto no resulta sujeta a informes técnicos previos salvo que así esté dispuesto por ley.*** Y el cese durante este período lo es ***sin ningún tipo de responsabilidad para la Administración, sea sin el pago de prestaciones tales como preaviso o auxilio de cesantía.***

Con respecto a la ***discrecionalidad*** de la Administración ***para romper la relación con el funcionario durante el período de prueba***, y la ***dificultad que tienen los Tribunales Judiciales para controlar esa libertad*** que se profesa, nos parece oportuno citar al autor Valentín Thury Cornejo, si bien no se deja lado que por sobre todo se refiere a la ***discrecionalidad técnica*** de los órganos de selección en concursos o en oposiciones a nivel del ordenamiento jurídico español.

*"Otro uso diferente de la noción de **discrecionalidad técnica** es el que se extrae de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la actuación de los tribunales calificadores de oposiciones y concursos. Para este órgano estatal, **este concepto obedece a la atribución por ley de facultades decisorias a determinados sujetos, dotados de una especial idoneidad técnica que escapa del control jurídico de los tribunales.**"*[16]

El autor Thury Cornejo, en su obra cita algunas sentencias del referido Tribunal, que nos parece relevante transcribir, aunque sea parcialmente, a los fines de un mejor entendimiento sobre este tema. Así por ejemplo, en la sentencia STC 353 del 29 de Noviembre de 1993, Sala Segunda, se dice:

> *"…es necesario traer a colación la doctrina de este Tribunal relativa a la fiscalización por parte de los Jueces y Tribunales de las decisiones o actuaciones de los Tribunales o Comisiones calificadoras que han de resolver las oposiciones y concursos. En esta doctrina el Tribunal Constitucional, haciendo suya una consolidada doctrina jurisprudencial aplicada por los Tribunales ordinarios, ha tenido ocasión de manifestar que, **aunque los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa son ciertamente competentes para enjuiciar la legalidad de la actuación de los órganos juzgadores de las oposiciones o concursos, en modo alguno pueden sustituir a éstos en lo que sus valoraciones tienen de apreciación técnica,** pues de admitirse esta hipótesis tendrían que constituirse en cada caso en fiscalizadores de cada Tribunal o Comisión calificadora con parámetros no jurídicos, sino pertenecientes en cada ocasión a una técnica diversa, esto es, la concerniente*

16 Thury Cornejo, Valentín, ***"Control de la Actividad Administrativa: Discrecionalidad Técnica y Motivación. (Apuntes a partir de la reciente Jurisprudencia Española)"***; en Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, N. 3 Mayo-Julio, Año 1999, Consejería de la Presidencia de la Comunidad de Madrid, Madrid, España, p. 130

> *a la materia cuyos conocimientos se exigiera a los opositores o concursantes, y tal supuesto es absurdo no sólo porque implicaría la **omnisciencia** de los órganos judiciales, **sino porque éstos están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada más.** Lo que no supone desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 de la CE, ni el principio de sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho (art. 103.2 CE), ni la exigencia del control judicial sobre la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1 CE), así como tampoco ignorar los esfuerzos para que el control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. **Supone simplemente señalar que ese control judicial, del que no pueden excluirse las Resoluciones administrativas que resuelven oposiciones o concursos, tiene, por su propia naturaleza, ciertos límites o modulaciones** (SSTC 39/1983 (…); 97/1993 …). **Así ocurre, decíamos en las citadas sentencias en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado …de … la Administración y que en cuanto tal escapa al control jurídico,** que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente **deberán ejercerlo en la medida en que dicho juicio técnico afecte al marco legal en que se encuadra, es decir sobre las cuestiones de legalidad que se planteen en el caso,** utilizando al efecto todas las posibilidades que se han ido incorporando a nuestro acervo jurídico."*[17]

Pues bien, las conclusiones anteriormente señaladas *–previas a lo dicho sobre la discrecionalidad técnica-*, **son perfectamente aplicables a los miembros de las fuerzas de policía** a las que hemos hecho referencia, sólo que hay que aclarar que **el período de prueba es mayor al común, puesto que alcanza los 6 meses**, **contados desde el momento de la contratación en propiedad**. Claro está, a pesar de que la norma señala que el período de prueba es de seis meses, no vemos razón alguna para que, tal y como se hace en los demás casos, ***la Administración pueda evaluar al aspirante antes de dicho plazo, para determinar su idoneidad o inidoneidad.*** Y esto lo decimos, por cuanto sobre todo, no estimamos oportuno ni conveniente que una persona que no tiene las cualidades físicas y mentales suficientes para desempeñarse como un servidor policial, siga manteniendo relaciones con la Administración, ya que más bien podría significar un riesgo –*para sí, para la Administración y para terceros-* en tan delicadas funciones.

II- De la cesación de la relación de empleo público por fraude o grave error material en el nombramiento

El artículo 66 de la Ley General de Policía N. 7410, dispone:

> *"ARTICULO 66.- NOMBRAMIENTO ORIGINADO EN FRAUDE.*
> *A petición del Departamento de Personal o del Consejo de Personal, **el ministro***

17 Thury Cornejo, op. cit., p.p. 130-131

del ramo podrá ordenar la destitución inmediata del servidor, cuando se compruebe que su nombramiento fue producto de un fraude o de cualquier otro error material grave. *El servidor destituido será notificado y oído, dentro de los tres días siguientes, para que exponga las alegaciones que estime pertinentes."*

Este numeral establece otra forma de extinción de la relación de empleo entre servidores policiales y la Administración, fundada en la existencia de un posible fraude o de un error material grave. No se señala de manera expresa qué debe entenderse por fraude o error material grave, sin embargo, podríamos estimar que lo primero se daría cuando por ejemplo se detecte que el título o certificado de aprobación de tercer año de educación secundaria *–requisito académico exigido a todos los servidores policiales-* aportado por un funcionario ya nombrado en una plaza de seguridad, resulte falso. Y lo segundo, cuando verbigracia, se nombra a una persona en una plaza de policía, no habiendo sido ésta quien completó la respectiva oferta de trabajo, sino otra persona que tenía los mismos nombres y apellidos. Se establece al efecto, un ***proceso sumarísimo*** para la resolución del caso, constituido únicamente por el traslado de cargos y una audiencia por tres días al posible interesado, sin embargo, nos parece que aunque la Ley General de Policía no lo estipule, debería seguirse en este caso las reglas establecidas por la Ley General de la Administración Pública, en sus artículos 308 y siguientes, en función del debido proceso y la garantía del derecho de defensa.

Por otro lado, de la lectura del artículo no se desprende que el rompimiento de la relación deba realizarse dentro de un período determinado después de la contratación *–por lo que podría aplicarse en cualquier momento-*, a diferencia de lo que sucede en el caso de Régimen de Servicio Civil, puesto que en éste existe la posibilidad de aplicar un procedimiento sumarísimo similar, empero dentro del período de prueba, una vez que se detecte el fraude o error material grave en el nombramiento. Al efecto, dispone el artículo 31 inciso c) del Estatuto de Servicio Civil:

"Artículo 31.-El periodo de prueba se regirá por estas disposiciones: (…)
c) ***El Director General podrá ordenar la remoción de cualquier servidor durante su período de prueba, siempre que encuentre que su nombramiento fue el resultado de un fraude, de una confusión de nombres o de otro error material evidente,*** *en cuyo caso el interesado será oído de previo, para lo cual se le concederá un plazo de tres días."*

En el caso del Régimen de Servicio Civil, nuestros Tribunales han dicho:

"Esto es así porque el numeral 31 del Estatuto de Servicio Civil, establece que "(…); c) El Director General podrá ordenar la remoción de cualquier servidor durante el período de prueba, siempre que encuentre que su nombramiento fue el resultado de un fraude, de una confusión de nombre o de otro error material evidente, en cuyo caso el interesado será oído de previo, para lo cual se le concederá un plazo de tres días". Como puede notarse, (…) El inciso c) de ese numeral, se refiere a ***los despidos en período de prueba cuanto se descubre que el nombramiento fue el resultado de un fraude, de una confusión de nombre o de otro error material evidente****; exigiendo, en cualquiera de esos supuestos, oír al servidor previo al despido…"* [18]

III- De la cesación de la relación de empleo público por acaecimiento del plazo legal

El artículo 68 de la Ley General de Policía N. 7410, reza:

"ARTICULO. 68- NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES.
A instancia de cualquier jerarca de las fuerzas de policía, el Consejo de Personal podrá llenar, de inmediato y en forma provisional, los puestos vacantes. Para ello, escogerá a los candidatos elegibles, según el registro respectivo llevado por el Departamento de Personal. En caso de agotarse la lista de elegibles, el Consejo de Personal procederá a instalar, ***provisionalmente****, a quienes hayan presentado una solicitud de ingreso al servicio, previo cumplimiento de las pruebas psicológicas* ***y por un plazo no mayor de nueve meses. Pasado este lapso, la instalación provisional deberá terminarse.****"*

Como ya lo hemos dicho, con la Ley General de Policía N. 7410, se viene a constreñir en cierta manera la plena libertad del Poder Ejecutivo de nombrar y remover a los funcionarios por motivos puramente políticos. Se exige ahora el cumplimiento de determinados requisitos para poder realizar nombramientos y por ende, también para terminarlos. En principio, quienes deseen ingresar a las fuerzas de policía y además estar protegidos por el Estatuto Policial, deben cumplir los requisitos y pruebas que se establezcan en la ley y las respectivas reglamentaciones de cada cuerpo policial. También en principio, el nombramiento de algún interesado debe serlo para una ***relación de empleo público indefinida***, sea sin plazo fijo, a menos que sea el caso de ***nombramientos interinos*** para sustituir a algún funcionario a quien se haya otorgado una licencia sin goce de salario por motivos personales, de estudio u otra prescrita en la normativa vigente.[19] Y decimos que en principio, puesto que del artículo anteriormente transcrito se desprende la posibilidad de que la Administración en ***circunstancias excepcionales*** pueda nombrar a oferentes, en una plaza de seguridad, aún sin haber cumplido todas las pruebas exigibles *-como la física u otras preestablecidas por los diferentes cuerpos policiales-*, salvo la psicológica, **empero dicho nombramiento lo es únicamente por un plazo máximo de nueves meses, ya que una vez que dicho período expire, la relación de servicio debe ser finalizada por la Administración**.

En otras palabras, ***el acaecimiento del plazo fijado por la ley, se convierte en un motivo para que la Administración cese la relación que lo une a los servidores policiales que hayan sido nombrados de manera provisional***.

IV- De la cesación de la relación de empleo público por causas disciplinarias

Al igual que en otros sectores del régimen de empleo público y del empleo privado, la normativa vigente autoriza a la Administración a

18 Sentencia 2008-000461 de la SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, de las 09:30 hrs del 29 de Mayo de 2008.
19 A pesar de esto, hay personas que sostienen que no existe la posibilidad de que pueda realizarse nombramientos interinos porque no lo establece expresamente la Ley General de Policía.

romper el vínculo jurídico que la une a los servidores policiales, cuando éstos incurran en acciones u omisiones que puedan estimarse susceptibles de ser castigadas con la máxima sanción disciplinaria, a saber, el ***despido sin responsabilidad patronal***. Entonces hablamos del ***despido por motivos disciplinarios.***

Sobre la terminación de la relación laboral por ***motivos disciplinarios*** se ha dicho:

> *"El incumplimiento de sus obligaciones laborales hace incurrir al trabajador en responsabilidad, cuya onerosidad dependerá de la gravedad de la falta. Los más graves incumplimientos atraen sobre sí, consecuentemente, las más enérgicas reacciones del Ordenamiento jurídico;* ***éste pone así en manos del empresario un repertorio de posibles medidas sancionadoras de conductas ilícitas del trabajador, la más grave y extrema de las cuales es el despido, adjetivado como disciplinario en atención a su propósito punitivo****. (…)*
> *En suma,* ***el despido disciplinario se configura como una sanción*** *(…)* ***consistente precisamente en la disolución de la relación laboral"*** [20]

Y sobre **el fundamento del poder sancionatorio de la Administración Pública,** se ha señalado:

> *"…dado que al ingresar al servicio del Estado se colocan en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente, en donde opera –entre otros-* ***el principio de jerarquía a la autoridad y obediencia de los respectivos jefes, con la consiguiente potestad del órgano competente de mantener el orden y disciplinar las faltas o infracciones a sus deberes que le vienen impuestas tanto por las normas reguladoras del servicio, como por las mismas exigencias del derecho estatutario, es decir, del conjunto de normas propias y específicas que, enmarcadas en el amplio mundo del derecho administrativo, les son aplicables a los servidores públicos****."*[21]

Este mismo autor, con respecto a la terminación de la relación de empleo público, mediante el despido sin responsabilidad patronal, agrega:

> *"Las* ***faltas graves básicas que dan lugar a la sanción del despido sin responsabilidad patronal son comunes para todos los funcionarios públicos****, cualquiera sea la Administración a la cual presten sus servicios, en virtud de lo dispuesto por el numeral 192 constitucional que remite a las causales de la legislación laboral,* ***sin que ello signifique una petrificación, en virtud precisamente del carácter enunciativo y no taxativo del artículo 81 del Código de Trabajo, permitiendo con ello efectuar las debidas precisiones reglamentarias conforme a las concretas circunstancias y problemas propias de las funciones específicas que se desempeñan en cada Administración Pública****…"*[22]

---

20 Ardón Acosta Víctor Manuel, ***"Despido por Causas Objetivas y Disciplinarias"***, Antología, 1º Edición, Corte Suprema, Escuela Judicial, 1999, p. 208.

21 Bolaños González, Jimmy, "***Derecho Disciplinario de la Función Pública***", 1º Edición, San José, Costa Rica, IJSA, Abril del 2000, p. 39

22 Bolaños González, p.p 41-42

En este apartado debemos recordar una vez más que el Poder Ejecutivo, haciendo uso de la potestad que le otorga el artículo 140 inciso 1) constitucional, en tiempos pasados daba por finalizada las relaciones con sus servidores policiales, existiendo o no una causa justa para ello. Sin embargo, **hoy día dicha potestad se encuentra en cierta parte constreñida, ya que la Ley General de Policía incluye como derecho de los funcionarios policiales, su *estabilidad en el empleo.***

La ***estabilidad*** del ***funcionariado policial*** se deriva de los artículos 50, 51, 52, 53 y 75 y del Transitorio Único de la Ley, básicamente. Pasaremos a transcribirlos textualmente, para hacer un breve comentario general.

"ARTÍCULO 50.- ALCANCE Y OBJETIVOS.

El presente Estatuto regulará las relaciones entre el Poder Ejecutivo y los servidores miembros de las distintas fuerzas de policía, con el propósito de garantizar la eficiencia en el mantenimiento de la seguridad pública y de ***proteger los derechos de estos servidores****."*

"ARTÍCULO 51.- SERVIDORES CUBIERTOS POR ESTE ESTATUTO.

Sin ninguna discriminación, únicamente podrán ser miembros de los cuerpos de las fuerzas de policía a los que se refiere este Estatuto, las personas nombradas de conformidad con las normas prescritas en la presente Ley y sus Reglamentos."

"Artículo 52.- Servidores no cubiertos por el Estatuto

No estarán cubiertos por la disposición del inciso a) del artículo 59 de este Estatuto y, en consecuencia, ***no gozarán de inamovilidad en sus puestos****, en los siguientes funcionarios:*

- ***a)*** *Ministros y viceministros, asesores y empleados de confianza.*
- ***b)*** *El director general administrativo, el director general de la Fuerza Pública, los directores y subdirectores regionales de esta, el director del Servicio de Vigilancia Aérea y el director de la Policía de Control de Drogas."*

"ARTÍCULO 53.- ATRIBUCIONES CONJUNTAS DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA Y DEL MINISTRO DEL RAMO.
Para los efectos de este Estatuto, serán atribuciones del Presidente de la República y del ministro del ramo:

- ***a)*** ***Nombrar y remover a los miembros de las fuerzas de policía, con sujeción a los principios mínimos establecidos en la presente Ley y sus Reglamentos****.*
- ***b)*** *Tomar las medidas necesarias para asegurar el buen funcionamiento de todas las dependencias encargadas de la seguridad pública."*

"ARTÍCULO 75.- DERECHOS.
Los miembros de las fuerzas de policía protegidos por esta Ley gozarán de los siguientes derechos*:*

- ***a)*** ***Estabilidad en sus puestos, siempre y cuando ingresen al servicio de acuerdo con los requisitos exigidos en el presente Estatuto y si cumplen con sus deberes en la prestación del servicio, según las condiciones determinadas en esta Ley y sus Reglamentos****.*
  El servidor solo podrá ser removido de su puesto cuando incurra en una falta grave, de conformidad con el ordenamiento jurídico, o cuando, para mejorar el servicio, se determine su

***ineficiencia o incompetencia manifiestas, conforme a las disposiciones de esta Ley**…"*

"TRANSITORIO ÚNICO.- VIGENCIA DEL TÍTULO III.
A partir de la vigencia de esta Ley, un veinticinco por ciento de los miembros de las fuerzas de policía se incorporará al régimen estatutario, contenido en el Título III de este cuerpo legal. En el siguiente período presidencial, se incorporará otro veinticinco por ciento adicional.

*Un procedimiento igual se seguirá en los períodos presidenciales siguientes, hasta incorporar el ciento por ciento de los miembros de las fuerzas de policía. Conjuntamente con los ministros del ramo, encargados de los cuerpos de policía que no gocen de la estabilidad laboral establecida en el Título III de esta Ley, se designará al personal que ingresará, al régimen estatutario aquí contemplado, en esas oportunidades. Para esta designación, se deberá seguir un criterio de proporcionalidad entre los distintos cuerpos de policía que se integran al citado **régimen de estabilidad**."*

De lo anteriormente transcrito se deriva que el Poder Ejecutivo hoy día, respecto de los ***funcionarios policiales*** que se encuentran ***incorporados y por ende amparados al Estatuto Policial*** creado por la Ley General de Policía N. 7410, ***no goza de libertad plena para terminar unilateralmente sus relaciones de empleo público,*** puesto que aquellos servidores gozan de ***estabilidad en sus puestos.*** Ahora, **respecto de éstos, no puede despedirlos por una voluntad libre y sin causa, sino que debe demostrarse un motivo justo y éste debe revestir tal gravedad que no permita la aplicación de una sanción menor.**

Sobre la ***estabilidad*** que gozan los servidores policiales al ingresar al Estatuto Policial, podemos agregar lo que la Procuraduría General de la República ha señalado:

*"Se enfatiza de las disposiciones transcritas, que a través de la Ley General de Policía, se crea un Estatuto que es el que regula o regulará las relaciones de servicio entre el Poder Ejecutivo y los miembros de las diferentes fuerzas de policía, el cual cubrirá a todos aquellos que cumplan con los requisitos que dicha legislación exige para gozar de todos los beneficios que ahí se preceptúan, siendo uno de los principales el de la **estabilidad en sus cargos.** Incluso, se advierte de la lectura del artículo 51 de cita, que sin ninguna discriminación, únicamente pueden estar protegidos estatutariamente aquellos funcionarios policías que se encuentren nombrados de conformidad con las normas prescritas en la presente Ley y sus Reglamentos." (…)*

*En concordancia con el alcance y objetivos de la existencia de ese cuerpo estatutario en nuestro ordenamiento jurídico, (plasmados expresamente en el mencionado artículo 50) es claro visualizar que una de las principales intenciones que tuvo en mente el legislador para promulgar esa normativa, fue la de tratar de obtener un funcionario policial que además de ser especializado en el tema y en relación con el orden y seguridad ciudadana, **pudiera disfrutar de la permanencia en el cargo**, alcanzado este beneficio a través del sistema de la idoneidad comprobada; es decir, esa normativa está exclusivamente orientada no sólo con el propósito de garantizar la eficiencia en el mantenimiento y resguardo del interés público que se tutela a la comunidad, sino que tiende hacia la **protección de los derechos de estos servidores**. Así, valga ilustrar la siguiente exposición:*

*"En lo fundamental, se desarrolla la atribución constitucional del nombramiento y remoción de los miembros de la Fuerza Pública, y se establecen, por el mismo imperio de otros principios que también encuentran su fuente expresa o tácita en la Constitución, regulaciones mínimas que favorecen la escogencia de individuos verdaderamente idóneos para el ejercicio de la función policial, en la forma en que corresponde dentro de un sistema democrático. También se precisan objetivamente, mediante normas expresadas bajo este título, así como en el primero, los alcances de la lealtad constitucional, como requisito imprescindible para la **permanencia** como miembro de la Fuerza Pública. (…) (Véase, folio 25 del expediente legislativo de la Ley Número 7410)."*[23]

Pues bien, se parte entonces de que **los servidores policiales que se encuentran amparados al Estatuto Policial, no pueden ser libre y alegremente despedidos por parte del Poder Ejecutivo, en razón de que gozan del derecho de estabilidad en sus puestos,** empero, **ello no significa que no pueda romperse la relación que los une a la Administración, si han incurrido en una acción u omisión que *puede* e inclusive *debe* ser castigada con la sanción disciplinaria máxima, sea el despido sin responsabilidad patronal**. Esto fue previsto por el legislador en el articulado de la Ley General de Policía, como ya vimos, al señalar que dichos funcionarios sólo podrán ser removidos de sus puestos cuando incurran en una ***falta grave***, de conformidad con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la misma Ley General de Policía, establece de una manera no taxativa las conductas que se estiman como ***"graves"*** y que autorizan a la Administración a aplicar como sanción el ***despido sin responsabilidad patronal***. Así en el artículo 81, se definen las ***faltas graves***:

*"ARTÍCULO 81.- **FALTAS GRAVES**.*
*Para los efectos de este régimen, se considerarán **faltas graves**:*

a) *La violación del juramento de lealtad a la Constitución Política, los tratados internacionales y las leyes de la República.*
b) *Cualquier conducta tipificada en las leyes penales como delito doloso.*
c) *La violación reiterada de los trámites, los plazos o los demás requisitos procedimentales, exigidos por el ordenamiento jurídico para la tutela de los derechos ciudadanos.*
d) *Las actuaciones arbitrarias, discriminatorias o claramente inspiradas en posiciones político-partidistas, que afecten las libertades ciudadanas, la dignidad de las personas o los derechos humanos.*
e) *El uso indiscriminado, innecesario o excesivo de la fuerza en el desempeño de sus labores.*
f) *La violación de la discreción debida y del secreto profesional en asuntos confidenciales.*
g) *Cualquier abuso de autoridad o maltrato de personas, aunque no constituya delito.*
h) *La renuencia a prestar auxilio urgente, en los hechos y las cir-*

23 Dictamen C-078-2009 del 19 de Marzo de 2009.

cunstancias graves en que sea obligatoria su actuación.

i) *El abandono injustificado del servicio.*

j) *El ejercicio de actividades públicas o privadas, incompatibles con el desempeño de sus funciones.*

k) *La falta manifiesta de colaboración con el Organismo de Investigación Judicial o las otras fuerzas de policía.*

l) *La embriaguez habitual o el uso de drogas no autorizadas durante el servicio.*

m) *La portación de un arma antirreglamentaria.*

n) *La aceptación o el recibo de cualquier promesa de beneficio o el beneficio susceptible de apreciación pecuniaria diferentes de los que, legal y reglamentariamente, les corrrespondan por parte del Estado, provenientes de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, oficiales o privadas.*

ñ) *Cualquier otra conducta sancionada con despido en el Código de Trabajo."*

Y en el artículo 88, se establece expresamente que los servidores policiales, únicamente pueden ser ***despedidos*** por los motivos allí expuestos. Reza el artículo:

*"ARTICULO 88- **EL DESPIDO JUSTIFICADO**.*

Los servidores amparados por el presente Estatuto solo podrán ser removidos de sus puestos por las siguientes razones:

***a) Por la comprobación de que han incurrido en una falta grave, según lo dispuesto en la presente Ley**.*

***b) Por incurrir en cualquiera de las causales establecidas en el artículo 81 del Código de Trabajo**…"*

*De la relación de ambas normas se desprende de forma diáfana que si bien es cierto los legisladores se tomaron la tarea de señalar expresamente en una lista las conductas activas u omisivas que se consideran como **graves** dentro del ámbito laboral policial[24], también lo es que dispusieron que la aplicación de la máxima sanción disciplinaria, sea el **despido sin responsabilidad patronal**, **puede ser aplicada no sólo cuando el servidor incurra en dichas conductas, sino en cualesquiera otras tipificadas en el artículo 81 del Código de Trabajo**."*

Recordemos que este artículo señala:

***"ARTICULO 81.-** Son **causas justas** que **facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo**:*

a- *Cuando el trabajador se conduzca durante sus labores en forma abiertamente inmoral, o acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono;*

b- *Cuando el trabajador cometa alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra algún compañero, durante el tiempo que se ejecutan los trabajos, siempre que como consecuencia de ello se altere gravemente la disciplina y se interrumpan las labores;*

c- *Cuando el trabajador, fuera del lugar donde se ejecutan las faenas y en horas que no sean de trabajo, acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono o contra los representantes de éste en la dirección de las labores, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para la realización del trabajo;*

d- *Cuando el trabajador cometa algún delito o falta contra la propiedad en perjuicio directo del patrono o cuando cause intencionalmente un daño material en las máquinas, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados en forma inmediata e indudable con el trabajo;*

e- *Cuando el trabajador revele los secretos a que alude el inciso g) del artículo 71;*

f- *Cuando el trabajador comprometa con su imprudencia o descuido absolutamente inexcusable, la segu-ridad del lugar donde se realizan las labores o la de las personas que allí se encuentren;*

g- *Cuando el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono, sin causa justificada durante los días consecutivos o durante más de dos días alternos dentro del mismo mes- calendario. (Así reformado por Ley Nº 25 de 17 de noviembre de 1944, art. 1º).*

h- *Cuando el trabajador se niegue de manera manifiesta y reiterada a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; o cuando el trabajador se niegue en igual forma a acatar, en perjuicio del patrono, las normas que éste o su representantes en la dirección de los trabajos le indique con claridad para obtener la mayor eficacia y rendimiento en las labores que se están ejecutando;*

i- *Cuando el trabajador, después de que el patrono lo aperciba por una vez, incurra en las causales previstas por los incisos a), b), c), d) y e) del artículo 72;*

j- *Cuando el trabajador al celebrar el contrato haya inducido en error al patrono, pretendiendo tener cualidades, condiciones o conocimientos que evidentemente no posee, o presentándole referencias o atestados personales cuya falsedad éste luego compruebe, o ejecutando su trabajo en forma que demuestre claramente su incapacidad en la realización de las labores para las cuales ha sido contratado;*

k- *Cuando el trabajador sufra prisión por sentencia ejecutoria; y*

l- *Cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato. Es entendido que siempre que el despido se funde en un hecho sancionado también por las leyes penales, quedará a salvo el derecho del patrono para entablar las acciones correspondientes ante las autoridades represivas comunes."*

---

24 No dejamos de lado que el artículo 17 de la misma Ley General de Policía, establece como ***"faltas graves"*** otras conductas de los servidores policiales, al señalar que:
"ARTÍCULO 17.- **FALTAS GRAVES**. Se considerarán ***faltas graves***, sin perjuicio de otras disposiciones de esta Ley, aun cuando no configuren delito, la subordinación de los jerarcas o los miembros de este cuerpo de policía a órdenes o instrucciones de gobiernos o entidades extranjeras, así como la aceptación de cualquier promesa o beneficio susceptible de apreciación pecuniaria, ya sea por el ejercicio de sus funciones o con ocasión de este servicio, por parte de cualquier persona física o jurídica que no sea el Estado costarricense. Por estas faltas y previa audiencia, los infractores serán sancionados con despido inmediato."

Resulta aplicable también de acuerdo a lo prescrito en el inciso i) del artículo transcrito, los incisos a), b), c), d) y e) del artículo 72 del mismo cuerpo normativo que señalan:

"ARTÍCULO 72.- Queda absolutamente prohibido a los trabajadores:

- ***a-*** *Abandonar el trabajo en horas de labor sin causa justificada o sin licencia del patrono;*
- ***b-*** *Hacer durante el trabajo propaganda político- electoral o contrario a las instituciones democráticas del país, o ejecutar cualquier acto que signifique coacción de la libertad religiosa que establece la Constitución en vigor;*
- ***c-*** *Trabajar en estado de embriaguez o bajo cualquier otra condición análoga;*
- ***d-*** *Usar los útiles y herramientas suministrados por el patrono, para objeto distinto de aquél a que están normalmente destinados, y*
- ***e-*** *Portar armas de cualquier clase durante las horas de labor, excepto en los casos especiales autorizados debidamente por las leyes, o cuando se tratare de instrumentos punzantes, cortantes o punzo- cortantes que formaren parte de las herramientas o útiles propios del trabajo. La infracción de estas prohibiciones se sancionará únicamente en la forma prevista por el inciso i) del artículo 81, salvo el último caso en que también se impondrá la pena a que se refiere el artículo 154 del Código de Policía."*

Véase pues que, los motivos, causas o razones por los cuales la Administración, haciendo uso de su ***potestad disciplinaria***, puede ***romper la relación de empleo público*** que le une a sus servidores policiales, ***mediante el despido sin responsabilidad patronal***, son ***numerosas y no se limitan a las que expresamente la Ley General de Policía tipifica como "faltas graves"*** *–en sus artículos 17, 81 y otros-* ***sino que además se encuentran recogidas en otros cuerpos normativos tales como el Código de Trabajo y otros***.

Ahora bien, resulta de nuestro particular interés determinar si la negativa de los funcionarios policiales amparados al Estatuto Policial a prestar servicios durante los tiempos de descanso que tienen durante su jornada ordinaria de trabajo o en sus días libres, a título de disponibilidad laboral, puede constituir una falta grave a la relación de empleo público que los une a la Administración Pública, susceptible de ser castigada con el despido sin responsabilidad patronal. Este tema lo pasamos a estudiar seguidamente.

IV.I- Del despido sin responsabilidad patronal por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la disponibilidad de servicio

Repetimos que resulta de nuestro particular interés determinar si la negativa de los funcionarios policiales amparados al Estatuto Policial a prestar servicios durante los tiempos de descanso que tienen durante su jornada ordinaria de trabajo o en sus días libres, a título de ***disponibilidad laboral***, puede constituir una ***falta grave*** a la relación de empleo público que los une a la Administración Pública, ***susceptible de ser castigada con el despido sin responsabilidad patronal***. Esto lo hacemos por cuanto nuestro tema final de graduación se relaciona con el tema de la disponibilidad de servicio de los miembros de las fuerzas de policía.

Para ello, debido a que no existe ningún tratamiento doctrinario sobre el tema, nuestras apreciaciones las fundamentaremos tomando en consideración la Ley General de Policía y la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República y alguna jurisprudencia constitucional.

En primer término, debemos destacar lo que señala la Ley General de Policía. Nos interesan particularmente ciertos artículos. El primero de ellos, el artículo 76, que reza:

"ARTÍCULO 76.- DEBERES.
Los miembros de las fuerzas de policía, además de los deberes ético-jurídicos consignados en esta Ley, tendrán las siguientes ***obligaciones específicas****: (…)*
c) Ajustarse a los horarios definidos por reglamento, ***sin perjuicio de las obligaciones derivadas de la disponibilidad para el servicio*** *y de las movilizaciones."*

El segundo artículo de interés es el 81, que en lo que interesa, dispone:
"ARTÍCULO 81.- FALTAS GRAVES.
Para los efectos de este régimen, se considerarán faltas graves: (…)
ñ) ***Cualquier otra conducta sancionada con despido en el Código de Trabajo****."*

El artículo 88, que de relevancia señala:
"ARTÍCULO 88- ***EL DESPIDO JUSTIFICADO****.*
Los servidores amparados por el presente Estatuto solo podrán ser removidos de sus puestos por las siguientes razones: (…)
b) ***Por incurrir en cualquiera de las causales establecidas en el artículo 81 del Código de Trabajo****…"*

Y el artículo 90, referido a los incentivos salariales, que dispone:

"ARTÍCULO 90.- INCENTIVOS SALARIALES.
Los servidores protegidos por el presente Estatuto tendrán derecho a los siguientes incentivos salariales, que deberán especificarse en el Reglamento de esta Ley: (…)
d) Un sobresueldo fijo y permanente de un veinticinco por ciento del salario base, por concepto de ***disponibilidad de servicio sin sujeción a horario,*** *según las necesidades y la libre disposición requeridas por el superior jerárquico…"*

Sobre el tema de la ***disponibilidad de servicio de los miembros de las fuerzas de policía***, a la cual hacen referencia los artículos transcritos, debemos señalar que cuando éstos quedan debidamente incorporados al Estatuto Policial, por haber cumplido todos los requisitos respectivos, nace en su favor un ***derecho*** y correlativamente una ***obligación***. El ***derecho*** consiste en ***recibir un pago de un 25% más del salario base*** y la ***obligación*** consiste en el ***deber de mantenerse expectante durante toda su vida laboral y de prestar efectivamente servicio, cuando así sea requerido por la Administración sin sujeción a horario.*** Esto último se entiende en el sentido de que el funcionario policial debe estar presto a servir en cualesquiera momentos, inclusive durante sus períodos de descanso.

Debe señalarse que durante algún tiempo la Procuraduría General de la República de manera errada estimó que la obligación de la disponibilidad del servidor policial resultaba igual a la que se maneja en otros sectores del régimen de empleo público *–tal como la que regula los puestos amparados al Régimen de Servicio Civil-* y por ende, consideró que debía mediar un contrato para fundamentar

a aquella, sin embargo, recientemente varió de criterio y en la actualidad considera que dicha obligación resulta ***inherente al cargo***, lo que apareja como consecuencia que es de **obligado cumplimiento por parte de los servidores que están sujetos a la misma**.

El órgano asesor del Estado, en un dictamen de reciente data en lo que interesa, señala:

> *"En efecto, véase que el mismo Tribunal Constitucional, al referirse a la disponibilidad en la función policial, ha dicho:*
>
> *"Además, este Tribunal ha reconocido que obligaciones como* ***la disponibilidad, inherente al cargo de los miembros de la policía, habida cuenta de las posibles emergencias que se puedan presentar, no lesiona derecho fundamental alguno de aquellos, señalando que debido al régimen disponibilidad a que dichos funcionarios se ven sujetos y en razón del fin público que cumplen, la distribución que la Administración haga de su jornada de trabajo en razón de la oportunidad y conveniencia que se tenga para hacer cumplir el fin público que su función persigue, no es violatoria de sus derechos fundamentales".***

Se dice entonces que ***la disponibilidad en el caso de los miembros de los cuerpos de policía, es inherente al cargo, debido a las emergencias y al fin público que cumplen,*** *lo cual es indiscutible, desde que entre sus funciones están mantener y garantizar el orden público, así como la seguridad de la Nación y de los ciudadanos,* ***funciones que, además de complejas, deben prestarse las veinticuatro horas durante todos los días del año****. Por ello, la Ley General de Policía, en su artículo 90, referido a los incentivos salariales, prevé, en lo que nos interesa: "Un sobresueldo fijo y permanente de un veinticinco por ciento del salario base, por concepto de disponibilidad de servicio sin sujeción a horario, según las necesidades y la libre disposición requeridas por el superior jerárquico". Es decir****, plasmó allí el legislador, un rubro por concepto de disponibilidad, fijo y permanente, sea, no expuesto a movimientos ni alteraciones****, como para no dejar dudas de su aplicación. Es más, el citado artículo inicia su contenido indicando que: "Los servidores protegidos por el presente Estatuto tendrán derecho a los siguientes incentivos salariales, que deberán especificarse en el Reglamento de esta Ley".* ***Es claro que dichos incentivos los establece la norma como un derecho de los servidores, lo que implica una correlativa obligación para la entidad patronal el otorgarlos, impidiendo así cualquier interpretación en el sentido de que se trata de expectativas de derechos, o bien de que éstos están sujetos a la voluntad de la entidad patronal, la que determinaría entonces si deben o no otorgarse****. (…).* ***Esto es, que el instituto de la disponibilidad laboral surge en la citada ley General de Policía, como un derecho y obligación desde el momento mismo en que el servidor quede protegido por el Estatuto Policial.*** *"*

En nuestro criterio, la interpretación jurídica que debe prevalecer es la sostenida por el dictamen C-414-2005, toda vez que ***los antecedentes legislativos y la jurisprudencia específica de la Sala Constitucional para este tipo de disponibilidad, apunta hacia la incorporación de la disponibilidad como condición inherente al puesto de funcionario policial.***

*En efecto, nótese que la interpretación de la disponibilidad como un aspecto de naturaleza contractual, fue asumida por la Procuraduría a partir de la interpretación que la Sala Constitucional había efectuado de otros regímenes de disponibilidad. Sin embargo****, dichos regímenes no resultan similares a la disponibilidad policial.***

En primer término, la diferencia sustancial en nuestro criterio es que ***la disponibilidad de los policías viene impuesta por una norma legal,*** *cumpliendo con ello el presupuesto contenido en el artículo 58 Constitucional. Por el contrario, los demás regímenes de disponibilidad no vienen establecidos por normas legales, por lo que la imposición de obligaciones fuera de la jornada ordinaria a otros grupos de trabajadores, necesariamente debe contar con la aprobación de los trabajadores, ya que no resulta una condición inherente al puesto como sí lo es en el caso de los funcionarios policiales.*

En segundo término, como lo señalamos líneas atrás, ***la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha partido de la existencia de un deber implícito dentro de la función policial,*** *reconocido por el artículo 76 inciso c) de la Ley General de Policía, por lo que es esta jurisprudencia específica la que debe ser aplicada al caso de los policías penitenciarios.*

En conclusión y a partir del criterio expuesto, ***la disponibilidad de los funcionarios policiales es inherente al puesto, es decir, constituye una obligación que el legislador estableció para los funcionarios policiales en razón de la especial naturaleza de las funciones que desempeñan.*** *Así, todos los funcionarios estarían obligados a estar disponibles, al tenor de lo establecido en el tantas veces citado artículo 76 inciso c) de la Ley General de Policía.*

Bajo esta misma inteligencia, el sobresueldo por concepto de disponibilidad, debe ser aplicado a todos los funcionarios policiales, sin distingo alguno, pues como vimos, todos ellos están sujetos al régimen de disponibilidad, de lo que deriva, necesariamente, la obligación del Estado de cancelar los rubros por disponibilidad.

Por otra parte, y como corolario de lo expuesto, es claro que ***el régimen de disponibilidad no resulta renunciable, pues como condición inherente al puesto, es una obligación que el funcionario está obligado a cumplir y no una decisión sujeta al criterio del funcionario policial****. (…)*

Nos consulta el Ministerio de Justicia sobre los alcances de la disponibilidad. Específicamente, solicita que se aclare si la disponibilidad debe ser requerida únicamente para atender emergencias o si puede ser considerada para otro tipo de actividades. (…)

En criterio de este Órgano Asesor, la letra de la norma no genera dudas en torno a que la disponibilidad puede ser utilizada para atender todo tipo de eventos, y no únicamente las emergencias. En efecto, dispone el artículo 90 inciso d) de la Ley General de Policía, lo siguiente: (…)

Como se desprende de la lectura de la norma, la disponibilidad será requerida según las necesidades y la libre disposición del superior jerárquico, con lo cual es claro que el instituto no se ha establecido únicamente para atender emergencias.

Ahora bien, el tema de que la norma no contemple límites a lo que puede ser requerido por la vía de la disponibilidad, no implica que exista una libertad absoluta para efectuar dichos requerimientos, toda vez que los mismos deben ser razonables y proporcionados y res-

petar el derecho de los funcionarios policiales a descansar. Sobre este particular, resulta conveniente recordar algunos pronunciamientos delTribunal Constitucional:

> *"Los recurrentes, quienes son oficiales de seguridad penitenciaria del Ministerio de Justicia y Gracia conforman una categoría de trabajadores que se encuentran en situación excepcional, según lo dispone la Ley General de Policía y el artículo 143 del Código de Trabajo. Dadas las funciones que deben cumplir son servidores que califican dentro del régimen de excepción que contemplan los artículos 58 y 59 de la Constitución Política. Además este Tribunal ha reconocido que obligaciones como la disponibilidad, inherente al cargo de los miembros de la policía, habida cuenta de las posibles emergencias que se puedan presentar, no lesiona derecho fundamental alguno de aquellos,* ***señalando que debido al régimen de disponibilidad a que dichos funcionarios se ven sujetos y en razón del fin público que cumplen, la distribución que la Administración haga de su jornada de trabajo en razón de la oportunidad y conveniencia que se tenga para hacer cumplir el fin público que su función persigue, no es violatoria de sus derechos fundamentales. Ello en el tanto que exista respeto a las garantías sociales a las que tienen derecho en su condición de funcionarios públicos, y que la medida que se tome no sea discriminatoria sino generalizada. "(...)***
>
> *V .-Sobre el fondo. Del informe rendido bajo fe de juramento por la autoridad recurrida se desprende que si bien los funcionarios penitenciarios están sometidos a un régimen de excepción y excluidos de la jornada máxima que establece el artículo 58 de la Constitución Política, no puede admitirse que por ello se incumplan abiertamente las normas especiales que regulan sus jornadas de trabajo y períodos de descanso, en detrimento de su derecho al descanso y el esparcimiento, indispensables para el mantenimiento de la salud física y mental. Se admite en el informe que si bien los recurrentes manejan* ***un rol por disponibilidad*** *tanto durante su semana libre como de su semana de servicio, ello es porque se encuentran debidamente incorporados al Estatuto Policial, siendo que a la fecha reciben por ese concepto un sobresueldo del 25% sobre su salario base, no obstante bajo juramento también se indica que dichas convocatorias no sobrepasan jornadas excesivas o irracionales. "(Sala Constitucional, resolución número 2008-13579 de las diez horas y treinta y nueve minutos del cinco de septiembre del dos mil ocho, el resaltado no es del original)"* [25]

De las normas y del dictamen transcrito se deriva que los miembros de las distintas fuerzas de policía del país, desde el momento mismo en que ingresan al Estatuto Policial por haber cumplido los requisitos exigidos para ello, adquieren un ***derecho***, a saber, el recibir un pago de un 25% más del salario base, empero a su vez una ***obligación***, constituida por ***el deber de mantenerse expectantes durante todo su vida laboral y de prestar servicios de manera efectiva sin sujeción a horario,***

25 Dictamen C-078-2009 del 19 de Marzo de 2009.

según lo disponga la Administración. Esta obligación como ya vimos resulta inherente al cargo y encuentra su fundamento, no en la libre voluntad de las partes, sino en una imposición de la ley, por lo que no resulta renunciable.

De allí que el funcionario policial, cuando le sea exigido en cualesquiera momentos *-empero siempre de una manera racional y proporcionada-* por parte de la Administración, ***debe prestar servicios a título de disponibilidad***, no siendo posible para aquél renunciar a la contraprestación que recibe, sea el 25% más sobre su salario base, para declinar a los llamamientos que le realice la Administración.

Y más bien, si el funcionario no acude a los llamados de la Administración y por ende incumple su obligación de prestar servicios fuera de su jornada ordinaria de trabajo, tal actitud puede ser estimada como una ***falta grave*** a la relación de empleo público que lo une al Estado, que bien podría originar la aplicación la máxima sanción disciplinaria, sea el ***despido sin responsabilidad patronal***. Claro está, creemos firmemente que para ello, deberán tomarse en consideración los criterios establecidos por la Ley General de Policía, en su actual artículo 79, que al efecto señala:

> *"ARTÍCULO 79.- CRITERIOS PARA DEFINIR FALTAS.*
> *Las faltas se determinarán de acuerdo con:*
> *a) El grado de dolo o culpa en la conducta constitutiva de la infracción.*
> *b) El modo de participación, sea como autor, cómplice o instigador.*
> *c) El grado de perturbación real en el funcionamiento normal de la prestación del servicio y en su trascendencia para la seguridad ciudadana.*
> *d) Los daños y perjuicios ocasionados con la infracción.*
> *e) Los efectos reales de la falta sobre la consideración y el respeto debidos a la ciudadanía, los subalternos del infractor o sus superiores.*
> *f) El grado de quebrantamiento de los principios de disciplina y jerarquía, necesarios para el buen desempeño de las fuerzas policiales."*

V- Del libre despido de los miembros de las fuerzas de policía por no estar incorporados en el estatuto policial

Como ya supra lo indicáramos, si bien con la Ley General de Policía de 1994, se pretendía constreñir la libertad plena de nombramiento y remoción de los miembros de las fuerzas de policía, establecida en el artículo 140 inciso 1) de la Constitución Política, en razón de que las plazas de seguridad con el paso del tiempo se convirtieron en un botín político a repartir por el Gobierno de turno entre sus simpatizantes, lo cierto es que ello ***se logró solo en parte***. Esto por cuanto, los mismos legisladores en lugar de decidir que todos los funcionarios policiales existentes al momento de promulgación de la referida Ley, fueran incluidos *ipso facto* en el Estatuto Policial para que lograran la estabilidad en sus puestos, optaron por una opción diferente, consistente en que los servidores policiales adquirirían la estabilidad en sus puestos, hasta que cumplieran con los requisitos establecidos para el ingreso al Estatuto Policial, fijándose al efecto como plazo para ello, cuatro períodos presidenciales.

Por lo expuesto es que hoy en día, existen tanto servidores policiales ***incorporados*** como ***excluidos*** del Estatuto Policial y por ende, los primeros gozan de ***estabilidad en sus puestos***, mientras que los segundos no. Y lo ordinario ha sido que quienes no gozan de

estabilidad son los funcionarios que ingresaron a los diferentes cuerpos policiales, antes de la entrada en vigencia de la Ley General de Policía.

Pues bien, debido a que dichos funcionarios no se encuentran amparados al Estatuto Policial y por ende, no gozan de la estabilidad en sus puestos, el Poder Ejecutivo ostenta respecto de aquéllos una ***libertad plena*** *–ya no de nombramiento-* ***de remoción, no siendo por tanto necesario, la existencia de una justa causa para ello.*** En otras palabras, ***el Poder Ejecutivo no requiere de la existencia de motivo, razón o causa alguna para cesar a estos funcionarios, bastando para ello su plena voluntad, lo cual encuentra sustento en el artículo 140 inciso 1) constitucional,*** que tanto hemos mencionado.

o dicho tiene relación con el ya mencionado Transitorio Único de la Ley General de Policía, que nuevamente transcribimos:

"TRANSITORIO ÚNICO.- VIGENCIA DEL TÍTULO III.

A partir de la vigencia de esta Ley, un veinticinco por ciento de los miembros de las fuerzas de policía ***se incorporará al régimen estatutario****, contenido en el Título III de este cuerpo legal.*

En el siguiente período presidencial, se incorporará otro veinticinco por ciento adicional. Un procedimiento igual se seguirá en los períodos presidenciales siguientes, hasta incorporar el ciento por ciento de los miembros de las fuerzas de policía. Conjuntamente con los ministros del ramo, encargados de los cuerpos de policía que no gocen de la estabilidad laboral establecida en el Título III de esta Ley, se designará al personal que ingresará, al régimen estatutario aquí contemplado, en esas oportunidades. Para esta designación, se deberá seguir un criterio de proporcionalidad entre los distintos cuerpos de policía que se integran al citado ***régimen de estabilidad****."*

Sobre este Transitorio, la Procuraduría General de la República ha dicho:

"A.-Los alcances del Transitorio Único de la Ley deben aplicarse en forma restrictiva. De conformidad con dicha interpretación, ***el aplazamiento que se establece es en cuanto al reconocimiento del derecho a la estabilidad****.*

B.- Los requisitos para ingresar en la Fuerza Pública se encuentran establecidos en el artículo 49 de la Ley General de Policía. Su imperatividad se establece y se reafirma varias veces dentro de la misma ley.

C.- El "Estatuto Policial" cubre a todos los miembros de las fuerzas de policía reguladas en la Ley General, en los términos explicados.

D.- ***El "requisito" para incorporarse en el "Estatuto Policial" es ser miembro de alguna de las fuerzas de policía reguladas en la Ley General de Policía, sin perjuicio de la observancia del "Transitorio Único" en cuanto a la forma gradual del reconocimiento del derecho a la estabilidad.***

E- ***Los servidores que ingresaron a alguna de las fuerzas policiales ya indicadas, antes de la promulgación de la Ley General de Policía, se mantienen en el régimen que les era propio en ese momento, sin perjuicio de que puedan incorporarse en el régimen previsto en el Título III, en el tanto en que tengan los requisitos que se señalan en el artículo 49 de la Ley General de Policía*** *(lo cual no constituye aplicación retroactiva de la Ley).*

F.- Sin perjuicio de lo anterior, la ausencia de las condiciones exigidas en el artículo 49 de la Ley, en personas que ingresaron en la Fuerza Pública con anterioridad a la promulgación de la Ley no impide que la Administración reconozca algunos elementos propios del Estatuto, mediante otras formas legales, ***con excepción del derecho a la estabilidad laboral****…"*[26]

Y sus criterios, los reitera mediante el Dictamen C-078-2009 del 19 de Marzo del 2009, al señalar que:

"Se enfatiza de las disposiciones transcritas, que a través de la Ley General de Policía, se crea un Estatuto que es el que regula o regulará las relaciones de servicio entre el Poder Ejecutivo y los miembros de las diferentes fuerzas de policía, el cual cubrirá a todos aquellos que cumplan con los requisitos que dicha legislación exige para gozar de todos los beneficios que ahí se preceptúan, siendo uno de los principales el de la estabilidad en sus cargos. Incluso, se advierte de la lectura del artículo 51 de cita, que sin ninguna discriminación, únicamente pueden estar protegidos estatutariamente aquellos funcionarios policías que se encuentren nombrados de conformidad con las normas prescritas en la presente Ley y sus Reglamentos.

26 Dictamen Nº C-029-2000 del 16 de Febrero de 2000

De manera que, en esa línea de pensamiento, no se nota en las disposiciones de comentario, ningún tipo de distinción o excepción, como para dejar de lado la aplicación de ciertos requisitos a un grupo determinado de miembros de las fuerzas de policía a fin de que puedan ingresar al régimen en análisis; a menos que se quebrante el principio de legalidad regente en todas las actuaciones de la Administración Pública, según artículos 11 de la Constitución Política y Ley General de la Administración Pública.

En concordancia con el alcance y objetivos de la existencia de ese cuerpo estatutario en nuestro ordenamiento jurídico, (plasmados expresamente en el mencionado artículo 50) es claro visualizar que una de las principales intenciones que tuvo en mente el legislador para promulgar esa normativa, fue la de tratar de obtener un funcionario policial que además de ser especializado en el tema y en relación con el orden y seguridad ciudadana, pudiera disfrutar de la permanencia en el cargo, alcanzado este beneficio a través del sistema de la idoneidad comprobada; es decir, esa normativa está exclusivamente orientada no sólo con el propósito de garantizar la eficiencia en el mantenimiento y resguardo del interés público que se tutela a la comunidad, sino que tiende hacia la protección de los derechos de estos servidores. (…)

En lo que atañe a su interrogante, puede reseñarse, que para tratar de poner en vigencia el régimen estatutario que contiene dicha Ley General de Policía y contar con una realidad que desde tiempo pasado se ha venido forjando en virtud del carácter que tiene la función policial en nuestra sociedad costarricense, el legislador consideró necesario crear el Tran-

sitorio en comentario, con el fin de incorporar de manera gradual, a cada una de las fuerzas de policía, bajo criterios de proporcionalidad y profesionalidad. Por ello, debe comprenderse que a partir de la vigencia de esa legislación, todas las personas que ingresen al Estatuto Policial bajo el procedimiento indicado, y sin distinción alguna, deben cumplir con los requisitos previstos en el artículo 65 de la mencionada Legislación; pues de lo contrario, no podrían ser beneficiarios de la estabilidad laboral, que ahí se propugna. (…)

Finalmente, si aún existe, como lo indica usted en su Oficio, un aproximado de cuatro mil personas que no reúnen los requisitos para poder ingresar al régimen estatutario de cita, toda vez que ingresaron con la normativa vigente en su momento, -es decir antes de la promulgación de la Ley General de Policía-, es criterio reiterado de este Despacho, que mientras no se cumplan con los requerimientos establecidos en el tantas veces mencionado artículo 65 de la Ley Número 7410, no podrían beneficiarse de la estabilidad que se regula en el citado Estatuto Policial. Ergo, esos funcionarios continuarían a la luz de la normativa que les permitió el ingreso a las distintas fuerzas de policía en su oportunidad, bajo las condiciones originales de la relación de servicio habida entre ellos y la Administración.

III.- Conclusión

En virtud de todo lo expuesto, este Despacho concluye lo siguiente:

1.- De conformidad, fundamentalmente, con los artículos numerados actualmente como 50, 51, 65, y Transitorio Único de la Ley General de Policía (Número 7410 de 26 de mayo de 1994- publicado en la Gaceta Número 5 de 6 de enero de 1995), así como lo dispuesto en el Dictamen Número C-029-2000, de 16 de febrero del 2000, no es procedente jurídicamente designar para su inclusión al Estatuto Policial, a los servidores policiales que no obstante haber ingresado a las fuerzas de policía antes de la promulgación y entrada en vigencia de la mencionada Ley General de Policía, no cumplen todavía con los requisitos que establece la citada normativa.

2.- Los miembros de las distintas fuerzas de policía que ingresaron antes de la puesta en vigencia de la Ley General de Policía, continuarán manteniéndose en el régimen anterior, sin perjuicio de que puedan incorporarse al régimen estatutario previsto en el Título III de la citada legislación, una vez que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 65 Ibid.

Lo anterior, también sin perjuicio de que una norma de carácter temporal, adicionada a la mencionada Ley General de Policía, pueda solventar la situación jurídica del mencionado grupo de funcionarios policías, que aún no cumplen con los requerimientos legales de cita para poder ingresar al Estatuto Policial de Policía, ahí estipulado."

Véase pues que, los funcionarios policiales que no se encuentran incorporados en el Estatuto Policial por no haber cumplido los requisitos que ineluctablemente deben satisfacer, no se encuentran amparados por la garantía de la estabilidad en sus puestos, por lo que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 140 inciso 1) de la Constitución, la Administración puede cesarlos libremente sin que exista de por medio justa causa o no y sin necesidad de procedimiento disciplinario alguno, bastando para ello la emisión del respectivo Acuerdo Ejecutivo, suscrito por el Ministro del ramo y el Presidente de la República. Para ilustrar nuestros comentarios, de seguido transcribimos algunas sentencias de la Sala Constitucional la cual ha homologado la potestad del Poder Ejecutivo de remover libremente a los miembros de las distintas fuerzas de policía que no se encuentren amparados por el Estatuto Policial.

Así, en el Voto Nº 485-93, de las 09:24 horas del 29 de Enero de 1993, se resolvió:

*"UNICO. **El hecho de que a los recurrentes -miembros de la fuerza pública- se les diera de baja sin habérseles iniciado acción de despido, no constituye violación a derecho constitucional alguno, toda vez que de conformidad con el artículo 140 inciso 1) de la Constitución Política el Presidente y el Ministro del ramo pueden remover libremente a los miembros de esos cuerpos de seguridad -por no gozar éstos de estabilidad laboral-** y si, por otra parte, a los recurrentes se les comunicó que se les destituía con base en el artículo 140 inciso 1) -lo que los propios interesados reconocen- no se ha producido violación alguna, por lo que el recurso deviene improcedente y así debe declararse. Sobre el aspecto de honorabilidad al que los recurrentes hacen alusión, no es cuestión de constitucionalidad, tienen, si lo estiman pertinente, las vías que el ordenamiento otorga para reclamar sus derechos."*

En el Voto 2003-14278 de las 12:19 horas del 5 de Diciembre de 2003, se dispuso:

*"III.- Sobre el fondo. **En cuanto a la remoción y nombramiento de funcionarios de la Fuerza Pública, debe recordarse que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 inciso primero de la Constitución Política, es un deber y atribución que corresponde conjuntamente al Presidente de la República y al Ministro del ramo, el nombrar y remover libremente a los miembros de la Fuerza Pública. Esta potestad, constituye una excepción al principio de inamovilidad de los servidores públicos, propio del régimen del Servicio Civil establecido por el artículo 192 constitucional, lo que implica que para la remoción de un miembro de la Fuerza Pública no es necesario que la Administración inicie previamente una acción de despido, y acredite alguna causal que así lo justifique, pues únicamente se requiere del acuerdo ejecutivo que así lo disponga, debidamente suscrito por las autoridades competentes a tal efecto (ver en ese sentido sentencia número 2002-04977 de las ocho horas cuarenta y ocho minutos del diecinueve de julio del dos mil dos). De igual manera se ha indicado que esa potestad sólo puede ser ejercida en relación con aquellos funcionarios que cumplan una función de policía propiamente dicha."***

IV.- En el caso concreto se observa que el cese del nombramiento del recurrente encontró fundamento en el Acuerdo Ejecutivo número 0245-2003-MSP del veintidós de mayo del dos mil tres dictado por la Presidencia de la República y el Ministerio de Seguridad Pública (folio 25); acuerdo que se sustenta en el artículo 140 inciso 1 de la Constitución Política. Por otra parte, también se observa que en

*el momento en que se decretó el despido, si bien es cierto el recurrente se encontraba realizando funciones de policía**, también es lo cierto que no estaba adscrito al Régimen del Estatuto Policial y por ende no estaba protegido por la normativa que lo sustenta.** (…). En mérito de lo dicho, al estimarse que el despido decretado no ha sido arbitrario ni lesivo de los derechos fundamentales del recurrente y haberse cumplido con los requisitos legales para ello, no procede más que la desestimación del recurso."*

En el Voto 05403-99 de las 12:27 horas del 9 de Julio de 1999, la Sala señala:

> *"II.- Esta Sala en múltiples ocasiones se ha pronunciado sobre la facultad de remover a los miembros de la fuerza pública. Así en sentencia número 4873-98 de las quince horas cincuenta y cuatro minutos del ocho de julio de mil novecientos noventa y ocho, resolvió:*
> *"I.- Esta Sala ha dicho en forma reiterada, que **los despidos efectuados de conformidad con lo previsto en el artículo 140 inciso 1) de la Constitución Política, no resultan ilegítimos, toda vez que el Presidente de la República y el Ministro del ramo, tienen la facultad -de acuerdo al texto constitucional-, de nombrar y remover libremente a los miembros de la fuerza pública**, por ello no se observa que el despido aquí impugnado, contenido en el oficio DP-1232-06-98 de 12 de junio de 1998, le haya causado menoscabo alguno a los derechos fundamentales del recurrente; por consiguiente, el amparo resulta improcedente y así debe declararse (véase la resolución Nº 5693-95)."*

*En razón de que el asunto planteado en este recurso ya fue resuelto por este Tribunal sin que exista motivo alguno para variar el criterio externado en aquella oportunidad **y que el recurrente no se encuentra adscrito al Estatuto Policial,** la Sala Estima que no ha habido lesión a derecho fundamental alguno del recurrente a raíz del acuerdo N° 613-99-MSP que dispuso el cese de su nombramiento (folio 31). En consecuencia el recurso debe ser declarado sin lugar."*

En el Voto Res. Nº 2005-14558 de las 12:43 horas del 21 de Octubre de 2005, la Sala, expone:

> *"IV.- En cuanto a la facultad del Ministerio de Seguridad Pública de remover a sus funcionarios: Este Tribunal Constitucional, en múltiples ocasiones, ha señalado que **el Presidente de la República y el Ministro de ramo, según lo dispuesto en el artículo 140 inciso 1) de la Constitución Política, ostentan la facultad de remover libremente a los miembros de la fuerza pública, en la medida en que no se encuentren adheridos al estatuto policial.** En una de estas oportunidades, en sentencia N°2001-03232, de las 08:30 hrs. de 27 de abril de 2001, se dijo:*
> *"Esta Sala reiteradamente ha fallado que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 140 inciso 1) de la Constitución Política, el Presidente y el Ministro del ramo están en condición de remover libremente a los miembros de la fuerza pública -por no gozar éstos de estabilidad laboral-, siempre y cuando dicha potestad se ejercite sobre aquellos funcionarios que cumplan efectivamente la función de policía propiamente dicha. A manera de ejemplo, puede citarse la sentencia N°4688-94 de las diecisiete horas treinta minutos del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, que en lo conducente dispone:*
> *"De conformidad con lo dispuesto por el numeral 140 inciso primero de la Constitución Política, es un deber y atribución que corresponde conjuntamente al Presidente de la República y al Ministro del ramo, entre otros, el nombrar y remover libremente a los miembros de la Fuerza Pública. Ello, según lo ha entendido ya esta Sala, **conlleva la posibilidad de que un miembro de la Fuerza Pública, como lo es el recurrente, pueda ser removido de su cargo sin iniciar previamente una acción de despido y sin que exista alguna causal que lo justifique, siendo suficiente para ello la consideración en tal sentido de los funcionarios antes indicados.** Al haber actuado los recurridos en estricto apego al precepto constitucional citado, que por otra parte es una excepción al principio de inamovilidad del régimen del Servicio Civil establecido por el numeral 192 de la Constitución Política, procede declarar sin lugar en todos sus extremos el presente recurso de amparo."*

*En tanto el recurrente, según el mismo admite y demuestra, se desempeñaba en la Dirección de Radiopatrullas en el puesto de sargento de policía, claramente se encontraba en el supuesto contemplado por ese ordinal constitucional, de manera que su despido -en la forma en que se hizo- no contraría la Carta Fundamental. En este orden de ideas, debe comprender el recurrente que en su caso, **no se lo ha cesado por no encontrarse adscrito al denominado "Estatuto Policial" -como si este fuera el motivo del despido- si no que,***

simplemente, su falta de incorporación al régimen establecido en dicho estatuto impidió que pudiera beneficiarse de la inamovilidad contemplada en la normativa de cita. En consecuencia, la administración pudo despedirlo -por otras razones- sin tener que observar las disposiciones estatutarias"…"

En el Voto 01827-99, de las 16:03 horas del 10 de Marzo de 1999, el órgano constitucional resuelve:

> *"II.- Sobre el fondo: **de conformidad con lo previsto por el numeral 140 inciso 1) constitucional es atribución del Presidente de la República y el respectivo Ministro del ramo "nombrar y remover libremente a los miembros de la fuerza pública". Ahora bien, esa facultad no es ilimitada pues la Ley General de Policía limitó esa atribución a aquellos miembros de la fuerza pública no cubiertos por el Régimen del Servicio Civil y que no estén cubiertos por el Estatuto Policial.** De las probanzas que corren agregadas al expediente y de los informes que bajo la gravedad del juramento han suministrado a la Sala las autoridades accionadas, **se extrae que la amparada no goza de estabilidad laboral, único supuesto en los accionados estarían impedidos para despedirla…"***

Y finalmente en el Voto 02607-98 de las 11:24 horas del 17 de Abril de 1998, la Sala, señala:

> *"II.- En otras oportunidades, **la Sala ha reconocido que la facultad de remoción del artículo 140 inciso 1) de la Constitución Política es de libre ejercicio. Sólo se exige que el despido lo lleve a cabo el Presidente***

de la República y el Ministro del ramo para que el acto sea legítimo (véase entre otras la sentencia número 1297-93 de las 13:06 horas del 26 de marzo de 1993). La documentación que se aportó para la resolución de este caso demuestra que el acuerdo ejecutivo que cesó a la amparada del puesto de agente de seguridad del Ministerio de Justicia cumplió con este requisito y fue comunicado a la amparada. La documentación también establece que la plaza no se encuentra cubierta por el régimen estatutario policial que establece el transitorio único de la Ley Nº 7210".

Por otro lado, consta que la recurrente recibió sus prestaciones legales, lo cual conlleva una desestimación tácita, en vista de su cesación como funcionaria. Por estas razones el recurso es improcedente ordenándose el archivo del expediente."

VI- De la finalizacón de la relación de empleo público por ineficiencia, impericia o incompetencia de los miembros de las fuerzas de policía

Por último, encontramos una causal, motivo, razón o forma más para el rompimiento de la relación de empleo público que une a los servidores policiales con la Administración, consistente en la ***ineficiencia, incompetencia o impericia manifiesta y comprobada de los primeros en el ejercicio de sus funciones.*** Esta situación se encuentra regulada en los artículos 75 y 88 de la Ley General de Policía, que en lo que interesan, señalan:

> *"ARTÍCULO 75.- DERECHOS.*
> *Los miembros de las fuerzas de policía protegidos por esta Ley gozarán de los siguientes derechos:*
> *a) Estabilidad en sus puestos, siempre y cuando ingresen al servicio de acuerdo con los requisitos exigidos en el presente Estatuto y si cumplen con sus deberes en la prestación del servicio, según las condiciones determinadas en esta Ley y sus Reglamentos.*
>
> ***l servidor solo podrá ser removido de su puesto*** *cuando incurra en una falta grave, de conformidad con el ordenamiento jurídico,* **o *cuando, para mejorar el servicio, se determine su ineficiencia o incompetencia manifiestas, conforme a las disposiciones de esta Ley****…"*
>
> *"ARTÍCULO 88- EL DESPIDO JUSTIFICADO.*
> ***Los servidores amparados por el presente Estatuto solo podrán ser removidos de sus puestos por las siguientes razones****: (…)*
> *c)* ***Por ineficiencia o impericia manifiesta y comprobada en el desempeño del puesto****…"*

Los artículos citados no señalan expresamente qué debe entenderse por ***ineficiencia, incompetencia o impericia manifiesta***.

Tampoco señalan cuál es el procedimiento que debe seguirse para dar por terminada la relación de empleo público que une al servidor a quien se impute tal ineficiencia, impericia o incompetencia, con la Administración. Únicamente se señala que ello debe ser comprobado, de acuerdo a las disposiciones de la Ley General de Policía.

Al respecto, lo que podemos señalar es que

un indicio de lo que podría entenderse por tales términos nos lo da el artículo 73[27] de la misma Ley al hablar sobre la posibilidad de que se autoricen descensos de los funcionarios policiales, cuando se haya acreditado su ***"impericia, imprudencia, negligencia o deficiencia en el servicio".*** En otras palabras, puede entenderse que un funcionario se ha desempeñado en su puesto de manera ***ineficiente, incompetente*** o con ***impericia manifiesta*** cuando su actuar haya sido ***negligente*** o ***deficiente***.

Y con relación al procedimiento a seguir, no sólo para determinar la ineficiencia, la incompetencia o la impericia manifiesta, sino además para disponer el despido del funcionario, no nos queda duda que debe ser el establecido en el artículo 84 de la Ley General de Policía, que señala que corresponde al Departamento Legal del Ministerio correspondiente, realizar las investigaciones de situaciones que impliquen el despido del servidor amparado por el Estatuto Policial, preparar el respectivo informe y rendir la respectiva recomendación al Consejo de Personal del Ministerio respectivo. Reza el artículo citado:

> *"ARTÍCULO 84- PROCEDIMIENTO EN INVESTIGACION DISCIPLINARIA.*
> *El departamento legal del ministerio respectivo se encargará de investigar preliminarmente toda acusación que implique la suspensión temporal o el* ***despido*** *del servidor amparado por este Estatuto.*
> *Preparado el informe correspondiente, el departamento citado recomendará alguna medida y trasladará el asunto al Consejo de Personal para que lo resuelva en primera instancia. El afectado por una medida disciplinaria de este tipo tendrá derecho a recurrir al ministro del ramo, dentro de los tres días siguientes al de la notificación. Si no se apela, el asunto se remitirá al ministro quien resolverá definitivamente y dará por agotada la vía administrativa."*

Sección c- De las consecuencias del rompimiento de la relación de empleo público de los miembros de las fuerzas de policía

Nos parece importante señalar que el rompimiento de la relación de empleo público que une a los funcionarios policiales con la Administración, al igual que en el ámbito privado, independientemente de los motivos, razones o causas, siempre genera diferentes consecuencias tanto para la Administración como para el trabajador.

Sobre este punto a nivel doctrinario y para el caso concreto del *despido* se ha dicho:

> *"Esta acción puede traer* ***consecuencias económicas*** *para las partes de una relación de trabajo. Para el trabajador puede representar la pérdida de sus derechos laborales, en caso de despido justificado, y para el patrono representa el pago a favor del trabajador, como consecuencia de un despido injustificado, de los derechos laborales que le corresponden, más las indemnizaciones extraordinarias que la*

27 "ARTÍCULO 73.- DESCENSOS. El Consejo de Personal autorizará los descensos de los funcionarios. Estos descensos solo procederán por impericia, imprudencia, negligencia o deficiencia en el servicio, siempre que no constituyan causales de despido, previa valoración del expediente que se levante. Al servidor afectado se le conferirá audiencia previa y podrá apelar ante el ministro quien resolverá en última instancia."

legislación impone al patrono cuando hay contención y no demuestra la causa justa de despido."[28]

Y a nivel de jurisprudencia patria, se ha señalado:

"El despido, casi desde cualquier ángulo que se le mire, es una ***fuente de daños y perjuicios*** *para la persona trabajadora, pues aparte de la privación de la contraprestación que se sufre inmediatamente, surge una incertidumbre que es sin duda alguna, causa de sufrimiento y de angustia, para ella y para su familia, y algunas veces se sufre hasta el escarnio social, sobre todo cuando se ha llevado a cabo atribuyéndole conductas indebidas."*[29]

Ahora bien, nos interesa señalar que dentro del ámbito del ***empleo público***, las consecuencias negativas pueden ser aún mayores que dentro del ámbito laboral privado. Así lo señala Jimmy Bolaños González, al referirse específicamente al despido:

"La sanción de despido en la órbita del **empleo público** *poseen* ***efectos aún más graves que en el ámbito privado,*** *dado que en éste último el trabajador podría incorporarse al día siguiente a otra empresa, incluso competidora o rival, en el régimen estatutario el despido trae aparejado la* ***limitación o prohibición de que pueda volver a ser nombrado en un puesto amparado al sistema de méritos durante un período de tres años,*** *de modo que la posibilidad de rehabilitación queda sujeta al transcurso de ese período, además de que no opera de forma automática, sino que requiere de un estudio de idoneidad para comprobar el cambio que le permitiría ser readmitido a la función pública."*[30]

En el caso específico del ***ámbito laboral policial***, siempre dentro del ***empleo público***, las consecuencias negativas para el trabajador son todavía ***más graves***, ya que, verbigracia, la Ley General de Policía, dispone en su artículo 89, que todo ***despido justificado*** lo será ***sin responsabilidad patronal*** y además el servidor despedido queda ***inhabilitado para reingresar a cualesquiera otras fuerzas de policía por un plazo de 10 años***. Esto, por la última reforma que sufriera dicho cuerpo normativo. El citado artículo 89, señala lo siguiente:

"ARTÍCULO 89.- EFECTOS DEL DESPIDO JUSTIFICADO

Todo despido justificado se entenderá ***sin responsabilidad patronal.***

El servidor despedido por causa justificada queda ***inhabilitado para reingresar a cualquier otro cuerpo de policía, durante un período de diez (10) años****." (Así reformado por el inciso c) del artículo 7° de la Ley N° 8696 de 17 de diciembre de 2008)."*

Conclusiones

El objetivo principal de este trabajo consistía en identificar las diferentes formas en que se puede dar por terminada la relación de servicio que une a los miembros de las fuerzas de policía con la Administración, a la luz de la Ley General de Policía.

28 Vargas Chavarría, Eugenio, "***El Despido***", 1º Edición, San José, Costa Rica, IJSA, Julio del 2002, p. 9
29 Sentencia N. 110 de las 10:00 hrs. del 17 de Abril de 1996, de la Sala Segunda.
30 Bolaños González, Jimmy, op. cit. p. 42

Creemos que dicho objetivo se cumplió a cabalidad, ya que pudimos conocer y estudiar aunque sea brevemente, las diversas formas que incluye el citado cuerpo normativo –y nuestra Carta Magna- para poder dar por terminada la relación de empleo público que vincula a los miembros de los diferentes cuerpos policiales con la Administración.

Así pues, logramos detectar que –*sin perjuicio de otras formas, razones o causas diseminadas en todo el ordenamiento jurídico de nuestro país*- la relación de empleo que vincula a los miembros de las fuerzas de policía enunciadas en la Ley General de Policía, con la Administración, puede romperse de diversas maneras o por diversas causas, motivos o razones.

Vimos en primer término que la Administración de acuerdo a su discrecionalidad, puede dar por terminada una relación de empleo público en el ámbito policial, durante el período de prueba, sin que le sea exigible sujetarse a criterios técnicos específicos. También, la Administración puede romper una relación de este tipo en caso de que haya mediado fraude o error material grave en el nombramiento del servidor policial. Además, la cesación de la relación puede darse de manera automática con el advenimiento del plazo en el caso de los nombramientos provisionales. Igualmente, puede generarse cuando causas disciplinarias graves, autoricen a la Administración a aplicar como sanción disciplinaria, el despido. Y por último, vimos también otras dos formas, causas o motivos. Una, cuando se endilga ineficiencia, impericia o incompetencia en el ejercicio de sus funciones a un servidor policial; y la otra, simplemente cuando el Poder Ejecutivo sin que medie justa causa, da por rota la relación de empleo del servidor policial, haciendo uso de la potestad que le otorga el artículo 140 inciso 1) de la Constitución Política, en el caso de aquellos funcionarios que no gozan de la garantía de estabilidad en sus puestos, en razón de no estar amparados por el Estatuto Policial.

No dejamos de decir que, de acuerdo al estudio realizado, la amplia y libre potestad de remoción de servidores policiales que gozaba el Poder Ejecutivo hasta el año 1994, ha sido constreñida debido precisamente, a la entrada en vigencia de la Ley General de Policía, la cual por medio del Estatuto Policial ha garantizado la estabilidad de empleo por lo menos de parte de los funcionarios de las distintas fuerzas de policía del país. Ello vino a limitar por lo menos parcialmente, la inaceptable práctica consistente en que al finalizar cada período presidencial, los servidores policiales eran nombrados y removidos para satisfacer compromisos políticos, dejando de lado la idoneidad que los funcionarios públicos deberían contar, a los fines de que el servicio público sea brindado con eficacia y eficiencia.

Lo dicho, no está del todo extirpado. Ello sólo se logrará cuando absolutamente todos los miembros de los distintos cuerpos policiales del país se encuentren incorporados al Estatuto Policial, lo cual debería darse en principio, para el próximo período presidencial, según el Transitorio Único de la Ley General de Policía.

BIBLIOGRAFÍA

Ardón Acosta, Víctor Manuel, ***"Despido por Causas Objetivas y Disciplinarias",*** Antología, 1º Edición, Corte Suprema, Escuela Judicial, 1999

Bolaños González, Jimmy, "***Derecho Disciplinario de la Función Pública***", 1º Edición, San José, Costa Rica, IJSA, Abril de 2000

Ballester Pastor, María Amparo, "***El período de prueba***", Valencia, 1º edición, Editorial Tirant lo Blanch, 1.995

Cascante Castillo, German Eduardo, "***Manual Práctico de Legislación Laboral***", 1º Edición, San José, Costa Rica, IJSA, Marzo del 2003

Cabanellas de Torres, Guillermo, "***Compendio de Derecho Laboral***", Tomo I, Buenos Aires, Editorial Heliasta, S.R.L., tercera edición, 1.982

Thury Cornejo, Valentín, ***"Control de la Actividad Administrativa: Discrecionalidad Técnica y Motivación. (Apuntes a partir de la reciente Jurisprudencia Española)"***; en Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, N. 3 Mayo-Julio, Año 1999, Consejería de la Presidencia de la Comunidad de Madrid, Madrid, España

Vargas Chavarría, Eugenio, "***El Contrato Individual de Trabajo***", 1º Edición, San José, Costa Rica, IJSA, Enero del 2006

Vargas Chavarría, Eugenio, "***El Despido***", 1º Edición, San José, Costa Rica, IJSA, Julio de 2002

Sentencia Nº 1588-91 de las 9:30 hrs. del 16 de Agosto de 1991 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia Nº 5134-93 de las 14:00 hrs. del 15 de Octubre de 1993 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia N. 948 de las 08:10 hrs. del 24 de Noviembre del 2000 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia de las 09:30 hrs. del 6 de Mayo del 2005 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia N. 2008-000461 de las 09:30 hrs. del 29 de Mayo del 2008 de la Sala Segunda. de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia 2004-04529 de las 10:27 hrs. del 30 de Abril del 2004 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia 2008-000461 de las 09:30 hrs. del 29 de Mayo del 2008 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia N. 110 de las 10:00 hrs. del 17 de Abril de 1996, de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

Dictamen de la Procuraduría General de la República N. C-029-2000 del 16 de Febrero del año 2000.

Dictamen de la Procuraduría General de la República N. C-132-98 del 03 de Julio de 1998.

Dictamen de la Procuraduría General de la República N. C-225-98 del 3 de Noviembre de 1998.

Dictamen de la Procuraduría General de la República N. C-029-2000 del 16 de Febrero del año 2000.

Dictamen de la Procuraduría General de la República N. C-234-2001 del 27 de Agosto de 2001.

Dictamen de la Procuraduría General de la República N. C-078-2009 del 19 de Marzo del 2009.

Dictamen de la Procuraduría General de la República N. C-078-2009 del 19 de Marzo del 2009.

Dictamen de la Procuraduría General de la República N. C-029-2000 del 16 de Febrero del 2000.



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 36300