CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ISSN: 2215-2377

REVISTA JUDICIAL N° 115

Marzo 2015

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

UNA AMPLÍSIMA LEGITIMACIÓN PARA EL ACCESO AL JUEZ CONSTITUCIONAL:
DE LA DEFENSA DEL DERECHO AL AMBIENTE (COSTA RICA) A LA DEFENSA
DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA (ECUADOR). 11
Edgar Fernández Fernández

ARBITRAJE TÉCNICO, EXPERTO O PERICIAL 31
Dr. Sergio Artavia Barrantes

REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA A LA LEY DE REFORMA
DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL 39
Dr. César Hines Céspedes

LA COMPOSICIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DE LOS TRIBUNALES
CONSTITUCIONALES DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA:
LOS CASOS DE ALEMANIA, ITALIA, ESPAÑA Y COSTA RICA. 81
Dr. Víctor Orozco Solano

LA CONDENA EN ABSTRACTO EN EL ARBITRAJE 113
M.Sc. Mauricio París Cruz

LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO HIPOTECARIO CAUSADA POR EL DEBATE
SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO 121
M.Sc. Yuri López Casal

EL EJERCICIO DEL CONTROL POLÍTICO, DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS
CONSTITUCIONES POLÍTICAS DE AMÉRICA LATINA. UN ANÁLISIS COMPARATIVO 131
Lic. Adolfo Felipe Constenla Arguedas

INCONVENCIONALIDAD DE LA REGLA TRIBUTARIA “SOLVE ET REPETE” 149
Lic. Alex Rojas Ortega

DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO. FUNDAMENTO, CRÍTICA
Y CONFIGURACIÓN NORMATIVA 169
Lic. Javier Madrigal Navarro

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL COSTARRICENSE. ¿ANDROCENTRISMO, GINOCENTRISMO?, ¿MACHISMO, FEMINISMO? ¿EXISTE ALGÚN PUNTO DE ENCUENTRO?..... 189
Prof. Alonso Salazar

FAMILIA, NATALIDAD Y POLÍTICAS PÚBLICAS 213
Lic. Arcelio Hernández Mussio

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

En esta edición, ofrecemos artículos sobre Derecho Procesal, Derecho Constitucional-Ambiental, Jurisdicción Constitucional, Control Político, Derecho Tributario, Derecho Penal, Arbitraje, “Género” y Derecho de Familia.

El **Dr. Edgar Fernández Fernández**, Doctor en Derecho de la Universidad de Nantes, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica e Investigador asociado al *Institut Ouest: Droit et Europe* (IODE), Universidad de Rennes, Francia, nos brinda el trabajo titulado UNA AMPLÍSIMA LEGITIMACIÓN PARA EL ACCESO AL JUEZ CONSTITUCIONAL: DE LA DEFENSA DEL DERECHO AL AMBIENTE (COSTA RICA) A LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA (ECUADOR), el cual se origina en la ponencia “La nature à travers les constitutions: du droit à l’environnement (Costa Rica) aux droits de la nature (Equateur)” que el autor presentó en el Congreso Internacional *“La représentation de l’environnement devant le juge. Approches comparative et prospective”.* Este congreso, organizado por el laboratorio SAGE de la Universidad de Estrasburgo y por la Société Française pour le Droit de l’Environnement (SFDE), fue celebrado en Estrasburgo, Francia, los días 22 y 23 de mayo de 2014. Para el autor, una de las garantías básicas con la que muchos de estos sistemas cuentan – y a la cual muchos otros deberían aspirar – con el fin de hacer respetar el derecho fundamental al ambiente, es el acceso sencillo, informal, gratuito y universal, a un procedimiento y a un juez que sean idóneos para su tutela judicial efectiva. A su juicio, este objetivo puede ser alcanzado a través del reconocimiento de una legitimación lo más amplia posible, a toda persona, individual o colectivamente, para acceder al juez en defensa del derecho al ambiente

Nuestro experto en Derecho Procesal y Arbitraje, el **Dr. Sergio Artavia Barrantes**, autor de muchas obras de consulta obligatoria, esta vez participa con ARBITRAJE TÉCNICO, EXPERTO O PERICIAL, donde indica que los artículos 530 al 533 del C.P.C. regulan la figura del “juicio pericial” y que dichas normas no fueron derogadas por la Ley R.A.C.. Se trata de la Sección Quinta denominada “Juicio Arbitral” que estaba dentro del Capítulo III “Proceso Arbitral” dentro del Título IV de “Procesos especiales”. Explica que el arbitraje pericial o experto –no el juicio pericial-, es aquel proceso, que siguiendo todas las reglas de cualquier proceso arbitral, bajo las reglas de la Ley de Arbitraje, conocen y resuelven, con carácter de cosa juzgada material, controversias técnicas, profesionales o científicas, en las cuales los árbitros designados son expertos, ya no juristas. Se refiere a la una sentencia de la Sala Primera

de la Corte Suprema de Justicia en la que, a su juicio, se incurre en algunos errores, precisamente por la confusión de tres figuras: el arbitraje de equidad, el arbitraje técnico y la pericial arbitral. Considera que la diferencia entre un arbitraje técnico o experto y un juicio pericial o pericial arbitral, es que aquél –el técnico o experto- es un verdadero arbitraje, de hecho es un proceso, con todos los elementos que lo conforman: partes, demanda con pretensiones, pruebas, incluyendo la pericial, laudo y recurso de nulidad, en estos los árbitros deben razonar, con base en una ciencia o técnica, su decisión o laudo. En cambio, el juicio pericial o arbitral es un método heterocompositivo –pues es un tercero que resuelve e impone con carácter de cosa juzgada material- por medio del cual "las partes podrán someter sus diferencias derivadas de la relación jurídica que las vincula, sobre la estimación de alguna cosa, la ejecución de cualquier obra, o sobre puntos técnicos, a la decisión de peritos, quienes podrán ser prácticos o profesionales" –art. 530 CPC-.

El **Dr. César Hines Céspedes**, reconocido constitucionalista nacional, colabora con REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA A LA LEY DE REFORMA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, estudio que se refiere al proyecto de reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC) tramitada bajo el expediente 17743, que cuenta con dictamen afirmativo de minoría del 30 de abril de 2013. En su opinión, los cambios propuestos carecen de sustancia jurídica y doctrinal; cree que nada permite vislumbrar avances de fondo en la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos, en tanto la reforma está dirigida a aspectos formales que, por el contrario, rebajan los niveles de resguardo necesarios para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, que van mucho más allá de la simple actividad prestacional.

Del **Dr. Víctor Orozco Solano**, Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, Letrado Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, publicamos LA COMPOSICIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA: LOS CASOS DE ALEMANIA, ITALIA, ESPAÑA Y COSTA RICA. Según lo manifiesta el autor, el propósito de estas notas es analizar los principales tribunales constitucionales en el modelo de justicia constitucional europeo, desde una perspectiva comparada (es decir, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, la Corte de Constitucionalidad Italiana y el Tribunal Constitucional Español), así como la composición y las competencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, particularmente en lo que respecta a los procedimientos para la defensa del principio de supremacía de la Constitución, así como la tutela de los derechos fundamentales. Este trabajo repasa, por ejemplo, que el control concreto de constitucionalidad en el sistema alemán corresponde a la consulta judicial de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico costarricense o a la cuestión de constitucionalidad en el sistema español. Explica, además, la necesidad de examinar con algún detalle las distintas modalidades de control de constitucionalidad en esos ordenamientos, la composición de esos tribunales, los procesos de defensa de los derechos fundamentales, la resolución de los conflictos de competencia entre los órganos constitucionales, así como otro tipo de procedimientos.

El **M.Sc. Mauricio París Cruz**, quien obtuvo una Maestría en Asesoría Jurídica de Empresa en la Universidad Carlos III de Madrid y cursó el Programa de Arbitraje Comercial Internacional del Instituto de Empresa, socio del bufete Expertis GHP Abogados, nos entrega LA CONDENA EN ABSTRACTO EN EL ARBITRAJE. El autor; propone en este artículo una revisión a la práctica no poco frecuente y, en su criterio, inaplicable al arbitraje de solicitar por parte de los abogados litigantes y de ordenar por parte de los árbitros, condenas en abstracto de daños y perjuicios en materia arbitral, a fin de que éstos sean liquidados en vía judicial mediante el procedimiento de ejecución del laudo. Considera que esta práctica presenta varios inconvenientes que acá se esbozan. En sus conclusiones sostiene que es deseable que, como parte del proceso de depuración y sofisticación que debe sufrir el arbitraje en Costa Rica, se erradique la costumbre de otorgar condenas en abstracto en los laudos arbitrales. En esta labor, es necesario que los abogados litigantes eviten incluir pretensiones de ese tipo y propongan la producción de prueba que liquide los daños y perjuicios; asimismo, es necesario que los árbitros rechacen estas pretensiones en caso de que se les soliciten, y cumplan su deber de liquidar todos los extremos cuando cuenten con información en el expediente, o propongan a las partes considerar bifurcar el procedimiento.

El **M.Sc. Yuri López Casal** (graduado de la Universidad de Heidelberg) comenta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, Asunto C-415/11, relativa a la relación que puede existir entre un proceso de remate y su suspensión en razón de posibles cláusulas abusivas en el contrato. El análisis se titula: LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO HIPOTECARIO CAUSADA POR EL DEBATE SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO. El autor nos da cuenta de que el 14 de marzo de 2013 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitió un importante veredicto relacionado con la influencia que tiene la discusión de presuntas cláusulas abusivas plasmadas en los contratos de préstamo hipotecario en los procesos ejecutivos hipotecarios planteados por bancos y otras entidades financieras españoles contra los deudores de tales préstamos. De acuerdo con esa sentencia, la normativa española vigente (la cual impide que el Juez que conoce de un proceso declarativo, ante el cual el consumidor hubiese presentado una demanda, en la cual hubiese alegado el carácter abusivo de una determinada cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutorio, pueda adoptar medidas cautelares tendentes a suspender el proceso hipotecario, cuando la adopción de esas medidas fuese necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final) es contraria al Derecho de la Unión Europea, pues lesiona la Directiva 93/13/CEE del Consejo de la Unión Europea de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Afirma que podría abrir la discusión, en Costa Rica, sobre la posibilidad de que la jurisprudencia reiterada de los Tribunales Superiores Civiles, que preconiza que no es posible acoger, dentro de procesos ordinarios, medidas cautelares atípicas tendentes a suspender la ejecución hipotecaria, bajo el argumento de que son procesos autónomos e independientes y que no hay prejudicialidad, podría ser, eventualmente, inconstitucional, por cuanto podría estar en contradicción con el numeral

46 párrafo final de la Constitución Política, el cual dispone que los consumidores tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos.

El **Lic. Adolfo Felipe Constenla Arguedas**, Asesor Parlamentario y Profesor de Historia del Derecho de la Universidad Escuela Libre de Derecho, colabora con EL EJERCICIO DEL CONTROL POLÍTICO, DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS CONSTITUCIONES POLÍTICAS DE AMÉRICA LATINA. UN ANÁLISIS COMPARATIVO. En esta investigación, se describe, inicialmente, en qué consiste el "Control Político", como mecanismo de vigilancia que el Poder Legislativo aplica a las actuaciones del Poder Ejecutivo; se determina cómo fue que surgió ese concepto jurídico y se analizan diversas legislaciones americanas, en particular, en las Constituciones políticas argentina, boliviana, brasileña, colombiana, chilena, dominicana, ecuatoriana, guatemalteca, hondureña, mexicana, nicaragüense, paraguaya, peruana, salvadoreña y uruguaya.

El **Lic. Alex Rojas Ortega**, Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, Candidato a Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia, Asesor legal de la Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica y Juez suplente del Tribunal Contencioso Administrativo, nos manifiesta su opinión denominada INCONVENCIONALIDAD DE LA REGLA TRIBUTARIA "SOLVE ET REPETE". Nos recuerda que este principio de pago previo, en materia tributaria, consiste en la exigencia del pago de la obligación tributaria como condición para el cuestionamiento en sede administrativa o judicial de la determinación tributaria, es decir, de la conducta administrativa que imponga la obligación de pagar una suma de dinero por concepto de deuda tributaria. El autor es del criterio de que, con independencia de los fines recaudatorios de la medida impositiva a la que se refiere, con ella también se provoca una lesión al bloque o parámetro de convencionalidad, en tanto se condiciona el derecho de toda persona a la igualdad y a ser oída, con las garantías del debido proceso, por los órganos competentes establecidos por el ordenamiento jurídico, tal como lo proclaman los ordinales 24 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El **Lic. Javier Madrigal Navarro** nos presenta un estudio muy bien estructurado; el tema: DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO. FUNDAMENTO, CRÍTICA Y CONFIGURACIÓN NORMATIVA. El autor afirma que el estudio de los delitos de peligro abstracto es de actualidad, pues su comprensión permite un mejor entendimiento de otros temas afines del derecho penal como lo son el disvalor de la acción, el disvalor del resultado, el principio de proporcionalidad, los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, así como también todo lo relacionado con el tema del bien jurídico tutelado y el principio de lesividad, la antijuridicidad material sin olvidar por supuesto, otros temas como los de los delitos de bagatela, la mínima culpabilidad y la exigua participación a la que hace referencia nuestro Código Procesal Penal en su artículo 22 inciso a). Concluye diciendo que el uso indiscriminado de delitos de peligro, especialmente de peligro abstracto, efectivamente puede llegar a conformar tipos penales que afecten las garantías y derechos fundamentales apuntados, de todo lo cual debe el juzgador estar informado y

que corresponde al legislador -como órgano electivo y representativo- adoptar la ideología adecuada para regular y normativizar las conductas que considere causen un daño social. Sin embargo, es necesario que los estudiosos del derecho manifiesten de forma vehemente sus inquietudes y oposiciones con respecto a la violación de garantías fundamentales, cuando en la tarea del Poder Legislativo se llegue a límites inaceptables, ya sea producto de una inadecuada política criminal, del populismo penal o de reacciones o tendencias que no tengan claro el vasto y amplísimo desarrollo de la protección de esas garantías.

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL COSTARRICENSE ¿ANDROCENTRISMO, GINOCENTRISMO?; ¿MACHISMO, FEMINISMO?; ¿EXISTE ALGÚN PUNTO DE ENCUENTRO? se titula el comentario del Profesor **Alonso Salazar**, de la Universidad de Costa Rica. El autor toma como referencia un texto titulado Género y Derecho Penal: tensiones al interior de sus discursos, escrito por Daniela Zaikoski publicado en la Revista de derechopenalonline, ISSN1853-1105, de la República Argentina, para comentar las ideas expuestas respecto a la perspectiva de género en el Derecho, centrándose en la necesidad de su consideración en la construcción del discurso jurídico en general, y más específicamente del discurso jurídico-penal. Para ello, apercibe de las falacias del todo a las que comúnmente se recurre al hablar de temas de género; éstas, en su mayoría, sostienen que existe un orden social masculino que no requiere de legitimación, lo cual no es cierto, pues en el mundo existen actualmente miles de movimientos que buscan la reivindicación de la mujer, así como textos como el presente que revelan la necesidad de una correcta armonización entre ambos elementos. Además, a lo largo del texto critica la percepción del tema de género desde un reduccionismo sexista, que pretende explicar toda clase de fenómenos desde una perspectiva sexista que encasilla al ser humano en una estructura binaria, pues concluye que bajo esta tesitura no se logrará elaborar un discurso jurídico coherente con una visión del derecho que se concentre, no solo en las diferencias entre ambos sexos, sino además en los puntos de encuentro.

El **Lic. Arcelio Hernández Mussio**, Abogado y Notario Público expresa su criterio sobre FAMILIA, NATALIDAD Y POLÍTICAS PÚBLICAS. Opina que se trata, sobre todo, de evitar que las políticas públicas reflejen planteamientos radicales, porque los extremos tienden a unirse y al final terminan debilitando a la familia. Tanto el machismo como el feminismo de género (radical) tienden a coincidir en una discriminación en perjuicio de la mujer, en especial cuando se trata de su posibilidad de desarrollarse tanto como madre, como profesional. Esto es así porque ambas posiciones radicales promueven la perpetuación de estereotipos respecto a la superioridad o inferioridad de alguno de los sexos respecto del otro. Precisamente el artículo 5 de la CEDAW ordena la eliminación de tales estereotipos, basados en el sexo de las personas. Asevera que lo que se debe favorecer, es la equidad, tomando en cuenta que es la mujer quien tiene el privilegio de la maternidad, que justifica un trato diferenciado para motivarla y cuidarla, por ser del más alto interés social y cultural. El artículo 4 inciso 2 de la Directiva referida, sostiene que "el principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad." Opina que una posición equilibrada resultará de vital

importancia, para abordar la problemática familiar, y la tendencia hacia la baja en la tasa de natalidad. Dice que, si queremos brindar soluciones como la mediación y la conciliación, que hacen que las separaciones y divorcios sean eventos menos traumáticos para todas las partes involucradas, en especial los niños, y así evitar que las personas se sientan desmotivadas a tener hijos, debemos procurar que las políticas públicas no contradigan ese deseo. Considera que se debe procurar que las mujeres tengan acceso a redes de cuido para sus hijos, y que su trabajo en el hogar sea valorizado y tomado en cuenta en la vida laboral fuera de la casa. Todo esto sin dejar de lado que hoy día muchos padres quieren tener un papel más activo en la guarda, crianza y educación de los hijos, y que al tenor del artículo 6 de la Ley de Paternidad Responsable, el Estado debe promover políticas públicas que promuevan la corresponsabilidad de mujeres y hombres en la crianza y educación de los hijos.

UNA AMPLÍSIMA LEGITIMACIÓN PARA EL ACCESO AL JUEZ CONSTITUCIONAL: DE LA DEFENSA DEL DERECHO AL AMBIENTE (COSTA RICA) A LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA (ECUADOR) [1]

Dr. Edgar Fernández Fernández[2]

Introducción

Numerosos sistemas constitucionales modernos reconocen, ya sea expresamente en el texto de la Constitución, o a través de la elaboración jurisprudencial de sus cortes constitucionales, un derecho fundamental al ambiente, bajo distintas denominaciones y calificativos. Una de las garantías básicas con la que muchos de estos sistemas cuentan – y a la cual muchos otros deberían aspirar – con el fin de hacer respetar este derecho fundamental, es el acceso sencillo, informal, gratuito y universal, a un procedimiento y a un juez que sean idóneos para su tutela judicial efectiva. Para efectos de este trabajo, enfocaremos nuestro análisis en uno de los aspectos más importantes que inciden en que dicho acceso sea universal: la legitimación[3].

Si bien la naturaleza puede ser protegida indirectamente a través del respeto del derecho al ambiente, recientemente un país – Ecuador – dio un paso adelante al incluir en su Constitución el reconocimiento expreso tanto de la naturaleza como sujeto de derechos, como de los derechos fundamentales de la naturaleza. En este caso también, se ha establecido una amplia legitimación para acceder al juez en defensa de estos derechos.

¿Cuál es el fundamento jurídico de la legitimación en estos casos? ¿Quién dispone

---

1 El presente trabajo se origina en la ponencia titulada “La nature à travers les constitutions : du droit à l’environnement (Costa Rica) aux droits de la nature (Equateur)” que el autor presentó en el Congreso Internacional “La représentation de l’environnement devant le juge. Approches comparative et prospective”. Este congreso, organizado por el laboratorio SAGE de la Universidad de Estrasburgo y por la Société Française pour le Droit de l’Environnement (SFDE), fue celebrado en Estrasburgo, Francia, los días 22 y 23 de mayo de 2014. http://www-sfde.u-strasbg.fr/downloads/colloques/Colloque%20La%20representation%20de%20lenvironnement%20mai2014.pdf

2 Doctor en Derecho, Universidad de Nantes. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Costa Rica. Investigador asociado al Institut Ouest : Droit et Europe (IODE), Universidad de Rennes, Francia. Correo: edgarfernandez_cr@yahoo.com

3 Según Manrique Jiménez Meza (Jiménez Meza, Manrique; Jinesta Lobo, Ernesto; Milano Sánchez, Aldo y González Camacho, Oscar, El nuevo proceso contencioso-administrativo, San José, Escuela Judicial y Poder Judicial, 2006, p. 79), “la legitimación es una aptitud especial o una capacidad cualificada para ser parte en algún procedimiento administrativo o en algún proceso. Tal capacidad procesal se deriva de la relación existente entre la esfera de intereses y derechos de tal sujeto con la conducta realizada por otro sujeto que ilegítimamente invadió su esfera de intereses y derechos”.

de legitimación para defender a la naturaleza o al ambiente? ¿Quién puede representarlos? Son algunas de las preguntas que esperamos responder a través del análisis de dos sistemas jurídicos en los cuales se reconoce una legitimación muy amplia para el acceso al juez constitucional: uno para la defensa del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado – es el caso de Costa Rica – (I); y otro para la defensa de los derechos de la naturaleza – es el caso del Ecuador – (II).

I. La defensa del derecho al ambiente: Costa Rica

Mediante la reforma realizada por el artículo 1 de la Ley n.° 7412 del 3 de junio de 1994[4], se agregaron los párrafos segundo, tercero y cuarto al artículo 50 de la Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949. El artículo reformado reza:

"El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.
Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello estará legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la indemnización del daño causado.
El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho.
La Ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes".

Para efectos de este trabajo, nos interesa destacar el párrafo segundo de este artículo, sobre el cual, de entrada, podemos realizar dos comentarios: primero, la disposición en él contenida liga inseparablemente el derecho de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y la legitimación de toda persona para denunciar los actos que infrinjan este derecho y para reclamar la indemnización del daño causado; segundo, esta disposición no dice nada en cuanto a si las personas que denuncian dichos actos y reclaman tal indemnización deben demostrar un interés directo y personal.

Para ir más lejos, es necesario visitar la muy rica, pero a menudo contradictoria[5], jurisprudencia de la Sala Constitucional. Esta Sala, creada en 1989[6], ha desarrollado ampliamente el contenido del artículo 50 de la Constitución, habiendo sido incluso precursora de la reforma al mismo, operada por Ley n.° 7412.

En primer lugar, antes de dicha reforma, ya la Sala había extraído la existencia de un derecho fundamental a un ambiente sano

4 Esta ley entró en vigencia el 10 de junio de 1994.
5 Es necesario precisar que la Sala Constitucional resuelve una cantidad impresionante de casos por año – entre 1989 y 2013, fueron presentados a la Sala Constitucional un total de 209,641 casos, de los cuales 185,974 corresponden a recursos de amparo, y 4,206 a acciones de inconstitucionalidad. http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/estadisticas.htm; consultado el 18 de junio de 2014 –, además de que sufre constantemente cambios en su formación, todo lo cual vuelve muy difícil la labor de unificar su jurisprudencia.
6 Reforma al artículo 10 de la Constitución Política mediante Ley n.° 7128 del 18 de agosto de 1989, la cual entró en vigencia el primero de setiembre de 1989. A esta Sala se le encargó, entre otros, "declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público" (artículo 10 de la Constitución Política). Asimismo se le encargó el conocimiento de los recursos de hábeas corpus y de amparo (artículo 48 de la Constitución Política).

y ecológicamente equilibrado, mediante la interpretación de otros artículos de la Constitución Política, como por ejemplo el artículo 21, el cual establece que *"la vida humana es inviolable"*, el artículo 69, que hace mención a *"la explotación racional de la tierra"*, y el artículo 89, que incluye la protección de *"las bellezas naturales"* entre los fines culturales de la República[7].

Del mismo modo, antes de la reforma al artículo 50 de la Constitución, ya la Sala Constitucional había interpretado ampliamente la legitimación para acceder a la jurisdicción constitucional en defensa del ambiente. Desde 1993 hasta el día de hoy han existido, en el seno de la Sala Constitucional, dos corrientes mayoritarias opuestas para la justificación de esta amplísima legitimación en materia ambiental (A): una basada en la existencia de un interés de todas las personas o de la colectividad nacional, y otra basada en la existencia de un interés difuso. Una tercera corriente, más discreta, reconoce la existencia de una acción popular(B).

A. Dos corrientes mayoritarias opuestas: intereses de todas las personas o de la colectividad nacional versus intereses difusos

Las dos corrientes mayoritarias han sido particularmente importantes para justificar una muy amplia legitimación para el acceso al juez constitucional a través de la presentación de recursos de amparo y de acciones de inconstitucionalidad en materia ambiental.

Recurso de Amparo

El recurso de amparo es un derecho reconocido en el artículo 48 de la Constitución Política, cuya primera oración dispone: *"Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República".*

A pesar de la redacción del artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional[8], el cual establece, en términos bastante amplios, que *"cualquier persona podrá interponer el recurso de amparo"*, la Sala Constitucional ha aclarado que "*cualquier persona"* se refiere tanto al agraviado en un derecho constitucional (el titular del derecho lesionado), como a todas aquellas personas que interpongan el recurso a su favor[9]. De ahí que la Sala ha deducido, como regla general, la obligación del recurrente de determinar las personas tuteladas en el recurso (a favor de quién o quiénes lo promueve), y de concretar

7 Ver sentencias n.° 1802-91 de las 9:10 horas del 13 de setiembre de 1991, n.° 240-92 de las 9:00 horas del 31 de enero de 1992, n.° 2233-93 de las 9:36 horas del 28 de mayo de 1993, n.° 3705-93 de las 15:00 horas del 30 de julio de 1993, n.° 4423-93 de las 12:00 horas del 7 de setiembre de 1993, n.° 6240-93 de las 14:00 horas del 26 de noviembre de 1993, n.° 131-94 de las 12:00 horas del 7 de enero de 1994, n.° 1394-94 de las 15:21 horas del 16 de marzo de 1994, y n.° 2485-94 de las 9:18 horas del 27 de mayo de 1994. En el mismo sentido, pero posterior a la entrada en vigencia de la reforma al artículo 50, ver la sentencia n.° 1888-95 de las 9:18 horas del 7 de abril de 1995.
8 Ley n.° 7135 del 11 de octubre de 1989, entrada en vigencia el 19 de octubre de 1989.
9 Ver, entre otras, las sentencias n.° 93-90 de las 10:00 horas del 24 de enero de 1990, n.° 2001-11338 de las 15:17 horas del 6 de noviembre de 2001, y n.° 2004-13706 de las 19:07 horas del 30 de noviembre de 2004.

la existencia de una lesión o amenaza individual o individualizable[10].

Sin embargo, los asuntos en los que está de por medio la protección del ambiente constituyen una excepción a lo anterior. En estos casos, desde antes de la reforma al artículo 50 de la Constitución, la Sala Constitucional ha interpretado *"cualquier persona"* en sentido muy amplio, ya que para la presentación de un recurso de amparo no se exige invocar ni probar que alguien en particular ha sufrido un daño directo.

Es desde entonces que surgen dos corrientes claramente distinguibles para la justificación de esta amplísima legitimación en materia ambiental: la primera, que inició con la sentencia n.° 1700-93[11], fundamenta dicha legitimación en el hecho que la defensa del ambiente constituye un interés de *"todos los habitantes"*, de *"todas las personas"*, o de "la colectividad nacional" – según la variada terminología empleada en diferentes sentencias de esta corriente –; la segunda, que inició con una sentencia emitida tan solo tres meses después, n.° 3705-93[12], sostiene que la defensa del ambiente es un *"interés difuso"*, el cual, según la definición brindada por la Sala, es un concepto más restringido que el interés de *"todos los habitantes"*, de *"todas las personas"*, o de *"la colectividad nacional"*, pues se refiere a determinadas categorías, o grupos informales, de personas.

Tenemos así que, en sentencia n.° 1700-93, la Sala estimó que en materia ambiental "todos los habitantes" sufren un perjuicio, y que éste es equiparable a un daño directo: *"En cuanto a la admisibilidad del recurso, es importante expresar que cualquier persona se encuentra legitimada, de conformidad con el artículo 89 en relación con el 21, 10 y 48 de la Constitución política, y 33 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para interponer el amparo en defensa del derecho a la conservación de los recursos naturales del país. A pesar de no existir un perjuicio directo y claro para el accionante como en el caso de un acto concreto del Estado en contra de un particular, todos los habitantes, en cuanto a las transgresiones al artículo 89 de la Constitución Política, sufren un perjuicio en la misma proporción que si se tratara de un daño directo, por lo que se considera que existe en su favor un interés que los faculta a accionar para proteger ese derecho a mantener un equilibrio natural en el ecosistema"*[13] . En el mismo sentido, en sentencia n.° 8672-98[14], la Sala indicó

10 Ver, por ejemplo, las sentencias n.° 8672-98 de las 16:33 horas del 2 de diciembre de 1998, y n.° 2005-6002 de las 16:02 horas del 24 de mayo de 2005.
11 Sala Constitucional, sentencia n.° 1700-93 de las 15:09 horas del 16 de abril de 1993.
12 Sala Constitucional, sentencia n.° 3705-93 de las 15:00 horas del 30 de julio de 1993.
13 Este extracto de la sentencia n.° 1700-93 fue citado literalmente en sentencias n.° 6035-98 de las 10:33 horas del 21 de agosto de 1998, n.° 8672-98 de las 16:33 horas del 2 de diciembre de 1998, n.° 4758-99 de las 11:27 horas del 18 de junio de 1999, n.° 2001-12777 de las 9:48 horas del 14 de diciembre de 2001, n.° 2002-6446 de las 15.50 horas del 2 de julio de 2002, y n.° 2007-14945 de las 14:55 horas del 16 de octubre de 2007. Por su parte, en sentencia n.° 5161-98 de las 11:03 horas del 17 de julio de 1998, la Sala retomó partes de este extracto de la sentencia n.° 1700-93 – sin mencionarla en forma alguna –, variándola ligeramente – sustituyendo la referencia al artículo 89 por el 50 –, y mencionando en su lugar – al parecer por error – la sentencia n.° 2233-93.
14 Sala Constitucional, sentencia n.° 8672-98 de las 16:33 horas del 2 de diciembre de 1998.

que si bien es cierto el recurso de amparo tiene un carácter subjetivo, y que a pesar de que, *"no obstante la amplia legitimación del artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la regla es que es ineludible precisar a favor de quién se recurre y en virtud de cuáles lesiones concretas", "existen circunstancias -excepcionales- en las que la actuación administrativa lesiona los derechos fundamentales de la colectividad, al punto de entenderse como afectadas a todas las personas, como en el caso de la tutela del ambiente al que se refirió la Sala en sentencia número 1700-93 (…)".*

Por otra parte, en sentencia n.° 3705-93, la Sala justificó la amplísima legitimación para presentar recursos de amparo para la protección del ambiente en los llamados *"intereses difusos"*. En esta sentencia, la Sala caracterizó estos intereses como un interés *"mediante el cual la legitimación original del interesado legítimo o aún del simple interesado, se difunde entre todos los miembros de una determinada categoría de personas que resultan así igualmente afectadas por los actos ilegales que los vulneran (…) Los intereses difusos, aunque de difícil definición y más difícil identificación, no pueden ser en nuestra Ley -como ya lo ha dicho esta Sala- los intereses meramente colectivos; ni tan difusos que su titularidad se confunda con la de la comunidad nacional como un todo, ni tan concretos que frente a ellos resulten identificadas o fácilmente identificables personas determinadas, o grupos personalizados, cuya legitimación derivaría, no de los intereses difusos, sino de los corporativos o que atañen a una comunidad en su conjunto. Se trata, entonces, de intereses individuales, pero, a la vez, diluídos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas. Es decir, los intereses difusos participan de una doble naturaleza, ya que son a la vez colectivos -por ser comunes a una generalidad- e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter. (…) De manera que, en tratándose del Derecho al Ambiente, la legitimación corresponde al ser humano como tal, pues la lesión a ese derecho fundamental la sufre tanto la comunidad como el individuo en particular"*[15]. De esta definición se extrae claramente que el interés de la colectividad nacional queda excluido del concepto de interés difuso, pues este último se restringe a grupos informales de personas que comparten alguna característica que los distingue de los demás habitantes del país. Esta idea quedó aún más clara a partir de la sentencia n.° 2001-5915[16], en la cual la Sala, tras citar la anterior definición de intereses difusos, indicó: *"En síntesis, los intereses difusos son*

15 Anteriormente, en sentencia n.° 980-91 de las 13:30 horas del 24 de mayo de 1991, la Sala Constitucional había definido los intereses difusos como intereses que son "iguales y los mismos para un conjunto, indeterminado aunque determinable, de personas, quienes son sus titulares, colectivamente, todas y cada una de ellas como miembro de esa colectividad".
16 Sala Constitucional, sentencia n.° 2001-5915 de las 15:27 horas del 3 de julio de 2001.

aquellos cuya titularidad pertenece a grupos de personas no organizadas formalmente, pero unidas a partir de una determinada necesidad social, una característica física, su origen étnico, una determinada orientación personal o ideológica, el consumo de un cierto producto, etc.".

Un excelente ejemplo de este concepto de *"intereses difusos"* se encuentra precisamente en la sentencia n.° 3705-93. El recurso de amparo había sido presentado por un menor de edad, estudiante de primaria, quien se quejaba de que la Municipalidad de Santa Ana y el Ministerio de Salud habían violado su derecho a la vida y a un ambiente sano *"al haber permitido que la quebrada "La Uruca", que desemboca en el río Virilla, sea utilizada como basurero, con la consecuente contaminación, la cual le afecta no sólo a él, sino a todos los vecinos del lugar"*[17] .

La Sala estimó que se estaba en presencia de un interés difuso: *"Y precisamente ello es lo que sucede en el presente caso, en el cual el recurrente, evidentemente, tiene un interés individual en el tanto está siendo afectado por la contaminación de que es objeto su comunidad, pero también existe un interés colectivo, ya que la lesión también se produce a la colectividad como un todo".*

Aún cuando el concepto de *"intereses difusos"* desarrollado por la Sala Constitucional se restringe a ciertos grupos o categorías de personas, diferenciándose por ello de los intereses de *"todas las personas"*, tratándose de asuntos en los que está de por medio la defensa del ambiente la Sala casi nunca ha analizado si en la especie se afecta a un grupo o categoría de personas determinado. En otras palabras, a pesar de la definición que ella ha dado de *"intereses difusos"*, en realidad, para la Sala, estos intereses existen en cualquier caso relacionado con la defensa del ambiente. Esta especie de presunción pareciera haber sido aceptada por la Sala a partir de su sentencia n.° 6942-96[18], en la cual pareciera haber querido dejar de lado cualquier consideración de tipo subjetivo para la determinación de la existencia o no de un interés difuso, el cual existiría simplemente ante la presencia de cierto tipo de derechos constitucionales en juego, como el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. En efecto, tras indicar que *"se trata entonces de un interés distribuido en cada uno de los administrados, mediato si se quiere, y diluido, pero no por ello menos constatable, para la defensa, ante esta Sala, de algunos derechos constitucionales de una singular relevancia para el adecuado y armónico desarrollo de la sociedad", la Sala manifestó: "Son entonces las especiales características de estos derechos por sí mismas y no la particular situación frente a ellos de los sujetos que puedan ostentarlos, la clave para la distinción y determinación de la presencia de los llamados intereses difusos, tal y como se ha manifestado en distintas resoluciones, como la 3705-93 (…) para el derecho al ambiente, la número 5753-93 (…) para la defensa del patrimonio histórico y la número 980-91 (…) para la materia electoral"* [19].

17 Resultando I.

18 Sala Constitucional, sentencia n.° 6942-96 de las 9:33 horas del 20 de diciembre de 1996.

Acción de inconstitucionalidad

Lo dicho en sentencia n.° 3705-93 en cuanto a los intereses difusos ha sido utilizado por la Sala Constitucional en incontables sentencias desde entonces, tanto para justificar la amplísima legitimación para interponer recursos de amparo en materia ambiental, como para justificar la legitimación para interponer directamente acciones de inconstitucionalidad en esta materia[20], es decir, sin necesidad de cumplir con el requisito de la existencia de un asunto pendiente de resolver, exigido en el párrafo primero del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional[21]. Esto por cuanto el párrafo segundo de este artículo 75 dispone: *"No será necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto".*

Sin embargo, dicha utilización del concepto de intereses difusos ha tenido sus matices especiales, pues aquí también encontramos manifestaciones claras de las dos corrientes descritas anteriormente, sobre todo a partir de la sentencia n.° 2001-5915 – a la cual hicimos referencia anteriormente –, a través de la cual la Sala Constitucional reconsideró el contenido del párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. En esta sentencia, la Sala indicó que a pesar de que ella *"ha enumerado diversos derechos a los que les ha dado el calificativo de "difusos", tales como el medio ambiente, el patrimonio cultural (…), los referidos bienes trascienden la esfera tradicionalmente reconocida a los intereses difusos, ya que se refieren en principio a aspectos que afectan a la colectividad nacional y no a grupos particulares de ésta; un daño ambiental no afecta apenas a los*

19 Estas afirmaciones habían sido realizadas anteriormente, con ligeras diferencias de redacción, en las sentencias n.° 1641-96 de las 16:15 horas del 9 de abril de 1996, y n.° 2276-96 de las 14:54 horas del 15 de mayo de 1996. Al realizar una búsqueda en la página de Internet del Sistema Costarricense de Información Jurídica (SCIJ) (http://200.91.68.20/SCIJ_PJ/main_jurisprudencia.aspx), encontramos un total de 24 sentencias en las cuales estas afirmaciones fueron realizadas, siendo la última la n.° 2007-11269 de las 14:38 horas del 8 de agosto de 2007.

20 Un ejemplo de ello es la sentencia n.° 7294-98 de las 16:15 horas del 13 de octubre de 1998.

21 Este párrafo reza: "Para interponer la acción de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de hábeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable para amparar el derecho o interés que se considera lesionado". En sentencia n.° 2005-10373 de las 14:42 horas del 10 de agosto de 2005, citada por sentencia n.° 2007-448 de las 14:42 horas del 17 de enero de 2007, la Sala indicó: "En efecto el artículo 75 de la Ley que rige esta jurisdicción establece que, como regla, la admisibilidad de una acción de inconstitucionalidad está condicionada a la existencia de un asunto previo pendiente de resolver, en el que se haya invocado la inaplicabilidad de la norma o normas impugnadas, de modo que la demanda sirva como un medio razonable para la tutela del derecho o interés que se estima lesionado. En atención a esa naturaleza incidental, es importante subrayar que las hipótesis del párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de esta jurisdicción no constituyen alternativas, sino excepciones, a la mencionada regla general que exige la existencia de un asunto previo pendiente de resolver como fundamento de la acción. (…)".

vecinos de una región o a los consumidores de un producto, sino que lesiona o pone en grave riesgo el patrimonio natural de todo el país e incluso de la Humanidad (…)"[22] . Como consecuencia de lo anterior, la Sala recalificó este tipo de derechos –entre los cuales el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado–, según las categorías establecidas en el párrafo segundo del artículo 75, ya no como *"intereses difusos"*, sino como intereses "que atañen a la colectividad en su conjunto": *"Finalmente, cuando el párrafo 2° del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional habla de intereses "que atañen a la colectividad en su conjunto", se refiere a los bienes jurídicos explicitados en las líneas anteriores, es decir, aquellos cuya titularidad reposa en los mismos detentores de la soberanía, en cada uno de los habitantes de la República*[23]*. No se trata por ende de que cualquier persona pueda acudir a la Sala Constitucional en tutela de cualesquiera intereses (acción popular), sino que todo individuo puede actuar en defensa de aquellos bienes que afectan a toda la colectividad nacional (…)".*[24]

A pesar de esta tesitura sostenida por la Sala en muchas ocasiones a partir de la sentencia n.° 2001-5915, la cual da a entender que

22 A partir de una búsqueda realizada en la página de Internet del SCIJ (http://200.91.68.20/SCIJ_PJ/main_jurisprudencia.aspx), esta afirmación pareciera haber sido realizada por la Sala Constitucional en unas 128 sentencias, aproximadamente, siendo la última la n.° 2013-13808 de las 16:11 horas del 16 de octubre de 2013.

23 A partir de una búsqueda realizada en la página de Internet del SCIJ (http://200.91.68.20/SCIJ_PJ/main_jurisprudencia.aspx), esta recalificación pareciera haber sido realizada en un total de 51 sentencias aproximadamente, siendo la última la n.° 2013-5692 de las 16:20 horas del 24 de abril de 2013.

24 Esta interpretación de la Sala Constitucional sobre el significado de los intereses "que atañen a la colectividad en su conjunto", contrasta sin embargo con otra interpretación que la misma Sala ha sostenido también en múltiples sentencias, que niega que dichos intereses puedan equipararse a los intereses de la colectividad nacional. Por ejemplo, en sentencia n.° 4113-93 de las 16:00 horas del 30 de julio de 2003, citada por la sentencia n.° 2014-462 de las 14:30 horas del 15 de enero de 2014, la Sala indicó: "Tampoco puede interpretarse que cuando la ley hace mención a "los derechos que atañen a la colectividad en su conjunto", se esté refiriendo a la colectividad nacional, pues este supuesto equivaldría a aceptar y reconocer una acción popular no regulada en nuestra legislación.". En esta última sentencia, n.° 2014-462, la Sala citó también la sentencia n.° 2013-11499 de las 16:00 horas del 18 de agosto de 2013, en la cual se citó a su vez la sentencia n.° 360-99 de las 15:51 horas del 20 de enero de 1999, en la cual se había equiparado los intereses "que atañen a la colectividad en su conjunto" a los llamados "intereses corporativos": "En relación con otra de las posibles fuentes de legitimación del párrafo segundo del artículo 75 señalado, la recogida en la expresión "intereses que atañen a la colectividad en su conjunto", ya la Sala ha precisado que con ella se refiere el legislador a la legitimación que ostenta un grupo corporativo, cuando actúa como tal por intermedio de sus representantes, en defensa de los derechos e intereses de las personas que conforman su base asociativa, pero, además de lo anterior, siempre y cuando se trate del cuestionamiento de normas o disposiciones que inciden en aquel núcleo de derechos o intereses que constituye la razón de ser y el factor aglutinante de la agrupación; ello incluso cuando, en algunos casos, los efectos de tales normas pudieran repercutir de manera individualizada en cada uno de sus miembros (…)". En sentencia n.° 1631-91 de las 15:15 horas del 21 de agosto de 1991, la Sala reconoció por primera vez que "la defensa de intereses corporativos" estaba contenida dentro de las excepciones establecidas en el párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, sin indicar en cuál precisamente. Por otro lado, en la sentencia n.° 2001-5915, en la cual se reconsideró el contenido del párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, así como en múltiples sentencias en las que se ha seguido la misma tesitura, los "intereses corporativos" fueron ubicados en el primero de los supuesto establecidos en dicho párrafo: "Dispone el texto en cuestión que procede cuando "por la naturaleza del asunto, no exista lesión individual ni directa", es decir, cuando por esa misma naturaleza, la lesión sea colectiva (antónimo de individual) e indirecta. Sería el caso de actos que lesionen los intereses de determinados grupos o corporaciones en cuanto tales, y no propiamente de sus miembros en forma directa".

el concepto de *"intereses difusos"* se queda corto para albergar el interés de la colectividad nacional a la defensa del ambiente, en múltiples sentencias la Sala ha continuado manifestado que en los casos que atañen a la defensa del ambiente se está en presencia de intereses difusos. Por ejemplo, en sentencia n.° 2013-10540[25], por medio de la cual fue declarada con lugar una acción de inconstitucionalidad relacionada con la pesca de camarón con redes de arrastre, la Sala consideró que en este caso se estaba ante un interés difuso porque la acción se interponía *"a favor de intereses cuya titularidad pertenece a grupos de personas no organizadas formalmente, pero unidas a partir de una determinada necesidad social, como lo es la protección de los recursos hidrobiológicos marinos y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado".*

En otras sentencias, la identificación entre los asuntos de defensa ambiental y la presencia de intereses difusos pareciera resultar de una asimilación – o tal vez hasta de una confusión, por falta de rigurosidad – que realiza la Sala entre estos intereses y los que atañen a la colectividad en su conjunto. Por ejemplo, en sentencia n.° 2012-17058[26], por medio de la cual fue declarada con lugar una acción de inconstitucionalidad contra el Reglamento al artículo 80 de la Ley de Biodiversidad [27] (Decreto Ejecutivo n.° 34958-MINAET-COMEX), la Sala indicó: *"En el presente asunto los accionantes aducen que su legitimación proviene de la tutela de intereses difusos, en particular de la defensa del ambiente y la participación ciudadana en este tema. Tales circunstancias configuran, efectivamente, a favor de los gestionantes una legitimación directa para la interposición de la presente acción. No se requiere un asunto previo que les sirva de base a esta acción, porque acuden en defensa de los intereses de todos los habitantes del país. A su juicio, se ha privado a dicha colectividad del derecho de participación ciudadana y de la protección al ambiente. Por lo anterior, con base en lo que dispone el artículo 75, párrafo 2º, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, lo que procede es reconocer la legitimación de los demandantes para iniciar este proceso, como lo ha efectuado la Sala en anteriores oportunidades en relación con estos derechos (véase, entre otros, votos número 2009-017155 (…), 2010-013099 (…) y 2003-06322 (…))" .*[28]

25 Sala Constitucional, sentencia n.° 2013-10540 de las 15:50 horas del 7 de agosto de 2013.

26 Sala Constitucional, sentencia n.° 2012-17058 de las 16:00 horas del 5 de diciembre de 2012.

27 Ley n.° 7788 del 30 de abril de 1998.

28 Estas sentencias que cita la Sala son también ejemplo de la referida asimilación – confusión –entre intereses difusos e intereses que atañen a la colectividad en su conjunto. Por ejemplo, en sentencia n. 2003-6322, la Sala indicó: *"A efecto de fundamentar la legitimación que ostentan para promover esta acción de inconstitucionalidad, los accionantes se sustentan en lo dispuesto por el artículo 50 de la Constitución Política, que reconoce una legitimación genérica para denunciar tanto las infracciones a la conservación del ambiente, como el derecho a reclamar la reparación del daño causado. Efectivamente, al tenor de las consideraciones dadas, y constatándose que en la gestión en estudio se cuestiona la vulneración del medio ambiente, por haberse aprobado un Decreto Ejecutivo que exime a la Administración –en este caso, a las municipalidades- de la realización de Estudios de Impacto Ambiental previos a la construcción y operación de rellenos sanitarios manuales, con población de diseño igual o menor a los setenta y cinco mil habitantes, es claro que debe admitirse para su estudio por el fondo, por estimarse debidamente legitimada, precisamente por estimarse que se está en el supuesto de la existencia de un verdadero "interés difuso o que atañe a la colectividad en*

B. Una tercera corriente, más discreta: el reconocimiento expreso de una acción popular

La reticencia mostrada por la Sala Constitucional – tanto al resolver sobre la admisibilidad de recursos de amparo como de acciones de inconstitucionalidad – para reconocer más explícita y ampliamente que algunos intereses, como el de la defensa del ambiente, conciernen a todas las personas, y por ello a la colectividad nacional, podría explicarse en el hecho que, desde sus primeras sentencias, la Sala ha negado sistemáticamente que la Ley de la Jurisdicción Constitucional haya establecido una especie de "acción popular" para el acceso a la justicia constitucional .[29]

Por ejemplo, en sentencia n.° 234-90[30], citada por sentencia n.° 2001-7609[31], la Sala indicó, con respecto al artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que *"no se reguló una verdadera acción popular, esto es, la posibilidad de accionar en esta vía sin requerir del todo la vinculación con el asunto principal, sino que se exigió demostrar la existencia de alguna de las excepciones enumeradas".* En el mismo sentido, en sentencia n.° 2005-10373[32], citada por sentencia n.° 2007-

... viene de la pág. anterior

su conjunto", dispuesto en el párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional". En sentencia n.° 2009-17155, la Sala afirmó: *"Considera este Tribunal que el accionante (…) se encuentra debidamente legitimado para accionar en esta vía en forma directa, o sea sin necesidad de un asunto previo, toda vez que según ya fue indicado existe un interés legítimo de los ciudadanos en general respecto de la protección adecuada del medio ambiente, con lo cual bien puede decirse que se trata de la existencia de un interés difuso en relación con el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado".* Por su parte, en sentencia n.° 2010-13099 – relacionada con tres acciones de inconstitucionalidad en contra de un decreto que modificó los límites del Refugio Nacional de Vida Silvestre Isla San Lucas –, la Sala fundamentó la legitimación de los accionantes para accionar en forma directa no sólo en el hecho de haber *"reconocido la existencia de un verdadero interés difuso en los reclamos contra la violación del medio ambiente",* y de haber considerado el ambiente como *"un bien colectivo (…) sobre la base que se trata de intereses que atañen a la colectividad nacional"*, sino también en el hecho que el párrafo segundo del artículo 50 de la Constitución establece "una verdadera acción popular".

29 Esta reticencia sistemática de la Sala Constitucional a aceptar la existencia de una acción popular para acceder a la jurisdicción constitucional en materia ambiental, ha sido criticada por algunos autores. Por ejemplo, Julio Jurado Fernández ("La regulación constitucional del ambiente en Costa Rica", en Morato Leite, José Rubens, Peralta, José E. (org), et alii, Perspectivas e desafios para a proteçao da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica, Instituto o direito por um planeta verde, 2014, p. 47.) ha afirmado: el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que establece el artículo 50 de la Constitución Política, "es un derecho que tutela un interés colectivo cuyo sujeto titular es, por lo mismo, la colectividad entendida como el conjunto de los habitantes del país, no sólo los nacionales ni sólo los ciudadanos. Aunque la jurisprudencia constitucional se niegue a admitirlo lo que ella misma ha construido es una acción popular para exigir su justiciabilidad". Por otra parte, Manrique Jiménez Meza ha criticado el hecho que la Sala Constitucional haya adoptado un concepto restringido de "intereses difusos", que haya tenido cambios de criterio sobre el tema, y que haya negado la existencia de una acción popular en el caso de las excepciones establecidas en el párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Ver sus afirmaciones en: Castillo Víquez, Fernando y Alvarado Quesada, Esteban, Código Procesal Contencioso Administrativo anotado con las Actas Legislativas, San José, Procuraduría General de la República, sin año, pp. 18, 77-83.

30 Sala Constitucional, sentencia n.° 234-90 de las 14:00 horas del 28 de febrero de 1990.

31 Sala Constitucional, sentencia n.° 2001-7609 de las 14:36 horas del 8 de agosto de 2001.

32 Sala Constitucional, sentencia n.° 2005-10373 de las 14:42 horas del 10 de agosto de 2005.

448[33], la Sala afirmó: *"La jurisprudencia de este tribunal es pacífica y consolidada en el sentido de que las acciones populares no están permitidas en nuestro medio, en la medida en que, de admitirse, conducirían a negar diametralmente el carácter incidental que posee la acción en el diseño de nuestro sistema de justicia constitucional vigente".* También, en sentencia n.° 2014-462[34], la Sala indicó que las excepciones establecidas en el párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que otorgan legitimación para la presentación directa de las acciones de inconstitucionalidad, no pueden ser interpretadas *"de forma tan amplia que se reconozca una acción popular, la cual no está admitida en nuestro ordenamiento".*

A pesar de ello, existen al menos dos sentencias en las cuales la Sala Constitucional ha sostenido que el párrafo segundo del artículo 50 de la Constitución Política establece una acción popular en materia ambiental. Así, por ejemplo, en sentencia n.° 2007-2410[35], la Sala indicó: *"Cabe advertir que tratándose de la materia ambiental, y como derivado directo del artículo 50 constitucional, se establece una verdadera acción popular para propugnar por la defensa del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, sobre la base que se trata de intereses que atañen a la colectividad nacional al trascender "(…) la esfera tradicionalmente reconocida a los intereses difusos (…)" (sentencias número 2001-08239, 2002-9703, 2003-3656, y 2003-06323)".* Del mismo modo, en sentencia n.° 2010-13099 [36], la Sala manifestó: *"Es así como esta Sala ha reconocido la existencia de un verdadero interés difuso en los reclamos contra la violación del medio ambiente; pero en especial, al haberse dispuesto en el artículo 50 de la Constitución Política una verdadera acción popular al disponer (…) Con lo cual, se atiende a la condición especial del bien de que se trata –el ambiente – que, se repite, se presenta como un bien colectivo, y por ello, la potencia a todos y cada una de las personas a pretender su defensa, tal y como lo consideró este Tribunal sentencias número 2001-08239, 2002-9703, 2003-3656, y 2003-06323, sobre la base que se trata de intereses que atañen a la colectividad nacional al trascender "(…) la esfera tradicionalmente reconocida a los intereses difusos (…)". En virtud de lo cual, se encuentra debidamente legitimados los accionantes para accionar en forma directa, precisamente en razón del objeto de impugnación, en tanto se pretende la debida defensa del ambiente"* [37].

33 Sala Constitucional, sentencia n.° 2007-448 de las 14:42 horas del 17 de enero de 2007.

34 Sala Constitucional, sentencia n.° 2014-462 de las 14:30 horas del 15 de enero de 2014.

35 Sala Constitucional, sentencia n.° 2007-2410 de las 16:15 horas del 21 de febrero de 2007.

36 Sala Constitucional, sentencia n.° 2010-13099 de las 14:56 horas del 4 de agosto de 2010.

37 Otro ejemplo podría ser la sentencia n.° 2008-16975 de las 14:53 horas del 12 de noviembre de 2008, en la cual sin embargo la Sala no se refirió expresamente a la acción popular: *"**Sobre la admisibilidad de la acción.** Las acciones cumplen los requisitos formales exigidos por la Ley de la Jurisdicción Constitucional y son admisibles por tratarse de la defensa del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, para lo cual el artículo 50 de la Constitución otorga la más amplia legitimación, la cual no requiere, en estos casos, calificación alguna del interés de los accionantes; también, su legitimación se deriva de lo dispuesto en el artículo 75 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que permite la interposición de la acción sin requerir la existencia de un asunto previo, pendiente de resolver, ante los tribunales de justicia o en procedimientos para agotar la vía administrativa, cuando se trata de la defensa de intereses difusos, como ocurre en este caso, en que se trata de la defensa del ambiente".*

Además, al menos en dos ocasiones la Sala Constitucional ha invocado el artículo 105 de la Ley de Biodiversidad – el cual dispone: *"Acción popular. Toda persona está legitimada para accionar en sede administrativa o jurisdiccional, en defensa y protección de la biodiversidad"* – como fundamento de una legitimación amplísima para acceder a la jurisdicción constitucional. Se trata de las sentencias n.° 2007-9519 [38] y n.° 2007-13574 [39], por medio de las cuales la Sala conoció de sendas acciones de inconstitucionalidad. En el primer caso, la Sala indicó que *"dado a la materia sobre la que versa – sea la protección a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado –, tiene legitimación para accionar cualquier interesado, conforme a lo dispuesto en los artículos 50 de la Constitución Política y 105 de la Ley de Biodiversidad".* En el segundo caso, la Sala afirmó: *"La acción planteada es formalmente admisible, al estar fundada no sólo en la existencia de un asunto previo pendiente de resolver (…), sino, además, al encontrarse comprendida la materia ambiental – como repetidamente lo ha señalado la Sala – en el supuesto de los intereses difusos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. A mayor abundamiento, si se considera también la amplia legitimación que deriva del texto expreso del artículo 50 de la Constitución Política (…) así como del ordinal 105 de la Ley de Biodiversidad (…), se reafirma indudablemente la procedencia de la gestión, desde el punto de vista de la legitimación activa".*

En términos más generales – no referido específicamente a la jurisdicción constitucional –, ya la Sala Constitucional había reconocido anteriormente, en sentencia n.° 630-99[40], que el artículo 105 de la Ley de Biodiversidad establece *"una legitimación amplísima en materia de protección al ambiente, que faculta a cualquier sujeto, aún a aquél que no detenta ni un derecho subjetivo ni un interés legítimo, a ser parte en todo procedimiento de la naturaleza mencionada"* – es decir, de naturaleza administrativa o judicial –. No obstante, en esta ocasión la Sala consideró que existía una *"única limitación a lo anterior, consistente en que debe ser manifiesto su interés de proteger la biodiversidad"*, en el sentido en que ésta es definida por el artículo 7, inciso 2), de la Ley de Biodiversidad. Sin embargo, esta limitación fue dejada de lado en sentencia n.° 2000-9348[41], en la cual la Sala, al interpretar lo establecido en el artículo 105 de la Ley de Biodiversidad en relación con el contenido del artículo 50 de la Constitución, llegó a la conclusión que *"todo ciudadano tiene el derecho de apersonarse en un procedimiento en donde se discuta la protección del ambiente"* .[42]

Finalmente, vale la pena mencionar que el Código Procesal Contencioso Administrativo[43], el cual entró en vigencia

38 Sala Constitucional, sentencia n.° 2007-9519 de las 15:19 horas del 3 de julio de 2007.
39 Sala Constitucional, sentencia n.° 2007-13574 de las 9:30 horas del 19 de setiembre de 2007.
40 Sala Constitucional, sentencian n.° 630-99 de las 10:42 horas del 29 de enero de 1999.
41 Sala Constitucional, sentencia n.° 2000-9348 de las 10:07 horas del 20 de octubre de 2000.
42 Esta interpretación extensiva fue confirmada por la Sala en sentencia n.° 2001-7490 de las 16:16 horas del 31 de julio de 2001.
43 Ley n.° 8508 del 28 de abril de 2006.

el primero de enero de 2008, previó una legitimación muy amplia para acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa en defensa del ambiente – entre otros –, al disponer, en su artículo 10, inciso 1): *"Estarán legitimados para demandar: (…) c) Quienes invoquen la defensa de intereses difusos y colectivos. d) Todas las personas por acción popular, cuando así lo disponga expresamente, la ley.* (…)".

En resumen, tratándose de la defensa del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, la Sala Constitucional ha justificado sistemáticamente la legitimación para acceder a la justicia constitucional en la existencia de un interés difuso, concepto éste que ella ha distinguido del interés de todas las personas, y de la colectividad nacional, pero que en realidad abarca cualquier situación en la que esté de por medio una violación o amenaza a este derecho. Paralelamente, en numerosas ocasiones ha justificado dicha legitimación en la existencia de un interés de todas las personas, o de la colectividad nacional. Sin embargo, aunque generalmente se haya opuesto a afirmarlo con estas palabras, nos parece que lo que la Sala ha reconocido en realidad es la existencia de una verdadera acción popular en materia ambiental.

Si nos atenemos al concepto de intereses difusos adoptado por la Sala Constitucional, podemos afirmar que la persona que acude a esta jurisdicción para la tutela del ambiente actúa al mismo tiempo a título personal, y como representante de un grupo de personas no organizadas formalmente que sufre el mismo perjuicio que él. Empero, podemos también considerar que la misma persona actúa en representación de todas las personas en general, si nos basamos en las sentencias en las cuales la Sala ha reconocido que la protección del ambiente es un interés que concierne a la colectividad nacional, o aún en aquellas, muy escasas, en las que ha justificado la legitimación en la existencia de una acción popular en materia ambiental.

II. La defensa de los derechos de la naturaleza: Ecuador

Al igual que sucede en Costa Rica, la Constitución de la República del Ecuador de 2008 también reconoce el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado[44]

44 Este reconocimiento se da en diversos artículos de la Constitución ecuatoriana de 2008. Por ejemplo, en el Capítulo II "Derechos del buen vivir" del Título II "Derechos", el artículo 14, en su párrafo primero, dispone que "se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay", y al efecto declara de interés público "la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados". Igualmente, en el Capítulo VI "Derechos de libertad" del mismo Título II, en el artículo 66 "se reconoce y garantiza a las personas (…) 27. El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza". Anteriormente, el derecho al ambiente fue introducido como "el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación" en el artículo 19, inciso 2), de la Constitución de 1978, mediante la reforma constitucional de 1983. Luego, a partir de la codificación constitucional de 1996, todas las constituciones – la de 1996 (artículo 44), la de 1998 (artículo 86) y la de 2008 – reconocieron el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Para una síntesis de la evolución del constitucionalismo ambiental ecuatoriano, ver Echeverría, Hugo y Suárez, Sofía, Tutela judicial efectiva en materia ambiental: el caso ecuatoriano, Quito, Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, 2013, pp. 96-102.

Además, reconoce una legitimación muy amplia para el acceso al juez en defensa de este derecho[45].

Sin embargo, la Constitución ecuatoriana va mucho más allá que la costarricense, puesto que reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, y además le reconoce concretamente una serie de derechos (A); se trata de la primera y de la única constitución en el mundo a haberlo hecho. También reconoce amplias posibilidades para la representación de la naturaleza ante el juez con el fin de hacer valer sus derechos (B).

A. La personificación de la naturaleza y sus derechos

Y es que el respeto de los derechos de la naturaleza constituye una de las piedras angulares para alcanzar el objetivo último del régimen de desarrollo establecido en la Constitución: *"la realización del buen vivir, del sumak kawsay"* [46]. Ya desde su preámbulo, la Constitución del Ecuador coloca a la naturaleza en una posición central, al indicar que el pueblo soberano del Ecuador celebra *"a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia", y que ha decidido construir "una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay".*

El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, y con ello, la atribución de una personalidad jurídica a la naturaleza, se da en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución, el cual dispone: *"La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución".*

Estos derechos son reconocidos en el Capítulo VII *"Derechos de la Naturaleza"* del Título II "*Derechos*", específicamente en el párrafo primero de los artículos 71 y 72.

El párrafo primero del artículo 71, indica: *"La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos".* De esta disposición podemos extraer el reconocimiento de dos derechos diferentes: el respeto integral de "*su existencia*", y el respeto integral del "*mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos*". Podemos observar igualmente que el mismo artículo identifica a la naturaleza como el espacio o lugar "*donde se reproduce y realiza la vida*".

Por su parte, el párrafo primero del artículo 72, reza: "*La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados*".

45 A partir de la codificación constitucional de 1996, las constituciones ecuatorianas han reconocido una especie de acción popular para acudir ante el juez para la protección del ambiente: artículo 48 de la Constitución de 1996, artículo 91 de la Constitución de 1998, y artículo 397, inciso 1), de la Constitución de 2008. Este último artículo dispone, en lo que interesa: "(…) Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a: 1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. (…)".

46 Artículo 275, en relación con el 277, ambos de la Constitución.

Estos derechos no han sido aún precisados o desarrollados ni por la ley, ni por la jurisprudencia constitucional [47]. Sin embargo, la Corte Constitucional del Ecuador, en un esfuerzo por aportar elementos de reflexión y de comprensión, publicó, en 2013, una obra titulada Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional, cuyo autor es Julio Marcelo Prieto Méndez [48]. Hay que decir que la comprensión del contenido de los derechos de la naturaleza requiere de conocimientos muy técnicos y multidisciplinarios; por ejemplo: ¿Qué son la existencia, el mantenimiento, y la regeneración de los ciclos vitales, de la estructura, de las funciones y de los procesos evolutivos de la naturaleza? ¿Dónde se reproduce y realiza la vida? La obra trata de dar elementos de respuesta a éstas y más preguntas. Precisamente, la diversidad de conocimientos técnicos que son necesarios ha sido señalado por este autor como un problema, no solamente para probar o argumentar la existencia de un irrespeto de estos derechos, sino también para saber qué debe ser reparado y cómo [49]. Es lo que pasó, por ejemplo, en el caso de la sentencia que ordenó la reparación de los daños sufridos por el Río Vilcabamba – que presentaremos más adelante –, la cual no ha sido ejecutada, entre otros, debido a la ignorancia acerca de la forma en que el daño debe ser reparado [50].

B. La representación de la naturaleza ante el juez

Tratándose de la representación de la naturaleza, la cual no tiene la capacidad de redactar ni de firmar acción o recurso alguno, la Constitución del Ecuador reconoce una legitimación amplísima para el acceso al juez en defensa de sus derechos. En efecto, el párrafo segundo del artículo 71 dispone: "*Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza*". Si bien esta disposición no hace referencia expresa al acceso al juez, ella debe ser interpretada de conformidad con lo establecido en el artículo 86, inciso 1), del mismo cuerpo normativo, el cual reza: "*Cualquier persona, grupo de personas,*

47 A partir de la búsqueda que realizamos en mayo del 2014 en la página de Internet de la Corte Constitucional del Ecuador (www.corteconstitucional.gob.ec), así como del estudio de una publicación realizada por esta corte (Aguirre Castro, Pamela Juliana; Avila Benavidez, Dayana, y Bazante Pita, Vladimir, (Coord.), Rendición de cuentas del proceso de selección: Corte Constitucional del Ecuador período 2008-2013, Jurisprudencia judicial n.° 4, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, y CEDEC, 2013, 342 p.) llegamos a la conclusión – salvo error de nuestra parte – que ninguna de las sentencias emitidas hasta la fecha por las juezas y jueces constitucionales de instancia y apelación, en casos en los que ha estado de por medio la defensa de los derechos de la naturaleza, ha sido seleccionada por la Corte Constitucional para la generación de jurisprudencia vinculante.

48 Prieto Méndez, Julio Marcelo, Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional, Nuevo derecho ecuatoriano n.° 4, Quito, Corte Constitucional del Ecuador y CEDEC, 2013, 280 p.

49 Ver Prieto Méndez, Julio Marcelo, Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional, Nuevo derecho ecuatoriano n.° 4, Quito, Corte Constitucional del Ecuador y CEDEC, 2013, pp. 180-181.

50 Ver Suárez, Sofía, "Defendiendo la naturaleza: retos y obstáculos en la implementación de los derechos de la naturaleza. Caso río Vilcabamba", Quito, Friedrich-Ebert-Stiftung, agosto de 2013, pp. 11-12. Disponible en http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/10230.pdf. Consultado el 14 de mayo de 2014.

comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución"[51]. Entre estas acciones destaca la llamada "*acción de protección*", la cual equivale al recurso de amparo en Costa Rica. Según el artículo 88 de la Constitución ecuatoriana, "*la acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución* (…)".

A pesar de tal amplitud de legitimación, pocos han sido los casos presentados ante el juez constitucional en defensa de los derechos de la naturaleza. En una reseña de la abogada ecuatoriana Sofía Suárez, publicada en 2013 [52], se contabilizaban únicamente cuatro casos[53]: tres relacionados con acciones de protección que fueron resueltos por el fondo, de los cuales dos en los que el juez falló en favor de los derechos de la naturaleza[54], y uno en el que consideró que no se había producido lesión alguna a estos derechos[55]. El cuarto caso se trató de una solicitud de medidas provisionales que fue aceptada por el juez[56].

El más célebre de estos cuatro casos, debido a que se trató del primer caso exitoso de defensa de los derechos de la naturaleza consagrados en los artículos 71 y 72 de la Constitución del Ecuador, fue el de la acción de protección presentada el 7 de diciembre de 2010 por los esposos Richard Fredrick Wheeler y Eleanor Geer Huddle en defensa de los derechos de la naturaleza, y en particular del Río Vilcabamba[57]. Este río había sido gravemente impactado como consecuencia del depósito de material que había sido extraído para la construcción de una carretera entre Vilcabamba y Quinara, lo cual se realizó sin estudio de impacto ambiental. En primera instancia, el Juzgado Tercero Civil de Loja, mediante sentencia del

51 Este artículo se ubica en el Capítulo tercero "Garantías jurisdiccionales", del Título III "Garantías constitucionales". En el mismo sentido, el artículo 439 de la Constitución dispone: "Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente".

52 Suárez, Sofía, "Los derechos de la naturaleza y sus primeras demandas en el ámbito judicial", Revista latinoamericana de derecho y políticas ambientales, año 3, n.° 3, Lima, DAR, octubre de 2013, pp. 41-61.

53 En el mismo sentido, ver Ponce, Isabella, "La naturaleza aún no tiene todos sus derechos", 15 de mayo de 2013. Disponible en: http://www.elcomercio.com/sociedad/Ecuador-derechos-medio-ambiente-Naturaleza_0_919708034.html. Consultado el 14 de mayo de 2014.

54 Uno de ellos es el caso del Río Vilcabamba – que se expondrá más adelante –. El otro es el caso de una acción de protección (causa n.° 055-2013 del 21 de enero de 2013) presentada contra el funcionamiento de una cantera por atentar contra los derechos de la naturaleza en general, y de del Río Blanco en específico. En primera instancia, el Juzgado décimo sexto de lo civil de Pichincha, por resolución del 1 de marzo de 2013, declaró parcialmente con lugar la acción. En segunda instancia, la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha (causa n.° 098-2013 del 12 de marzo de 2013), mediante sentencia del 19 de julio de 2013, al resolver el recurso de apelación interpuesto por los accionados decidió desestimarlo, por improcedente, y ratificó la resolución de primera instancia.

55 Se trata del caso de una acción de protección (causa n.° 038-2013 del 15 de enero de 2013) presentada contra el proyecto minero Mirador por atentar contra los derechos de la naturaleza. Sin embargo, el Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha, mediante sentencia del 18 de marzo de 2013, desechó la acción. En apelación, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha (causa n.° 317-2013 del 9 de abril de 2013), por sentencia del 20 de junio de 2013, desechó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia.

56 No nos fue posible acceder directamente a la resolución de la autoridad judicial.

57 Causa n.° 0768-2010 del 7 de diciembre de 2010. Esta causa puede ser consultada realizando búsqueda – por ejemplo llenando el campo actor/ofendido con el apellido "Wheeler" – en: http://www.funcionjudicial-loja.gob.ec/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=205.

15 de diciembre de 2010, negó la acción de protección por una mera formalidad: el no haberse demandado ni citado al Procurador Síndico del Gobierno Provincial (falta de legitimación en la causa). Posteriormente, en fecha 30 de marzo de 2011, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, a quien le correspondió el conocimiento del recurso de apelación[58] contra la sentencia del Juzgado, aceptó el recurso y revocó la sentencia impugnada, "*declarando que la entidad demandada está violentando el derecho que la naturaleza tiene de que se le respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos*". Es importante recalcar que en ningún momento los juzgadores pusieron en tela de duda la legitimación de los esposos para accionar en favor de la naturaleza.

Otro caso más famoso todavía, pero que no fue incluido entre los cuatro casos contabilizados en la mencionada reseña de mayo de 2013[59], fue el presentado en contra la compañía British Petroleum ante las cortes ecuatorianas, invocando el principio de jurisdicción internacional, por un grupo de personas de cinco nacionalidades diferentes – entre las cuales se encontraba la líder india Vandana Shiva – en defensa de los derechos de la naturaleza en general, y de los derechos del mar en específico, por la contaminación petrolera del Golfo de México acaecida en abril de 2010. Según información que se encuentra en gran cantidad de páginas de Internet, este grupo habría presentado una "demanda" ante la Corte Constitucional del Ecuador, el 26 de noviembre de 2010 [60]. Sin embargo, de una búsqueda que realizamos en la página de Internet de la Corte Constitucional del Ecuador, no logramos encontrar rastros de esta "demanda".

Nos parece curiosa la forma en la que se actuó en este caso, por dos razones: en primer lugar, entre las "*garantías jurisdiccionales*" establecidas en el Capítulo tercero del Título III de la Constitución del Ecuador, no existe ninguna que se denomine "demanda"; en segundo lugar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 86, inciso 2), de este cuerpo normativo, la Corte Constitucional no sería la competente para conocer este caso, ya que ahí se indica que para el conocimiento de las garantías jurisdiccionales "*será competente*

58 Causa n.° 010-2011 del 5 de enero de 2011.

59 Tampoco se hizo referencia a un caso mencionado por Hugo Echeverría – "Resolución n.° 0567-08-RA. Registro oficial n.° 23. Edición Especial: 08/12/2009. p. 4-9" – en el cual "la Primera Sala de la Corte Constitucional para el período de transición, al resolver una acción de amparo relativa a la instalación de biodigestores, consideró a la naturaleza como parte procesal (…)" (Echeverría, Hugo y Suárez, Sofía, Tutela judicial efectiva en materia ambiental: el caso ecuatoriano, Quito, Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, 2013, p. 77). En obra de Wilton Guaranda Mendoza (Acciones jurídicas para establecer responsabilidades por daño ambiental en el Ecuador, Serie Investigación n.° 17, Quito, INREDH, 2010, p.130) se indica que esta resolución es del 16 de julio de 2009, y que se dio en el marco de la "acción de amparo constitucional propuesta por comunidades del Santo Domingo de los Tsáchilas en contra de la Cia. PRONACA por la instalación de biodigestores degradables de desperdicios de cerdos y la contaminación ambiental generada por la cría de cerdos de la empresa".

60 Ver sobre todo la información compartida por Alberto Acosta – entre la cual se encuentra el texto mismo de la demanda – en: http://www.rebelion.org/noticia.php?id=117669 (consultado el 15 de mayo de 2014).

la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos (…)"[61].

Lo que sí logramos encontrar fueron dos acciones de protección presentadas en el año 2012, por básicamente las mismas personas, y por los mismos hechos[62]. La primera (causa n.° 0007-2012 del 20 de enero de 2012), le correspondió por sorteo al Séptimo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha. Por resolución del 27 de enero del 2012, el Tribunal "inadmitió" la acción por incompetencia y por inadmisibilidad, archivando la causa, bajo el argumento de que no ejercía jurisdicción sobre el Golfo de México, y de que el daño reclamado por los solicitantes no era específico a su persona, sino al planeta entero. En efecto, el Tribunal afirmó que en este caso se trata de pretensiones que se ubican "*en un territorio en el cual este Tribunal no ejerce jurisdicción*". *Indicó también que "la acción de protección exige una lesión concreta, a ese derecho fundamental, específico y fácilmente identificable, lo que en la especie no ocurre, por lo que deviene en improcedente, una acción que contenga una demanda para proteger lesión de derechos genéricos o hipotéticos, o que pueden aparecer como conexos, que acogen particulares manifestaciones del derecho que están dentro del derecho protegido, que integran contenidos del derecho, en los denominados contenidos legales. La Constitución ecuatoriana ha (…), sin embargo, la accionante no especifica el daño inminente a su persona, sino al planeta entero lo cual es subjetivo*".

Esta resolución, la cual es poco o nada mencionada en Internet, nos merece dos comentarios. El primero tiene que ver con el hecho de que fue pronunciada por un juez penal en ejercicio de funciones de juez constitucional. En efecto, como lo demuestra esta resolución, la circunstancia de que la Constitución ecuatoriana atribuye el conocimiento de las "garantías jurisdiccionales" – entre las que se encuentran las acciones de protección – a los tribunales comunes, puede resultar en un problema para la protección efectiva de los derechos de la naturaleza, debido a la especificidad – y a la tecnicidad – de los mismos.

El segundo comentario tiene que ver con lo sucedido después de emitida esta resolución, empezando por que la misma no fue apelada, lo cual es muy curioso. En efecto, en lugar de apelarla, las mismas personas volvieron a presentar otra acción de protección (causa n.° 0523-2012 del 23 de julio de 2012), cuyo conocimiento correspondió esta vez al Juzgado Segundo de Trabajo de Pichincha. Esta acción fue rechazada por improcedente, por resolución del 3 de diciembre de 2012, al declararse el juzgado incompetente en razón del territorio, ya que el lugar donde ocurrió el desastre ambiental, el Golfo de México, no es territorio ecuatoriano, y por lo tanto no está amparado por su constitución, la cual rige para el territorio del Ecuador. Esta resolución sí fue objeto de apelación (causa n.° 0002-2013 del 2 de enero de 2013), cuyo conocimiento correspondió a la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. En su resolución, este tribunal consideró que la acción de protección planteada es improcedente por contraria al artículo 10.6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que indica que la "*demanda de garantía*" contendrá "*declaración de que no se ha presentado otra garantía constitucional por los mismos actos u omisiones, contra la misma persona o grupo de personas y con la misma pretensión*"; esto por cuanto anterior a la causa que conoció el Juzgado Segundo de Trabajo de Pichincha, se había presentado la misma causa ante el Séptimo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha. Adicionalmente, se apuntaron varias inconsistencias de la acción, relacionadas con el tema de que "*la jurisdicción y competencia de los jueces del Ecuador, la ejercen exclusiva y privativamente dentro del territorio ecuatoriano, respecto de personas (…) dentro de los límites territoriales del Ecuador* (…)". En consecuencia, la Primera Sala desechó el recurso de apelación interpuesto y rechazó la acción de protección presentada.

Llama la atención una situación curiosa que notamos en todos los casos de defensa de derechos de la naturaleza a los que hemos hecho referencia. Se trata del hecho de que, a pesar de que los accionantes han acudido ante el juez, no a título personal, sino en representación de la naturaleza – puesto que es ella la titular de los derechos cuya defensa se ha alegado –, los casos han sido oficialmente registrados por las cortes ecuatorianas como si el actor u ofendido lo fuera la persona que actúa en nombre de la naturaleza, y no esta última. Por ejemplo, en el caso del Río Vilcabamba se registra como actores/ofendidos a los esposos Richard Fredrick Wheeler y Eleanor Geer Huddle.

Conclusión

En vista de los dos casos estudiados – la defensa del derecho al ambiente en Costa Rica y la defensa de los derechos de la naturaleza en Ecuador – podemos concluir que si bien es cierto la personificación de la naturaleza y el reconocimiento de sus derechos constituye indudablemente un avance ético, en el sentido de que se pasa de una visión antropocéntrica a una visión biocéntrica, esta personificación y este reconocimiento no son condiciones indispensables para la protección judicial de la naturaleza, ya que este objetivo también puede ser alcanzado a través del reconocimiento de una legitimación lo más amplia posible, a toda persona, individual o colectivamente, para acceder al juez en defensa del derecho al ambiente.

Bibliografía

Acosta, Alberto, "Demanda contra British Petroleum por violación de los Derechos de la Naturaleza en el Golfo de México", 30 de noviembre de 2010. Disponible en: http://www.rebelion.org/noticia.php?id=117669. Consultado el 15 de mayo de 2014.

Aguirre Castro, Pamela Juliana; Avila Benavidez, Dayana y Bazante Pita, Vladimir,

61 En este sentido, el artículo 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, del año 2009, dispone, en cuanto a las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales: "Será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos. Cuando en la misma circunscripción territorial hubiere varias juezas o jueces competentes, la demanda se sorteará entre ellos. (…)".

62 Estas causas pueden ser consultadas realizando búsqueda – por ejemplo llenando el campo actor/ofendido con el nombre "Vandana" – en: http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec/index.php/consulta-de-procesos.

(Coord.), Rendición de cuentas del proceso de selección: Corte Constitucional del Ecuador período 2008-2013, Jurisprudencia judicial n.° 4, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, y CEDEC, 2013, 342 p.

Castillo Víquez, Fernando y Alvarado Quesada, Esteban, Código Procesal Contencioso Administrativo anotado con las Actas Legislativas, San José, Procuraduría General de la República, sin año, 743 p.

Echeverría, Hugo y Suárez, Sofía, Tutela judicial efectiva en materia ambiental: el caso ecuatoriano, Quito, Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, 2013, 195 p.

Guaranda Mendoza, Wilton, Acciones jurídicas para establecer responsabilidades por daño ambiental en el Ecuador, Serie Investigación n.° 17, Quito, INREDH, 2010, 335 p.

Jiménez Meza, Manrique; Jinesta Lobo, Ernesto; Milano Sánchez, Aldo y González Camacho, Oscar, El nuevo proceso contencioso-administrativo, San José, Escuela Judicial y Poder Judicial, 2006, 643 p.

Jurado Fernández, Julio, "La regulación constitucional del ambiente en Costa Rica", en Morato Leite, José Rubens, Peralta, José E. (org), et alii, Perspectivas e desafios para a proteçao da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica, Instituto o direito por um planeta verde, 2014, 503 p.

Ponce, Isabella, "La naturaleza aún no tiene todos sus derechos", 15 de mayo de 2013. Disponible en: http://www.elcomercio.com/sociedad/Ecuador-derechos-medio-ambiente-Naturaleza_0_919708034.html. Consultado el 14 de mayo de 2014.

Prieto Méndez, Julio Marcelo, Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional, Nuevo derecho ecuatoriano n.° 4, Quito, Corte Constitucional del Ecuador y CEDEC, 2013, 280 p.

Suárez, Sofía, "Defendiendo la naturaleza: retos y obstáculos en la implementación de los derechos de la naturaleza. Caso río Vilcabamba", Quito, Friedrich-Ebert-Stiftung, agosto de 2013, 14 p. Disponible en http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/10230.pdf. Consultado el 14 de mayo de 2014.

Suárez, Sofía, "Los derechos de la naturaleza y sus primeras demandas en el ámbito judicial", Revista latinoamericana de derecho y políticas ambientales, año 3, n.° 3, Lima, DAR, octubre de 2013, pp. 41-61.

ARBITRAJE TÉCNICO, EXPERTO O PERICIAL

Dr. Sergio Artavia Barrantes

Los artículos 530 al 533 del CPC regulan la figura del "juicio pericial", dichas normas no fueron derogados por la Ley RAC. Se trata de la Sección Quinta denominada "Juicio Arbitral" que estaba dentro del Capítulo III "Proceso Arbitral" dentro del Título IV de "Procesos especiales". Recientemente ha surgido una polémica sobre la naturaleza jurídica de esa figura, que regula el CPC.

Por un lado se podría sostener que la figura que regula el CPC es un "procedimiento" especial, de una naturaleza diversa al proceso arbitral técnico, incluso se puede sostener que no se trata de un "juicio" o "proceso", a pesar de que así se intitula en la Sección quinta de ese capítulo de "Proceso Arbitral". Y por otro lado se puede sostener que ese capítulo no regula el arbitraje técnico o experto. Efectivamente este capítulo vigente del CPC no regula el arbitraje técnico o experto, lo que regula es lo que se denomina en doctrina como pericia arbitral o juicio pericial. Esta confusión ha generado la aplicación indebida del juicio pericial al arbitraje técnico o experto y la infundada aplicación de principios del arbitraje de equidad, al arbitraje técnico o experto.

Hecha esa aclaración, cuando nos referimos al arbitraje pericial o experto, no nos estamos refiriendo al "juicio pericial" o "pericial arbitral" –figura de la que nos ocupamos en otra obra[1]. El arbitraje pericial o experto –no el juicio pericial-, es aquel proceso, que siguiendo todas las reglas de cualquier proceso arbitral, bajo las reglas de la Ley de Arbitraje, conocen y resuelven, con carácter de cosa juzgada material controversias técnicas, profesionales o científicas, en las cuales los árbitros designados son expertos, ya no juristas.

En los siguientes extractos, de una sentencia judicial, de la Sala Primera de la Corte se incurre en algunos errores, precisamente por esa confusión de tres figuras: el arbitraje de equidad, el arbitraje técnico y la pericial arbitral.

Examinamos los diversos argumentos esgrimidos por la Sala de Corte, en un arbitraje técnico, en el que el árbitro experto resolvió sin necesidad de informe pericial, haciendo el árbitro el peritaje, sin audiencia previa. Señala la Sala de la Corte "A raíz de tal característica, su manejo sustancial del tema, aunque el árbitro de equidad no llega a suplantar a la figura probatoria del perito, es decir, no cumple las dos funciones, sí cuenta con una preparación profunda de su especialidad, lo que le facilita valorar mejor el conflicto, a fin de decidir de manera definitiva la disputa surgida entre los litigantes[2]. El

---

1 Artavia Sergio. Tratado de Arbitraje, t.III, Otros Métodos Racs.
2 Sala I C. N° 0614-F-2007 de las 09.20 hrs del 24-08-2007.

proceso arbitral técnico o experto debe gozar de todas las garantías de cualquier arbitraje de derecho o de equidad, incluso se puede ofrecer y evacuar prueba pericial de la materia de especialización de los árbitros, por supuesto que los árbitros resolverán los puntos de controversia, basados en criterios técnicos, profesionales o científicos. Pero, eso no significa que puedan suplantar al perito, ni que su función sea igual a la de un perito. Un perito no resuelve el conflicto, es un ajeno al proceso, da una opinión, no vinculante. El árbitro técnico o experto, ni es un Dios del Olimpo, que no sustituya al perito, no requiera prueba pericial y pueda hacer un informe.

Señala también la Sala Primera en el citado voto 0614-F-2007 "IV.- En este asunto se acusa al Tribunal, conformado por el Ing. C. A, de haber emitido de modo unilateral un peritaje, del cual no dio audiencia a las partes antes de dictar su laudo. Que ello violentó los principios de derecho de defensa, contradictorio y de carga probatoria, incurriendo en la causal dispuesta en el precepto 67, inciso e), de la Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, (en lo sucesivo Ley RAC). Analizado lo resuelto en tal sentido por el Árbitro, la Sala no encuentra yerro alguno en su decisión. En primer lugar, desde un inicio su nombramiento se debió a su saber en el campo de la Ingeniería, lo cual facilitaba una mejor comprensión del conflicto suscitado entre C. y L.C. P. Así, de él no se esperaba un criterio tan solo jurídico respecto de lo debatido, (para ello se habría recurrido a un arbitraje de derecho), sino una valoración técnica de lo sucedido, de las obras edificadas y de su pago. Por consiguiente, su labor desplegada en cuanto apreció y cuantificó no sólo no es reprochable, sino más bien, se constituye en imprescindible a tenor de lo discutido en el proceso". Dice la Sala que por ser ingeniero el profesional "facilitaba una mejor comprensión del conflicto".

La Sala confunde dos labores y funciones del árbitro experto. El procedimiento arbitral técnico o experto, es el mismo para el arbitraje de derecho, de equidad y técnico o experto. No hay ninguna diferencia, de manera que no es permitido al árbitro técnico prescindir de prueba pericial. Las reglas de prueba, incluyendo la pericial, son una doble garantía para las partes, pues permite debatir, impugnar y ampliar los criterios técnicos que tomará el juzgador al momento de dictar el laudo. Finalmente la confusión también se produce al considerar que la labor de análisis, técnico, profesional o científico, la realiza el árbitro técnico en toda la fase del proceso, lo que es incorrecto. El atributo profesional del perito y para lo que resulta importante, es al momento de resolver el conflicto, que lo resolverá con conocimiento en una ciencia o técnica. En la fase inicial del proceso o en la fase probatoria, la función del árbitro experto tiene importancia para entender más fácilmente toda la prueba: testimonial, pericial o reconocimiento, pero no significa que por ese conocimiento experto el árbitro puede sustituir o eliminar toda la prueba, pues él no es un semi Dios, contra el cual no se puede ofrecer prueba, ni contra probar, ni impugnar, ni decir nada. Solo Dios juzga sin pruebas y el árbitro experto es solo un conocedor de la "materia de fondo", no es un Dios que pueda prescindir, irracionalmente de la prueba o de las reglas elementales procesales.

Continua diciendo el voto 0614-F-2007 "Carece de trascendencia que el Ing. C. A. incluyera su examen como un anexo del laudo, pues en realidad, dicha tasación

es inseparable del fallo y forma parte indispensable de su contenido". En primer lugar se crea una figura inédita en el derecho procesal "un anexo del laudo". En segundo lugar es incomprensible que el laudo tenga un "anexo", el laudo debe bastarse a sí mismo –principio de exhaustividad-. Tercer lugar un tal "anexo" como no es un laudo, cómo se impugnaría. ¿Qué se incorporaría en el laudo, del anexo? ¿Debe haber coherencia entre el "anexo" y laudo? La resolución de un arbitraje se llama laudo y es un acto tan formal, que viene impuesto en la ley, que cumpla una serie de exigencias, en aras se obtener arbitrajes fundados, no arbitrarios.

Luego dice el citado voto 0614-F-2007 "Debido a eso, no se le puede reclamar no haber dado audiencia de su evaluación del costo de las obras, pues equivalía a pedir que se adelantara el resultado del laudo, lo que resulta improcedente. Más adelante agrega "VII.-… En otras palabras, no cabe el reclamo contra dicha probanza *sui géneris*, propia de los arbitrajes de equidad, ya que no afecta aspectos de debido proceso ni de inobservancia de normas imperativas. Más bien, de lo acusado se desprende que la inconformidad de las partes versa sobre el valor de dicha prueba, lo cual, con base en el carácter restrictivo del canon 67 mencionado, tornan en inadmisible el reclamo, al entrar en pormenores atinentes al fondo de lo resuelto". Nuevamente la Sala confunde, lo que es un informe pericial, el debido proceso arbitral, el principio de contradicción y con ello el derecho a conocer la prueba con que se condena a una persona. Un informe de costos solo podía darlo un perito, ajeno al propio árbitro. El rol de árbitro es diverso al perito y por ello, en contradicción con las partes, el perito debe rendir un informe, motivado y fundado. El procedimiento medieval, en el que juzgador juzgaba, a escondidas, de manera encubierta, lo hacía para ocultar y tapar la prueba, su fin era disfrazar un proceso que no gozaba de ninguna garantía y por ello tapaba, disimulaba, cubría, silenciaba, fingía y ocultaba la prueba. La prueba era para él, no para las partes ni para el proceso. El juzgador medieval enclaustrado en su trono, encerraba la prueba, pues solo él era digno de conocerla. Había tal celo a que las partes o abogados conocieran la prueba, pues se contaminaba el proceso.

Continúa señalando el voto 0614-F-2007 "Es cierto que el Árbitro fungió de manera análoga a la de un perito, pero, al ser de equidad, dicha función estaba dentro de su competencia, porque debía verter un criterio que, de acuerdo a su conciencia y a su conocimiento profesional considerara ajustado a lo debatido entre las partes". Ahora la Sala de la Corte confunde arbitraje en equidad y arbitraje técnico o experto. En el arbitraje experto, el árbitro no puede fallar en conciencia o equidad, debe hacerlo basado en su ciencia o su conocimiento experto, el hacerlo en "equidad" es traicionar su "ciencia o técnica", pues está recurriendo a otra método de entender el mundo y resolver el conflicto, que no fue el que partes tuvieron en mente. No es cierto que el árbitro experto pueda fungir "de manera análoga a la de un perito". Son dos funciones totalmente opuestas. El perito es un medio de prueba. El árbitro experto es un juzgador. El perito informa al juzgador. El árbitro decide a las partes. El informe del perito, salvo por algunas normas especiales no requiere ninguna formalidad esencial. El árbitro experto está sometido a reglas procesales y su decisión si debe ser fundada y el laudo debe cumplir con formalidad esenciales, en un sistema democrático.

También afirma el voto 0614-F-2007 “No puede acusarse que violentara el debido proceso, al inmiscuirse en la carga probatoria correspondiente a las partes, pues el Tribunal no se apropió de atribuciones ajenas, sino que cumplió con las que le competían, con base en su naturaleza de equidad”. Es a las partes a quienes les corresponde la carga de la prueba. Las pruebas oficiosas, de espalda a las partes, no solo violenta la regla de la carga probatoria, sino que atribuye potestades al árbitro y confunde el rol de cada uno de los protagonistas del proceso. Al árbitro no le corresponde probar, ni comparte la regla de la carga probatoria con las partes, eso era propio de los sistemas inquisitivos y que en el derecho moderno significaría violentar principios constitucionales elementales derivados del derecho a la prueba: a) derecho a ofrecer libremente prueba, b) derecho a utilizar los medios de prueba, c) derecho a la admisibilidad de los medios de prueba, d) derecho a practicar los medios de prueba admitidos, e) derecho a una apreciación-valoración racional de los medios de prueba, f) derecho a motivar las decisiones sobre la actividad probatoria[3].

Expresa el voto en análisis “Tampoco el derecho de defensa ni el contradictorio, pues esa tasación pertenece al análisis de fondo y los laudos son inapelables por aspectos sustantivos no contemplados en el canon 67 de la Ley RAC. De ese modo, decir que no se dio la oportunidad de conocer y objetar como se valoraron las obras equivale a decir que no se permitió conocer y objetar el fallo dictado en su aspecto de derecho material”. No se trata que el tema de tasación de una indemnización sea sustantivo y que al ser inapelables, no haya control sobre la labor del árbitro-experto-perito. Por supuesto que no permitirse prueba pericial y basarse el laudo en la auto-prueba, una prueba de “yo con yo” vulnera el derecho de defensa pues a las partes se le condenaría o absolvería con una prueba que nunca existió en el expediente, recobrando vigencia el principio *quod non est in actis non est in mundo*. Señala el maestro Taruffo[4] “dado que la prueba se utiliza para determinar los hechos en el ámbito del proceso, es necesario pensar también en la posibilidad de controles procedimentales, es decir, derivados del contexto procesal en el que la prueba es utilizada. Desde esta perspectiva parece en especial relevante un control procedimental preventivo respecto de la decisión, que deriva de la implementación del principio de contradicción entre las partes. La garantía de ese principio es ya reconocida

---

3 Sobre ésta garantía Rivera Rodrigo. La prueba: un análisis racional y práctico, Madrid, 2011, pág. 159; Garberí José. Constitución y derecho procesal, Navarra, 2009, pág.265. Garberí José y Buitrón Guadalupe. La prueba civil, Valencia, 2004, pág. 141, que le da el siguiente contenido: “a) Derecho a proponer la prueba, b) Derecho a que se admita la prueba legalmente admisible, c) Derecho a la motivación de las resoluciones sobre admisión probatoria, d) Derecho a que la prueba admitida sea efectivamente practicada, e) Derecho a que la prueba practicada sea judicialmente valorada”; Picó i Junoy. El derecho..., pág. 18, “El derecho a la prueba es aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”, el autor señala que “ese derecho se materializa: a) derecho a que se admita, b) derecho a que sea efectivamente practicada, c) asegurar a la parte su intervención en la evacuación, d) el derecho a que la prueba sea valorada motivadamente”. Ver además Picó Joan. Garantías Constitucionales…, pág. 143, Garberí Llobegrat. Constitución y Derecho Procesal, Navarra, 2009, pág. 265, Lorca Navarrete. Estudios sobre el garantismo procesal, 2009, pág. 22, Bonet Navarro. La prueba en el proceso civil, 2009, pág. 170.

[4] Taruffo Michel. La prueba de los hechos, pág. 428. Más reciente del profesor Taruffo, sobre el tema: Teoría de la prueba, pág. 172.

como uno de los elementos fundamentales del proceso civil y la posibilidad para las partes de intervenir preventivamente en todo aquello que pueda influir sobre la decisión de la controversia es una característica estructural del proceso, según la perspectiva centrada en la efectividad de las garantías. En esta línea, la regla del contradictorio manifiesta una serie de implicaciones, entre las que asume particular importancia, las que la vincula con la adquisición y la valoración de las pruebas a los efectos de la decisión sobre el hecho. Precisamente desde ese punto de vista, se hace evidente la función de la garantía de la contradicción como implementación de controles, disponibles para las partes, sobre el uso de las pruebas parte del juzgador. No es casualidad que se tienda a sostener el principio, según el cual la decisión, debería basarse únicamente en los elementos discutidos por las partes, en el curso del proceso y está claro que un principio de este tipo, resulta importante a propósito de la decisión sobre el hecho

Continúa la Sala manifestando “La Sala tampoco encuentra que emitir el análisis objetado fuera resolver más allá de lo pedido, incurriéndose en vicio de ultra petita. Este yerro atañe a las pretensiones materiales y sobre ello no se ha hecho reparo alguno. Se reitera que tal juicio de valor era una función inherente a la de árbitro de equidad y, en ese tanto, el Ing. C. A. cumplió con la labor para la que fue nombrado. No se observan violentados los artículos 50 y 53 de la Ley RAC, pues, como ya se dijo, en el primer caso no se trastocó la carga de la prueba en esta Litis”. Señala la Sala que el informe -análisis objetado por las partes-….era una función inherente a la de árbitro de equidad” y por ello “no se trastocó la carga de la prueba”. Al árbitro, cualquier árbitro diríamos, no corre con la carga de prueba, pues perdería la imparcialidad. La carga es para las partes, y si el árbitro asume esa labor ex oficio, invade las facultades de las partes y altera el rol de los protagonistas del proceso.

“Luego, respecto de dicho canon 53, -dice la Sala en el voto 0614-F-2007- porque este regula la actividad de los peritos, empero, aunque el árbitro llevara a cabo una actuación muy similar a una experticia, no era otra cosa que su labor propia conforme a su carácter de equidad, donde a la vez que hacía un reconocimiento de las obras, las valoraba con base en sus conocimientos de esa rama científica”. El árbitro ni realiza ni le está permitido realizar una labor de perito. Él es juzgador, no auxiliar, está por encima de las partes, no subordinado a un juzgador o árbitro. El perito es llamado a auxiliar, a dar una opinión, es un auxiliar del árbitro o juez, no juzga, no resuelve, no decide.

a.- Diferencia entre el arbitraje técnico y el juicio pericial

La diferencia entre un arbitraje técnico o experto y un juicio pericial o pericial arbitral, es que aquél –el técnico o experto- es un verdadero arbitraje, de hecho es un proceso, con todos los elementos que lo conforman –partes, demanda con pretensiones, pruebas, incluyendo la pericial, laudo y recurso de nulidad, en estos los árbitros deben razonar, con base en una ciencia o técnica, su decisión o laudo. En cambio, el juicio pericial o arbitral, como veremos es un método heterocompositivo –pues es un tercero que resuelve e impone con carácter de cosa juzgada material- por medio del cual “las partes podrán someter sus diferencias derivadas de la relación jurídica que las vincula, sobre la estimación de alguna cosa,

la ejecución de cualquier obra, o sobre puntos técnicos, a la decisión de peritos, quienes podrán ser prácticos o profesionales" –art. 530 CPC-.

La diferencia entre un arbitraje de equidad y uno técnico es que aquél falla según su conciencia y equidad, sin sujeción a normas legales-, en cambio en el arbitraje técnico o experto, los árbitros son expertos en una materia, ciencia, arte o profesión determinada, que deben ser las fuentes utilizadas para fundamentar el laudo, se trata de conflictos técnicos o científicos y que por ello resuelven el laudo, de manera razonada, utilizando sus conocimientos científicos, profesionales o técnicos, como si se tratara de peritos, usando el conocimiento de su ciencia, profesión o técnica, para resolver[5], es decir no resuelven en equidad.

6.- Arbitrajes mixtos: de derecho y equidad, con árbitros heterogéneos

Sucede a menudo que, por la naturaleza de la relación jurídica entre las partes, tales como un contrato de construcción de una obra de ingeniería, se acuerdan lo que se denominan cláusulas mixtas, pues las diferencias pueden estar referidas temas jurídicos o bien temas técnicos o una mezcla de ambos.

a.- Cláusulas mixtas: arbitrajes de derecho y técnicos

Por un lado se pacta arbitrajes técnicos o expertos, para las cuestiones técnicas que se susciten, y por otro lado se pacta un arbitraje de derecho, para todas las cuestiones atinentes al contrato, interpretación, ejecución y cumplimiento. Una cláusula de esta naturaleza, mal redactada, puede dar origen a una patología, que se acrecienta como una indebida estructuración del requerimiento arbitral o de las pretensiones de la demanda. Los problemas no terminan ahí, pues sucede a veces que se reclama un arbitraje técnico, pero las pretensiones son jurídicas o a la inversa.

Cuando la pretensión es de una u otra naturaleza: de derecho o técnica y se trata de una cláusula mixta, debe haber coherencia y consistencia tanto en el requerimiento arbitral, como en los hechos, el tipo de arbitraje y las pretensiones. Coherencia en el sentido de que haya relación, enlace, adaptación, vínculo o unión entre el tipo de arbitraje escogido, los hechos y pretensiones. Pero además consistencia, en el sentido de cohesión, firmeza, solidez y equilibrio entre esas pretensiones y lo que realmente se reclama.

[5] "Es cierto que el Árbitro fungió de manera análoga a la de un perito, pero, al ser de equidad, dicha función estaba dentro de su competencia, porque debía verter un criterio que, de acuerdo a su conciencia y a su conocimiento profesional considerara ajustado a lo debatido entre las partes, en especial, a las obras edificadas por la actora en el predio de la demandada, su valor y cuánto le correspondía por concepto de emolumentos. No puede acusarse que violentara el debido proceso, al inmiscuirse en la carga probatoria correspondiente a las partes, pues el Tribunal no se apropió de atribuciones ajenas, sino que cumplió con las que le competían, con base en su naturaleza de equidad. Tampoco el derecho de defensa ni el contradictorio, pues esa tasación pertenece al análisis de fondo y los laudos son inapelables por aspectos sustantivos no contemplados en el canon 67 de la Ley RAC. De ese modo, decir que no se dio la oportunidad de conocer y objetar como se valoraron las obras equivale a decir que no se permitió conocer y objetar el fallo dictado en su aspecto de derecho material". Sala I C. N° 614 de las 9:20 hrs. del 24-08-2007.

El problema no termina ahí, pues hemos encontrado en la práctica casos en los que para uno u otro tipo de arbitraje, las partes designan dos centros arbitrales diversos. Incluso demandas que involucran ambos tipos de pretensiones, es decir, determinar si aspectos técnicos o expertos inciden o justifican interpretaciones o las más de las veces incumplimientos jurídico-contractuales.

Este tema surge cuando se demanda materias que se deben presentar de manera indivisible o mixta, donde una de ellas podría ser incompatible con la naturaleza del tipo arbitral escogido –derecho o técnico-. La doctrina responde a esta problemática de la siguiente manera: "Sin embargo, nos preguntamos, cuando cabe entender que dos pretensiones se encuentran relacionadas de tal manera que podemos considerarlas inseparables. Puig Ferrol apunta que la inseparabilidad puede fundarse en causas objetivas y subjetivas, relativas a la voluntad de los interesados. El Tribunal Supremo –sic. de su país España- ha venido aplicando el criterio del elemento preponderante, en cuya virtud, si una materia esta inseparablemente unida a otra no dispositiva y el elemento preponderante es dispositivo procede acudir al arbitraje y, por tanto, estimar la excepción"[6]. De manera que debe examinarse las pretensiones, para saber cuál de los tipos arbitrajes –derecho o técnico- tiene preponderancia o resulta de mayor importancia, de manera que la otra pretensión o grupo de pretensiones, se puede unir y seguir a la principal, incluso con ayuda de elementos que propicien una efectiva solución. Así por ejemplo si lo preponderante es el arbitraje de derecho, que los árbitros se hagan acompañar o designen peritos en la materia complementaria o accesoria. A la inversa, si lo preponderante es el arbitraje experto, bien sea que uno de sus miembros tenga la doble condición de experto-abogado, o bien, que el tribunal se haga asesorar de un abogado, en las audiencias, incluso en la fase de discusión del laudo, para que, resolviendo como árbitros técnicos, puedan igual aplicar el derecho material.

b.- Árbitros heterogéneos o híbridos

Esto nos conduce a otro tema, si es preferible que en estos casos un árbitro abogado, un experto o uno mixto, híbridos o impuros, es decir abogado con segunda profesión afín a la materia técnica o experta. Señala Zuleta[7] que una primera limitante se encuentra en el ya tradicional concepto de que los árbitros, siempre que trate del llamado arbitramento en derecho, deberán ser abogados, limitándose la intervención de otros profesionales a los llamados arbitramentos técnicos o al arbitramento en conciencia. Es indudable que las decisiones que involucren la interpretación y aplicación de normas jurídicas requieren de la presencia de expertos para garantizar, en la medida de lo posible, que el laudo pueda hacerse efectivo, pero ello no significa, como se ha considerado tradicionalmente, que en todo arbitraje de los llamados 'en derecho' los árbitros deban ser únicamente abogados. La internacionalización de la economía, la

[6] Caballón Angelats Lluis. El Tratamiento Procesal…, pág. 133.

[7] Zuleta Eduardo. "En busca de árbitros y jueces para un arbitramento desnaturalizado". en Revista Iberoamericana de Arbitraje, www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-04.html, pág. 7.

especialización de los negocios, el tráfico acelerado de bienes y servicios y los avances tecnológicos, por nombrar apenas algunos factores, han resultado en un alto grado de sofisticación de los contratos internacionales y en no pocas ocasiones, si bien los temas materia del arbitraje tienen que ver con cuestiones vinculadas al mundo jurídico (por ejemplo la naturaleza o el incumplimiento del contrato), la cuestión debatida y su resolución dependen más de un claro entendimiento y apreciación de los aspectos económicos, tecnológicos o científicos de la controversia que de la aplicación de una regla jurídica o de un determinado sistema jurídico. Por ello en el arbitramento internacional se acepta sin ninguna resistencia la posibilidad de que las partes nombren como árbitros a profesionales no abogados, en arbitramentos que tradicionalmente y bajo el concepto clásico latinoamericano calificarían como arbitramentos en derecho. Si los abogados-árbitros pueden hacerse asesorar por profesionales de otras disciplinas para comprender los temas que escapan al ámbito del derechos y poder emitir un laudo que realmente defina los puntos materia de la controversia, no repugna, y así se ha entendido en el arbitraje internacional, que árbitros no abogados intervengan como árbitros para definir la controversia, con la asesoría de profesionales del derecho o designando a un abogado como uno de los miembros del tribunal arbitral. En innumerables ocasiones el comerciante, el técnico, el científico o la compañía dedicada a una determinación actividad verán con un mayor grado de confianza a sus colegas de profesión a quienes conocen su jerga y se mueven en su medio, que a unos distantes y fríos profesionales del derecho con dificultades a veces para comprender la naturaleza misma de las diferencias. ¿Y no es la confianza la base sobre la cual se estructura toda la institución arbitral?

REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA A LA LEY DE REFORMA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

César Hines Céspedes

Introducción

En la Asamblea Legislativa se encuentra en estudio el proyecto de reforma a la Ley de la jurisdicción constitucional (LJC) tramitada bajo el expediente 17743, que cuenta con dictamen afirmativo de minoría del 30 de abril de 2013, convocado por el Poder Ejecutivo.

Los argumentos de los integrantes de la Comisión permanente de asuntos jurídicos, están revestidos inicialmente, de componentes prácticos para la agilidad procesal de los asuntos que ingresan a la Sala Constitucional, para luego trasladarse a aspectos de mucho mayor contenido político, cuya conclusión es que el tema principal supera la descarga para ese órgano jurisdiccional del presunto exceso trabajo, pues pretende limitarle competencias en beneficio de la Asamblea Legislativa, bajo la premisa -de los miembros de la Comisión- de que la Sala Constitucional se ha convertido en un colegislador, a modo de un Senado, pero obviando la legitimidad democrática.

El tema de la reforma de los tribunales constitucionales normalmente apareja apasionados debates políticos, ya que desde la perspectiva jurídica existe un consenso general sobre su necesidad, pero en oposición al factor político, se considera la extensión de sus competencias para garantizar -además de los derechos fundamentales- un ejercicio limitado, objetivo y constitucional del poder público.

En los ordenamientos jurídicos donde existen estos tribunales con atribuciones de colegisladores negativos, los que validan o invalidan las leyes antes de su promulgación, las victorias constitucionales de las minorías legislativas compensan las derrotas o infortunios electorales, lo cual permite a los oponentes legislativos de la ley movilizar este recurso de objetividad, para ennoblecerse por el triunfo jurídico frente al partido dominante.

La difusión de la figura señera de Estado de Derecho condujo a la legitimación de los argumentos de constitucionalidad en el debate político; donde la consagración de los derechos fundamentales por los tribunales de la materia facilita su uso para señalar una división ideológica beneficiará a los partidos de oposición y generará debilitamiento en el gobierno.

De ahí que algunos autores se han inclinado por considerar eficaz, pertinente y legítimo -como una estrategia de confrontación al gobierno- pasar por el tamiz de la constitucionalidad sus decisiones legislativas

y la necesidad correlativa de que el legislador-gobierno se proteja de esos golpes políticos que lo debilitan[1] .

En la discusión del proyecto que aquí se analiza, se debatieron -a la luz del expediente legislativo, sin la profundidad deseable- temas como la suspensión inmediata de los actos al interponerse un recurso de amparo, así como lo relacionado con paralizar los casos pendientes de resolución cuando se interpone una acción de inconstitucionalidad, lo cual podría afectar a miles de usuarios del servicio de administración de justicia.

El debate en torno al proyecto resulta interesante por el concepto de la percepción jurídica y la visión política que se desplegó a lo largo de lo tramitado en la Comisión; sin embargo, a pesar de la riqueza temática, lejos estuvo de agotar o cuando menos de abordar los contenidos más exigentes, al considerarse la naturaleza de la jurisdicción y su finalidad.

Temas como la intención de los litigantes al interponer recursos cuya finalidad es retrasar la ejecución o paralizar la Administración Pública en algún campo específico de su interés, carece del suficiente peso para provocar una reforma dañina para la garantía constitucional del ciudadano, que únicamente pretende la protección de sus derechos e intereses. La solución sería establecer sanciones para los casos de los litigantes de mala fe, lejos de perjudicar a quienes en su gran mayoría buscan la protección de la jurisdicción constitucional que se le ha denegado en otras instancias.

Indiscutiblemente, cuando se trata de la jurisdicción constitucional, los temas se vuelven inagotables ante la variada y compleja definición de la materia que está bajo su tutela. La mal llamada clase política (como si se tratara de una etnia específica con una actividad reservada para sí, cuando en realidad todos son simples funcionarios públicos activos en una área de la actividad del Estado) quisiera tener un mayor “ancho de banda” en sus actuaciones y decisiones; los ciudadanos requieren y exigen más espacios de participación en el esquema del Estado inclusivo con la consecuente disminución de los centros de poder y, en medio de ambas posiciones, está la Sala Constitucional como tercero componedor, imposibilitada de inclinarse hacia uno u otro extremo, sino limitada a actuar la Carta Magna, pura, simple y objetivamente.

Es claro que a lo largo de su existencia por la inercia o abdicación de competencias de otros órganos públicos, esta jurisdicción debió asumir la responsabilidad de darle solución a los problemas originados por esos vacíos de poder; -que aunque en pocas ocasiones- tampoco puede considerarse que se haya extralimitado en el ejercicio de sus competencias, a pesar de que sí se extralimitó en la interpretación constitucional, que es una situación muy distinta.

En este artículo se analisarán las reformas planteadas, limitados al contenido de la norma, sus efectos, sus consecuencias y la posibilidades de que pueda ser mejorada -en los casos que lo amerite- para lo que se transcribirán y comentarán los argumentos

1 Para ver en su total amplitud la percepción sobre el tema de la consulta de constitucionalidad puede verse: Le Conseil Constitutionnel, en: Revue Française D´études Constitutionnelles et Politiques, 2003.

legislativos, cuyo contenido íntegro puede consultarse en el expediente indicado en la Asamblea Legislativa.

El análisis tratará norma por norma de la propuesta de reforma, esto es, que acompañarán el texto del articulado; sin embargo, considera el autor que de previo a esa tarea, resulta interesante comentar dos temas que también son objeto de la reforma, pero que requieren una explicación más del orden doctrinal que normativo, como lo es el caso de la reestructuración de la Sala Constitucional y la participación de este órgano jurisdiccional en la producción legislativa.

I.- La estructura interna de la Sala Constitucional

El argumento sostenido en el tiempo y en el espacio es que con una división de la Sala en secciones se agiliza y aliviana el trabajo del pleno y los asuntos tendrán una salida más expedita. Para sostener la tesis, se acudió a ejemplos del Derecho comparado, pero en realidad limitado al Tribunal Constitucional español, sin considerar los múltiples elementos diferenciadores entre la realidad española y la propia.

Las sugerencias de reforma basadas en esas comparaciones se originan con frecuencia en el vínculo de afectividad personal del promotor con el objeto de sus comparación (generalmente y para casos como el analizado, se dan por haber cursado estudios superiores), aunque resultan insuficientes para sustentar una tesis cuya rigurosidad es obligada ante la entidad del órgano que se busca reformar.

Los trasplantes jurídicos son inconvenientes cuando las diferencias son profundas y las razones existenciales de los modelos jurisdiccionales obedecen a consideraciones sociológicas e históricas muy distintas. Algunas distinciones entre el Tribunal Constitucional español en relación con la Sala Constitucional, son: 1) el número de miembros que integran uno y otro órgano jurisdiccional; 2) España es una Monarquía Parlamentaria, 3) su organización política es distinta a la de Costa Rica, pues está dividida en municipios, provincias y comunidades autónomas independientes entre sí y, en general, frente al Gobierno Central, 4) las Cortes Generales compuestas por el Congreso y el Senado constituyen un sistema de pesos y contrapesos en la construcción de la legislación, 5) El sistema y la legitimacion procesal para acceder al Tribunal Constitucional de España es distinto al costarricense, 6) las competencias atribuidas al Tribunal Constitucional están en relación con los cuatro elementos anteriores, 7) España centuplica territoralmente a Costa Rica; 8) España tiene una población diez veces mayor que la de Costa Rica y, 9) los componentes geográficos, históricos, sociológicos, antropológicos, políticos y económicos no son ni medianamente asimilables.

La lógica racional imposibilita formal y materialmente el tratar como igual lo que por su naturaleza es desigual, de tal manera que la implantación de sistemas foráneos sin considerar esas diferencias -como si se tratara de un acto de fe- implica como consecuencia, igualmente lógica, el fracaso del sistema. No se trata de matizar o de tropicalizar lo que en otras latitudes resultó propicio, sino de considerar los elementos autóctonos con creatividad y rigurosidad.

Tampoco es posible mencionar al Consejo Constitucional francés como un ejemplo

válido para este tema, porque además de que le aplican cuando menos seis de las ocho diferencias señaladas arriba, cabe agregar que en ese Tribunal se le otorga un asiento ad perpetuam y por derecho propio a todos los que ejercieron la Presidencia de la República; la legitimación procesal para abordarlo es limitada sobre todo en cuestiones de constitucionalidad; ejerce competencias electorales de las abdicadas aquí sin respaldo constitucional; no hay exigencias profesionales para ser miembro, esto es, cualquiera puede ser nombrado y, además tiene a la par un Consejo de Estado que actúa -sin que así esté concebido- como un filtro de algunos de los asuntos que se elevan al primero[2].

La reestructuración de la Sala Constitucional en el sistema costarricense debe concebirse a partir de la realidad costarricense. Los cuatro temas que conoce esa jurisdicción deben ser el componente central de la discusión, a partir de una valoración de cuánto estudio, participación y discusión requiere cada asunto según su naturaleza.
Los años de vigencia de la Sala Constitucional, su profusa jurisprudencia más la práctica histórica en la que los asuntos de poca monta como amparos y *habeas corpus* se votan en masa (salvo los eventuales votos salvados cuando aparece un tema de un interés extraordinario) debería modificarse para que esos recursos de sencillo trámite y de poca discusión sean resueltos con el voto del magistrado instructor o a lo sumo con dos votos y, exigirse la participación de cuando menos cuatro magistrados -considerando que esa es la mayoría aún con la participación del pleno- únicamente en los casos en los que se vaya a producir un cambio de la jurisprudencia.

Si la práctica histórica es que los recursos ordinarios de amparo y *habeas corpus* se tramitan y resuelven en masa, con un único magistrado responsable de analizar y valorar la acción; entonces, la reforma debería ir en la dirección de aprovechar esa práctica, que aunque no sea admitida abiertamente, su comprobación es de extrema facilidad con vista del libro de votos [3].

II.- La consulta legislativa

La consulta legislativa previa es un mecanismo productivo en los sistemas donde no existe la legitimación abierta para la impugnación general de las leyes e igualmente resulta útil en los casos en que, por la naturaleza de la normativa, se carece de facultades procesales para excluirla del orden jurídico; en tanto, las posibilidades de una aplicación individual son muy pocas o

2 DRAGO. Guillaume, Réformer le Conseil Constitutionnel?, en: Revue françaised'études constitutionnelles et politiques, número 105, página 80. En cuanto a las labores del Consejo de Estado francés, como filtro del Consejo Constitucional, el autor señalo: "Quant au recours contre les décisions administratives, le juge administratif a prouvé depuis longtemps qu'il est le meilleur défenseur des libertés". Traducido libremente por el autor sería: "En cuanto a los recursos contra las decisiones administrativas, el juez administrativo a probado desde hace mucho tiempo, que él es el mejor defensor de las libertades".

3 Un revisión del libro de votos, para los efectos de este artículo, demostró que la diferencia entre los votos en estas materias son en la mayoría de los casos, de un minuto, lo que permite concluir sin necesidad de mayor esfuerzo mental, que el magistrado instructor lleva la resolución lista y los demás se adhieren sin mayor discusión jurídica, salvo, como ya se dijo, cuando la causa reviste un interés extraordinario que conduce a alguno a salvar el voto o agregar notas adicionales a la resolución redactada por el magistrado instructor.

simplemente nulas, tal es el caso de las leyes tributarias o las de aprobación de acuerdos o tratados internacionales.

En el Derecho comparado esta figura -si bien, bajo un procedimiento distinto- ha sido fuente de discusion doctrinal al más alto nivel, es considerada un arma constitucional en las luchas políticas -también como arma disuasiva- al tiempo que es parte del desarrollo de una cultura de constitucionalidad, la cual tras un largo aprendizaje terminó por involucrar a todos los actores implicados en la construcción de la ley[4] .

La constitucionalisación del trabajo legislativo no significa el cierre del juego político, al contrario, abre espacios a nuevas tácticas para el combate en ese campo; sin que el desarrollo de la cultura de constitucionalidad atienda la primacía de la razón jurídica por sobre la estrategia política, ni tampoco una subordinación de esta al derecho constitucional positivo, puesto que los legisladores, aun cuando utilicen argumentos de constitucionalidad, realmente no tienen como objetivo respetar o hacer respetar la Constitución, de cerrar los debates doctrinarios o de producir principios jurídicos [5].

La consulta a la Sala Constitucional sobre un proyecto de ley, más que un deseo de mantener incólume la Norma prima es una estrategia política, parte del escenario democrático en el que está inscrito el Estado costarricense y, consecuentemente, la discusión sobre su mantenimiento en el plano constitucional debe darse en un espacio lejano a los fuegos electorales.

Alguno de los argumentos expuestos en la Comisión, para la reforma relacionada con el tema de la consulta legislativa, señaló:

"(…) Así las cosas, la esfera de responsabilidad de la Asamblea Legislativa en relación con el respeto y desarrollo de los preceptos constitucionales, consiste en emitir leyes constitucionales; la del Ejecutivo, consiste en emitir reglamentos y actos constitucionales; y la de la Sala, en controlar que tales normas y actos sean efectivamente constitucionales. Consecuentemente, la relación de la Sala con el legislador en el proceso de formación de leyes no es de "coproductor" sino de "contralor de lo producido". Por tal razón, es a todas luces inconveniente que un órgano jurisdiccional participe en el proceso político de la formación de las leyes, puesto que esto vulnera la independencia de criterio del órgano legislativo y sirve para influir indebidamente su voluntad política. En la práctica, la Sala ha resuelto algunas consultas en una forma tan pormenorizada, que prácticamente regula cuestiones de fondo y de oportunidad, predeterminando así la voluntad del legislador. Por otro lado, la facultad de la Sala de intervenir en el proceso de formación de leyes tiene como lamentable consecuencia la instrumentalización de la Sala Constitucional dentro del juego político de los partidos. En efecto, la consulta legislativa pasa a ser de un medio

4 FRANCOIS, Bastien, La perception du Conseil Constitutionnel par la clase politique, les médias et l'opinion, en: Revue française d'études constitutionnelles et politiques, número 105, 2003, página 133.

5 Op cit, página 134.

de consulta, a un nuevo instrumento de la táctica dilatoria y de la estrategia política de los partidos políticos, desnaturalizándose así la función jurisdiccional de la Sala Para evitar entonces una politización de la Sala Constitucional, y de esta forma preservar su neutralidad, resulta necesario permitir la consulta legislativa previa solo en los casos que la Constitución expresamente lo ordena".

La conducta política propia de una sociedad poco instruida en temas de Estado, donde los acuerdos políticos están en función de regalías individuales con ajenidad a la integración y armonización ideológica tendientes al bien común, la desaparición de la consulta legislativa previa dejaría en indefensión -sin voz- a grandes sectores de la población que quedarían carentes de representación material, todo lo cual obliga a un replanteamiento del tema.

La historia, la práctica y la experiencia en el quehacer político interno han demostrado que los legisladores del partido gobernante muestran una inclinación al ofrecimiento de prebendas para obtener el apoyo legislativo, cuyo costo financiero lo cubre la sociedad costarricense a través de los impuestos de los que se nutre el presupuesto nacional.

Estos apoyos nacidos de la satisfacción de interesess particulares de algunos representantes populares, son independientes de la bondad de la propuesta legislativa o de los beneficios que para la mayoría apareje el nuevo orden legal que se busca emitir.

Legitimar tal forma de hacer política a través de la ausencia de controles resulta contrario a cualquier sistema democrático, porque los diputados en cuanto representantes populares, *son el rostro visible de la masa invisible*, para quien, cualquier acuerdo entre las diferentes fracciones legislativas debería tender a la satisfacción de los intereses de las mayorías con prescindencia de los propios.

La oposición, según la doctrina comparada, es un contra poder que impide la tentación de los extremos de la mayoría, por lo que debe disponer de diferentes medios para mantener el equilibrio democrático. Esos medios son el control político, cuya máxima expresión se estructura en el voto de censura y en la consulta de constitucionalidad.

La alternancia política derivada de la oposición es el pluralismo político que a su vez es una base esencial de la democracia. Así, la oposición puede y debe proponer un nuevo curso para la política nacional, que permita a los ciudadanos descontentos disponer de un recurso contra las decisiones del gobernante y entre los medios más elevados -de ejercerla- está la posibilidad de manifestar su desacuerdo hacia la política seguida; esto mediante la consulta legislativa de constitucionalidad, como una forma de asegurar la desaplicación de una legislación cuando esta atenta -cuando menos así se considera- contra los más altos valores y principios constitucionales [6].

El rol de la oposición es esencial para la democracia, al punto que se le ha otorgado

6 Arkwright, E, Delamarre, M, Citoyenneté et vie démocratique, en: Decouverte de la vie publique, Documentarion Française, Paris, 2005, página 70.

un verdado estatus jurídico; tal como en Gran Bretaña que erigió la función de Jefe de la oposición en función oficial (*Chef de la opposition a su Majestad*).

Por otro lado, podría encaminarse la consulta legislativa como un mecanismo de respeto y garantía de los derechos fundamentales, tal y como lo indicara la Corte Interamericana de Derechos Humanos con ocasión de una consulta, donde manifestó que implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato estatal y, en general, todos las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos[7] .

Si el derecho de elegir a los representantes populares es un derecho político consagrado en el texto constitucional, la consulta legislativa de constitucionalidad resultaría una actividad legítima derivada de esa representación cuyo ejercicio es obligado en razón del mandato recibido.

Eliminar la consulta legislativa bajo el argumento de que atrasa las labores parlamentarias es una falacia, como quedó demostrado en el documentado artículo de ARIAS RAMÍREZ [8], pues es un instrumento válido en el ejercicio democrático. Sin embargo, y -en la eventualidad de la desaparición de la consulta legislativa- resultaría necesario ponderar, acompañar esa eliminación con una ampliación de la legitimación procesal para interponer *a posteriori* la acción de inconstitucionalidad, especialmente en aquellos casos en los que por la naturaleza de la legislación, no haya muchos espacios de aplicación individual, como en el caso de las reformas fiscales o los tratados internacionales, sobre los que la Sala Constitucional ha resuelto invariablemente, que no debe intervenir por tratarse de políticas de Estado ajena a su ámbito de competencia[9].

La consulta legislativa de constitucionalidad debe mantenerse como un mecanismo legítimo para el control jurídico del ejercicio político que a su vez se enmarca en el respeto a las minorías. Lo procedente es -basados en el conocimiento histórico y las cifras reales de su utilización y efectos- modular las condiciones bajo las cuales es posible, para asegurar al ciudadano una adecuada protección frente a los embates de los sectores con capacidad de movilización para legislar con normas a su medida, de ahí la importancia del tema de la publicación de los proyectos y su republicación cuando por medio de mociones se produzcan variaciones sustanciales del texto original.

En la discusión del proyecto de reformas a la Ley de la jurisdicción constitucional y como justificación de la desaparición de la consulta legislativa, se señaló que

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986.
8 Arias Ramírez, Bernal, Costa Rica. La consulta legislativa de constitucionalidad: apuntes para la toma de decisión, Revista Judicial número 109, setiembre, 2013.
9 Véase al respecto, el voto 9469 de las 10.00 horas del 3 de julio del 2007 que resolvió las consultas de constitucionalidad sobre el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos.

la Sala Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de un proyecto consultado, porque en el trámite legislativo se omitió la publicación o republicación del proyecto en el Diario Oficial, porque por medio de las mociones el proyecto original desapareció para dar lugar a uno nuevo.

Se argumentó en la Comisión Legislativa, que en la actualidad y, ante las múltiples posibilidades que tienen los ciudadanos de acceder a la información, está fuera de toda lógica, la obligación de publicar el nuevo proyecto. Así se explicó en el expediente legisltivo:

"(…) Pongo un ejemplo: la Constitución Política dice que el proyecto tiene que publicarse en el Diario Oficial La Gaceta. Digamos que esto es un resabio de lo que era el concepto de publicidad. Data de muchos años, en donde había un medio oficial para llegar a comunicarle a los ciudadanos, lo que al Estado le interesaba comunicar. El Estado costarricense como tal, porque era el único medio. Digamos que eso fue cambiando. Luego vienen las sesiones legislativas las cuales se comenzaron a transmitir por radio. Posteriormente viene un sistema de comunicación vía correos, etcétera, ya cuando en los años noventa y cuatro en adelante, se comenzó a computarizar toda la información y además toda la comunicación de la Asamblea Legislativa, a tal punto que ahora no solo tenemos un portal, el cual es visitado por las ciudadanas y por los ciudadanos, sino que tenemos un canal de televisión, además tenemos la posibilidad de seguir transmitiendo las sesiones de la Asamblea Legislativo. También dado el sistema de transporte y comunicación vial que hay, el Asamblea Legislativa también puede ser visitada por los ciudadanos y por las ciudadanas. Pero no contentos con eso, digámoslo así, también los medios de comunicación siempre tienen periodistas destacados que se encargan, no solo de establecer o de informar a los ciudadanos y a las ciudadanas, del debate de control político que sucede en esta Asamblea Legislativa, sino también de la tramitación de los proyectos, los cambios, mociones, etcétera, para interesar y para informar a los ciudadanos. Ha existido un gran avance. La norma constitucional exige nada más la publicación en La Gaceta. De una publicación. Digamos que la Constitución uno podría decir que publicación es publicidad. Aquí hay publicidad. Las sesiones tampoco son secretas. Bueno, la Sala Constitucional ha desvirtuado esta publicación en La Gaceta, indicando que cuando hay cambios sustanciales en los proyectos, los dictámenes tienen que volverse a publicar. Uno dice: ¿Por qué? ¿Qué resguarda la Sala Constitucional si no es precisamente lo que está establecido en la Constitución Política, ni siquiera en el Reglamento de la Asamblea. No le corresponde el control reglamentario. Efectivamente ha existido aquí una distorsión entonces de conceptos. Confunde la Sala publicación con publicidad. Aquí se dan las dos cosas. Se da la publicidad y se da la publicación".

En el orden jurisprudencial constitucional, sobre el tema de la publicación de los proyectos que han sido reformado por las distintas mociones, se ha señalado:

"Este principio garantiza un amplio debate que facilita el contacto tanto con la opinión pública en general y como con quienes, en particular, pudieran tener interés (en razón de sus actividades económicas) en conocer y hasta participar en la deliberación del asunto. Asimismo, la publicidad de los procedimientos parlamentarios resulta esencial dado el carácter representativo de la comunidad nacional que ostenta la Asamblea Legislativa, toda vez que la soberanía reside en el pueblo y los diputados solamente son sus representantes, según lo dispone el artículo 105 constitucional (ver sentencia número 2000-03220 de las 10:30 horas del 18 de abril de 2000).

En nota separada de otra sentencia, se indicó que no es necesaria la publicación del proyecto con las enmiendas que haya sufrido, porque el Reglamento Legislativo no lo exige. Los argumentos fueron:

"(…) lo que confirma que, salvo que así lo autorice una norma expresa del Estatuto Parlamentario, la aprobación de mociones ni de textos sustitutivos deben de publicarse en el diario oficial La Gaceta. Una razón adicional para seguir dentro de esta línea argumentativa es que, vistas las cosas desde otro prisma, resulta ociosa la publicación de los textos sustitutivos que se aprueban en el seno de los órganos parlamentarios, por la elemental razón de que ello sólo tendría sentido cuando se introduzcan conceptos o regulaciones novedosas en éstos, acción que prohíbe el Derecho de la Constitución -por violación al principio de conexidad-, o cuando así lo acuerde el órgano parlamentario con un fin específico o necesario para el trabajo parlamentario. Por otra parte, la Sala ha admitido que no siempre, la falta de publicación, en un determinado momento procesal, constituye un vicio invalidante del procedimiento legislativo. Al respecto indicó: "La Sala no estima que esta circunstancia lesione el principio de publicidad, típico del procedimiento legislativo: este principio, en primer lugar, no se satisface por un acto único, como, por ejemplo, la publicación de la proposición, sino que se realiza en las diferentes fases del procedimiento, y en la propia publicidad a que están sometidos los trabajos de los órganos legislativos. Además, observa el tribunal que ya admitida la proposición (en el caso sobre el que versa esta opinión), y rendido el dictamen de la Comisión a que se refiere el inciso 3) del artículo 195, éste se publicó, como se estilaba. Por consiguiente, arriba la Sala a la conclusión de que la falta de publicación de la proposición de reforma constitucional de que aquí se trata, no configura un vicio que invalide el procedimiento". (Voto 11560-2001)".

Agrega el magistrado anotante:

"A mayor abundamiento, hay que tener presente que el principio de publicidad en el procedimiento parlamentario no se agota en la publicación del proyecto de ley, sino que va mucho más allá, toda vez que la Asamblea Legislativa, como órgano plural y democrático, en todas sus etapas, se encuentra sometida a él. Acorde con lo anterior, la Constitución Política, en su numeral 117, señala que las sesiones de la Asamblea Legislativa son públicas, salvo que por razones muy calificadas y de conveniencia general se acuerden que sean secretas por votación no menor de dos tercios de los diputados presentes. Esta publicidad del trabajo parlamentario no sólo está referido al derecho que tienen los habitantes de la República de asistir a las barras de la Asamblea Legislativa, las cuales sólo pueden ser despejadas por el presidente de la Asamblea Legislativa cuando por sus signos de aprobación o de improbación -gritos, silbidos, golpes o cualquier otra demostración desordenada- se interrumpa la labor de la Asamblea (véase el artículo 27,

inciso 12 del Reglamento de la Asamblea Legislativa) -igual ocurre en el caso de las Comisiones Permanentes con Potestad Legislativa Plena, donde sus presidentes también cuentan con esta atribución (véase el artículo 56, inciso j del Reglamento de la Asamblea Legislativa)-, sino también al derecho que tienen los medios de comunicación colectiva de informar sobre el trabajo parlamentario por diversos canales –radio, televisión, Internet, prensa escrita, etc.-; e, incluso, el interés de los partidos políticos con representación parlamentaria y los (as) diputados (as) a que sus intervenciones -orales, escritas o de otra índole- se difundan por todos los medios, con lo que se cumple un doble propósito, por una parte, con el control ciudadano sobre la actividad que despliega los miembros del Parlamento, crucial en todo sistema democrático, y con la rendición de cuentas, en este caso de forma inmediata, de los diputados a la ciudadanía, por el otro. Así las cosas, el acto de publicación del proyecto de ley es una de tantas manifestaciones que tiene el principio de publicidad en el procedimiento parlamentario. Por otra parte, al exigirse la publicación de los textos sustitutivos se atenta contra una de las características esenciales del Derecho parlamentario: su ductibilidad o flexibilidad, lo que incide negativamente en el trabajo parlamentario y, en algunos casos, puede llegar a abortar los acuerdos políticos que se concertan. E, incluso, va en contra de la finalidad del Derecho parlamentario. Como es bien sabido, la finalidad de este Derecho es permitirle al Parlamento ejercer sus atribuciones (legislativa, autonormativa, el control político, integrativa, jurisdiccional y administrativa), en especial: ser el cauce a través del cual la Asamblea Legislativa adopta en forma oportuna, democrática y soberana y en estricto apego del principio de pluralismo político, las decisiones políticas fundamentales, las que se traduce en los actos parlamentarios finales, sean éstos un decreto legislativo o un acuerdo legislativo. No debe perderse de vista que, por la dinámica parlamentaria, los acuerdos políticos en el seno de Parlamento gozan de una constante precariedad hasta tanto no se materialicen, no sólo porque hay un momento oportuno y específico para su concretización, sino a causa de la permanente tensión en que se encuentran los actores políticos debido a la gran cantidad de variables políticas que manejan en un mismo momento, lo que significa que, entre más prolongando sea el tiempo para concretizar el acuerdo político, mayores son las posibilidades de que se rompa. De ahí la necesidad de su ejecución oportuna y, en algunos casos inmediata, ya que la realidad política varía constantemente y puede dar al traste con lo pactado. Por tal motivo, cuando se le obliga a la Asamblea Legislativa, so pretexto de observar el principio de publicidad en el procedimiento parlamentario, la publicación de los textos sustitutivos o mociones en el diario oficial La Gaceta, lo que implica un atraso importante en la adopción de la decisión política dado el tiempo que se demora para ello, se atenta contra la naturaleza misma del órgano parlamentario y su dinámica, contra una de las características y finalidad del Derecho parlamentario, todo lo cual resulta un despropósito en un órgano esencialmente político -hay quienes sostienen que el funcionamiento de la Cámara es un reflejo de la continuación de la contienda electoral en un plano diferente- como es la Asamblea Legislativa".

Se discrepa de lo expuesto, porque -se repite- la conducta política más el desinterés generalizado en los asuntos de Estado, ha

demostrado que en Costa Rica a lo largo de su vida republicana, los representantes populares han ubicado los intereses de los electores y de la población en general, en un plano inferior al que les corresponde, con una marcada tendencia a los provechos individuales o sectoriales.

La participación democrática de los representantes populares para introducirle cambios a un proyecto de ley ya publicado con un determinado contenido, permitiría insertarle cambios que lo desnaturalicen en su esencia con grave perjuicio para el interés general si se omitiera su publicación, siendo esta la puerta de acceso para la participación ciudadana conforme al artículo 9 de la Carta Política, bajo la libertad y responsabilidad individual. A partir de la premisa de la innecesariedad de la publicación, un proyecto bondadoso con los intereses generales apoyado mayoritariamente, podría transformarse mediante mociones, a tal punto que de conocerse su contenido final, cambiaría el respaldo masivo que inicialmente tenía [10].

Lo anteriormente expuesto es común en el quehacer legislativo, pues con anterioridad a la creación de la Sala Constitucional -y aún con la puesta en vigencia de este órgano de relevancia constitucional- a través de las normas atípicas del presupuesto nacional se ocultaban reformas a otros cuerpos normativos o se introducía legislación novedosa a favor o en contra de sectores determinados sin que la ciudadanía se enterara.

La Sala Constitucional cumple con una función garantista, por lo que es contraproducente separarla de esa elevada actividad, cuando lo deseable es mejorar la metodología bajo la que se realiza la consulta legislativa previa, que en todo caso, no se ha constituido en ningún obstáculo ni para el quehacer de la Sala ni para el ejercicio legislativo[11].

Desde una perspectiva política, lo procedente es mantener la consulta, pero limitado su empleo a todas las leyes de alcance general cuya aplicación individual impide su impugnación a través de la acción individual, como es el caso de las leyes tributarias; las que otorgan o amplían los poderes a otras entidades u órganos públicos, las leyes de transferencia de recursos de los sectores sociales a otros fines distintos y las que permitan el rompimiento del equilibrio presupuestario.

La rigurosidad del procedimiento en casos como los planteados (sin intención de exhaustividad) debe ser el principio fundamental de la consulta legislativa facultativa, dadas las consecuencias y efectos que tendrían sobre el colectivo social. Piénsese en el caso de la ley tendiente a regular el envasado del gas para uso doméstico o comercial con el objetivo de

---

10 Solamente para mencionar un ejemplo de lo expuesto, se ofrece el caso de la Ley de la persona joven, por la que se ha alegado por varios diputados, que facilitó el matrimonio entre personas del mismo sexo, que de haberse publicitado, hubiese tenido un bloqueo por grandes grupos de presión, como la Iglesia Católica.

11 Véase: Arias Ramírez, Bernal, Costa Rica. La consulta legislativa de constitucionalidad: apuntes para la toma de decisión, Revista Judicial número 109, setiembre, 2013. En este artículo se demuestra a través de cuadros estadísticos, los resultados de la utilización de la consulta facultativa desde la creación de la Sala Constitucional hasta el presente.

imponer ciertas condiciones a las empresas proveedoras de este producto.

Los actos de aplicación individual de esa normativa están destinados directamente hacia esas empresas, de tal suerte que el consumidor carece de legitimación para impugnarla por medio de la acción de inconstitucionalidad, en tanto no le aplican sus efectos aunque sí las consecuencias de su incumplimiento.

III. Una reforma a la consulta legislativa: la oralidad.

Es altamente conveniente incorporar la oralidad en la consulta legislativa. Las razones se podrían reducir a las siguientes.

a.- La oralidad como instrumento moderno en los procesos judiciales debe ser parte del procedimiento constitucional, donde se carece de razones para eliminarla. La Asamblea remite el expediente a la Sala, pero la consulta para efectos procesales sería la expuesta a viva voz por el exponente, debidamente grabada en video o audio para que los magistrados puedan verlo o escucharlo las veces que sean necesarias para dictar su resolución.

b.- Para que la Sala se mantenga activa sin detener su trabajo por asistir a las vistas, se nombra un magistrado instructor para dirigir la vista, que al ser grabada no requerirá la presencia de todos los integrantes del alto tribunal, quienes tendrán la posibilidad de revisar el video o el registro con posterioridad.

c.- El magistrado instructor elaborará un informe de los puntos centrales de la discusión legislativa con un borrador de resolución y lo distribuirá a los demás miembros, quienes con vista en el video externarán su posición. La resolución también será oral y se acompañará de una minuta de los elementos centrales de la sentencia para que se incorpore al expediente legislativo, junto con el registro de la audiencia del dictado de la resolución que se mantendrá en los archivos legislativos por el plazo de ley.

d.- Se debe aprovechar las tecnologías de la información para facilitar las labores, tanto de la Asamblea Legislativa como de la Sala Constitucional, con lo cual se reduca el uso del papel con mejor aprovechamiento del tiempo.

e.- El Directorio Legislativo elige uno o dos diputados de los suscribientes de la consulta y el mismo número de oponentes (pueden nombrarse mandatarios especiales) para que comparezcan ante la Sala Constitucional a defender las razones de sus tesis.

IV.- Análisis individual de la reforma propuesta

Como se indicó líneas arriba, la metodología empleada será la de transcribir cada artículo con la propuesta de reforma y acto seguido su valoración, con la intención de concretizar las observaciones positivas y negativas que la norma podría producir en el patrimonio jurídico de los necesitados de protección constitucional.
El artículo 2 con el texto de la reforma señala:

> *"**Artículo 2.**- Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional:*
>
> *a) Garantizar, mediante los recursos de habeas corpus, habeas data y de amparo, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica.*
>
> *b) Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad.*
>
> *c) Resolver los conflictos de competencia entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, y los de competencia constitucional entre estos y la Contraloría General de la República, las municipalidades, los entes descentralizados y las demás personas de Derecho Público.*
>
> *d) Conocer de los demás asuntos que la Constitución o las leyes le atribuyan".*

La propuesta de reforma incorpora el recurso de habeas data cuya necesidad es indiscutible ante la intromisión ilimitada que actualmente se materializa en la esfera privada de las personas, sin que sea necesariamente novedoso, en razón que la Sala Constitucional de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Carta Política ha garantizado la protección a la privacidad.

El inciso b) del artículo 2) es inoperante en la práctica, en razón de que las reclamaciones de inconstitucionalidad de la legislación infralegal, sistemáticamente se ha remitido al conocimiento de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la que en todo caso y, ante la duda, a su vez tendría a disposición la consulta judicial de constitucionalidad.

El artículo 4) con la reforma estipula:

> *"Artículo 4.- La jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política.*
>
> *La Sala Constitucional está formada por siete Magistrados propietarios y doce suplentes, todos elegidos por la Asamblea Legislativa en la forma prevista por la Constitución. Su régimen orgánico y disciplinario es el que se establece en la presente Ley y en la Ley Orgánica del Poder Judicial.*
>
> *La Sala Constitucional actuará necesariamente en pleno para el conocimiento de las cuestiones de constitucionalidad y los conflictos de competencia. Para el conocimiento del resto de los asuntos podrá dividirse en secciones, cuyos integrantes deberán ser distribuidos por la Sala en pleno. El Presidente de la Sala no será miembro de ninguna sección.*
>
> *Cuando en esta Ley se haga referencia a la Sala, o a la Sala Constitucional, se entenderá que la norma respectiva será de aplicación al pleno y/o a las secciones, en el ámbito de sus competencias.*
>
> *El Presidente de la Sala y los coordinadores de las secciones serán elegidos por la Sala en pleno según lo dispuesto en los artículos 32, inciso 1) y 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En caso de ausencia temporal*

del Presidente o de los coordinadores, el magistrado titular de mayor edad ocupará el cargo interinamente.

La Sala Constitucional no está sometida al plan de vacaciones establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en consecuencia, fijará las fechas en que sus miembros tomarán vacaciones, de manera que haya siempre una mayoría de magistrados propietarios.

Si la ausencia de propietarios fuere por licencia, se aplicará la regla anterior, excepto en los casos de enfermedad o de otro motivo justo."

Se desconocen las labores a las que se dedicará el Presidente de la Sala, dado que la norma lo excluye de participar en las secciones creadas, aunque se puede intuir que por esa misma razón podrá integrarse a cualquiera cuando haya en juego un interés superior por la índole de las cuestiones debatidas, de otra manera ese funcionario nombrado para administrar justicia estaría dedicado a labores administrativas o en ejercicio jurisdiccional limitado al pleno, en cuyo caso es un recurso humano subutilizado.

Más novedoso resulta el tema cuando el artículo 61) de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece expresamente las atribuciones del Presidente de Sala, ninguna de las cuales se conjuga con la norma mencionada, pues su exclusión de las secciones creadas, le impedirá abrir y cerrar sesiones salvo las del pleno, tampoco fijará el orden en que se verán los asuntos, no dirigiría los debates ni sometería a votación los expedientes discutidos, salvo -se repite- cuando estos pertenecen al pleno de la Sala.

Conforme al texto de la norma, se desconoce si la integración de cada sección es permanente o si los jueces podrán rotar entre las secciones, aunque se podrá interpretar que en el tanto que es el pleno de la Sala quien realiza la distribución interna, será igualmente el competente para realizar esa rotación.

Para el autor resulta incomprensible que se delegue en el magistrado de *mayor edad* la sustitución temporal del Presidente de la Sala o de los coordinadores de las secciones, cuando la lógica conduce a que esa sustitución debería recaer en el juez de *mayor tiempo en el cargo* con independencia de su edad cronológica.

Menciona el ordinal 9 con la reforma introducida:

*"**Artículo 9**.- La Presidencia de la Sala Constitucional podrá rechazar de plano:*

a) Cualquier gestión manifiestamente improcedente o infundada.

b) Los casos que se traten de la simple reiteración o reproducción de una gestión anterior igual o similar rechazada, siempre que no encontrare razones de interés público que justifiquen reconsiderar la cuestión.

c) Cuando sea de aplicación lo señalado en los artículos 76 y 80 de esta Ley.

El Pleno de la Sala Constitucional, así como las secciones que se establezcan, podrán también rechazar de plano los asuntos sometidos a su conocimiento, cuando consideren que se está ante alguno de los supuestos antes indicados.

De igual forma, los órganos encargados de conocer los asuntos podrán rechazarlos por el fondo en cualquier momento, incluso desde su presentación, cuando se considere que existen elementos de juicio suficientes para ello."

El inciso c) remite a los artículo 76 y 80 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que a la letra disponen:

"ARTÍCULO 76. Quien hubiere establecido la acción de inconstitucionalidad no podrá plantear otras relacionadas con el mismo juicio o procedimiento, aunque las funde en motivos diferentes; y la que se interponga en esas condiciones será rechazada de plano.

ARTÍCULO 80. Si no se llenaren las formalidades a que se refieren los dos artículos anteriores, el Presidente de la Sala señalará por resolución cuáles son los requisitos omitidos y ordenará cumplirlos dentro de tercero día.

Si no se diere cumplimiento a lo ordenado, el Presidente denegará el trámite de la acción. De esta última resolución podrá pedirse revocatoria dentro de tercero día, en cuyo caso el Presidente elevará el asunto a conocimiento de la Sala para que ésta decida lo que corresponda".

El contenido del inciso b) del artículo 9) a partir de su reforma, es una reiteración del artículo 76) *ibid*, por lo que el inciso c) carece de justificación en relación con este último numeral y, en el caso del artículo 80) se trata de un asunto estrictamente procesal que en nada se enriquece ni mejora con la reforma.

La reforma debería aprovecharse para mejorar las competencias exclusivas del Presidente de la Sala en relación con el rechazo de plano de asuntos en aplicación del inciso b), bajo las siguientes consideraciones.

a) Un asunto puede parecer una reiteración de otro anterior, pero las situaciones sociológicas entre cada causa, cambiaron. Se entiende por sociológicas, las manifestaciones económicas, políticas y culturales.

b) Un asunto anterior parecido a otro presentado con posterioridad, pudo haber sido resuelto bajo los parámetros intelectuales de magistrados, con una (de)formación distinta a los magistrados que integran la Sala en el momento de la segunda causa. En múltiples ocasiones, el anquilosamiento mental de quien ha ejercido la judicatura por demasiado tiempo, le impide ver más allá de lo acostumbrado, se producen resoluciones "por defecto" y no por razonamiento.

c) El conocimiento es dinámico y la Sala Constitucional no puede abstraerse de los descubrimientos científicos, tecnológicos o del comportamiento humano, para mantenerse aferrada a tesis que ya han sido superadas.

En temas tan agudos como las acciones de inconstitucionalidad, lo recomendable es que el accionante precise, mediante un resumen, las diferencias entre la acción que presenta con la ya presentada y resuelta. Ante la omisión de esta prevención, porque no logró demostrar la existencia de esas diferencias

o simplemente porque no cumplió dentro del plazo otorgado, se produciría el rechazo de plano indicado.

Una justicia constitucional plena debe serlo también en el plano procesal. Los justiciables merecen que sus causas sean conocidas a profundidad antes de su rechazo para garantizarse el principio de tutela judicial efectiva, que quedaría invalidado ante la posibilidad de que un solo juez rechace una petición que, además de legítima, podría estar debidamente justificada.

Los rechazos *de plano* deberían tener su origen en el Pleno, por las consecuencias gravosas en la esfera jurídica del ciudadano reclamante, salvo cuando sea total y absolutamente evidente la falta de sustanciación de la acción. Debe tenerse presente que los magistrados al igual que cualquier otro humano adolece de las mismas limitaciones intelectuales, emotivas, con sus propias inclinaciones; no es una máquina de valoraciones desprendidas de las emociones humanas y consecuentemente debería asegurarse a la justicia, la mayor profundidad intelectiva antes de rechazar una acción.

Por otro lado e igualmente con errada redacción está el párrafo final de la misma norma, al señalar que los órganos encargados de conocer asuntos podrán rechazarlos por el fondo desde su presentación. Resulta errático porque para que un asunto pase a conocimiento de alguna de las secciones -puesto que en referencia a la Presidencia están los primeros incisos- la Presidencia o el Pleno debieron realizar previamente el estudio de admisibilidad para asegurarse que no se trata de una gestión manifiestamente improcedente conforme al inciso a) del artículo 9 comentado.

Si se incorporara por interpretación que ese estudio previo lo puede realizar directamente alguna de las secciones o el Pleno, la consecuencia inmediata es la ausencia de criterios de selección sobre los temas que directamente resuelve la Presidencia en relación con los que resuelve directamente el Pleno o las secciones sin intervención de la primera.

Adicionalmente, un rechazo de un asunto por el fondo y desde su presentación, requerirá necesariamente un análisis riguroso de los presupuestos sobre los que se asientan las pretensiones del accionante, para lo que se requerirá conocer, valorar y votar como cualquier otro, con la diferencia de que en estos casos no se otorgarían las audiencias, lo que en nada cambia la práctica actual.

Si el Presidente de la Sala es el encargado de distribuir los asuntos, no necesitaría llevarlo al Pleno puesto que es su potestad resolver; caben, entonces los siguientes cuestionamientos: ¿cuáles casos los conoce el Pleno y cuáles se quedan a criterio exclusivo y único del Presidente? Porque ello podría prestarse para que el Presidente rechace asuntos sobre los que el Pleno o alguna sección pudiese tener interés en conocer, pero las prerrogativas de la Presidencia les impide esa posibilidad. ¿Cómo procedería el pleno en los casos donde tenga interés en que el asunto se vote, en los que la Presidencia tiene el poder de rechazar sin su conocimiento?

Por imperativo de la lógica se podría deducir que el pleno tendría facultades para exigirle al Presidente someter algún asunto de su interés para conocerlo; sin embargo, la ausencia de una regulación en ese sentido provoca que las soluciones sean casuísticas con un alto grado de inseguridad.

El artículo 29 conforme a la reforma pretendida, establece:

> *“Artículo 29.- El recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales a que se refiere esta Ley, salvo los protegidos por el habeas corpus y el habeas data.*
>
> *Procede el recurso de amparo contra toda disposición, acuerdo o resolución y en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos.*
>
> *El amparo procederá no sólo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas.*
>
> *El recurso de habeas data procede contra las transgresiones o amenazas de violación al derecho de conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido en bases de datos, así como los demás derechos, libertades y garantías constitucionales relacionadas con la recolección, tratamiento y circulación de informaciones registradas en las mismas relativas a personas físicas y jurídicas, sean aquellas administradas por entidades públicas o privadas.*
>
> *Las regulaciones relacionadas con el amparo establecidas en los Capítulos I y II del presente Título, así como en el resto de esta ley, serán de aplicación para el recurso de habeas data.”*

El segundo párrafo adolece de errores doctrinales. El acto administrativo objeto del amparo debe ser cualquiera que quebrante un derecho fundamental, con independencia de su eficacia, que está limitada a la simple -pero elemental- notificación del acto, su comunicación o publicación, según sea el caso y naturaleza de la decisión administrativa.

La discusión constitucional radica en la validez sustancial del acto, cuando menos y en este plano jurisdiccional, en lo grosero de la manifestación administrativa, pues cuando se trata de una invalidez no visible la jurisdicción contenciosa administrativa sería la competente para conocerla. Sin embargo -y con provecho de la ocasión- lo apropiado es que, ante situaciones donde la infracción reclamada no es clara en relación con la garantía constitucional, la Sala remita directamente la causa a aquella jurisdicción, con lo que se despeja la duda sobre la cosa juzgada que invariablemente reclama el infractor a título de protección procesal, como sucede en la práctica actual.

Es importante subrayar que el párrafo primero del artículo 49 del proyecto que aquí se analiza, le otorga carácter de cosa juzgada a las sentencias dictadas en acciones de amparo y *habeas data*, sin indicarse si esa cosa juzgada es formal o material.

Ante lo anterior, desde una perspectiva estrictamente lógica, la cosa juzgada de lo resuelto en estas acciones estaría limitada a las sentencias que acogen el recurso, no así en los casos en los que se rechacen por considerarse que la causa no corresponde

a esta elevada jurisdicción; o bien, porque se considere que no se quebrantó ningún derecho fundamental.

El párrafo tercero confirma la confusión doctrinal sobre la eficacia y la validez. En este se indica la procedencia del amparo contra los actos *arbitrarios*, que es lo correcto, dado que la arbitrariedad resulta con independencia de la eficacia, limitada a la comunicación, notificación o publicación de la decisión administrativa.

En cuanto al recurso de *habeas data* y a pesar de que se trataría de un tema propio de la ley que regula el tratamiento de los datos personales, la reforma debería vincularse con la delimitación de la tipología de información sobre la que procede el recurso.

La información registrada de las personas es amplia en contenidos, lo que no necesariamente implica que en todas las circunstancias se aceptará como correcto y legal que circule con fines distintos al objeto propio de la actividad. Los bancos deberán tener información sobre la capacidad económica del prestatario, sin inmiscuirse en la información estrictamente personal como los datos sentimentales, ni sobre los problemas judiciales de recorte familiar ajenos al vínculo comercial o legal.

> *"**Artículo 41.-** La sola presentación de los recursos de amparo o habeas data, no suspenderá automáticamente el acto impugnado.*
>
> *La Presidencia de la Sala Constitucional, el magistrado instructor, o el órgano encargado de conocerlo por el fondo, podrán disponer, de oficio o a instancia de parte, la acogida o el cese de medidas cautelares con el objeto de proteger provisionalmente los derechos afectados, o bien para garantizar la efectividad de la sentencia.*
>
> *Para la suspensión del acto impugnado, se deberá valorar que esta no cauce o amenace causar daños o perjuicios ciertos e inminentes a los intereses públicos, mayores que los que la ejecución causaría al agraviado, caso en el cual se deberán tomar eventualmente otras cautelas a fin de proteger los derechos y libertades del recurrente y no hacer ilusorio el efecto de una eventual resolución favorable.*
>
> *La resolución que suspenda el acto impugnado contendrá los siguientes elementos:*
>
> *a) Una descripción detallada del acto que es suspendido y de otras cuestiones incidentales o prejudiciales conexas.*
>
> *b) El plazo de vigencia de la suspensión, que no podrá exceder de treinta días.*
>
> *c) Otras medidas de conservación o seguridad que la prudencia aconseje, para prevenir riesgos materiales o evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo conforme con las circunstancias del caso.*
>
> *d) Una contra cautela a cumplir por la persona favorecida con la medida cautelar, sí así lo estima necesario la Sala.*
>
> *Una vez recibidos el informe al que se refiere el artículo 43 de esta ley, así como en cualquier otro momento que se considere pertinente, deberá valorarse si se mantienen las medidas cautelares ordenadas. De conservarse, la sentencia se deberá dictar en el plazo de treinta días, contados a partir de la suspensión del acto."*

La redacción del párrafo segundo debe mejorarse, toda vez que el cese de una medida cautelar solamente procede si esta ha sido declarada previamente; sin embargo, el párrafo primero está eliminando esa medida cautelar inicial, lo que implica que ante la desaparición de la suspensión automática del acto impugnado, el recurrente deberá solicitar esa cautela expresamente para luego la recurrida solicitar su cese.

El desarrollo procesal para tales propósitos relaciona las siguientes etapas: a) la presentación del recurso; b) su admisión y notificación; c) la solicitud de medida cautelar; d) su resolución y notificación; e) solicitud de levantamiento o cese de medida cautelar; f) la resolución y notificación del cese o rechazo de la solicitud de cese de la medida cautelar. En el desarrollo de estas etapas transcurrirán como promedio, tres meses y, entonces cabe la pregunta: ¿Y la celeridad inherente al recurso de amparo?

Lo procedente es mantener la suspensión del acto impugnado a partir del momento en que la Sala constitucional admita el recurso para estudio y resolución de fondo y, cesar esa suspensión cuando el recurrido demuestre que se causaría mayores daños al interés público que su ejecución al recurrente o amparado, pero esa demostración es ajena al informe, para en su lugar, apegarse a la prueba objetiva que justifique la solicitud.

Sobre el párrafo tercero cabe observar que al ser el objeto de amparo, un acto presumiblemente arbitrario dictado por la Administración contra un individuo, resultaría improcedente aludir al interés público como razón para mantener la ejecución de esa decisión administrativa. Jamás, razones de interés público podrán justificar la arbitrariedad administrativa en perjuicio de la persona.

La suspensión del acto recurrido o su ejecución debe atender a su naturaleza. Se trata de un acto individual, ya sea en su contenido o en sus destinatarios, por lo que le corresponde a la Administración que lo dictó tomar las provisiones para no afectar el interés público. ¿Como se afectaría el interés público con el despido arbitrario de un funcionario?

La Administración tiene varias posibilidades para mantener intacto el servicio o, señalado más eufemísticamente, el interés público: puede suspender a un funcionario de sus labores con goce de salario por todo lo que dure la Sala en resolver; trasladarlo de departamento mientras se resuelve; otorgarle las vaciones pendientes, pero la suspensión del despido debe ordenarse cuando del contenido del recurso y de la prueba aportada, se rescaten claros indicios de la violación a sus derechos esenciales.

Es mejor requerir prueba que producir una indefensión o injusticia. En la suspensión *prima facie* de un acto de despido -a modo de ejemplo- deben considerarse, además, los componentes psicológicos y sociológicos consustanciales al derecho fundamental a la salud, que incluye la mental. En la norma se omiten la dificultad integrativa de un funcionario despedido y reinstalado cuatro,

cinco o más meses después, derivada de la presencia física o moral del tercero que lo sustituyó.

El plazo de la suspensión, establecido en treinta días, según el inciso a) es válido en la medida en que la resolución del recurso se produzca en ese espacio temporal, que es lo que el párrafo final del citado numeral establece. Según este apartado, una vez recibido el informe, se analizará si se mantienen o cesan las medidas cautelares y, en caso de mantenerse, el recurso deberá resolverse en un plazo no mayor de treinta días a partir del momento en que se acogió la cautela.

El texto de la norma permite deducir que la protección de los derechos fundamentales por parte de la Sala Constitucional en cualquiera de sus manifestaciones -en el pleno o las secciones- se debilitará en perjuicio del justiciable, cuanto la celeridad en la resolución de los recursos dependa de la acogida o rechazo de las medidas cautelares.

Tal deducción implicaría que salvo los casos sumamente calificados, la regla procesal será el rechazo de las medidas cautelares en perjuicio del justiciable, para evitar someterse al plazo de resolución pronta que impone la norma; con lo que se producirán dos afectaciones al recurrente: a) perderá la garantía de la cautela como la mantiene en el presente y b) generará una mayor lentitud en la solución de su causa.

Como observación final, cabe señalar que la norma también quebranta la jurisprudencia constitucional que incorporó las medidas cautelares como un derecho fundamental de la persona, de tal suerte que en un ejercicio hermenéutico con aplicación interrelacionada de la doctrina constitucional, así como de los principios constitucionales, la norma -cuando menos el párrafo en cuestión- es inconstitucional por violar el principio de progresividad de los derechos fundamentales.

La reforma propuesta para el artículo 43 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional debe ser más rigurosa y contemplar la realidad histórica de algunos elementos, tal es el caso del informe que debe rendir el recurrido sobre la situación de terceros así como lo relacionado con el testimonio de piezas para el Ministerio Público ante una eventual desobediencia.

Establece la norma en su reforma:

> *"Artículo 43.- En la resolución de admisibilidad de los recursos de amparo y hábeas data, se pedirá informe al órgano o servidor que se indique como autor del agravio, amenaza u omisión.*
>
> *Cuando se alegue insatisfacción de derechos prestacionales, el recurrido deberá además informar a la Sala de la existencia de terceros que se encuentren en una situación análoga a la del recurrente, o bien cuyos derechos o intereses legítimos puedan verse perjudicados por el recurso.*
>
> *Al ordenarse el informe, se podrá también pedir el expediente administrativo o la documentación en que consten los antecedentes del asunto. El informe deberá identificar a los terceros que deriven inmediatamente derechos subjetivos del acto recurrido y señalará los datos necesarios para su localización a efectos de notificarles de la existencia del amparo.*
>
> *La omisión injustificada de enviar esas piezas al tribunal acarreará responsabilidad por desobediencia, y se ordenará de forma inmediata testimoniar piezas al Ministerio Público para lo de su cargo.*
>
> *Si el recurso se dirigiere contra un órgano colegiado, el informe y las piezas se pedirán a su Presidente; si se tratare del Poder Ejecutivo o de un Ministerio, al Ministro respectivo, y si se tratare del Consejo de Gobierno, al Ministro de la Presidencia."*

El informe obligado -conforme al párrafo segundo- sobre los terceros que se encuentren en una situación similar a la del amparado o, que puedan verse perjudicados en sus derechos e intereses debe ser amplio, claro y preciso.

En la motivación de los legisladores visible en el expediente legislativo donde se tramita el proyecto, la preocupación principal está relacionada con el derecho a la salud y la práctica habitual, por la que una persona presenta un recurso de amparo por falta de atención médica y logra con la sentencia judicial, pasar al primer lugar de la lista de espera por sobre otros pacientes que solicitaron el servicio con anterioridad.

Bajo esa tesitura, el informe estaría limitado a los otros demandantes del servicio que lo hayan solicitado y se les haya omitido, sin que necesariamente contemple a todos los necesitados del servicio, ya sea, porque aún necesitándolo, no lo han pedido; porque habiéndolo pedido les fue omitido y lo buscaron con otros proveedores.

Sin embargo, aunque la norma esté elaborada en función del prestatario del servicio, habrá otros terceros que igualmente serán afectados, aunque en otra línea de acción, tal es el caso de los funcionarios involucrados en el servicio público de que se trate, que podrían verse sometidos a una mayor jornada de trabajo -en los casos en los que haya inopia de personal- a una mayor exposición de su salud -en los casos de labores peligrosas como los servicios de imaginología- a modo de ejemplo.

Debe armonizarse el párrafo segundo con el tercero, cuanto lo pretendido por este ya está incorporado en el anterior. Efectivamente, el segundo párrafo aplica para dos supuestos: a) personas que se encuentren en un estado de insatisfacción similar al recurrente, y; b) que la resolución del recurso afecte sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

El párrafo tercero, por su parte, autoriza a la Sala para solicitar el expediente o documentación que compruebe la existencia de estos terceros. En primer lugar, solicitar esa documentación es tarea obligada para asegurar que la resolución se ajustará a la realidad; en segundo término, los terceros que deriven derechos subjetivos del acto recurrido -párrafo tercero- son los mismos terceros que podrán verse afectados con el recurso interpuesto -párrafo segundo-.

De esta manera el tercer párrafo redunda, salvo en lo referente a la notificación a esos terceros, lo que podrá ser incorporado en el párrafo segundo, toda vez que el perjuicio derivado del recurso de amparo comprenda también la posibilidad de que el acto recurrido

del que derivan sus derechos, sea dejado sin efecto.

Es innecesario el testimonio de piezas al Ministerio Público, cuando el delito se consuma con la omisión injustificada en la remisión de la información requerida. La tipicidad se configura con esas dos conductas, por lo que basado en un principio de justicia pronta y cumplida, lo que corresponde es la causa directamente a un Tribunal de Flagrancia, porque el delito se consumó al omitirse injustificadamente la remisión de la información requerida.

Es lógico y congruente que la justificación del funcionario remiso sea ante la Sala Constitucional, única competente para valorar si las excusas brindadas por el obligado son justificación suficiente -para en caso contrario- remitir la causa directamente al Tribunal Penal, porque el hecho punible quedó comprobado en el sumario constitucional y al segundo Tribunal le corresponde imponer la pena.

Aunque el tema de la cosa juzgada en materia de amparo y *habeas corpus* debería ser ajeno a la reforma pretendida, en caso de que se incorpore, requerirá mayores precisiones para evitar equívocos, tan comunes en la práctica forense actual, cuando a causa del rechazo o declaratoria con lugar de un recurso de amparo, se le busca aplicar los principios de la cosa juzgada en la sede contenciosa administrativa. Por lo extenso de la norma, procederemos a comentarla por párrafos. Señala el artículo 49) con la reforma:

"Artículo 49.- Las sentencias que resuelvan sobre recursos de amparo y hábeas data (sic) producen la autoridad y eficacia de cosa juzgada".

Como primer agravio a la buena técnica legislativa con infracción paralela al derecho fundamental a la acción derivado del artículo 41 de la Carta Política, el párrafo primero comentado, omite indicar la naturaleza de la cosa juzgada, si es material o formal, pues los efectos son distintos. Pero además, es constitucionalmente improcedente que las sentencias de amparo y habeas corpus produzcan cosa juzgada, cuanto su base genética es la supuesta infracción a los derechos fundamentales de la persona, de tal manera que si se trata de un derecho distinto y de menor jerarquía, el justiciable siempre tendrá el derecho y la posibilidad de reclamarlo en la vía ordinaria.

El artículo 48 de la Constitución Política estableció los recursos de amparo y *habeas corpus* cuando se violen o se amenacen los derechos consagrados en la Carta fundamental o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el Estado costarricense. Esa manifestación significa que las acciones del orden constitucional excluyen la protección de los derechos que por su naturaleza o contenido, sean infraconstitucionales, sin desprotegerlos, para que acudan a la jurisdicción ordinaria en su defensa, garantía o protección.

Igual derecho tienen los justiciables en el caso de las sentencias desestimatorias recaídas en recursos de amparo o habeas corpus, porque la valoración y verificación de la Sala Constitucional se constriñe al ámbito estrictamente constitucional, sin cuestionarse los de naturaleza legal o infra legal.

Un elemento adicional está relacionado con la ejecución de la sentencia estimatoria en un recurso de amparo o habeas corpus. En caso de considerarse la cosa juzgada como material, cabe la posibilidad de que el justiciable obtenga un triunfo pírrico, toda vez que los tribunales contenciosos administrativos han limitado la indemnización a los efectos puros de la infracción constitucional, sin discutir otras derivadas indirectamente de estas, pero de efectos mayores en la esfera jurídica del amparado.

Así, en los procesos de amparo declarados con lugar por infracción al derecho a la información, los tribunales contenciosos responden con una indemnización simbólica -por decir lo menos- sin considerar que la falta de la información que originó el recurso o la información tardía, derivó en un perjuicio insalvable, como es el caso de algún amparado que no pudiera participar en un concurso público -a manera de ejemplo- cuyo perjuicio trasciende la mera infracción al derecho constitucional.

En tales circunstancias, de mantenerse la condición de cosa juzgada, el recurrente ganador del amparo, estaría imposibilitado para hacer su reclamo con la amplitud probatoria que el proceso ordinario le permite, lo que sería una clara infracción al principio constitucional de justicia pronta y cumplida con tutela judicial efectiva.

Señala el párrafo segundo del artículo 49:

> *"Cuando el acto impugnado sea de carácter positivo, la sentencia que conceda el amparo o hábeas data (sic) tendrá por objeto restituir o garantizar al agraviado en el pleno goce de su derecho, y restablecer las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando fuere posible".*

Este apartado se debe completar con la indicación de que el acto a través del cual se cometió la infracción desaparece del orden jurídico -cuando se trate de una conducta formal de la Administración- porque sería irrazonable que las cosas se restituyan al estado original y se mantenga la pervivencia del acto.

En razón de que los jueces están imposibilitados para resolver con base en suposiciones, la ausencia de una declaratoria de nulidad expresa promoverá múltiples discusiones judiciales sobre la procedencia de las pretensiones, toda vez que la pervivencia del acto impide acudir al antecedente constitucional para restablecer las cosas al estado original, sobre todo, en aplicación de la frase final: "*cuando fuere posible*".

Una buena forma de visualizar el problema es con el siguiente ejemplo: se dicta un acto arbitrario de despido y se nombra a un tercero en el puesto del destituido. Se acoge el recurso de amparo por la Sala y sin anular -desaparecer de la vida jurídica- el acto de despido o del nombramiento, se ordena al recurrido restablecer las cosas al estado original "cuando fuera posible".

En este supuesto simple, la Administración se limitaría a indemnizar al amparado ganador y alegaría que su restitución "no es posible" y en tal caso se tendría por acatada la norma, pero sin la plena satisfacción del recurrente. Tal situación no ocurriría si el acto del despido y de nombramiento son expresamente anulados por la sentencia estimatoria del recurso.

La experiencia, el conocimiento y los ejemplos reales son un norte fundamental para la buena legislación. Es de conocimiento general que las infracciones a los derechos fundamentales provienen de un ejercicio abusivo -o lo contrario, la omisión de ejercicio- de las competencias públicas, de modo que lo prudente es reducir las posibilidades de que tales situaciones se presenten o se mantengan en el tiempo y en el espacio.

Señala el párrafo tercero del ordinal 49 objeto del comentario:

> *"Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, se ordenará su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción semejante".*

La redacción requiere mejoría. Las actuaciones materiales consumadas carecen de esa protección -verdad de Perogrullo- más el hecho de que la sentencia no evita las nuevas violaciones, amenazas o perturbaciones, salvo que expresamente se transmita la responsabilidad de la Administración incumpliente a cualquiera que sea quien ocupe el cargo.

Desde hace mucho tiempo[12], la doctrina se ha ocupado de los denominados "actos en cascada" por los que la Administración escapa al control jurisdiccional inmediato y la responsabilidad del funcionario titular. Esta figura consiste en que se dicta un acto que posteriormente es anulado, en consecuencia se dicta otro distinto en contenido, pero con los mismos efectos y así *ad infinitum*. En el caso del sistema costarricense, lo que se acostumbra es que el acto anulado por una sentencia constitucional es repetido por un funcionario distinto, con el objetivo de que este no asuma la responsabilidad de la primera nulidad declarada.

La Sala Constitucional ha intentado infructuosamente resolver el problema que genera esa patología, al señalar en las sentencias, que responsabiliza de su cumplimiento "al recurrido o a quien ocupe su lugar", sin embargo, desde la perspectiva penal, se requieren más elementos para imputarle una conducta delictiva a un tercero que no ha sido parte del proceso, quien incluso, de buena fe, podría realmente desconocer lo acontecido [13].

En aprovechamiento de la ocasión, se podría introducir un párrafo en esta ley o una reforma al Código Penal donde se indique que bastará -para imputarle la responsabilidad penal, civil y administrativa al funcionario sustituto- demostrar que fue debidamente notificado por cualquier medio legalmente válido de la existencia de la sentencia, en los términos del párrafo comentado.

En relación con los párrafos cuarto y quinto, las observaciones son dirigidas a este último. Sin embargo, se transcriben ambos para un mejor orden. Establecen:

> *"Cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, la sentencia ordenará realizarlo, para lo cual se otorgará un plazo prudencial perentorio. Lo anterior, excepto cuando la omisión se trate de reglamentar una ley o disposición normativa, caso en el cual la autoridad tendrá dos meses para cumplir con la prevención. Esta misma regla será de aplicación cuando el recurrido, pese a tener la obligación de presentar el plan señalado en el párrafo siguiente, no lo hiciere en tiempo.*
>
> *Cuando se trate de derechos prestacionales, la Sala ordenará en sentencia al recurrido que, en un plazo prudencial perentorio, le presente un plan de acción para la satisfacción efectiva, en forma razonable y equitativa, tanto de los derechos o intereses legítimos del recurrente, como de los terceros que se encuentren en una situación análoga, o bien que puedan verse perjudicados. Dicho plan deberá tomar en cuenta las limitaciones presupuestarias y de capacidad operativa de la entidad respectiva, así como los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos".*

La cuestión de las limitaciones presupuestarias es un portillo demasiado amplio para escapar al cumplimiento del mandato jurisdiccional. Varias razones se oponen a la fórmula prescrita en la norma. El presupuesto es preparado por la Administración y aprobado por la Contraloría General de la República, salvo el del Poder Ejecutivo que es del resorte de la Asamblea Legislativa.

En tal escenario, los plazos para aprobar los cambios presupuestarios requeridos son largos y tediosos, ante todo el correspondiente al Poder Ejecutivo. De manera paralela, el Tribunal de la materia carece de especialidad técnica y de competencias legales para disponer la distribución del presupuesto, dado que en su propia jurisprudencia ha rechazado inmiscuirse en esa materia, por lo que no tendría elementos para determinar el cumplimiento de su mandato.

La Administración goza de cierta libertad presupuestaria en referencia a la asignación porcentual de los recursos y para distribuirlos desde la perspectiva política que mejor convenga a sus intereses -que no siempre son los de la colectividad, aunque por principio así debería ser- y puede reducir o ampliar las partidas. De esta manera, sin que la Sala Constitucional pueda contradecirla, se podrían negar los derechos prestacionales bajo la excusa de las limitaciones presupuestarias.

Un buen ejemplo de lo señalado anteriormente se manifiesta en el pago de la deuda política. En el presupuesto del año 2014 el Ministro de Hacienda[14] redujo el monto de algunos sectores sociales, como la educación y la salud bajo el argumento de que no hay dinero, cuando sería preferible reducir el monto por distribuir entre los partidos políticos, conforme a una jerarquización de los valores constitucionales[15].

12 Santamaría Pastor, Alfonso, Nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, Madrid, 1972.
13 Son situaciones frecuentes en los cambios de Administración o con las destituciones políticas que sufren algunos funcionarios.
14 Periódico La nación, martes 27 de agosto de 2013.
15 Por Ley número de 8765 del 1 de octubre de 2013, la Asamblea Legislativa modificó el aporte estatal a la deuda pública y lo redujo de un 019% del Producto Interno Bruto a un 0.11%.

La deuda política se ha dicho, es una condición necesaria para el fortalecimiento de la democracia; sin embargo, es pertinente subrayar que la educación y la salud son derechos fundamentales de naturaleza superior, bajo un principio de ponderación de valores de la misma jerarquía, de manera que en un ejercicio lógico, de razonabilidad, la salud y la educación son preferentes porque son las personas educadas y saludables las que sostendrán la democracia.

Con el fin de solventar esos vacíos, se necesita ampliar la legitimación procesal para acudir en auxilio constitucional, cuando se desvían los fondos públicos a fines distintos de los ordenados por la Ley, como sucedió con el Decreto Ejecutivo número 37478-MP por el que el Poder Ejecutivo destinó fondos para la promoción personal de una funcionaria a un cargo internacional.

Ante semejante desaguisado político y jurídico, se presentó una acción de amparo con pretensión de inconstitucionalidad contra el mencionado decreto y la Sala Constitucional lo rechazó bajo la premisa de una falta de legitimación, toda vez que no existía una violación a un derecho fundamental[16].

La ampliación de esa base procesal para legitimar al ciudadano ante la Sala Constitucional, con materialización objetiva del principio de participación ciudadana instaurado en el artículo 9 de la Constitución Política, más un impedimento legal para que las Administraciones Públicas presupuesten recursos para atender fines ajenos a los que originó su competencia, son requisitos básicos para que la reforma tenga éxito.

Los párrafos siguientes atribuyen competencias a la Sala Constitucional, pero sin posibilidades reales de cumplimiento. Indican:

> "Presentado el plan, la Sala deberá avalarlo, con los eventuales cambios que de manera motivada determine, o bien ordenar su modificación o reelaboración, en un plazo prudencial perentorio, de conformidad con los lineamientos que fije.
>
> Mientras es aprobado el plan, la Sala podrá disponer de las cautelas necesarias a fin de proteger los derechos y libertades del recurrente y de los terceros que se encuentren en situación análoga o que puedan verse perjudicados, aplicando en lo que corresponda lo dispuesto en el artículo 41 de esta ley.
>
> Posteriormente, cuando se declare con lugar un recurso de amparo por derechos prestacionales que quepan en el marco de acción de un plan previamente avalado por la Sala, esta simplemente ordenará tanto al recurrido como al recurrente que se atengan a lo allí establecido.

Si un plazo fijado en virtud de este artículo se considerare desproporcionado con respecto a la complejidad del asunto a resolver, el órgano o entidad encargada de cumplir la resolución podrá presentar recurso de

16 Voto número 01396 de las 14.50 horas del 29 de enero de 2013.

reconsideración de lo acordado, en el plazo de cinco días hábiles, únicamente en cuanto a la duración de dicho término."

La pregunta básica es ¿con cuáles criterios técnicos se avalará los planes, ante todo en temas tan complejos como la salud? Se agrega a la anterior: ¿Tendrá presupuesto la Sala Constitucional para contratar técnicos en las distintas áreas en las que tales situaciones se presenten? ¿Acudirá a los técnicos de la misma Administración para que los ilustren?

Resulta paradójico que lo pretendido es que la Sala decline hacer actividad política y la reforma le extiende las alas para dedicarse a la Administración del Estado. Se le otorga una amplia discrecionalidad para determinar lo que le corresponde a la Administración activa. Primero, se señala que la Sala deberá avalar el plan que construirá la recurrida y, luego que podrá disponer de cautelas mientras se aprueba o construye el plan.

Otra debilidad de la norma es que establece que si se declara con lugar un recurso de amparo por derechos prestacionales establecidos en un plan de acción previamente establecido y avalado por la Sala, simplemente se ordenará al recurrido, atenerse a lo dispuesto en el plan. Deberá agregarse una frase que indique, que el funcionario responsable, "*se hará acreedor a la sanción impuesta en el artículo 72 de esta Ley*".

Bajo la tesitura de la norma, el plan preconcebido y aprobado carecería de valor, toda vez que -aún existiendo- la Administración lo desaplica (por eso el recurso de amparo). La obligatoriedad aplicativa del plan se impone para superar las patologías que lo originaron (listas de espera), pues, de lo contrario asumiría el rol de respuesta temporal a una situación de emergencia. Así, por principio, y ante el texto y contexto de la norma, el plan debería eliminar definitivamente las listas de espera.

En el párrafo final es necesario agregar que la solicitud de reconsideración debe acompañarse de toda la prueba que la justifique, en aras de evitar que bajo cualquier tesis en relación con la dificultad, la Administración desatienda un mandato.

Las bondades de la norma son múltiples, las realidades aplicativas son mínimas, sin olvidar que la mayor queja de la Administración Pública y de la Asamblea Legislativa es la supuesta intromisión de la Sala Constitucional en materia propia de sus competencias. Con esta reforma, ya no podrá calificarse como una intromisión de la Sala, sino como una "coadministración" -aunque parcial al tema objeto del recurso- pero del orden general en cuanto a la multiplicidad de personas que están involucradas (porque aplicará para todos los que deriven derechos por estar en situaciones análogas a las de los recurrentes).

Señala el artículo 71 de la LJC con la reforma:

> *"**Artículo 71.**- Se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo, de hábeas data (sic) o de hábeas corpus (sic) y no la cumpliere o no la hiciere cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado."*

Como se señaló ut supra, se debe cerrar el portillo en aras de asegurar el cumplimiento de la norma. Se considera agregar un párrafo en el que se indique que si la orden la recibe quien no fue parte del recurso, incurrirá en el delito el funcionario -quien sustituyendo al recurrido- fuese notificado por cualquier medio válido de la existencia de la resolución obligatoria.

> *"**Artículo 72**.- Se impondrá prisión de seis meses a tres años, o de sesenta a ciento veinte días multa, a quien diere lugar a que se acoja un nuevo recurso de amparo, de hábeas data (sic) o de hábeas corpus (sic), por repetirse en daño de las mismas personas las acciones, omisiones o amenazas que fueron base de un amparo, hábeas data (sic) o hábeas corpus (sic) anterior declarado procedente".*

Esta norma debe comprender los supuestos del artículo 49 de esta misma normativa, para armonizar las conductas sujetas a la sanción.

En relación con el artículo 73 del proyecto de reforma, se aplicará el mismo modelo anterior, para un mejor entendimiento. Señala el citado numeral:

> *"**Artículo 73.**- Cabrá la acción de inconstitucionalidad:*

a) Contra las leyes y acuerdos legislativos que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional.

La norma es amplia en su contenido, con la paradoja señalada para otro supuesto anterior, en el que la Asamblea Legislativa justifica la reforma bajo el deseo de limitar la intromisión de la Sala Constitucional a temas políticos; sin embargo, le otorga competencias para anular decisiones del orden político en su acepción más estrecha.

Cabe la pregunta ¿estarán los acuerdos legislativos -que no son leyes- tales como el nombramiento de un magistrado, la confirmación del regulador general o del procurador, el nombramiento del contralor, el otorgamiento de una mención honorífica o la declaratoria de benemérito de la patria, incluidos como objeto de la acción de inconstitucionalidad?

El texto de la norma no hace diferencia entre la tipología de acuerdos sujetos al control de constitucionalidad de la Sala Constitucional, por lo que se interpreta que es posible la impugnación. El otro tema es la falta de armonización instrumental, cuanto por este inciso se amplía la base competencial de la Sala Constitucional sin que correlativamente se amplíe la base procesal para accionar en esa sede, por lo que la norma carecerá de eficacia plena.

> *b) Contra las leyes que regulen o desarrollen el ejercicio de los derechos y libertades señalados en el artículo 2 inciso a) de esta Ley, cuando violenten o no protejan estos derechos y libertades.*

Para una mejor comprensión de la norma y para evitar confusiones interpretativas futuras, la frase final de este inciso debería ser como sigue: "(…) cuando violenten, restrinjan o desprotejan estos derechos y libertades"

La fórmula propuesta permite la acción contra las leyes que reduzcan el espectro jurídico del derecho fundamental o la libertad pública regulada al más alto nivel, cuanto la restricción es un acto distinto a la violación o a la desprotección.

> *c) Contra las normas y otras disposiciones generales de cualquier naturaleza, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, sin perjuicio de que su nulidad por este hecho pueda declararse en otra vía jurisdiccional".*

La realidad práctica conforme al desarrollo jurisprudencial de la Sala de la materia, le ha quitado sentido procesal a este inciso, toda vez que invariablemente las acciones contra actos infraconstitucionales han sido rechazadas de plano para remitirlas a la jurisdicción ordinaria contenciosa administrativa.

> *d) Cuando en la formación de las leyes, reformas constitucionales o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución Política. La acción de inconstitucionalidad por este motivo caducará a los cinco años de publicada la respectiva ley".*

La experiencia relacionada con los votos sobre la reelección presidencial es suficiente para apoyar este párrafo del articulado. La indicación de que el trámite sustancial es el previsto en la Carta Política descarta los márgenes de discrecionalidad al juzgador para valorar la categoría del trámite que adolece de esta condición.

Sin embargo, lo legislativamente adecuado sería eliminar la palabra "sustancial" y señalar: *"Cuando en la formación de las leyes, reformas constitucionales o acuerdos legislativos, se viole algún requisito o trámite previsto en la Constitución Política o en el Reglamento Interior de Orden y Disciplina de la Asamblea Legislativa"*, esto con la idea de reducirle al juez constitucional ese margen de discrecionalidad en la valoración del trámite supuestamente omitido.

Las razones son las siguientes:

En la formación de las leyes o acuerdos legislativos los requisitos o trámites están regulados tanto en la Constitución -de manera mínima- y en el Reglamento de referencia -ampliamente- de manera que la violación a cualquiera de los dos protocolos, es un vicio de inconstitucionalidad, aún cuando se trate de una omisión o vulneración del Reglamento Interno, por su naturaleza jurídica especial.

En el caso de las reformas constitucionales la situación se presenta de manera distinta, cuanto el protocolo evidentemente es sustancial al estar incorporado directamente en el artículo 195 de la Carta Política, que por su jerarquía no requiere ningún otro adjetivo, lo cual impide que sea vulnerado sin sanción, aunque se acuerde con el voto positivo de toda la Asamblea Legislativa o con los mínimos para tales efectos -38 votos- como sí podría suceder con el Reglamento interno, siempre con ese mínimo de votos de aprobación.

El ajuste debe encaminarse a que la vulneración de cualquiera de los requisitos establecidos en la Constitución o en el Reglamento interior de orden y disciplina para la reforma constitucional siempre tendrá naturaleza sustancial, pues resultaría incomprensible e inaceptable que se

impongan normativamente requisitos que se puedan quebrantar sin sanción.

En cuanto a la caducidad de la acción para reclamar la inconstitucionalidad por infracción a los procedimientos legislativos, se enmarca dentro del principio de seguridad jurídica, ante todo en relación con las reformas constitucionales, aunque resulta cuestionable su constitucionalidad para las leyes ordinarias.

En el caso de las reformas constitucionales, está preceptivamente establecida la consulta de constitucionalidad ante la Sala Cuarta, oportunidad en la que se valora el iter impuesto por el constituyente y se debatirá sobre el incumplimiento de los requisitos tanto constitucionales como reglamentarios para su validez, mientras que en las leyes ordinarias o en los acuerdos legislativos simples, la consulta es facultativa; de ahí que podría ser omitida durante el procedimiento legislativo, lo que obligaría a que el reclamo de inconstitucionalidad sea a partir de un acto de aplicación individual.

De lo anterior se resalta que ante la falta de legitimación procesal para la acción directa -salvo los casos expresamente contemplados en la misma Ley- el ciudadano estaría imposibilitado de impugnarla antes de su aplicación individual, por lo que de mantenerse la caducidad en ese plazo se atentaría contra el principio constitucional de tutela judicial efectiva establecida en el artículo 41 de la Carta Política.

No obstante, escapa a la lógica y a la razón que una norma legislativa pase cinco años sin aplicarse -quedaría de plano demostrada la inutilidad de su existencia- por lo que el plazo de caducidad procesal es razonable.

El inciso siguiente establece:

> *e) Contra, la inercia, las omisiones, las abstenciones y los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan alguna norma o principio constitucional, o los tratados internacionales vigentes en Costa Rica, si el asunto no pudiera ser conocido por la jurisdicción contenciosa administrativa o a través de los recursos de hábeas corpus, hábeas data o amparo".*

Esta regulación consolida el principio democrático de participación, contemplado en el artículo 9 de la Constitución Política. En la práctica ha sucedido que la Sala Constitucional ha rechazado una acción de amparo contra una decisión del Poder Ejecutivo, tras considerar -sin rigor científico- la inexistencia de una violación a un derecho fundamental.

Se trató del caso por el que se impugnó el Decreto 37478-MP, con el cual el Poder Ejecutivo otorgó respaldo financiero y apoyo logístico a la candidatura de una funcionaria a un puesto en un organismo internacional. Por voto número 01396 de las 14.50 horas del 29 de enero de 2013 la Sala Constitucional, sin profundizar en las implicaciones constitucionales de la decisión rechazó el amparo y se negó a otorgar plazo para la interposición de la acción de inconstitucionalidad, aun cuando estaba en discusión el destino de los fondos públicos, lejos de lo que dicta el artículo 140.6 de la Carta Política.

A pesar de la pertinencia de la norma, es necesario en aras de darle validez práctica, ampliar la cobertura procesal de la legitimación para impugnar esa tipología

de actos, en tanto su naturaleza jurídica los convierte en actos inimpugnables pues son inaplicables de manera individual.

El inciso f) del mismo numeral dispone:

> *f) Cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, o en su contenido o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional. En este evento, la declaratoria se hará solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia.*

Para interponer una acción de inconstitucionalidad contra la suscripción, aprobación o ratificación de convenios internacionales y conforme al texto transcrito, existen dos momentos diferenciados: el primero, cuando en los actos de suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales se infrinja una norma o principio constitucional. En esta tesitura se estaría ante temas estrictamente formales; el segundo momento es, cuando una vez cumplidos los trámites formales, haya contradicción de esos acuerdos en relación con la Constitución. Lo que se corrobora en este caso, es la infracción a una norma o principio constitucional a partir del contenido del tratado, distinto a sus efectos, que serían conocidos al momento de su aplicación individual.

Si bien es posible presumir los efectos de una norma, resulta jurídicamente inadecuado que se declare una inconstitucionalidad basada en esas presunciones; si lo que se busca es señalar la competencia de la Sala para establecer o imponer una interpretación de alguna norma del tratado o convenio Pro Constitución, ello estaría cubierto por la consulta preceptiva de constitucionalidad.

> *g) Cuando alguna norma o disposición general de cualquier naturaleza infrinja el artículo 7 párrafo primero de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional, siempre que su nulidad por este hecho no pueda ser declarada en otra vía jurisdiccional."*

El expediente legislativo donde se tramita el proyecto de reforma carece de mayores indicios, por lo que se debe ensayar lo siguiente: Una norma o disposición general en los términos de este inciso, está referida a leyes o reglamentos por ser la categoría jurídica inmediatamente inferior a los tratados públicos o convenios internacionales.

En consecuencia, la nulidad de la ley solamente puede producirse a través de la acción de inconstitucionalidad, mientras que las demás normas infralegales serían impugnadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, salvo cuando puedan ser impugnadas sin necesidad de un acto de aplicación individual. En razón de lo anterior, resulta indispensable para una correcta práctica forense dentro del principio democrático de participación que se amplíe la base procesal legitimadora en la impugnación de este tipo de normas, para ser otorgada, además de la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la República y la Defensoría de los Habitantes al tenor del artículo 75 de la LJC, a las universidades públicas como centros álgidos del conocimiento y del desarrollo humano.

La reforma al artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción constitucional dispone:

"Articulo 75.- Para interponer la acción de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de hábeas corpus, hábeas data o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado.

No será necesario el asunto previo pendiente de resolución en los siguientes casos, en lo que se seguirán los trámites señalados en los artículos siguientes, en lo que fueren compatibles:

a) Cuando la acción se dirija contra normas de acción automática, esto es, en el caso que exista una transgresión a los derechos del afectado por su sola promulgación, sin necesidad de otras normas o actos que los desarrollen o los hagan aplicables al perjudicado.

b) Cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto.

c) Cuando la acción sea interpuesta por el Contralor General de la República, el Procurador General de la República, el Fiscal General de la República o el Defensor de los Habitantes.

En una sola acción podrán concurrir varios accionantes para la tutela de intereses supraindividuales, ya sea por tratarse de intereses difusos, intereses colectivos o intereses individuales homogéneos, así entendidos por provenir de una causa u origen común.

Interpuesta la acción se seguirán los trámites señalados en los artículos siguientes, en lo que fueren compatibles."

Este artículo genera varias observaciones; la primera es reiterar lo saludable de otorgarle legitimación directa a las universidades públicas representadas por sus Consejos Universitarios, porque las competencias de estas en el quehacer del Estado -a diferencia de las demás organizaciones jurídicas y políticas- atienden a la totalidad de la sociedad, sin distinciones sectoriales por sus contenidos ni por sus fines; representan el crisol del conocimiento. Resulta igualmente congruente con los artículos 2, 3 y 105 de la Constitución, que se le otorgue legitimación procesal directa a las fracciones legislativas, siempre que estén compuestas por más de un diputado.

Se observa que por el método cuantitativo del cociente e incluso del subcociente, dos diputados suman un mínimo de cuarenta mil adhesiones ciudadanas, que representa cuando menos el dos por ciento del padrón electoral, lo cual desde cualquier perspectiva es una sólida base electoral, digna de ser considerada para los efectos de impugnar una ley. Con esta apertura de la legitimación procesal, el proyecto no se atrasaría con la consulta legislativa y, se permitiría un margen de acción a los representantes populares minimizados en el procedimiento de formación de la ley.

La siguiente reforma dispone:

"Artículo 81.- Si la Presidencia de la Sala considerare cumplidos los requisitos de que se ha hecho mérito, conferirá audiencia a la Procuraduría General de la República y a las otras partes o terceros legítimamente apersonados que figuren en el asunto principal, por un plazo de quince días hábiles, a fin de que manifiesten lo que estimen conveniente. Asimismo, ordenará que se publique un aviso en el Boletín Judicial y en la página web de la Sala Constitucional haciendo saber de la interposición de la acción.

La resolución que dé curso a la acción además deberá disponer, de forma motivada, de lo siguiente:

a) Si ordena, al tribunal u órgano que conozca el asunto que haya originado la acción, no dictar resolución final hasta que la Sala se haya pronunciado.

b) Si ordena que en los procesos o procedimientos en que se discuta la aplicación de lo impugnado, no se dicte resolución final mientras la Sala no haya hecho el respectivo pronunciamiento.

Si la acción fuere planteada por el Procurador General de la República, la audiencia se le dará a la persona que figure como parte contraria en el asunto principal."

En este caso se inicia el análisis por el final de la norma. Aunque no se indique expresamente, se entiende que la legitimación directa reconocida a la Procuraduría es para actuar en nombre y representación de la Administración Central, sea al Poder Ejecutivo -Presidente y a sus ministros de manera individual o conjunta- y a la Administración descentralizada en cabeza de las Juntas Directivas o Consejos de Administración, las cuales son las organizaciones jurídicas y políticas que realizan administración activa, cuando consideren que la normativa atenta contra los intereses públicos o el buen servicio que cada una de ellas está obligada a prestar.

En relación con la audiencia a la parte contraria, existe una obligada interpretación lógica; cual es, que en los casos en los que no hay asunto previo, ante la legitimaciones directas reconocidas, lo procedente es otorgar una audiencia pública para que las asociaciones, sindicatos, cámaras, universidades, y, por supuesto el emisor de la norma impugnada -la Asamblea Legislativa con las salvedades de rigor- puedan apersonarse a coadyuvar activa o pasivamente, para cumplir con el principio de participación democrática que tantas veces se ha mencionado.

En cuanto al párrafo primero del artículo 81 comentado, hay que armonizarlo con el artículo 9 *ibid*, al tenor de las observaciones dirigidas al citado numeral, toda vez que el "Pleno" de la Sala podría decidir rechazar de plano la acción aún contra la posición del Presidente o a la inversa, como un acto independiente en relación con el cumplimiento de los requisitos formales.
De acuerdo con las observaciones señaladas para el artículo 9, lo procedente sería redactar ese párrafo, como sigue: "*Si la Sala considera cumplidos los requisitos…*" de esta

manera queda incorporada la posibilidad de que el Pleno o solamente el Presidente decidan el destino de la acción.

En relación con el artículo 82, su contenido es correcto a la luz de los principios universales del derecho procesal, los cuales disponen la aplicación inmediata de estos. Establece el citado ordinal:

> *"**Artículo 82.-** Cuando la acción se refiera a normas procesales o de tramitación, la Sala podrá ordenar que, aparte del dictado de la resolución final, la suspensión se extienda a la aplicación de aquellas, según las normas establecidas en el artículo anterior."*

Su estructura es lógica si se considera la naturaleza de la norma impugnada, se parte de que la impugnación está vinculada con una infracción a los principios del debido proceso y derecho de defensa, a partir de una definición amplia de sus contenidos.

> *"Artículo 83.- En los quince días posteriores a la publicación del aviso a que alude el artículo 81, las partes que figuren en los asuntos pendiente a la fecha de la interposición de la acción, o aquellos con interés legítimo, podrán apersonarse dentro de esta, a fin de coadyuvar en las alegaciones que pudieren justificar su procedencia o improcedencia, o para ampliar, en su caso, los motivos de inconstitucionalidad en relación con el asunto que les interesa."*

Este contenido resulta relevante porque si la acción no suspende de inmediato la aplicación de la norma o lo hace solamente para quienes figuren como partes, las personas que se encuentren en la misma situación deberán apersonarse para que la suspensión también los abrigue y no quedar desamparadas en caso de que prospere la acción y su causa ya ha sido resuelta de manera contraria.

Todos cuantos puedan ser perjudicados con lo que vaya a decidir la Sala Constitucional deberán apersonarse al proceso constitucional en aras de hacer valer sus derechos, cuya omisión les impedirá interponerla con posterioridad según lo establece el artículo 9 de la LJC.

Sin embargo, dado que las informaciones referentes a las acciones se publican en medios poco utilizados por el ciudadano, lo deseable es que la comunicación se realice -además del Boletín Judicial- en todos los expedientes judiciales y administrativos en curso, donde la norma impugnada sea susceptible de ser aplicada.

> *"Artículo 92.- En el caso de declaraciones de inconstitucionalidad por omisión, la Sala constatará la misma, condenará al infractor al pago de los daños y perjuicios causados, los que se liquidarán en la vía de ejecución de sentencia contencioso administrativa, y le hará de conocimiento al órgano competente de la obligación de emitir la normativa atinente para que proceda al efecto.*
>
> *En los casos en que la Constitución o los tratados o convenios internacionales vigentes en Costa Rica establezcan un plazo para emitir la norma omitida, la Sala podrá además determinar un término prudencial perentorio para su emisión.*
>
> *En cualquier caso, mientras el obligado a emitir la normativa no lo haga, cualquier afectado por dicha omisión podrá reclamar el pago de los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado por este hecho, los que se reclamarán en la vía de ejecución de sentencia contencioso administrativa.*
>
> *Si el plazo fijado por la Sala para los efectos del párrafo segundo de este artículo se considerare desproporcionado con respecto a la complejidad del asunto a normar o de los procedimientos a utilizar al efecto, el órgano o entidad encargado de emitir la normativa omitida, o la Procuraduría General de la República, podrán presentar, en el plazo de cinco días hábiles, recurso de reconsideración de lo acordado únicamente en cuanto a la duración de dicho término."*

En relación con el primer párrafo, resulta novedoso y jurídicamente satisfactorio, ante el hecho de que en múltiples ocasiones la omisión ha sido causa directa de pérdidas económicas o bien indirectas, porque se impidió la realización de una actividad productiva. Es importante para evitar la repetición de las omisiones en el sentido normativo, que la responsabilidad se extienda al funcionario remiso en la regulación omitida, aunque sea parcialmente.

Para el párrafo tercero se reitera lo señalado en el caso anterior. El Estado -en sentido lato- no debe asumir exclusivamente la obligación indemnizatoria cuando la omisión es producto de una actividad dolosa o culposa del funcionario obligado. Por ello, debe extenderse la responsabilidad al funcionario omiso o remiso, que puede ser de naturaleza civil -pagar parte de la indemnización- o administrativa, su despido, previa investigación de las razones de su omisión.

El párrafo final debería eliminarse porque la Administración más los funcionarios responsables no están siendo presionados por la resolución de la Sala Constitucional, sino por su propia ineficiencia, pues la acción tuvo lugar precisamente por la omisión incurrida; en caso de otorgar esa licencia, se estaría estimulando el incumplimiento de las obligaciones por parte de la Administración y con especial énfasis, del funcionario.

En relación con el artículo 94 reformado, valen las observaciones que siguen su transcripción:

> *"**Artículo 94.-** La sentencia constitucional anulatoria tendrá efecto retroactivo, en todo caso, a favor del indiciado o condenado, en virtud de proceso penal o procedimiento sancionatorio.*
>
> *Los efectos patrimoniales continuos de la cosa juzgada se ajustarán, sin retroacción, a la sentencia constitucional anulatoria, a partir de su eficacia."*

El primer párrafo está ajustado a la lógica y a la razonabilidad de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma impugnada. En cuando al párrafo segundo, carece de claridad interpretativa, pues los efectos patrimoniales de una sentencia declaratoria de inconstitucionalidad serían consecuencia de la norma finalmente declarada inconstitucional y no de la cosa juzgada, que como instituto procesal produciría su declaratoria.

El proyecto reforma también el artículo 96 de la LJC, cuya texto establece:

"Artículo 96.- Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos, en los siguientes supuestos:

a) Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros.

b) Respecto de cualesquiera otros proyectos de ley, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento de la Asamblea Legislativa, cuando la consulta la presente un número no menor de quince diputados, en los casos en que el Plenario no haya reconocido la existencia de las violaciones a trámites o requisitos sustanciales previstos en la Constitución, que hubieren sido indicadas por el órgano técnico que determine el Reglamento de la Asamblea Legislativa."

La armonía y congruencia legislativa exige que, para los efectos del primer inciso, la intervención de la Sala Constitucional se limite a los aspectos formales de la reforma constitucional. En relación con los proyectos de aprobación de convenios o tratados internacionales, la consulta versaría sobre el proyecto de ley de aprobación y las reservas realizadas al convenio o tratado, sin que pueda –de acuerdo con el texto de la norma- pronunciarse sobre el contenido de los convenios o tratados, los que deberán tramitarse por medio de la acción de inconstitucionalidad según el artículo 73 de la LJC.

La consulta contemplada en el segundo inciso es de naturaleza facultativa para los legisladores, pero obligatoria para la Sala, tal como lo enuncia el verbo imperativo del primer párrafo del articulado. Sin embargo, se debe modificar o agregar que la opinión deja de serlo, para convertirse en dictamen de acatamiento obligatorio, cuando se constate la violación de procedimientos expresamente establecidos en la Constitución o en el Reglamento interior de orden y disciplina de la Asamblea Legislativa.

Con independencia de lo anterior, el texto final del segundo inciso resulta bien armonizado con el principio de eficiencia que comprende toda actividad pública. En el tanto el Reglamento interior de orden y disciplina de la Asamblea Legislativa le otorgue a un determinado órgano una función consultiva, deberá proponerse la metodología que imperará ante el eventual caso de que se desconozca el criterio del órgano técnico expresamente constituido.

Se resalta una omisión en el texto comentado, para el caso de los proyectos de ley que se tramiten en las Comisiones Legislativas Plenas. Estos órganos legislativos están integrados por diecinueve diputados, de donde la exigencia de quince firmas de los legisladores que la integran anularían la facultad atribuida por la norma.

Para esos casos, la consulta debería contar con la suscripción de un tercio del total de los integrantes de la Comisión de forma que sea conocida por el Tribunal Constitucional, para asegurar que la figura jurídica de la consulta, trascienda el clasismo y atienda todos los espacios de la actividad legislativa, allí donde la voz de los representantes populares deba ser escuchada.

De mantenerse la omisión señalada -más ordinarias que excepcionales, puesto que las Comisiones Legislativas Plenas tramitan más proyectos que el Plenario- habrá de resolverse a través de una interpretación lógica sistemática del texto propuesto, en la que se establezca que para la procedencia de la consulta, la Comisión de que se trate deberá de remitir el expediente al Plenario para cumplir con el requisito impuesto del número de diputados, lo que atentaría precisamente con lo que se propone: un principio de eficiencia legislativa.

La situación se resuelve con la siguiente redacción: "*En el caso que el Plenario o la Comisión respectiva ignore la existencia de las violaciones a trámites o requisitos sustanciales previstos en la Constitución, que hubieren sido indicados por el órgano técnico que determine el Reglamento de la Asamblea Legislativa. Al tratarse de las Comisiones Legislativas Plenas, el número de diputados suscribientes se reducirá a un tercio del total de los miembros de la Comisión*".

El proyecto igualmente busca la reforma del artículo 97 de la LJC para que se lea como sigue:

*"**Artículo 97**.- En los casos del inciso a) del artículo anterior, la consulta la hará el Directorio de la Asamblea Legislativa. En los del inciso b), el número de diputados allí referido."*

Por concisión se pudo señalar la primera frase de este artículo en el mismo inciso a) del artículo 96. El texto restante solamente sirve para ocupar espacio por la claridad de la norma anterior, en cuanto a los diputados consultantes.

Seguidamente, el proyecto pasa revista al numeral 101 para que su texto sea el siguiente:

*"**Artículo 101**.- La Sala evacuará la consulta dentro del mes siguiente a su recibo.*

El dictamen de la Sala se referirá únicamente a la existencia o no de trámites inconstitucionales y será vinculante en relación con dichos extremos.

En todo caso, el dictamen no precluye la posibilidad de que posteriormente la norma o normas cuestionadas puedan ser impugnadas por las vías de control de constitucionalidad."

La norma es ecuánime en su contenido; sin embargo, para efectos de la Sala, el mes otorgado se deberá entender que empieza a contar una vez que el expediente completo haya sido remitido. Lo anterior obedece a que en ocasiones el Tribunal se ha visto en la necesidad de solicitar otras piezas documentales necesarias para resolver la consulta.

En relación con el último párrafo, se entiende que la acción de inconstitucionalidad que luego pueda incoarse contra la norma, estaría exclusivamente referida a los elementos de fondo; toda vez que el dictamen de la Sala sea vinculante en cuestiones procedimentales, habrá una exigencia de corrección de los vicios como condición previa para la emisión de la ley.

A pesar de lo anotado, cabe la posibilidad de que en la corrección de los vicios detectados por la Sala se cometan otros de

igual naturaleza, sin que se vuelva a realizar la consulta, en cuyo caso, sí procedería la acción por razones de forma, a las que se les aplicaría lo señalado para el artículo 9 de esta misma legislación; esto es, que el accionante demuestre que se trata de un caso distinto al ya resuelto en la primera consulta, al tenor del artículo 9 de la LJC, para evitar que se le rechace de plano.

Sobre la consulta judicial de constitucionalidad, el proyecto busca reformar el artículo 102 de la LJC para que en lo sucesivo se lea:

> *"**Artículo 102**.- Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento."*

Es una acertada decisión eliminar el párrafo segundo de este numeral, como está regulado en la actualidad. Un correcto entendimiento de lo que significa una jurisdicción constitucional para la protección de los derechos fundamentales de las personas implica el reconocimiento general e incontestable de los principios extraídos por el tribunal de la materia en la interpretación de la Constitución Política y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los valores y principios de una Carta Política son inmutables en su contenido, cuanto lo mutable es la medida de su aplicación a cada supuesto de hecho. Esto es, la concretización del valor o principio a cada causa y en función de los elementos distintivos presentes en ellas.

Los principios y contenidos del debido proceso son los mismos, son únicos e invariables en su concepción abstracta, cuya variación es la extensión aplicativa de cada uno según sea el presupuesto de hecho y, esa labor le corresponde al tribunal que por turno y materia deba resolver los recursos de revisión.

Mantener el estado de cosas como se encuentra regulado en la actualidad tiene entre otras deficiencias, convertir a la Sala Constitución en superior jerárquico de las otras instancias, a las que imparte instrucciones sobre la forma de resolver en cada causa.

Dos últimas observaciones, con respecto a las reformas al Código de Trabajo. Se trata del párrafo que con el proyecto pasaría a ser el inciso l) del artículo 81 y la adicción de dos párrafos finales al inciso d) del artículo 41 del Estatuto del Servicio Civil. El primero de los párrafos con la reforma señala:

> *"**ARTÍCULO 3**.- Adiciónese lo siguiente al Código de Trabajo, Ley Nº 2 del 27 de agosto de 1943 y sus reformas:*
>
> *a) Dos incisos al artículo 81, identificados como l) y m), por lo que el actual inciso l) pasará a ser el n). El texto de los incisos adicionados será el siguiente:*
>
> *"l) Cuando el trabajador diere lugar a que se acoja un nuevo recurso de amparo, hábeas corpus o hábeas data por repetirse en daño de las mismas personas las acciones, omisiones o amenazas que hubieren sido el fundamento de una sentencia estimatoria. Lo anterior salvo cuando el trabajador actúe por instrucciones del patrono, sus representantes, dependientes o familiares, caso en el cual la responsabilidad será de estos.*

Es importante señalar que la corrección disciplinaria debería estar en función de la reiteración de la conducta dañina, con independencia del destinatario, esto, pues de lo contrario se producirán los actos en cascada, como se comentó líneas arriba.

En el mismo sentido, el párrafo final adicionado al inciso d) del artículo 41 del Estatuto del Servicio Civil. Establece la reforma:

> *"**ARTÍCULO 4**.- Adiciónense dos párrafos finales al inciso d) artículo 41 del Estatuto del Servicio Civil, Ley Nº 1581 del 30 de mayo de 1953 y sus reformas, cuyo texto dirá lo siguiente:*
>
> *"Será falta grave, que podrá ser sancionada con suspensión sin goce de salario de uno a tres meses, o despido, el retraso u omisión en el cumplimiento de las resoluciones y sentencias dictadas por los órganos de la jurisdicción constitucional y de otros órdenes jurisdiccionales con autoridad de cosa juzgada material.*
>
> *También constituirá falta grave merecedora de las sanciones indicadas en el párrafo anterior, el que un funcionario dé lugar a que se acoja un nuevo recurso de amparo, hábeas corpus o hábeas data por repetirse en daño de las mismas personas las acciones, omisiones o amenazas que hubieren sido el fundamento de una sentencia estimatoria."*

En el mismo sentido que la observación al artículo 81 inciso l) del Código de Trabajo. Con independencia del afectado, lo cierto es que el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece una obligatoriedad *erga omnes* de las sentencias emitidas por la Sala Constitucional.

Bajo esa tesitura, resultaría contrario a los más elementales principios de lógica, razonabilidad y de obligatoriedad al mandato, que un funcionario público incurra en violaciones repetidas a los derechos de otros, con pleno conocimiento que su conducta ya fue sancionada en otras situaciones similares.

Igualmente atentaría contra el principio de legalidad, con violación a los artículos 11 del Código Político y 11 de la Ley General de la Administración Pública, en tanto las sentencias constitucionales se integran al bloque de legalidad.

Finalmente, en relación con el Transitorio único incorporado al proyecto de reforma, solamente resta decir que lo procedente es determinarle un plazo a la Asamblea Legislativa para establecer el órgano técnico que se identifica en la reforma al artículo 96 inciso b) de este proyecto. De lo contrario y de acuerdo con la experiencia, es muy posible que no se constituya para franquear el paso a las mayorías temporales.

Conclusiones

A veinticuatro años de su creación, los cambios a la justicia constitucional son una necesidad lógica derivada de la dinámica social, pero sobre todo, ante las novedosas

fórmulas adoptadas por el poder público para escamotear los derechos y garantías de las personas, las que ha logrado afinar a través de los años.

La reforma comentada y desde la exposición de motivos, dejó claro que carecía de un objetivo legítimo frente a los ciudadanos necesitados de protección, cuanto tuvo como punto de partida, la inconformidad de los otros poderes del Estado frente a la potencia jurídica de las decisiones de la Sala Constitucional, para lo que procuran una reducción de sus competencias, fundamentalmente de aquellas que atenten contra lo que denominan la independencia legislativa..

Los cambios propuestos carecen de sustancialidad jurídica y doctrinal; nada permite vislumbrar avances de fondo en la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos, en tanto está dirigida a aspectos formales que, por el contrario, rebajan los niveles de resguardo necesarios para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, que van mucho más allá de la simple actividad prestacional.

Algunas de las reformas propuestas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, parecen evocar el viejo dogma de la omnipotencia del legislador, absolutista en origen, aunque luego transformado en sentido democrático, contrario al concepto Estado democrático de Derecho por el que todos los poderes públicos, incluido el legislativo, está sometido a normas formales, como las que vierten sobre los procedimientos para la formación de las leyes, sino también sustanciales, como son precisamente los principios y derechos fundamentales.

Gracias a esta garantía, señala Ferrajoli, el conjunto de los derechos, en cuanto sistema de límites y de vínculos impuestos para la protección de cada uno y de todos a los poderes mayoritarios, se configura en la esfera de lo indecidible, es decir, de lo que está prohibido decidir a cualquier mayoría, en garantía de los derechos de libertad, o, al contrario, de lo que está prohibido no decidir para la satisfacción de los derechos sociales[17] .

El artículo 1 de la Constitución Política dispone que "*Costa Rica es una República democrática, libre e independiente*" debe ser motivo de orgullo, pero no de inmovilismo ni de autocomplacencia, ante el largo camino que todavía queda por recorrer, para convertir en realidad progresiva los ideales de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, propugnados por la Carta Magna como valores superiores del ordenamiento jurídico.

Hermann Heller propuso la perspectiva ética del Estado, frente a la construcción positivista y cerrada de Hans Kelsen. Desde ese enfoque y con palabras del citado autor, *el Estado sólo se justifica en cuanto sirve a la aplicación y ejecución de los principios morales del Derecho*[18], entendiendo por tales, aquellos que no sancionan de modo inmediato más que normas de conducta, y no las de organización y competencia, y que constituyen pretensiones o exigencias

17 Ferrajoli, Luigi, Derechos y garantías: la ley del más débil, editorial Trotta, Madrid, 1999, página 113.
18 Heller, Hermann, Teoría del Estado, editorial F.C.E, México, 1968, páginas 223 y 239 a 243.

de validez general, al menos para todos los miembros del Estado.

La verdadera esencia del Estado es esa ética para la moralidad pública, cuya cristalinidad requiere perdurabilidad para el respeto interno y el reconocimiento externo. Los intereses particularizados de quienes momentáneamente ocupan cargos públicos, son irrelevantes frente a la moral del Estado, ordinariamente materializada en las sentencias de la Sala Constitucional.

El Estado -señaló Tomás y Valiente- no se justifica por sí mismo ni por su pura construcción formal, sino como artificio creado por los hombres en un *pactum societatis* cuyo contenido cambia con el tiempo, con las formas de sociedad y con las demandas de los pueblos[19]. Esas demandas se han acrecentado en la actualidad cuanto la vieja dicotomía sociedad-Estado se ha transformado en individuo-poder político, donde se prescindió del Estado como interlocutor principal, que necesariamente reconduce al fortalecimiento de los Tribunales constitucionales para equilibrar el desbalance.

La influencia de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales en el orden jurídico y política, es ampliamente reconocida, y se ha dicho que en el primero, ha servido para fortalecer los derechos fundamentales, los que, además de la perspectiva subjetiva de ser invocados por los particulares contra el Estado, tienen una función objetiva como un sistema de valores que se impone al legislador, al juez y al administrador, y en el orden político ha servido para orientar la vida política para darle juridicidad a la vida y debates políticos, en tanto el legislador está sometido a la regla de derecho; sabe que puede ser controlado, lo que conducirá en ciertas circunstancias a autolimitarse[20].

Agrega esta doctrina[21], que los tribunales constitucionales desempeñan un papel esencial en el establecimiento y refuerzo de la cohesión de la sociedad política, al constituir a la vez un elemento estabilizador y una fuerza de integración, aunque sus detractores, en contrapartida, pongan objeciones a la legitimidad de su omnipotencia, sobre todo por la carencia de legitimidad democrática.

Sin embargo, aun cuando se considere que el juez constitucional se introduce en la esfera del poder político, esa práctica es cada vez mayormente aceptada -lejos de las esferas políticas por supuesto- para compensar el débil control parlamentario sobre la acción gubernamental y viceversa.

Un elemento cardinal para superar las deficiencias en la jurisdicción constitucional es la aplicación irrestricta del artículo 13 de la ley de la materia, para que los cambios jurisprudenciales autorizados por la norma apuntada, se produzcan como consecuencia de los cambios que se hayan verificado en el ordenamiento jurídico o bien, en la estructura social, esto es, en la economía y sus ponderables, como pobreza, desempleo,

19 Tomás y Valiente, Francisco, Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, página 145-146.
20 Favoreau. Louis, Los tribunales constitucionales, editorial Ariel, Barcelona, 1994, páginas 82-83.
21 Ibid, página 83.

mercados; o, en los reglas sociales del momento histórico para la asunción de los valores que inexorablemente modifican su calificación.

Ninguna reforma debe limitar las posibilidades de los justiciables de obtener reparación por las injurias constitucionales recibidas. Con ciertos ajustes internos bajo la dirección de la misma Sala Constitucional se podría obtener una mayor eficiencia en el despacho de los asuntos, tal es el caso del proceso de admisibilidad, en aplicación de la denominada *jurisprudencia de abstención*, común en el Derecho Constitucional de Estados Unidos de Norteamérica[22].

BIBLIOGRAFÍA

Arias Ramírez, Bernal, Costa Rica. La consulta legislativa de constitucionalidad: apuntes para la toma de decisión, Revista Judicial número 109, setiembre, 2013.

Arkwright, E, Delamarre, M, Citoyenneté et vie démocratique, en: Decouverte de la vie publique, Documentarion Française, Paris, 2005.

Baker S, Robert, La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual, editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 2009.

DRAGO. Guillaume, Réformer le Conseil Constitutionnel?, en: Revue française d'études constitutionnelles et politiques, número 105, 2003.

Ferrajoli, Luigi, Derechos y garantías: la ley del más débil, editorial Trotta, Madrid, 1999.
FRANCOIS, Bastien, La perception du Conseil Constitutionnel par la clase politique, les médias et l'opinion, en: Revue française d'études constitutionnelles et politiques, número 105, 2003.

Heller, Hermann, Teoría del Estado, editorial F.C.E, México, 1968.

Santamaría Pastor, Alfonso, Nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, Madrid, 1972.

Tomás y Valiente, Francisco, Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

22 Baker S, Robert, La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual, editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 2009, página 71.

LA COMPOSICIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA: LOS CASOS DE ALEMANIA, ITALIA, ESPAÑA Y COSTA RICA.

Víctor Orozco Solano[1]

SUMARIO: I.- Introducción. **II.-** La composición de los tribunales constitucionales y la adopción de sus decisiones. **III.-** En el control de constitucionalidad. **IV.-** En la defensa de los derechos fundamentales. **V.-** En la resolución de los conflictos de competencia entre órganos constitucionales. **VI.-** Resolución de otro tipo de procedimientos por parte de los tribunales constitucionales. **VII.-** Conclusión.

I.- INTRODUCCIÓN

En términos generales, el propósito de estas notas es analizar los principales tribunales constitucionales en el modelo de justicia constitucional europeo desde una perspectiva comparada (es decir, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, la Corte de Constitucionalidad Italiana y el Tribunal Constitucional Español), así como la composición y las competencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, particularmente en lo que respecta a los procedimientos para la defensa del principio de supremacía de la Constitución, así como la tutela de los derechos fundamentales.

En este orden de ideas, en este trabajo repasaremos, por ejemplo, que el control concreto de constitucionalidad en el *sistema alemán* se corresponde con la consulta judicial de constitucionalidad en el *ordenamiento jurídico costarricense* o con la cuestión de constitucionalidad *en el sistema español*, de ahí justamente la necesidad de examinar con algún detalle las distintas modalidades de control de constitucionalidad en esos ordenamientos, iniciándose con la composición de esos tribunales, los procesos de defensa de los derechos fundamentales, la resolución de los conflictos de competencia entre los órganos constitucionales, así como otro tipo de procedimientos.

Lo anterior será entonces analizado en esta pequeña investigación, tratándose de potenciar que en el Derecho Comparado el *sistema de justicia constitucional costarricense* representa uno de los más

1 Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Letrado Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica.

completos, sobre todo en lo que atañe a la defensa de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución, como en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos. De ahí que el particular pueda acceder rápidamente a la Jurisdicción Constitucional para la defensa de sus derechos, sin necesidad de instaurar un procedimiento previo en la vía administrativa o jurisdiccional. Pero también es sencillo el modo en que la persona puede incitar los distintos procesos de garantía de la Norma Fundamental, como lo veremos en el desarrollo de este trabajo.

II.- LA COMPOSICIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LA ADOPCION DE SUS DECISIONES

En lo que toca a la integración de los principales tribunales constitucionales en el modelo de justicia constitucional europeo, lo primero que se debe decir es que cada Órgano Jurisdiccional está integrado por un número distinto de Magistrados, como se verá a continuación. Así, el *Tribunal Constitucional Federal Alemán* está compuesto por 16 jueces, *la Corte de Constitucionalidad Italiana* tiene 15, *el Tribunal Constitucional Español* tiene 12, el *Consejo Constitucional Francés* (sobre el cual, sin embargo, no profundizaremos en el desarrollo de sus competencias constitucionales) tiene 9, mientras la *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia* tiene 7 miembros.

Asi, el *Tribunal Constitucional Federal Alemán* (das Bundesverfassungsgericht) está compuesto por dos salas de 8 jueces, de acuerdo con el artículo 94 de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana y el §2 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal, mientras que la duración de sus mandatos es de 12 años y no son susceptibles de reelección[2]. En palabras de Favoreu, "*la media de edad, en cambio, es menos elevada y no sin razón: los jueces son designados para un mandato de doce años, pero el límite de edad se fija en sesenta y ocho cumplidos. El mandato no es renovable y sólo la asamblea plenaria del Tribunal puede autorizar la jubilación anticipada o una destitución en caso de faltar gravemente a sus deberes o de actos que hayan implicado una pena privativa de la libertad de más de seis meses*"[3].

2 El artículo 94 de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana, establece: "El Tribunal Constitucional Federal estará compuesto por jueces federales y otros miembros. Los miembros del Tribunal Constitucional Federal serán elegidos por mitades por el Parlamento Federal y el Consejo Federal. No podrán, sin embargo, pertenecer al Parlamento Federal, al Consejo, Federal, al Gobierno Federal ni a órganos equivalentes de Estado alguno. Una ley federal regulará la composición y el procedimiento del tribunal y determinará en qué casos sus decisiones tendrán fuerza de ley. Dicha ley podrá disponer que para los recursos constitucionales sea condición necesaria el agotamiento previo de la vía de la apelación, así como prever un procedimiento especial de recepción de los asuntos".
Por su parte, el §2 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal, dispone:
"§2
(1) El Tribunal Constitucional está compuesto por dos salas.
(2) En cada sala se eligen ocho jueces.
(3) Tres de los jueces de cada sala serán elegidos de entre los jueces de los altos tribunales de Federación. Serán elegibles aquellos jueces que hayan ocupado el cargo por lo menos durante tres años en uno de los tribunales de la Federación".

3 Favoreu, Louis, Los Tribunales Constitucionales, Barcelona, Ariel, 1994, p. 65.

Además, se exige a los jueces constitucionales haber cumplido los 40 años de edad y no pueden compatibilizar su actividad jurisdiccional con ninguna otra actividad profesional que no sea la de profesor en Derecho en una universidad alemana[4]. Cabe mencionar que en el sistema alemán sólo se puede declarar la inconstitucionalidad de una disposición con la mayoría de sus miembros, de modo que en caso de empate se considera que la norma no es incompatible con la Ley Fundamental[5]. De igual modo, existe la posibilidad por parte de los jueces constitucionales de realizar votos particulares, a diferencia del caso italiano o el francés, donde los jueces constitucionales no tienen esa facultad. Sobre el particular, bien se podría cuestionar si esa limitación lesiona el principio de independencia; en todo caso, este tema suscita profundas reflexiones las cuales exceden el objeto de esta investigación.

Así, en el caso alemán, el voto particular acompaña a la decisión del Tribunal y es publicado en la compilación de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal, con la indicación del juez que lo formuló aún cuando carezca de cualquier eficacia jurídica. Asimismo, el juez disidente puede expresar el contenido esencial de su voto en el momento en que se produzca la lectura pública de la sentencia[6], todo lo cual sin duda refuerza su independencia como integrante del Tribunal Constitucional, a diferencia de lo que sucede en el caso italiano[7].

Cabe mencionar que el Presidente y el Vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal Alemán son elegidos por el *Bundestag y el Bundesrat*, quienes deben ser escogidos entre los jueces que integran el Tribunal. Así, cada Cámara normalmente elige a uno de los dos, aunque se puede dar el caso en que por razones de alternancia

4 Häberle, Peter, "El recurso de amparo en el sistema de jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania", en Fix-Zamudio, Hector. y Ferrer Mac-gregor, Eduardo (comp.), El derecho de amparo en el mundo, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa y la Fundación Konrad –Adenauer-, México 2006, p. 699.

5 Sobre el particular, el §15(4) de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal, dispone:
"En un proceso de conformidad con el § 13 nums. 1, 2, 4 y 9, la decisión negativa en contra del peticionario requiere en todo caso de una mayoría de dos tercios de los miembros de la sala. En lo restante decide la mayoría de los miembros de la sala que toman la decisión, siempre y cuando la ley no determine otra cosa. En caso de empate no se podrá declarar una violación en contra de la Ley Fundamental o de otra norma del derecho federal".

6 Rescigno, F., "La Justicia Constitucional en Alemania", en Groppi, T., Celotto Alonso y Olivetti M., La Justicia Constitucional en Europa, Fundación Universitaria de Derecho; Administración y Política, Colección Constitucionalismo y Derecho Público, Estudios, 2004., p. 60. Sobre el particular, agrega la autora que: "La regulación del Sondervotum prevé que todo juez que durante la discusión de un caso esté en desacuerdo con la mayoría avise de inmediato a la Sala y que una vez que la sentencia haya sido definitivamente redactada, haga regar al Presidente su voto particular en un plazo (ampliable) de tres semanas".

7 Sobre el particular, se ha argumentado que la Corte de Constitucionalidad Italiana más bien se caracteriza por la más amplia Colegialidad (en detrimento de la independencia de los jueces que la componen, individualmente considerados); de ahí que: "El Presidente de la Corte asigna cada cuestión que llega a ésta a un juez ponente, que lleva a cabo la fase de instrucción a puerta cerrada o en audiencia pública, de acuerdo a la importancia de la cuestión. La decisión es adoptada por el Colegio por mayoría, sin que esté prevista la posibilidad de presentar votos particulares". Celotto, A., y Groppi, T., La Justicia Constitucional en Italia, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, Colección Constitucionalismo y Derecho Público, Estudios, 2004, p. 84.

de los sujetos le corresponda a la misma Asamblea o Cámara escogerlos[8].

Además, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, de acuerdo con Favoreu, goza de una autonomía en el plano administrativo y financiero, y no depende del Ministerio de Justicia para su personal; "*su presupuesto está diferenciado del de los demás órganos constitucionales. Conforme a la tradición alemana según la cual "las jurisdicciones supremas no tienen su sede en la misma ciudad que las Asambleas del Gobierno" (Béguin), el Tribunal constitucional radica en Karlsuhe*"[9]. De ahí que el Bundesverfassungsgericht puede ser definido como un órgano jurisdiccional y constitucional, en el sentido que forma parte de la organización del Poder Judicial (junto a los tribunales federales previstos por la *Grundgestez* y a los tribunales de los *Länder*) y desarrolla actividad jurisdiccional, pero está dotado de una estructura organizativa más autónoma con respecto a los demás tribunales y que lo coloca en el nivel o en el ámbito de los demás órganos constitucionales, con respecto a los cuales (como se ha dicho) goza de independencia y autonomía[10].

Por su parte, *la Corte de Constitucionalidad Italiana*, según el artículo 135 del Texto Constitucional[11], está integrado por 15 jueces que son designados por un período de 9 años, sin posibilidad de reelección. También establece esta norma que el cargo de Magistrado de la Corte es incompatible con el de miembro del Parlamento o del Consejo Regional, con el ejercicio de la profesión de abogado, y cualquier otro cargo que designe la ley. Cabe mencionar que en el *sistema italiano* la neutralidad de la *Corte Constituzionale* se consigue, de acuerdo con Pegoraro, atribuyendo al Parlamento en sesión conjunta con mayoría cualificada la facultad de designar un tercio de sus quince jueces, en tanto que otro tercio le corresponde al Presidente de la República

8 Rescigno, F., op. cit., nota 6, p. 59.
9 Favoreu, Louis, op. cit., nota 3, p. 66.
10 Rescigno, F., op. cit., nota 6, pág. 60
11 Esta norma establece:
Articulo 135.- El Tribunal Constitucional estará compuesto de quince jueces nombrados en un tercio por el Presidente de la Republica, en otro tercio por el Parlamento en sesión conjunta y en el tercio restante por las supremas magistraturas ordinaria y administrativas.
Los magistrados del Tribunal Constitucional serán escogidos entre los magistrados, incluso los jubilados de las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativas, los catedraticos titulares de día del juramento, y no podrán ser nuevamente designados.
A la expiración de su período de mandato, cada magistrado constitucional cesará en el cargo y en el ejercicio de sus funciones.
El Tribunal elegirá entre sus componentes, con arreglo a lo dispuesto por la ley, a su Presidente, quien permanecerá en el cargo por un trienio y será reelegible, sin perjuicio en todo caso de los términos de expiración del cargo de juez.
El cargo de magistrado del Tribunal será incompatible con el de miembro del Parlamento o de un Consejo Regional, con el ejercicio de la profesión de abogado y con cualquier cargo y puesto determinados por la ley.
En los juicios de acusación contra el Presidente de la Republica y contra los Ministros intervendrán, además de los vocales ordinarios del Tribunal, 16 (dieciséis) miembros elegidos a la suerte por un colegio de ciudadanos que reúnan los requisitos para ser elegido senador y que el Parlamento designara cada nueve anos mediante elección con las mismas formalidades que las establecidas para el nombramiento de los magistrados ordinarios".

y el resto es elegido por las magistraturas supremas[12].

Sobre el particular, Favoreu advierte que el mandato de los jueces, "*que al principio era de doce años, se fijó en nueve en 1967. Dicho mandato no renovable, es incompatible con el ejercicio de cualquier actividad (política, profesional o incluso docente). Los jueces se benefician de las mismas inmunidades que los parlamentarios: no pueden ser perseguidos o cesados de sus funciones más que por decisión del propio Tribunal. A diferencia de Austria o Alemania, no existe límite de edad y, en consecuencia, puede haber jueces relativamente ancianos*"[13]. Como se expuso con anterioridad, aunque en este sistema se puede declarar la inconstitucionalidad de una norma con la simple mayoría de sus miembros, sus jueces constitucionales no tienen la posibilidad de consignar sus votos particulares, de ahí que los pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad son unívocos de cara a los ciudadanos. Es evidente que en este sistema se afecta la independencia de los jueces en el sentido de consignar sus votos particulares, aunque desde el punto de vista político, la imposibilidad de esbozar dichos criterios minoritarios hace que los fallos de la *Corte de Constitucionalidad* posean mayor legitimación de cara a la ciudadanía. Es decir, una legitimación que se traduce en un mayor poder de convencimiento con respecto a los razonamientos y a los argumentos empleados por la *Corte de Constitucionalidad* a la hora de resolver sobre un punto concreto o determinado, pues no existe una visión distinta "*oficial*" por parte de los Magistrados que hubiesen compartido ese criterio. Una pregunta que se puede formular sobre el particular es en qué medida la imposibilidad de emitir los votos particulares hace que las líneas jurisprudenciales de las Cortes Constitucionales sean, no tanto uniformes, sino estáticas, no en vano se ha comentado que los votos particulares o minoritarios del presente serán los mayoritarios del mañana. Toda esta reflexión genera gran cantidad de interrogantes y de futuras investigaciones, sobre las cuales no es posible detenernos en esta ocasión.

Es distinto el caso del *Tribunal Constitucional Español*, en el cual los jueces constitucionales sí tienen la posibilidad de salvar su voto y expresar los motivos por los cuales no comparten las razones de su mayoría. Además, se ha atribuido al Presidente de este Órgano Jurisdiccional un voto de calidad para resolver la disputa entre sus miembros, si no existe acuerdo sobre la inconstitucionalidad de una disposición[14]. Es claro que en estas situaciones la carga política de las decisiones

12 Pegoraro, Lucio., La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada, Madrid, Dykinson, S. L., 2004, p. 97.
13 Favoreu, Louis, op. cit., nota 3, p. 87.
14 Sobre lo anterior, el artículo 90 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone:
Artículo noventa
1. Salvo en los casos para los que esta Ley establece otros requisitos, las decisiones se adoptarán por la mayoría de los miembros del Pleno, Sala o Sección que participen en la deliberación. En caso de empate, decidirá el voto del Presidente.
2. El Presidente y los Magistrados del Tribunal podrán reflejar en voto particular su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación. Los votos particulares se incorporarán a la resolución y cuando se trate de sentencias, autos o declaraciones se publicarán con éstas en el "Boletín Oficial del Estado".

del Tribunal las asume el Presidente, pues su voto define el criterio del Tribunal Constitucional. Lo ideal sería reformar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para despojar a su Presidente del voto aludido y disponer que en caso de empate entre los miembros del Órgano Jurisdiccional, se deba tener por negada la pretensión del actor o del recurrente. Ahora bien, entre las sentencias que el Tribunal Constitucional ha resuelto mediante la utilización del voto de calidad (sin la intención de realizar una revisión exhaustiva, lo que desborda los fines de esta investigación) es posible mencionar las siguientes decisiones: STC 111/1983 (con respecto a las empresas RUMASA) y STC 53/1985 (despenalización del aborto), todas las cuales han generado bastante polémica. Pero también ha sido utilizado el voto de calidad del Presidente en los siguientes casos: STC 75/1983 o STC 127/1994. Además, en la Sala Segunda se dio el voto de calidad en la STC 27/1996, de 15 de febrero. En todo caso, y mientras no sea reformado el artículo 90.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el conflicto político en cuanto al voto de calidad que ostenta el Presidente del Tribunal Constitucional para decidir un asunto determinado sigue latente, de ahí que lo ideal sería (desde nuestro punto de vista) modificar esa disposición, para que en caso de empate se desestime la pretensión del recurrente, o de quien ha solicitado la intervención o el pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

El *Tribunal Constitucional Español* está integrado por doce miembros nombrados por el Rey, cuatro de ellos designados a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros, cuatro por el Senado, con idéntica mayoría, dos por iniciativa del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. De este modo, en este sistema los jueces constitucionales son escogidos por un período de nueve años y el cargo resulta incompatible con todo mandato representativo, con los cargos políticos y administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato, y con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil, entre otras, de acuerdo con el artículo 159 de la Constitucional Española de 1978. Cabe mencionar que para las primeras composiciones del Tribunal se previó la práctica bastante curiosa de echar a suertes las series objeto de renovación cada tres años y con posterioridad de seis. De esta forma, "*en 1983 todos los miembros designados por los diputados fueron sometidos a renovación*". [15]

En lo que toca al diseño de la Sala Constitucional Costarricense, es una de las cuatro que integra la Corte Suprema de Justicia, y está conformada por 7 magistrados propietarios y 14 suplentes[16], a quienes les corresponde, por mayoría absoluta de sus miembros, declarar la

15 Favoreu, Louis, op. cit., nota 3, p. 66.

16 En este sentido, del artículo 4° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se ha interpretado la obligación de que este Tribunal se integre, al menos, con cuatro de sus miembros propietarios, salvo el supuesto de que en la votación de un asunto particular se encuentren inhibidos o recusados la mayoría de ellos.

inconstitucionalidad de las actuaciones y las omisiones de los poderes públicos que violan el Derecho de la Constitución o los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos aplicables en la República. En la actualidad se discuten varias alternativas de reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, y a la Sala, con el fin de mejorar la manera en que realiza sus competencias y sus atribuciones legales y constitucionales. Es claro que tras 20 años de funcionamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y aunque ha sido muy exitosa en realidad la actividad desplegada por el Tribunal Constitucional costarricense como intérprete último de los preceptos constitucionales (así como en su labor de tutela de los derechos fundamentales de los individuos) la doctrina costarricense ha advertido y, con acierto, algunas consecuencias negativas del acceso a la justicia constitucional. Sobre el particular, Castillo Víquez ha enumerado los siguientes problemas: la sobrecarga de trabajo de los Magistrados y de sus colaboradores, la jurisprudencia cambiante y contradictoria, la lesión al principio de seguridad jurídica, la invasión de competencias de otras jurisdicciones, y la ejecución de sus sentencias[17].

Por lo anterior, en alguna ocasión se defendió la idea de implementar los Tribunales de Garantías Constitucionales, que debían conocer los procesos de garantía de los derechos fundamentales, de tal modo que la Sala Constitucional asumiera con exclusividad las cuestiones de inconstitucionalidad, así como los conflictos de competencia entre los órganos constitucionales. Una propuesta más reciente es el proyecto de "*Reforma al Artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional*" (que se discute en el expediente legislativo N°16.791), en que se pretende duplicar la capacidad de la Sala Constitucional para resolver los recursos de amparo y de habeas corpus. En este proyecto se propone dividir la Sala en dos secciones, cada una integrada por tres Magistrados, quienes resolverán los procesos de amparo y de habeas corpus. De esta forma, el pleno del Tribunal Constitucional tendrá la competencia para la resolución de los procesos relativos al control de constitucionalidad, es decir, las acciones y consultas legislativas y judiciales, así como para conocer (en forma excepcional) aquellos asuntos en que exista jurisprudencia contradictoria entre ambas secciones. Pero también se propone un recurso de apelación ante el pleno de la Sala Constitucional, bajo supuestos muy calificados, contra ciertas decisiones de cada sección[18].

17 Castillo Víquez, F., La protección de los derechos fundamentales en la Jurisdicción Constitucional y sus vicisitudes, San José, Juritexto, 2008, p. 241-286.

18 Así, el texto del artículo 4° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, sería el siguiente: "Artículo 4.- La jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política. La Sala Constitucional está formada por siete magistrados propietarios y doce suplentes, todos elegidos por la Asamblea Legislativa en la forma prevista por la Constitución. Su régimen orgánico y disciplinario es el que se establece en la presente y en la Ley Orgánica del Poder Judicial. La Sala Constitucional estará dividida en dos secciones, con competencia exclusiva para resolver los recursos de amparo y de habeas corpus. El pleno de la Sala Constitucional estará integrado por su presidente y por los otros seis magistrados y resolverá los recursos de inconstitucionalidad y las consultas de constitucionalidad. También resolverá, en apelación, los recursos de amparo y de habeas corpus cuando haya jurisprudencia manifiestamente divergente y reiterada entre las dos secciones de

continúa ...

Otra propuesta planteada recientemente por Villalobos Fallas[19], toma en consideración la cantidad de asuntos que conoce la Sala Constitucional: lo que se propone es reducir el número de casos que debe instruir cada Magistrado del Tribunal Constitucional y, por ello, lo más sencillo sería aumentar el número de sus integrantes, o establecer un Tribunal independiente, separado del poder judicial, que sea integrado con quince Magistrados. Dicho órgano debería funcionar en dos Cámaras de siete miembros cada una, con el fin de conocer los recursos de amparo y hábeas corpus que sean interpuestos, en tanto que al pleno le corresponderían las cuestiones de constitucionalidad. También propone la citada autora el establecimiento de garantías presupuestarias a favor del Tribunal, la posibilidad de rechazar de plano determinados asuntos (sobre los cuales existe jurisprudencia reiterada) con una resolución de la Presidencia del Tribunal, eliminar la figura de los Magistrados suplentes y que cada Cámara pueda funcionar con un quórum de cinco; así como la imposibilidad de entablar recurso alguno contra las decisiones de cada Cámara. Finalmente, la misma autora plantea reforzar la ejecución de las sentencias de la Sala Constitucional, lo cual nos conduce al nombramiento o la designación de jueces de ejecución de sentencias. Aunque es necesaria y urgente la aplicación de alguna de las anteriores propuestas de reformas a la Jurisdicción Constitucional, no se aprecia ningún consenso político para su implementación, pese a que el circulante de asuntos que conoce la Sala Constitucional aumenta proporcionalmente todos los días y, con ellos, los problemas que se han comentado con respecto al funcionamiento del Tribunal.

III. - EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En este apartado serán examinadas las competencias de los tribunales constitucionales relativas al control de constitucionalidad sobre los actos y las omisiones de los poderes públicos que desconocen el Derecho de la Constitución. Así, en lo que toca al *Tribunal Constitucional Federal Alemán*, sus competencias para defender la supremacía constitucional están previstas en la Ley Fundamental para la República Federal Alemana y en la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal. De esta forma, la primera distingue entre el control concreto (*konkrete Normenkontrolle*) y el control abstracto (*abstrakte Normenkontrolle*) de constitucionalidad. En ambos asuntos se utiliza la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico alemán, para

viene de la pág. anterior ...

la Sala Constitucional. Las decisiones que tome el pleno de la Sala Constitucional para resolver las divergencias serán vinculantes para ambas secciones. La Sala Constitucional emitirá su propio reglamento interno para distribuir entre las dos secciones los recursos de amparo y de habeas corpus. La Sala Constitucional no está sometida al plan de vacaciones establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en consecuencia, fijará las fechas en que sus miembros tomarán vacaciones, de manera que haya siempre una mayoría de magistrados propietarios. Si la audiencia de propietarios fuere por licencia, se aplicará la regla anterior, excepto en los caso de enfermedad o de otro motivo justo".

19 Villalobos Fallas, Natalia, Reforma a la Jurisdicción Constitucional ,San José, Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho, inédita, Universidad de Costa Rica, 2009, p. 173-179.

examinar la regularidad constitucional de todo el sistema normativo [20].

Así, en el primer caso, el control concreto de constitucionalidad se plantea en aquellos casos en que el juez ordinario es competente para verificar la inconstitucionalidad de una norma, pero no para expulsarla del ordenamiento. En este supuesto, si el juez considera que la norma que ha de aplicar para resolver un asunto es inconstitucional y no es susceptible de una interpretación de conformidad con la Constitución, debe entonces formular la consulta ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán para que sea aquel quien decida sobre la validez de esa disposición. En este caso, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la norma que ha enjuiciado tiene, en el supuesto en que efectivamente determine su irregularidad constitucional, los mismos efectos que hubiese tenido el control abstracto de constitucionalidad, razón por la cual la norma es expulsada del ordenamiento jurídico con efectos erga omnes, a partir del momento en que había nacido a la vida jurídica. De otro lado, el control abstracto de constitucionalidad se caracteriza porque se produce con independencia de todo o cualquier conflicto jurídico, de ahí que únicamente tiene por fin valorar la conformidad de una norma jurídica con respecto al Texto Fundamental. De esta manera, en ese sistema el Gobierno federal, el Gobierno de un *Land* o un tercio de los miembros del *Bundestag* (el Parlamento Federal) gozan de legitimación para instaurar el control abstracto de constitucionalidad sin limitación de plazo. En tales casos, si el Tribunal Constitucional Federal Alemán determina que la disposición impugnada es incompatible frente al contenido de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, declara entonces su nulidad, de acuerdo con el §78 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán[21].

Por su parte, en *el sistema de justicia constitucional italiano*, se ha diferenciado entre el control a priori y el sucesivo de constitucionalidad. El primer tipo de control, como es sabido, se producía con anterioridad a la entrada en vigencia de la normativa en cuestión, a instancias del Gobierno contra leyes de las regiones. De otro lado, en el control a posteriori o sucesivo de constitucionalidad (es decir, cuando la norma jurídica ha entrado en vigor) podemos a su vez encontrar dos vías: una abstracta (*vía principale*) y otra concreta (*vía incidentale*).

De esta forma, la segunda vía (la incidental) comparte las notas distintivas del control concreto alemán o de la cuestión de constitucionalidad español, en la medida en que se refiere a la posibilidad del juez ordinario de plantear la "consulta" a la Corte Constitucional cuando tenga dudas fundadas sobre la conformidad a la Constitución de las leyes que hay de tener en cuenta para resolver

20 Córdoba, Gabriela., El Control Abstracto de Constitucionalidad en Alemania, Konrad –Adenauer- Stiftung; Buenos Aires, 2003, p. 27.

21 El §78 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán, estipula: "Si el Tribunal Constitucional Federal llega a la convicción que el derecho federal es incompatible con la Ley Fundamental o el derecho del Estado, u otro derecho federal, entonces declarará la nulidad de la ley. Si otras disposiciones de la misma ley son incompatibles con la Ley Fundamental u otro derecho federal, entonces el Tribunal Constitucional Federal podrá igualmente declararlas nulas".

un conflicto de intereses determinado. Entre tanto, la vía abstracta puede ser planteada en los términos del artículo 137 de la Constitución de la República Italiana[22]. Finalmente, es preciso mencionar con respecto al sistema italiano que el control de constitucionalidad de los actos legislativos constituye la principal competencia de la Corte de Constitucionalidad, no sólo porque supone la razón principal por la cual dicho órgano ha sido elaborado, sino también porque estadísticamente es el que más incide en el volumen de trabajo de la Corte. Así, de acuerdo con Alfonso Celotto y Tania Gropi, "*basta pensar que en promedio, cada año, la Corte dicta alrededor de 500 decisiones (para ser precisos, por ejemplo, 471 en 1999, 592 en 2000, 447 en 2001, 536 en 2002 y 382 en el año 2003), de las cuales aproximadamente el 85% se pronuncian en procesos de constitucionalidad, con grandísima predominancia de los juicios que se producen en vía incidental (alrededor del 80% del total) y una presencia marginal de los juicios en vía principal (en promedio, el 5% del total*)"[23].

Ahora bien, en lo que atañe al *sistema de justicia constitucional español*, tanto la Constitución Española de 1978, cuanto la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional han previsto diversos procedimientos y mecanismos mediante los cuales el Tribunal Constitucional realiza no sólo las funciones relativas a la justicia constitucional, sino también la interpretación última y privilegiada de los preceptos constitucionales. A continuación analizaremos los más importantes; es decir, el recurso de inconstitucionalidad, que hace las veces de un control abstracto, y la cuestión de constitucionalidad que comparte a grandes rasgos las notas características del control concreto alemán y de la vía incidental italiana. Lo anterior, sin soslayar la existencia de un control previo de constitucionalidad que normalmente se ha promovido frente a los tratados internacionales, como lo veremos más adelante.

Así, el recurso de inconstitucionalidad es una vía abstracta por medio de la cual el Tribunal Constitucional Español conoce acerca de la regularidad constitucional de una norma jurídica con rango de ley, con independencia de su aplicación en un determinado proceso jurisdiccional. En lo que atañe a la legitimación para promover el recurso de constitucionalidad, la doctrina ha comentado: "*en sintonía con la naturaleza de este proceso, ideado para la defensa objetiva del orden constitucional, la legitimación activa se atribuye exclusivamente a órganos o fracciones de órganos, en razón de su status constitucional y, por tanto, al margen de cualquier pretensión subjetiva o interés propio. Como se declaró en la STC 5/1981, la facultad de promover el recurso de inconstitucionalidad no la otorga la Constitución en atención a un interés propio de quienes la reciben, sino en virtud de la alta calificación política que resulta de su respectivo cometido constitucional*"[24]. De esta manera, gozan de legitimación para plantear el recurso de inconstitucionalidad el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso las Asambleas de las mismas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 162.1 a) de la Constitución Española[25]. Cabe mencionar que el recurso de inconstitucionalidad, a diferencia del control abstracto alemán, solo puede ser planteado dentro de los tres meses siguientes a partir de su publicación oficial (con alguna excepción), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, el control concreto de constitucionalidad ha sido previsto en el artículo 163 de la Constitución Española[26], en cuya razón el juez ordinario, habida cuenta de su sujeción a la ley y de su obligación de aplicarla, así como de interpretarla de acuerdo con la Constitución como norma suprema del ordenamiento, si estima que esa disposición con rango de ley es inconstitucional, "*se le abre la posibilidad de interponer una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, con el fin de que éste decida, mediante un juicio abstracto entre normas, en virtud de su competencia exclusiva para declarar la inconstitucionalidad de las leyes*[27]" , para determinar si esa disposición se adecua o no con el contenido de la Norma Fundamental. Es claro que este procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad, siguiendo a Carrillo López, ha sido una vía a través de la cual la jurisdicción ordinaria se ha comprometido, con mayor o menor acierto, en el juicio de constitucionalidad de las disposiciones legislativas. En palabras del autor: "*si bien, el monopolio de esta función corresponde a la jurisdicción constitucional, es lo cierto que a través del incidente de inconstitucionalidad del artículo 163 CE, los jueces y tribunales ordinarios disponen de un cauce de participación no decisoria y de colaboración con el juicio de constitucionalidad sobre la ley que lleva a cabo del Tribunal Constitucional*" [28].

---

22 El artículo 137 de la Constitución de la República Italiana estipula: "Una ley constitucional establecerá las condiciones, las formas, los plazos de interposición de los recursos de legitimidad constitucional y las garantías de independencia de los magistrados del Tribunal. Se establecerán por ley ordinaria las demás normas necesarias para la constitución y el funcionamiento del Tribunal. Contra las decisiones del Tribunal Constitucional no se dará apelación".

23 Celotto, A., y Groppi, T., op. cit, nota 7, pp. 85-86.

24 Caamaño Domínguez, Francisco. et al, Jurisdicción y Procesos Constitucionales Madrid, McGraw-Hill, 2000, p. 25.

25 El artículo 162 de la Constitución Española dispone:
"1. Están legitimados:
a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.
b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legitimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.2. En los demás casos, la Ley orgánica determinara las personas y órganos legitimados"

26 El artículo 163 de la Constitución Española de 1978 estipula: "Artículo 163.Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteara la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la Ley, que en ningún caso serán suspensivos."

27 Molas, Isidre, Derecho Constitucional, Madrid, Tecnos Sociedad Anónima, 2008, p. 238.

28 Carrillo, Marc, Jurisprudencia constitucional y tribunales ordinarios, en Miguel Revenga Sánchez, Emilio Pajares Montoliio y Juan Rodríguez-Drincourt (comp.), 50 años de Corte Constitucional Italiana, 25 años de Tribunal Constitucional Español, IV Jornadas Italo-españolas de Justicia Constitucional, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2007, p. 304.

De otra parte, en el sistema de justicia constitucional español se ha conferido al Tribunal Constitucional la competencia para realizar el control previo de constitucionalidad sobre los tratados internacionales, si así lo pide el Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras, de acuerdo con el artículo 78 de la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre[29] (Texto consolidado e integrado con las modificaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 8/1984, 4/1985, 6/1988, 7/1999 y 1/2000, y con expresión particularizada de las reformas conforme a las Leyes Orgánicas 6/2007, de 24 de mayo, y 1/2010, de 19 de febrero).

En Costa Rica, por su parte, el control concentrado de constitucionalidad con respecto de las normas vigentes, o sobre los efectos ultra-activos de las normas derogadas, lo desarrolla *la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia* de manera preventiva, a priori, y en lo sucesivo, a posteriori, según se desprende de las diversas disposiciones de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. De esta forma, en la hipótesis del control a posteriori, o en lo sucesivo, *la Sala Constitucional* lo efectúa a través de las consultas judiciales de constitucionalidad y en la acción de inconstitucionalidad. Las primeras están reguladas en los artículos 102 a 106 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional[30], en que se atribuye al Juez la facultad de plantear la consulta en aquellos casos en que tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad

29 Esta norma dispone:
"Artículo setenta y ocho
1. El Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrán requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un Tratado Internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado.
2. Recibido el requerimiento, el Tribunal Constitucional emplazará al solicitante y a los restantes órganos legitimados, según lo previsto en el apartado anterior, a fin de que, en el término de un mes, expresen su opinión fundada sobre la cuestión. Dentro del mes siguiente al transcurso de este plazo y salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, el Tribunal Constitucional emitirá su declaración, que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 95 de la Constitución, tendrá carácter vinculante.
3. En cualquier momento podrá el Tribunal Constitucional solicitar de los órganos mencionados en el apartado anterior o de otras personas físicas o jurídicas u otros órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas, cuantas aclaraciones, ampliaciones o precisiones estimen necesarias, alargando el plazo de un mes antes citado en el mismo tiempo que hubiese concedido para responder a sus consultas, que no podrá exceder de treinta días"

30 El artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece:
"Cabrá la acción de inconstitucionalidad:
a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional.
b) Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo.
c) Cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.
ch) Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento.
d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7º, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional.

continúa ...

de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento. En estos casos, la sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional produce los mismos efectos que los de una acción. De otro lado, el objeto de las acciones de inconstitucionalidad ha sido previsto en el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional[31], en tanto que en el 74 ídem se niega la posibilidad de entablar una acción de inconstitucionalidad contra los actos jurisdiccionales del Poder Judicial ni contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones, aunque a modo de interpretación se ha entendido que es procedente contra la Jurisprudencia reiterada de los Tribunales de Justicia . Por su parte, la legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad se debe observar el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional[32]. En este sentido, si la Sala Constitucional considera al resolver la acción que la norma impugnada es inconstitucional bien puede expulsarla del ordenamiento con efectos *ex tunc, declarativos y retroactivos*, sin embargo, también está facultada para dimensionar en el tiempo los alcances de la declaratoria de inconstitucionalidad, si así lo requiere el asunto que se trate[33].

De otra parte, en el control preventivo el ordenamiento distingue entre las consultas legislativas preceptivas, las legislativas facultativas, y el veto por razones de constitucionalidad. Las primeras se producen en los casos que enuncia la Constitución en su artículo 10: los proyectos de reforma constitucional y de aprobación de convenios o tratados internacionales; y la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en su

viene de la pág. anterior ...

e) Cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, o en su contenido o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional o, en su caso, del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. En este evento, la declaratoria se hará solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia.
f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas."

31 Sobre el particular, se puede ver la sentencia No. 3180-93 de 6 de julio.

32 El artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional estipula:
"Para interponer la acción de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de hábeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado.
No será necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto.
Tampoco la necesitarán el Contralor General de la República, el Procurador General de la República, el Fiscal General de la República y el Defensor de los Habitantes.
En los casos de los dos párrafos anteriores, interpuesta la acción se seguirán los trámites señalados en los artículos siguientes, en lo que fueren compatibles".

33 Sobre el particular, el artículo 93 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional estipula:
"Artículo 93.- La disposición contenida en el artículo 91 no se aplicará respecto de aquellas relaciones o situaciones jurídicas que se hubieren consolidado por prescripción o caducidad, en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material o por consumación en los hechos, cuando éstos fueren material o técnicamente irreversibles, o cuando su reversión afecte seriamente derechos adquiridos de buena fe; todo lo anterior sin perjuicio de las potestades de la Sala, de conformidad con dicho artículo."

artículo 96.a[34], que establece la obligación de plantear la consulta en los supuestos en que se pretende reformar esa ley. Las consultas legislativas facultativas, en cambio, pueden ser presentadas por un número no menor de diez diputados, con respeto de cualquier otro proyecto de ley, incluyendo las reformas al Reglamento de la Asamblea Legislativa. Sobre el particular, la Ley de la Jurisdicción Constitucional también concede legitimación para entablar la consulta a la Corte Suprema de Justicia, al Tribunal Supremo de Elecciones, a la Contraloría General de la República y al Defensor de los Habitantes, si se trata de proyectos de ley referidos a sus materias. En tales casos, la *Sala Constitucional* emite un dictamen o una opinión consultiva que resulta vinculante en cuanto establezca la existencia de trámites inconstitucionales del proyecto consultado, sin perjuicio que las cuestiones de fondo sean impugnadas nuevamente por las otras vías de control de constitucionalidad. Finalmente, el veto por razones de constitucionalidad se puede realizar cuando el Poder Ejecutivo veta un proyecto de ley por motivos de constitucionalidad, cuyas razones no han sido aceptadas por la Asamblea Legislativa, según está regulado en el artículo 128 de la Constitución Política[35] . En este caso la opinión de la Sala Constitucional es vinculante tanto por razones de fondo como de procedimiento.

Son múltiples las decisiones que puede adoptar la *Sala Constitucional* en la vía de la acción de inconstitucionalidad para defender el carácter supremo de las normas constitucionales, entre ellas, la anulación de la norma infra-constitucional cuyo contenido contradice de manera abierta el Texto Fundamental, o bien la posibilidad de interpretar las normas impugnadas de conformidad con la Constitución, siempre que se respeten los límites que sobre el particular ha desarrollado la doctrina, entre ellos que no exceden el marco fijado por la norma infraconstitucional que ha de ser interpretada en consonancia con la Constitución, pues de lo contrario el intérprete último de la Norma

34 El artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley N°7531 de 11 de octubre de 1989, dispone:
"Artículo 96.- Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos, en los siguientes supuestos: a) Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la presente Ley, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros. b) Respecto de cualesquiera otros proyectos de ley, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, cuando la consulta se presente por un número no menor de diez diputados. c) Cuando lo soliciten la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República, si se tratara de proyectos de ley o de mociones incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido o efectos estimaren como indebidamente ignorados, interpretados o aplicados los principios o normas relativos a su respectiva competencia constitucional. ch) Cuando lo solicite el Defensor de los Habitantes, por considerar que infringen derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República. "

35 Piza Escalante, Rodolfo., La Justicia Constitucional en Costa Rica, San José, Investigaciones Jurídicas, 2004., p. 145. El artículo 128 de la Constitución Política de la República de Costa Rica dispone:"ARTÍCULO 128.- Si el veto se funda en razones de inconstitucionalidad no aceptadas por la Asamblea Legislativa, ésta enviará el decreto legislativo a la Sala indicada en el artículo 10, para que resuelva el diferendo dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha en que reciba el expediente. Se tendrán por desechadas las disposiciones declaradas inconstitucionales y las demás se enviarán a la Asamblea Legislativa para la tramitación correspondiente. Lo mismo se hará con el proyecto de ley aprobado por la Asamblea Legislativa, cuando la Sala declare que no contiene disposiciones inconstitucionales."

Fundamental asume competencias que le atañen en exclusividad al legislador.

En suma, si los tribunales constitucionales interpretan las normas legales más allá del texto de la disposición interfieren en las competencias del legislador con más intensidad que en los casos de anulación. Lo anterior por cuanto, de acuerdo con Hesse, en ese caso es el mismo Tribunal Constitucional quien emite una nueva norma distinta de la anterior, interpretada más allá de su sentido literal, mientras que en el supuesto de la declaratoria de nulidad la nueva configuración sigue siendo privativa del legislador[36].

Todas estas consideraciones sin duda merecen mayores reflexiones, las cuales exceden el objeto de esta investigación.

IV. EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A diferencia del *sistema de justicia constitucional italiano*, en el cual no se ha diseñado un procedimiento particular o específico ante la Corte de Constitucionalidad para la defensa de los derechos fundamentales, en el *caso alemán y en el español* sí se ha establecido, y ha sido denominado recurso de amparo o queja constitucional en el primer caso, y recurso de amparo en el segundo.

Sobre el origen del recurso de amparo, puede apuntarse que se produjo en dos lugares lejanos pero en fechas cercanas de nacimiento. Así, de acuerdo con Pegoraro, el recurso de amparo fue elaborado y traducido en la práctica en América Latina y, en concreto, en el Estado Mexicano de Yucatán, con la Constitución de 1841; de allí se extendió, con variantes muy significativas por otros ordenamientos del continente americano. Pero un instituto análogo, con rasgos muy similares, ya había sido contemplado en las Constituciones de Baden y de Baviera de 1818, y desde allí pasó a la Constitución de 1919 y a la austriaca de 1920, denominándose *Verfassungsbeschwerde o Beschwerde* en los países de lengua alemana [37].

De esta forma, en el sistema alemán la doctrina ha considerado que el recurso previsto en el artículo 93.1 num. 4a) de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana es independiente al que está contemplado en el artículo 19.4 ídem, pues sólo el primero habilita al particular para acudir directamente al Tribunal Constitucional, ante la violación de un derecho fundamental. Pero también ha considerado la doctrina que el recurso de amparo constitucional en el sistema alemán tiene un carácter híbrido, pues al rasgo subjetivo inicial le es sumado un componente de carácter objetivo, a partir de la concepción de los derechos fundamentales como un orden jurídico en un sistema coherente y completo de valores dirigido a la protección de la dignidad de la persona y a su libre desarrollo. Este valor objetivo del sistema es de tal magnitud, que convierte al Estado constitucional alemán en

36 Hesse, Konrad., Escritos de Derecho Constitucional, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 52 y 53.
37 Pegoraro, Lucio, op. cit. nota 12, pp. 106 y 107.

un Estado de los derechos fundamentales y a la sociedad en una sociedad de los derechos fundamentales[38].

Sobre el particular, Favoreu advierte que: "*la mayor parte de los recursos constitucionales se dirigen contra fallos de tribunales federales, o sea "fallos generalmente pronunciados en tercera instancia" (Schaich, 1982, p. 132). El Tribunal se convierte así en una especie de jurisdicción suprema encargada de imponer una interpretación uniforme de las normas constitucionales al conjunto de los tribunales superiores alemanes, lo que le permite ejercer una influencia decisiva sobre el conjunto del derecho alemán, comprendidos los derechos civil y penal (Fromont y Reig, p. 104)*" [39].

En vista que el Tribunal Constitucional Federal Alemán debía enfrentarse a decenas de millares de recursos individuales a los que ni siquiera la organización en secciones era capaz de hacer frente, de acuerdo con Lucio Pegoraro, "*éste se ha visto obligado a elaborar una jurisprudencia restrictiva basada en el principio de subsidiariedad: en particular, la acción directa se puede intentar sólo si no existen otros remedios jurisdiccionales y si se considera indispensable para eliminar un prevenir una violación de los derechos indicados*"[40].

A pesar de lo anterior, la experiencia ha demostrado que el *Bundesverfassungsgericht* no sólo ha tenido una importancia capital en el complejo "*mosaico*" del federalismo cooperativo alemán, sino también ha sido calificado como un "Tribunal de los ciudadanos" y ha desempeñado un papel cargado de significado no sólo en la defensa sino también en la promoción de los derechos fundamentales, gracias a la interpretación del sentido evolutivo del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del principio de igualdad, eliminándose de esta manera cualquier discriminación irracional realizada por el legislador o por la Administración Pública[41].

En el sistema de *justicia constitucional español*, por otro lado, el recurso de amparo constitucional es conocido por el Tribunal Constitucional, en los términos en que está regulado por el artículo 53.2 del Texto Fundamental, que brinda esta protección jurisdiccional a los derechos proclamados en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución Española (arts. 15 a 29 CE), más el principio de igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución y el derecho a la objeción de conciencia del 30 CE –en la actualidad, obsoleta en la práctica-. Sobre el particular el *Tribunal Constitucional Español* reiteradamente ha señalado que la protección de los demás derechos fundamentales le corresponde con exclusividad a los tribunales ordinarios. Cabe mencionar, que el *Tribunal Constitucional Español* se ha aprovechado de la jurisprudencia que ha

38 Acosta Sánchez, Juan, Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional, Madrid, Tecnos, 1998, p. 270.
39 Favoreu, Louis, op. cit. nota 3, p. 70.
40 Pegoraro, Lucio., op. cit., nota 12, p. 52.
41 Rescigno, F., op. cit.,nota 6, p. 79.

emitido en materia de recursos de amparo para sentar los patrones de conducta que han de guiar las actuaciones de los tribunales ordinarios, quienes han sido los llamados a ser los primeros defensores de los derechos fundamentales de los particulares.

Por otra parte, al comparar la actividad del *Tribunal Constitucional Federal Alemán* frente a la desplegada por el *Tribunal Constitucional Español* en el recurso de amparo, Fernández Rodríguez ha constatado que: "*los dos supuestos más conocidos en los que existe este contencioso son los de la Verfassungsbeschwerde germana y del amparo español. Aquélla procede, una vez agotadas las vías de recurso ordinarias, contra todo acto legislativo, administrativo o judicial que suponga un atentado personal, actual e inmediato a los derechos de un individuo (….) . Por su parte, el recurso de amparo español no es esgrimible frente a leyes sino sólo contra actos administrativos o judiciales que lesionen ciertos derechos fundamentales (los recogidos en los arts. 14 a 30 de la Constitución), una vez agotadas las vías de recurso ordinarias. El uso que se hace de ambas figuras es muy importante desde el punto de vista cuantitativo, lo que obliga a los dos tribunales constitucionales a efectuar una destacada labor de filtro que trate de soslayar el problema de saturación del órgano. El éxito en este sentido es relativo a pesar de que más del 95% de estos recursos son rechazados al comienzo del procedimiento por parte de las secciones correspondientes del tribunal*"[42].

De lo anterior se ha entendido que el recurso de amparo en el ordenamiento español tiene un carácter híbrido (que también se puede apreciar en el amparo alemán), pues tiene por fin no sólo la protección particular y subjetiva del derecho fundamental menoscabado, sino también la defensa objetiva de la Constitución. Esta vertiente ha sido reforzada con la aprobación de la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (aprobada por LO 6/2007 de 24/5), según la cual el recurrente debe justificar la especial trascendencia –relevancia constitucional- de la demanda para que sea admitida[43] . Es

42 Fernández Rodríguez José Julio, La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 80-81.
43 De esta forma, en el preámbulo de la LO 6/2007 de 24/5, en que se reformó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se indicó: "El elevado número de demandas de amparo ha provocado un amplio desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en detrimento de otras competencias del Tribunal Constitucional. El número de solicitudes de amparo y el procedimiento legalmente previsto para su tramitación son las causas que explican la sobrecarga que en la actualidad sufre el Tribunal a la hora de resolver estos procedimientos de garantía de los derechos fundamentales. Por esta razón, las reformas que se abordan van dirigidas a dotar al amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previstos para esta institución. Y así, entre las modificaciones que se introducen en relación con el amparo se pueden destacar el cambio en la configuración del trámite de admisión del recurso, la habilitación a las secciones para su resolución y la reforma del trámite de cuestión interna de constitucionalidad prevista en el artículo 55.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre. La primera de estas novedades es la que afecta a la configuración del trámite de admisión del recurso de amparo. Y es que frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución".

claro entonces que la reforma aludida intenta reducir el volumen de asuntos que ingresan al Tribunal Constitucional Español, al exigirle al recurrente de acuerdo con el artículo 49 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que justifique la especial trascendencia constitucional de su recurso[44].

Desde la perspectiva de un costarricense, que en esta materia tiene una tradición jurídica muy distinta a la española[45] (teniendo en cuenta que, como se verá mas adelante, en Costa Rica cualquier particular puede acceder directamente ante la Sala Constitucional por la vía del recurso de amparo, como garantía procesal y sustantiva de sus derechos fundamentales de acuerdo con el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) una reforma en esas condiciones, aunque muy necesaria por la gran cantidad de trabajo y de circulante que también enfrenta la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, incidiría de manera directa sobre el derecho fundamental de toda persona de acceder a una vía sumaria y sencilla para tutelar los derechos consagrados en la Constitución, como en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos. Esta reforma sin duda suscita importantes cuestiones constitucionales de fondo, si bien no es éste el propósito de la presente investigación. De ahí que una solución similar a la reforma española tendría que descartarse para la Ley de la Jurisdicción Constitucional costarricense. Pero el amparo constitucional español también tiene grandes diferencias con respecto al amparo costarricense, dado que el primero es un proceso de carácter extraordinario

44 El actual artículo 49 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional estipula:
"Artículo cuarenta y nueve
1. El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso.
2. Con la demanda se acompañarán:
a) El documento que acredite la representación del solicitante del amparo.
b) En su caso, la copia, traslado o certificación de la resolución recaída en el procedimiento judicial o administrativo.
3. A la demanda se acompañarán también tantas copias literales de la misma y de los documentos presentados como partes en el previo proceso, si lo hubiere, y una más para el Ministerio Fiscal.
4. De incumplirse cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados que anteceden, las Secretarías de Justicia lo pondrán de manifiesto al interesado en el plazo de 10 días, con el apercibimiento de que, de no subsanarse el defecto, se acordará la inadmisión del recurso.". Un estudio relevante sobre el tema puede ser hallado en Carrillo, Marc, La objetivación del recurso de amparo: una nueva vía de garantía de los derechos, La reforma del recurso de amparo, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012, pp. 13-80.

45 Sobre el particular, Carrillo López ha comentado: "El recurso de amparo en España dista mucho de parecerse al modelo vigente en algunos países latinoamericanos. Y algo similar es preciso añadir respecto del amparo en Alemania. En esencia, las diferencias estriban en que el recurso de amparo es una garantía procesal extraordinaria de los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional. No se trata de un recurso directo ante esta jurisdicción (aunque en Alemania lo puede ser en situaciones excepcionales para la efectiva preservación del derecho presuntamente lesionado) y sólo puede ser presentado, una vez agotada la vía judicial previa, frente a lesiones de derechos fundamentales que sean causa de actuaciones de los poderes públicos. Son pues, los jueces y los tribunales que forman parte del Poder Judicial la instancia básica de garantía de los derechos y libertades de las personas". Carrillo, Marc, op. cit., nota 29, p. 298

y subsidiario, el cual únicamente se puede promover, en términos generales, si se han agotado todos los recursos ordinarios.

En *Costa Rica*, como se ha dicho, el particular puede acceder directamente a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por el recurso de amparo, sin necesidad de agotar ninguna impugnación previa administrativa o jurisdiccional. De ahí que el recurso de amparo español, si bien no constituye un recurso de revisión contra las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales, normalmente controla la actividad desplegada por los órganos del Poder Judicial en el ejercicio de sus atribuciones. En el caso costarricense, expresamente se ha excluido la posibilidad de recurrir en esta vía una decisión de un Órgano Jurisdiccional, lo cual eventualmente podría ser inconstitucional. Respecto de lo anterior, la conformidad del artículo 30 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional[46] fue discutida ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual por mayoría decidió (en la sentencia No. 2277-92 de 18 de agosto) que esa norma no vulnera el Derecho de la Constitución. Es claro que en esta decisión la Sala Constitucional ha confundido las competencias relativas al control de constitucionalidad de las normas jurídicas, que no puede recaer sobre las resoluciones jurisdiccionales por fuerza del artículo 10 constitucional, y las relativas a la jurisdicción constitucional de la libertad, sobre la cual la Constitución Política no establece ningún impedimento[47]. En esta sentencia la mayoría de la Sala Constitucional también realizó una justificación histórica para admitir la posibilidad de interponer un recurso de habeas corpus contra una resolución jurisdiccional, pero no un recurso de amparo[48],

46 Esta norma establece: "Artículo 30.- No procede el amparo: (….) b) Contra las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial."

47 Lo anterior por cuanto, en la sentencia No. 2277-92 de 18 de agosto, la mayoría de la Sala Constitucional expresó: "ninguna diferencia habría, en cuanto a sus consecuencias, entre la declaratoria de inconstitucionalidad de una sentencia –o de cualquier otra resolución o actuación jurisdiccional- y el hecho de acoger un amparo contra ella, ya que en ambos casos lo que se produciría sería su nulidad, a efecto de que sea repuesta por un nuevo pronunciamiento -libre de vicio que la Sala hubiere determinado- pues esta carecería de competencia para pronunciar otra en lugar de la que se anula".

48 Al respecto, en esa decisión la Sala señaló: "No obstante que el amparo es el género y el hábeas corpus la especie, lo cierto es que Costa Rica adoptó –constitucionalmente- desde mediados del siglo pasado el hábeas corpus como un medio de garantizar el principio de libertad individual que a favor todos sus habitantes se plasma en las diferentes cartas políticas que han regido sus destinos. Por muchos años, país legalista, toda vez que su legislación se conformaba en un todo con aquellos principios constitucionales, la figura del hábeas corpus se desarrolló en legislación que le dieron contenido formal, históricamente, aun contra autoridades judiciales, no propiamente porque se dudase de los jueces, sino sobre todo para que los habitantes no sufrieran el irrespeto de sus garantías al ser detenidos, o encarcelados, en contra de los principios constitucionales que garantizaban su libertad, merced a la argucia, sobre todo, de acreedores, valiéndose de legislación vigente, y sin que el juez pudiera hacer nada para evitarlo por no corresponderle el pronunciamiento, ya que el conocimiento del recurso siempre fue de la Corte Suprema de Justicia, a la que también correspondía ejercer el régimen disciplinario de los funcionarios del Poder Judicial. La experiencia fue que –por aquellas circunstancias- el sistema dio buen resultado y constituyó también –para los jueces mismos- una garantía de que aun con aplicación de la Ley, que ellos no podían modificar, sí existía el medio expediente para reparar prontamente la injusticia. El amparo, en cambio, no aparece sino hasta la primera mitad de este siglo, en la Constitución que nos rige y –desde su concepción- desde luego sin que fuera aplicable a la actividad jurisdiccional.

pese a que ambos procesos jurisdiccionales constituyen diversas manifestaciones de la Jurisdicción Constitucional de la Libertad, como está consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de la República de Costa Rica[49]. Pero tampoco son atendibles las argumentaciones tendentes a justificar la imposibilidad del amparo contra resoluciones jurisdiccionales, en el hecho que el ejercicio de la judicatura debe estar en manos de personas que por su conocimiento, rectitud, y experiencia están en la obligación de respetar y hacer respetar el derecho de la constitución, ésta y sus principios, en la forma que allí ella misma lo establece, como si tales Órganos Jurisdiccionales no fuesen capaces de vulnerar derechos humanos.

Sobre el particular, es ilustrativo cómo la mayor parte de recursos de amparo en el sistema de justicia constitucional español son planteados precisamente contra resoluciones y decisiones tomadas por Órganos Jurisdiccionales, por violación del derecho consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, es decir, por la vulneración de la tutela judicial efectiva[50], que en el sistema de justicia constitucional costarricense se corresponde con el derecho al proceso debido o al debido proceso, como está protegido en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica[51] y en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[52]. Estas confusiones o imprecisiones conceptuales

49 Esta norma establece:
"ARTÍCULO 48.- Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10."

50 El artículo 24 de la Constitución Española de 1978 establece.
"Artículo 24 .1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los que jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso publico sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra si mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.La Ley regulara los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos."

51 Los artículos 39 y 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica estipulan:
"ARTÍCULO 39.- A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores, el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores."
"ARTÍCULO 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacérseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes."

52 El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce:
"Artículo 8. Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene

continúa ...

fueron duramente criticadas en el Voto particular de los Magistrados Piza Escalante (q. d. D. g.) y Solano Carrera, quienes señalaron: "*no es posible, por ello confundir, ni siquiera a efectos meramente técnicos el control de constitucionalidad de las leyes u otras normas o actos sujetos al derecho público, con las garantías constitucionales de los derechos y libertades fundamentales. Como se ve, ni lo hace la Constitución, ni lo hace la Ley de la Jurisdicción Constitucional; por lo demás, el artículo 30 inciso b) de esta última no tiene ni tuvo nunca el propósito de armonizar el amparo con la exclusión de los actos jurisdiccional del control de constitucionalidad establecido en el artículo 10 de la Constitución, tanto así que fue en el proyecto de dicha norma legal donde la Corte Suprema de Justicia había propuesto excluir del amparo todos los actos del Poder Judicial, incluso los administrativos.*" También se critica en el voto particular las razones dadas por la mayoría del Tribunal Constitucional para admitir una mayor apertura en el hábeas corpus respecto del amparo, como si existiese una diversa categoría de derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico[53]. De todo lo anterior se deduce con bastante claridad la inconstitucionalidad del artículo 30 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que dispone la imposibilidad de entablar recursos de amparo contra

... viene de la pág. anterior

derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos .5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia."

53 Sobre el particular, se dijo: "SÉPTIMO: Tampoco podemos concurrir en la tesis de la mayoría que pretende justificar diversos tratamientos de hábeas corpus y al amparo, al admitir el primero pero no el segundo contra los actos jurisdiccionales, presumiendo que el derecho de libertad personal haya sido privilegiado en la Constitución sobre los protegidos por el amparo. La verdad, tanto en el Derecho de la Constitución, como en el de los Derechos Humanos en general, es más bien la contraria: en primer lugar, porque ya el segundo ha consagrado, como principio universal, el de que todos los derechos fundamentales son indivisibles, interdependientes y de igual rango, como que todos son, por definición, esenciales a la intrínseca dignidad del ser humano, pero es que, además, tanto en uno como en otro, los derechos de libertad personal y de tránsito –al menos- se encuentran dentro de los que pueden ser suspendidos en situaciones de emergencia o de excepción, mientras que nunca pueden serlo otro muchos, meramente amparables, como los derechos a la igualdad sin discriminación, a la no retroactividad o a las garantías judiciales, según puede observarse de los artículos 121 inciso 7, 140 inciso 4 de la Constitución, 4 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; circunstancia que, por cierto, ha llevado a una buena parte de la doctrina ius internacional a considerar que son los derechos y libertades no suspendibles –y no los que sí pueden ser suspendidos, como el de libertad personal- los que pueden considerase incorporados al dominio del "Ius cogens", es decir, de las normas imperativas de Derecho Internacional que no pueden ser derogadas por la voluntad de los Estados, mediante tratados. Con otras palabras: de ser válida la tesis de la mayoría, de que sean

continúa ...

resoluciones jurisdiccionales, por vulnerar los derechos protegidos en los artículos 48 de la Constitución Política de la República de Costa Rica y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, aunque este punto ya fue conocido por la Sala Constitucional en uno de sus primeros años de funcionamiento, 1992, desde ningún punto de vista se puede obviar lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional[54], en cuanto a que las resoluciones que denieguen la acción únicamente surtirán efecto entre las partes en el caso concreto y no producirán cosa juzgada, con lo que la discusión sobre el tema sigue abierta.

Como se ha adelantado, en *el ordenamiento jurídico costarricense* el artículo 48 de la Constitución Política de la República de Costa Rica le ha asignado la competencia a la Sala Constitucional para tutelar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política y en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos aplicables en la República, a través de los recursos de amparo y de habeas corpus. De modo que el amparo, más que un remedio procesal específico, por sí mismo constituye un derecho fundamental, mediante el cual toda persona puede hacer efectiva la tutela de sus derechos vulnerados, obteniendo una reparación inmediata e integral. Con lo anterior de ninguna manera se pretende desconocer la noción instrumental que reviste el amparo en los distintos ordenamientos jurídicos, sino potenciar su carácter complejo y dual, al constituir el proceso de amparo no sólo una garantía constitucional sino un derecho fundamental por sí mismo[55].

De acuerdo con el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales a que se refiere esa ley, salvo los protegidos por el de hábeas corpus, es decir, la libertad y a la integridad personales[56]. A diferencia del amparo constitucional español, en el ordenamiento jurídico costarricense no existe una lista taxativa de derechos tutelables por medio del amparo. En este sentido, la protección se hace extensiva tanto a los derechos individuales, civiles y políticos, cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales,

viene de la pág. anterior ...

---

aplicables al amparo las limitaciones al control de inconstitucionalidad establecidas en el artículo 10 de la Constitución, con igual, o incluso con mayor razón tendrían que ser aplicables al hábeas corpus, con lo que la sentencia, para ser congruente, debía haber declarado inconstitucional, por conexión o consecuencia, en los términos del artículo 89 de la Ley de esta Jurisdicción, la posibilidad de hábeas corpus contra actos jurisdiccionales de los tribunales de justicia."

54 El artículo 87 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone:
"Artículo 87.- Las resoluciones que denieguen la acción deberán examinar todos los motivos de inconstitucionalidad que se hubieren alegado para fundamentarla.
Únicamente surtirán efecto entre las partes en el caso concreto y no producirán cosa juzgada. La acción de inconstitucionalidad podrá ejercerse contra normas o actos previamente declarados constitucionales y en casos o procesos distintos."

55 Ver Brenes Montoya, Maria Marta, El incumplimiento de las resoluciones de amparo, San José, Tesis de Licenciatura, inédita, Universidad de Costa Rica, 2005, pág. 21.

56 Al respecto, el artículo 15 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone que: "Procede el hábeas corpus para garantizar la libertad e integridad personales, contra los actos u omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, incluso judicial, contra las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ella

continúa ...

así como cualquier otro cuyo goce sea necesario para asegurar el máximo respeto de la dignidad humana.

En lo que toca a los actos impugnables a través del amparo, el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional señala que procede contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos. Además, procede no sólo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas.

En este sentido, se debe mencionar que por medio del recurso de amparo toda la actividad administrativa es susceptible de control, siempre que incida sobre los derechos fundamentales de un particular, a menos que la situación impugnada esté prevista en alguno de los supuestos regulados en el artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, sobre los cuales no es admisible el amparo: el amparo contra normas jurídicas (salvo que sea de naturaleza autoaplicativa, o autoejecutable, o se impugne de manera conjunta con el acto lesivo que pretende sustentarse en esa disposición); el amparo contra resoluciones jurisdiccionales y sus actos de ejecución; el amparo contra actuaciones y omisiones válidamente consentidas por la persona agraviada; el amparo contra actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral.

Cabe mencionar que por medio de la Ley 8765, publicada en el Alcance 37 al Diario Oficial La Gaceta No. 171 de 2 de septiembre de 2009 fue reformado el Código Electoral costarricense, reconociéndose en el ámbito del derecho positivo la facultad que jurisprudencialmente había ejercido el Tribunal Supremo de Elecciones de conocer sobre los recursos de amparo en materia electoral. En efecto, se trataba de un criterio jurisprudencial compartido, tanto por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como del Tribunal Supremo de Elecciones, en virtud del cual la primera se negaba a conocer aquellos procesos de amparo en que se reclamaba la violación de derechos políticos electorales (teniendo en cuenta, según la Sala, que se trata de materia electoral), en tanto que el segundo los asumía y los tramitaba mediante un proceso sumario, el cual había denominado "recurso de amparo electoral", y cuyo trámite se regía por la aplicación análoga de las disposiciones de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. En este sentido, el Tribunal Supremo de Elecciones, en su sentencia No. 303-E-2000, de 15 de febrero, que precisamente dio origen a esta vía procesal para la defensa de los derechos político-electorales, precisó: "*resulta pues que existe una competencia constitucional que habilita al Tribunal a conocer los reclamos que se presenten contra las actuaciones partidarias que menoscaben los derechos políticos de los militantes de las distintas agrupaciones*

viene de la pág. anterior ...

---

establezcan indebidamente las autoridades, lo mismo que contra las restricciones ilegítimas del derecho de trasladarse de un lugar a otro de la República y de libre permanencia, salida e ingreso en su territorio".

políticas del país; competencia que no puede ser rehuida por la circunstancia que no exista previsión legal al respecto o procedimiento especial para ejercerla, a la luz del principio de plenitud hermética del ordenamiento. En tal caso, la laguna del ordenamiento infra-constitucional debe ser colmada mediante las reglas usuales de integración del bloque de legalidad; lo que nos obliga, en el caso en estudio, a aplicar analógicamente las reglas del recurso de amparo que se tramita ante la Sala Constitucional, tal y como ha procedido el Tribunal en este expediente". Es claro que con la aprobación de la reforma aludida (mediante la Ley 8765), fue subsanada por el legislador la laguna normativa y ahora expresamente el Tribunal Supremo de Elecciones tiene la competencia para conocer de los amparos electorales, como se deduce del contenido del contenido del Código Electoral –artículo 225-[57]:

Es innegable entonces que el Tribunal Supremo de Elecciones tiene la competencia para tutelar o proteger al particular frente a la violación de alguno de sus derechos políticos, lo cual se infiere con claridad de una interpretación armónica de los artículos 99 y 102 de la Constitución Política. En este sentido, el hecho que el artículo 48 de la Constitución Política le haya asignado a la Sala Constitucional la competencia para conocer de los procesos de amparo y de habeas corpus, en modo alguno veda la posibilidad de que el mismo Constituyente, o incluso el legislador, establezcan otras alternativas para la defensa de los derechos político-electorales.

V.- EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE ÓRGANOS CONSTITUCIONALES

Finalmente, a los tribunales constitucionales normalmente se les ha asignado la facultad de resolver los conflictos de competencia entre los órganos constitucionales. Se trata entonces de una función, de naturaleza arbitraria, en la cual se potencia el papel de mediador que juegan estos tribunales en el entramado del sistema jurídico-político[58]. Así, el *Tribunal Constitucional Federal Alemán* goza de la potestad para resolver aquellos conflictos que se susciten entre los órganos constitucionales y entre la Federación y los Länder, o de éstos últimos entre sí, de acuerdo con el artículo 93.1 num. 1 de la Ley Fundamental[59], así como el artículo 93.1

57 Esta norma estipula: "ARTÍCULO 225.- Derechos tutelados por el amparo electoral. El recurso de amparo electoral constituye, además de un derecho fundamental en sí mismo, un mecanismo procesal para la tutela efectiva de los derechos y las libertades de carácter político-electoral. El amparo electoral procederá contra toda acción u omisión, incluso, contra simple actuación material que viole o amenace violar cualquiera de los derechos, cuando el autor de cualesquiera de ellas sea un partido político u otros sujetos, públicos o privados, que de hecho o de derecho se encuentren en una posición de poder susceptible de afectar el ejercicio legítimo de los referidos derechos. Los reclamos contra las decisiones de los organismos electorales inferiores no se tramitarán por esta vía, sino por la del recurso de apelación electoral. Este recurso no solo procederá contra los actos arbitrarios sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas."

58 Así lo afirma Fernández Rodriguez, José Julio, op. cit, nota 43, p. 88.

59 Esta norma estipula: "El Tribunal Constitucional decidirá: (…)sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental con motivo de conflictos sobre el alcance de los derechos y obligación de un órgano federal supremo o de otras partes que tengan derecho propio por esta Ley Fundamental o por el Reglamento de un órgano federal supremo".

num. 3 ídem[60] y §13.7[61] y §68[62] de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal.

Asimismo, en *el caso italiano* los conflictos de constitucionalidad están contemplados en el artículo 127 de la Constitución de la República Italiana, de la siguiente manera: "*Cuando el Gobierno estime que una ley regional excede de la competencia de la Región, podrá plantear la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal constitucional dentro de los sesenta días siguientes a su publicación. Cuando una Región estime que una ley o un acto con fuerza de ley del Estado o de otra región lesiona su ámbito de competencia, podrá entablar cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional dentro de los sesenta días siguientes a la publicación de la ley o del acto con fuerza de ley*". Sobre el particular, Alfonso Celotto y Tania Groppi han explicado que se trata de controversias sobre la distribución constitucional de las competencias, que por lo tanto dan vida a un verdadero y preciso juicio de partes en el cual justamente se disputan las atribuciones o las competencias contempladas en la Norma Fundamental, con el fin de proteger el pluralismo institucional y de las autonomías territoriales; de ahí que se discute, en concreto, "*sobre a quien corresponde una determinada competencia, mientras que el interés en la eliminación de los actos inconstitucionales (por incompetencia) queda relegado a un segundo plano, en un giro radical de perspectiva respecto del juicio de constitucionalidad*"[63]. En este orden de ideas, la Corte de Constitucionalidad Italiana ha sostenido que la vulneración de las disposiciones constitucionales relativas a la distribución de competencias entre las regiones y el Estado, o entre sus poderes: "*no se restringe únicamente al caso de desacuerdo sobre la pertenencia de la competencia, que cada uno de los sujetos contendientes reivindica para sí, sino que también comprende todo caso en el que, mediante el ejercicio legítimo de una competencia se afecte a una esfera de atribuciones constitucionalmente asignadas a otro sujeto*"[64]. De lo anterior se deduce, de acuerdo con Alfonso Celotto y Tania Groppi, que en el sistema italiano los conflictos de competencias se pueden producir por *vindicatio potestatis* (sea para reivindicar el propio poder), o por *interferencia*, sea para denunciar el ejercicio ilegítimo de la competencia por otro órgano que en todo caso es ajena[65].

60 Esta norma establece: "El Tribunal Constitucional decidirá: (…)en el caso de controversia sobre derechos y deberes de la Federación y de los Estados, especialmente en la aplicación del ordenamiento federal por los Estados y en el ejercicio de la supervisión federal".

61 El §13.7 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal establece:
"El Tribunal Constitucional Federal decide en los casos que determine la Ley Fundamental, o sea: (…)
7. En caso de diferencias de opinión sobre derecho y deberes de la Federación y de los Estados, especialmente en aplicación del derecho federal por parte de los Estados y para el ejercicio de la supervisión federal (artículo 93 num. 1 y artículo 84 num. 4 frase 2 de la Ley Fundamental)".

62 El §68 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal dispone:
"Acusados y acusadores sólo pueden ser:
Para la Federación: el Gobierno Federal.
Para el Estado: el Gobierno Estatal".

63 Celotto, A., y Groppi, A., op. cit, nota 7, p. 91.

64 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad Italiana núm. 129 de 1981.

65 Véase Celotto, A., y Groppi, A., op. cit, nota 7, p. 91.

Por su parte, *la Constitución Española de 6 de diciembre de 1978* le atribuye al Tribunal Constitucional la competencia para conocer de los conflictos constitucionales, los cuales pueden ser, por una parte, los atinentes a la organización territorial del Estado, entre éste y las Comunidades Autónomas o por éstas entre sí y, por otra, los conflictos entre los principales órganos constitucionales del Estado[66].

En este orden de ideas, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional distingue cuatro tipos de asuntos:

-los conflictos positivos (cuando los órganos involucrados reclaman la competencia para sí),
-los conflictos negativos (cuando se produce el caso contrario),
-los conflictos entre órganos constitucionales del Estado,
-y los conflictos en Defensa de la Autonomía Local.

Cabe mencionar que por la configuración de los Estados alemán, italiano y español (federal, en el primer caso, regional en el segundo, y en Comunidades Autónomas el tercero), los conflictos de competencia entre órganos constitucionales han tenido mayor relevancia que en el caso costarricense, pues en el primer caso el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha podido deslindar, por ejemplo, qué materias son competencias de la Federación y cuáles de los *Länder*. Lo mismo se ha producido en el caso español, cuando se producen solapamientos entre las competencias del Estado y de las Autonomías.

En *Austria*, por mencionar un caso especialmente relevante en esta competencia relativa a la resolución de conflictos, aunque el Tribunal Constitucional es considerado por la doctrina austriaca y por los estudios extranjeros como un órgano del Estado en su conjunto y no como un órgano central del Estado, tiene como su principal cometido (en su condición de órgano de conjunto) mantener el equilibrio constitucional entre el Bund y los Länder; de ahí que el Tribunal Constitucional constituye, de un lado, un garante en la distribución de las competencias constitucionales y, de otro, el intérprete supremo de la Constitución[67].

Pero en Costa Rica, de acuerdo con los artículos 109[68] a 111 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tiene la competencia para resolver los conflictos de competencia o atribuciones entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, o entre cualquiera de ellos y la Contraloría General de la República. También resuelve los conflictos de competencia o atribuciones

66 García de Enterría, Eduardo, La Constitución como Norma Jurídica y el Tribunal Constitucional, Madrid, Cívitas, 2006, pp. 160-165.
67 Vernet Llobet, Jaume, El Sistema Federal Austriaco, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales,1997, p. 121.
68 El artículo 109 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone: “Artículo 109.- Le corresponde a la Sala Constitucional resolver: a) Los conflictos de competencia o atribuciones entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, o entre cualquiera de ellos y la Contraloría General de la República. b) Los conflictos de competencia o atribuciones constitucionales entre cualquiera de los Poderes u órganos dichos y las entidades descentralizadas, municipalidades u otras personas de Derecho Público, o los de cualquiera de éstas entre sí.”

constitucionales entre cualquiera de los poderes u órganos de los poderes u órganos dichos y las entidades descentralizadas, municipalidades u otras personas de Derecho Público, o los de cualquiera de éstas entre sí. Sobre el particular, la Jurisprudencia de la Sala ha señalado que el conflicto de competencias para ser evacuable debe referirse a competencias constitucionales, no así meras disputas de índole administrativas.

VI.- RESOLUCIÓN DE OTRO TIPO DE PROCEDIMIENTOS POR PARTE DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Una vez analizadas algunas competencias que tradicionalmente han sido encomendadas a los tribunales constitucionales para defender el carácter supremo y normativo de los preceptos constitucionales, así como la protección de los derechos fundamentales, a continuación mencionaremos algunas particulares que en algunos sitios han sido atribuidas a estos Órganos Jurisdiccionales.

Así, en *Alemania* la Ley Fundamental de Bonn le ha otorgado la competencia al Tribunal Constitucional Federal Alemán de *prohibir algún partido político* si su funcionamiento contradice los principios recogidos en la Constitución[69]. Lo anterior, de acuerdo con Fernández Rodríguez, se puede verificar si lo solicitan cualquiera de las dos cámaras o el gobierno federal, y le ha permitido al Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad, en el año de 1952, del Partido Nacionalsocialista y, en el año 1956, del Partido Comunista[70]. Pero también ha mencionado el autor el caso de otros países en los cuales también se ha establecido un control sobre la constitucionalidad o legalidad de los partidos políticos; tales son los casos de Portugal (de acuerdo con el artículo 223 de la Constitución[71]), Albania, Bulgaria, Croacia,

69 Al respecto, el artículo 21.2 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana establece:
“Artículo 21
(….)
(2) Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales. Sobre la constitucionalidad decidirá la Corte Constitucional Federal.”
70 Fernández Rodríguez, José Julio, op. cit., nota 43, p. 88.
71 Entre algunas de las competencias que la Constitución Portuguesa de 1976 le encomienda al Tribunal Constitucional, el artículo 223 menciona las siguientes: “Artículo 223 (Competencia) 1. Compete al Tribunal Constitucional apreciar la inconstitucionalidad y la ilegalidad, conforme a lo dispuesto en los artículos 277 y siguientes. 2. Compete asimismo al Tribunal Constitucional:
Comprobar la muerte y declarar la incapacidad física permanente del Presidente de la República, así como comprobar los impedimentos temporales para el ejercicio de sus funciones;
Comprobar la pérdida del cargo del Presidente de la República, en los casos previstos en el apartado 3 del artículo 129 y en el apartado 3 del artículo 130;
Juzgar en última instancia la regularidad y la validez de los actos de proceso electoral, en los términos que establece la ley;
Comprobar la muerte y declarar la incapacidad para el ejercicio de la función presidencial de cualquier candidato a Presidente de la República, a los efectos de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 124;
Comprobar la legalidad de la constitución de partidos y sus coaliciones, así como apreciar la legalidad de sus denominaciones, siglas y símbolos, y ordenar su respectiva extinción, en los términos establecidos por la Constitución y por la ley;

continúa ...

Eslovenia, Macedonia, Moldavia, Polonia, Rumania y Turquía[72]. Sobre los alcances de ese control de constitucionalidad de los partidos políticos, Fernández Rodríguez advierte que "*puede tener sentido ante un cambio radical de sistema con el objetivo de protegerse frente a peligrosos retornos a un pasado antidemocrático. Pero en líneas generales, dejando a un lado supuestos extremos, parece más conveniente vaciar al órgano de justicia constitucional de tales competencias y que frente a los grupos antisistema sea la justicia ordinaria la que actúe vía penal*"[73].

Pero también se ha encomendado a algunos tribunales constitucionales, además de los procesos que se han visto con anterioridad, el conocimiento de los *contenciosos electorales*, como son los casos de Austria, Croacia, Eslovenia y Francia[74]. Así, por ejemplo, Favoreu considera que el Tribunal austríaco es, ante todo, un tribunal electoral y, por ello, es "*juez de lo contencioso de las principales elecciones políticas, administrativas y profesionales: elección de los diputados del Consejo Nacional, miembros de las asambleas de los Länder, de los consejos de los municipios, del presidente de la Federación, de los ejecutivos de los Länder y de los ejecutivos municipales. El Tribunal entiende asimismo en lo contencioso de las elecciones para organismos profesionales representativos que tienen la facultad de fijar sus propios estatutos*"[75]. Además, la Constitución Austriaca, en el artículo 141.2, le ha atribuido al Tribunal Constitucional la competencia para conocer sobre la regularidad de las iniciativas populares o de los referéndums[76].

Finalmente, se debe advertir que al *Consejo Constitucional Francés* le corresponde, durante los años electorales, garantizar la corrección de los escrutinios políticos, entre ellos, las elecciones presidenciales, de los diputados y senadores, así como los referéndum nacionales. Sobre el particular Louis Favoreu ha comentado: "*las reclamaciones contra las elecciones de diputados y senadores se le presentan por demanda de los candidatos o electores, a fin de que sancione irregularidades en el curso de la campaña electoral o durante el*

viene de la pág. anterior ...

Comprobar previamente la constitucionalidad y la legalidad de los referendos nacionales, regionales y locales, incluyendo la apreciación de los requisitos relativos al respectivo universo electoral;
Juzgar a requerimiento de los Diputados, en los términos establecidos por la ley, los recursos referentes a la pérdida del mandato y a las elecciones realizadas en la Asamblea de la República y en las asambleas legislativas regionales;
Juzgar las acciones de impugnación de elecciones y decisiones de órganos de partidos políticos que, en los términos establecidos por la ley sean susceptibles de recurso.
3. Compete asimismo al Tribunal Constitucional ejercer las demás funciones que le sean atribuidas por la Constitución y por la ley."

72 Fernández Rodríguez, José Julio, op. cit., nota 43, p. 89.
73 Ídem.
74 Ídem.
75 Favoreu, Louis, op. cit., nota 3, p. 66.
76 Ibídem, p. 49.
Sobre el particular, el artículo 141 de la Constitución de Austria de 1920 establece:
"Artículo 141
1. El Tribunal Constitucional conocerá: (….)

continúa ...

desarrollo del escrutinio. Si se trata de la elección del Presidente de la República, el Consejo interviene también en la preparación de las elecciones en el desarrollo de las operaciones electorales y en la proclamación de los resultados. En materia de referéndum, interviene asimismo en estas tres fases"[77].

En términos similares, el *Tribunal Constitucional Italiano* debe pronunciarse sobre la posibilidad de organizar un referéndum cuando se tienen las quinientas mil firmas necesarias para ello. Lo anterior, de acuerdo con el artículo 2 de la Legge cost. 11 marzo 1953, n. 1 (*Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale), que establece: "se le richieste di referendum abrogativo presentate a noma dell'art. 75 della Costituzione[78] siano ammissibili ai sensi del comma secondo dell'articolo stesso*)"[79] . Sobre el particular Celotto comenta que la demanda de un referéndum popular contra una ley, suscrita por quinientos mil electores o cinco consejos regionales, debe ser revisada con anterioridad, en varios aspectos, por la Oficina Central para el referéndum en el Tribunal de Casación y el Tribunal Constitucional. Dicho examen se realiza para verificar si la cuestión del referéndum reúne todos los requisitos constitucionales y, por lo tanto, si puede legítimamente ser sometida a votación popular[80].

De igual modo, en el caso italiano es particularmente relevante la competencia atribuida a la Corte de Constitucionalidad en el artículo 135 de la Constitución, en cuya razón es posible entablar un proceso penal contra el Jefe del Estado. En tal supuesto, a los quince jueces ordinarios le son agregados otros dieciséis miembros (los llamados jueces agregados), que son extraídos al azar entre un elenco de ciudadanos que únicamente reúnen los requisitos para ser electos como senador[81]. Esta composición se explica por el papel que la Corte realiza en estos casos, que se aproxima al de un Tribunal Penal. Al respecto, Alfonso Celloto y Tania Groppi advierten que esa ampliación del número de integrantes de la Corte no supone una forma de participación directa del pueblo en la administración de justicia,

viene de la pág. anterior ...

2. Se determinará por una ley federal en qué supuestos y con qué requisitos deberá el Tribunal Constitucional pronunciarse sobre las impugnaciones de resultados de iniciativas populares o de votaciones populares. Se podrá asimismo disponer mediante ley federal cuánto tiempo habrá que esperar, considerando la posibilidad de una impugnación de esta clase, para publicar una ley sobre la cual se haya celebrado una votación popular."

77 Favoreu, Louis, op. cit., nota 3, p.49.
78 El artículo 75 de la Constitución Italiana de 1947 establece:
"Articulo 75.
Se celebrara referéndum popular para decidir sobre la derogación total o parcial de una ley o de un acto con fuerza de ley cuando lo soliciten 500.000 (quinientos mil) electores o cinco consejos regionales.
No se admitirá el referéndum para las leyes tributarias y presupuestarias, de amnistía y de indulto, ni de autorización para ratificar tratados internacionales.
Tendrán derecho a participar en el referéndum todos los ciudadanos llamados a elegir la Cámara de Diputados.
La propuesta sometida a referéndum será aprobada si ha participado en a votación la mayoría de quienes tengan derecho a hacerlo y se alcanza la mayoría de los votos validamente emitidos.
La ley determinara las modalidades de celebración del referéndum."
79 Celotto, Alonso., La Corte Constituzionale, Boloña, Il Mulino, 2004.
80 Ídem.
81 Sobre el particular el artículo 58 de la Constitución Italiana de 1947 establece:

sino más bien se potencia el carácter político del juicio sobre la responsabilidad del Jefe de Estado, justamente por la preponderación de los jueces que, en ese supuesto, han sido designados por el Parlamento, para constituir ese colegio especial[82]. De esta forma, durante los años 1977 y 1979 se produjo el único juicio penal que con esas características se haya celebrado, por los delitos de corrupción que se imputaban a dos ministros con respecto a ciertas cantidades percibidas por la adquisición de aviones militares de la sociedad americana *Lockheed*. En este sentido, Celotto y Groppi advierten que se trató de un juicio demasiado costoso para su resultado final y que produjo un atraso en la Corte de Constitucionalidad que fue superado 10 años más tarde[83].

Esta situación motivó la aprobación de una revisión constitucional (mediante la ley constitucional núm. 1 1989), en cuya virtud la Corte de Constitucionalidad únicamente asumiría el conocimiento de los juicios contra el Presidente de la República en los que (de conformidad con el artículo 90, párrafo 1º de la Constitución[84]) sea responsable por los delitos de alta traición o por atentado a la Constitución[85].

Esta función que ha sido encomendada a la Corte de Constitucionalidad Italiana ha sido criticada por parte de la doctrina y, en concreto, por Fernández Rodríguez, quien sostiene que el Tribunal, al asumir esta atribución interviene directamente en el juego político-partidista, lo que puede, por un lado, ser un elemento negativo para la necesaria imagen de independencia e imparcialidad que tiene que transmitir la actuación del tribunal y, por otra, generar oscuridades en la distinción entre la Justicia Constitucional y la Justicia Política"[86].

Por su parte, *en el ordenamiento jurídico español*, es muy relevante la competencia atribuida al Tribunal Constitucional en el sentido de resolver los conflictos que sean planteados en defensa de la autonomía local, en los términos en que está regulado por los artículos 75 bis[87] a 75 quinque de la Ley

viene de la pág. anterior ...

"Articulo 58
Los senadores serán elegidos por sufragio universal y directo por los electores que tengan veinticinco anos de edad cumplidos.
Serán elegibles como senadores los electores que hayan cumplido cuarenta anos de edad."

82 Celotto, A., y Groppi, T., op. cit, nota 7, p. 93.

83 Ídem.

84 El Artículo 90 de la Constitución Italiana de 1947 dispone:
"Articulo 90
El Presidente de la Republica no será responsable de los actos realizados en ejercicio de sus funciones, salvo por alta traición o violación de la Constitución.
En estos casos será acusado por el Parlamento en sesión conjunta, por mayoría absoluta de sus miembros."

85 Celotto, A., y Groppi, T., op. cit, nota 7, p. 94.

86 Fernández Rodríguez, José Julio, op. cit., nota 43, p. 90.

87 El artículo 75 bis de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, establece:
"Artículo 75 bis.
1. Podrán dar lugar al planteamiento de los conflictos en defensa de la autonomía local las normas del Estado con rango de ley o las disposiciones con rango de ley de las Comunidades Autónomas que lesionen la autonomía local

continúa ...

Orgánica del Tribunal Constitucional. Así, de acuerdo con Troncoso, la introducción de este procedimiento de defensa de la autonomía local tiene como marco el fortalecimiento de las instituciones locales que se realiza a través de la Ley 11/1999, así como de las Leyes Orgánicas 7/1999 y 8/1999, todas de 21 de abril, que modificaron la Ley de Bases del Régimen Local, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y la Ley Orgánica de Régimen Electoral General[88].

De esta forma, señala el mismo autor, "*con estas leyes se pretende consolidar las instituciones de gobierno y de representación de la Administración local, como paso previo a una ampliación de su ámbito competencial. Las medidas adoptadas responden a cuatro decisiones básicas: en primer lugar, el fortalecimiento del papel director y ejecutivo del Alcalde y del Presidente de la Diputación, que pretende racionalizar el funcionamiento de los gobiernos locales, agilizando la gestión; en segundo lugar, la profundización de la labor de control político que ejercen los Plenos de los Ayuntamientos y de las Diputaciones Provinciales; en tercer lugar, el establecimiento de instrumentos de exigencia de responsabilidad política, que junto con la labor de control, están en el fundamento del principio democrático; en cuarto y último lugar, la materialización de la capacidad reactiva de garantía institucional de la Administración local, establecimiento un procedimiento de acceso de los Entes locales al Tribunal Constitucional*"[89].

Así, con la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para introducir este procedimiento de defensa de la autonomía local, se trata de fortalecer la garantía institucional facilitándose a los entes locales el acceso al Tribunal Constitucional. De esta forma, en este procedimiento se ha otorgado legitimación para plantear el conflicto: "*a los municipios o provincias que sean los únicos destinatarios de la ley o un séptimo número de municipios del ámbito territorial a que afecte, siempre que representen al menos a un sexto de la población oficial de este territorio, o a la mitad de las provincias de ese ámbito siempre que representen a la mitad de la población oficial del territorio estado*"[90].

VII.- CONCLUSIÓN

Tales son, pues, algunos procedimientos especiales que han sido atribuidos a los tribunales constitucionales, a parte de las competencias tradicionales que han sido asignadas a estos Órganos Jurisdiccionales para la defensa del carácter normativo pleno y supremo de la Constitución, a saber, el control de constitucionalidad de la ley, que como se ha visto, puede ser previo (antes que la norma cuestionada obtenga vigencia), o a posteriori (una vez que el precepto

viene de la pág. anterior ...

constitucionalmente garantizada.2. La decisión del Tribunal Constitucional vinculará a todos los poderes públicos y tendrá plenos efectos frente a todos."

88 Troncoso, A., La Autonomía Local: garantía institucional, desarrollo político y dificultades prácticas; Estudios de derecho constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 593.

89 Ibídem, p. 437.

90 Ibídem, pp. 597-598.

cuestionado se encuentra vigente); la tutela de los derechos fundamentales mediante un proceso denominado recurso de amparo, así como las funciones de arbitraje o de resolución de conflictos entre los órganos constitucionales del Estado.

De este modo, al comparar el sistema de *justicia constitucional costarricense frente al alemán, italiano, y español*, vemos que se caracteriza por el hecho que brinda a los particulares amplias posibilidades de hacer valer la supremacía del Derecho de la Constitución, así como la tutela de los derechos fundamentales, proclamados en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de los Derechos Humanos. En este sentido, frente a diversas iniciativas que pretenden disminuir o debilitar los controles que actualmente ejerce la Jurisdicción Constitucional, hoy más que siempre se hace necesaria su defensa en aras de tutelar los intereses de los grupos minoritarios frente a la acción desmedida de las mayorías parlamentarias. No es otro el sentido de la Constitución, como instrumento o garantía del control del poder frente a las arbitrariedades de los poderes públicos.

LA CONDENA EN ABSTRACTO EN EL ARBITRAJE

Mauricio París Cruz[1]

Introducción.

Se propone en este artículo una revisión a la práctica no poco frecuente, y en mi criterio inaplicable al arbitraje, de solicitar por parte de los abogados litigantes, y ordenar por parte de los árbitros, condenas en abstracto de daños y perjuicios en materia arbitral, a fin de que éstos sean liquidados en vía judicial mediante el procedimiento de ejecución del laudo. Consideramos que esta práctica presenta varios inconvenientes que acá se esbozarán, y además es incompatible con el arbitraje, y lo judicializa.

La condena en abstracto y los principios arbitrales.

La finalidad última del arbitraje no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto. Las partes, haciendo uso de su derecho fundamental a la autonomía de la voluntad y convienen en una cláusula arbitral para eludir la jurisdicción común, no sólo por el tiempo que ella conlleva, sino por las normas procedimentales que aplica. Para todos es conocido que el arbitraje es costoso, y además implica una renuncia muy importante: la de la jurisdicción común, que en Costa Rica implica la posibilidad de que la decisión de primera instancia sea revisada en dos instancias más, para un total de 9 jueces distintos revisando un conflicto, al menos en asuntos de mayor cuantía y sujetos al recurso de casación. El laudo debe dictarse dentro del plazo reglamentario o legal respectivo[2], precisamente para garantizar una resolución pronta, y como garantía de ello se sanciona con nulidad el laudo dictado fuera del plazo[3].

La práctica de solicitar y conceder condenas en abstracto tiene una evidente raíz judicial, ya que en la jurisdicción común es frecuente echar mano a esta solución, que de hecho está prevista en el artículo 156 del Código Procesal Civil, que al respecto dispone:

---

1 El autor cuenta con una maestría en asesoría jurídica de empresa en la Universidad Carlos III de Madrid, y cursó el programa de arbitraje comercial internacional del Instituto de Empresa. Es socio del bufete Expertis GHP Abogados. Email: mparis@expertislegal.com

2 Según se trate de un arbitraje institucional o ad hoc.

3 Dicha nulidad aplica únicamente para el arbitraje doméstico, de conformidad con las disposiciones del artículo 67 inciso a de la Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social No. 7727. La Ley sobre arbitraje comercial internacional, No. 8937 no incluye dentro de las causales de nulidad el hecho de que el laudo se haya dictado fuera del plazo. Consideramos que en efecto, el plazo para el dictado del laudo debería ser ordenatorio y no perentorio, y su inobservancia debería estar más relacionada con la responsabilidad de los árbitros que con la eficacia del laudo para poner fin al conflicto.

Artículo 156.- Frutos, intereses, daños o perjuicios. Cuando la sentencia contuviere condena al pago de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fijará su importe si hubiere datos suficientes; de lo contrario, si constare la existencia de esos extremos pero no su cuantía o extensión, se establecerá la condena en abstracto, a reserva de fijar su importe al ejecutar la sentencia, señalando, si fuere posible, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación.

Se podría interpretar que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 39 in fine de la Ley RAC, en tanto dispone que *las normas procesales de la legislación costarricense integrarán, en lo que resulte compatible, el procedimiento arbitral.* Ya en otro momento y lugar hemos denunciado el recurso indiscriminado de esta norma en el arbitraje doméstico costarricense, que ha terminado convirtiéndolo en un *ordinario privado*[4], y consideramos que la condena en abstracto en el arbitraje es otro de los casos en donde la aplicación automática del Código Procesal Civil riñe abiertamente con los principios del arbitraje y en especial con la autonomía de la voluntad, y por ende hace que el coste del arbitraje y la renuncia al control jurisdiccional que comentamos antes, pierdan todo sentido cuando a las partes, a contrapelo de su decisión de someter su conflicto a la decisión de uno o varios árbitros, se les obliga a acudir a la vía judicial a continuar una disputa que debió resolverse definitivamente en el laudo.

Piénsese además que, con el dictado del laudo el tribunal arbitral recibe sus honorarios, y el centro arbitral (en caso de un arbitraje institucional) cobra sus gastos de administración, pero si existe una condena en abstracto se remite a las partes a incurrir en más costos y costas, y a invertir más tiempo en una liquidación judicial, que muchas veces toma varios años. Es decir, un conflicto aún no resuelto, o resuelto a medias, es cobrado en su totalidad, y además termina sumando un caso más al circulante judicial, para que un juez de la República tenga que interpretar lo que el Tribunal quiso decir en su laudo.

Al respecto se ha afirmado:

"Razones de costos, tiempo, especialidad y confianza, hacen que la discusión deba mantenerse en sede arbitral y no derivarla a la jurisdicción ordinaria, en donde el juez, no conocedor del tema en particular laudado, sea por lo técnico o particular del caso, tendrá que internalizar en su intelecto la materia definida y los términos de ejecución en atención a esa definición, con la consecuente demora propia de la sobrecarga procesal de los juzgados y con el riesgo del poco conocimiento que pudiera tener sobre la materia en ejecución." [5]

En palabras del Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo del Reino de España:

"… el arbitraje supone una renuncia a la intervención de los tribunales en cuanto la misma no sea absolutamente indispensable, y de ahí la formulación del principio de exclusión de la intervención judicial: si el mismo no se aceptase no tendría razón de ser el arbitraje comercial internacional, pues los inconvenientes que puede plantear la renuncia a la jurisdicción ordinaria no quedarían compensados por los beneficios de la rapidez y flexibilidad en el orden procedimental y sustantivo que constituyen la razón de ser de la institución." [6]

4 Para un análisis detallado de este tema consúltese: PARÍS CRUZ, Mauricio: "El necesario divorcio entre el Código Procesal Civil y el arbitraje comercial". En: Revista Judicial No. 109. Disponible en línea en el siguiente enlace: http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/Revista%20109/PDFs/08_necesario_divorcio.pdf

5 LEDESMA NARVAEZ, Marianella: "¿El laudo pone fin al proceso arbitral? En: Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Palestra Editores, Vol. No. 5. Lima, Perú, 2008. Págs. 17 – 48.

Precisamente por las razones antes expuestas el artículo 58 de la Ley de resolución alterna de conflictos – en lo sucesivo Ley RAC- es claro al decir que el laudo será **definitivo**, y una vez dictado, producirá los efectos de cosa juzgada material y las partes deberán cumplirlo sin demora. Si el laudo no es definitivo, no puede producir los efectos de cosa juzgada material, y las partes no pueden cumplirlo sin demora.

Uno de los principios arbitrales que más ha defendido la Sala Primera de la Corte Suprema Justicia al resolver sobre materia arbitral ha sido el Principio de mínima intervención judicial. En virtud de dicho Principio, la participación de la jurisdicción común se limita fundamentalmente a los siguientes aspectos:

i) Nombramiento de árbitros (Art. 27 Ley RAC).

ii) Resolver el recurso de apelación en materia de competencia (Art. 38 Ley RAC).

iii) Auxilio judicial en el dictado de medidas cautelares (Art. 52 Código Procesal Civil).

iv) Auxilio judicial para recabar datos o solicitar auxilio de cualquier autoridad (Art. 12 párrafo primero Código Procesal Civil).

v) Ejecutar las resoluciones legalmente dictadas por los árbitros (Art. 12 párrafo segundo Código Procesal Civil).

vi) Resolver los recursos de nulidad y revisión contra el laudo (Arts. 64 y 65 Ley RAC).

vii) Otorgar el reconocimiento y facilitar la ejecución de los laudos arbitrales dictados en el extranjero (Art. 705 Código Procesal Civil, 54 Ley Orgánica del Poder Judicial y Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales).

No puede ni debe entonces el sistema judicial, intervenir en ningún aspecto adicional a los antes mencionados, o a cualquier otro que expresamente no esté contemplado en una norma imperativa. Así lo dice con meridiana claridad el artículo 5 de la Ley de arbitraje comercial internacional No. 8937 – en lo sucesivo Ley Modelo-: *En los asuntos que se rijan por la presente ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esta ley así lo disponga.*

En consecuencia, en nuestro ordenamiento, no se les concede a los jueces de la República facultades de liquidar ni fijar una

6 XIOL RÍOS, Juan Antonio: "El arbitraje y los tribunales de justicia". Ponencia tomada del sitio web: http://www.clubarbitraje.com/files/docs/ponencia_xiol.pdf

condena arbitral en abstracto, ni tampoco de coadyuvar a los árbitros en el mandato contractual que les otorgaron las partes en la cláusula arbitral para poner fin a la controversia.

Desde luego que acá lo que nos interesa entonces es delimitar qué implica la facultad de *ejecutar las resoluciones legalmente dictadas por los árbitros*, en los términos del artículo 12 del Código Procesal Civil.

Dice el Diccionario de la Real Academia que ejecutar es *Desempeñar con arte y facilidad algo*, mientras liquidar es *Hacer el ajuste formal de una cuenta*. Ambas palabras no son sinónimas. Pero la respuesta a esta interrogante nos ha de llevar más allá de un análisis sintáctico.

Las facultades de ejecución que tiene el Poder Judicial en materia arbitral tienen que ver exclusivamente con el ejercicio de una potestad reservada a dicho órgano: el *ius imperium*, es decir la ejecución forzosa de las resoluciones legalmente vinculantes, como los laudos, haciendo uso del monopolio de la fuerza con que cuenta el Estado. Es decir, la potestad en este punto no es de auxilio o asistencia a la hora de resolver la controversia, ni de dictar un laudo en coautoría, sino simplemente de ejecutar una resolución dictada por el tribunal arbitral. Así por ejemplo se ha afirmado:

"Se subraya, en suma, que el ejercicio de la función judicial en relación con el arbitraje no implica una sustitución de las facultades de los árbitros, sino un apoyo para su ejercicio cifrado en la resolución de las cuestiones procedimentales que escapan a sus facultades o al poder de disposición de las partes, en la adopción de medidas cautelares o ejecutivas o medios de prueba para garantizar el buen fin del laudo y en el control de la regularidad formal y externa del mismo (…) El arbitraje requiere una especial tutela jurisdiccional a lo largo de su recorrido, pero la intervención de los tribunales es esencial para garantizar su eficacia cuando se trata de obtener su cumplimiento por medios coactivos monopolizados por el poder del Estado. El sistema de ejecución del laudo constituye el centro de gravedad de la protección jurisdiccional que debe dispensársele para su eficacia. En consecuencia, el acuerdo de resolver definitivamente la controversia por vía de arbitraje debe interpretarse en el sentido de que las partes consienten la llamada ejecución automática, cláusula contenida en muchos acuerdos de arbitraje en los Estados Unidos." [7]

La ejecución automática antes mencionada, no es otra cosa más que la disposición contenida en el artículo 58 de la Ley RAC, en cuanto obliga a las partes a acatar el laudo sin demora, lo cual nuevamente se frustra si el laudo requiere una liquidación no prevista en nuestra legislación.

Conviene traer a colación el derecho comparado, por ejemplo, el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española – en lo sucesivo LEC- regula lo que en dicho país se denomina sentencia con reserva de liquidación, que es nuestro equivalente a una condena en abstracto. Dice la norma:

1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, ***no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética****.*

2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, ***que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución****.*

3. Fuera de los casos anteriores, ***no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución***. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos ***cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades***.

Esta norma procesal española se fundamenta en un principio totalmente aplicable a nuestro artículo 156 del Código Procesal Civil, en tanto la condena con reserva de liquidación o en abstracto, tanto en España como en Costa Rica, debe contener las bases a fin de que la ejecución consista en una simple operación aritmética[8]. No debe el juez de ejecución entrar a recabar prueba, a valorarla ni tampoco a juzgar nuevamente el fondo del asunto, si quiera superficialmente. En ese sentido, refiriéndose eso sí a un proceso judicial, ha dicho esta Sala:

"La posibilidad de condenar en abstracto no exime al actor del deber de concretar en qué consisten los daños y perjuicios que se reclaman y realizar su estimación. Pues la condenatoria en abstracto se refiere solo al caso de que no existan datos suficientes para fijar su importe, cuantía o extensión de los daños." [9]

Se ha planteado en España la discusión de si el laudo con reserva de liquidación es sujeto del proceso de ejecución, concluyéndose que sería aplicable a éste el presupuesto del inciso 3) del artículo 219 de la LEC, antes transcrito, en tanto obligaría a sustanciar un

7 XIOL RÍOS, Juan Antonio: "Notas sobre la ejecución de los laudos arbitrales". En: Revista del Club Español del Arbitraje No. 5-2009. Págs. 93 a 109.

8 Un ejemplo de una simple operación aritmética podría ser la liquidación de costas en el arbitraje doméstico, en donde la tarifa está tasada en el Arancel de Honorarios del Colegio de Abogados. Sin embargo, por economía procesal es innecesario que el tribunal arbitral haga que las partes acudan a un proceso de ejecución de laudo únicamente a liquidar un rubro que debe ser liquidado en el propio laudo. Por suerte, en nuestra experiencia, en los últimos años los tribunales han optado mayoritariamente por incluir en el laudo una liquidación de las costas personales y procesales.

9 Sala Primera, Votos No. 774-2003, de 20 de noviembre y 127-1996 de 13 de enero.

nuevo pleito, es decir, acudir a un proceso declarativo o arbitral. Al respecto, citamos:

"Por lo que respecta al segundo interrogante planteado (si el art. 219.3 LEC es aplicable también a los laudos arbitrales), puesto que el precepto no establece limitación expresa al respecto, ello podría hacer pensar en una respuesta negativa y, por tanto, en que en fase de ejecución pudieran llevarse a cabo las correspondientes operaciones de liquidación del laudo arbitral. ***Lo cierto en que nos encontraríamos en este caso ante una resolución de condena carente de eficacia ejecutiva como consecuencia de su iliquidez, por lo que no podría iniciarse la ejecución forzosa y no podría liquidarse, por tanto, de acuerdo con el procedimiento previsto en los arts. 712 y ss LEC****.* [Se trata del proceso equivalente a la ejecución de sentencia] *Se plantea el problema, pues, de determinar cuál es el mecanismo adecuado para su liquidación.* ***Por ello, considero que la reserva de liquidación prevista en el art. 219.3 LEC es también aplicable a los laudos, de modo tal que ante una resolución arbitral ilíquida cabría, bien acudir a un proceso declarativo para proceder a su liquidación, bien acudir a un nuevo arbitraje para discutir exclusivamente acerca de la determinación de la condena."***[10]

Entonces, el principal problema es la práctica no infrecuente de dictar condenas que no implican al juez de ejecución una simple operación aritmética, ya que en esos casos **¿Bajo qué criterios podrá el juez de ejecución fijar la condenatoria? Sobre todo en aquellos casos en donde** la discusión implica producción de prueba pericial o documental, por lo que lejos de ser una simple operación aritmética, se trata de la continuación de un debate no precluído, y requiere una definición que no puede concederse en dicha sede, como acertadamente se ha indicado:

"Por otro lado, universalmente se considera tanto a los procesos de cognición como los procesos de ejecución, los dos pilares sobre los que se construye la dinámica procesal; en el primer supuesto (procesos de cognición) nos encontramos con los conflictos que buscan definirse, que buscan se reparta los derechos en conflicto; en cambio los procesos de ejecución no buscan ninguna definición, pues las prestaciones ya han sido definidas anteladamente (sic), sea a través de la sentencia de condena o por acuerdo de partes, de ahí que se considere que el título es vital para la ejecución, pues, sin título no hay ejecución." [11]

La condena abstracta puede constituirse también en una fórmula perfecta para burlar la ultra petita, ya que puede darse el caso de que la petitoria a unos daños y perjuicios en la demanda arbitral tuviera un límite, pero que el tribunal arbitral condene en abstracto a tales extremos y remita a la parte vencedora a ir a una ejecución de sentencia a procurar demostrar lo que no pudo, o no quiso demostrar en el proceso arbitral, sin fijar tan siquiera ese monto peticionado como tope a esos daños y perjuicios, esto

10 FERNANDEZ LÓPEZ, Mercedes: "Notas sobre las sentencias con reserva de liquidación". En: Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil. No 26, Abril 2006, Págs. 17 a 29.

11 LEDESMA NARVAEZ, Óp. Cit. Pág. 32.

implica que se podría perfectamente burlar la *ultra petita* si en el proceso de ejecución de sentencia se llega a fijar un monto superior como indemnización. Es una suerte de *ultra petita* delegada, que sólo ayuda a contribuir a la inseguridad jurídica derivada de esta práctica judicializadora.

El motivo por el cual se llega a dictar una condena en abstracto también debe analizarse en detalle. Usualmente se llega a esa situación por inactividad procesal en la producción de prueba adecuada que liquide los daños, siendo que el litigante se enfoca principalmente en demostrar la existencia del daño o del perjuicio, descuidando la prueba sobre su liquidación y extensión. En este caso, la condena en abstracto es aún más reprochable en tanto consiste en una segunda oportunidad para la parte vencedora de producir la prueba que no quiso o no pudo producir en el proceso arbitral.

Una solución factible y acorde con los principios arbitrales podría ser la bifurcación del procedimiento[12], en donde las partes acuerden al inicio del proceso, o el tribunal así lo determine, separar la discusión en dos etapas: una primera en donde se discuta la existencia del daño o del perjuicio, y una segunda (sujeta a dicha existencia), en donde se liquide su importe. [13]

Por último, es interesante el ejercicio de imaginar un laudo que, dictado en Costa Rica incluya una condenatoria en abstracto, y deba ejecutarse en otro país. Es interesante pensar si la liquidación tendría que realizarse o no en Costa Rica, o si podría presentarse en el país en donde la ejecución del laudo se solicite. En cualquier caso, aun cuando el proceso de liquidación de dicha condena se realice en Costa Rica, si el laudo se debe ejecutar en otro país, la sentencia judicial que lo liquida no sería un laudo, sino una sentencia judicial, por lo que no aplicarían los extremos de la Convención de Nueva York sobre la ejecución de las sentencias arbitrales, así que debería realizarse el trámite de exequátur de una sentencia judicial ordinaria, con las complejidades que esto conlleva. Sin duda el tema ofrece múltiples aristas que no pueden ser abarcadas en este artículo por motivos de espacio.

A manera de conclusión.

La participación del Poder Judicial en la ejecución del laudo se limita a garantizar su eficacia, no a adicionarlo, ampliarlo o liquidarlo. Es deseable que, como parte del proceso de depuración y sofisticación que debe sufrir el arbitraje en Costa Rica, se erradique la costumbre de otorgar condenas en abstracto en los laudos arbitrales. En

12 Sobre el tema puede consultarse: DE NADAL, Elisabeth: "Bifurcación del procedimiento arbitral y laudos arbitrales. Estrategia y eficiencia". En: Arbitraje: Comentarios prácticos para la empresa. Ed. Difusión Jurídica, 2011. Págs. 127 a 138.

13 La bifurcación del proceso es un tema muy interesante que no se desarrolla en este artículo por motivos de espacio. Sería muy deseable que los distintos centros de arbitraje del país incluyeran normas al respecto que permitan al tribunal su aplicación aun cuando no exista acuerdo entre partes. También debe tomarse en consideración que estaríamos en presencia de un proceso que eventualmente podría implicar dos laudos parciales, ambos sujetos al recurso de nulidad, uno con relación a la existencia del daño o perjuicio, y otro con relación a su liquidación.

esta labor, es necesario que los abogados litigantes eviten incluir pretensiones de ese tipo, y propongan la producción de prueba que liquide los daños y perjuicios; asimismo, es necesario que los árbitros rechacen estas pretensiones en caso de que se les soliciten, y cumplan su deber de liquidar todos los extremos cuando cuenten con información en el expediente, o propongan a las partes considerar bifurcar el procedimiento. Por último, la labor de la Sala Primera, como unificadora de la jurisprudencia arbitral, es sumamente importante en tanto en los casos que sea necesario, anule las condenatorias en abstracto que no se limiten a simples operaciones aritméticas.

LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO HIPOTECARIO CAUSADA POR EL DEBATE SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, Asunto C-415/11

M. Sc. Yuri López Casal (Heidelberg)

1. Introducción

El pasado 14 de marzo de 2013 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitió un importante veredicto relacionado con la influencia que tiene la discusión de presuntas cláusulas abusivas plasmadas en los contratos de préstamo hipotecario en los procesos ejecutivos hipotecarios planteados por bancos y otras entidades financieras españoles contra los deudores de tales préstamos. De acuerdo con esa sentencia, la normativa española vigente, la cual impide que el Juez que conoce de un proceso declarativo, ante el cual el consumidor hubiese presentado una demanda en la cual hubiese alegado el carácter abusivo de una determinada cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutorio, pueda adoptar medidas cautelares tendentes a suspender el proceso hipotecario, cuando la adopción de esas medidas fuese necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, es contraria al Derecho de la Unión Europea, pues lesiona la Directiva 93/13/CEE del Consejo de la Unión Europea de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En este trabajo se expondrán los aspectos más importantes de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 y se indicará cuáles consecuencias podría tener en el Derecho Procesal Civil costarricense.

2. El caso que dio origen a la sentencia

Se trató de una demanda ordinaria interpuesta por el señor llamado Mohamed Aziz el día once de enero de 2011 contra la entidad financiera española, llamada Catalunyacaixa, planteada ante el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, en la cual el actor solicitó que se anulara, por considerarla abusiva, una determinada cláusula del contrato de préstamo hipotecario que había celebrado con esa entidad financiera y que, como consecuencia de ello, se anulara completamente el proceso de ejecución hipotecaria que su acreedora hipotecaria, sea la entidad financiera antes

mencionada, había incoado contra él por impago de la hipoteca, proceso que había culminado con el remate del inmueble dado en garantía hipotecaria (que era destinado por el señor Aziz para la vivienda de él y de su familia), la adjudicación a la entidad financiera y su posterior puesta en posesión, la cual provocó el desalojo del señor Aziz y su núcleo familiar.

Otros detalles fácticos relevantes sobre el caso que dio origen a la sentencia que se analiza en este ensayo son los siguientes:

"El capital prestado por Catalunyacaixa era de 138.000 euros. Debía amortizarse en 33 anualidades, con 396 cuotas mensuales, a partir del 1 de agosto de 2007. De los autos trasladados al Tribunal de Justicia se desprende que el contrato de préstamo suscrito con Catalunyacaixa establecía en su cláusula 6 unos intereses de demora anuales del 18,75 % automáticamente devengables respecto de las cantidades no satisfechas a su vencimiento, sin necesidad de realizar ningún tipo de reclamación. Además, la cláusula 6 bis de dicho contrato confería a Catalunyacaixa la facultad de declarar exigible la totalidad del préstamo en el caso de que alguno de los plazos pactados venciera sin que el deudor hubiese cumplido su obligación de pago de una parte del capital o de los intereses del préstamo. Por último, la cláusula 15 del contrato, que regulaba el pacto de liquidez, preveía no sólo la posibilidad de que Catalunyacaixa recurriera a la ejecución hipotecaria para cobrar una posible deuda, sino también de que pudiera presentar directamente a esos efectos la liquidación mediante el certificado oportuno que recogiese la cantidad exigida. El Sr. Aziz abonó con regularidad las cuotas mensuales desde julio de 2007 hasta mayo de 2008, pero dejó de hacerlo a partir de junio de 2008. En vista de ello, el 28 de octubre de 2008 Catalunyacaixa acudió a un notario con objeto de que se otorgara acta de determinación de deuda. El notario certificó que de los documentos aportados y del contenido del contrato de préstamo se deducía que la liquidación de la deuda ascendía a 139.764,76 euros, lo que correspondía a las mensualidades no satisfechas, más los intereses ordinarios y los intereses de demora. Tras requerir infructuosamente al Sr. Aziz el pago de lo debido, Catalunyacaixa inició el 11 de marzo de 2009, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell, un procedimiento de ejecución contra el interesado, reclamándole las cantidades de 139.674,02 euros en concepto de principal, 90,74 euros en concepto de intereses vencidos y 41.902,21 euros en concepto de intereses y costas. El Sr. Aziz no compareció, por lo que, el 15 de diciembre de 2009, dicho Juzgado ordenó la ejecución. Se envió al Sr. Aziz un requerimiento de pago, que éste no atendió y al que no formuló oposición. En estas circunstancias, el 20 de julio de 2010 se celebró una subasta pública para proceder a la venta del inmueble, sin que se presentara ninguna oferta. En consecuencia, con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell admitió que el bien se adjudicara en el 50 % de su valor. Dicho Juzgado también señaló el 20 de enero de 2011 como la fecha en que debía producirse la transmisión de la posesión al adjudicatario. En consecuencia, el Sr. Aziz fue expulsado de su vivienda. No obstante, poco antes de que eso ocurriera, el 11 de enero de 2011 el Sr. Aziz presentó demanda en un proceso declarativo ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, solicitando que se anulara la cláusula 15

del contrato de préstamo hipotecario por estimarla abusiva y, en consecuencia, que se declarara la nulidad del procedimiento de ejecución. En este contexto, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona manifestó dudas en cuanto a la conformidad del Derecho español con el marco jurídico establecido por la Directiva. En particular, señaló que si, a efectos de la ejecución forzosa, el acreedor opta por el procedimiento de ejecución hipotecaria, las posibilidades de alegar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo son muy limitadas, ya que quedan postergadas a un procedimiento declarativo posterior, que no tiene efecto suspensivo. El órgano jurisdiccional remitente consideró que, por este motivo, resulta muy complicado para un juez español garantizar una protección eficaz al consumidor en dicho procedimiento de ejecución hipotecaria y en el correspondiente proceso declarativo. Por otro lado, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona estimó que la solución del litigio principal planteaba otras cuestiones relacionadas, en particular, con la interpretación del concepto de «cláusulas que tengan por objeto o por efecto imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta», contemplado en el número 1, letra e), del anexo de la Directiva, y el de «cláusulas que tengan por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor», previsto en el número 1, letra q), de dicho anexo. A su juicio, no está claro que las cláusulas relativas al vencimiento anticipado en contratos de larga duración, a la fijación de intereses de demora y a la determinación unilateral por parte del prestamista de los mecanismos de liquidación de la totalidad de la deuda sean compatibles con las disposiciones del anexo de la Directiva. En estas circunstancias, al albergar dudas sobre la correcta interpretación del Derecho de la Unión, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales: 1. Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previsto en el ordenamiento procesal español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.

2. Se requiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que pueda dar contenido al concepto de desproporción en orden: a) A la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectados en un largo lapso de tiempo –en este caso 33 años– por incumplimientos en un período muy limitado y concreto. b) La fijación de unos intereses de demora –en este caso superiores al 18 %– que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo) y que en otros ámbitos de la contratación de consumidores se podrían entender abusivos y que, sin embargo, en la contratación inmobiliaria no disponen de un límite legal claro, aun en los casos en los que hayan de aplicarse no sólo a las cuotas vencidas, sino a la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado. c) La fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables –tanto ordinarios como moratorios– realizados unilateralmente

por el prestamista vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria [y que] no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un procedimiento declarativo en el que cuando haya obtenido pronunciamiento definitivo la ejecución habrá concluido o, cuando menos, el deudor habrá perdido el bien hipotecado o dado en garantía, cuestión de especial trascendencia cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble".

3. La decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con respecto a la primera cuestión prejudicial formulada por el Juzgado consultante

Como se indicó en el acápite anterior, la primera cuestión prejudicial que planteó el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona consistió en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinara si la normativa procesal española eventualmente sería contraria al Derecho de la Unión Europea por el hecho de que, además de no preveer, en el marco del procedimiento de la ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un agente económico, tampoco permite que el Juez que conoce del proceso declarativo, el cual es competente para apreciar y juzgar el carácter abusivo de la cláusula contractual, adopte medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final.

Con respecto a esta primera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió de la siguiente manera:

"En efecto, consta en autos que el sistema procesal español prohíbe al juez que conoce de un proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria adoptar medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final, no sólo cuando aprecie el carácter abusivo, con arreglo al artículo 6 de la Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sino también cuando compruebe que esa cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público, lo que le corresponde a él verificar (véase, en este sentido, la sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 48). En lo que respecta al principio de efectividad, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición en el conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales (sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 49). En el presente asunto, de los autos trasladados al Tribunal de Justicia se desprende que, según se establece en el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando ésta se funde en la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, en un error en la determinación de la cantidad exigible –cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado– o en la sujeción a otra prenda o hipoteca inscritas con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento. Con arreglo al

artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cualquier otra reclamación que el deudor pueda formular, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el correspondiente capítulo de dicha Ley. Por otra parte, en virtud del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133 de dicha Ley, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. Pues bien, de lo expuesto se deduce que, en el sistema procesal español, la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal indicada. A este respecto, es preciso señalar, no obstante, que, habida cuenta del desarrollo y de las peculiaridades del procedimiento de ejecución hipotecaria controvertido en el litigio principal, tal supuesto debe considerarse residual, ya que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos (véase, en este sentido, la sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 54). Por consiguiente, procede declarar que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 77). En efecto, tal como señaló también la Abogado General en el punto 50 de sus conclusiones, sin esa posibilidad, en todos los casos en que, como en el litigio principal, se haya llevado a cabo la ejecución de un inmueble hipotecado antes de que el juez que conozca del proceso declarativo adopte una decisión por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual en que se basa la hipoteca y, en consecuencia, la nulidad del procedimiento de ejecución, esa decisión sólo permite garantizar al consumidor una protección a posteriori meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13. Así ocurre con mayor razón cuando, como en el litigio principal, el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, puesto que el

mencionado mecanismo de protección de los consumidores, limitado al pago de una indemnización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda. Así pues, tal como ha puesto de relieve asimismo el juez remitente, basta con que los profesionales inicien, si concurren los requisitos, el procedimiento de ejecución hipotecaria para privar sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 55). En estas circunstancias, procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos. A la luz de estas consideraciones, ha de responderse a la primera cuestión prejudicial que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final".

4. Consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Derecho Procesal Civil costarricense

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 brinda una oportunidad de oro para revisar, crítica y reposadamente, el sistema procesal civil costarricense en temas tales como la influencia que puede tener el debate que se sustancia en el proceso ordinario en el proceso ejecutivo hipotecario, en el cual, como sucedió en el caso juzgado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ejecuta una hipoteca que pudiese tener cláusulas abusivas perjudiciales para el consumidor y la adopción de medidas cautelares atípicas, por parte del Juez que conoce del proceso ordinario, con pleno efecto vinculante para los sujetos procesales (las partes del proceso y el Juez) del proceso ejecutivo hipotecario.

Lo anterior se debe a que la jurisprudencia costarricense, de manera reiterada, ha sentado el criterio de que la interposición de un proceso ordinario no tiene la virtud de suspender la ejecución hipotecaria, porque son procesos autónomos e independientes y porque no hay prejudicialidad. Ejemplo de este criterio fuertemente arraigado en la praxis judicial costarricense y que hoy en día está previsto, también, por el numeral

11 de la Ley de Cobro Judicial, es el **Voto número 961-L de las 7:50 horas del 20 de setiembre de 2006,** en el cual se indicó lo siguiente: "*Desde vieja fecha este Tribunal ha reiterado que una demanda declarativa no tiene la virtud de suspender otro proceso, ni se trata de una hipótesis de prejudiciales. Al respecto y, como valiosos antecedentes, se pueden consultar los votos números 1906-E de las 8 horas 45 minutos del 16 de diciembre de 1992 y 377 de las 8 horas 10 minutos del 15 de marzo de 1994. La tesis jurisprudencial se fundamenta en razones jurídicas y doctrinarias. Respecto a la legalidad, el proceso ordinario no es motivo de suspensión según las causales previstas en el artículo 202 del Código Procesal Civil. Por el contrario, como regla de principio, la prejudicialidad procede por causa penal. Incluso, tratándose de una ejecución hipotecaria, solo se suspende por falsedad de la escritura hipotecaria. Todo ello se echa de menos en autos. Por otro lado, prevalece la autonomía de los procesos. Permitir que la presentación de un ordinario suspenda un sumario o de ejecución, dejaría sin efecto la clasificación de los procesos y la cosa juzgada formal. No se pretende cuestionar el derecho de promover la demanda declarativa, pero esa vía no constituye un medio para impugnar y suspender resoluciones dictadas en otros procesos. Sin más consideraciones por innecesario, se confirman los dos autos apelados*". Del mismo modo, el Tribunal Primero Civil, en su **voto número 726-N de las 8:10 horas del 26 de julio de 2006**, resolvió: "*AUTO DE LAS 16:00 HORAS DEL 20 DE ABRIL DE 2006 (folio 351) En este pronunciamiento se rechaza la solicitud de suspensión, promovida por la sociedad demandada. Como bien lo dice el a-quo, la existencia de un proceso ordinario no es razón para suspender la ejecución hipotecaria. Se trata de dos procesos autónomos e independientes, sin que exista prejudicialidad en este caso. Ese instituto únicamente procede cuando se alega la falsedad de la hipoteca en sede penal, en cuya situación lo que se suspende es la aprobación del remate. Doctrina del artículo 654 del Código Procesal Civil. Por lo expuesto, no hay vicios que hayan causado indefensión o se viole el curso normal del procedimiento. Conforme a los numerales 194 y 197 del citado cuerpo legal, se deniega la nulidad concomitante. Se confirma la resolución impugnada*".

La tendencia jurisprudencial que reflejan los votos mencionados anteriormente se vuelve todavía más gravosa y lesiva para el deudor hipotecario que acude a la vía declarativa y solicita en ésta última medidas cautelares atípicas, tales como la anotación del proceso ordinario en el proceso hipotecario o bien la suspensión de la ejecución hipotecaria hasta tanto no recaiga sentencia firme dentro del proceso ordinario, porque los tribunales costarricenses han interpretado que la resolución que rechaza la tutela cautelar atípica no tiene recurso de apelación. Así se desprende, por ejemplo, del **voto número 113 de las 14:55 horas del 30 de abril de 2008 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda**, en el cual se dispuso lo siguiente: "*I. En la resolución apelada, el Juzgado indicó: "Se rechaza la solicitud del de -sic- la actora, toda vez que en este proceso no se a -sic- declarado algún derecho a favor de la misma, por lo que debe de acudir a la vía legal correspondiente". Se debe entender, pese a la falta de precisión de lo indicado, que se está rechazando la solicitud de medida cautelar atípica solicitada en la demanda (folio 164), consistente en anotar la existencia de este proceso en otro, de naturaleza ejecutiva hipotecaria, así como ordenar a ese Juzgado no ejecutar una sentencia supuestamente dictada ahí. Así lo entendió la parte actora*

al presentar los recursos de revocatoria con apelación en subsidio, combatiendo la denegatoria de la citada medida. II. En el proceso civil rige el principio de taxatividad de los autos apelables, es decir, cabe el citado recurso únicamente contra los autos expresamente indicados por el legislador. El artículo 560 del Código Procesal Civil establece la lista de autos apelables en procesos ordinarios, dentro de los cuales no se encuentra aquél que deniegue la solicitud de medidas cautelares atípicas. Tampoco existe otra disposición en la normativa procesal civil que conceda tal recurso para este tipo de auto. Por ende, ha de declararse mal admitida la apelación. ***POR TANTO****: Se declara mal admitida la apelación*". Por su parte, en el **voto número 223 de las 9:50 horas del 25 de junio de 2009 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda**, se indicó lo siguiente: "***I****. El representante de la parte actora, en escrito presentado el 3 de marzo de este año (folio 282), solicitó lo siguiente: "Teniendo conocimiento de que el codemandado H. P., está realizando trabajos sobre el inmueble objeto de este proceso, trabajos que él mismo confiesa en sus escritos, de conformidad con lo estipulado en el numeral 242 del Código Procesal Civil, solicito se le ordene la paralización de los trabajos al ser evidente que puede causarle al derecho de la actora una lesión grave de difícil reparación.". En la resolución que ahora es objeto de apelación, en cuanto a lo que aquí interesa, se dispuso conceder esta medida cautelar atípica. II. El artículo 560 del Código Procesal Civil concede el recurso de apelación contra el auto que deniegue la cancelación de una medida cautelar. El 429 del mismo cuerpo legal lo admite contra la resolución que le ponga fin a cualquier clase de medida cautelar. Por ello, en los procesos de conocimiento pleno de nuestro Código Procesal Civil no se concede este recurso contra la resolución que conceda una medida cautelar, ni tampoco contra el que la deniegue. Tampoco en el título concerniente a medidas cautelares del citado Código se concede recurso de apelación en casos como el presente, pues únicamente se le concede a la resolución que niegue la práctica de una prueba anticipada (artículo 253), a la final que se pronuncie sobre el beneficio de pobreza (artículo 257), al decreto de arraigo (artículo 271) y al auto que decreta el embargo preventivo (artículo 281). En el numeral 242 del citado Código, que regula las medidas cautelares atípicas, que es la hipótesis que aquí interesa, no se concede tal remedio jurídico. Por ende, el auto apelado carece de alzada, debiéndose declarar mal admitida la apelación.* ***POR TANTO****: Se declara mal admitida la apelación*". **(en igual sentido pueden consultarse los siguientes votos: Tribunal Primero Civil. Voto número 277-L de las 7:35 horas del 26 de marzo de 2008; Tribunal Segundo Civil. Sección Segunda. Voto número 109 de las 10:25 horas del 29 de abril de 2005 y Tribunal Segundo Civil. Sección Segunda. Voto número 292 de las 15:30 horas del 24 de octubre de 2007)**.

5. Consideraciones finales

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 14 de marzo de 2013, ha sido claro, contundente y valiente en dictaminar que la normativa procesal española, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el cual el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13/CEE del Consejo de la Unión Europea de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, lo

cual lesiona y violenta el Derecho de la Unión Europea.

Por otra parte, se concluye que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que la indemnización por daños y perjuicios que prevé la normativa española para el consumidor que, con posterioridad al remate de su inmueble, hubiese demostrado el carácter abusivo de cláusulas contractuales de la hipoteca cobrada en otra vía y hubiese obtenido la consecuente nulidad de todo lo actuado y resuelto en el proceso ejecutivo hipotecario, es incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de esas cláusulas y que así ocurre, con mucho mayor razón, cuando el bien hipotecado es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia.

El Ordenamiento procesal costarricense se asemeja mucho al sistema procesal español en los puntos concretos que conformaron la primera cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Debido a ello, es necesario tomar en cuenta la sentencia recientemente dictada por ese alto tribunal europeo con el fin de que, vía legal y jurisprudencial, los tribunales costarricenses tengan una mayor apertura a la hora de analizar y decidir temas tales como la influencia que puede tener el debate que se sustancia en el proceso ordinario en el proceso ejecutivo hipotecario, en el cual, como sucedió en el caso juzgado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ejecuta una hipoteca que podría tener cláusulas abusivas perjudiciales para el consumidor, así como el tema de la adopción de medidas cautelares atípicas, por parte del Juez que conoce del proceso ordinario, con pleno efecto vinculante para los sujetos procesales (las partes del proceso y el Juez) del proceso ejecutivo hipotecario. Asimismo, se impone modificar, radicalmente, la tesis mayoritaria imperante en nuestro país sobre la supuesta imposibilidad legal de concederle recurso de apelación a las resoluciones judiciales que acuerden o rechacen medidas cautelares atípicas.

Finalmente, se considera que el veredicto emitido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea podría abrir la discusión, en Costa Rica, sobre la posibilidad de que la jurisprudencia reiterada de los Tribunales Superiores Civiles, que preconiza que no es posible acoger, dentro de procesos ordinarios, medidas cautelares atípicas tendentes a suspender la ejecución hipotecaria, bajo el argumento de que son procesos autónomos e independientes y que no hay prejudicialidad, pudiera ser, eventualmente, inconstitucional, por cuanto podría estar en contradicción con el numeral 46 párrafo final de la Constitución Política, el cual dispone que los consumidores tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos. Nótese cómo en casos semejantes a los que resolvió del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, está en juego el patrimonio del consumidor, la vivienda en la cual él y su núcleo familiar habitan, la cual podrían llegar a perder, de manera irreversible, si el sistema procesal costarricense y la jurisprudencia que lo interpreta e integra le niegan al consumidor afectado por posible cláusulas abusivas la posibilidad de que, mediante la tutela cautelar atípica acordada en proceso declarativo, logre suspender la ejecución hipotecaria del inmueble en el cual viven el consumidor afectado y su núcleo familiar, hasta tanto se defina, mediante sentencia firme en el proceso declarativo de nulidad de cláusulas abusivas contenidas en la hipoteca puesta al cobro judicial, si efectivamente presentaban esa patología negocial o no.

EL EJERCICIO DEL CONTROL POLÍTICO, DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS CONSTITUCIONES POLÍTICAS DE AMÉRICA LATINA. UN ANÁLISIS COMPARATIVO.

Adolfo Felipe Constenla Arguedas

Asesor Parlamentario, Profesor de Historia del Derecho,
Universidad Escuela Libre de Derecho

1. Introducción

El poder político se caracteriza por ser objeto de control. Se ha establecido sobre este tema que, en el contexto jurídico de los Estados modernos, la palabra “control” no se refiere, únicamente, a la supervisión de las actividades que realizan los detentadores del poder político sino que se aplica, también, al establecimiento y la aplicación de sanciones para evitar su ejercicio abusivo.

Mediante esta investigación, se pretende describir, inicialmente, en qué consiste “Control Político”, como mecanismo de vigilancia que el Poder Legislativo aplica a las actuaciones del Poder Ejecutivo. Igualmente, se buscará definir cómo fue que surgió ese concepto jurídico. Se analizará, también, su existencia en el régimen constitucional de América Latina. Y se verá quiénes ejercen las acciones de vigilancia y las sanciones que pueden aplicarse al ejercer esa labor.

Aclarando estos aspectos, se observará la existencia o no de la figura del “Control Político” en diversas legislaciones americanas, en particular el tratamiento del tema en las Constituciones políticas argentina, boliviana, brasileña, colombiana, chilena, dominicana, ecuatoriana, guatemalteca, hondureña, mexicana, nicaragüense, paraguaya, peruana, salvadoreña y uruguaya. Esto permitirá señalar, de existir la figura en los ordenamientos jurídicos indicados, la presencia de rasgos comunes en el tratamiento de ese mecanismo, en el contexto latinoamericano

Por último, se analizará el “Control Político” en la historia constitucional costarricense para definir este concepto y sus modalidades en la legislación actual.

2. Antecedentes y concepto de "Control Político"

2.1. Origen histórico del concepto

Se señala, en la doctrina política y jurídica, que "la teoría clásica del control (…) se gesta en Francia y tiene sus orígenes en el período jacobino de la Revolución Francesa" [1]

Los jacobinos fueron miembros del grupo político de la Revolución francesa. Eran republicanos, defensores de la soberanía popular, y su visión de la indivisibilidad de la Nación los llevó a propugnar un estado centralizado. Fueron centro de creación de ideas y motor intelectual de las acciones emprendidas por la Revolución; y su influencia tuvo un alcance nacional gracias a las sociedades afines diseminadas por toda Francia. [2]

La democracia que propugnaron los jacobinos era heredera directa del modelo de democracia de Jean Jacques Rousseau, en su aspecto comunitario y creador del concepto de ciudadano.[3] De las teorías de Rousseau, expuestas en El contrato social, comparten la idea según la cual la soberanía residía en el pueblo y no en un dirigente o un cuerpo gobernante.[4]

A partir de ahí, y de la desconfianza que los jacobinos demostraban sobre el ejercicio del poder político, por parte de quienes lo detentaban (especialmente, tomando como referencia la monarquía absolutista francesa), establecieron las bases para la creación de mecanismos de control sobre su ejercicio. Así, el jacobinismo desarrolló su propio modelo de representación política. Según éste, los parlamentarios debían ser constantemente vigilados y coaccionados por el poder popular (organizaciones de corte jacobino como los clubes, las sociedades o las fuerzas armadas populares). Ellos estuvieron siempre en la vanguardia política de la Revolución desde 1789, y gobernaron de 1792 a 1794.[5]

Siguiendo las ideas impulsadas por ese movimiento intelectual, se estableció que debía existir un "control político" , por parte del Poder Legislativo (representante de la soberanía del pueblo) sobre el Poder Ejecutivo y que, el Poder Ejecutivo no podía gobernar sin la confianza del Legislativo. [6]

2.2 Concepto de "Control Político" en la actualidad

En relación con este concepto, se señala que el "Control Político" consiste en: "(…) la función constitucional de vigilancia que tiene el Poder Legislativo para las acciones u omisiones de funcionarios del Estado, en particular del Poder Ejecutivo, y de requerimiento de información acerca de sus funciones".[7]

1 http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2749/7.pdf
2 http://es.wikipedia.org/wiki/Jacobinos
3 http://es.wikipedia.org/wiki/Jacobinos
4 http://es.wikipedia.org/wiki/Jacobinos
5 http://es.wikipedia.org/wiki/Jacobinos
6 http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2749/7.pdf
7 http://www.camara.gov.co/portal2011/control-politico/ique-es-control-politico

Igualmente, se ha llegado a indicar que, mediante el concepto de "Control Político" se hace mención a: "Un mecanismo eficaz, en cabeza de los cuerpos colegiados (Senado, Cámara de Representantes, Asambleas y Concejos) con el objetivo de exigir y garantizar el ejercicio del poder y la gestión gubernamental de una manera transparente y al mismo tiempo reclamar la responsabilidad política de quienes llegan a cargos de elección popular (Presidente de la Republica, Gobernadores y Alcaldes) y sus equipos de gobierno (Administración)".[8]

Se indica que, con su aplicación, se busca cumplir con los siguientes aspectos: "a) Asegurar la vigencia de las libertades y el cumplimiento de los derechos civiles, políticos y sociales b) Exigir la responsabilidad política y, c) Dar cuenta, por parte de un detentador de poder político a otro detentador de este, acerca del cumplimiento de las funciones que le han asignado".[9]

El control político, como expresión del ejercicio de la soberanía y de la delegación popular, constituye una de las funciones relevantes del Estado moderno. Lo anterior, no solo por su contenido y los alcances de su ejercicio, sino, también, por los agentes a su cargo. Es en este sentido que siguiendo el origen histórico de esta figura, se ha establecido que, por su naturaleza y su fuente de origen, la soberanía popular, es necesario preservar el control político como un acto del Poder Legislativo cuyo ejercicio no debe estar condicionado a ningún acto previo de consentimiento ni a un acto ulterior de aprobación.[10]

Es reconocido por la doctrina que el objetivo del Control Político se define mediante dos actividades: 1. La acción de los cuerpos colegiados, dirigida a verificar la acción político-administrativa del Gobierno y de la Administración, en sus niveles nacional, departamental y municipal, al poner de manifiesto y sancionar la responsabilidad política, y 2. La acción de "garantía".[11] Esta se dirige a controlar el accionar de los sujetos distintos al Gobierno Central.[12]

Sobre el objeto del control político, se indica, entonces, que, más que un control sobre la gestión, se trata de un juicio sobre la capacidad de adaptación y de iniciativa del Gobierno, respecto a los nuevos elementos de la realidad política que actúan en el entorno. [13]

3. El "Control Político" en las Constituciones Políticas de América Latina

Es aceptado, de forma pacífica, por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales, que el ejercicio democrático en un Estado involucra, normalmente, la participación de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

De igual manera, se considera que, salvo casos cada vez más excepcionales, ese

8 http://www.camara.gov.co/portal2011/control-politico/ique-es-control-politico
9 http://calivisible.javerianacali.edu.co/controlpolitico/elcontrolpolitico.pdf
10 http://www.asamblea.go.cr/default.aspx
11 http://calivisible.javerianacali.edu.co/controlpolitico/elcontrolpolitico.pdf
12 http://calivisible.javerianacali.edu.co/controlpolitico/elcontrolpolitico.pdf
13 http://calivisible.javerianacali.edu.co/controlpolitico/elcontrolpolitico.pdf

ejercicio debe ajustarse a límites indiscutibles, establecidos en las mismas Constituciones Políticas. La Norma Fundamental de cada Estado no debe permitir la actuación arbitraria de los diversos Poderes, sino que establece los parámetros que van a regirla.

En este orden de ideas, es aceptado que corresponderá, al Poder Legislativo, el ejercicio del control político, como una potestad propia e inherente, que se establece mediante la delegación de la soberanía popular, a partir del ejercicio del sufragio universal y libremente ejercido.

La función del control político constituye una actividad de naturaleza propia y fundamental de las Asambleas Legislativas, Congresos o Asambleas Nacionales, en la cual concurren las diferentes fuerzas políticas de la sociedad, con el propósito de conocer y debatir sobre la acción y la gestión del gobierno (Poder Ejecutivo) al igual que las de otros órganos del Estado y de sus instituciones, en general.

Con base en las anteriores afirmaciones es que, en esta sección, se irán enunciando y analizando los procedimientos constitucionales que establecen las Constituciones Políticas argentina, boliviana, brasileña, colombiana, chilena, dominicana, ecuatoriana, guatemalteca, hondureña, mexicana, nicaragüense, paraguaya, peruana, salvadoreña y uruguaya, para el ejercicio del "Control Político".

Esto permitirá señalar, de existir esa figura en los ordenamientos jurídicos indicados, la presencia de rasgos comunes en el tratamiento de este mecanismo de vigilancia y sanción de las actividades del Poder Ejecutivo y de otras instituciones estatales, por parte del Poder Legislativo, en el contexto latinoamericano.

3.1. Constitución Política de la República Argentina

En el caso de esta Constitución, señala su Artículo 71 :[14]

> "Artículo 71.- Cada una de las Cámaras puede hacer venir a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes".

3.2. Constitución Política de la República de Bolivia

Menciona el Artículo 158 de ese cuerpo normativo:

> "Artículo 158.[15]
> I. Son atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, además de las que determina esta Constitución y la ley:
> 1. Interpelar, a iniciativa de cualquier asambleísta, a las Ministras o los Ministros de Estado, individual o colectivamente, y acordar la censura por dos tercios de los miembros de la Asamblea. La interpelación podrá ser promovida por cualesquiera de las Cámaras. La censura implicará la destitución de la Ministra o del Ministro.

14 http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Argentina/argen94.html#seccion1cap4
15 http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html

> 2. Realizar investigaciones en el marco de sus atribuciones fiscalizadoras, mediante la comisión o comisiones elegidas para el efecto, sin perjuicio del control que realicen los órganos competentes".

3.3. Constitución Política de la República Federativa del Brasil

El Artículo 58[16] de esa normativa indica:

> "Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.
> 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:
> III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições;
> 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores".

3.4. Constitución Política de la República de Chile

Los Artículos 52 y 53[17] de esta constitución se refieren al tema de la siguiente manera:

> "Artículo 52.- Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados:
> 1) Fiscalizar los actos del Gobierno. Para ejercer esta atribución la Cámara puede:
> a) Adoptar acuerdos o sugerir observaciones, con el voto de la mayoría de los diputados presentes, los que se transmitirán por escrito al Presidente de la República, quien deberá dar respuesta fundada por medio del Ministro de Estado que corresponda, dentro de treinta días.
> Sin perjuicio de lo anterior, cualquier diputado, con el voto favorable de un tercio de los miembros presentes de la Cámara, podrá solicitar determinados antecedentes al Gobierno.
> El Presidente de la República contestará fundadamente por intermedio del Ministro de Estado que corresponda, dentro del mismo plazo señalado en el párrafo anterior.
> En ningún caso los acuerdos, observaciones o solicitudes de antecedentes afectarán la responsabilidad política de los Ministros de Estado;
> b) Citar a un Ministro de Estado, a petición de a lo menos un tercio de los diputados en ejercicio, a fin de formularle preguntas en relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo.

16 http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/vigente.html
17 http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Chile/vigente.html

Con todo, un mismo Ministro no podrá ser citado para este efecto más de tres veces dentro de un año calendario, sin previo acuerdo de la mayoría absoluta de los diputados en ejercicio.

La asistencia del Ministro será obligatoria y deberá responder a las preguntas y consultas que motiven su citación, y
c) Crear comisiones especiales investigadoras a petición de a lo menos dos quintos de los diputados en ejercicio, con el objeto de reunir informaciones relativas a determinados actos del Gobierno.

Las comisiones investigadoras, a petición de un tercio de sus miembros, podrán despachar citaciones y solicitar antecedentes.

Los Ministros de Estado, los demás funcionarios de la Administración y el personal de las empresas del Estado o de aquéllas en que éste tenga participación mayoritaria, que sean citados por estas comisiones, estarán obligados a comparecer y a suministrar los antecedentes y las informaciones que se les soliciten.

No obstante, los Ministros de Estado no podrán ser citados más de tres veces a una misma comisión investigadora, sin previo acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros.

La ley orgánica constitucional del Congreso Nacional regulará el funcionamiento y las atribuciones de las comisiones investigadoras y la forma de proteger los derechos de las personas citadas o mencionadas en ellas.

Artículo 53.- Son atribuciones exclusivas del Senado:

1) Conocer de las acusaciones que la Cámara de Diputados entable con arreglo al artículo anterior.

El Senado resolverá como jurado y se limitará a declarar si el acusado es o no culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputa.

La declaración de culpabilidad deberá ser pronunciada por los dos tercios de los senadores en ejercicio cuando se trate de una acusación en contra del Presidente de la República, y por la mayoría de los senadores en ejercicio en los demás casos.

Por la declaración de culpabilidad queda el acusado destituido de su cargo, y no podrá desempeñar ninguna función pública, sea o no de elección popular, por el término de cinco años".

3.5. Constitución Política de la República de Colombia

Esta norma[18] establece lo siguiente:

18 http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/vigente.html

"ARTICULO 135. Son facultades de cada Cámara:

8. Citar y requerir a los Ministros, Superintendentes y Directores de Departamentos Administrativos para que concurran a las sesiones. Las citaciones deberán hacerse con una anticipación no menor de cinco días y formularse en cuestionario escrito. En caso de que los Ministros, Superintendentes o Directores de Departamentos Administrativos no concurran, sin excusa aceptada por la respectiva cámara, esta podrá proponer moción de censura. Los Ministros, Superintendentes o Directores Administrativos deberán ser oídos en la sesión para la cual fueron citados, sin perjuicio de que el debate continúe en las sesiones posteriores por decisión de la respectiva cámara. El debate no podrá extenderse a asuntos ajenos al cuestionario y deberá encabezar el orden del día de la sesión.

9. Proponer moción de censura respecto de los Ministros, Superintendentes y Directores de Departamentos Administrativos por asuntos relacionados con funciones propias del cargo, o por desatención a los requerimientos y citaciones del Congreso de la República. La moción de censura, si hubiere lugar a ella, deberá proponerla por lo menos la décima parte de los miembros que componen la respectiva Cámara. La votación se hará entre el tercero y el décimo día siguientes a la terminación del debate, con audiencia pública del funcionario respectivo. Su aprobación requerirá el voto afirmativo de la mitad más uno de los integrantes de la Cámara que la haya propuesto. Una vez aprobada, el funcionario quedará separado de su cargo. Si fuere rechazada, no podrá presentarse otra sobre la misma materia a menos que la motiven hechos nuevos. La renuncia del funcionario respecto del cual se haya promovido moción de censura no obsta para que la misma sea aprobada conforme a lo previsto en este artículo. Pronunciada una Cámara sobre la moción de censura su decisión inhibe a la otra para pronunciarse sobre la misma".

3.6. Constitución Política de la República del Ecuador

Señalan los Artículos 120 y 125[19] de esa Norma Fundamental:

"Art. 120.- La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley:

9. Fiscalizar los actos de las funciones Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social, y los otros órganos del poder público, y requerir a las servidoras y servidores públicos las informaciones que considere necesarias.

Art. 125.- Para el cumplimiento de sus atribuciones, la Asamblea Nacional integrará comisiones especializadas

19 http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador08.html

permanentes, en las que participarán todos sus miembros. La ley determinará el número, conformación y competencias de cada una de ellas".

3.7. Constitución Política de la República de El Salvador

Expresa la Norma Fundamental salvadoreña[20]:

"Art. 131.- Corresponde a la Asamblea Legislativa:

(..) 34- Interpelar a los Ministros o Encargados del Despacho y a los Presidentes de Instituciones Oficiales Autónomas;

(...) 37- Recomendar a la Presidencia de la República la destitución de los Ministros de Estado; o a los Organismos correspondientes , la funcionarios de Instituciones Oficiales autónomas , cuando así lo estime conveniente, como resultado de la investigación de sus comisiones especiales o de la interpelación , en su caso(…)".

3.8. Constitución Política de la República de Guatemala

Señalan los Artículos 165, 166 y 167[21] de la constitución guatemalteca:

"Art. 165.- Atribuciones. Corresponde al Congreso de la República:
j. Interpelar a los ministros de Estado;"

"Art. 166.- Interpelaciones a ministros. Los ministros de Estado, tienen la obligación de presentarse al Congreso, a fin de contestar las interpelaciones que se les formulen por uno o más diputados. Se exceptúan aquellas que se refieran a asuntos diplomáticos u operaciones pendientes.

Las preguntas básicas deben comunicarse al ministro o ministros interpelados, con cuarenta y ocho horas de anticipación. Ni el Congreso en pleno, ni autoridad alguna, podrá limitar a los diputados al Congreso el derecho de interpelar, calificar las preguntas o restringirlas.

Cualquier diputado puede hacer las preguntas adicionales que estime pertinentes relacionadas con el asunto o asuntos que motiven la interpelación y de esta podrá derivarse el planteamiento de un voto de falta de confianza que deberá ser solicitado por cuatro diputados, por lo menos, y tramitado sin demora, en la misma sesión o en una de las dos inmediatas siguientes."

Art. 167.- Efectos de la interpelación. Cuando se planteare la interpelación de un ministro, este no podrá ausentarse del país ni excusarse de responder en forma alguna.

Si se emitiere voto de falta de confianza a un ministro, aprobado por no menos de la mayoría absoluta del total de

20 http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/ElSal/constitucion.pdf
21 http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Guate/guate93.html

diputados al Congreso, el ministro presentará inmediatamente su dimisión. El Presidente de la República podrá aceptarla pero si considera, en Consejo de Ministros, que el acto o actos censurables al ministro se ajustan a la conveniencia nacional y a la política del gobierno, el interpelado podrá recurrir ante el Congreso dentro de los ocho días a partir de la fecha del voto de falta de confianza. Si no lo hiciere, se le tendrá por separado de su cargo e inhábil para ejercer el cargo de ministro de Estado por un período no menor de seis meses. Si el ministro afectado hubiese recurrido ante el Congreso, después de oídas las explicaciones presentadas y discutido el asunto y ampliada la interpelación, se votará sobre la ratificación de la falta de confianza, cuya aprobación requerirá el voto afirmativo de las dos terceras partes que integran el total de diputados al Congreso. Si se ratificara el voto de falta de confianza, se tendrá al ministro por separado de su cargo de inmediato".

3.9. Constitución Política de la República de Honduras

Establece el Artículo 205[22] de esa norma jurídica:

"Artículo 205. Corresponden al Congreso Nacional las atribuciones siguientes:

21. Nombrar comisiones especiales para la investigación de asuntos de interés nacional; la comparecencia a requerimiento de dichas comisiones será obligatoria bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial. 22. Interpelar a los Secretarios de Estado y a otros funcionarios del gobierno central, organismos descentralizados, empresas estatales y cualquiera otra entidad en que tenga interés el Estado, sobre asuntos relativos a la administración pública."

3.10. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Indica la constitución mexicana, en su Artículo 93[23].

"Artículo 93.- Los Secretarios del Despacho, luego que esté abierto el período de sesiones ordinarias, darán cuenta al Congreso del estado que guarden sus respectivos ramos.

Cualesquiera de las Cámaras podrá convocar a los Secretarios de Estado, a los directores y administradores de las entidades paraestatales, así como a los titulares de los órganos autónomos, para que informen, bajo protesta de decir verdad, cuando se discuta una ley o se estudie un negocio concerniente a sus respectivos ramos o actividades o para que respondan a interpelaciones o preguntas.

Las Cámaras, a pedido de una cuarta parte de sus miembros, tratándose de los diputados, y de la mitad, si se trata de los Senadores, tienen la facultad de

22 http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Honduras/vigente.html
23 http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/mexico/vigente.pdf

integrar comisiones para investigar el funcionamiento de dichos organismos descentralizados y empresas de participación estatal mayoritaria. Los resultados de las investigaciones se harán del conocimiento del Ejecutivo Federal.

Las Cámaras podrán requerir información o documentación a los titulares de las dependencias y entidades del gobierno federal, mediante pregunta por escrito, la cual deberá ser respondida en un término no mayor a 15 días naturales a partir de su recepción.

El ejercicio de estas atribuciones se realizará de conformidad con la Ley del Congreso y sus reglamentos".

3.11. Constitución Política de la República de Nicaragua

Indica el Artículo 138[24] de la Constitución Política nicaragüense:

> "Artículo 138.- Son atribuciones de la Asamblea Nacional:
>
> 3. Solicitar informes por medio del Presidente de la República a los Ministros o Viceministros de Estado y Presidentes o Directores de entes autónomos y gubernamentales. De la misma manera podrá pedir su comparecencia personal e interpelación.(…)
>
> 18. Crear comisiones permanentes, especiales y de investigación…"

3.12. Constitución Política de la República de Panamá

La Constitución panameña señala, en su Artículo 161[25] , lo siguiente:

> "Artículo 161. Son funciones administrativas de la Asamblea Nacional: 7. Dar votos de censura contra los Ministros de Estado cuando estos, a juicio de la Asamblea Nacional, sean responsables de actos atentatorios o ilegales, o de errores graves que hayan causado perjuicio a los intereses del Estado. Para que el voto de censura sea exequible se requiere que sea propuesto por escrito con seis días de anticipación a su debate, por no menos de la mitad de los Diputados, y aprobado con el voto de las dos terceras partes de la Asamblea. La Ley establecerá la sanción que corresponda."

3.13. Constitución Política de la República del Paraguay

En el caso de la Constitución paraguaya, establecen los Artículos 193,194 y 195[26] lo siguiente:

"Artículo 193 - De la citación y la interpelación
Cada Cámara, por mayoría absoluta, podrá citar e interpelar individualmente a los ministros y a otros altos funcionarios

24 http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Nica/nica05.html
25 http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Panama/vigente.pdf
26 http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Paraguay/para1992.html

de la Administración Pública, así como a los directores y administradores de los entes autónomos, autárquicos y descentralizados, a los de entidades que administren fondos del Estado y a los de las empresas de participación estatal mayoritaria, cuando se discuta una ley o se estudie un asunto concerniente a sus respectivas actividades. Las preguntas deben comunicarse al citado con una antelación mínima de cinco días. Salvo justa causa, será obligatorio para los citados concurrir a los requerimientos, responder a las preguntas y brindar toda la información que les fuese solicitada.

La ley determinará la participación de la mayoría y de la minoría en la formulación de las preguntas.

No se podrá citar o interpelar al Presidente de la República, al Vicepresidente ni a los miembros del Poder Judicial, en materia jurisdiccional.

Artículo 194 – Del voto de censura

Si el citado no concurriese a la Cámara respectiva, o ella considerara insatisfactorias sus declaraciones, ambas Cámaras, por mayoría absoluta de dos tercios, podrá emitir un voto de censura en su contra y recomendar su remoción del cargo al Presidente de la República o al superior jerárquico.

Si la moción de censura no fuese aprobada, no se presentará otra sobre el mismo tema con respecto al mismo Ministro o funcionario citados, en ese período de sesiones.

Artículo 195 – De las Comisiones de Investigación

Ambas Cámaras del Congreso podrán constituir comisiones conjuntas de investigación sobre cualquier asunto de interés público, así como sobre la conducta de sus miembros.

Los directores y administradores de los entes autónomos, autárquicos y descentralizados, los de las entidades que administren fondos del Estado, los de las empresas de participación estatal mayoritaria, los funcionarios públicos y los particulares están obligados a comparecer ante las dos Cámaras y suministrarles la información y las documentaciones que se les requiera. La ley establecerá las sanciones por el incumplimiento de esta obligación.

El Presidente de la República, el Vicepresidente, los ministros del Poder Ejecutivo y los magistrados judiciales, en materia jurisdiccional, no podrán ser investigados.

La actividad de las comisiones investigadoras no afectará las atribuciones privativas del Poder Judicial ni lesionará los derechos y garantías consagrados por esta Constitución; sus conclusiones no serán vinculantes para los tribunales ni menoscabarán las resoluciones judiciales, sin perjuicio del resultado de la investigación, que podrá ser comunicado a la justicia ordinaria.

Los jueces ordenarán, conforme a derecho, las diligencias y pruebas que

se les requiera, a los efectos de la investigación".

3.14. Constitución Política de la República del Perú

En esta constitución, menciona el Artículo 97[27]:

"Artículo 97

El Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público. Es obligatorio comparecer, por requerimiento, ante las comisiones encargadas de tales investigaciones, bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial.

Para el cumplimiento de sus fines, dichas comisiones pueden acceder a cualquier información, la cual puede implicar el levantamiento del secreto bancario y el de la reserva tributaria, excepto la información que afecte la intimidad personal. Sus conclusiones no obligan a los órganos jurisdiccionales".

3.15. Constitución Política de la República Dominicana

Indica la Constitución dominicana, en su Artículo 93[28]

"Artículo 93.- Atribuciones. El Congreso Nacional legisla y fiscaliza en representación del pueblo; le corresponden en consecuencia:

2) Atribuciones en materia de fiscalización y control:

c) Citar a ministros, viceministros, directores o administradores de organismos autónomos y descentralizados del Estado ante las comisiones permanentes del Congreso, (…)sobre la ejecución presupuestaria y los actos de su administración;

e) Nombrar comisiones permanentes y especiales, a instancia de sus miembros, para que investiguen cualquier asunto que resulte de interés público, y rindan el informe correspondiente(…)"

3.16. Constitución Política de la República Oriental del Uruguay

Indican los Artículos 118,119 y 120[29] de esta Norma Fundamental:

"Artículo 118.- Todo Legislador puede pedir a los Ministros de Estado, a la Suprema Corte de Justicia, a la Corte Electoral, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo y al Tribunal de Cuentas, los datos e informes que estime necesarios para llenar su cometido. El pedido se hará por escrito y por intermedio del Presidente de la Cámara respectiva, el que lo trasmitirá de inmediato al órgano que corresponda. Si este no facilitare los informes dentro del plazo que fijare la ley, el Legislador podrá solicitarlos por intermedio de la Cámara a que pertenezca, estándose a lo que esta resuelva.

27 http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Peru/per93reforms05.html
28 http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/DomRep/vigente.html
29 http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Uruguay/uruguay04.html

No podrá ser objeto de dicho pedido lo relacionado con la materia y la competencia jurisdiccionales del Poder Judicial y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Artículo 119.- Cada una de las Cámaras tiene facultad, por resolución de un tercio de votos del total de sus componentes, de hacer venir a Sala a los Ministros de Estado, para pedirles y recibir los informes que estime convenientes, ya sea con fines legislativos, de inspección o de fiscalización, sin perjuicio de lo dispuesto en la Sección VIII.

Cuando los informes se refieran a Entes Autónomos o Servicios Descentralizados, los Ministros podrán requerir la asistencia conjunta de un representante del respectivo Consejo o Directorio.

Artículo 120.- Las Cámaras podrán nombrar comisiones parlamentarias de investigación o para suministrar datos con fines legislativos".

Después de haber descrito la regulación de las diferentes legislaciones estudiadas, puede indicarse que, en América Latina, se presentan las siguientes características, en cuanto al ejercicio del "Control Político":

a) En todas las Constituciones Políticas analizadas se observa que el ejercicio de esa función de vigilancia es siempre una labor que desempeña, de acuerdo con los preceptos constitucionales, el Poder Legislativo.

b) En Chile, la Constitución Política presenta la particularidad de que es la Cámara de Diputados la que establece la convocatoria a los funcionarios sobre los temas solicitados; el Senado es el encargado de las sanciones, solamente. En el resto de las Constituciones Políticas, ambas Cámaras pueden ejercer el "Control Político, al convocar a los funcionarios y, eventualmente, establecer sanciones morales o la destitución.

c) En los casos de las Constituciones Políticas boliviana, chilena, colombiana y guatemalteca, el ejercicio del "Control Político", por parte del Poder Legislativo, puede conducir a la destitución del funcionario censurado, de conformidad con los procedimientos establecidos en ellas.

d) En las otras Constituciones, no queda claramente establecido que el ejercicio del "Control Político" tenga efectos de destitución del funcionario cuestionado por sus actuaciones o si se circunscribe a emitir una recomendación, dirigida al Poder Ejecutivo, para la remoción.

4. El "Control Político" en las Constituciones Políticas de Costa Rica, en su historia.

Sobre este tema, es importante resaltar que el tratamiento que le otorgó el constituyente costarricense, en su historia, a la figura del "Control Político" difiere del observado en las Constituciones de los países latinoamericanos.

La principal diferencia, en el análisis histórico, radica en el hecho de que, en varias de las Normas Fundamentales, no se encuentra contemplado el “Control Político” como una competencia del Poder Legislativo sino como una obligación del Poder Ejecutivo. Esta característica se observa en la Constitución de la República Federal de Centroamérica de 1824 (Artículo 124), en la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica de 1825 (Artículo 82, Inciso 9), en la Constitución Política de 1844 (Artículo 135, Inciso 17) y en la Constitución Política de 1847 (Artículo 110, Inciso 16).[30]

La Constitución Política vigente, del año 1949, incorpora el tema del “Control Político” siguiendo la línea de pensamiento clásico de ser facultad exclusiva del Poder Legislativo. En este sentido, puede indicarse que esta noción político-jurídica se encuentra contemplada en el Artículo 121, Incisos 23 y 24.

Señala ese Artículo, lo siguiente:

> Artículo 121.- Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:
>
> 23) Nombrar Comisiones de su seno para que investiguen cualquier asunto que la Asamblea les encomiende, y rindan el informe correspondiente.
> Las Comisiones tendrán libre acceso a todas las dependencias oficiales para realizar las investigaciones y recabar los datos que juzguen necesarios. Podrán recibir toda clase de pruebas y hacer comparecer ante sí a cualquier persona, con el objeto de interrogarla;
>
> 24) Formular interpelaciones a los Ministros de Gobierno, y además, por dos tercios de votos presentes, censurar a los mismos funcionarios, cuando a juicio de la Asamblea fueren culpables de actos inconstitucionales o ilegales, o de errores graves que hayan causado o puedan causar perjuicio evidente a los intereses públicos.
>
> Se exceptúan de ambos casos, los asuntos en tramitación de carácter diplomático o que se refieran a operaciones militares pendientes.

En relación con la redacción del artículo mencionado, la doctrina constitucional costarricense ha mencionado que el “Control Político” puede ejercerse tanto sobre un acto político concreto como sobre una actuación política general. Igualmente, puede ser sucesivo o previo, de tal forma que su objeto lo constituyen actividades ya realizadas, en algunos casos y, en otros, proyectos futuros.[31]

En cuanto a los criterios de valoración, se señala que, de conformidad con la normativa constitucional, el “Control Político” se

30 ZELEDÓN, (Marco Tulio). Digesto constitucional de Costa Rica. 1946.
31 HERNÁNDEZ VALLE, (Rubén). Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y anotada. Editorial Juricentro, 1998, p. 342.

ejerce de forma subjetiva, no con base en parámetros objetivos.

En este mismo orden de ideas, se señala que el “Control Político”, dado su carácter subjetivo, no implica, necesariamente, la imposición de una sanción, como podría ser la anulación del acto o la remoción del titular del órgano administrativo.[32] Por ello, el control del Parlamento permite que se den efectos como: la prevención, la fiscalización, la corrección, la obstaculización, la anulación del acto o la remoción del funcionario.

En Costa Rica, este mecanismo de vigilancia sobre el ejercicio del poder político cubre, no solamente al Poder Ejecutivo, sino que se extiende a los demás entes y órganos estatales.[33]

La función de “Control Político” se ejerce, de conformidad con la Constitución Política, mediante tres mecanismos: a) La interpelación de los Ministros, b) Las Comisiones de Investigación Legislativas y c) El voto de censura. [34]

a) Interpelación de los Ministros.

Los actos de interpelación, de conformidad con la doctrina nacional, no se traducen en disposiciones o resoluciones jurídicas, sino, más bien, en decisiones políticas, tomas de posición de la Asamblea Legislativa respecto de la actividad del Gobierno. Con ellos, no es posible ventilar asuntos objeto de otras competencias de la Asamblea, como el control parlamentario sobre el Poder Judicial.[35]

La interpelación ministerial consiste en una interrogación vasta y profunda cuya finalidad es que la Asamblea conozca, comente y pueda debatir la política del Poder Ejecutivo, en relación con un sector de su actividad. Precisamente, en eso se diferencia de la figura jurídica de los “Interrogatorios”, pues estos se refieren a hechos específicos o a actos determinados.[36]

Otra característica es que la interpelación de un Ministro hace que este no pueda ejercer su derecho de comparecer ante el Poder Legislativo antes de la fecha señalada para tal efecto.

b) Comisiones de Investigación Legislativas.

Consisten en un conjunto de operaciones que culmina con la redacción o presentación de una o más relaciones cuya finalidad es la de controlar la forma en que el Gobierno

32 HERNÁNDEZ VALLE, (Rubén). Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y anotada. Editorial Juricentro, 1998, p. 343.
33 HERNÁNDEZ VALLE, (Rubén). Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y anotada. Editorial Juricentro, 1998, p. 343.
34 HERNÁNDEZ VALLE, (Rubén). Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y anotada. Editorial Juricentro, 1998, p.347
35 HERNÁNDEZ VALLE, (Rubén). Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y anotada. Editorial Juricentro, 1998, p.347.
36 HERNÁNDEZ VALLE, (Rubén). Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y anotada. Editorial Juricentro, 1998, p.348.

y, en general la Administración Pública, desarrollan sus cometidos.[37]

El objeto de investigación de la Asamblea Legislativa, al establecer estas Comisiones, está limitado por las competencias constitucionales de los otros Poderes del Gobierno. La jurisprudencia constitucional ha indicado que ellas realizan una labor diferente a la desarrollada por el Poder Judicial al investigar hechos. La función de "Control Político se basa en la investigación para denunciar, ante la sociedad, o para mejorar algunos campos, mientras que la investigación judicial busca castigar penalmente.[38]

De igual manera, las Comisiones de Investigación Legislativa no podrán investigar asuntos concretos que se encuentran en conocimiento del Poder Judicial o del Tribunal Supremo de Elecciones.[39]

c) Voto de censura.

Es el mecanismo jurídico utilizado para exigirles responsabilidad a los Gobiernos. En el caso costarricense, la Asamblea puede censurar a los Ministros, en forma individual, cuando, a juicio suyo, sean culpables de actos inconstitucionales o ilegales, que hayan causado o puedan causar perjuicio evidente a los intereses públicos. Se exceptúan de los votos de censura los asuntos de carácter diplomático o los que se refieran a operaciones militares pendientes.

De conformidad con la normativa costarricense, el voto de censura tiene efectos morales, ya que no implica la destitución del Ministro censurado. Su remoción es potestad discrecional del Presidente de la República.[40]

5. Conclusiones

1. El "Control Político" es una institución jurídica y política que encuentra sus orígenes en la Revolución Francesa, como reacción a los abusos en el ejercicio de la autoridad de sus regímenes monárquicos. Estas actuaciones se fundamentaron en el movimiento absolutista de las monarquías europeas.

2. En sus orígenes, el concepto de "Control Político" fue entendido como una competencia otorgada, exclusivamente al Poder Legislativo, para que, en su carácter de representante del pueblo, ejerciera vigilancia sobre las actuaciones desarrolladas por la monarquía, tal y como lo concibieron los jacobinos. Posteriormente, ya en la etapa de la constitución de los regímenes republicanos, esa labor se ha ejercido sobre las actuaciones del Poder Ejecutivo.

37 HERNÁNDEZ VALLE, (Rubén). Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y anotada. Editorial Juricentro, 1998, p.348.
38 HERNÁNDEZ VALLE, (Rubén). Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y anotada. Editorial Juricentro, 1998, p.349.
39 HERNÁNDEZ VALLE, (Rubén). Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y anotada. Editorial Juricentro, 1998, p.350.
40 HERNÁNDEZ VALLE, (Rubén). Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y anotada. Editorial Juricentro, 1998, p.351.

3. En la actualidad, el ejercicio del "Control Político", como competencia otorgada al Poder Legislativo, de acuerdo con la mayor parte de Normas Fundamentales analizadas, se refleja en dos aspectos fundamentales: a) La verificación de la acción político-administrativa del Gobierno y de la Administración; pretende establecer la responsabilidad política, por actuaciones indebidas y, b) El control de la acción de los sujetos no vinculados a los cuerpos colegiados de elección popular, en virtud de una relación institucional de responsabilidad política.

4. El tratamiento que le ha dado la normativa constitucional costarricense al tema del "Control Político", antes de la Constitución Política vigente, puede apreciarse en la Constitución de la República Federal de Centroamérica de 1824, en la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica de 1825, en la Constitución Política de 1844 y en la Constitución Política de 1847.

5. En la Constitución Política vigente, el tema del "Control Político" se encuentra regulado y contempla la existencia de la interpelación de Ministros, la creación de Comisiones Legislativas de Investigación y la posibilidad de establecer votos de censura contra los Ministros.

6. La Constitución Política costarricense, de acuerdo con las características observadas, se diferencia de las Constituciones Políticas boliviana, chilena, colombiana y guatemalteca, en las que, el ejercicio del "Control Político", por parte del Poder Legislativo, puede conducir a la destitución del funcionario censurado, de conformidad con los procedimientos establecidos en sus respectivas normativas constitucionales.

7. En el caso de la Constitución Política costarricense, el "Control Político" es ejemplo de un valioso ligamen entre el Parlamento y la opinión pública; que tiene el propósito de fiscalizar las actuaciones del Poder Ejecutivo y de otras entidades, sujetándose a los límites que la Norma Fundamental establece.

7. Bibliografía

HERNÁNDEZ VALLE, (Rubén). Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y anotada. Editorial Juricentro, 1998

ZELEDÓN, (Marco Tulio). Digesto constitucional de Costa Rica. 1946.

http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2749/7.pdf

http://es.wikipedia.org/wiki/Jacobinos

http://calivisible.javerianacali.edu.co/controlpolitico/elcontrolpolitico.pdf

http://www.asamblea.go.cr/default.aspx

http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Argentina/argen94.html#seccion1cap4

INCONVENCIONALIDAD DE LA REGLA TRIBUTARIA “SOLVE ET REPETE”

Alex Rojas Ortega[1]

Sumario: *I.- La regla “solve et repete” en materia tributaria; 1.- Antecedentes; 2.- Concepto; 3.- Teorías que han intentado justificar la regla “solve et repete”; II.- Impacto del principio de tutela judicial efectiva; III.- El “solve et repete” como privilegio formal injustificado lesivo del principio de igualdad; IV.- Inconvencionalidad de la regla “solve et repete”; 1.- El control de convencionalidad; 2.- El control de convencionalidad en el marco del ordenamiento jurídico costarricense; 3.- Ruptura de la regla “solve et repete” frente al parámetro de convencionalidad; V.- El encubierto principio “solve et repete” en Costa Rica; 1.- Los métodos de determinación de la obligación tributaria; 2.- El “solve et repete” en el Código Tributario costarricense; 3.- Inconvencionalidad del artículo 144 del Código Tributario; VI.- Conclusiones.*

I. La regla “solve et repete” en materia tributaria

1. Antecedentes

El principio de “solve et repete” o pago previo en materia tributaria, consiste en la exigencia del pago de la obligación tributaria como condición para el cuestionamiento en sede administrativa o judicial de la determinación tributaria, es decir, de la conducta administrativa que imponga la obligación de pagar una suma de dinero por concepto de deuda tributaria.

Sus orígenes se remontan al derecho romano, cuando en el periodo de la República, el edicto del pretor invertía el orden común del procedimiento y convertía a los obligados tributarios en actores que debían obtener la declaración de ilegitimidad de la respectiva deuda reclamada por el fisco.

Desde sus raíces, el “solve et repete” es un aforismo latino que se traduce literalmente como «paga y reclama», cuyo significado transmite la idea de que para poder recurrir o reclamar la deuda tributaria, el obligado tributario debe pagar o garantizar el importe tributario sin excepción ante la Administración Tributaria.

2. Concepto

Diversas conceptualizaciones de la regla “solve et repete” se han expuesto por la doctrina. Entre ellas, puede citarse a don

---

1 Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Candidato a Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Asesor legal de la Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica. Juez suplente del Tribunal Contencioso Administrativo.

Esteban SALCEDO, cuando expresó que "*La regla del "solve et repete" significa que cualquier ciudadano a los efectos de discutir la legalidad de una determinación tributaria o previsional realizada por el fisco, previamente debe pagarlo. Al decir del Profesor Dino Jarach, "la regla solve et repete constituye un medio peculiar de tutela del crédito tributario del Estado" En definitiva la institución del solve et repete jurídicamente constituye un requisito previo para poder acceder a la justicia.*"[2]

Por su parte, don Eduardo CHRISTENSEN ha dicho que "(…) *es la exigencia, que impone el Estado, del previo pago de la obligación como conditio sine qua non para poder impugnar judicialmente una determinación provisional o impositiva, hecha en forma administrativa por el Fisco*"[3]

Y en palabras de don Fernando GARRIDO FALLA, el principio del "solve et repete" significa que "*la impugnación de cualquier acto administrativo que implique liquidación de un crédito a favor del Estado solo es posible si el particular se aviene previamente a realizar el pago que se discute*".[4]

En sentido similar, con una visión estrictamente tributarista, GIANNINI[5] sostiene que la regla del "solve et repete" consiste en una norma especial del derecho tributario, que tutela los intereses patrimoniales del erario y su finalidad es la de constituir un medio ulterior para impedir al sujeto pasivo que pida en litigio la tutela de su derecho sin el pago previo del tributo, ejerciendo sobre él una presión para obligarle a cumplir la determinación tributaria que se le ha efectuado.

Para don Ramón VALDÉS COSTA[6], no se trata de un principio o una regla, sino de un injusto privilegio fiscal, que opera tanto para interponer los recursos en sede administrativa como en la vía judicial. Lo anterior por cuanto la medida contraría principios jurídicos fundamentales en el Estado de derecho, en tanto el sujeto pasivo lesionado por el acto administrativo ilegítimo no puede obtener un pronunciamiento jurisdiccional si no paga previamente la pretensión de la Administración Tributaria.

Y finalmente, bajo un mismo orden de ideas, don Sebastián ESPECHE, expresa que "*El principio "solve et repete" resulta posible definirlo, como aquel principio en virtud del cual no es posible controvertir judicialmente los tributos o multas sin previo pago de los mismos. Ello importa supeditar la acción ante instancias superiores o, en particular, ante la justicia, contra el acto administrativo de determinación del impuesto, a la previa satisfacción del monto del gravamen.*" [7]

2 SALCEDO, Esteban Daniel. Vigencia de la regla solve et repete y la garantía a la tutela judicial efectiva en el marco constitucional argentino. Buenos Aires, Argentina.
3 CHRISTENSEN, Eduardo Alberto. (1996). "El Solve et Repete. Incidencia de la reforma constitucional", en Revista La Ley, Buenos Aires, Argentina, Editorial La Ley, 1189.
4 GARRIDO FALLA, Fernando (1965). Tratado de derecho administrativo. Instituto de Estudios Jurídicos, tercera edición, Madrid, España, pág. 523.
5 GIANNINI, A. D. (1937). "Solve et Repete", en Revista de Derecho Público, pp. 349 y ss., y El contenido del impuesto, Milano, Giuffré, pp. 281 y ss.
6 VALDÉS COSTA, Ramón. (1992). Instituciones de Derecho Tributario, Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma.

Como puede apreciarse, si bien las definiciones que aporta la doctrina abordan distintos prismas desde los cuales es posible apreciar la regla tributaria del "solve et repete", lo cierto del caso es que, con independencia de si se tratara de una regla, un principio o de un privilegio a favor del Fisco, todas las definiciones coinciden en que por su medio se le obliga al contribuyente el pago previo de la obligación tributaria como condición para poder impugnar administrativa y/o judicialmente la conducta impositiva.

3. Teorías que han intentado justificar la regla "solve et repete"

El fundamento teórico de la figura "solve et repete" ha sido analizado desde diversas posiciones que tratan de explicar su naturaleza e incluso justificar la aplicación de la regla en materia tributaria; dichas teorías, brevemente analizadas, son las siguientes:

A. La teoría del privilegio a favor del Fisco: autores como Mattirolo, Quarta, Uckmar, Scandale y Moffa, citados por don Carlos GIULIANI FONROUGE[8] han considerado al "solve et repete" como un privilegio establecido a favor del Fisco, inspirado en la necesidad de evitar que se obstaculice la recaudación y percepción de los tributos. Esta teoría posee una esencia meramente recaudatoria, que busca garantizar a ultranza el ingreso financiero en las arcas estatales, con independencia de las situaciones jurídicas sustanciales de los contribuyentes o responsables.

B. La teoría de la ejecutividad y ejecutoriedad del adeudo tributario: Para otros autores, también citados por GIULIANI FONROUGE[9], tales como Montara, Vitta, Borsi y D'Alessio, la regla del "solve et repete" posee asidero en la presunción de legitimidad que alcanza a los actos administrativos y de la cual se derivan las potestades de ejecutividad y ejecutoriedad de tales manifestaciones de la conducta administrativa.

Sobre el particular, debe recordarse que la ejecutividad y la ejecutoriedad hacen referencia a la capacidad que posee la conducta administrativa para imponerse obligatoriamente sobre la esfera jurídica de los administrados, siendo susceptible de ser ejecutada coactivamente, aun en contra de su voluntad, en caso de ser necesario.

Para los detractores de esta teoría, la fuerza obligatoria que posee la conducta administrativa, constituye el título suficiente para exigir el pago previo del tributo. En nuestro criterio, el sustento teórico de esta posición olvida que es posible que la determinación tributaria pueda estar viciada de nulidad absoluta y que, por ende, no pueda presumirse legítima ni pueda ordenarse su ejecución (artículo 169 de la Ley General de la Administración Pública, en adelante LGAP).

7 ESPECHE, Sebastian (2011). El solve et repete y las multas tributarias en la jurisprudencia de la Corte de Justicia de Salta. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta.
8 GIULIANI FONROUGE, Carlos María. Derecho Financiero. Tomo II, décima edición, Ed. La Ley, pág. 787.
9 Ibídem.

C. La teoría de la autonomía del instituto: Se cimienta en la consideración del principio "solve et repete" como un instituto autónomo del derecho financiero, cuya finalidad es la tutela de las finanzas públicas. En su esencia, esta teoría no se aleja de la primera teoría o corriente doctrinal señalada, que encuentra en el principio "solve et repete" una figura de orden práctico que actúa como un privilegio estatal en procura de la recaudación tributaria.

II. Impacto del principio de tutela judicial efectiva

Consagrado con rango supremo, en el artículo 41 de la Constitución Política, se establece el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que tiene una amplia significación e impacto tanto en los procesos jurisdiccionales, como en los procedimientos administrativos tramitados ante las diversas Administraciones públicas.

Del mismo modo, dicho principio se halla contemplado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuando el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que "*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*"

De ahí que, siguiendo una línea amplia[10] –pero necesaria- en cuanto al concepto que nos ocupa, en nuestro criterio, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comprende los siguientes aspectos:

1. Amplia legitimación procesal: Tal como la ha definido don Manrique JIMÉNEZ MEZA, la legitimación es "*(…) la aptitud o la capacidad calificada de algún sujeto, sea persona física o jurídica, para ser parte en un determinado procedimiento (administrativo) o proceso. Tal capacidad se deriva de la relación que existe entre la esfera de intereses y derechos del sujeto y la conducta con la que otro sujeto u órgano invadió ilegítimamente dicha esfera.*"[11]

En nuestro criterio, la eliminación de las restricciones a la legitimación para acceder al procedimiento administrativo o al proceso judicial, en aras de ejercitar una determinada pretensión, es determinante para tutelar de forma oportuna, real y adecuada la situación jurídica que se estima lesionada. En ese tanto, estimamos que deben interpretarse restrictivamente todas aquellas disposiciones que tiendan a obstruir o limitar la legitimación, de modo tal que se posibilite y se garantice al justiciable una legitimación amplia, mas no ilimitada, ante de las instancias correspondientes.

10 Al respecto, puede verse a GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1989). El derecho a la tutela jurisdiccional. Editorial Civitas, segunda edición, Madrid, España.

11 JIMÉNEZ MEZA, Manrique. (2013). La legitimación administrativa (procedimiento administrativo, tributario y contencioso administrativo). Editorial Jurídica Continental, cuarta edición, San José, pág. 27.

2. Debido proceso: Una vez que se ha excitado la iniciación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, debe asegurarse la concreción del debido proceso, del contradictorio y del derecho de defensa, en beneficio tanto del contribuyente o responsable como de la Administración pública, de manera que se permita un equitativo y adecuado litigio entre intereses contrapuestos;

3. Efectiva ejecución de lo dispuesto a través de un título ejecutorio: Determina la efectiva, oportuna, fiel, completa y válida ejecución de lo dispuesto a través de una sentencia, un acto administrativo firme o de un acuerdo conciliatorio homologado, con el fin de que se lleve al plano fáctico y real lo previamente determinado por parte del órgano competente.

Las anteriores aristas del principio de tutela judicial efectiva, resultan inter-dependientes una de otra, posibilitando el ejercicio del derecho fundamental a la acción, dentro de un marco de garantías procesales de primer orden, que se encargan de resguardar de forma adecuada el derecho subjetivo o interés legítimo que se estima lesionado.

Asimismo, como parte intrínseca e inherente al derecho fundamental de tutela jurisdiccional efectiva, debe garantizarse la adopción de las medidas cautelares que sean necesarias y adecuadas, tanto en los procedimientos administrativos constitutivos (art. 322 LGAP) y recursivos (art. 148 LGAP) que se desarrollan en sede administrativa, como en el curso de los procesos judiciales –incluso de previo a su instauración, ex art. 19 del Código Procesal Contencioso Administrativo-, que posibiliten la efectividad del acto final o de la sentencia de mérito y, al mismo tiempo, resguarden la integridad y satisfacción de las situaciones jurídicas sustanciales de los justiciables.

Dentro de ese marco, en nuestro criterio, la regla "solve et repete" constituye un obstáculo al ejercicio del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, puesto que impide el acceso a la justicia en aquellos casos en que no se satisfaga en forma previa el importe de la determinación tributaria. Creemos, tal como lo señaló don José FERREIRO LAPATZA, que

"(…) la exigencia del previo pago en la actualidad ha de entenderse derogada por el artículo 24 de la Constitución española, por constituir una exigencia contraria al principio de libre acceso a la justicia." [12]

De ahí que, la exigencia del pago previo del tributo como requisito para el cuestionamiento de la obligación impositiva, choca en forma directa con el ejercicio de las libertades fundamentales de las personas, establecidas como prioritarias para el resguardo de las situaciones jurídicas sustanciales de los contribuyentes, de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de la legitimidad de la conducta de las Administraciones públicas. En forma coincidente, don Manuel SILVA SÁNCHEZ, expresó que "*(…) la vulneración del principio*

12 FERREIRO LAPATZA, José Juan. Curso de derecho financiero español. Madrid, España, pág. 532.

de la tutela judicial efectiva se verifica cuando el depósito de la deuda tributaria se convierte en un requisito para acceder a la jurisdicción…". [13]

Pero además de ello, la lesión al ejercicio de la legitimación, al debido proceso, a la adecuada defensa en juicio y al contradictorio, riñe directamente con la esencia misma de valores, principios y normas constitucionales de nuestro Estado, tales como los son de orden, paz, justicia, seguridad y libertad, los cuales subyacen en la ideología constitucional y constituyen parámetro de validez de los actos sujetos al derecho público en el Estado social y democrático de derecho.

En tal orden de consideraciones, don José CASÁS, refiriéndose a las garantías que resguardan a los valores de un Estado de derecho, manifestó:

> *"Con la consolidación del Estado de Derecho resulta hoy inimaginable que frente a dos partes en pugna, una jurídicamente fuerte y poderosa –el Estado- y otra a menudo débil y desvalida en garantías –el contribuyente-, pueda negarse el acceso a los estrados judiciales con la excusa de la falta de pago previo del tributo. Se trata de prevenir que a través de detracciones patrimoniales coactivas exigidas por el Poder Público –a título de tributos- puedan consumarse despojos ilegales o inconstitucionales, al supeditarse la tutela, enderezada a evitar la iniquidad, al previo pago de las respectivas contribuciones."* [14]

En consecuencia, estimamos que la regla "solve et repete", en tanto impone la exigencia de pago previo de la obligación tributaria, como requisito para cuestionar la juridicidad de la determinación y el importe tributarios, configura una lesión al derecho a la tutela judicial efectiva y a los valores que fundamentan nuestra ideología constitucional, razón por la cual no solo debe reputarse inconstitucional sino también proscrito tácitamente de nuestro ordenamiento jurídico.

III. El "solve et repete" como privilegio formal injustificado lesivo del principio de igualdad

El principio de igualdad está contenido en los artículos 33 de la Constitución Política y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y determina que todas las personas son iguales ante la ley. Sin embargo, dicha igualdad no puede implicar una igualdad material, pues lo que resulta contrario a dichos principios fundamentales, es hacer diferencias entre dos o más personas que se encuentren una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, de modo que no puede pretenderse un trato igual cuando las

13 SILVA SÁNCHEZ, Manuel (1992). El proceso contencioso administrativo en materia tributaria. Editorial Marcial Pons, Madrid, España, pág. 263-264.

14 CASÁS, José Osvaldo (2004). La revisión judicial de la acción administrativa en materia tributaria. En Derecho procesal administrativo, volumen 2, Homenaje a Jesús González Pérez. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, pág. 1395.

condiciones o circunstancias son desiguales. Tal como lo ha señalado la Sala Constitucional[15], se da un trato discriminatorio cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, lo cual implica que la causa de justificación del acto considerando como desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y con sus efectos, de manera tal que debe presentarse inexcusablemente una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha.

En ese sentido, la regla "solve et repete" contiene un privilegio[16] formal a favor de la Administración tributaria, que no halla justificación en el ordenamiento jurídico, pues posibilita recurrir la conducta administrativa ablatoria únicamente al sujeto pasivo de la relación tributaria que posea la solvencia económica necesaria para afrontar el pago del adeudo que se le atribuye.

Como expusimos líneas arriba, tal privilegio se ha pretendido sustentar en la presunción de legitimidad que acompaña a la conducta administrativa, así como en la necesidad de asegurar la recaudación tributaria, instando -de forma obligatoria- el pago por parte del sujeto pasivo. En nuestro criterio, ambas justificaciones omiten la posible o eventual ilegitimidad de base del cobro, siendo para la Administración tan solo relevante el ingreso del presunto adeudo a sus arcas públicas.

Precisamente en relación con ello, desde 1961, la Corte Constitucional Italiana[17], en la ya famosa sentencia del 24 de marzo de 1961, declaró la inconstitucionalidad de la regla "solve et repete" por la clara violación que supone a la igualdad de hecho y de derecho de todos los ciudadanos, en lo concerniente a exigir y obtener tutela jurisdiccional.

El alto Tribunal italiano consideró que se provocaban consecuencias marcadamente disvaliosas y dispares entre el sujeto pasivo que se encontraba en condiciones de afrontar inmediatamente el pago del tributo y aquél que no contaba con medios suficientes para satisfacer la obligación, cercenándole a éste último, el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, consagrada con rango constitucional en los artículos 24 y 113 de la Carta Política italiana.

15 Verbigracia, en los votos No. 1998-5797, 1998-4829, 1997-1019, 1995-3929.

16 El carácter del "solve et repete" como privilegio a favor de la Administración pública ha sido declarado por el Tribunal Constitucional español, cuando con ocasión de la sentencia No. 110/1993 del 25 de marzo de 1993, expresó: "En el proceso monitorio rige el principio solve aut repete, paga o protesta. Mientras que en la llamada jura de cuentas de los artículos citados lo que rige es el principio solve et repete, paga y -luego de pagar- repite o reclama. Y es ahí donde reside el defecto constitucional ínsito en esos preceptos, cuyas reglas pueden ser calificadas sin duda alguna como privilegios (y ya se sabe: privilegia sunt restringenda)."

17 Más recientemente, mediante la ordenanza No. 13 del año 2008, la Corte Constitucional italiana se pronunció expresamente sobre la contradicción existente entre la regla "solve et repete" y el artículo 24 de la Constitución de Italia, en cuanto éste último dispone la facultad de todas las personas, sin diferenciación alguna, para acudir a los tribunales en defensa de sus derechos e intereses legítimos. Al respecto, pronunció la citada Corte Constitucional: "(…) che la disposizione denunciata víola altresí, sempre secondo il rimettente: a) l'art. 24 Cost., perché reintroduce il principio, espunto dall'ordinamento, del solve et repete, in quanto «esige l'anticipazione dell'imposta su un provvedimento dell'autorità giudiziaria prima ancora della sua giuridica certezza, mantenendo cosí surrettiziamente una sorta di registrazione anticipata»…".

En tal sentido, don José ESPECHE ha señalado que "(…) el solve et repete se contrapone a las garantías resguardadas en la Constitución Nacional y Constitución Provincial de igualdad y defensa en juicio. La violación al principio de igualdad, surge porque la regla solve et repete, discrimina entre las personas que pueden pagar el impuesto que pretenden discutir y quienes no pueden hacerlo, por no disponer de los medios suficientes para efectuar el pago, ni puede obtenerlos con facilidad." [18]

En nuestro criterio, el tratamiento que ofrece la regla "solve et repete", por medio de su principal efecto impositivo, es decir, el pago de la deuda tributaria como requisito para la impugnación de la conducta administrativa, vulnera de forma incisiva el derecho fundamental a la igualdad, puesto que solo aquellos sujetos pasivos que posean los recursos económicos necesarios para afrontar la deuda, podrían cuestionar la juridicidad en sede administrativa o judicial respecto del cobro efectuado.

A tono con lo anterior, en las XVI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, llevadas a cabo en Lima, Perú, en 1993, se señaló que "*(…) la supresión de la regla solve et repete y de cualquier otro obstáculo al acceso incondicionado e inmediato de todas las personas a la tutela jurisdiccional, así como la posibilidad de suspensión del acto impugnado, son necesarios para la igualdad de las partes.*"[19]

Por ende, en nuestro criterio y como resultado de su aplicación, la regla "solve et repete" crea una desigualdad que está desprovista de una justificación objetiva y razonable, por ello lesiva del principio de igualdad, puesto que sobre la base de la capacidad económica para recurrir la conducta administrativa tributaria, a su vez cobijada en la presunción de legitimidad de ésta, se impide antijurídicamente el acceso a la justicia administrativa.

IV. Inconvencionalidad de la regla "solve et repete"

1. El control de convencionalidad

El control de convencionalidad es una creación pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo objeto es mantener la armonía de las normas jurídicas internas de un determinado Estado respecto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En nuestro criterio, el propósito del control de convencionalidad es garantizar la supremacía convencional, mantener el denominado "parámetro de convencionalidad" en todos los ordenamientos jurídicos locales. Dicho "parámetro de convencionalidad" está conformado por las declaraciones y convenciones en lo que corresponde al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, así como por las sentencias vertidas por la Corte

18 Espeche, Sebastian (2011). El solve et repete y las multas tributarias en la jurisprudencia de la Corte de Justicia de Salta. Op. Cit., pág. 10.

19 Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Resoluciones de las jornadas, actualización, Montevideo, 1996, pág.3.

Interamericana de Derechos Humanos y sus opiniones consultivas.

Debe mencionarse, además, que el surgimiento del control de convencionalidad tuvo lugar a partir del caso "Almonacid Arellano y otros c/. el Gobierno de Chile" del 26 de septiembre de 2006, a través del cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó lo siguiente:

> *"La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".*

Posteriormente y, en el mismo sentido, en el caso "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c/. Perú" del 24 de noviembre de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reafirmó el control de convencionalidad, incluso de oficio, por parte de los juzgadores y en tal sentido manifestó lo siguiente:

> *"Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin.*
>
> *En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones."*

Como consecuencia de tales parámetros creados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los jueces y tribunales de cada Estado deben ejercer el control de convencionalidad dentro del ámbito de sus competencias, en aras de mantener la armonía de las disposiciones internas de los ordenamientos locales respecto del parámetro de convencionalidad sentado por la Convención Americana de Derechos Humanos, las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y demás instrumentos

del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2. El control de convencionalidad en el marco del ordenamiento jurídico costarricense

En nuestro criterio, para el caso del ordenamiento jurídico costarricense, todos los Jueces de la República pueden y deben interpretar las normas y actos de cualquier naturaleza de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, según expresa disposición de los artículos 10 y 48 de la Constitución Política, 2 incisos a) y b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A lo que debe sumarse que la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional ha reconocido que los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (voto No. 3435-92 de las 16:20 horas del 11 de noviembre de 1992).

De ese modo, todos los Jueces de la República tienen la facultad y la obligación de velar por la aplicación íntegra del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, velando para ello incluso de oficio. Tal fiscalización a cargo de todos los Jueces de la República no contradice, en modo alguno, la potestad exclusiva de la Sala Constitucional en cuanto al control concentrado de constitucionalidad –y agregaríamos nosotros, de convencionalidad- de las normas jurídicas y actos de cualquier naturaleza, según lo previsto en el numeral 10 de la Carta Magna.

De dicha forma, la Sala Constitucional no solo puede, sino que debe controlar la conformidad sustancial y formal de las normas jurídicas internas respecto del parámetro de convencionalidad, como producto de sus competencias de exclusivo órgano jurisdiccional encargado de garantizar la supremacía constitucional en nuestro país.

Precisamente, sobre el particular, la Sala Constitucional ha reconocido la trascendencia del control de convencionalidad, de oficio o instancia de parte, en los siguientes términos:

> *"El control de convencionalidad es una construcción pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyo propósito fundamental es lograr la "supremacía convencional" en todos los ordenamientos jurídicos nacionales o locales del denominado "parámetro de convencionalidad", conformado por las declaraciones y convenciones en la materia del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, las sentencias vertidas por esa Corte regional y sus opiniones consultivas. Constituye una revolución jurídica en cuanto le impone a los jueces y Tribunales nacionales, en especial, a los Constitucionales, la obligación de consolidar el "Estado convencional de Derecho", anulando y expulsando del sistema jurídico nacional respectivo toda norma que confronte, irremediablemente, el "bloque de convencionalidad". De esta doctrina, cabe resaltar dos cuestiones relevantes, que son las siguientes: a) El control de convencionalidad debe ser ejercido, incluso, de oficio, aunque las partes intervinientes no lo hayan instado o requerido y b) al ejercer el control de convencionalidad, los jueces y Tribunales Constitucionales, gozan del "margen de apreciación nacional", sea como un todo que tiene plenitud hermética, para poder concluir si una norma nacional infringe o no el parámetro de convencionalidad; consecuentemente, no pueden hacerse análisis aislados como si el ordenamiento jurídico estuviere constituido por compartimentos estancos o segmentados. Cabe destacar que el margen de apreciación nacional es un concepto jurídico indeterminado que permite la convergencia y armonización del derecho nacional y del interamericano, estableciendo un umbral de convergencia que permite superar la relatividad de las tradiciones jurídicas nacionales". (Voto No. 4491-2013 de las 16:00 horas del 03 de abril del 2013).*

Como puede apreciarse, el Tribunal Constitucional, máximo y exclusivo interprete de la Constitución Política –salvo en lo relativo a materia electoral- es consciente de la importancia de garantizar la supremacía convencional, resaltando para tales efectos dos aspectos de gran dinamismo: i) el control ex oficio de convencionalidad es jurídicamente debido, de modo que tal control no se aviene a un régimen dispositivo, motivado únicamente en lo que las partes procesales hayan solicitado al órgano jurisdiccional; y ii) en el ejercicio del control de convencionalidad, el Tribunal Constitucional goza de un margen de apreciación amplio e integral en aras de establecer la existencia de una efectiva o potencial vulneración al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Tal control de convencionalidad es efectuado de forma exclusiva por la Sala Constitucional, cómo único órgano jurisdiccional competente para declarar la inconvencionalidad de una determinada norma jurídica, sin demerito alguno del poder-deber que poseen todos los Jueces de la República, en torno a la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico interno respecto del bloque de convencionalidad, todo ello en aras de potenciar y consolidar a nuestro país como un Estado Convencional de Derecho.

3. Ruptura de la regla "solve et repete" frente al parámetro de convencionalidad

La regla "solve et repete", tal cual la hemos definido, presenta una seria disonancia con el parámetro de convencionalidad. En efecto, el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece lo siguiente:

> *"1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."*

Como expusimos antes, esta norma de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, posee rango supra constitucional, en todo lo que favorezca a la persona y a su libertad (principios de interpretación constitucionales "pro homine" y "pro libertatis") e integra el Derecho de la Constitución.

Pero la virtualidad aplicativa de la norma no se queda ahí, se agudiza al confirmar que ella, junto con las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana

de Derechos Humanos, forma parte del parámetro del convencionalidad que deben observar los ordenamientos jurídicos internos de todos los Estados suscribientes de dicho instrumento internacional, entre ellos, el Estado costarricense. En efecto, tal como lo ha indicado don Manrique JIMÉNEZ MEZA:

> *"También es importante destacar no ya solo el respeto a las consideraciones interpretativas de la Corte IDH, sino también la debida e íntegra incorporación al ordenamiento jurídico interno de los Estados, cuando en éstos se ha aceptado o reconocido el efecto vinculante de la interpretación más favorable y extensiva en materia de derechos humanos."*[20]

En ese sentido, el parámetro o bloque de convencionalidad determina la garantía de todas las personas a ejercitar, en forma amplia y real, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Ello significa que, en nuestro ordenamiento jurídico, no es dable restringir o impedir el libre acceso a la justicia, sea en sede administrativa o jurisdiccional, con las garantías que brinda el debido proceso, obstaculizando el derecho de defensa sobre la base de injustificados privilegios o de diferencias desprovistas de una justificación objetiva y razonable.

De esa manera, en nuestro criterio, la regla "solve et repete" es contraria al artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que debe entenderse inconvencional y por ello, derogada en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la entrada en vigencia de ese pacto. Estas consideraciones poseen efectos jurídicos directos respecto de cualquier norma tributaria que exigiere, como requisito para la impugnación administrativa o jurisdiccional del acto impositivo, el pago previo del importe tributario.

Sobre el particular, don José CASÁS ha manifestado que "*La doctrina nacional se ha pronunciado en forma cada vez más coincidente en contra del mantenimiento del solve et repete e, incluso, ha sostenido que tal regla ha sido implícitamente explusada del ordenamiento jurídico como consecuencia de la adhesión y ratificación por la Argentina de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica…*".[21]

Como puede apreciarse, estimamos que la regla "solve et repete" sufre una ruptura frente a los principios que constituyen al Estado convencional de derecho, tales como los de tutela jurisdiccional efectiva, de igualdad y de dignidad de todas las personas. Esa ruptura determina su derogación automática en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados que hayan ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. Como bien señaló don Sebastián ESPECHE:

> *"Es explicita y clara la intención de los estados al suscribir este tratado en cuanto a que la garantía del derecho a la defensa debe ser concedido sin condiciones ni obstáculos de ninguna especie, no pudiéndose admitir, sin contradecir el Pacto, que para acceder a la justicia resulte de aplicación el solve et repete, y condicionar la discusión de las deudas reclamadas por el fisco en la justicia a su previo cumplimiento."*[22]

Se desprende de lo anterior que, en virtud de la derogación implícita de la regla tributaria "solve et repete", cualquier norma que pretenda amparar dicha regla resultaría no solo contraria al Derecho de la Constitución, sino también y sobre todo, inconvencional, en cuanto condiciona y limita el ejercicio de garantías fundamentales para todas las personas. De ahí que, en el criterio del tributarista Héctor VILLEGAS, "*Cuando el Tratado señala que las personas tienen derecho a ser oídas por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter fiscal, está indicando que ese derecho garantizado a la defensa debe ser concedido sin condiciones ni obstáculos de ninguna especie.*"[23]

Corolario de lo expuesto, estimamos que en el ordenamiento jurídico costarricense, el parámetro de convencionalidad impone estimar como derogado el principio del "solve et repete", puesto que éste condiciona y restringe de forma ilegítima el libre y equitativo acceso de todas las personas a la justicia, vedando las garantías del debido proceso y del derecho de defensa, los cuales constituyen presupuestos de la ideología del Estado constitucional y convencional de Derecho asumido por el Estado costarricense.

V. El encubierto principio "solve et repete" en Costa Rica

1. Los métodos de determinación de la obligación tributaria

El Código de Normas y Procedimientos Tributarios, Ley No. 4755, (en adelante Código Tributario), establece las modalidades en que es posible la determinación de una obligación de carácter tributario.

La determinación de la obligación tributaria consiste en el acto o conjunto de actos adoptados por las Administraciones Tributarias, de los particulares o de ambos, cuyo objetivo es establecer concretamente, de acuerdo con las previsiones normativas, la presencia o nacimiento del presupuesto de hecho o de derecho determinante de la obligación, la medida de lo imponible y el alcance de la obligación tributaria.

A tono con los artículos 120 y 122 del Código Tributario, en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de la autodeterminación de la obligación tributaria, el cual postula que de forma voluntaria es el propio sujeto pasivo quien determina sus obligaciones tributarias, por medio de una declaración jurada que se efectúa luego de que ha finalizado el período fiscal del tributo respectivo.

---

20 JIMÉNEZ MEZA, Manrique (2012). Derecho constitucional y administrativo. Cuarta edición, editorial Jurídica Continental, San José, pág. 432.

21 CASÁS, José Osvaldo (2004). La revisión judicial de la acción administrativa en materia tributaria. Op. Cit., pág. 1403.

22 ESPECHE, Sebastián (2011). El solve et repete y las multas tributarias en la jurisprudencia de la Corte de Justicia de Salta. Op. Cit., pág. 11.

23 VILLEGAS, Héctor B. (1994). Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario. Quita edición, Depalma, pág. 463.

No obstante lo anterior, de acuerdo con el artículo 124 del Código Tributario, no existe impedimento para que la Administración Tributaria, en ejercicio de sus potestades de vigilancia y de fiscalización de la correcta percepción y recaudación tributarias, pueda oficiosamente, verificar el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias y determinar si lo declarado voluntariamente por el sujeto pasivo, corresponde o no a la carga tributaria real que le corresponde asumir, de acuerdo con su capacidad económica.

Esta determinación de oficio, adoptada por la Administración Tributaria, puede ser elaborada mediante el método de estimación directa o base cierta, cuando posea un conocimiento cierto de la materia imponible, como también a través del método de estimación indirecta o sobre base presunta, en el supuesto de que los elementos conocidos de la materia imponible solo permitan presumir la existencia y la magnitud de ella.

2. El "solve et repete en el Código Tributario costarricense

Puntualmente, el artículo 124 del Código Tributario faculta a la Administración Tributaria para que realice una determinación oficiosa de la obligación tributaria en aquellos casos en que el sujeto pasivo no haya presentado declaraciones juradas, o cuando habiéndolas presentado, éstas hayan sido objetadas por los órganos tributarios por considerarlas falsas, ilegales o incompletas.

Para tales efectos, el numeral 144 del Código Tributario dispone que la Administración Tributaria efectuará las actuaciones que se entiendan necesarias para la determinación de la obligación tributaria. Concluidas tales actuaciones, la Administración deberá convocar a una audiencia al sujeto pasivo, en la que se le informarán los resultados obtenidos en las actuaciones, poniendo a su disposición, en ese mismo acto, el expediente administrativo en que consten tales resultados y se le propondrá la regularización que corresponda.

La norma de comentario señala que dentro de los cinco días hábiles siguientes, el contribuyente deberá comparecer ante los órganos actuantes y manifestar su conformidad o disconformidad con la propuesta, sea total o parcialmente. En caso de que el contribuyente no comparezca dentro del plazo fijado, se entenderá de manifiesto su disconformidad. Asimismo, si el sujeto pasivo manifiesta conformidad, sea total o parcial, con la propuesta, deberá pagar el tributo dentro de los treinta días siguientes o formulará la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento establecida en el artículo 38 del Código Tributario.

Ahora bien, en aquellos supuestos en que exista disconformidad total o parcial del contribuyente con la propuesta de regularización, la Administración Tributaria deberá notificarle, en los diez días siguientes, el acto administrativo de liquidación, el cual debe contener una expresión concreta de los hechos y de los fundamentos jurídicos que motivan las diferencias en las bases imponibles y las cuotas tributarias.

Es precisamente en este estadio procedimental en el que, en nuestro criterio, se presenta un encubierto "solve et repete", pues el literal del artículo 144 del Código Tributario expresa que, luego de la notificación al contribuyente del acto de

liquidación de oficio, "***El ingreso respectivo deberá hacerse dentro de los treinta días siguientes, excepto si el sujeto pasivo ha rendido, dentro de ese mismo plazo, las garantías*** *establecidas reglamentariamente, sobre la deuda y sus correspondientes intereses de demora.*" (Lo resaltado es nuestro).

Como puede verse, la norma de comentario exige el pago o la garantía suficiente de la obligación tributaria y de sus respectivos intereses moratorios, de forma anticipada -o eventualmente paralela-, mas no excluyente, a la eventual interposición de los medios recursivos previstos por el ordenamiento jurídico para el cuestionamiento de validez de la conducta administrativa.

Lo anterior se agudiza si tomamos en cuenta que los numerales 145 y 146 del Código Tributario disponen que en contra del acto de liquidación de oficio caben los recursos de revocatoria o de apelación, dentro del mismo plazo de 30 días que se ha otorgado para pagar el tributo, es decir, a partir de la notificación al sujeto pasivo del acto de liquidación de oficio.

De manera tal, el numeral 144 del Código Tributario establece en forma coactiva el pago de la obligación tributaria, aun y cuando el sujeto pasivo hubiere interpuesto o no los recursos administrativos que quepan en contra del acto de liquidación de oficio y estuviere pendiente de conocerse y resolverse sobre la validez de dicha determinación tributaria por parte del órgano competente.

Tal situación se reitera en el Reglamento de Procedimiento Tributario, Decreto Ejecutivo No. 38277-H, cuando el artículo 86 de esta norma deja al descubierto la obligatoriedad de pago previo, al expresar que la interposición del recurso de revocatoria procede "*(…) aun cuando el sujeto pasivo no hubiere hecho el ingreso de la deuda contenida en el acto de liquidación de oficio no hubiere rendido las garantías sobre ella…*".

La obligatoriedad encubierta de pago previo de la obligación tributaria se intensifica cuando el artículo 57 del Código Tributario dispone que el pago efectuado fuera de término produce la obligación de pagar un interés junto con el tributo determinado y, en el mismo sentido, el ordinal 40 del mismo Código Tributario indica que "*los intereses se calcularán a partir de la fecha en que los tributos debieron pagarse*", es decir, a partir de la finalización del término de 30 días otorgado con la notificación del acto de liquidación de oficio y sin que para dicho momento aún hubiese sido conocida por la Administración Tributaria la eventual impugnación interpuesta en contra de tal acto.

Lo anterior se agrava si se toma en cuenta que el artículo 59 del pluricitado Código Tributario establece que los créditos por tributos, intereses, recargos y sanciones pecuniarias, gozan de privilegio general sobre todos los bienes y rentas del sujeto pasivo. Y en el mismo sentido, el artículo 178 del Reglamento de Procedimiento Tributario, referido al cobro administrativo, señala que "*Vencido el término para el pago voluntario de la deuda tributaria sin que ésta haya sido cancelada, la Administración Tributaria notificará al deudor tributario su condición de morosidad, instándolo a la cancelación del crédito impago…*", pudiendo incluso decretar, entre otras, las medidas cautelares de embargo de créditos, retención de sumas

y embargo administrativo, según lo dispuesto en el artículo 196 del Código Tributario.

Sumado a lo expuesto, pesa latente sobre el sujeto pasivo, la notificación de un posible procedimiento administrativo cuyo objeto sea sancionar la eventual comisión de una infracción administrativa, calificada así por la Administración Tributaria, cuando no habiendo ingresado el pago del tributo al Fisco, la Administración estime que la situación del sujeto pasivo encuadra dentro de los términos de la infracción por falta de ingreso por inexactitud u omisión, establecida en el canon 81 del Código Tributario.

3. Inconvencionalidad del artículo 144 del Código Tributario

El parámetro de convencionalidad impone que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les impone una vigilancia constante con el objeto de que las disposiciones de la Convención no sean limitadas, restringidas u obstaculizadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.

En el caso concreto del numeral 144 del Código Tributario, tal como expusimos líneas arriba, establece que el sujeto pasivo debe realizar el pago del importe tributario o rendir garantía suficiente de éste, dentro de los 30 días siguientes a partir de la notificación del acto de liquidación de oficio emanado de la Administración Tributaria. Y continúan expresando los numerales 145 y 146 del Código Tributario que, dentro del mismo plazo otorgado para el pago del tributo o para el rendimiento de la garantía que asegure su pago, es posible interponer los recursos de revocatoria o de apelación en contra del acto de liquidación de oficio.

Si bien la norma posibilita que se interpongan los recursos administrativos en contra del acto de liquidación de oficio, o bien que se acuda directamente a la vía jurisdiccional contencioso administrativa para cuestionar la validez de la conducta, lo cierto del caso es que existen algunas características de la regulación que repercuten de forma directa y perjudicial sobre el contribuyente, obligándole de forma indirecta a pagar el adeudo tributario de previo al cuestionamiento de la determinación tributaria.

De ahí que, la complejidad y los efectos perjudiciales de la liquidación de oficio adoptada por la Administración Tributaria, en cuanto establece el pago o la garantía suficiente de la obligación tributaria dentro del mismo plazo otorgado para su impugnación, provocan de forma inmediata repercusiones gravosas que en forma refleja o indirecta producen la obligatoriedad del pago previo de la obligación Tributaria.

Tal es la situación que se presenta cuando en caso de no efectuarse el pago del adeudo tributario, empiezan a correr en contra del contribuyente los intereses moratorios señalados en el artículo 57 del Código Tributario. Del mismo modo, en caso de que el pago de los intereses mencionados no fueran por sí solos suficiente elemento de repercusión en la esfera jurídica del sujeto pasivo, éste podría ser sometido por la Administración Tributaria a medidas cautelares tales como embargo de créditos, retención de sumas y embargo administrativo, tal y como lo avala el artículo 196 del Código Tributario, en relación con el numeral 149 de la Ley General de la Administración Pública.

Pero aún más, en adición a lo anterior, latente quedaría la posibilidad de que se inicie un procedimiento administrativo sancionador en contra del sujeto pasivo por la presunta comisión de la infracción administrativa de falta de ingreso por inexactitud u omisión, establecida en el numeral 81 del Código Tributario

En nuestro criterio, el artículo 144 del Código Tributario roza con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto obstaculiza, en sede administrativa, la legitimación procesal en razón del pago previo –y eventualmente paralelo- del adeudo tributario, dentro del procedimiento de liquidación de oficio de la obligación tributaria. Al mismo tiempo, impide el ejercicio efectivo de garantías fundamentales del debido proceso, puntualmente del derecho a la defensa y a la presunción de inocencia, así como del derecho constitucional a la indemnidad relativa de la propiedad o patrimonio del contribuyente (art. 45 constitucional).

Y estimamos que, del mismo modo, el numeral 144 de comentario, vulnera el derecho fundamental a la igualdad, establecido en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 33 de nuestra Constitución Política, en el tanto impide el ejercicio efectivo de tal derecho en dos vertientes, a saber:

i) Limita tanto la legitimación, como la impugnación del adeudo tributario y el goce efectivo de garantías constitucionales a aquellas personas que no poseen la capacidad económica suficiente para pagar o garantizar el importe tributario dentro del plazo de 30 días contados a partir de la notificación del acto de liquidación de oficio; y

ii) Aun cuando el acto de liquidación fuese impugnado paralelamente al pago o a la rendición de garantía del adeudo tributario, la relación jurídico tributaria se ve desprovista de una igualdad real, dado el establecimiento de ciertos privilegios de orden formal a favor de la Administración Tributaria, que de forma encubierta presionan al contribuyente con la intención de que se efectúe la recaudación tributaria, tales como el cobro de intereses moratorios, el cobro administrativo y el dictado de medidas cautelares que afectan la esfera jurídica del contribuyente. pues

En consecuencia, en nuestro criterio, el artículo 144 del Código Tributario prevé un pago obligatorio y encubierto de la obligación tributaria, que por las particularidades propias del procedimiento determinativo de la obligación tributaria, es susceptible de lesionar no solo los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la igualdad, sino también el parámetro de convencionalidad al que se hallan sometidos todos los Estados parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

VI. Conclusiones

La regla “solve et repete” provoca un efecto impositivo directo y otro de carácter transversal; lo primero, en tanto constituye la materialización de una exigencia coactiva al contribuyente del pago de la deuda tributaria, como requisito para la impugnación de la conducta administrativa y, lo segundo, es decir, su transversalidad, en el tanto, con

dicha regla se condiciona el ejercicio de derechos fundamentales que resultan de suma relevancia para la persona y para nuestra ideología constitucional, tales como el debido proceso, el derecho a la defensa, la dignidad, la igualdad, la presunción de inocencia y la indemnidad relativa del patrimonio.

De la misma forma, con independencia de los fines recaudatorios de la medida impositiva a la que nos referimos, con ella también se provoca una lesión al bloque o parámetro de convencionalidad, en tanto se condiciona el derecho de toda persona a la igualdad y a ser oída, con las garantías del debido proceso, por los órganos competentes establecidos por el ordenamiento jurídico, tal como lo proclaman los ordinales 24 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Estimamos que el artículo 144 del Código Tributario contiene un encubierto “solve et repete”, en tanto los efectos del acto de liquidación de oficio, provocan repercusiones gravosas sobre el sujeto pasivo, que en forma refleja o indirecta lo conducen al pago o a la rendición de garantía suficiente respeto de la obligación tributaria, con independencia del ejercicio recursivo en sede procedimental, el cual, en todo caso, debe efectuarse dentro del mismo plazo estipulado para el pago del importe tributario.

Finalmente, estimamos que los efectos gravosos a que se puede ver sometido el sujeto pasivo de la relación jurídico tributaria, pueden ser conjurados con la adopción, en sede jurisdiccional, de las medidas cautelares que resulten adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia de mérito. Ello posibilitaría la tutela de las situaciones jurídicas sustanciales de los justiciables y al mismo tiempo, haría efectiva la garantía constitucional que encarna a la cláusula regía del Estado constitucional de derecho, en tanto se asegura la plena juridicidad de la conducta de las Administraciones públicas, tal y como lo impone el artículo 49 de nuestra Carta Magna.

Bibliografía

CASÁS, José Osvaldo (2004). La revisión judicial de la acción administrativa en materia tributaria. En Derecho procesal administrativo, volumen 2, Homenaje a Jesús González Pérez. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, pág. 1395.

CHRISTENSEN, Eduardo Alberto. (1996). “El Solve et Repete. Incidencia de la reforma constitucional”, en Revista La Ley, Buenos Aires, Argentina, Editorial La Ley, 1189.

ESPECHE, Sebastian (2011). El solve et repete y las multas tributarias en la jurisprudencia de la Corte de Justicia de Salta. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta.

FERREIRO LAPATZA, José Juan. Curso de derecho financiero español. Madrid, España, pág. 532.

GARRIDO FALLA, Fernando (1965). Tratado de derecho administrativo. Instituto de Estudios Jurídicos, tercera edición, Madrid, España, pág. 523.

GIANNINI, A. D. (1937). “Solve et Repete”, en Revista de Derecho Público, pp. 349 y ss., y El contenido del impuesto, Milano, Giuffré, pp. 281 y ss.

GIULIANI FONROUGE, Carlos María. Derecho Financiero. Tomo II, décima edición, Ed. La Ley, pág. 787.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1989). El derecho a la tutela jurisdiccional. Editorial Civitas, segunda edición, Madrid, España.

Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Resoluciones de las jornadas, actualización, Montevideo, 1996, pág. 3.

JIMÉNEZ MEZA, Manrique (2012). Derecho constitucional y administrativo. Cuarta edición, editorial Jurídica Continental, San José, pág. 432.

JIMÉNEZ MEZA, Manrique. (2013). La legitimación administrativa (procedimiento administrativo, tributario y contencioso administrativo). Editorial Jurídica Continental, cuarta edición, San José, pág. 27.

SALCEDO, Esteban Daniel. Vigencia de la regla solve et repete y la garantía a la tutela judicial efectiva en el marco constitucional argentino. Buenos Aires, Argentina.

SILVA SÁNCHEZ, Manuel (1992). El proceso contencioso administrativo en materia tributaria. Editorial Marcial Pons, Madrid, España, pág. 263-264.

VALDÉS COSTA, Ramón. (1992). Instituciones de Derecho Tributario, Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma.

VILLEGAS, Héctor B. (1994). Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario. Quita edición, Depalma, pág. 463.

DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO. FUNDAMENTO, CRÍTICA Y CONFIGURACIÓN NORMATIVA.

Lic. Javier Madrigal Navarro

Introducción

El estudio de los delitos de peligro abstracto no pierde actualidad pues su comprensión permite un mejor entendimiento de otros temas afines del derecho penal como lo son el disvalor de la acción, el disvalor del resultado, el principio de proporcionalidad, los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, así como también todo lo relacionado con el tema del bien jurídico tutelado y el principio de lesividad, la antijuridicidad material sin olvidar por supuesto, otros temas como los de los delitos de bagatela, la mínima culpabilidad y la exigua participación a la que hace referencia nuestro Código Procesal Penal en su artículo 22 inciso a).

1. Derecho Penal del Riesgo.

Un primer ámbito de estudio dentro del Derecho Penal moderno estaría constituido por un grupo de tipos delictivos con los que se busca perseguir la realización de conductas que representarían sólo, como máximo, un simple peligro abstracto para bienes jurídicos principalmente individuales. Para un sector de la doctrina, este ámbito particular del Derecho Penal moderno sería consecuencia del modo político en que el Estado decide enfrentar los conflictos sociales característicos de la dinámica de la sociedad moderna, a la cual se ve como una "*sociedad de riesgos*", por lo que el Derecho Penal moderno sería uno propio y característico de la sociedad de riesgos formulada por el sociólogo alemán Ulrich Beck[1]. El control, la prevención y la gestión de riesgos generales se ven como tareas que debe asumir el Estado y que éste asume efectivamente de modo relevante, y para lo cual el legislador recurre al tipo penal de delito de peligro abstracto como instrumento técnico idóneo para encontrar solución a éstos problemas.

Este sistema de prevención de conductas riesgosas o peligrosas que se adopta en nuestros días ha provocado una expansión del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, que ha comenzado con la creación

1 BECK, Ulrich, **La sociedad del riesgo, Hacia una nueva modernidad**, Ediciones Paidós Ibérica, (1998).

de delitos de peligro abstracto que derivan del desarrollo y de los avances científicos, tecnológicos y laborales de nuestro tiempo, donde el manejo de determinadas herramientas técnicas como los automóviles, los sistemas aéreos y las máquinas que se utilizan en los mecanismos de producción avanzada, entre otros, y que llevan siempre consigo el riesgo de que se produzca alguna lesión de bienes jurídicos como la vida o la integridad física, perjuicios al patrimonio o a la salud, lo que acarrearía la realización del tipo de injusto de un delito que puede ser cometido dolosa o culposamente, aumentando así, dentro del catálogo de delitos penales aquéllas acciones de quienes obrando con dolo o con culpa, ocasionan un daño a un bien jurídico tutelado, que se produce cuando se sobrepasa un riesgo permitido, faltando al deber de cuidado del que se estaba obligado no faltar, y que en la medida en que dichas acciones peligrosas sean necesarias para la consecución de determinados fines lícitos y beneficiosos para la comunidad social, deben estar permitidas, principalmente en el caso de las conductas peligrosas para ciertos bienes jurídicos tutelados que se tipifican por el legislador cuando las mismas no han sido adecuadas socialmente.

A consecuencia del desarrollo y del progreso científico y tecnológico, industrial y económico, en la sociedad moderna se realiza una pluralidad de actividades que gozan de la propiedad común de originar multitud de “nuevos” riesgos, generalmente como consecuencias o efectos “secundarios” no deseados, los cuales tienen su origen en decisiones y actividades humanas que llevan consigo la realización de eventos que pueden causar daños cuantiosos a la sociedad, como por ejemplo, las que tienen que ver con la energía atómica, la informática, la genética, la fabricación y comercialización de productos potencialmente peligrosos para la vida y la salud. Características de estos nuevos riesgos son tanto sus grandes dimensiones como la indeterminación del número de personas a las que potencialmente amenazan.

Es dentro de este contexto de riesgo donde la doctrina ha hecho una distinción fundamental dentro de la teoría del delito, distinguiendo entre los delitos de resultado y los delitos de mera actividad, los delitos de lesión o daño y los delitos de peligro abstracto y concreto.

Al respecto nos dice Roxin que los delitos de resultado: “son aquellos delitos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada en el tiempo y en el espacio de la acción del autor. P.e. el delito de homicidio: entre la acción (introducir un punzón en el cuerpo de la víctima) y la obtención del resultado (la muerte) hay una distancia temporal y espacial. En otras palabras, son los que se consuman con la lesión efectiva para el bien jurídico tutelado por la norma penal[2].

Hay tipos que exigen la producción de determinado resultado (como el homicidio, en que sólo puede ser la muerte) y otros que no lo hacen, o sea, que no precisan el resultado típico, sino que cumplen el tipo con la sola realización de la conducta (como en el caso de la injuria). Cuando no se exige

2 Roxin Claus, Derecho Penal Parte General, 1ª Edición, Madrid, España, Editorial Civitas, 1997, p. 336.

la producción de un resultado determinado en el tipo objetivo, este puede ser cualquier mutación del mundo, con tal que resulte lesiva del bien jurídico. Se llama a los primeros, es decir, a aquellos delitos en el que el tipo exige un resultado determinado, delitos de resultado, y a los segundos delitos de mera actividad.

2. Delitos de resultado y delitos de mera actividad.

En Costa Rica, son delitos de resultado los delitos de Homicidio culposo, Aborto culposo, Lesiones culposas, Quiebra culposa, Desastre culposo y Evasión por culpa, **y delitos de mera actividad** los delitos de Atentado contra plantas, conductores de energía y de comunicaciones, Circulación de sustancias envenenadas o adulteradas, Menosprecio de los símbolos de una Nación extranjera, Violación de sellos y Peculado, entre otros.

En los delitos de peligro abstracto la realización del injusto típico se agota en la última acción realizada por del autor, sin que se espere de dicho accionar un resultado, en el sentido de un efecto exterior separado espacial y temporalmente de la acción (como se dice al definir en los delitos de resultado). Estos delitos pueden llevarse acabo por comisión por acción o por omisión, como lo serían por ejemplo, el delito de Perjurio o la omisión de auxilio. Los delitos de peligro abstracto son siempre delitos de mera actividad cuya punición descansa en la peligrosidad general de la acción típica para un determinado bien jurídico, según la valoración del legislador.

Recordemos que la concepción personal de lo ilícito considera que junto a la lesión del bien jurídico (disvalor del resultado), se deben incluir los elementos personales que fundamentan el significado social negativo del comportamiento (disvalor de la acción). La completa exclusión del disvalor del resultado en la actualidad vendría no sólo a confundir el tema de los delitos de peligro abstracto sino que también vendría a eliminar toda la diferencia que la doctrina ha realizado entre los hechos en estado de tentativa, los hechos frustrados y los hechos finalmente consumados.

Ahora bien, una vez entendido lo anterior debemos decir que el resultado típico debe distinguirse de la lesión al bien jurídico tutelado. **Resultado significa la lesión o la puesta en peligro del objeto material de la acción, que es espacial y temporalmente separado de la misma.** La lesión al bien jurídico significa **la relación entre la acción típica o puesta en peligro de la pretensión de respeto al valor protegido por la disposición penal.** También los delitos de peligro abstracto contienen la violación a un bien jurídico tutelado. Concibiendo el tema desde un punto de vista más conceptual podríamos afirmar que todo delito tiene un resultado y en los delitos de peligro abstracto ese resultado es la propia acción del autor, que se presenta como la misma realización del tipo penal. Por otro lado, en los delitos de resultado, desde el punto de vista de la imputación objetiva, el resultado se considera abarcado por la acción típica, de modo que la importancia de la separación es relativa. La importancia de la distinción entre los delitos de peligro abstracto y de resultado está en la relación de causalidad que tiene mucha importancia en los delitos comisivos para efecto de la imputación del resultado al tipo objetivo. No así en los delitos de mera actividad, en los que para determinar

la consumación del hecho sólo se requiere examinar la concurrencia de la propia acción del autor si entrar a analizar el tema referido a la relación de la causalidad.

Actualmente se hace mención a los delitos de de peligro abstracto, de mera actividad o de pura actividad porque la doctrina mayoritaria ha diferenciado entre los delitos de peligro concreto, en los que el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de daño, y los delitos de peligro abstracto, en los que ese riesgo real no es necesario. Esto trae como inmediata consecuencia que en los delitos de peligro concreto la realización del tipo objetivo requiera la comprobación de la acción más el peligro concreto sufrido por el bien jurídico protegido, mientras que para los delitos de peligro abstracto es más que suficiente la comprobación de la acción típica por lo que no es necesario verificar la existencia de un resultado de lesión o de peligro al bien jurídico tutelado, y por tanto, tampoco cabe plantearse la cuestión de la imputación objetiva, lo cual es una característica de estos delitos de mera actividad, pues como dijimos, se cumplen con la realización de la acción solamente.

3. Significado de peligro, riesgo y miedo, en relación a su concepción artificial-no normativa. El daño.

Nos dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, acerca de los siguientes términos que:

Peligro: "*es el riesgo o la contingencia inminente de que suceda algún mal*", agregando una segunda acepción según la cual peligro también es "el pasaje, paso, obstáculo u ocasión en que aumenta la inminencia del daño".

Riesgo: se entiende como "*peligro, contratiempo posible, daño, siniestro eventual garantizado por las compañías de seguros mediante el pago de una prima, exposición*".

Miedo: "*es el sentimiento de gran inquietud suscitado por un peligro real o imaginario*"[3].

Los anteriores conceptos marcan una pauta muy interesante dentro del tema de estudio, pues tienen gran relevancia para el desarrollo de nuevos conceptos penales. Pero en el tema de los delitos de peligro abstracto, es de gran importancia el término peligro del que Maurach nos dice que: "*se califica de peligro a un estado irregular, no usual, en el que dadas las circunstancias concretas, se considera probable, según una provisión posterior-objetiva, la producción de un daño*"[4].

De los datos obtenidos de los conceptos anteriores podemos establecer con seguridad que dos componentes característicos del peligro son: 1) La probabilidad de que se produzca un resultado o riesgo inminente y 2) El carácter dañoso o lesivo de ese resultado. Consecuentemente, si falta uno de esos dos componentes no estaríamos ante un peligro real. Por ello, como señala Von Rohland: "*No hablamos de peligro cuando la producción de un acontecimiento es imposible o, por el contrario, cierta. Tampoco cuando el mismo*

3 Larousse, Nuevo Diccionario Manual Ilustrado, por Ramón García-Pelayo y Gross, 2000.
4 Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Barcelona, Ediciones Ariel, Tomo I, 1962, p. 277.

concuerda con nuestros intereses o no los afecta"[5].

Por otro lado, debe considerarse a la probabilidad como un juicio objetivo acerca del mayor o menor grado de posibilidades de que un acontecimiento se produzca, o sea, que se relaciona con las razones que normalmente determinan la producción de un resultado. En consecuencia, existen distintos grados de probabilidad, lo cual conduce lógicamente a aceptar que existen distintos grados de peligro. En otras palabras, al examinar dos situaciones distintas, podemos establecer cual de ellas es más peligrosa siguiendo el criterio de la mayor o menor probabilidad de que se produzca el resultado dañoso. Pero ese no es el único modo de determinar el grado de peligrosidad de una situación. En efecto, ante dos situaciones distintas, también podemos establecer cuál de estas es más peligrosa mediante la selección de aquella que probablemente puede producir un daño mayor. En consecuencia, en este otro aspecto también juega el criterio de probabilidad.

Salas Almirall nos explica de una manera clara las distintas concepciones que en torno al concepto de peligro ha formulado la dogmática y señala que dicho concepto ha sufrido una importante evolución, paralela a la de la teoría del delito. Se ha pasado de una concepción subjetiva del peligro a una concepción objetiva, y termina en las modernas doctrinas sobre la conducta peligrosa y el estado o situación de peligro. Las posiciones son las siguientes:

a) La concepción subjetiva del peligro: deriva de la óptica causal-mecanicista sobre el mundo. Según esta concepción, todos los fenómenos están sujetos a la necesidad y a las reglas de la causalidad. Sin embargo nosotros sólo percibimos el funcionamiento del mundo a través de generalizaciones y abstracciones, por lo que nuestro saber es limitado, tanto del punto de vista nomológico (a nivel normativo; de lo creado por el legislador) como ontológico (del ser de la conducta misma). De ahí que, hagamos prognosis a partir de determinados antecedentes. Surge entonces la duda y la necesidad, y con ellas, el peligro. Por ello el peligro es sólo el aspecto subjetivo de esa posibilidad pero carece de entidad como fenómeno real, calificándose así como "*el hijo de nuestra ignorancia*". Dicho de otro modo, si conociéramos todas las leyes de la causalidad, no tendríamos ninguna duda sobre las consecuencias de determinado evento y el peligro no existiría. Hoy en día esta concepción ha sido abandonada. Resulta absurdo que el Derecho Penal, que va dirigido a seres normales, tome como punto de referencia un ser omnisciente que no existe más que como abstracción. Por último, un concepto subjetivo de peligro es inservible para interpretar la ley penal, pues el legislador toma en cuenta el peligro estimado.

b) La concepción objetiva del peligro: peligro como probabilidad/posibilidad de lesión: abandonada la concepción subjetiva del peligro con la crisis del pensamiento causal radical (naturalista), pasó a considerarse

5 Von Rohland, La puesta en peligro de Bienes Jurídicos en Derecho Penal, Barcelona, Bosch, 1976, p. 18.

el peligro como una realidad (concepción objetiva). La cuestión consiste en determinar si existió la situación de peligro. Para ello es necesario previamente establecer el llamado "*grado de probabilidad*", es decir, cuál es el grado de posibilidad exigido. Averiguando el grado de probabilidad deseado (51 % frente al 49 % de posibilidades de producción del daño), la verificación de la situación de peligro debe realizarse forzosamente a través de una determinada valoración: se trata del llamado juicio de peligro; son los elementos de este juicio lo que han provocado mayor discusión y la propia crisis del punto de vista en estudio sobre el peligro[6].

c) Concepción normativa del peligro: Corcoy Bidasolo propone la asunción de la teoría normativa del peligro como único concepto válido para el Derecho Penal. La teoría normativa del peligro trata precisamente de poner en relación el peligro objetivo real y el peligro aparente ex ante, relevante desde la perspectiva del derecho penal. En el estado actual de la ciencia no se conocen todas las leyes de probabilidad, lo que implica que, en el caso concreto, incluso conociendo todas las circunstancias concurrentes en una determinada situación, existen factores que actualmente para nosotros son aleatorios y de los que depende que se produzca o no el resultado lesivo. Por consiguiente, el concepto normativo de peligro, como concepto de peligro válido para el Derecho Penal, se ha de definir como "*probabilidad de lesión de un bien jurídico penal*". El grado de probabilidad exigible, será lo que determine, en un primer momento, la idoneidad de ese peligro para lesionar el bien jurídico[7].

En la valoración de dicha probabilidad hay que tomar en consideración otras variables que no tienen relación alguna con la probabilidad causal-naturalista, como son la clase de bien jurídico-penal afectado o la ponderación de la utilidad social de la actividad desarrollada. En consecuencia, para calificar una conducta como peligrosa habrá que verificar la probabilidad de lesión en el caso concreto, atendiendo a los bienes jurídico–penales potencialmente puestos en peligro y al ámbito de actividad donde se desarrolla esa situación y ello con independencia de la posibilidad de evitación de la lesión por parte del autor. Dicha situación de peligro operará como límite a la incriminación de conductas. La legitimidad del castigo de dichas conductas peligrosas está vinculada al respeto de dichos límites axiológicos, pues sólo en la medida en que se incriminen conductas con suficiente peligrosidad normativa en abstracto se respetarán los postulados del Estado de Derecho[8].

Respecto a lo que debemos entender por daño, hemos de decir que éste es un concepto de carácter normativo, producto de una valoración jurídica. En efecto, en términos naturales no se concibe la noción de "*daño*", sino que lo que se percibe es

6 Salas Almirall, S., Consejo General del Poder Judicial, Causalidad e imputación objetiva en los delitos de peligro, Ponencia, Serie: Penal, pp. 68-69.
7 Corcoy Bidasolo, Mirentzu, Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 34 y 45.
8 Ibídem, p. 52.

únicamente la existencia de eventos, o sea, de modificaciones o transformaciones de las condiciones internas o externas imperantes en ese momento. Ahora bien, sólo cuando estos eventos son valorados como constitutivos de una situación que lesiona la vida de relación entre los hombres, se obtiene el concepto de daño, en su verdadero significado. Por ello se afirma que: "*Solo sobre la base de la situación de un sujeto respecto de un bien de la vida, tutelado por una norma, es como puede entenderse completamente el concepto de daño*"[9].

Recordemos que el concepto de "*acción*" va ligado a un comportamiento humano exterior, material o empíricamente manifestable, tanto comisivo como omisivo[10]. Por así decirlo, es todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica siempre finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin. La acción es ejercicio de actividad final[11].

En atención a ello, hay que señalar que los eventos que causan alteraciones en la situación de los bienes protegidos sólo pueden considerarse como "*dañosos*", en sentido estricto, cuando provienen de una acción humana, aunque esta no sea culpable. En efecto, las alteraciones perniciosas que puedan derivarse de la acción de fuerzas naturales no constituyen daños desde el punto de vista jurídico, a menos que su origen se encuentre en un comportamiento humano que haya logrado utilizarlas para sus fines particulares.

En consecuencia, la noción de peligro comporta un juicio objetivo, o sea, una valoración, no sólo del grado de posibilidades de que un acontecimiento se produzca (probabilidad), sino también de la naturaleza intrínseca de ese acontecimiento, para determinar si, en caso de producirse, resultaría lesivo para un bien jurídico determinado.

Sobre el juicio de peligro nos dice Enrique Bacigalupo lo siguiente:

"La realización del tipo objetivo en los delitos de peligro (concreto) requiere la comprobación, como se dijo, de que la acción ha puesto en peligro un bien jurídico, o aumentado el peligro corrido por éste. El peligro corrido por el bien jurídico como consecuencia de la ejecución de la acción es un estado que debe ser verificado expresamente por el juez. El momento en el que debe hacerse el juicio sobre el peligro es aquel en el que el autor ha obrado (juicio ex-ante). En tal juicio deben tomarse en consideración los conocimientos del agente, ya que en el momento de la acción hay una parte de las condiciones que no son conocidas por el autor (toda vez que

9 Bettiol, Giuseppe, Derecho Penal, Buenos Aires, Depalma, 1965, p. 262, citado por Zúñiga Morales, Ulises, La tentativa: su configuración en los delitos de peligro, 1ª Edición, San José, Costa Rica, Corte Suprema de Justicia-Escuela Judicial, Junio 1990.
10 Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón, Editorial Trotta, p. 110.
11 Muñoz Conde, Francisco, Teoría general del delito, 2ª Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2008, p. 9.

si el resultado no llega a producirse, es decir, si el peligro no se concreta en una lesión, no hubo riesgo, pues el conocimiento ex-post de todas las circunstancias demuestra en estos casos que el bien jurídico no corrió peligro). El peligro como tal no depende de que el autor o alguien haya podido conocerlo, ni de que el autor o alguien haya podido tener por segura la producción del resultado"[12].

4. Relación entre los conceptos de lesión y de peligro.

La ofensa al bien jurídico, que constituye la esencia del juicio de antijuricidad, puede consistir en una lesión o en una puesta en peligro de dicho bien jurídico.

La lesión del bien jurídico es un concepto normativo. Por tal, no sólo debe entenderse la destrucción o daño de un objeto material, sino también las ofensas inferidas a bienes jurídicos de tipo ideal que no tienen un sustrato material. Tan lesión es la destrucción de la vida o de una cosa ajena en los delitos de homicidio o daños, así como la ofensa al honor en el delito de injurias. Normalmente, la forma consumada de los tipos delictivos contiene una lesión del bien jurídico protegido en dicho tipo.

Junto a la lesión, en el Derecho Penal se castiga también la puesta en peligro de bienes jurídicos.

Como vimos, el peligro es un concepto también normativo en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca. El juicio de peligro es, pues, un juicio ex ante, que se emite, situándose el juzgador en el momento en que se realizó la acción.

Para establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, si era probable que produjera su lesión, es preciso que el juzgador conozca la situación de hecho en la que se realiza la acción que está enjuiciando (conocimiento ontológico) y sepa además las leyes de la naturaleza y la experiencia por las que se puede deducir que esa acción, realizada en esa forma y circunstancias, pueda producir generalmente la lesión de un bien jurídico (conocimiento nomológico).

Para saber por ejemplo, si A conducía peligrosamente su automóvil es necesario, primero, saber a qué velocidad lo conducía, porqué tipos de carreteras viajaba, que clase de auto conducía, etc., y segundo, deducir si, conforme a las reglas de la experiencia, era probable que, por esa forma de conducir y dadas las circunstancias, se produjera un accidente que provocara la muerte o la lesión de alguien. Si una vez hechas estas comprobaciones se deduce que no hubo tal peligro, el hecho dejará de ser antijurídico.

Este concepto de peligro es también importante para establecer la idoneidad o la adecuación de una acción en relación con la producción de un determinado resultado: sólo la acción que considerada ex ante (es decir, situándose en el lugar del autor en el momento en que es realizada),

12 Bacigalupo, Enrique, Derecho Penal, Parte General, 2ª Edición, Hammurabi, 1999, p. 313.

es objetivamente peligrosa, puede servir de base para la imputación objetiva de un determinado resultado delictivo.

5. Concepto y naturaleza de los delitos de peligro.

La categoría de los delitos de peligro se obtiene por contraposición a la categoría de los delitos de lesión al Bien Jurídico Tutelado; o sea, que analizadas varias figuras penales, llegamos a la conclusión de que algunas se consuman con la producción de una lesión o un daño efectivo, y por otro lado, otras exigen para su consumación únicamente la producción de un peligro.

Lo que se lesiona en unos y se pone en peligro en otros es el Bien Jurídico Tutelado. En nuestro país, al respecto nos dicen los juristas Cecilia Sánchez y José Alberto Rojas lo siguiente: "*Si bien todos los delitos importan una lesión al bien jurídico, no todos los resultados son relevantes para el legislador. Los tipos penales que solo requieren la realización de la acción (por cuanto esta es ya de por sí lesiva al bien jurídico), se conocen como delitos de mera actividad (v. gr. incumplimiento de deberes, falso testimonio), o de mera inactividad (omisión de auxilio). Cuando un tipo penal requiere, junto con la realización de la acción u omisión, la producción de un resultado específico (una consecuencia en el mundo exterior), nos encontramos ante los delitos de resultado (v. gr. el delito de daños requiere que la cosa ajena sea destruida, inutilizada o desaparecida. Los delitos de lesiones requieren, como mínimo, que la víctima haya sufrido una incapacidad para sus ocupaciones habituales de cinco días).En los delitos de resultado material, la causalidad es un elemento no escrito del tipo penal que debe ser comprendido por el dolo del autor. En algunos casos, ese resultado es solo un peligro y da lugar a la distinción entre delitos de lesión (en donde, la tipicidad requiere la producción de lesión del bien jurídico o el objeto que lo representa, como los casos ya citados de daños y lesiones) y delitos de peligro. En estos últimos, no se requiere que la acción haya causado un daño sobre un objeto, basta con que el objeto protegido jurídicamente, haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar*"[13].

Por otro lado, Bacigalupo nos dice que: "*La teoría ha distinguido tradicionalmente entre los delitos de peligro concreto, en los que el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de lesión, y los delitos de peligro abstracto, en los que ese riesgo real no es necesario*"[14].

Por su parte Hassemer los define como aquéllos en los que "*…no se requiere que la acción haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar*"[15].

13 Sánchez Romero, Cecilia y Rojas Chacón, José Alberto, Derecho Penal, Aspectos Teóricos y Prácticos, San José, Costa Rica, Ministerio Público de Costa Rica, p.p. 91-92.

14 Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal, (Parte General), Exposición referida a los derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela, 2ª Edición, Temis-ILANUD, 1984, p.p. 101-102.

15 Hassemer, Winfried, Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico, Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1989, p. 275.

Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo con lo que se acaba de expresar. Algunos de ellos, especialmente de origen alemán, formulan la distinción entre delitos de lesión y de peligro no ya con relación al bien jurídico, sino con referencia a lo que normalmente se conoce como "*objeto de la acción*", que se define como la persona o la cosa sobre la cual recae la actividad delictiva y que coincide con lo que los autores italianos y españoles denominan "*objeto material del delito*".

En nuestra opinión, los delitos de peligro son aquellos cuya consumación se produce tan pronto el bien jurídico respectivo ha corrido el riesgo de ser lesionado.

Según Ulises Zúñiga Morales[16] , debemos inclinarnos por el criterio que formula la distinción con fundamento en la referencia al bien jurídico tutelado, lo cual implica aceptar –como consecuencia lógica-, que todo delito produce un resultado, ya sea de una lesión, para el bien jurídico tutelado por la respectiva norma penal. Las razones para rechazar la opinión de quienes intentan formular la distinción con relación al objeto de la acción la expone magistralmente Escrivá Gregori[17] y son las siguientes:

a) Primero, porque al Derecho Penal le interesa no tanto el ataque al objeto material sino más bien la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos; de modo que aquél ataque sólo tiene sentido o importancia cuando se produce la afectación de los valores ideales que tutela la norma penal.

b) Segundo, porque algunos delitos de peligro no exigen al ataque a un objeto material. (Véase por ejemplo, el artículo 230 del CP, que fue declarado inconstitucional mediante voto 6410-92 de las 15:12 hrs. del 26 de noviembre de 1996 y que sancionaba a los que indebidamente tuvieren en su poder o fabricaren ganzúas u otros instrumentos que sirven para facilitar la comisión de delitos contra la propiedad).

c) Tercero, porque si la distinción se basa en el objeto material y no en el bien jurídico, entonces no se ofrece el criterio adecuado para la solución de ciertos problemas que surgen cuando el peligro desemboca en la causación de una lesión, como sucede, por ejemplo, en ciertos delitos donde concurren el peligro y la lesión.

d) Porque algunos tipos considerados tradicionalmente como delitos de daño (el hurto, por ejemplo) no suponen una lesión al objeto material (cosa ajena) sino más bien una lesión al bien jurídico tutelado (patrimonio o propietario).

Con respecto a la naturaleza de los delitos de peligro, lo único importante señalar es que se trata de tipos penales creados por el legislador, por lo que formalmente no se diferencian de los delitos de daño o lesión. La diferencia está más bien con el resultado que produce cada uno de ellos, pues mientras los delitos de daño le ocasionan una lesión efectiva al bien jurídico, los delitos de peligro provocan sólo el riesgo de que se produzca

16 Zúñiga Morales, Ulises, La tentativa: su configuración en los delitos de peligro, 1ª Edición, San José, Costa Rica, Corte Suprema de Justicia-Escuela Judicial, Junio 1990, pp. 16-17.
17 Escrivá Gregori, José María, La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal, Barcelona, Bosch, 1976, pp. 41-42.

esa lesión. Y es que como dice Reyes Echandía, existen intereses colectivos de tal importancia que el legislador no espera a que sean destruidos para sancionar al infractor[18].

Podríamos decir que la utilización de los delitos de peligro abstracto se justifica en la peligrosidad de la acción y en su aptitud para lesionar un bien jurídico individual o la infracción de la norma.

6. Clasificación de los delitos de peligro.

Dependiendo de la clase de riesgo que corre el bien jurídico, los delitos de peligro se clasifican en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, y dependiendo del número de titulares del bien jurídico que resultan afectados, dichas infracciones se clasifican en delitos de peligro individual y delitos de peligro común o general.

6.1. Delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

Delitos de peligro concreto son aquellos en que el respectivo tipo penal exige la causación efectiva y cierta de un peligro. En consecuencia, tales delitos sólo se consuman cuando se ha producido realmente el peligro, lo cual obliga a demostrar esa circunstancia en cada caso particular.

Nos dice Bacigalupo que:

"La teoría ha distinguido tradicionalmente entre delitos de peligro concreto, en los que el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de lesión, y delitos de peligro abstracto, en los que ese riesgo real no es necesario. La realización del tipo objetivo en los delitos de peligro concreto requiere, además de la acción, el peligro real sufrido por el bien jurídico protegido. Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto es suficiente la comprobación de la acción. Por este motivo, estos últimos no se diferencian de los delitos de pura actividad. La distinción entre delitos de peligro abstracto y concreto resulta acaso superflua: sólo interesan los delitos de peligro concreto"[19].

Al respecto nos dice Roxin que los delitos de peligro concreto: "*son aquellos delitos que requieren que en el caso concreto se haya producido un peligro real, cierto, manifiesto y evidente para un objeto protegido por el tipo penal. En otras palabras, son aquellos en que el respectivo tipo penal exige la causación efectiva y cierta de un peligro; por esa razón, estos delitos sólo se consuman cuando se ha producido realmente un peligro, lo cual obliga a demostrar esa circunstancia en el caso particular. Los delitos de peligro son delitos de resultado. Este peligro se comprueba por medio de una reconstrucción de los hechos posterior que contenga una visión objetiva de lo sucedido; si falta un peligro de resultado, el hecho tampoco será imputable aunque se produzca una efectiva puesta en peligro. En el peligro de resultado debe haberse realizado en un resultado que suponga un resultado de "peligro concreto" que ha de incluir todas las circunstancias conocidas con posterioridad a la acción que la originó, y ello debe incluir, en primer lugar, que exista un objeto de la acción*

18 Reyes Echandía, Alfonso, Derecho Penal, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Décima Edición, 1986, p. 163.
19 Bacigalupo, Enrique, Derecho Penal, Parte General, 1999, p. 312.

y que haya entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro, y en segundo lugar, la acción incriminada tiene que haber creado el peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción. P.e. los adelantamientos temerarios"[20].

Por lo general, el legislador sigue dos caminos distintos para la creación de esta clase de delitos: el primero consiste en requerir expresamente que la conducta cause un peligro, haga surgir un peligro o ponga en peligro un bien, como ocurre por ejemplo en los delitos de Incendio o explosión, Inutilización de defensas contra desastres y Peligro de naufragio y de desastre aéreo. El segundo camino consiste en exigir también en forma expresa que la conducta "*pueda causar un perjuicio*" como se hace por ejemplo en los delitos de Falsificación de documentos públicos y auténticos y Falsedad ideológica.

Por su parte, delitos de peligro abstracto son aquellos cuyo tipo penal no sólo no requiere la causación de un daño sino que tampoco exige la causación efectiva y cierta de un peligro. Más bien, lo que ocurre es que, en la base de estas figuras, existe la suposición legal de que se trata de conductas que representan normalmente un peligro para determinados bienes jurídicos. Por ello, algunos autores han indicado que se trata de una presunción "*juris et de jure*" de peligro; es decir, una presunción que no admite prueba en contrario[21]. En estos delitos, como dice Wessels, "la peligrosidad de la acción no es característica del tipo, sino tan sólo fundamento para que la disposición exista, de suerte que el juez no ha de examinar si realmente se ha producido un peligro en el caso particular"[22].

Al hablar de la clasificación anterior, hay que puntualizar que esta se obtiene propiamente del análisis de cada tipo penal en particular, según se exija expresamente o no que la conducta del agente haya causado peligro. Se trata, pues, de una distinción perteneciente por entero a la dogmática del Derecho Penal. En efecto, como ya hemos visto, en tales ilícitos más bien no se permite o tolera tal demostración. Dicho en otras palabras, basta probar la existencia de la conducta para que quede demostrada también la existencia del peligro; de modo que este último se entiende como una consecuencia necesaria de la realización de la figura penal.

La diferencia entre los delitos de peligro concreto y de peligro abstracto puede ser ejemplarizado de la siguiente manera: "*si una persona conduce bebida y después de observar cómo un ciclista se cruza directamente en su trayectoria, consigue en el último segundo, con un giro de volante esquivar a éste, puede ser condenado por un delito de peligro concreto. Un caso de peligro abstracto en éste mismo ámbito podría venir referido a la condición bajo la influencia de bebidas alcohólicas sin provocar una situación crítica, es decir, cuando uno conduce en un grave estado de ebriedad y sin embargo no produce una situación crítica*"[23].

Es importante mencionar que la doctrina ha distinguido entre delitos de peligro abstracto formales y delitos de peligro abstracto materiales. Los primeros, los que contienen conductas que no afectan ningún bien jurídico, son los que han sido declarados inconstitucionales por la Sala Constitucional. En los delitos de peligro abstracto materiales, en definitiva el legislador parte de que una conducta es peligrosa para el bien jurídico protegido, ello de acuerdo con las reglas de la experiencia, no siendo necesario que en el caso concreto se demuestre que el bien jurídico haya corrido peligro. En general, sin embargo, se admite que en los delitos de peligro abstracto se requiere la idoneidad del peligro, de modo que se admite la prueba en contrario de que el bien jurídico protegido no corrió peligro[24].

6.2. Delitos de peligro individual y de peligro común o general.

Como ya se dijo antes, esta clasificación atiende al número de titulares del bien jurídico que resultan afectados por la consumación del delito.

Así, se denominan delitos de peligro individual aquellos que han sido tipificados para sancionar conductas que producen riesgo para la vida o la salud de una determinada persona, como sucede, por ejemplo, en el delito de Agresión con Arma (artículo 140 del CP).

En cambio, se denominan delitos de peligro común o general, aquellos en que se pone en riesgo la vida, salud o propiedad de un conjunto indeterminado de personas o cosas. Así ocurre, por ejemplo, en nuestro Código Penal, con la mayor parte de los delitos que atentan contra el bien jurídico tutelado "*Seguridad Común*".

Vale la pena aclarar que, para los efectos de este trabajo, la clasificación que tiene mayor importancia es la que se expuso primero, o sea, la que distingue entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, situación que se hará notoria de seguido precisamente en el desarrollo del tema referente a la tentativa en los delitos de peligro.

7. Principales críticas a los delitos de peligro abstracto.

Como lo vimos líneas atrás, y para resumir, la ofensa al bien jurídico, que constituye la esencia del juicio de antijuricidad, puede consistir en una lesión o en una puesta en peligro de dicho bien jurídico.

La lesión del bien jurídico lo tomamos como un concepto normativo, y por tal, no sólo debe entenderse la destrucción o el daño de

20 Roxin Claus, Derecho Penal Parte General, 1ª Edición, Madrid, España, Editorial Civitas, 1997, p. 336.
21 Bettiol, Giuseppe, Op. Cit., p. 195.
22 Wessels, Johannes, Op. Cit., p. 10.
23 Hefendehl, Roland, ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, artículos RECP 04-14 (2002), http://criminet.ugr.es/recpc
24 Tribunal de Casación Penal, Nº 2002-1021, 11:00 hrs., del 19/12/2002, voto salvado del juez Llobet. Según don Francisco Dall'Anese, esta posición termina suscribiendo una posición contraria a la constitución en lo sustantivo al admitir delitos de peligro abstracto, así en lo procesal al cargar la prueba de la inocencia del imputado con lo que se niega la presunción de inocencia. En ese sentido ver Dall'Anese, Francisco, Derecho Penal: lo científico y lo político, en Democracia, Justicia y Dignidad Humana, Homenaje al Profesor Walter Antillón, Editorial Jurídica Continental, 2004, p.147.

un objeto material, sino también las ofensas inferidas a bienes jurídicos de tipo ideal que no tienen un sustrato material. Tan lesión es la destrucción de la vida o de una cosa ajena en los delitos de homicidio o de daños, como la ofensa al honor en el delito de injurias. Normalmente, la forma consumada de los tipos delictivos contiene una lesión del bien jurídico protegido en dicho tipo.

Junto a la lesión, en el Derecho Penal también es punible la puesta en peligro de bienes jurídicos.

El peligro es también un concepto normativo en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca. El juicio de peligro, es pues, un juicio ex ante tal y como lo vimos, que se emite situándose el juzgador en el momento en que se realizó la acción. Para establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, si era probable que produjera su lesión, es preciso conocer la situación de hecho en que se realiza la acción. Para establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, si era probable que produjera su lesión, es preciso que el juzgador conozca la situación de hecho en la que se realiza la acción que está enjuiciando (lo que llamamos como conocimiento ontológico) y que conozca, además, las leyes de la naturaleza y las reglas de la experiencia por las que se puede deducir, que esa acción, realizada en esa forma y circunstancias, puede producir generalmente la lesión de un bien jurídico (conocimiento que llamamos nomológico según la doctrina).

El concepto de peligro también lo utilizamos para apoyar un concepto unitario de dolo y para fundamentar la expansión del Derecho Penal que tiene su máxima expresión en los delitos de peligro.

La distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro tiene razón de ser en relación con bienes jurídicos de carácter individual con un soporte físico material u objeto de la acción (como la vida, la integridad física y la propiedad). En este caso, tanto la lesión como la puesta en peligro en concreto del bien jurídico, son realidades tangibles que son objeto de prueba en el correspondiente proceso penal. Sin embargo hay supuestos en los que el peligro a los que se refiere el delito en cuestión es meramente abstracto y no va referido directamente a bienes jurídicos individuales, sino a bienes jurídicos colectivos inmateriales tales como la seguridad del tráfico automovilístico, la salud pública o el medio ambiente. En estos casos se trata de prevenir un peligro general que afecta la seguridad colectiva y sólo indirectamente a bienes jurídicos individuales cuya puesta en peligro concreto queda fuera de la configuración típica, aunque en algunos casos se aluda también a la puesta en peligro de estos bienes jurídicos sin explicar si es una puesta en peligro concreta o abstracta. Esta doble naturaleza plantea complejos y difíciles problemas interpretativos a la hora de solucionar el nivel de peligrosidad requerido, la relación concursal entre el delito de peligro y el delito de resultado, el grado de conciencia y aceptación que requiere el dolo de peligro y su diferencia con el dolo de lesión[25].

Todo ello ha producido una enorme expansión del Derecho Penal que se utiliza como un instrumento de intervención en sectores tradicionalmente alejados del Derecho Penal, pero que cada vez son más importantes en las sociedades modernas, como el medio ambiente, la salud pública o la economía. Y para hacer más eficaz esa intervención se recurre a los *delitos de peligro hipotético*, cuyo supuesto de hecho describe una aptitud o idoneidad de la acción típica para producir resultados lesivos o incluso catastróficos, y a técnicas legislativas como la norma penal en blanco, hasta el punto de que incluso, prescindiendo de la idea de peligro ya la infracción de una norma extrapenal (generalmente de carácter reglamentario administrativo) es constitutiva de delito[26].

La consecuencia de todo ello es también una funcionalización del Derecho Penal. Esta tendencia a la funcionalización se explica y justifica por Jakobs, como características de una sociedad que posibilita contactos relativamente anónimos en los que el alcance del deber de los participantes se determina primordialmente en función del rol que objetivamente desempeñan, y no en función de sus conocimientos o posibilidades de actuación individuales. Si a ello se añade –continúa Jakobs- que los participantes disponen de objetos peligrosos (como los vehículos de motor) o realizan actividades peligrosas para el medio ambiente, la salud pública, etc., parece lógico que el legislador procure regular centralizadamente dichas actividades dejando poco espacio, por no decir ninguno, a la subjetividad del individuo[27]. Pero esto no quiere decir que una regulación específicamente penal (otra cosa es la jurídico-administrativa) puede prescindir de los principios básicos que informan al derecho penal; el de intervención mínima que requiere la demostración de un cierto grado de peligrosidad para el bien jurídico de la acción delictiva; el de legalidad, que requiere que en el supuesto de hecho de la norma penal se tipifique con la mayor precisión la conducta prohibida; y el de culpabilidad que exige siempre para la imposición de una pena, como mínimo, un grado de participación subjetiva del autor del delito que, por lo menos, pueda calificarse de imprudente.

La principal crítica que cabe hacer a esta tendencia a la funcionalización es la pérdida de contenido material del injusto penal y los ilícitos puramente formales o administrativos[28] .

---

25 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, 5ª Edición, Tirant lo Blanch, 2002, p. 307.

26 Muñoz Conde, Francisco Op. Cit., p. 307.

27 Jakobs, Günther, La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente, Editorial CDJ, 1999; en sentido similar Jakobs, Günther y Calcio Meliá, Manuel, Derecho Penal del Enemigo, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2003.

28 En ese sentido ver las críticas de Mendoza Buergo, Blanca, Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo, España, Ediciones Civitas, S.L., Primera Edición, 2001 y Silva Sánchez, Jesús-María, La Expansión del Derecho Penal, aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Post-industriales, Segunda Edición, revisada y ampliada, Civitas Ediciones S.L., Madrid, España, 2001.

Las principales críticas a los delitos de peligro abstracto por parte de la doctrina son las siguientes:

En primer lugar, que en los delitos de peligro abstracto no existe un verdadero y grave conflicto que sugiera la intervención del Derecho Penal como el medio adecuado para solventar el conflicto; simplemente olvida el legislador que en la formación de catálogos delictivos, la política criminal es sobre todo la política de los bienes jurídicos: selección de los bienes, intereses, relaciones consideradas merecedoras y necesitadas de tutela coactiva con respecto a determinadas conductas lesivas o peligrosas, siendo en función de los bienes jurídicos que se limita la intervención del poder punitivo, afirmándose de ésta manera que sólo cuando sea absolutamente necesario debe recurrirse al Derecho Penal, al derecho sancionador y en general a cualquier limitación de la libertad (Principio de Intervención Mínima). En síntesis, al no concretar los delitos de peligro abstracto cuál es amenaza real que existe para el bien jurídico, y al no poder determinarse que lo que se busca proteger son bienes jurídicos indispensables para las personas, se quiebra el principio de intervención mínima.

En segundo lugar, al no verse en los tipos de peligro abstracto cuál es la lesión o la amenaza real para algún Bien Jurídico, y no poder establecerse cuál es en última instancia el bien protegido en la norma, se contraviene el principio de lesividad, ya que aunque no exista lesión o amenaza para las personas y sus bienes jurídicos, el sistema penal considera que debe intervenir por el simple hecho de tranquilizar a la Sociedad y de mantener la norma. Es decir, se tipifican conductas en las cuales el bien jurídico es impreciso o no está clara su importancia para ser merecedor de tutela penal ya que no se evidencia claramente el contenido lesivo de la conducta, configurándose de esta forma los denominados *delitos de consumación instantánea*, los cuales, una vez agotados contienen per se una antijuricidad material que los constituye.

En tercer lugar, y en relación con la vulneración al principio de proporcionalidad, debe recordarse que el Estado reprime al individuo solamente para garantizar la convivencia armoniosa y solidaria de todos los habitantes y en los casos en los que se produce la lesión de bienes jurídicos que se consideran fundamentales, siendo éste el fundamento legitimador del Derecho Penal. Se ve claramente cómo la orientación del Derecho Penal del Riesgo, hace que se castigue al individuo a pesar de que no exista lesión para algún bien jurídico o ésta sea ínfima, y que aún sin estar comprobado que es el medio adecuado para proteger un bien jurídico o que con la conducta tipificada se lesiona el bien, se plantea su utilización de manera indiscriminada, provocando la mínima o no comprobable dañosidad concreta del comportamiento y el aumento del marco penal, con peligro para el principio de proporcionalidad[29].

29 Mendoza Buergo, Blanca, Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo, España, Ediciones Civitas, S.L., Primera Edición, 2001, p. 96.

En cuarto lugar, con la creación de bienes jurídicos supraindividuales y la utilización de delitos de peligro abstracto, se castiga a la persona que realiza la conducta descrita en las normas, es decir, se le imputa el delito, a pesar de que no se logra comprobar si realmente el bien jurídico ha sido lesionado o puesto en peligro con su accionar. Es esta manera, se vulnera también el principio de culpabilidad al sancionar conductas en las que no se ha provocado alguna lesión o circunstancia objetivamente peligrosa y en las que no se puede establecer el nexo causal entre el actuar de la persona y sus consecuencias.

En quinto lugar, el *Derecho Penal del Riesgo*, al hacer uso de los delitos de peligro abstracto con protección de bienes jurídicos supraindividuales de contenido difuso, en atención a los fines de máxima prevención de la política criminal, se instaura la presunción del peligro de la conducta por el simple aumento del riesgo, lo que tiene como consecuencia que se tiene como responsable desde el inicio de la investigación a la persona que realizó la acción mientras ésta no demuestre que no hubo ni lesión ni puesta en peligro, siendo que "*la presunción o generalización de la carga de peligro para el interés protegido entraña evidentes problemas de legitimidad, que se pueden sintetizar en la fricción con los principios de lesividad del hecho y de culpabilidad por falta de un injusto material*"[30].

Lo anterior señala el cambio que tiene lugar en la orientación de la carga de la prueba dentro del proceso penal, ya que al no comprobarse la relación de causalidad entre un hecho y una lesión y al conformarse con la presunción de que la conducta es peligrosa, se lesiona el principio de inocencia porque es la persona la que debe demostrar que su accionar no fue peligroso para algún bien jurídico o que no es la causa, es decir, se deja de presumir la inocencia de la persona y se le considera responsable de un determinado hecho mientras no se demuestre lo contrario. Se rompe por tanto con la característica de exclusión de la carga de la prueba, la cual parte de que la culpabilidad es la que debe ser demostrada en el proceso y no la inocencia, siendo la prueba de la culpabilidad el objetivo y no la de la inocencia, excluyéndose de esta forma la obligación del imputado de probar su inocencia. Además preocupa que el legislador recurra a la no necesaria constatación de los elementos de la imputación subjetiva (dolo-culpa) ya que lo que se realiza es la imputación objetiva que viene a estar determinada por el simple hecho de realizar una conducta.

En sexto lugar, se observa en los delitos de peligro abstracto que se complica la distinción entre la persona que cometió el delito y otros que pudieron haber sido participantes; esto por cuanto el tipo de bienes jurídicos que se protege es difuso y no es sencillo establecer el nexo causal entre varias conductas y la lesión o puesta en peligro de dicho bien, a lo que debe sumarse que los riesgos son producidos en una sociedad compleja, dificultando aún más el poder atribuir el dominio del hecho a un autor en específico o el dominio funcional del hecho en los casos de coautoría. De esta manera,

30 Mendoza Buergo, Blanca, Op. Cit., p.80.

se violentan los principios de inocencia y de culpabilidad, toda vez que no existe certeza de que la persona ha sido el autor del hecho pero aún así se decide imputarlo como autor y no mero partícipe, ya que de ésta manera se alcanzan los fines máximos de la política criminal de prevención anticipada y máxima intervención. Además, al no diferenciar los casos entre autoría y participación en los delitos de criminalidad organizada, se condena con fundamento en un Derecho Penal de autor, sin si quiera examinar quien tiene el dominio del hecho ni examinar su forma o grado de participación por el mero hecho de pertenecer a la organización criminal.

En una contemplación global del Derecho Penal moderno, se dice, se caracterizaría porque de hecho, la función real que estaría cumpliendo no sería la instrumental de protección de bienes jurídicos que le corresponde propiamente y por la que se legitima el Derecho Penal; por el contrario, la función que realmente estaría cumpliendo sería una predominantemente simbólica. Por ello se afirma con regularidad que el Derecho Penal Moderno en general es sinónimo de Derecho Penal Simbólico.

El discurso crítico en realidad, asume y acepta que una función simbólica, así como la producción de ciertos efectos simbólicos, son consustanciales o inherentes a toda ley penal y además que los mismos tienen que ser reconocidos en principio como legítimos. La mayoría de los efectos de prevención de la pena, especialmente los correspondientes a la denominada prevención general positiva, tendrían en alguna medida un carácter simbólico, y en todo caso, son efectos que van unidos de modo necesario a la amenaza y a la imposición de toda pena.

Según la opinión más extendida, se considera que los efectos simbólicos del Derecho Penal tendrían una valoración negativa cuando se compruebe que su producción constituye la única finalidad real de la ley penal, o bien cuando predominen de modo relevante sobre los efectos instrumentales que será lo más frecuente.

Este será el caso cuando respecto a las leyes penales se de una oposición entre la "*realidad*" y la "*apariencia*", entre lo "*manifiesto*" y lo "*latente*", y en definitiva, un engaño en el sentido de que aquéllas no cumplen ni pueden cumplir sus funciones instrumentales manifiestas de protección porque han sido promulgadas únicamente para la producción (función latente) de efectos meramente simbólicos para dar tranquilidad a la ciudadanía en general.

Como vemos, los delitos de peligro abstracto amplían enormemente el ámbito de aplicación del Derecho Penal, pues al prescindir del perjuicio o lesión, se prescinde también de demostrar la causalidad. Por ello, basta sólo con probar la realización de la acción incriminada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, ya que sólo ha sido el motivo por el que el legislador la ha incriminado, por lo que el trabajo del juez queda así facilitado extraordinariamente.

Con esta reducción de los presupuestos del castigo, utilizando los delitos de peligro abstracto en lugar de los delitos de lesión o de peligro concreto, disminuyen obviamente también las posibilidades de defensa, los presupuestos y limitaciones del castigo. Pero también disminuyen las directrices que tiene que dar el legislador al juez para que este interprete los respectivos tipos delictivos.

CONCLUSIONES

1. El desarrollo actual del derecho penal debe ir encaminado a dar nuevas y mejores soluciones, sin dejar de lado los valiosos aportes del garantismo, pues no puede ser permisible un avance dogmático del derecho penal a costa de los derechos y de los intereses de los imputados, por ser la parte atacada y en desventaja dentro del proceso. Sin embargo, esta nueva expansión debe tener en claro la dicotomía de funciones y finalidades dentro del proceso, donde concomitantemente las partes buscan el equilibrio de sus intereses y la resolución que refleje para la sociedad aquello que llamamos justicia, por lo cual se hace necesario resaltar la necesidad de una avance jurídico que tutele las garantías de una persona de manera sin olvidar la protección de los derechos fundamentales.

2. Conforme a las críticas que en el presente trabajo de investigación se han estudiado respecto a los delitos de peligro abstracto en general, podemos concluir que el uso indiscriminado de delitos de peligro, especialmente de peligro abstracto, efectivamente puede llegar a conformar tipos penales que afecten las garantías y derechos fundamentales apuntados, de todo lo cual debe el juzgador estar informado.

3. Corresponde al legislador -como órgano electivo y representativo- adoptar la ideología adecuada para regular y normativizar las conductas que considere causen un daño social. Sin embargo, es necesario que los estudiosos del derecho manifiesten de forma vehemente sus inquietudes y oposiciones con respecto a la violación de garantías fundamentales cuando en la tarea del Poder Legislativo se llegue a límites inaceptables, ya sea producto de una inadecuada política criminal, del populismo penal o de reacciones o tendencias que no tengan claro el vasto y amplísimo desarrollo de la protección de esas garantías.

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL COSTARRICENSE

¿Androcentrismo, Ginocentrismo? , ¿machismo, feminismo?, ¿Existe algún punto de encuentro?

Alonso Salazar

RESUMEN

En el presente artículo el autor toma como referencia un texto intitulado Género y derecho penal: tensiones al interior de sus discursos, escrito por Daniela Zaikoski publicado en la Revista de derechopenalonline, ISSN1853-1105, de la República Argentina., para comentar las ideas expuestas respecto a la perspectiva de género en el derecho, centrándose en la necesidad de su consideración en la construcción del discurso jurídico en general, y más específicamente del discurso jurídico-penal. Para ello, apercibe de las falacias del todo a las que comúnmente se recurre al hablar de temas de género, éstas en su mayoría, sostienen que existe un orden social masculino que no requiere de legitimación, lo cual no es cierto, pues en el mundo existen actualmente miles de movimientos que buscan la reivindicación de la mujer, así como textos como el presente que revelan la necesidad de una correcta armonización entre ambos elementos. Además a lo largo del texto critica la percepción del tema de género desde un reduccionismo sexista, que pretende explicar toda clase de fenómenos desde una perspectiva sexista que encasilla al ser humano en una estructura binaria, pues concluye que bajo esta tesitura no se logrará elaborar un discurso jurídico coherente con una visión del derecho que se concentre no solo en las diferencias entre ambos sexos, sino además en los puntos de encuentro.

PALABRAS CLAVES

Género. Derecho Penal. Androcentrismo. Ginocentrismo. Perspectiva sexista. Machismo. Feminismo.

ABSTRACT

In this article the author looks at a text entitled Gender and criminal law: tensions within his speeches, written by Daniela Zaikoski published in the Journal of derechopenalonline, ISSN1853-1105, of Argentina., To discuss the ideas regarding gender in law, focusing on the need to consider it in the construction of legal discourse in general, and more specifically in the criminal legal discourse. To do this, it is perceived about the fallacies that are commonly used when talking about gender issues. They mostly argue that there is a social male order that does not require legitimation, which is not true, because in the world there are currently thousands of movements fighting for women's claim and texts like this that reveal the need for a correct alignment between these two elements. In addition, the text criticizes the perception of gender

from a sexist reductionism, which seeks to explain all sorts of phenomena from a sexist perspective that introduces the human into a binary structure, because he concluded that under this situation, developing a legal discourse consistent with a view of law that focuses not only on the differences between the sexes, but also at the meeting points will not be achieved.

KEYWORDS

Gender. Criminal law. Androcentrism. Ginocentrism. Sexist perspective. Machism. Feminism.

Introducción

Mea culpa. Así podrían terminar estas líneas incluso sin más que agregar. Me recuerda este pasaje la obra de García Márquez “Crónica de una muerte anunciada”, y digo esto, porque en realidad este es quizás el artículo de los que he hecho –quizás no muchos pero algunos serán-, que me ha resultado más difícil de escribir, me explico, porque el (la) amable lector (a) requiere de ello.

Una primera precisión metodológica. Más que metodológica, se trata de una precisión de tipo terminológica. En español, el plural en masculino implica ambos géneros. Así que al dirigirse al público NO es necesario ni correcto decir, “compañeros y compañeras”, “hermanos y hermanas”, “lector, lectora”, “amigos, amigas”,entre otros. Decir ambos géneros es correcto, SOLO cuando el masculino y el femenino son palabras diferentes, por ejemplo: “mujeres y hombres”, “toros y vacas”, “damas y caballeros”, entre muchos. Por eso en adelante, hablaré en plural masculino, en este sentido y con ello me adelanto a cualquier crítica al respecto.

Una segunda precisión metodológica. Estas pocas líneas en torno al tema, son producto de una obligación académica. No pretendo engañar a nadie señalando que son producto de una profunda reflexión, un análisis exhaustivo de muchos textos, es más, seré más sincero, he escrito el último día del término que me fue otorgado para cumplir con la tarea. Así de sencillo es. Ya explicaré el por qué. Aquí, acudo en mi exposición al principio de neutralidad valorativa de MAX WEBER que básicamente y de manera muy resumida tiene como finalidad crear conciencia de que el conocimiento objetivo debe ser expuesto de la misma manera que se percibe y hacer la aclaración cuando se trate de una opinión personal.

Echando mano de la concepción de REICHENBACH de igual forma, diferencio claramente en este apartado dos contextos. Por una parte, me refiero en cuanto al tema al contexto de descubrimiento (por eso he dicho se trata de una asignación académica, sin más) y por otra parte, al contexto de validez (el aporte personal de mi crítica). No sería admisible científicamente expresar, por ello, mi vocación temática y de inmediato indicar que desconozco el tema, pues como señala HABA, para interesarse por un tema e investigarlo, primero hay que leer mucho sobre él, hacerse una idea general del mismo y solo después, puede intentarse una opinión personal al respecto y en este caso, no ha sido así.

Una tercera precisión metodológica. Mi primer acercamiento con el derecho penal se remonta al año 1990, cuando realicé mis iniciales cursos de derecho

penal en la Universidad de Costa Rica, continué con estudios de postgrado en esa misma casa de enseñanza, luego en la Universidad Albert-Ludwigs en Friburgo de Brisgovia en la República Federal de Alemania, posteriormente en la Universidad de Valencia en España, a continuación en la Universidad Escuela Libre de Derecho, de nuevo en Costa Rica, proseguícon la Maestría en Sociología Jurídico-Penal en la Universidad de Barcelona, de nuevo en España en convenio con la Universidad para la Cooperación Internacional (Costa Rica), todos estos estudios en derecho penal y el último como dije en sociología jurídico-penal. Luego de todo ello, volví a la Universidad de Costa Rica, con estudios de doctorado general en derecho.

Cuento esto, no por presumir, -¡de eso nada!, le pido a mi lector, un poco de calma, ya comprenderá la necesidad de hacer esta precisión- acaso con tono algo pedante, pese a todos estos años de formación académica, NUNCA, digo nunca, salvo una lectura de SANDRA HARDING en relación con epistemología de la ciencia y la concepción científica androcéntrica, había oído hablar de Género y ciencia y no es sino hasta ahora que escucho hablar de Género y Derecho Penal. Es en el marco de una ampliación de la maestría en sociología jurídico-penal, ya citada, que retomé el programa y precisamente enel último curso de esa “ampliación”, me encuentro con el tema que ahora pretendo simplemente presentar. Tema del que ya dije, soy un ignaro.

Una cuarta y última precisión metodológica. Por una perspectiva o mejor dicho, posición personal, he rechazado sistemáticamente las concepciones feministas, sobre todo, las radicales (denominadas sufragistas). Por concepciones feministas radicales, entiendo -aquí una definición estipulativa- aquellas concepciones que pretenden –por decirlo de una forma llana-: masculinizar la feminidad [1]. Es decir, las que sostienen sin más, que hombres y mujeres somos iguales y por lo tanto, se nos debe tratar a todos por igual. En el plano personal, me ubico más con la concepción aristotélica de la justicia conmutativa de “*tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales*”, esto es, a las mujeres como mujeres en cuanto tales y a los hombres como hombres en cuanto tales, reconociendo las diferencias existentes entre ambos en cuanto entidad.

Una vez hechas estas precisiones -no quiero aquí ser adulador de manera alguna-, es que como ya indiqué, se me plantea el tema que ahora abordo, por la Prof. Dr. Encarnación Boledón. La forma en que desarrolló sus ideas, la presentación científica de sus puntos de vista, el dominio del tema, además del rigor y la metodología empleada, fueron una experiencia nueva en mi vida académica y puedo afirmar, hicieron que por primera vez me interesara por el tema y descubriera lo que el maestro Sócrates ya desde hace muchos siglos afirmó: “*solo sé, que no sé nada*”.

---

1 Señala Zaikoski: Mientras que por mucho tiempo las feministas pidieron ser reconocidas como iguales (época de las sufragistas hasta los años sesenta) hoy el debate gira en torno al reconocimiento de la diferencia. Zaikoski, D., Género y derecho penal: tensiones al interior de sus discursos (04 de 12 de 2008), Revista electrónica Derecho Penal Online, recuperado el 29 del 07 de 2012, en http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,426,0,0,1,0

Higienizado el tema con respecto a mis motivaciones y limitaciones, es decir, echadas como han sido por mí, la cartas sobre la mesa; aclarado de antemano, que considero una irresponsabilidad académica, pretender escribir algunas líneas sobre un tema que no domino, he procedido a transitar por un camino que me resulta más cómodo, el del racionalismo crítico, aquí voy a echar mano a algunas ideas expuestas, trataré de falsearlas, refutarlas tal vez, valorar su consistencia lógica, aportaré algunos contraejemplos, es decir, procuraré poner a prueba algunas de la ideas de la perspectiva de género en el derecho penal para dejar planteados mis puntos de vista.

¿Qué otra cosa podría intentar un ignaro en un tema? Me falta mucho estudio sobre él para poder desarrollar ideas propias. No puedo recurrir a una amplia bibliografía para desarrollar algunas tesis, porque este tipo de trabajo no me lo permite, y el desconocimiento del tema me limita la posibilidad de síntesis. He ahí la razón de mi dificultad para escribir, he visto una cantidad de posiciones y textos al respecto, puntos de vista divergentes, concepciones, distintas opiniones y grandes discusiones, que no puedo decantarme por ninguna pues no tengo un referente en nuestro medio que me sirva de guía, es decir, me siento académicamente en un limbo, pero con un profundo interés por investigar al respecto, pues me avergüenza desconocer esta perspectiva.

Mi tesis es y podría así mismo ser mi conclusión, que se puede disentir, no aceptar, incluso rechazar por completo una concepción o punto de vista, esto es científicamente válido, mi pecado y de ahí la expiación de mi culpa, es que resulta imperdonable el desconocimiento total sobre el tema y ese es nuestro gran problema. No me reconforta para nada, más bien me alarma, el hecho de saber que no estoy solo en ello. Eso sí, ya he incorporado dentro de mis temas de trabajo e investigación futura, la perspectiva de género en derecho penal. Lo que más me sobresalta, es que en ninguna de las Universidades y en los estudios que señalé anteriormente, se me informó al respecto, el tema simplemente nunca fue tratado por lo que resulta claro, que hay mucho trabajo por hacer.

El límite de mi crítica

Ya ha sido expuesto, que por ignorancia, no puedo pretender realizar un estudio muy extenso de materiales y textos, que ahora he podido comprobar existen en cantidad, pero no en nuestro medio, resulta que en Costa Rica, prácticamente el tema no es conocido por los juristas -desconozco si en otras disciplinas se adolece del mismo problema, me da la impresión que en sociología, lingüística, filosofía y ciencias exactas, es un tema harto conocido-, en derecho no obstante y específicamente en derecho penal definitivamente no lo es.

Es con base en lo expuesto, que para efectos de mi crítica, he tomado como referencia un texto intitulado Género y derecho penal: tensiones al interior de sus discursos, escrito por Daniela Zaikoski publicado en la Revista de derechopenalonline, ISSN1853-1105, de la República Argentina.

Justificación del objeto de estudio

Las relaciones entre el derecho penal argentino y el costarricense, no son nuevas e incluso, su influencia tanto en el ámbito dogmático como legislativo y jurisprudencial

data de varios lustros[2] . Podría decirse, que el ámbito de influencia argentina es muy significativo en nuestro derecho.Quizás hoy más evidente en materia procesal penal, por el origen filosófico de la reforma procesal penal del año 1996, cuya fuente de inspiración se ubica claramente en Julio Meier y sus discípulos quienes la exportaron por toda Latinoamérica[3]. En materia de dogmática penal, aún se conservan algunos de los discípulos de la por mí denominada “Escuela de Henry Issa” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. En materia penal, la reforma del año 70 igualmente se inspiró en el Código Penal Tipo para Latinoamérica, de influencia igualmente germano-argentina.

Con base en lo dicho, recurrir a un texto argentino para este comentario, no solo es válido, sino que el texto que invoco, dentro de los que he investigado, en mi criterio, logra exponer de forma resumida, los principales aspectos de la discusión y da pie, para mis propósitos manifiestos. Por otra parte, pretendo con ello, enriquecer la discusión a nivel nacional, con una temática novedosa y podría decir, prácticamente desconocida.

Crítica de algunas de las ideas fundamentales de la concepción de Zaikoski [4]

Presento a continuación 10 tesis expuestas en el texto bajo estudio -las cuales no están así expuestas en el documento original-, pero que he seleccionado y ordenado en la forma que sigue en procura de un manejo adecuado de mi exposición[5]:

2 Tampoco lo son entre el derecho penal argentino y el español. Para ampliar sobre el tema pueden consultarse a manera de ejemplo mi trabajo „Error de tipo y error de prohibición en la dogmática hispanoamericana“, en RdPP (Revista de Derecho Penal y Procesal Penal), España, núm. 3, 2000- p. 139-154. Dicho artículo es un resumen de la versión alemana de "Die deutsche Strafrechtswissenschaft im 20. Jahrhundert, Teil II: Gibt es Fortschritt in der Strafrechtsdogmatik? Wie, wodurch, mit welcher Wirkung?" (La ciencia jurídica alemana en el Siglo XX, parte II. ¿Hay progreso en la dogmática penal?, Cómo, a través de ¿qué, con qué efectos?). Dicho Seminario fue impartido por el Prof. Dr. Dres. h.c. Albin Eser, MCJ. En el mismo me correspondió investigar y presentar el trabajo denominado "Ausstrahlung der deutschen Strafrechtswissenschaft auf die lateinamerikanische (Costa Rica, Argentinien) und spanische Strafrechtswissenschaft", (Influencia de la ciencia jurídica alemana sobre la latinoamericana - Costa Rica, Argentina -, y la ciencia jurídico-penal española, Max Planck Institut für auländisches und internationales Strafrecht, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, SS-1999.

3 Más claro lo fue en el pasado incluso, cuando en los años 70 del siglo anterior, nuestro Código de Procedimientos Penales era una copia del Código de Procedimientos Penales de la Provincia de Córdoba en Argentina. Así como otras influencias significativas en materia impugnaticia con Fernando de la Rúa en Casación Penal, en su caso también, la influencia en materia dogmática que por décadas ejerció Sebastián Soler con su tratado y más recientemente Eugenio Raúl Zaffaroni, con su Tratado y Manual, sólo por citar algunos casos. Estos últimos considerados prácticamente como textos sagrados –cuasi bíblicos- por Henry Issa y sus discípulos. Un ejemplo mixto de influencia lo es el caso de Enrique Bacigalupo, frecuentemente seguido y citado tanto a nivel jurisprudencial como académico.

4 Con el propósito de hacer más claros mis planteamientos, he seleccionado -no necesariamente en la misma forma expuesta en el texto original-, algunos de los aspectos medulares de la exposición de la autora, no he conservado ni las soluciones de continuidad ni las referencias citadas, para lo cual remito al texto original a los interesados. Me he concentrado en la crítica básicamente. Para una clara diferenciación entre los textos citados del trabajo en cuestión y mis críticas, he resaltado en letra itálica - no presente en el texto original-, los párrafos extractados. Una última aclaración al respecto, es que las publicaciones en la revista Derecho Penal Online NO contienen una separación en páginas por lo que no resulta posible indicar en concreto el lugar exacto de ubicación de cada cita.

5 Es importante señalar, que la selección de estas tesis, responde al impacto que ellas produjeron en mí al momento de leer el texto bajo estudio, otra perspectiva del lector, podría llamar la atención sobre aspectos diferentes y la discusión

continúa ...

Tesis uno:"(…) *los autores hacen un esfuerzo por alcanzar una unidad teórica que favorezca las interpretaciones críticas de la ley penal con la necesidad de preservar respecto de la teoría de género y del feminismo su sesgo antidiscriminatorio por excelencia. Esto por supuesto, no siempre es posible, llegándose a encontrar contradicciones y aportes muy tensos entre sí*".

A simple vista, la tesis expuesta, pareciera ser inofensiva desde una perspectiva lógico-formal. Si se repara en ella, saltan a la vista varios de sus problemas.

La autora sin indicarnos cómo llega a una conclusión como la expuesta, recurre a una falacia del todo[6] al indicar: "(…) *los autores hacen un esfuerzo por alcanzar* (…)". Surge la pregunta, ¿cuáles autores?, ¿serán unos, varios, todos?. De inmediato me pregunto, ¿cómo lo sabe?, ¿cuál es su evidencia?

Cuando se presenta una idea, de la forma expuesta, es decir, cuando sin mayores reparos se hace una generalización total en torno a una concepción, llegamos a crearnos una falsa idea de aceptación de las premisas básicas expuestas como verdades absolutas.

Lo cierto es que ni todos los autores hacen un esfuerzo en la misma línea, ni tampoco resulta posible para ningún investigador abarcar en su trabajo, a todos los autores en todas las latitudes, idiomas ni tiene acceso a todas las publicaciones.

Lo que resulta válido eso sí, es evidenciar que una cantidad importante, ilustrando con ejemplos de autores, procura una determinada línea de exposición, sigue una corriente específica en procura de cierta unidad discursiva, eso sí, citando y dando evidencia concreta que permita corroborar esta afirmación. Cosa que se echa de menos en el discurso bajo análisis.

Ha de reconocerse eso sí, que la misma autora, acto seguido expresa: "(…) *esto por supuesto, no siempre es posible, llegándose a encontrar contradicciones y aportes muy tensos entre sí*"; Entonces, su primera tesis lleva implícita en sí misma el germen de su destrucción, es decir su antítesis, esto es, la autora nos lleva en su primera y contundente conclusión, a una triada dialéctica.

"La dialéctica (en el sentido moderno, especialmente en el que da Hegel al término) es una teoría según la cual hay cosas –muy especialmente, el pensamiento humano-que se desarrollan de una manera caracterizada por lo que se llama triada dialéctica: tesis, antítesis y síntesis. Primero se da una idea, teoría o movimiento que puede ser llamada una "tesis". Esta tesis a menudo provoca oposición, porque, como la mayoría de las cosas de este mundo, probablemente será

... viene de la pág anterior

de los mismos, ello escapa a este análisis, no por falta de interés, sino por falta de espacio, sin embargo, recomiendo una lectura del texto en cuestión, el cual no es extenso y lo considero muy interesante y bien formulado por su autora.

6 Esta expresión fue acuñada por el escritor español Fernando Savater en su obra Panfleto contra el Todo, Alianza Editorial, Madrid, España 1995, en especial el capítulo 3, p. 63 y ss. Visto en: Salas Solís, M., Yo *me engaño, tú te engañas, él se…, Un repertorio de sofismas corrientes en las ciencias sociales*, Editorial Isolma, San José, Costa Rica, 2012.

de valor limitado y tendrá sus puntos débiles. La idea o movimiento opuesto es llamada la "antítesis" porque está dirigida contra la primera, la tesis. La lucha entre la tesis y la antítesis continúa hasta llegar a una solución que, en cierto sentido, va más allá que la tesis y la antítesis, la de reconocer sus respectivos valores, tratar de conservar los méritos de ambas y evitar sus limitaciones. Esta solución, que es el tercer paso, es llamada la "síntesis". Una vez alcanzada, la síntesis puede convertirse a su vez en el primer paso de una nueva tríada dialéctica, lo cual ocurrirá si la síntesis particular alcanzada es unilateral o presenta cualquier aspecto insatisfactorio. Pues en este caso, surgirá nuevamente la oposición, lo cual significa que se puede considerar la síntesis como una nueva tesis que ha provocado una nueva antítesis. De este modo la tríada dialéctica pasará a un nivel superior, y puede llegar a un tercer nivel cuando se haya alcanzado una segunda síntesis"[7].

Por lo expuesto, está claro que la misma autora, nos señala una serie de conflictos epistemológicos internos a nivel de la perspectiva de género en el derecho, que hacen imposible afirmar una uniformidad discursiva. Así que una primera conclusión de mi parte, es que la perspectiva de género, inmersa dentro de una concepción epistemológica "novedosa" desde un punto de vista histórico, es el resultado "síntesis" de una concepción epistemológica androcéntrica enfrentada con una concepción epistemológica ginocéntrica[8], que es su opuesto, que como tal, se encuentra en un proceso de tríada dialéctica frente a un discurso jurídico-formal, poco claro al respecto y en desarrollo.

Tesis dos: "*La tensión que se presenta entre la teoría de género y del derecho penal, dificulta la posibilidad de demostrar un discurso homogéneo que pueda tener en cuenta las necesidades de grupos específicos, como lo son las mujeres, y más aún las mujeres que han sido capturadas por las redes del poder punitivo. Por otro lado, favorece la discusión por que requiere de las ciencias el empeño de llevar los razonamientos al extremo, de tal manera que los particularismos de la situación de las mujeres queden debidamente ubicados en la generalidad del discurso jurídico, aunque este cada vez se diversifique y amplíe, no deja por ello, de ser un instrumento poderoso tal como para fijar las relaciones sociales*".

7 Así, Popper, K., Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico, Editorial Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 1972, pp. 376-376.

8 Este surge a comienzos de los sesenta y su principal exponente es la socióloga Dorothy Smith, quien diseñó una teoría social sobre las experiencias, intereses y valores de las mujeres. Esta sociología feminista intenta comprender cómo las fuerzas socioculturales conforman y oprimen la vida de las mujeres, de modo que este conocimiento transforme las condiciones materiales y simbólicas de las mismas. De esta manera, el género se concibe como una categoría teórico-analítica que estructura tanto la organización y el funcionamiento social como los procesos de (re)construcción del conocimiento. Así, la categoría de género circunscrita en el conocimiento teórico, metodológico e investigativo procura desarticular sus propiedades y atributos "universales", dado que en éste participan hombres y mujeres incardinados/as ideológicamente. (Duby y Perrot 1993; Montecino y Obach 1999; Matus 2006). Así Lizana, V., Representaciones Sociales sobre Feminidad de los/las Estudiantes De Pedagogía, en los Contextos de Formación Docente Inicial, Social representations on feminine of the pedagogy students, in the contexts of initial educational formation, Estudios Pedagógicos XXXIV, N° 2: 115-136, 2008.

Cómo se aborde el tema del discurso jurídico, tiene que ver, en mi opinión, de cómo se conciba el derecho. Por ejemplo, si compartimos con HABA la concepción de que el derecho no es otra cosa que una forma de hablar, agregaría yo, que el hablar, no es otra cosa que una forma de expresar el pensamiento. Me adelanto a la crítica, que no estamos aquí frente a lo que VAZ FERREIRA señala como una simple cuestión de palabritas, o WITTGENSTEIN identifica como juegos del lenguaje, sino que a como yo lo veo estamos más bien frente a lo que LLEWELLYN o FRANKL conciben como la diferencia entre la *Law in action o law in books* (la ley en cuanto texto y la ley en la práctica).

Como autor de este trabajo, sostengo la tesis de que el derecho y en concreto el derecho penal como tal, no es una ciencia -en el sentido lato de las ciencias exactas- sino más bien una disciplina social. Para tales efectos, se entiende que el estudio del derecho como fenómeno social, se encuentra muy alejado de las ciencias exactas y desde el punto de vista metodológico, no aplica un método científico que permita sostener que los resultados obtenidos son verificables y/o comprobables. Más aun, es claro que el derecho, sus postulados y sus conclusiones e incluso su aplicación práctica, son producto más de la especulación teórica, que de un proceso de elaboración de carácter científico en sentido estricto. Es claro que algunos abordajes del fenómeno jurídico vgr. como los estudios criminalísticos, los abordajes del fenómeno criminógeno desde el punto de vista estadístico, e incluso algunos de los abordajes del delito como fenómeno social desde el punto de vista de la política criminal, echan mano al uso de ciertos saberes científicos para sus desarrollos, lo cierto es que el derecho, es más un fenómeno político y el delito como tal, producto de dicho fenómeno, no puede tener otra entidad –desde el punto de vista ontológico-, que el de su origen, es decir, el delito lo entiendo como una manifestación del poder político de un Estado y en ese carácter, existe y cobra vigencia, más no por ello, su estudio y los desarrollos teóricos y prácticos que de eso se deriven, podrán ser considerados como científicos, independientemente de la concepción epistemológica que se siga[9].

Con base en lo dicho, no acepto como válido que se hable de una tensión entre el género y el derecho penal, más bien, concibo que estamos frente a un problema de pragmática lingüística (desde la perspectiva semiótica), esto es; el problema, es que expresamos nuestro pensamiento a través del lenguaje, qué sentido práctico -pragmática del lenguaje- le damos a las palabras, depende de cómo comprendamos –o queramos comprender- a nivel intersubjetivo el sentido de las mismas. Así pues, si el derecho y en particular el derecho penal, a nivel discursivo, no realiza una distinción clara con respecto al género y por tanto, no hayamos categorías jurídicas adecuadas a esta percepción, esto no obedece a un problema del derecho en sí, sino que nos enfrentamos a un problema en nuestros esquemas de pensamiento, es allí y no en el derecho donde debemos

9 Para ampliar sobre el tema puede consultarse Salazar, A., Poder Político y fenómenos de criminalización, Editorial ISOLMA, San José, Costa Rica, 2012.

buscar la solución, por ello concluyo, que como señalaban nuestros abuelos, mientras nuestro punto de vista se enfoque en el derecho en cuanto tal, no solucionaremos el problema, debemos enfocarnos en nuestros esquemas mentales, el frío no está en la cobijas.

Tesis tres:"*El orden social (masculino), así dado está tan naturalizado que no requiere legitimación. Nadie se pregunta por qué esto es así, se supone que está en el orden de las cosas. A tal efecto la dominación masculina se extiende por sobre las mujeres a tal punto que opera como el reflejo mediante el cual el dominado se mira*"

Pareciera que la autora nos lleva aquí por un camino que WILLIAM I. THOMAS (teorema de Thomas) había señalado ya hace mucho tiempoy harto conocido en sociología, a saber, de que si las personas definen situaciones como reales, estas son reales en sus consecuencias.

Aquí se parte de que existe un orden social masculino -pareciera generalizado, absoluto e incuestionado, además presente en todas partes-, así sin más, si se acepta como tal la existencia de ese citado orden, ergo, nadie (de nuevo una falacia totalizante) se pregunta si esto es así. Exponiendo esto, se niega la autora a sí misma, porque ella es un contraejemplo de que su tesis no es cierta, como contraejemplos son todos aquellos trabajos en esa misma línea de pensamiento. El punto en cuestión, es que por lo que he podido apreciar, no es cierto que exista un orden social masculino que no requiera legitimación. En la actualidad, no sólo en Europa, sino en América y otras latitudes, existen una cantidad importante de ejemplos de movimientos que han reivindicado a la mujer y han conformado una perspectiva de género consolidada a nivel de instrumentos internacionales, organizaciones mundiales y se han generado grandísimos cambios en el plano jurídico, institucional, organizativo, ha existido participación femenina activa en distintos órdenes de la sociedad moderna general.

Incluso, mi percepción, es que el orden social masculino está seriamente cuestionado y hoy, ante el menor asomo de reivindicación de este tipo de concepciones, se levantan de inmediato las luchas de grupos que no aceptan para nada la invisibilización de la mujer. Grupos que dicho sea de paso, no se encuentran integrados exclusivamente por mujeres sino que cuentan en sus filas con muchos hombres preclaros y de mentes abiertas, de esto dan cuenta los medios de comunicación colectiva a diario.

Otra cosa eso sí, sucede en el plano del derecho penal. Ya en la introducción de estas notas, hice mención a mis estudios, que datan desde hace 22 años y la vergüenza y alarma que me ha causado el hecho de tomar conciencia recién, de que la perspectiva de género no ha sido permeada en la construcción del fenómeno delictivo. Creo con sinceridad, que no estamos aquí frente a lo que BERGER señala como mala fe, es decir, hacer creer que se ha tenido que actuar de esa manera, cuando lo cierto es que se ha tenido opción de hacerlo de una manera distinta.

Mi opinión al respecto es bien diferente, creo que muchos de quienes nos hemos formado en la disciplina jurídica, no hemos abierto los ojos a que en la construcción del fenómeno delictivo, es decir, en los procesos de creación y aplicación del derecho penal,

se encuentra presente ese orden social masculino muy inmerso, al cual no se le ha prestado la debida atención, como digo, no por mala fe, sino por ignorancia. Al menos eso es lo que de momento, como conjetura (POPPER) lanzo en estas líneas, pues me resulta muy difícil creer, que pueda haber existido una especie de conspiración intelectual mundial, que haya permitido a los distintos autores, de una manera coordinada y sistemática, simplemente desconocer, ocultar un tema y que éste pueda haber permanecido oculto por tanto tiempo sin que se me haya revelado antes.

Tesis cuatro:"*Los dominados aplican a las relaciones de dominación unas categorías construidas desde el punto de vista de los dominadores, haciéndolas parecer como naturales. Según Bourdieu (…) no es que "las estructuras de dominación sean ahistóricas, sino que son el trabajo continuado (histórico por tanto) de reproducción al que contribuyen unos agentes singulares (entre los que están los hombres, con armas como la violencia física y simbólica) y unas instituciones: la Familia, Iglesia, Escuela y Estado" (…) La ciencia se podría agregar como uno de los tantos mecanismos de dominación, que también ha hecho suyas características que luego atribuye a los varones, a las instituciones, a algunos grupos por sobre otros (varones sobre mujeres, blancos sobre negros, adultos sobre niños), a algunos países por sobre otros (desarrollados sobre subdesarrollados; coloniales sobre colonizados*)"

Es claro que el análisis de la autora se ajusta en un todo, al concepto de las estructuras de dominación y la dinámica dominador vs dominado tal y como se ha concebido históricamente. Incluso, en materia jurídico-penal, se ha denominado a este tipo de relación como una espiral de violencia para explicar desde el punto de vista psicológico las relaciones de dominación en el ámbito de los delitos de pareja como el uxoricidio principalmente.

Ahora bien, lo que no nos dice la autora concretamente, es ¿cómo juegan estas situaciones relación alguna con respecto a la conformación del fenómeno jurídico penal en particular? Digo esto, porque por ninguna parte se nos explica, ¿cuál es la teoría criminológica que maneja la perspectiva de género o cómo se entiende dentro de la perspectiva de género que se produce el fenómeno delincuencial?

No he encontrado una visión particular de la creación del fenómeno delictivo que pueda ser atribuida a la perspectiva de género como tal. Es decir, se plantea una crítica abierta y frontal al fenómeno jurídico general. No obstante, el delito como entidad responde a ciertas reglas y valores muy particulares, y en torno a esas características a lo que se recurre es a generalizaciones relativas al derecho como un todo, más noen relación con el derecho penal en concreto.

Traigo aquí, solo a manera de ejemplo, mi crítica en torno a la relación señalada constantemente en criminología sobre el delito y la marginalidad social. El presente trabajo parte de una idea que ha sido expuesta por EUGENIO RAÚL ZAFFARONI[10], a saber: que "la criminalidad

10 Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, Eugenio Raúl Zaffaroni palabras de cierre del Primer Congreso Comunicación/Ciencias Sociales desde América Latina: "Tensiones y Disputas en la Producción de Conocimiento para la Transformación" (Comcis), que se desarrolló en la Facultad de Periodismo de la Universidad de Buenos Aires.

es un fenómeno que atraviesa todas las capas sociales" y por lo tanto, que la relación entre criminalidad y marginalidad social "no es absolutamente directa". Sin embargo, teniendo claro lo dicho, la hipótesis central de esta investigación es que al ser el derecho como tal una manifestación de poder del Estado y el delito una definición estrictamente normativa -producto de esa manifestación-, en la definición de las conductas delictivas, existen ciertos factores meta jurídicos (en lenguaje de Kelsen) que determinan no solo el contenido de los tipos penales, sino que, al mismo tiempo, la interpretación que de ellos se haga y por tanto su aplicación práctica.

Tesis cinco: "*Toda la vida social está enmarcada en diferencias organizadas de a pares: blanco-negro, fuerte-débil, afuera-adentro, público-privado, hombre-mujer, que se corresponden exactamente con las características atribuidas a cada sexo. Además de estar establecidas estas categorías binarias (se tiene una de las dos nunca las dos), las mismas se encuentran jerarquizadas*"

Señala BERGER[11] que puede decirse que la máxima principal de la sociología es esta: "las cosas no son lo que parecen". Esta afirmación también es engañosamente simple. La realidad social pasa a tener muchos estratos de significado. El descubrimiento de cada nuevo estrato cambia la percepción del conjunto. Por lo que, venir a afirmar que toda la vida social -de nuevo una falacia del todo-, está estructurada mediante un esquema binario y que esto nos basta para comprender una realidad tan compleja, es un simplismo, científicamente imperdonable.

La sociedad en última instancia, es la conformación de las relaciones intersubjetivas de los seres que la conforman. Las estructuras de esas relaciones y la complejidad de las mismas, desde luego van a depender de esos mismos sujetos. Basta con echar un vistazo a la psicología y sus estudios, para darse cuenta de que el ser humano no tiene una estructura binaria tan simple como la propuesta y con solo conocer los más mínimos textos de sociología, podríamos tener un panorama amplio lo complejo que resulta el entendimiento de la sociedad y los individuos, como para largase a la simpleza de afirmar que todo se puede comprender bajo un código binario jerarquizado.

Concebir la sociedad en la forma que lo hace la autora, para señalar que esa estructura binaria jerarquizada corresponde exactamente a las características atribuidas a cada sexo, simplemente es una conclusión que desde mi punto de vista, no solo es vaga e imprecisa, sino que además requeriría de una explicación de qué es lo que entiende la autora por esto.

Como corolario puedo afirmar, que este tipo de afirmaciones son las que permiten a los detractores de la perspectiva de género presentar críticas serias a lo que denomino para tales efectos como un *reduccionismo sexista*, esto es, pretender explicar toda clase de fenómenos desde una perspectiva sexista pura y simplemente.

11 Berger, P., Introducción a la Sociología, Editorial Limusa Wiley, S.A., México, 1967, p.40.

Tesis seis:"*Las reglas de producción del discurso jurídico son reglas de atribución de la palabra, que individualizan a quienes están en condiciones de decir el derecho. Si el derecho estaba del lado de los hombres, y se le atribuía o se autoatribuía la parte correspondiente (jerárquica) de los dualismos, es lógico que por mucho tiempo, no viera en otros sujetos, sujetos de derecho. Si el derecho estaba dentro de lo público, era lógico que en tanto saber, generara poder sólo en el ámbito exclusivo de los hombres; y como discurso social trabajara en el reforzamiento de los mitos y las creencias de objetividad, racionalidad y abstracción, de unicidad del orden jurídico*"

Para el análisis de esta tesis, echo mano de mi trabajo "*El Delito como Manifestación del Poder, Derecho de los vencedores y la memoria histórica en Walter Benjamin*", publicado el (09 del 05 de 2012), en Revista electrónica Derecho Penal Online[12], mismo que permite ubicar precisamente mi punto de vista.

En 1940, BENJAMIN escribe sus tesis sobre el concepto de historia, que contienen reflexiones fundamentales sobre el tiempo histórico y las tareas del materialismo histórico. Benjamin critica en este escrito los conceptos de historia fáctica, tiempo lineal y progreso en los que se basa el historicismo de los vencedores, y le contrapone el objetivo de la memoria de los vencidos, su concepto de Jetztzeit ("tiempo-ahora[13]") y de la "verdadera imagen del pasado" que pasa velozmente. Al ser el último texto que redacta, este escrito ha quedado como legado intelectual de Benjamin. Aquí aparece también la figura clave en la que se plasma la idea de Benjamin de historia y memoria: el Ángel de la Historia que Benjamin ve en el "Angelus Novus" de Paul Klee [14].

De las tesis de Walter Benjamin, me interesan para efectos del presente trabajo tres:
(VIII)

> La historia vista desde los oprimidos muestra que la barbarie no es excepcional, sino la regla de la historia dominante. Esta cuestión interpretativa es crucial. Hechos como el fascismo no son un "estado de excepción" dentro de una totalidad racional, sino su confirmación.

Desde luego, sin entrar en consideraciones de tipo epistemológico y más – conjetura de mi parte[15] -, de manera instintiva que reflexiva, a menudo vemos cómo los procesos

12 Salazar, A., El Delito como Manifestación del Poder, Derecho de los vencedores y la memoria histórica en Walter Benjamin (09 del 05 de 2012), Revista electrónica Derecho Penal Online, recuperado el 29 del 07 de 2012, en http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,774,0,0,1,0

13 En Benjamin el "tiempo ahora" es ese punto de significación que tiene el pasado y que no ha sido amortizado todavía y que está vivo de alguna manera. Esto es el aspecto más original y más discutible de Benjamin, porque se entiende qué quiere decir cuando dice que el pasado nos asalta, pero para eso hay que dar el pasado un carácter casi mágico, como si tuviera vida propia, estuviera por encima de nosotros. Así **Forero, A./Rivera, I./Silveira, H.,** Filosofía del mal y memoria, Antropos, Barcelona, España, 2012, p. 83.

14 Así, **Pinilla, R./Rabe, A.**, Los espacios de la memoria en la obra de Walter Benjamin(27 del 12 de 2001), Revista electrónica Constelaciones, Revista de Teoría Crítica, recuperado el 29 del 07 de 2012, en: http://www.constelaciones-rtc.net/02/02_18.pdf.PINILLA/RABE,

15 En lenguaje popperiano. Al respecto puede consultarse in toto POPPER, óp. cit., n. p. [7].

de definición de las conductas delictivas "alcanzan" a ciertos sectores sociales que son "clientela del sistema penal". De la misma manera por oposición, ese mismo proceso, deja por fuera =excluye= a otros sectores de la población, mi tesis sin embargo; =considero que es lo rescatable=, es que como esto siempre sucede de la misma manera, nos parece normal y por lo tanto, no percibimos =o no nos interesa percibir=, la sutileza del proceso definitorio de segregación social que ello implica. Se ha señalado en otro momento que la perspectiva desde la que se aprecia el fenómeno delincuencial difiere de manera significativa, dependiendo del punto de vista de quien lo mire[16].

La verdadera pregunta es ¿cómo serían las categorías de delito, delincuente, proceso y víctima, por citar algunas; si en lugar de ser definidas por las clases detentadoras del poder político, fueran estas definidas por quienes mejor las conocen -para quienes se diseñan en última instancia-, y no por quienes las construyen desde la cosmovisión de los "opresores" según la concepción de Benjamin?[17].

> (IX)
> La tesis del Angelus novus representa la concepción ilustrada de progreso, denunciando su irracionalidad.

Es la tesis más conocida de la obra (la novena) es probablemente aquella en que Benjamin realiza una interpretación alegórica del cuadro de Klee '*Angelus Novus*', comparando el progreso con una acumulación continua de desperdicios y ruinas, "*con una catástrofe ininterrumpida que el ángel de la historia, arrastrado por la tormenta, con las alas desplegadas, impotente e invadido por el horror, ve crecer ante sí. Lo que, equivocadamente había sido considerado como una marcha triunfal de la humanidad hacia el progreso, en realidad no era sino la marcha triunfal de los vencedores hacia el fascismo y hacia la guerra*"[18].

Señalan PINILLA/RABE[19] …el *Angelus Novus*, el "Ángel de la Historia" en las *Tesis sobre el concepto de Historia*, que dirige su mirada al pasado presenciando espantado la acumulación de escombros que va dejando la historia. En el marco de este planteamiento, GONZÁLEZ GARCÍA diferenció dos maneras opuestas en las que se puede presentar la Fortuna en el siglo XX. Como muestra la imagen (de 1907) de la cubierta del libro de González García, puede haber una buena Fortuna, representada con la palma de la victoria (la figura en primer plano de la cubierta), y una mala Fortuna, una Fortuna derrotada (la figura que aparece al fondo de la cubierta sosteniendo un neumático

16 Señala HULSMAN: "Las ciencias criminales han puesto en evidencia la relatividad del concepto de infracción, el cual varía en el tiempo y en el espacio, de modo que lo "delictivo" en un contexto se considera aceptable en otro. Según que uno haya nacido en tal lugar y no en otro, o en tal época y no en otra, se es o no merecedor de encarcelamiento por lo que uno hace o es". HULSMAN/BERNAT DE CELIS (1984:52)Cfr. SALAZAR, óp., cit., n. p. [9]

17 Al respecto y con relación al derecho internacional público existe un interesantísimo texto de **Zolo, D**., La Justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad, Ediciones Trotta, 2006. , el cual recomiendo como una lectura para ampliar los conceptos aquí expuestos.

18 Así Traverso, E., Walter Benjamin y León Trotsky. Afinidades y divergencias marxistas, Imprecor, nº83, Madrid, España, 1991, p. 33.

19 Resumiendo la conferencia de JOSÉ MARÍA GÓNZÁLEZ GARCÍA, ver Pinilla, R.,/Rabe, A., óp. cit., n. p. [14], pp.294-295.

roto en la mano.) El conferenciante resaltó también la transformación que se produjo en Prusia con respecto a la figura de la *Niké*, diosa de la Victoria, que va a adoptar los atributos del ángel cristiano. En el siglo XVIII empiezan a aparecer en Prusia ángeles en el espacio público donde asumen una función político-religiosa. En Berlín nacerán en plazas, palacios, puentes y fachadas de casas incontables ángeles, muchos de ellos vinculados a la idea de la victoria, que marca la ideología política y militar prusiano-alemana del siglo XIX. Como afirmó González García, Benjamin tuvo que convivir con todos estos ángeles urbanos en su ciudad natal. Aunque Benjamin no hizo nunca referencia, según González García, a la Fortuna, sí habló de un ángel que se encontraba en aquel entonces en un lugar destacado de la capital alemana y que representaba de manera muy clara la ideología de los Hohenzoller: se trata del Ángel de la Victoria (en *Infancia en Berlín hacia 1900*). El Ángel de la Victoria de los escritos de *Infancia* y el Ángel de la Historia de las *Tesis de Historia*, muestran, para González García, dos formas opuestas de tratar la historia. Mientras el primero representa la historia tal y como la escriben los vencedores, el segundo se hace cargo de la historia y memoria de los vencidos.

Empleando esta categoría del "progreso", si nos remontamos a los tiempos de la ilustración cuya figura sobresaliente resulta la de Cesare Bonnesana, Marqués de Beccaria, y su famosa obra *De los delitos y de las penas*[20] y confrontamos el discurso de la "moderna" teoría del delito, pronto caeríamos en cuenta, que no hemos avanzado tanto como creemos en el estudio de la cuestión criminal, tal y como se expone al plantear el problema en este mismo texto.

(X)
Esta tesis es derivada de la anterior. Denuncia cómo la concepción ilustrada de progreso reaparece también en la izquierda: "La fe ciega de estos políticos en el progreso, la confianza en su 'base de masas' y, por último, su servil inserción en un aparato incontrolable no han sido más que tres aspectos de la misma cosa". El pensamiento se hace cómplice de la concepción de la historia que sirve a la clase dominante. Esta idea se conecta con la de "peligro": el de servir a dicha clase.

El punto medular desde mi perspectiva que debe de ser considerado en este momento, es el del poder político.

Al hablar del poder político necesariamente se debe advertir que cualquier definición que se ensaye acerca del concepto, debe de considerar el doble componente o tándem que implica, en primer lugar el concepto de poder y en segundo lugar, ese concepto asociado a un fenómeno más complejo, que es el concepto de política.

20 Crf. Bombini, G., Breve recapitulación epistemológica en torno a la "cuestión criminal" (s. f.), Sitio Web Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar de Plata, Cátedra de Criminología, recuperado el 29 del 07 de 2012, enhttp://www.criminologiamdp.com.ar/downloads/bombini1.pdf. Además, ver por todos Beccaria, C., De los delitos y de las penas, Ediciones Orbis, S.A., Buenos Aires, 1984, Llobet Rodríguez, J., Garantías y Sistema Penal, Releyendo hoy a Cesare Beccaria, San José, 1999 y Cesare Beccaria y el derecho penal de hoy, 2ª ed., Editorial Jurídica Continental, San José, 2005.

Cuando hablamos de poder, no me refiero aquí al poder otorgado, al formal, al legítimamente recibido por vías institucionales, este tipo de poder, por denominarlo de una forma, poder "derivado" no ofrece mayores problemas ni se presenta como interesante para efectos de este enfoque.

El poder al que me refiero y que guarda íntima vinculación con el proceso de criminalización[21], es precisamente el otro poder, "el oculto" el que no se deriva de una fuente de poder legítimamente establecida de acuerdo con las reglas sociales. Este poder y su ejercicio encierran misterios y relaciones, no siempre fáciles de detectar y que a la postre, ni su origen ni su dimensión, resultan de fácil descubrimiento.

De que el poder existe, creo que nadie duda, me refiero al poder "oculto", de dónde viene y hasta dónde puede ser ejercido, esa es otra historia, ¿quién lo ostenta?, posiblemente nadie lo sabe a ciencia cierta aunque probablemente en toda sociedad se identifican con meridiana claridad algunos de sus detentadores, pero que una cantidad importante de individuos tienen consciencia de que se ejerce y de qué manera, tampoco tengo duda[22].

Precisamente, es en este punto y vistas las tres categorías anteriores esbozadas por Benjamin, que nos acercamos a la tesis central de esta exposición, la categoría de "la memoria", como instrumento para "espabilar" nuestras mentes adormecidas y "advertir" los intrincados caminos que el poder político, sobre todo "el oculto" recorre en los procesos de criminalización y así aprender de nuestra propia experiencia.

Ahora bien, visto el planteamiento anterior, cabe entonces la pregunta de si ¿será o no cierto que en toda la construcción del fenómeno jurídico y en particular del fenómeno jurídico penal, la perspectiva de género y política operan en un mismo nivel? Estos es, ¿la construcción social del fenómeno delictivo se comporta de la misma manera frente al fenómeno político que frente al denominado orden social masculino?

No pretendo dar respuesta a estas interrogantes básicamente por falta de datos empíricos que permitan afirmar o rechazar uno u otro punto de vista, dejo eso sí, abierta la discusión al respecto, pues me parece que en la respuesta a esta interrogante se encuentra la respuesta a muchos de los planteamientos de la perspectiva de género.

21 Para el profesor Kaiser, Günther, la Criminología es el conjunto ordenado de saberes empíricos sobre el delito, el delincuente, el comportamiento socialmente negativo, y sobre los controles de esta conducta(…) a ella hay que agregar lo concerniente a la "víctima, y a la prevención del delito", este autor postula la existencia de una concepción restringida de esta ciencia, y otra amplia; la primera sería la tradicional, que se limita a la investigación empírica del delito y la personalidad del autor; y la segunda por el contrario, incluye el análisis del conocimiento científico experimental sobre los cambios del concepto de delito (criminalización), y sobre la lucha contra éste, los controles de la conducta desviada, así como los mecanismos de control policiales y judiciales(…) en consecuencia, el objeto de la Criminología abarcaría, el estudio de la creación de las leyes penales, sus infracciones y las reacciones sociales importantes". AsíGómez, A., Reflexión y Referat Acerca del surgimiento de la criminología, Revista Brasileira de Ciencias Criminais, Instituto Brasileiro de Ciencias Criminais, Editora dos Tribunais, Ano 7, n. 26, abr – jun/99, pp. 203-212, p. 204.

22 Para consultar in extenso acerca de este tema, ver SALAZAR, óp., cit., n. p. [9].

Tesis siete: "*El derecho pensó en un sujeto capaz, autónomo, libre, el derecho constituye e instala al sujeto delante del otro. Por un lado existe un sujeto ideal… y por otro se le hacen interpelaciones bien concretas, al hombre/ mujer; al adulto/al menor; al capaz/incapaz, al que está dentro o fuera o en contra de la ley. Por último, quien no es interpelado o reconocido por el derecho, no es ciudadano aún. Piénsese en las implicancias que esto tiene para la teoría de la democracia. El discurso jurídico moderno se constituyó bajo el paradigma de la libertad, la igualdad y la fraternidad entre los hombres varones y bajo apariencias de racionalidad y objetividad construyó discriminaciones (hacia otros sujetos: mujeres, niños, negros, pobres) y reforzó valores que eran (o son) caros a los hombres (honor, valentía, honra, posición económica, status político de ciudadano) negados a otros sujetos a quienes interpelaba diferentemente estallando, entonces, el propio supuesto de unidad del derecho*"

Esta es quizás la tesis que me resulta más fácilmente digerir de las planteadas. Ya expuse en la introducción que la ignorancia de un tema, una concepción, un determinado punto de vista, en lenguaje feminista; la invisibilización con respecto a un determinado punto de vista "oficial", lleva a quien la sufre a una pérdida absoluta de identidad.

Lo que no vemos, lo que no conocemos, lo que ignoramos, *eseim Schatten da sein*, a lo que lleva precisamente es a no tomar en consideración las grandes diferencias existentes entre los distintos sujetos, la diferente entidad entre hombres y mujeres.

Soy de la opinión que el problema de no considerar la perspectiva de género en los ejercicios dogmático-penales, obedece precisamente a esta condición. Independientemente de que se haga o no una correcta valoración de las diferencias en ambos sexos, no sólo de cara a los procesos de definición de conductas delictivas [fenómenos de criminalización], más grave que ello resulta el hecho, de desconocer por completo esas diferencias en el proceso de definición.

Por otra parte, claro está en la sociología criminológica, la criminología clásica, la nueva criminología incluso en la dogmática jurídico-penal, así como en la victimología y los nuevos desarrollos en penología y derecho penitenciario, que existe un marcado desprecio por el correcto tratamiento y desarrollo de teorías sobre la ejecución penal, los fines de la pena, el encierro como tal, penas alternativas a la prisión, en fin, todo lo relacionado con la pena. Se privilegia el estudio y tratamiento de la definición delictiva, la creación de conductas delictivas y su juzgamiento, pero lo referente a la ejecución y la traumática experiencia humana del encierro, es vista de reojo e incluso, despreciada. Me refiero aquí a la ejecución penal en general.

Ahora bien, si esto sucede (de una forma muy clara en nuestro medio), con respecto al derecho penal en general, y ya sabemos que poco o casi nada se ha considerado la perspectiva de género ¿cómo se encuentra esta perspectiva en relación con las grandes diferencias existentes entre hombres y mujeres, si se ha ignorado prácticamente de una forma sistemática, allí donde se le ha puesto si acaso algo de atención al tema en general?

Tesis ocho: "*El derecho tuvo (o tiene) una visión esencialista respecto de las mujeres,*

es decir, les atribuyó sin más determinados características en virtud de las cuales les otorgó o negó derechos. Por que las mujeres eran (o son) así; se las debía (o debe) tratar así"

Esta no es una concepción excluyente de una visión androcéntrica del derecho.

Desde el punto de vista criminológico[23], a partir de las concepciones epistemológicas del positivismo clásico italiano[24], desde Lombroso y sus seguidores[25], se ha procurado el abordaje del delito como una realidad con causas determinables y por tanto, objeto de estudio[26].

---

23 En cuanto a la relación de la criminología con el derecho penal señala LARRAURI PIJOÁN (1999): "En mi opinión, a pesar de las disputas, el Derecho penal mantiene con la criminología una relación privilegiada. La disciplina de la criminología normalmente estudiará los comportamientos criminalizados, los procesos históricos y contemporáneos de criminalización, las personas que están involucradas en el sistema penal y las instituciones penales. Entiendo que la intervención de los juristas es positiva; sirve, cuando menos, para mantener alerta la sensibilidad de que el sistema penal trata de castigos, por lo que es necesario extremar las cautelas antes y durante su imposición. Pero también parece cierto que el penalista desconoce en numerosas ocasiones qué tipo de efectos tienen las normas y qué tipo de respuesta puede producir unos efectos menos perjudiciales en el ámbito social e individual". Visto en ibíd., p. 12.

24 "La criminología contemporánea, desde los años treinta en adelante, se caracteriza por la tendencia a superar las teorías patológicas de la criminalidad, es decir aquellas que se basan en las características biológicas y psicológicas que diferenciarían a los sujetos "criminales" de los individuos "normales" y en la negación del libre arbitrio mediante un rígido determinismo. Estas teorías eran propias de la criminología positivista que, inspirada en la filosofía y en la psicología del positivismo naturalista, predominó entre los fines del siglo pasado comienzos del presente. Así BARATTA (1986:21). Se refería el autor los siglos XIX y XX.

25 El texto de Lombroso L´uomo delinquente se publica por primera vez en el año 1876 y entre sus principales seguidores de encuentran Enrico Ferri y Raffaele Garofalo. Visto en ibíd.

26 Señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1994): "Las ciencias biológicas, por de pronto, han desvirtuado el dogma clásico de la «equipotencialidad», es decir, la suposición de que todos los seres humanos nacemos con un idéntico potencial o materia prima que nuestra sola libertad es capaz de moldear y desarrollar en el futuro. Cada código genético sella los rasgos diferenciales e irrepetibles de cada individuo. Todos nacemos desiguales, distintos, conociendo la ciencia llamativos sucesos de rebelión contra la propia identidad y mutaciones genéticas que pudieran representar un auténtico desafío a las reglas de la lógica. No nacemos, pues, con un repertorio innato de respuestas (a excepción de los instintos primarios), sino que adquirimos éstas, las aprendemos a través de la experiencia.27
Pero tampoco es de recibo el principio de «diversidad» del delincuente que esgrimió el positivismo criminológico (el delincuente sería, desde un punto de vista cualitativo, distinto del no delincuente, residiendo en dicho factor diferencial la explicación última del comportamiento delictivo). En efecto, la supuesta diversidad del delincuente no es sino un conocido mecanismo tranquilizador y autojustificatorio de la sociedad, que prefiere siempre culpabilizar a terceros, para librarse a sí misma de su tanto de culpa, y a ser posible refiriendo los comportamientos contrarios al consenso social a algún tipo de patología individual. Pero nada más. El principio de diversidad parece, más bien, un prejuicio que vicia la necesaria neutralidad del científico, y carece hoy día de todo respaldo empírico. Estadísticamente, no cabe asociar significativamente tasas relevantes de comportamiento desviado a cualquier suerte de patología individual, y son cada vez más los grupos de infractores, que se rebelan contra las normas comunitarias, que responden al prototipo de personas «absolutamente normales»: la delincuencia juvenil, la imprudente, en general (en particular, la relacionada con el tráfico rodado), la criminalidad de funcionarios, empleados públicos y profesionales, la criminalidad económica y de cuello blanco, etc., etc., corroboran este postulado. Es obvio, por otra parte, que no todo factor diferencial tiene, necesariamente, relevancia criminógena; y que, sin duda, es fácil detectar factores diferenciales más significativos entre subgrupos de infractores -esto es, de infractores entre sí- que entre aquéllos y otros grupos de ciudadanos respetuosos de las leyes". Visto en ibíd., p. 13.

Ese paradigma etiológico ha producido desde entonces, diversos intentos por explicar el origen del delito[27] y por consiguiente, el de la conducta delictiva, más como un fenómeno causal que como una realidad en sí misma, desvinculada por completo de una causalidad; con ello se ha tratado de ubicar conceptualmente el origen del delito y que éste sea capaz de dotar de sentido su naturaleza[28] y entidad y por tanto, que permita abordar el conflicto, desde el punto de vista profiláctico, procurando con ello la evitabilidad de la conducta y por tanto una menor incidencia. Señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA:

> "No cabe duda, sin embargo, que la formulación y desarrollo de modelos teóricos explicativos del comportamiento criminal es un objetivo científico de primera magnitud. Que no se puede abordar rigurosamente el problema de la criminalidad sin un conocimiento previo de su génesis y dinámica, ignorando que se trata de un fenómeno muy selectivo, solo desde una concepción mágica y fatalista, despótica o doctrinaria (dogmática), tiene sentido la absurda actitud de desinterés hacia la determinación de las variables de la delincuencia e integración de ésta en los correspondientes modelos teóricos. Refugiarse en cosmovisiones sacras, apelar a la intuición y a la sabiduría popular o ceder a la praxis rutinaria, son estrategias que no aseguran el éxito en el delicado y complejo problema de controlar el crimen. Por otra parte, el propio progreso científico reclama modelos teóricos más sólidos y convincentes, metodológicamente mejor dotados y más operativos desde un punto de vista político-criminal. Ambiguas referencias a la sociedad como explicación última del crimen o a la supuesta diversidad (patológica) del hombre delincuente (al igual que la fórmula de compromiso de F. v. Liszt: predisposición individual/medio ambiente), no son hoy argumentos de recibo"[29].

Mas en cambio, al estudio de las relaciones subyacentes de la realidad política y su incidencia en la conceptualización e instrumentalización del delito como mecanismo de control social, no se le ha dedicado tanta importancia, si se analiza en forma comparativa.

Debería, eso sí, hacerse hincapié, en que una corriente criminológica[30] y especialmente en la versión latinoamericana, sí ha hecho

27 La existencia del delito no es solo un problema de los individuos sino de la sociedad que tiene un importante peso, ya sea en la formación de valores, ya sea en el mecanismo de las oportunidades que brinda ya que sus instituciones respondan a los fines que por las que fueron creadas. Así MILLÁN ACOSTA/DÍAZ ARNAU (1999:197). Visto en ibíd., p. 14

28 Sobre el carácter antinatural de la conducta delictiva señala HULSMAN: "No hay nada en la naturaleza del hecho, en su naturaleza intrínseca, que permita reconocer si se trata o no de un crimen o un delito", al respecto señala el autor la diferencia existente en el derecho penal francés sobre el crimen y el delito, atribuyendo al primero consecuencias más graves. HULSMAN/BERNAT DE CELIS (1984:52); la misma situación que se presenta en el derecho penal alemán al hablar de Verbrechen y Delikte. Visto en ibíd.

29 Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1994), visto en ibíd., p.16.

30 "La Criminología es una ciencia empírica e interdisciplinaria que se ocupa del delito, el delincuente, la víctima y el control social del comportamiento delictivo; y que trata de suministrar una información válida, asegurada, sobre la

continúa ...

énfasis en ello, me refiero por supuesto a la denominada criminología[31] crítica. Sin embargo coincido con BARATTA al señalar que "cuando hablamos de criminología crítica, y dentro de este movimiento nada homogéneo de pensamiento criminológico contemporáneo situamos el trabajo que se está haciendo para la construcción de una teoría materialista, es decir económico-política, de la desviación, de los comportamientos socialmente negativos y de la criminalización, un trabajo que tiene en cuenta instrumentos conceptuales e hipótesis elaboradas en el ámbito del marxismo, no sólo estamos conscientes de la relación problemática que subsiste entre criminología y marxismo, sino que consideramos también que semejante elaboración teórica no puede hacerse derivar únicamente, por cierto, de una interpretación de los textos marxianos (por otra parte, bastante fragmentados sobre el argumento), sino que requiere de una vasta obra de observación empírica en la cual ya pueden considerase válidos datos bastante importantes, muchos de los cuales han sido recogidos y elaborados en contextos teóricos diversos del marxismo"[32].

Queda claramente expuesto, que el esencialismo no es entonces un yerro únicamente achacable a una visión del fenómeno jurídico-penal que no integre una perspectiva de género, para nada, durante muchos años y sobre todo durante la vigencia de la concepción epistemológica del denominado positivismoitaliano, fue ampliamente utilizado y posteriormente, más avanzado el siglo XX, se empleó en otros modelos políticos como el nacionalsocialismo, las guerras de exterminio de la extinta Yugoslavia, varios conflictos políticos y movimientos genocidas en el continente africano.

Tesis nueve: "*El control social opera en dos dimensiones: persuasivo-educativo (o primario) y represivo (secundario), uno es difuso, intenta la interiorización de las normas y valores dominantes; mientras que el otro es institucionalizado. ¿Cuál de los dos es más fuerte, más significativo respecto de las mujeres?*

Al respecto se ha formulado una serie de hipótesis que según la autora no han sido confirmadas de modo decisivo, a saber:
1).-Ante la paridad del resto de las variables, las decisiones de los tribunales no establecen diferencias de género;

2).-Las mujeres reciben un "tratamiento preferencial" debido a un gesto caballeresco

... viene de la pág anterior

génesis y dinámica del problema criminal y sus variables; sobre los programas y estrategias de prevención eficaz del delito; y sobre las técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente.
Esta definición provisional de la Criminología permite caracterizar su método (empírico e interdisciplinario); delimitar el objeto de esta joven disciplina científica (delito, delincuente, víctima y control social); y esbozar algunas de sus funciones (explicación y prevención del delito e intervención en el delincuente).
Pero un análisis más detenido de la «aportación de la Criminología» pone de manifiesto la existencia de otras claves, problemáticas y controvertidas, más allá de la en apariencia pacífica polémica academicista." Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1994), visto en ibíd.

31 Etimológicamente hablando, la Criminología es la ciencia del crimen, deriva del latín, su primer uso se atribuye al antropólogo francés Topinard (1879), y al jurista italiano Garófalo (1885), según Kaiser citado por GÓMEZ PÉREZ en GÓMEZ, óp., cit., n. p. [21], p. 203.

32 Así BARATTA (1986:165), visto en SALAZAR, óp., cit., n. p. [9], p.17.

o paternalista por parte de los tribunales, basado en diversas circunstancias,

3).-Las mujeres reciben un trato más duro que los varones porque sus delitos se perciben como una trasgresión más grave que la de los varones.

La razón de que no resulte fácil la comprobación de estas ideas, tiene que ver con diferentes aspectos:la selectividad del sistema penal, los bienes jurídicos protegidos, la existencia de otros mecanismos de etiquetamiento para con las mujeres. A las mujeres se las normalizaría (¿con más éxito?) antes que fueran necesarios aplicar los mecanismos de represión"

En este aspecto, resulta para mi absolutamente incomprensible el planteamiento, pues tal y como se exponen las conclusiones, se da por sentado –sin indicar en qué se basan las mismas- una serie de conclusiones numeradas 1, 2 y 3. No obstante, acto seguido se indica, que dichas conclusiones son de difícil comprobación, es decir, no se tienen por probadas, por lo que más que conclusiones, son una serie de conjeturas sujetas a verificación, presentadas con razonamientos conclusivos en apariencia con un sustento probatorio.

Es decir, no se trata de una serie de razonamientos ilativos que siguen un proceso lógico explicativo, desde un razonamiento básico hasta una conclusión por medio de un procedimiento intersubjetivamente aceptado y verificable, sino, que se trata de meras especulaciones teóricas y como estrategia de inmunización, de inmediato, se anuncia la dificultad probatoria de que adolece, pero se justifica por una supuesta complejidad para alcanzar tal fin.

Véase como funciona la estrategia de inmunización (ALBERT) *la selectividad del sistema penal, los bienes jurídicos protegidos, la existencia de otros mecanismos de etiquetamiento para con las mujeres* no se dice nada de ello, no se fundamenta en absoluto, simplemente se afirma sin más. La verdadera pregunta aquí sería ¿qué hay con la selectividad del sistema, cómo funciona, cómo lo sabe, qué efectos prácticos tiene? Los bienes jurídicos ¿qué, a qué se refiere, qué tiene que ver eso con la perspectiva de género, en qué se basa, qué efectos prácticos tendría seleccionarlos o definirlos de una tal manera, etc.? El etiquetamiento para con las mujeres ¿a qué se refiere, al labelling approach o a otra cosa?, ¿en qué consiste, cómo lo sabe, etc.?

Tesis diez*:"(…) la asignación de roles fijos a las mujeres que impiden que ellas construyan su identidad como personas. Dentro de la familia las mujeres tienen un rol tradicionalmente reproductivo, el hogar es el primer ámbito de reclusión, allí se enmarca la vida cotidiana. Confinado lo privado al hogar, este puede convertirse en un espacio de violencia invisibilizada por las normas. A su vez, la sexualidad que gira alrededor de la maternidad, es vista como la situación normal. De allí que se construya la figura de la prostituta, como la contracara de ese modelo de mujer esposa y madre. Si surge algún problema con la esposa o la madre, estos se solucionan por la vía de la medicalización (intervención de siquiatras, médicos, operadores sociales) antes que por la vía represiva, más que desviación se trata de una debilidad o una patología…, mientras que con la prostituta se pone en funcionamiento toda una batería de mecanismos de intervención, propios del modelo represivo del control social.*

Si cambia el estereotipo social otorgado a la mujer, por ejemplo últimamente cuando se trata de amplificar el rol público de las mujeres, o bien cuando se ponen en la agenda de políticas públicas a la violencia doméstica o sexual, ello redunda en un mayor control social formal sobre ellas, lo que no siempre equivale a un mayor beneficio…, ya que por un lado no se democratizan las instancias del control informal respecto a la construcción de identidad de las mujeres, y se hacen más brutales las intervenciones del aparato represor del control formal"

Nuevamente debo apuntar aquí, que esta es una conclusión sesgada, subjetivada por la perspectiva de género, pues no resulta tampoco ser exclusiva del fenómeno delincuencial en relación con la mujer y su papel en la sociedad.

Definitivamente, esta conclusión es consustancial a todo individuo en la sociedad, que ejerza un determinado rol. Desde luego, si el derecho es un fenómeno social, únicamente interesará y se dirigirá a aquellos miembros de la sociedad que interactúan en las distintas relaciones sociales. En el tanto y en el cuanto, un determinado individuo no se integre como miembro activo de la sociedad, tampoco será abarcado por el derecho en cuanto tal. Por ello, no resulta desde mi óptica, ni cuestionable y asombrosa la conclusión, sino una obviedad que no merece mayores consideraciones. Desde luego, tampoco creo que al respecto, la perspectiva de género logre realizar aporte alguno.

Conclusión

Luego de este pequeño análisis es posible afirmar, que en efecto, no cabe duda alguna de que la perspectiva de género debe ser considerada –además de una manera seria-, dentro de la construcción jurídica en general, desde luego, no puede obviarse de modo alguno, el fenómeno delincuencial.

Por otra parte claro está, no debemos caer tampoco en un modismo o quimera, que nos lleve a considerar que con la única consideración de una perspectiva inclusiva, solucionaremos todos los problemas que podrían presentar el tratamiento del delito, el delincuente y el fenómeno delincuencial.

Por otra parte, no son ni el machismo ni el feminismo, las perspectivas que nos pueden ayudar a elaborar un discurso jurídico coherente con una visión del derecho que considere ambos sexos en la diversidad, de manera comprensiva de los distintos componentes de la individualidad, que se conjuguen en una verdadera visión del ser humano en la doble dimensión del tándem hombre y mujer, de forma tal que discrimine donde sea necesario discriminar y equipare allí donde se puedan considerar ambos sexos de manera similar por no ser el género un factor de relevancia.

Claro está, que al hablar de un discurso que reúna las características aquí esbozadas estamos haciendo referencia a un discurso que se concentre no solo en las diferencias entres ambos sexos, sino además en los puntos de encuentro. De lo que sí podemos estar seguros, es que como señalé al inicio podemos estar de acuerdo o no con esta visión, podemos aceptarlo o rechazarlo total o parcialmente.

De lo que nunca más podemos tener duda, es de la existencia de esta perspectiva, la cual, quiérase o no, debe ser considerada en la

construcción del discurso jurídico en general y dentro de este, del discurso jurídico-penal.

Bibliografía

Albert, H., La ciencia del derecho como ciencia real, Distribuciones Fontanamara, S.A., 2007.

Andreski, S., Las ciencias sociales como forma de brujería, Taurus Ediciones, S.A. Madrid, España, 1973.

Berger, P., Introducción a la Sociología, Editorial Limusa Wiley, S.A., México, 1967.
Bombini, G., Breve recapitulación epistemológica en torno a la "cuestión criminal" (s. f.), Sitio Web Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar de Plata, Cátedra de Criminología, recuperado el 29 del 07 de 2012, en http://www.criminologiamdp.com.ar/downloads/bombini1.pdf.

Castillo, E., Vida social y derecho, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008.

Forero, A./Rivera, I./Silveira, H., Filosofía del mal y memoria, Antropos, Barcelona, España, 2012.

Gómez, A., Reflexión y Referat Acerca del surgimiento de la criminología, Revista Brasileira de Ciencias Criminais, Instituto Brasileiro de Ciencias Criminais, Editora dos Tribunais, Ano 7, n. 26, abr – jun/99, pp. 203-212.

Haba, P., Metodología contrabu(r)ocrática para la docencia y la investigación del Derecho, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2007.

Haba, P., Metodología (realista) del derecho, Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2012.

Lizana, V., Representaciones Sociales sobre Feminidad de los/las Estudiantes De Pedagogía, en los Contextos de Formación Docente Inicial, Social representations on feminine of the pedagogy students, in the contexts of initial educational formation, Estudios Pedagógicos XXXIV, N° 2: 115-136, 2008.

Pinilla, R. /Rabe, A., Los espacios de la memoria en la obra de Walter Benjamin (27 del 12 de 2001), Revista electrónica Constelaciones, Revista de Teoría Crítica, recuperado el 29 del 07 de 2012, en: http://www.constelaciones-rtc.net/02/02_18.pdf.

Popper, K., Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico, Editorial Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 1972.

Salas, M., Yo me engaño, tú te engañas, él se…, Un repertorio de sofismas corrientes en las ciencias sociales, Editorial Isolma, San José, Costa Rica, 2012.

Salazar, A., Error de tipo y error de prohibición en la dogmática hispanoamericana", en RdPP (Revista de Derecho Penal y Procesal Penal), núm. 3, pp. 139-154, España,2000.

Salazar, A., El Delito como Manifestación del Poder, Derecho de los vencedores y la memoria histórica en Walter Benjamin(09 del 05 de 2012), Revista electrónica Derecho Penal Online, recuperado el 29 del 07 de 2012, en http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,774,0,0,1,0

Salazar, A., Poder Político y fenómenos de criminalización, Editorial ISOLMA, San José, Costa Rica, 2012.

Traverso, E., Walter Benjamin y León Trotsky. Afinidades y divergencias marxistas, Imprecor, nº83, Madrid, España, 1991, p. 33.

Zaikoski, D., Género y derecho penal: tensiones al interior de sus discursos (04 del 12 de 2008), Revista electrónica Derecho Penal Online, recuperado el 29 del 07 de 2012, en http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,426,0,0,1,0

Zolo, D., La Justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad, Ediciones Trotta, 2006.

FAMILIA, NATALIDAD Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Lic. Arcelio Hernández Mussio
Abogado y Notario Público

Muchos se han preguntado cómo frenar el problema del retroceso en las tasas de natalidad en algunos países, en especial en Europa. La consecuencia que es quizás más evidente, es que los sistemas de pensiones se ven al borde del colapso, al no haber suficiente fuerza laboral para reemplazar a las personas que se jubilan y devengan una pensión del Estado, o bien mueren. La problemática no es ajena a los países latinoamericanos, y Costa Rica vive una crisis en algunos regímenes de pensiones, que debe llevarnos a estar alertas, ante las diferentes corrientes ideológicas que promueven estilos de vida y políticas públicas respecto de la familia, que según la Constitución es el elemento natural y fundamental de la sociedad. Es en ella que los niños encuentran el lugar idóneo para su desarrollo integral y saludable, y es en ella que seguimos confiando para la continuidad de la civilización.

España es comúnmente referida como el laboratorio donde se ponen a prueba algunas teorías respecto a la familia. Este país, donde la familia tradicional está bajo constante ataque por parte de grupos minoritarios de interés, actualmente enfrenta una grave problemática, debido a que su tasa de fecundidad es de 1.32 hijos por mujer, muy por debajo de la tasa de reposición poblacional, que anda en un 2,1. La consecuencia lógica es que en un futuro cercano, no habrá una nueva fuerza laboral para reemplazar a quienes se jubilen, y desde ya se siente una aguda crisis económica. En los próximos diez años, se estima que la tasa de dependencia demográfica, que actualmente anda en un 51%, llegará hasta el 60%, por lo que en menos de una década será imposible atender las necesidades del grueso de la población.

En Costa Rica, se puede observar que la tasa de natalidad viene en un constante disminución. Así, tenemos que en el año 1960, la tasa era de 7,31 por mujer, pero ya en el año 1972 la tasa baja a un 4,49, a un 3,49 en 1984, a un 2,84 en 1994, y a un 1,81 en el 2012. De esta manera, este país ya está por debajo de la tasa de reposición poblacional. (datosmacro.com/demografia/natalidad/costa-rica)

Pero ¿qué factores inciden en que cada vez las mujeres tengan menos hijos? Algunos señalan que sigue existiendo una desigualdad en el trato de las mujeres en el campo laboral, como una de las razones para que haya mayor reticencia a tener descendencia. En efecto, las mujeres que trabajan fuera del hogar, a menudo tienen una sobrecarga de trabajo, debido a sus labores domésticas, que no son remuneradas. Encima, las mujeres siguen ganando menos que los hombres por el mismo trabajo. Estas brechas laborales ciertamente representan

un problema y el Estado debe buscar soluciones, si es que queremos evitar el envejecimiento poblacional y la falta de población para reemplazar a quienes se pensionan.

Otro factor que puede resultar desmotivador para hombres y mujeres cuando de procreación se trata, es la desmejora evidente en la calidad de la educación pública. Cada vez más y más personas buscan la educación privada como alternativa a la mala calidad y falta de seguridad en las escuelas y colegios públicos. Los altos costos de la educación privada, son una razón para pensarlo dos veces, ya que pueden llegar a constituir el mayor rubro en cuanto a los gastos que demanda una familia, luego de una vivienda digna. Se trata de un tema que el Estado debe abordar de manera responsable, si es que queremos recuperar la buena calidad en la educación pública. No es suficiente con que la educación hasta la secundaria sea gratuita y obligatoria, sino que debe ser, además, de buena calidad y proporcionar ambientes agradables y seguros para los niños y adolescentes.

Hombres y mujeres nacemos biológica y emocionalmente equipados de manera distinta. No obstante ello, todos somos iguales ante la ley en dignidad, y en derechos y obligaciones, al menos así lo proclaman las constituciones de los países democráticos. No obstante, en años recientes hemos visto la promulgación de leyes que se basan en el sexo de las personas para crear situaciones de desigualdad, lo cual es muy peligroso para la sana convivencia entre hombres y mujeres, y por ende, en familia. La complementariedad es un concepto que debe reforzarse, versus una cultura del conflicto y del odio, en el que los sexos son enemigos entre sí. A veces con buenas intenciones, se ha promulgado leyes que resultan abiertamente discriminatorias para uno de los sexos, en detrimento de la armonía y la solución pacífica de conflictos por medio de institutos como la mediación y la conciliación. Algunos han defendido esas leyes que significan un trato distinto a hombres y mujeres, basándose en el sexo como punto de partida, alegando que se trata de acciones afirmativas o de "discriminación positiva", a pesar de que esas normas usualmente carecen de un plazo de caducidad, como para corregir males históricos, por lo que ese tipo de políticas parecen un verdadero peligro para la vida familiar, en cuanto a ponen a hombres y mujeres en posiciones antagónicas, con el hombre como el presunto agresor, y la mujer como la presunta víctima, solo por su condición de tales.

Reconociendo que dichos tratos desiguales deben contener algún limite, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tjue) en una reciente sentencia, del 3 de septiembre de 2014, ha estimado que las disposiciones del régimen de seguro de accidente de trabajo, que permitían a las mujeres cobrar una prestación social por accidentes laborales mas alta que los varones, en función de su mayor esperanza de vida, eran contrarias a la prohibición de discriminación en razón del sexo de las personas. En esa resolución, el tribunal hace referencia a la Directiva 79, en la que se dispone una aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. (eleconomista.es del 5 de septiembre de 2014).

Se trata, sobre todo, de evitar que las políticas publicas reflejen planteamientos radicales, porque los extremos tienden a unirse y al final terminan debilitando a la familia.

Tanto el machismo como el feminismo de género (radical) tienden a coincidir en una discriminación en perjuicio de la mujer, en especial cuando se trata de su posibilidad de desarrollarse tanto como madre, así como profesionalmente, o en sus estudios. Esto es así porque ambas posiciones radicales promueven la perpetuación de estereotipos respecto a la superioridad o inferioridad de alguno de los sexos respecto del otro. Precisamente el artículo 5 de la CEDAW ordena la eliminación de tales estereotipos, basados en el sexo de las personas.

Lo que se debe favorecer, es la equidad, tomando en cuenta que es la mujer quien tiene el privilegio de la maternidad, que justifica un trato diferenciado para motivarla y cuidarla, por ser del más alto interés social y cultural. El artículo 4 inciso 2 de la Directiva referida, sostiene que "el principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad." Postulados extremistas como los de Simone de Beauvoir, que vinculan la maternidad a una supuesta esclavitud de la mujer, y subordinación al hombre, no son de recibo si tomamos en cuenta que es por medio de la maternidad que aseguramos la supervivencia del género humano, y que podemos tomar medidas para protegerla adecuadamente, además de que empíricamente podemos ver como las mujeres disfrutan de su maternidad. Dijo la autora: «Todo el organismo de la mujer está adaptado a la servidumbre de la maternidad y es, por tanto, la presa de la Especie». (Simone de Beauvoir, El Segundo Sexo, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires 1977)

Una posición equilibrada resultará de vital importancia, para abordar la problemática familiar, y la tendencia hacia la baja en la tasa de natalidad. Si queremos brindar soluciones como la mediación y la conciliación, que hacen que las separaciones y divorcios sean eventos menos traumáticos para todas las partes involucradas, en especial los niños, y así evitar que las personas se sientan desmotivadas a tener hijos, debemos procurar que las políticas públicas no contradigan ese deseo. A la vez, se debe procurar que las mujeres tengan acceso a redes de cuido para sus hijos, y que su trabajo en el hogar sea valorizado y tomado en cuenta en la vida laboral fuera de la casa. Todo esto sin dejar de lado que hoy día muchos padres quieren tener un papel más activo en la guarda, crianza y educación de los hijos, y que al tenor del artículo 6 de la Ley de Paternidad Responsable, el Estado debe promover políticas públicas que promuevan la corresponsabilidad de mujeres y hombres en la crianza y educación de los hijos.

